

## Un contrôle nouveau de l'ouverture des surfaces commerciales en Nouvelle-Calédonie

Avec la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a introduit le droit de la concurrence sur le territoire. Cette loi du pays a notamment prévu un contrôle renforcé de l'ouverture des surfaces commerciales et créé une autorité de la concurrence pour assurer (parmi d'autres missions) ce contrôle. La mise en place de ce nouveau dispositif est délicate mais efficace, comme le montrent les premières décisions rendues par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie sur ces dispositions. A la veille de l'entrée en fonction effective de l'autorité de la concurrence, il est donc opportun de revenir sur ces premières décisions et sur la mise en œuvre pratique du contrôle de l'ouverture des surfaces commerciales.

### I. L'introduction délicate du nouveau dispositif

L'autorisation d'ouverture de surfaces commerciales créée par la loi du pays du 24 octobre 2013 établit un nouveau contrôle concurrentiel de l'implantation des commerces de détail (A.). Néanmoins, la mise en place de l'autorité de la concurrence, vouée à exercer ce contrôle, a été délicate (B.).

#### A. Un contrôle purement concurrentiel de l'implantation des surfaces commerciales

La loi du pays du 24 novembre 2013, désormais codifiée aux articles LP. 431-1 et suivants du code de commerce, a, entre autre, mis en place un contrôle concurrentiel de l'implantation des surfaces commerciales sur le territoire néo-calédonien.

En effet, ces autorisations, qui doivent en principe être obtenues avant l'ouverture de certains commerces de détail<sup>1</sup>, ont pour but de contrôler les effets sur la concurrence de l'implantation de ce magasin.

---

<sup>1</sup> Article LP. 432-1 du code de commerce calédonien.

Elles diffèrent fondamentalement des autorisations d'exploitation commerciale prévues en droit métropolitain<sup>2</sup> pour au moins deux raisons :

D'une part, leur objet est différent. Sur le territoire métropolitain, les autorisations d'exploitation commerciale ont principalement pour but d'assurer un développement harmonieux du territoire (conséquences sur l'animation urbaine, les flux, l'environnement, etc.). A l'inverse, les autorisations d'ouverture de commerces de détail en Nouvelle-Calédonie ont un objet exclusivement concurrentiel.

Cette différence d'objet s'explique par la situation de la concurrence en Nouvelle-Calédonie, beaucoup plus limitée qu'en métropole du fait notamment du nombre également limité de consommateurs. C'est donc pour renforcer (ou créer) cette concurrence que les autorisations d'ouverture de commerces ont été introduites.

Aussi, en Nouvelle-Calédonie, lors de l'instruction de ces autorisations, l'autorité de la concurrence (ou le gouvernement) ne

---

<sup>2</sup> Articles L. 750-1 et suivants du code de commerce métropolitain.

se penche que sur les impacts concurrentiels de l'implantation.

Plus précisément, les autorités néo-calédoniennes doivent examiner si le projet est de nature à porter atteinte à la concurrence<sup>3</sup>. Plusieurs exemples sont donnés par le texte : création ou renforcement d'une position dominante, création ou renforcement d'une puissance d'achat.

Toutefois, le texte prévoit également une réserve classique en droit de la concurrence, à savoir que dans l'hypothèse où l'atteinte à la concurrence apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser ses effets anticoncurrentiels, l'opération est autorisée<sup>4</sup>.

Autrement dit, si la position dominante créée apporte un progrès économique suffisant pour compenser l'atteinte à la concurrence, sa constitution est autorisée.

Par conséquent, le contrôle des autorités néo-calédoniennes sur la création de commerces de détail porte bien uniquement sur leurs effets concurrentiels.

Le mécanisme d'autorisation n'est donc pas un outil d'aménagement du territoire mais un outil de contrôle de la concurrence.

D'autre part, l'autorisation créée par la loi du pays du 24 novembre 2013 concerne un champ beaucoup plus étendu de surfaces commerciales. En effet, tous les commerces de détail dont la surface de vente dépasse les 350 m<sup>2</sup> sont soumis à autorisation. Ce seuil, très bas, est volontairement strict en

<sup>3</sup> Article LP. 432-4 du code de commerce calédonien.

<sup>4</sup> Voir, pour une mention de cette exception : CE. SSR. 16 octobre 2013, *Société EDF*, n° 365067, mentionnée aux tables.

comparaison de ce qui est prévu en métropole pour les autorisations d'exploitation commerciale (à savoir 1.000 m<sup>2</sup>) mais également en comparaison avec le seuil de 600 m<sup>2</sup> qui était préconisé par le Conseil d'Etat et l'autorité métropolitaine de la concurrence<sup>5</sup>. Cette position s'explique par la situation particulière de la concurrence en Nouvelle-Calédonie, quasi inexistante, qui justifie une application plus drastique des mécanismes de préservations (ou plutôt de mise en place) de la concurrence<sup>6</sup>.

De la sorte, le contrôle vise non seulement les grandes et moyennes surfaces mais également certains commerces de proximité.

## B. Une mise en place difficile de l'autorité de la concurrence

L'instruction des autorisations d'ouverture de commerces de détail – comme l'exercice de l'ensemble des compétences créées par la loi du pays du 24 octobre 2013 – devait être transférée du gouvernement à l'autorité de la concurrence dès sa création.

Toutefois, dans la pratique, la mise en place de cette autorité s'est avérée beaucoup plus délicate que le gouvernement ne l'avait prévu initialement.

<sup>5</sup> Autorité de la concurrence, rapport du 21 septembre 2012 sur les mécanismes d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie ; CE, Avis, Section des finances, 2 avril 2013, *Proposition de loi du pays relative à la concurrence*, n° 387456.

<sup>6</sup> Sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel se prononçant sur la légalité de la loi du pays relève bien que sa décision a été rendue « compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans certains secteurs économiques en Nouvelle-Calédonie » (décision n° 3-2013 LP du 1<sup>er</sup> octobre 2013).

En effet, ce point est abordé dans les jugements rendus le 20 juillet 2017 par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, sous l'angle de la légalité des décisions d'autorisation d'implantation de deux hypermarchés<sup>7</sup>. Plus précisément, les requérants affirmaient que les autorisations d'implantation données par le gouvernement étaient illégales, puisqu'il s'était écoulé plus d'un an<sup>8</sup> depuis l'adoption de la loi du pays, de sorte que le gouvernement aurait dû avoir mis en place l'autorité de la concurrence entre temps.

Ce moyen est toutefois écarté par le tribunal qui fait état des difficultés rencontrées dans la mise en place de l'autorité de la concurrence.

En effet, de prime abord, il paraît étonnant que plus de quatre ans après l'édition du texte, l'autorité de la concurrence n'ait toujours pas commencé à fonctionner à ce jour.

Néanmoins, cette situation s'explique par les difficultés rencontrées par le gouvernement néo-calédonien pour désigner les membres de l'autorité.

Plus précisément, l'autorité n'a été, à proprement parler, créée que par la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 (bien que son principe soit prévu dans la loi du pays du 24 octobre 2013). Par la suite, 13 avis de vacance ont été publiés par le gouvernement

de la Nouvelle-Calédonie pour recruter les membres non-permanents de l'autorité.

En effet, en raison des règles d'incompatibilité entre l'exercice d'un emploi public et l'appartenance à une autorité administrative indépendante, le gouvernement a rencontré de graves difficultés pour recruter les membres de l'autorité.

C'est la raison pour laquelle une loi organique a finalement été adoptée par le Parlement pour assouplir les conditions de désignation des membres des autorités administratives indépendantes néo-calédoniennes<sup>9</sup>.

A la suite de cette loi organique, le Congrès de Nouvelle-Calédonie a défini les conditions de rémunération des membres de l'autorité de la concurrence<sup>10</sup>.

Aussi, le tribunal a retenu que c'est compter de la date de publication de cette dernière délibération, à savoir le 20 septembre 2016, que le « délai raisonnable » imparti au gouvernement pour désigner les membres de l'autorité de la concurrence commençait à courir. Dans ces conditions, à la date à laquelle s'est prononcé le tribunal (le 20 juillet 2017), ce délai raisonnable n'avait pas expiré. C'est la raison pour laquelle il écarte le moyen.

Cependant, il est à noter que les difficultés rencontrées par le gouvernement ne se sont pas arrêtées là puisque, postérieurement à ce jugement, les membres proposés par le gouvernement pour constituer cette autorité n'ont pas été acceptés par le Congrès le 31 juillet 2017.

---

<sup>7</sup> TA de Nouvelle-Calédonie, 20 juillet 2017, *SDG*, n° 1700056 ; TA de Nouvelle-Calédonie, 20 juillet 2017, *SDG*, n° 1700057.

<sup>8</sup> Un délai d'un an est généralement regardé comme raisonnable pour prendre un texte d'application d'une loi (voir sur ce point les conclusions Lagrange (D. 1937, 3, p. 41) sur la décision CE, 24 juill. 1936, *Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'Or*, Rec. p. 861).

---

<sup>9</sup> Loi organique n° 2016-507 du 25 avril 2016.

<sup>10</sup> Délibération n° 155 du 22 août 2016.

Ce n'est que le 13 décembre 2017 que les propositions du gouvernement ont finalement été acceptées par le Congrès.

Ainsi, l'autorité ne devrait réellement commencer à fonctionner qu'à la fin février 2018.

Dans ces conditions, ce n'est qu'à l'issue de ce processus long et difficile que l'autorité de la concurrence commencera à exercer les fonctions qui sont, pour l'instant, assumées par la direction des affaires économiques du gouvernement.

## **II. La naissance du contentieux administratif des autorisations d'ouvertures de commerces de détail**

Comme indiqué ci-dessus, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie s'est prononcé par deux jugements du 20 juillet 2017 sur la légalité d'autorisations d'ouverture de commerces de détail. Ce contentieux, naissant devant les juridictions administratives (A.), a été l'occasion de rappeler plusieurs principes applicables au nouveau droit néo-calédonien de la concurrence (B.).

### **A. Un contrôle nouveau exercé sur les décisions prises en matière de concurrence**

Les jugements rendus par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie sont particulièrement intéressants dans la mesure où ils interviennent dans un domaine qui échappe classiquement au juge administratif du fond.

Au plan national, les questions de concurrence sont en effet attribuées aux juridictions judiciaires ou au Conseil d'Etat. Les décisions de l'autorité métropolitaine de la concurrence rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles relèvent de la cour d'appel de Paris (du fait de ses compétences en matière économiques) tandis que celles exercées en matière de contrôle des concentrations peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

De la sorte, les juridictions administratives du fond ne connaissent pas en principe du contentieux de la concurrence.

Dans les jugements du 20 juillet 2017, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie exerce donc un contrôle nouveau pour cette juridiction en matière concurrentielle.

Devant le tribunal, trois arguments principaux étaient avancés à l'encontre de la décision d'autorisation d'ouverture du commerce concerné. Il était soutenu que l'analyse des effets verticaux de l'opération n'avait pas été suffisante et que les engagements de la société notifiante (à l'origine du projet) étaient eux-mêmes insuffisants, que le futur hypermarché de Dumbéa-sur-mer n'avait pas été pris en compte dans le calcul des parts de marchés et que l'administration avait commis une erreur d'appréciation en limitant à 5 ans les engagements de la société notifiante.

Le tribunal écarte successivement ces différents moyens en exerçant un contrôle normal sur la décision du gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

En premier lieu, le jugement reprend les différents engagements de la société notifiante, pris en vue de garantir que les prix des produits vendus par les autres

sociétés du groupe au supermarché concerné soient les mêmes que ceux pratiqués avec les autres commerces de détail. En effet, le groupe auquel appartenait la société notificante étant également présent dans le secteur de la distribution de gros et l'élevage et la commercialisation de viande bovine, il était nécessaire de vérifier que l'opération n'aurait pas d'effets verticaux (par un avantage donné par les autres sociétés du groupe présentes sur les marchés amont au supermarché concerné).

A cet égard, il est à souligner que l'autorisation contestée n'a été donnée qu'à l'issue d'une première décision du gouvernement, laquelle estimait qu'il existait un risque pour la concurrence et qu'il était nécessaire de procéder à une analyse plus approfondie du dossier. Ce n'est qu'à l'issue de cette analyse et surtout à la suite des engagements pris par la société notificante que l'autorisation a été accordée.

Au vu des engagements pris (application non-discriminatoire des tarifs de gros, traitement non-discriminatoire des commandes dans l'ordre d'arrivée et poursuite des opérations promotionnelles mensuelles auprès des autres commerces de proximité, instauration d'une grille tarifaire unique pour les ventes de viande bovine par la société du groupe concernée), le tribunal considère que les effets verticaux ont bien été étudiés par l'administration et que les engagements sont de nature à garantir une égale concurrence.

En deuxième lieu, concernant le calcul des parts de marché dans la zone de chalandise, le tribunal estime que le raisonnement du requérant ne peut être retenu dans la mesure où la prise en compte de l'hypermarché objet du débat (celui de Dumbéa-sur-mer), détenu par un groupe concurrent, ne

pourrait avoir d'influence négative sur le calcul des parts de marché du groupe notificant, la prise en compte de l'hypermarché en question ayant au contraire pour conséquence de réduire les parts de marchés du groupe notificant dans la zone de chalandise.

En troisième lieu, s'agissant de la durée des engagements pris par le groupe notificant, il était avancé devant le tribunal que l'administration avait commis une erreur d'appréciation en limitant à 5 ans ces engagements.

Sur ce dernier point, le tribunal n'exerce – à l'inverse des autres sujets qui lui sont soumis – qu'un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation et juge que ce délai est suffisant. Il rappelle également que ce délai pourra être prolongé par l'administration si elle l'estime nécessaire.

Ainsi, par ce jugement, le tribunal contrôle (selon des degrés différents d'intensité) les décisions prises par le gouvernement (et bientôt par l'autorité de la concurrence) sur les autorisations d'ouverture de commerces de détail.

A cette occasion, il rappelle différents principes applicables à la matière.

## **B. Un rappel opportun des principes applicables au droit de la concurrence néo-calédonien**

A l'occasion de ce jugement, le tribunal administratif de la Nouvelle-Calédonie va, sur certains points, au-delà de ce qui était nécessaire pour répondre à l'argumentation de la société requérante et apporte des précisions sur les outils dont disposent

l'administration et les concurrents pour faire respecter le droit de la concurrence.

Ainsi, il rappelle que le droit de la concurrence communautaire (issu du droit de l'Union européenne) ne peut être invoqué en Nouvelle-Calédonie. Autrement dit, ce droit n'est pas applicable sur le territoire néo-calédonien. Cette position est en accord avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, lequel a jugé que ni les règles, ni les principes du droit de la concurrence de l'Union européenne ne trouvent à s'appliquer dans les pays et territoire d'outre-mer (CE. SSR. 19 décembre 2014, *Fédération générale du commerce et Société d'étude et de gestion commerciale*, n° 383318, mentionnée aux tables<sup>11</sup>). Cette solution, rendue à propos de la Polynésie française trouve également à s'appliquer à l'égard de Nouvelle-Calédonie, la situation de ces deux territoires étant identique vis-à-vis du droit de l'Union européenne.

De la sorte, ni les principes, ni les règles, ni les documents établis par la Commission européenne ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie. C'est la raison pour laquelle le tribunal écarte logiquement l'argument soulevé par les requérants, fondé sur les lignes directrices établies par la Commission.

En dehors de rappel de principe, le tribunal ajoute quelques précisions quant au contrôle qui pourra être exercé ultérieurement sur l'exécution de l'autorisation d'ouverte du commerce de détail et, surtout, sur les engagements pris par la société notificante.

---

<sup>11</sup> En effet, un doute pouvait exister quant à l'application sinon des règles, au moins des principes du droit de la concurrence communautaire dans les PTOM, du fait de la rédaction de l'article 60 de la décision n° 2013/755/UE du Conseil en date du 25 novembre 2013. Voir, sur ce point, l'article : « La Polynésie française et son nouveau droit de la concurrence ».

D'une part, il souligne les outils dont disposent les concurrents pour faire respecter ses engagements à la société exploitante. En effet, il rappelle que la décision d'autorisation (l'arrêté et le rapport y annexé) prévoit un contrôle précis par l'administration des prix pratiqués en cas de plainte d'un concurrent. Ce mécanisme permet donc aux concurrents de faire constater les éventuels manquements du bénéficiaire de l'autorisation. En outre, le tribunal indique qu'il sera parfaitement possible pour les concurrents de solliciter l'indemnisation du préjudice que leur auront causé les manquements de l'exploitant à ses engagements concurrentiels.

Ce rappel pédagogique n'était pas inopportun dans la mesure où ce contentieux est relativement nouveau et donne un aperçu des litiges qui pourraient éventuellement naître à propos de l'application pratique des décisions d'autorisation d'ouverte de commerces de détails.

D'autre part, le tribunal mentionne également les outils du gouvernement pour faire respecter ses décisions. Il indique qu'en cas de manquement de la société exploitante aux engagements qu'elle a pris et qui font partie intégrante de la décision d'autorisation, elle pourra être sanctionnée.

Cette possibilité pour le gouvernement de sanctionner la violation par la société exploitante de ses engagements n'est pourtant pas clairement établie par les textes.

En effet, l'article LP. 431-8 du code de commerce prévoit que si, à l'occasion d'une opération de concentration, une des sociétés notificantes méconnaît les engagements concurrentiels pris, ce manquement peut être sanctionné. Or, cet article n'est

applicable qu'aux opérations de concentrations. Les sanctions susceptibles d'être infligées aux entreprises ouvrant des surfaces commerciales sont énumérées à l'article LP. 432-5 du code de commerce, lequel n'évoque pas l'hypothèse du manquement aux engagements pris par la société notifiante. Le principe étant, en matière de sanctions administratives, celui de l'interprétation stricte<sup>12</sup>, l'on peut penser que le tribunal administratif s'est quelque peu avancé en affirmant que l'entreprise pourra être sanctionnée si elle manque à ses engagements.

Certes, une telle sanction apparaîtrait logique. Toutefois, le texte de l'article LP. 432-5 du code de commerce peut prêter à discussions. L'on pourrait envisager de considérer que les manquements aux engagements pris relèveraient de la catégorie des « omission[s] » et « données inexactes », permettant ainsi une sanction du contrevenant. Cependant, une telle qualification serait en réalité impropre et ne manquerait pas d'être effectivement discutée en cas de contentieux à ce sujet.

Dès lors, l'affirmation du tribunal selon laquelle « en cas de non respect d'un ou plusieurs des engagements souscrits [...], le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie serait en droit d'en tirer toutes les conséquences de droit en prenant des sanctions » doit être entendue avec prudence, tant que cette question n'aura pas été clairement tranchée ou tant que le Congrès n'aura pas aligné les dispositions relatives au contrôle de l'ouverture des

surfaces commerciales sur celles introduites en matière de contrôle des concentrations.

Néanmoins, *in fine*, et malgré les doutes qui peuvent encore exister quant à l'application pratique de telle ou telle dispositif, il n'en demeure pas moins que les mécanismes mis en place, et notamment celui de l'autorisation d'ouverture de surfaces commerciales, constituent une avancée pour l'introduction d'une concurrence réelle sur le territoire néo-calédonien.

Restera cependant à voir si les effets attendus sur les prix de ces mesures en matière de concurrence seront au rendez-vous, l'objectif affiché par les autorités néo-calédoniennes étant la baisse du coût de la vie pour néo-calédoniens.

---

<sup>12</sup> Voir, pour l'application des principes pénaux aux sanctions administratives : décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989. Voir, pour la consécration du principe d'interprétation stricte : décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996.