Audit du système économique de Nouvelle-Calédonie :

Plaidoyer pour un droit de la concurrence moderne et efficace

Christian Montet[*] et Florent Venayre[**]

(Publié dans la *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 36, Juillet-Septembre, pp. 164-170, 2013)

Résumé : A la demande du gouvernement de Nouvelle-Calédonie, l'Autorité de la concurrence a réalisé un audit du système économique calédonien, alors même que ce territoire reste en marge du droit de la concurrence national. Dans deux rapports rendus publics, l'Autorité dresse ainsi un bilan de l'interventionnisme économique actuel et de ses nombreux effets pervers, de même qu'elle esquisse les grands axes de réformes souhaitables pour développer le jeu concurrentiel sur les marchés calédoniens.

Abstract : At request of the government of New-Caledonia, the French Competition Authority carried it out a kind of audit of the Caledonian economic system, although, due to its wide political autonomy, this territory remains outside the jurisdiction of the French competition law. In two separate reports, the French Authority evaluates the current interventionist economic policy and offers an assessment of its numerous harmful effects. Also, one of the reports puts forward the major outlines of the reform needed to improve the functioning of competition on the Caledonian markets.

[*] Professeur de Sciences économiques, GDI, Université de la Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier, christian.montet@upf.pf.

[**] Maître de conférences en Sciences économiques, GDI, Université de la Polynésie française et LAMETA, Université de Montpellier, florent.venayre@upf.pf.

1. Dans deux rapports rendus publics au début du mois d'octobre 2012, l'Autorité de la concurrence française (Adlc) développe ses recommandations au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie concernant d'une part l'importation et la distribution des produits de grande distribution[1] (ci-après Rapport 1) et d'autre part le renforcement des institutions locales en matière de pilotage d'une politique de concurrence[2] (ci-après Rapport 2).

2. Ces deux rapports, réalisés à la suite d'une mission d'assistance demandée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie[3], apportent sinon des solutions définitives, tout au moins une ouverture pour des réformes de structure que les économistes jugent depuis longtemps essentielles pour ce territoire, comme par ailleurs pour la Polynésie française, qui présente pour l'essentiel les mêmes problèmes de concurrence.

3. Le présent article montre l'importance de ces documents, même s'il ne s'agit que de recommandations. Il souligne d'abord (I) la pertinence de l'analyse de l'Adlc dans le cadre très spécial que constitue celui d'un conseil à une collectivité de la République largement autonome dans le domaine économique. Il propose ensuite un commentaire de ses points forts, d'une part la mise en évidence de l'inefficacité des politiques de contrôle des prix et de protection douanière actuellement en vigueur (II), d'autre part la proposition de réforme de la loi de la concurrence et des institutions correspondantes, comprenant l'éventuelle création d'une autorité de la concurrence indépendante (III). La dernière partie de l'article s'interroge enfin sur les chances de mise en œuvre des propositions avancées par l'Autorité de la concurrence (IV).

I. Deux rapports bienvenus dans un contexte très spécial

4. Le contexte dans lequel ces rapports sont présentés est spécial à bien des égards et c'est ce qui les rend particulièrement intéressants et utiles pour tous ceux qui sont attachés à ce que des territoires de la République, comme la Calédonie et la Polynésie cessent de constituer des poches de résistance à la généralisation mondiale des lois et institutions visant à favoriser la concurrence.

[1] Adlc, 2012, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, Rapp. : T. Decruyenaere et P. Sauze, 21 septembre.
[2] Adlc, 2012, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, Rapp. : G. Wibaux, 21 septembre.
[3] Une convention d'assistance technique a été signée à cet effet par le gouvernement calédonien et le Haut-commissaire le 14 février 2012. L'Adlc a dépêché, au cours du premier semestre 2012, trois rapporteurs qui ont auditionné les principaux distributeurs, importateurs et producteurs, les partenaires économiques ainsi que les représentants des différentes institutions politiques, administratives et sociales.

1. L'étrangeté juridique du statut calédonien

5. On notera tout d'abord que ces documents viennent s'inscrire dans un mouvement d'intérêt marqué par les autorités de concurrence françaises pour des outre-mer trop longtemps délaissés dans ce domaine. Certes, la loi française s'applique dans les départements d'outre-mer (DOM), mais la distance, la hiérarchie des affaires et une certaine omerta régnant dans les îles ont fait que le Conseil puis l'Autorité de la concurrence n'ont que rarement mis des coups de projecteurs sur les questions ultramarines. Une rupture importante est apparue après les émeutes antillaises de l'hiver 2008-2009 et la décision du gouvernement français de saisir l'Autorité pour déterminer les causes de la cherté de la vie outre-mer.

6. Au-delà des premiers avis formulés[4], les actions contentieuses se sont multipliées : Antilles, Réunion, Mayotte, mais aussi, récemment, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en dépit même de la très petite taille de cette collectivité[5]. Mais les deux rapports pour la Calédonie présentent une originalité supplémentaire due à l'autonomie de ce territoire.

7. Cela confère à cette intervention de l'Adlc une place assez singulière, un peu comme s'il s'agissait d'un conseil apporté à un Etat étranger alors qu'on s'adresse à un territoire français. Il est vrai qu'il peut être assez difficile de comprendre pourquoi et comment une institution aussi fondamentale que celle de la concurrence, véritable socle du fonctionnement des marchés dans tous les pays industrialisés, mais aussi de façon généralisée aujourd'hui à travers le monde, peut ne pas être en place dans un territoire de la République française. Hélas, la même absence est criante en Polynésie française, à laquelle l'Etat a confié dès 1977 la compétence en matière de réglementation des prix[6]. Le transfert de cette première compétence en matière économique, renforcé par la suite avec les nouveaux statuts de 1984, 1996 et 2004[7], a rendu impossible l'application directe en Polynésie de l'ordonnance de 1986[8] qui institue en métropole et dans les territoires d'outre-mer moins autonomes le droit moderne de la concurrence et la liberté des prix. Pour la Nouvelle-Calédonie, le processus est tout à fait similaire, la compétence réglementaire ayant été transférée en 1976, renforcée par la suite par les statuts de 1988 et 1999[9]. Même si les transferts de la compétence réglementaire en matière de prix ont été effectués avant l'adoption de l'ordonnance de 1986 sur la concurrence, ce n'était pas le désert complet en France

[4] Sur les carburants (avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009) et l'importation-distribution (avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009).
[5] Voir Venayre F., 2013, « Rappel de la loi républicaine sur la concurrence pour Saint-Pierre-et-Miquelon : Une nouvelle volonté politique pour les économies ultramarines », *Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique*, à paraître.
[6] Loi n° 77-772 du 12 juillet 1977.
[7] Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 ; Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 ; Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.
[8] Ordonnance n° 1243 du 1er décembre 1986.
[9] Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 ; Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 ; Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

auparavant et il est difficile de comprendre pourquoi rien n'a été fait dans le transfert de compétences en ce domaine[10].

8. On se trouve cependant aujourd'hui face à cette double étrangeté : a) deux territoires de la France n'appliquent pas le droit national de la concurrence ; b) alors que ce type d'institution se diffuse partout dans le monde. En effet, à ce jour, plus de 120 pays dans le monde ont adopté un tel droit de la concurrence, surtout depuis les années 1990, avec l'aide conjuguée de l'OMC, de l'OCDE et des grandes communautés économiques que sont les Etats-Unis et l'Union européenne, mais aussi, dans le cas des Etats insulaires du Pacifique, sous l'influence de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Un récent rapport réalisé par le cabinet Minter Ellison pour le Forum des Etats du Pacifique balise d'ailleurs le terrain pour une extension de ces institutions favorables à la concurrence à tous ces pays[11]. Pourtant, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, les décideurs locaux ont jusqu'ici résisté à la réforme, même si, heureusement, la prise de conscience de cette étrangeté est en train de se faire, à la fois du côté local et du côté métropolitain.

9. Sur le plan de la logique économique, de la morale, et même des principes du droit, comment peut-on accepter facilement que ce qui est considéré comme délinquance en col blanc en métropole ou dans les DOM devienne acte normal en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française ? C'est bien l'importance des préjudices causés aux consommateurs et à l'économie dans son ensemble qui justifient une certaine pénalisation du droit de la concurrence, singulièrement aux Etats-Unis, mais aussi en France[12]. Même les sanctions prononcées par les Autorités administratives indépendantes, dont l'Adlc ou l'Autorité des marchés financiers, ont un régime juridique proche de celui des sanctions pénales. Interrogés sur leur légitimité, le Conseil constitutionnel en 1982 et en 1987, ainsi qu'auparavant la Cour de Strasbourg (affaire Engel c./Pays-Bas) ont affirmé qu'elles faisaient partie de la matière pénale et qu'elles étaient donc soumises à l'article 6, §1, Conv EDH[13].

10. On peut par conséquent s'interroger sur la curiosité juridique consistant à dire que les affaires économiques, y compris la concurrence, sont de compétence territoriale, alors que la justice reste très largement de la compétence de l'Etat, aussi bien en Calédonie

[10] Sur la construction du statut polynésien, voir : 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.

[11] 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 ; Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles.

[12] Voir : Pradel J., 2009, « La pénalisation du droit des affaires », Colloque du Caire, Fondation pour le droit continental, Octobre. Notons également que les atteintes à la concurrence peuvent aussi dépasser la simple délinquance en termes de gravité. Ainsi, la tentative de monopoliser un marché a été criminalisée depuis 1974 aux Etats-Unis (Stiglitz J., 2000, *Principes d'économie moderne*, éditions De Boeck Université, p. 350).

[13] Pradel J., 2009, *op. cit.*, p. 7.

qu'en Polynésie. En fait, la question reste ouverte sur la possibilité de recourir à des principes supérieurs du droit et on pourrait malgré tout envisager qu'il existât un angle d'attaque permettant de traiter les principales atteintes à la concurrence dans le cadre de l'arsenal juridique existant. Mais si cela est possible, ce ne serait qu'après des contorsions extraordinaires, alors qu'il eût été si simple de doter les territoires français du Pacifique des instruments les plus efficaces en ce domaine.

2. La pédagogie de la réforme

11. Au total, les deux rapports de l'Adlc constituent donc un modèle de pédagogie pour aider les autorités des territoires autonomes calédonien et polynésien à avancer vers l'adoption d'une réforme indispensable en faveur de la politique de concurrence.

12. Mais la pédagogie douce peut-elle être suffisante en ce domaine ? Lorsque l'on observe la création des droits de la concurrence dans le monde, on s'aperçoit qu'à l'exception initiale des Etats-Unis, c'est toujours sous une sorte de pression extérieure que les réformes sont apparues : Europe poussée par les Etats-Unis après la 2ème guerre mondiale, Etats européens poussés par la CEE, puis l'UE, enfin généralisation dans le monde impulsée par l'OMC ou l'OCDE, et d'autres grands pays ou unions économiques (Etats-Unis, UE).

13. Lorsque l'on observe l'adoption graduelle des droits de la concurrence par les différents pays dans le monde, on remarque que les grands pays développés ont été les premiers, suivis par des pays de taille moyenne et finalement aujourd'hui par des pays plus petits. La rationalité économique de cette séquence peut se situer dans les incitations en termes de bien-être économique[14]. Mais elle peut émerger aussi de considérations de nature plus politique, mettant en évidence le rôle des groupes de pression et la qualité de la gouvernance. Les fédéralistes américains (Hamilton, Jay, Madison…) ont montré que la grande fédération américaine avait un effet neutralisant sur les groupes d'intérêt, du fait de leur concurrence dans la mobilisation des politiques. Il est donc logique que les petits pays, ou ceux qui ont une gouvernance de très faible qualité, traînent à adopter des institutions modernes de concurrence. Cette approche est particulièrement adaptée pour les petits Etats insulaires, où le pouvoir est plus aisément oligarchique.

14. Les derniers petits pays qui résistent le peuvent tant qu'ils sont très pauvres et à l'écart des associations de libre échange et autres organisations internationales. Mais en entrant dans le développement, ils finissent toujours par se voir conseiller/imposer un tel cadre de pilotage de la concurrence. Toutefois, le degré d'autonomie de la

[14] Forslid R., Häckner J. et Muren A., 2011, « Trade Costs and the Timing of Competition Policy Adoption », *Canadian Journal of Economics – Revue Canadienne d'Economique*, Vol. 44, n° 1, pp. 171-200.

Calédonie et la Polynésie, associé sans doute à leur éloignement, à leur petite taille, ou encore à la distance qu'elles entretiennent avec l'Union européenne – puisqu'il ne s'agit que de PTOM et non de RUP[15] – maintiennent ces territoires à l'écart de cette évolution indispensable.

15. Concernant les deux collectivités du Pacifique, un coup de pouce de la France est cependant bienvenu, particulièrement s'il est donné en douceur. C'est ainsi qu'il convient d'interpréter les deux rapports, et non comme un retour en arrière vis-à-vis de l'autonomie calédonienne. En témoigne d'ailleurs le fait que ces deux rapports de l'Adlc n'existent que parce que le gouvernement calédonien a souhaité les obtenir, et non parce qu'ils ont été imposés par Paris. En fait, afin de permettre le développement harmonieux de l'économie calédonienne – et il en va de même pour l'économie polynésienne – il aurait fallu doter il y a longtemps les territoires du Pacifique d'un cadre concurrentiel, même avant 1986, mais la philosophie de la concurrence était à l'époque trop faible en France métropolitaine.

II. Critique du protectionnisme, de la réglementation et du contrôle des prix

16. Le Rapport 1 porte essentiellement sur les problèmes de concurrence dans la distribution et rappelle à cet égard l'avis de l'Adlc sur les DOM formulé en 2009[16]. Pour autant, si le thème paraît centré sur un sujet spécifique, il permet aux rapporteurs de fournir une critique plus générale de l'organisation économique du pays, fondée sur une conception très administrée, au protectionnisme très développé et aux nombreuses réglementations.

17. Le constat est sans ambiguïté. Les rapporteurs ont pu vérifier que, malgré l'arsenal d'interventions de la puissance publique, les prix sont relativement élevés et la concurrence fonctionne très mal dans la plupart des secteurs de l'économie. Des structures de marché oligopolistiques, voire monopolistiques, contribuent fortement à ces dysfonctionnements.

18. L'Etat français n'étant pas compétent dans les affaires économiques, les rapporteurs avancent prudemment et énoncent critiques et recommandations à la manière d'un expert international chargé de réaliser un audit du système. Les conseils ne sont donc pas radicaux, au sens où il n'est pas prescrit de casser d'un coup tout le système[17]. Mais il est clairement établi qu'une avancée dans le domaine de la concurrence, y

[15] Les pays et territoires d'outre-mer (PTOM) regroupe des possessions d'Etats européens qui ne font pas partie de l'UE. Le droit communautaire n'y est donc pas applicable, à l'exception du régime d'association. Les régions ultrapériphériques (RUP), à l'inverse, font partie intégrante de l'UE. Les DOM sont ainsi des RUP, sauf dans le cas de Mayotte qui reste pour l'instant un PTOM, mais la réforme est imminente.
[16] Avis de l'Adlc n° 09-A-45 du 8 septembre 2009.
[17] On notera de ce point de vue la différence sensible avec le rapport de la *Mission d'assistance à la Polynésie française*, rendu en septembre 2010 (dit : « Rapport Bolliet »), qui était dans sa forme beaucoup plus tranché.

compris la mise en œuvre d'un droit efficace et d'une autorité pour le faire appliquer, ne peut se faire que si l'on se débarrasse du cadre de l'économie administrée qui n'a jamais montré une quelconque efficacité de par le monde, et engendre par contre des effets pervers. Il était indispensable de rappeler que le droit de la concurrence n'a pas de sens sans liberté des prix ou derrière des murs de protection douanière.

1. Un marché étroit favorable aux forts pouvoirs de marché

19. L'étroitesse du marché calédonien n'est pas propice à l'épanouissement d'une concurrence très vive : il n'y a place que pour un nombre réduit d'opérateurs viables, et lorsque la demande est essentiellement locale, comme pour la distribution, il est difficile d'exploiter des économies d'échelle sans avoir un monopole. On trouve donc des marchés très concentrés (oligopoles étroits voire monopoles naturels). De plus, le protectionnisme évoqué ci-dessous renforce ce risque de pouvoirs de marché puissants, en renchérissant le prix des produits importés.

20. Les rapporteurs constatent une forte concentration dans la distribution des produits de grande consommation (alimentation et produits ménagers). On note par exemple que « *sur la zone du Grand Nouméa, qui représente 90 % du chiffre d'affaires des grandes surfaces alimentaires, deux opérateurs détiennent plus de 80 % des surfaces commerciales*.»

21. Evidemment, le constat d'un tel duo dominant ne suffit pas à affirmer que la concurrence ne fonctionne pas. On sait que des duopoles « de Bertrand », dont les stratégies portent sur les prix, peuvent se révéler extrêmement concurrentiels. Quant à la frange de 20 %, elle pourrait exercer une pression concurrentielle vive, de même que des risques d'entrée pourraient seuls discipliner les comportements. Mais hélas pour les consommateurs calédoniens, la situation est rigidifiée par les barrières réglementaires à l'entrée.

22. Marchés très concentrés, mal réglementés et ainsi rigidifiés, tous les ingrédients sont présents pour que les coûts et les marges des commerçants soient élevés et que les prix le soient aussi. Comme pour la Polynésie, à la situation similaire, les gouvernements locaux ont choisis d'atténuer les effets structurels par une réglementation des marges et des prix. Cela n'est-il pas la solution logique à un problème de pouvoir de marché présenté par certains comme quasiment « naturel » ?

2. Inefficacités des contrôles de prix

23. Un des points forts des rapports de l'Adlc réside dans la dénonciation des effets pervers et de l'inefficacité des contrôles administratifs des prix et des marges. L'Autorité propose sans ambages de « *mettre fin à la régulation des prix et des marges, et privilégier une action sur les structures de marché* ». Il est assez clair, à la lecture du document, que ce conseil ne procède pas d'un acte de foi libéral, mais bien du constat des dysfonctionnements qu'engendre le système de régulation économique du gouvernement calédonien.

24. Les économistes dénoncent depuis longtemps les effets pervers des contrôles de prix[18]. Ces risques sont magistralement décrits pour la Nouvelle-Calédonie : « *indisponibilité des produits (compte tenu de son effet parfois dissuasif pour le distributeur), alignement à la hausse des prix (le prix maximum devenant également un prix minimum), 'report de marge' vers les produits non réglementés (lorsque le distributeur augmente les prix de ces derniers pour compenser la faible marge réalisée sur les produits réglementés)* ». Compte tenu de tous ces effets pervers, on réserve généralement cette intervention aux seuls cas où une défaillance claire du marché a été identifiée. Rien de tel sur les marchés calédoniens de la distribution où l'étroitesse du marché ne va pas jusqu'à générer une position de monopole naturel, des entrants potentiels frappant souvent à la porte. Il est vrai que dans les situations de monopole naturel, comme dans certaines industries de réseaux, une réglementation des prix s'impose afin d'éviter un captage de rente monopoliste par un opérateur public ou privé. Mais encore faut-il dans ce cas que la réglementation soit efficace et conforme au reste du système concurrentiel. Ce point est cependant à peine abordé par les rapports effectués par l'Adlc.

25. Les contrôles de prix et de marges existants sont donc pour l'essentiel inutiles, voire nocifs. Or, ils sont nombreux : prix de vente ou marges maximaux pour 115 produits de grande consommation (arrêté n° 2010-2715 du 3 août 2010) ; contrôles de prix pour les grossistes et les détaillants de plus de 400 produits et services, dont réparations ou assurances automobiles et gardes d'enfants (arrêté n° 2012-1291 du 5 juin 2012)…

26. Outre l'inefficacité et les effets pervers, l'Adlc note que l'administration du contrôle des prix et des marges est elle-même lourde et coûteuse pour la collectivité. Les points 57 à 60 du Rapport 2 en présentent quelques éléments : 40 agents au service des affaires économiques, dont une partie est mobilisée régulièrement pour des contrôles qui montrent un faible respect de la réglementation (point 60).

[18] Voir : Scott Morton F., 2001, « The Problem of Price Controls », *Regulation*, Vol. 50, pp. 50-54.

27. La recommandation de l'Autorité est donc claire et sans appel : il faut réserver les réglementations de prix aux situations de monopoles naturels et les supprimer au contraire partout ailleurs.

3. Protectionnisme coûteux

28. Le Rapport 1 souligne l'importance et les effets négatifs du protectionnisme calédonien. La seule description du « mille feuilles » (point 37) de taxes et autres droits de douanes sur les importations traduit l'absurdité du système. Est-il réellement utile de préciser que les effets de ces taxes douanières sur les prix poussent évidemment à la hausse ? En fait, c'est d'ailleurs leur raison d'être, pour assurer des débouchés à certains produits locaux dont la fabrication reste trop coûteuse. Il est vrai que certaines importations sont exemptées, mais pour les produits taxés, cela revient à une taxation de 29 % en moyenne.

29. Par ailleurs, un ensemble de restrictions quantitatives aux importations (quotas) viennent compléter le dispositif, sous la forme d'un « programme annuel des importations » (PAI)[19], en générant des effets plus pervers encore, comme l'enseigne tout manuel d'économie internationale[20]. Il est bien connu que les quotas créent des rentes de rareté, qui échappent en général au gouvernement, alors que pour un même résultat des droits de douane contribuent au moins à approvisionner le budget de la collectivité[21]. Par ailleurs, les quotas figent les situations de marché, car ils ne s'adaptent que peu ou pas du tout aux modifications de la demande et car leur attribution est rigide selon les positions passées des importateurs. Enfin, dans des contextes de monopoles ou oligopoles étroits et collusoires, les quotas entraînent des hausses de prix supérieures à celles d'un tarif douanier équivalent.

30. Or, en Nouvelle-Calédonie, il y a pour certains produits des interdictions totales d'importations, comme pour le savon de toilette, inférieur ou égal à 200g, ou pour les sacs poubelles. Pour d'autres produits, un volume précis d'importations à ne pas dépasser est fixé : riz (1 800 tonnes), pâtes (95 tonnes). Il est facile d'en déduire les effets nocifs pour les consommateurs.

31. Les économistes dénoncent depuis longtemps les effets négatifs du protectionnisme, y compris pour les petites économies insulaires. Les rapports de l'Adlc confirment et illustrent ces enseignements. Les dommages du protectionnisme et la nécessité de

[19] Un équivalent existe en Polynésie : Venayre F., 2012, « Interventionnisme public et handicaps de compétitivité : analyse du cas polynésien », Document de travail, n° 121, Agence française de développement, Département de la recherche, Mars.
[20] Voir par exemple : Krugman P., Obstfeld M. et M. Melitz, 2012, *Economie internationale*, de Boeck, 9ème édition, chapitre 9.
[21] Pindyck R. et Rubinfeld D., 2009, *Microéconomie*, Pearson Education, 7ème édition, chapitre 9.

libéraliser le commerce international des petits pays insulaires du Pacifique ont été maintes fois présentés et commentés. Winters souligne que « *ajouter des barrières aux échanges internationaux exacerbe, au lieu de soulager* »[22] les maux économiques liés à la petite taille et à l'isolement des pays[23]. Une fois que l'on réalise qu'une grande partie des problèmes économiques des petits pays du Pacifique provient de leur isolement et leur petite dimension[24], et non de défaillances particulières des marchés, il devient clair que la solution ne peut pas être dans des politiques de barrières douanières ou subventions distordant les prix relatifs et les affectations de ressources. Comme le notent Martins et Winters[25] : « *si le revenu national est insuffisant quand vous le maximisez, il est forcément insuffisant quand vous ne le maximisez pas* », or les politiques interventionnistes en question réduisent le revenu potentiel lorsqu'il n'y a pas de défaillance du marché clairement établie.

32. La conclusion de politique économique tirée par Winters est qu'il ne faut surtout pas ériger des barrières douanières. Le thème est clairement repris dans le rapport *Pacific 2020* qui énonce des politiques présentées comme « *faisant plus de mal que de bien* » : protection commerciale, protection des monopoles[26], subventions d'activités particulières sans qu'une défaillance de marché n'ait été clairement identifiée. On retrouve même une préoccupation semblable dans le document de synthèse des Etats-Généraux de l'outre-mer pour la Polynésie française.

33. Les rapports de l'Adlc procèdent de la même manière. On comprend que l'optimum serait de supprimer les restrictions aux échanges, tarifs douaniers ou quotas, mais c'est une politique plus souple qui est proposée : transformer les quotas en protections tarifaires, moins nocives d'une part et supprimer les droits de douanes supplémentaires imposés sur les importations de pays non membres de l'UE. Puisque des protections ont des chances de subsister, malgré leur caractère nocif, au moins faut-il être plus sélectif dans l'octroi de ces mesures « *en les réservant aux industries porteuses en termes d'emploi ou d'activité, en rendant plus transparent leur mode d'attribution et en les conditionnant à des contreparties en termes de qualité ou de prix* » (Rapport 1, pp. 51-54). On comprend la circonspection des rapporteurs en ce domaine de compétence du territoire, mais on peut préférer la recommandation plus radicale du rapport *Pacific 2020*, reprenant celle de Winters et de la théorie économique de façon plus générale. En effet, un gouvernement peut toujours justifier une protection par des arguments d'emplois, difficiles à vérifier empiriquement. L'exigence de contreparties en termes de qualité ou de prix est également facile à contourner compte tenu des

[22] Winters A., 2005, « Policy Challenges For Small Economies in a Globalising World », *in* : Chand S. (ed), *Pacific Islands Regional Integration and Governance*, Australian National University Press, November, p. 10
[23] Martins P. et Winters A., 2004, « When Comparative Advantage is not Enough : Business Costs in Small Remote Economies », *World Trade Review*, Vol. 3, n°3.
[24] Une autre partie importante est liée aux problèmes de gouvernance.
[25] Martins P. et Winters A., 2004, *op. cit.*
[26] Luthria M. et Dhar S., 2005, *Pacific 2020 Background Paper : Framework for Growth*, Commonwealth of Australia, Décember, p. 16.

asymétries d'information. Comme en beaucoup de domaines, un seul détail peut détruire toute velléité de réforme.

4. Une réglementation dépassée des relations fournisseurs-distributeurs

34. Parmi les dysfonctionnements liés à l'intervention économique du gouvernement calédonien, l'Adlc relève la présence d'une réglementation inefficace et dépassée des relations entre fournisseurs et distributeurs. Le problème peut paraître de moindre importance que ceux que soulèvent les contrôles de prix et le protectionnisme, mais l'expérience de la loi Galland a pleinement démontré en métropole les risques de forts effets nocifs pour les consommateurs[27].

35. On sait que sur cette question des relations entre fournisseurs et distributeurs, la France se singularise par rapport aux autres pays en incluant dans son droit de la concurrence un sous ensemble de règles, souvent qualifié de « petit droit », voire « faux droit » de la concurrence[28], de nature très régulatrice, qui prévoit des sanctions *per se* (c'est-à-dire automatiques) de diverses pratiques dites « restrictives de concurrence ». Par nature, ce « petit droit » contient des éléments contradictoires et susceptibles de générer autant de problèmes de concurrence qu'ils sont supposés en régler. Le débat sur leur statut et leur usage est loin d'être terminé[29], mais on a tout de même noté des avancées dans la bonne direction avec la loi LME[30].

36. Or, non seulement la Nouvelle-Calédonie a donné une grande importance à ce petit droit de la concurrence, mais elle en est restée à la version antérieure à la loi LME. Transparence des CGV, non-discrimination et définition restrictive d'un seuil de revente à perte (SRP) maintiennent donc le pouvoir de marché des fournisseurs et des distributeurs, au détriment du consommateur final.

37. Ainsi, comme le relève le Rapport 1 (point 236), le SRP défini localement « *ne permet pas aux détaillants de répercuter dans leurs prix de revente des remises hors factures obtenues des fournisseurs* ». Ce même défaut a produit en métropole des résultats inflationnistes connus sur les prix de nombreux produits. En Calédonie, où étroitesse des marchés et restrictions aux importations renforcent les pouvoirs de marché, les conséquences en sont certainement plus nocives encore.

---

[27] Montet C. et Venayre F., 2004, « Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 1, pp. 174-181.
[28] Malaurie-Vignal M., 2003, *Droit de la concurrence*, Armand Colin, 2ème édition ; Decocq A. et Decocq G., 2008, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 3ème édition, (p. 404 et s.).
[29] De nombreux commentateurs, juristes et économistes, proposent sa suppression pure et simple. Voir : Delpla J. et Wyplosz C., 2007, *La fin des privilèges*, Hachette, pp. 56-57.
[30] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

III. Esquisse d'une institution moderne de la concurrence

38. Le Rapport 2, après l'examen critique de la réglementation des prix, développe ce que devrait être un système efficace de promotion de la concurrence, lequel n'exige pas seulement un droit qui existe plus ou moins en Calédonie depuis 2004[31], mais aussi un cadre autorisant son efficacité, en particulier une autorité de la concurrence, véritable pilote et gendarme du droit antitrust.

1. Pour un droit complet de la concurrence

39. S'il existe bien un droit de la concurrence calédonien, force est de reconnaître qu'il est pour le moins inachevé. Les articles sanctionnant les ententes et les abus de position dominante (L 420-1 et L 420-2) ont certes été transposés du droit français, mais il manque le troisième volet, c'est-à-dire le contrôle des concentrations et il manque surtout le gendarme et les sanctions.

40. Concernant le contrôle des concentrations, il devrait être clair que ce volet préventif est aussi utile aux petites économies insulaires. Lorsqu'on observe la conception des droits de la concurrence dans les petits pays, on voit que le volet contrôle des concentrations est présent en Islande, à Malte, à la Barbade et même à Jersey.

41. S'il ne devrait pas faire de doute qu'un contrôle des concentrations est indispensable dans une petite économie insulaire, il reste le problème de la monopolisation lente des marchés par croissance interne, par définition non contrôlable par les autorités de la concurrence. Il est en soi normal qu'une entreprise grossisse en taille et chiffre d'affaires si elle est performante et populaire auprès des consommateurs. Il y a cependant une différence entre une entreprise dont les ventes s'accroissent parce que la demande se tourne de plus en plus vers elle, et une croissance sous forme de création de nouveaux magasins dans des zones où la concurrence s'étiolera ensuite. La création de nouveaux magasins pourrait donc recevoir un traitement complémentaire du contrôle des concentrations. Il suffit pour cela de doter l'autorité de la concurrence de moyens de contrôler aussi l'urbanisme commercial, avec un souci prioritaire de concurrence. C'est ce que propose à juste titre l'Adlc. La recommandation est importante quand on sait que l'urbanisme commercial peut souvent être trop restrictif sous la pression des acteurs dominants.

42. L'Autorité va plus loin encore avec une recommandation d'injonction structurelle lorsque des positions dominantes ou monopolistiques bloquent durablement la

[31] Délibération n° 14 du 6 octobre 2004.

concurrence. Les remèdes dans ce genre de circonstances sont soit une régulation à la manière d'un monopole naturel, soit une injonction de cession d'actifs, à l'instar de ce qu'ont fait les autorités britanniques sur le marché de la bière (cession forcée des « pubs »). Les risques de dérapages dans ce domaine délicat où l'atteinte au droit de propriété est frontale, exigent alors une supervision attentive par une autorité supplémentaire, peut-être par les juges. La possibilité de recourir aux injonctions structurelles avait été introduite en droit français par la loi LME, mais jusqu'ici, son utilisation était bridée par des garde-fous importants, que l'Adlc avait d'ailleurs jugés trop restrictifs à l'occasion de son étude de la distribution alimentaire à Paris[32]. Plus récemment, le ministre, M. Victorin Lurel, a souhaité simplifier l'application de cette disposition pour l'outre-mer[33].

43. Au-delà de la question de l'amélioration du texte de loi, une autorité en charge de son application est nécessaire. L'Adlc est très claire : l'idéal serait de créer une autorité de la concurrence indépendante, mais on voit que le statut calédonien complique quelque peu la tâche.

2. Les difficultés de la création d'une autorité de la concurrence calédonienne

44. La théorie économique[34], ainsi que l'expérience accumulée depuis la loi Sherman adoptée en 1890 aux Etats-Unis montrent amplement que cette autorité doit être indépendante du gouvernement et évidemment aussi du monde des affaires. La solution réside, comme cela a été compris et appliqué progressivement à travers le monde dans la mise en place d'une autorité administrative indépendante (AAI), soit pour instruire les dossiers en les confiant ensuite aux juges, soit pour juger directement et sanctionner les contrevenants, des recours en appel restant toujours possibles devant les instances judiciaires. Un des problèmes spécifiques de la Nouvelle-Calédonie réside dans le fait que le statut calédonien[35] n'autorise pas actuellement cette institution. Ainsi, un avis du Conseil d'Etat de 2009[36] indique explicitement qu'une telle autorité ne pourrait pas disposer de pouvoir d'enquête et de sanction suffisant. Cependant, il en allait de même pour la Polynésie française jusqu'en 2011[37]. Une réforme similaire serait relativement facile à initier en Calédonie.

45. Cette Autorité de la concurrence calédonienne, devrait être chargée de superviser l'application du droit en traitant les problèmes d'entente et d'abus de position

[32] Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012.
[33] Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012.
[34] Maskin E. et Tirole J., 2004, « The Politician and the Judge : Accountability in Government », *American Economic Review*, Vol. 94, n° 4, September, pp. 1034-1054 ; Tirole J., 2007, « Nos autorités de régulation doivent rester indépendantes », *Le Monde*, édition du 23 janvier 2007.
[35] Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.
[36] Avis n° 383-316 du 22 décembre 2009.
[37] Loi organique n° 2011-918 du 1er août 2011.

dominante, y compris au niveau des sanctions si celles-ci s'imposent. Elle devrait traiter les dossiers de contrôle de concentration, voire d'injonctions structurelles si celles-ci devaient voir le jour. Enfin, il est suggéré qu'elle puisse aussi s'occuper de la régulation des industries de réseaux, ce qui signifie la prise en charge de la réglementation des prix des monopoles naturels et la gestion de la politique d'entrée sur ces marchés, comme nous l'avons nous-mêmes suggéré dans le cas de la Polynésie française[38].

46. Si l'option de révision de la loi organique n'est pas applicable aisément ou rapidement, le Rapport 2 suggère que soit créée une commission possédant des pouvoirs consultatifs dits « renforcés » (point 182), tout en réservant le pouvoir décisionnel au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

47. Pour la Polynésie, on remarquera que, puisque la loi organique autorise depuis 2011 la création d'une AAI, il serait bien étrange de se contenter d'une commission consultative, voire d'un pilotage par l'administration des « affaires économiques ». C'était pourtant, de manière très surprenante, le choix effectué dans le projet de loi du pays qui a été rejeté en octobre 2012 par l'Assemblée de la Polynésie française. Pour la Calédonie, l'option d'une révision de la loi organique s'impose là aussi si l'on veut une réforme efficace.

IV. Quels effets à attendre ?

48. Les rapports réjouissent tous ceux qui observent l'inefficacité chronique du protectionnisme et de la réglementation des prix et des marges en vigueur dans les territoires français du Pacifique. L'interventionnisme archaïque et inefficace y est pourtant dénoncé depuis longtemps déjà, et notamment par nombre d'universitaires de disciplines différentes qui se sont prononcés sur ces questions depuis des années[39], sans que les choses ne changent sensiblement. Cette intervention de l'Adlc pourra-t-elle avoir plus d'effets ? On notera tout d'abord que les rapports viennent à la

[38] Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, *op. cit.*

[39] Voir, parmi d'autres : Al Wardi S., 2008, *Tahiti Nui ou les dérives de l'autonomie*, Paris, L'Harmattan ; Al Wardi S. et Regnault J.-M., 2011, *Tahiti en crise durable, un lourd héritage*, Les éditions de Tahiti ; Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2010, « La gouvernance du système économique polynésien en question – Comment protection et absence de concurrence obèrent la croissance », *in* : A. Angelo et Y.-L. Sage (éd.), *Gouvernance et autonomie dans les sociétés du Pacifique Sud : Etudes comparées – Governance and Self-reliance in Pacific Island Societies : Comparative Studies* », pp. 313-343 ; Bambridge T., Venayre F. et Vucher-Visin J., 2009, « La mise en cohérence des décisions publiques et des possibilités de financement de l'économie polynésienne », *Yearbook of New Zealand Association for Comparative Law*, Vol. 15, pp. 157-184 ; Freyss J., 1997, « L'éternel recours : les impasses de l'économie assistée en Nouvelle-Calédonie », *Tiers-Monde*, Vol. 38, n° 149, pp. 99-119 ; Montet C., 2004, « Autonomie politique, institutions et développement : le sens économique des réformes en Polynésie française », Colloque *20 années de statut d'autonomie de la Polynésie française*, Université de la Polynésie française, Tahiti ; Regnault J.-M., 2007, *Tahiti malade de ses politiques*, Les éditions de Tahiti.

demande du gouvernement calédonien et que le message envoyé en retour est assez clair pour pouvoir enclencher des réformes importantes. Mais les nuances diplomatiques contenues dans les rapports offrent suffisamment d'échappatoires pour que le résultat final puisse se révéler bien appauvri, à supposer que quelque chose se passe réellement.

1. Une démarche positive du gouvernement

49. Le fait que les rapports fassent suite à une demande émanant du gouvernement calédonien démontre une approche positive susceptible de se révéler favorable à la réforme. Les responsables politiques se trouvent à présent devant un dilemme : le diagnostic appelle à une réforme pro-concurrentielle, mais il est toujours difficile de bousculer le statu quo. Le voudraient-ils vraiment, les gouvernants se trouveraient soumis à des pressions très fortes des groupes d'intérêts défendant leurs rentes.

50. La première étape du recours à un « audit externe » a certainement constitué la meilleure option pour enclencher un processus. Le rapport du cabinet Minter Ellison pour le Forum des Îles du Pacifique joue le même rôle pour les petits Etats insulaires du Pacifique soutenus par l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Les temps d'après crise mondiale sont certainement favorables à cette démarche et les émeutes des Antilles, ainsi que Etats-Généraux de l'Outre-mer qui ont suivi, et l'ensemble des revendications des différentes populations de l'outre-mer français, toutes ces dernières années, ne sont sans doute pas étrangers aux amorces de réforme observées aussi bien en Calédonie qu'en Polynésie. Sur ce dernier territoire, une réforme en vue de l'adoption d'une loi sur la concurrence est à l'étude depuis 2005. Elle a été accélérée en 2012 jusqu'à ce qu'un vote de l'Assemblée en repousse (provisoirement ?) l'adoption. Il est vrai qu'elle était presque aussi bancale que l'est le système calédonien critiqué par les rapports de l'Adlc.

51. Les velléités de réforme sont présentes. Il reste à savoir si ce frémissement débouchera sur un changement effectif ou seulement sur un toilettage purement cosmétique de la loi existante. Rappelons que dans la très grande majorité des cas, les droits de la concurrence efficaces n'ont vu le jour que sous la pression d'une force extérieure au pays, qui permet de résoudre les problèmes de pressions internes en faveur du statu quo. La France a cependant les moyens de conditionner une partie de ses transferts financiers à la réalisation de réformes pro-concurrentielles. Encore faudrait-il que cela soit clairement établi et que les forces politiques locales ne saisissent pas cette occasion pour dénoncer une quelconque ingérence de nature coloniale. La réforme servirait l'intérêt général et c'est au contraire sa négligence dans les accords précédents de transferts de souveraineté qui relève d'un manque d'égards pour les

populations de ces territoires, ou à tout le moins d'une incompréhension de l'importance que peut avoir une telle institution dans une petite économie insulaire.

2. Un message clair, mais diplomatiquement tempéré

52. Le message est limpide : supprimer le protectionnisme et les contrôles inefficaces de prix et de marges. Mais les recommandations les plus radicales sont assorties de considérations tenant compte à la fois du fait qu'il ne s'agit que de conseils à un gouvernement pleinement compétent et du fait que l'Histoire a légué une situation qu'il n'est pas facile de casser brutalement. Au big-bang est donc préféré une série d'aménagements au système existant par souci de pragmatisme et peut-être dans le but de ne pas heurter les utilisateurs potentiels des conseils.

53. Ainsi, concernant le protectionnisme, des droits de douanes devraient remplacer les quotas. C'est un moindre mal au plan fiscal, mais l'on restera dans le cadre d'un protectionnisme forcément nocif, avec de fortes distorsions des marchés et, en conséquence, des prix élevés.

54. Pour la réglementation tarifaire, les recommandations ne peuvent guère être plus claires : mettre fin au contrôle des prix et des marges. Mais il est indiqué que cela concerne principalement le secteur de la distribution, dans lequel des entrants potentiels existent. En revanche, il est reconnu, certes à juste titre pour les industries de réseau, que dans le système préconisé de « liberté surveillée » (voir Rapport 2, point 71), certains secteurs peuvent voir leurs prix réglementés. Cependant, il est aussi indiqué dans le Rapport 1 que des réglementations de prix pourraient être bienvenues dans le cas « *des secteurs industriels bénéficiant de protections de marché et où ne sont en concurrence qu'un petit nombre d'opérateurs* » (Rapport 1, point 215). On comprend la logique économique des rapporteurs, mais dans le cadre d'une gouvernance où la proximité des responsables politiques et des entreprises peut être très forte, la question se pose d'une part de savoir quels sont ces secteurs protégés de la concurrence grâce à l'intervention publique, et d'autre part, à supposer que l'intérêt d'une telle régulation des prix soit établie pour ces secteurs, qui est responsable du type de régulation ? On voit, avec la façon dont sont régulées à Tahiti EDT (électricité de Tahiti) ou encore l'OPT (office des postes et télécommunications), la nécessité de confier la régulation à une AAI. La proposition est certes faite, mais elle n'est pas approfondie et n'apparaît pas comme une des propositions majeures de la réforme.

55. Il reste que, même si la nécessité de réguler les prix des industries de réseau ne fait aucun doute, on peut s'interroger sur le besoin de protéger d'autres industries et de leur conférer un statut spécial exigeant protection douanière et prix réglementés. On s'éloigne ici des propositions de politique économique contenues dans le rapport

Pacific 2020, dans lequel on préconise non seulement une abolition de tout protectionnisme, mais aussi des soutiens apportés à tel ou tel monopole local.

56. Concernant le système antitrust, l'idéal d'une autorité indépendante contrôlant les concentrations et capable d'imposer de lourdes sanctions est certes bien décrit, mais la réalité de la loi organique conduit à accepter comme solution de moindre mal une commission consultative et un contrôle des concentrations par l'administration du ministère de l'économie. Cela peut constituer une solution de transition, mais on sait que les transitions bancales peuvent durer longtemps.

57. Comme le note le point 185 du Rapport 2, il est utile de « *faire participer l'ensemble des acteurs économiques et politiques à la mise en œuvre de la réforme* ». Mais il y a fort à parier qu'un certain nombre des acteurs économiques sont prêts à participer à l'édulcoration de la réforme en question. Les nombreuses ouvertures vers des solutions de second, voire de troisième ou quatrième rang n'incitent pas à l'optimisme sur l'efficacité du système à venir. La conversion intellectuelle des élites de Nouvelle-Calédonie aux thèses soutenues dans les rapports de l'Adlc, à supposer qu'elle existe, peut-elle suffire à dépasser les résistances des groupes d'intérêt ?

Conclusion

58. Si la question de l'opportunité d'introduire un droit de la concurrence dans les petites économies insulaires, aux marchés par nature étroits, et aux ressources administratives inévitablement limitées, a pu être légitimement posée, elle est aujourd'hui définitivement résolue comme en témoignent les mises en place de telles institutions dans les territoires les plus petits et reculés du monde. Cependant, les particularités des transferts de compétences, en particulier dans le domaine économique, de la France métropolitaine à ses territoires du Pacifique que sont la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française font qu'on se trouve à présent avec deux zones économiques de la République échappant au droit antitrust.

59. L'étrangeté de la situation est de plus en plus clairement perçue par certains responsables politiques et économiques locaux, ainsi que par une partie de l'opinion publique. La demande d'un audit de l'Adlc par le gouvernement calédonien témoigne de cette prise de conscience et de l'urgence de mettre en œuvre des réformes.

60. La réponse de l'Autorité est claire et sans détours. Elle recommande d'abandonner l'essentiel de la réglementation désuète et inefficace, associant des mesures protectionnistes aussi néfastes et des contrôles inopérants des prix et des marges de nombreux produits et services. Elle invite le gouvernement calédonien à la remplacer par un cadre concurrentiel moderne, dont le pilotage serait confié à une AAI dont les

contours sont précisés, même si pour en venir là il s'avère nécessaire de modifier la loi organique existante. Une réforme concurrentielle analogue s'impose aussi en Polynésie. Il reste à voir si les responsables politiques et économiques de ces deux territoires vont avoir la volonté, la capacité et le courage politique pour transformer ce type de recommandations en une vraie institution favorable à la concurrence et au fonctionnement amélioré de l'économie de marché. Au moment où des pays voisins du Pacifique s'orientent vers l'approfondissement de telles réformes, il serait regrettable que les territoires français restent durablement à la traîne.