

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 16 janvier 2019
Lecture du 25 janvier 2019

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Si elles sont au cœur de l'actualité politique dans la France entière, les contestations relatives à la « vie chère » sont particulièrement sensibles, et de longue date, en Nouvelle-Calédonie où, par l'effet de l'insularité combinée à l'isolement et de l'étroitesse des marchés qui en découle, les prix sont en moyenne plus élevés d'un tiers qu'en métropole, particulièrement s'agissant des postes de première nécessité que constituent l'alimentation (+89%) et le logement (+62%). Aussi l'objectif de stabilisation des prix est-il devenu l'obsession des autorités néo-calédoniennes qui, pour faire face à une grève générale doublée d'importantes manifestations en 2013, ont été jusqu'à mettre temporairement en place un mécanisme de plafonnement généralisé des prix (loi du pays n° 2013-7 du 27 septembre 2013 relative au plafonnement des prix des produits et prestations de services offertes en Nouvelle-Calédonie).

Par-delà cette mesure temporaire d'urgence, une concertation avec les partenaires sociaux a donné lieu à la signature, le 21 août 2014, d'un « agenda économique, social et fiscal partagé » censé permettre une sortie durable de la crise. Parmi les mesures prévues par cet accord figurait l'instauration d'une taxe générale à la consommation. Il peut sembler paradoxal de répondre par l'instauration d'une nouvelle taxe aux récriminations contre la hausse des prix, mais la logique derrière ce paradoxe est de substituer cette nouvelle taxe aux sept taxes à l'importation et autres prélèvements auparavant en vigueur, d'une part parce que leur cumul entretenait une opacité sur les prix volontiers utilisée pour faire grossir les marges, d'autre part parce que stimuler les importations, et donc la concurrence, est l'un des leviers mobilisés pour contribuer, avec l'encadrement des prix, à la modération de ces derniers.

C'est dans ce cadre qu'on été adoptées, le 30 septembre 2016, deux lois du pays : la loi du pays n° 2016-14 instituant une taxe générale sur la consommation, et la loi du pays n° 2016-15 relative à la concurrence, à la compétitivité et aux prix, visant à créer un environnement juridique favorable à la concurrence par les prix, mais aussi à geler les marges des entreprises. Puis, craignant finalement que la nouvelle taxe ne se révèle être un nouveau prétexte à augmentation des marges, les autorités néo-calédoniennes ont adopté, le 7 septembre 2018, une troisième loi du pays n° 2018-10 modifiant les dispositions issues des deux premières et instituant un mécanisme de contrôle des prix par plafonnement des marges. Ce mécanisme comporte trois volets : une réglementation permanente des prix de certains produits sensibles ; un plafonnement des marges généralisé, mais transitoire, applicable à toutes les entreprises dans les douze mois suivant l'entrée en vigueur de la taxe ; au-delà de cette période, une possibilité pour le gouvernement

d'activer ponctuellement, pour 18 mois maximum, un plafonnement des marges dans les secteurs où une dérive des prix serait constatée.

Ainsi que le prévoit l'article 100 de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, cette loi du pays avait été soumise pour avis, lorsqu'elle était encore au stade de projet, à la section des finances du Conseil d'Etat. L'avis a été versé au dossier de la procédure contradictoire par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ce qui se révèle être une initiative utile, car les recommandations alors formulées ne sont pas dépourvues d'intérêt pour notre affaire.

Sur son fondement sont intervenus trois actes réglementaires : une délibération n° 350 du 7 septembre 2018 portant application de la loi du pays, qui définit les notions de « prix d'achat net », « coût de revient licite », et « prix de vente maximum licite » utilisés dans les mécanismes de plafonnement des prix, ainsi que la liste des produits concernés et des sanctions applicables ; un arrêté n° 2018-2231 du 11 septembre 2018 dit « fixation des prix » qui définit les taux de marge réglementés ; un arrêté n° 2018-2273 du 18 septembre 2018 dit « transparence » qui précise l'obligation de communication hebdomadaire des prix mise à la charge de certains commerçants.

La SARL Magenta, qui exploite un commerce de détail soumis à ces obligations à Nouméa, a attaqué ces trois textes devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie. La société Super Auteuil lui a emboîté le pas s'agissant de la délibération et de l'arrêté dit « transparence ». Avant de statuer sur ces recours, le TA vous a transmis, parce qu'il les estimait sérieuses, les cinq QPC formées dans ces litiges. Mises bout à bout, elles contestent la conformité à la Constitution des articles 2, 3 et 4 de la loi du pays du 7 septembre 2018. Derrière ces articles se cachent respectivement, dans leur rédaction issue de la loi du pays litigieuse, premièrement, le mécanisme permanent de contrôle des prix institué par les paragraphes I et II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie, deuxièmement, les obligations d'information pesant sur les entreprises en vertu de l'article Lp 412-4 et troisièmement, des mécanismes temporaires de contrôle des prix, l'un applicable pendant 12 mois à compter de l'entrée en vigueur de la TGC, l'autre auquel peut recourir le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour 18 mois maximum en cas de dérives constatées sur les prix, mis en place par les paragraphes II et III de l'article 19 de la loi du pays du 30 septembre 2016 « concurrence, compétitivité et prix ».

Les lois du pays sont effectivement passibles de la procédure de QPC dans les conditions habituellement applicables aux lois de l'article 34 de la Constitution. C'est ce que prévoit l'article 107 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser qu'est recevable une QPC dirigée contre toute loi du pays adoptée selon la procédure prévue aux articles 100 à 103 de la loi organique et qui n'a pas fait l'objet d'une décision du Conseil d'Etat constatant qu'elle serait intervenue en dehors des matières énumérées à l'article 99 qui lui sont réservées (Cons. const. N° 2012-258 QPC du 22 juin 2012). Ces conditions étant remplies en l'espèce, de mêmes que celles d'applicabilité aux litiges et de non déclaration préalable de conformité à la Constitution, il vous faut examiner le sérieux des trois séries de questions.

Il n'y a pas de difficulté propre à l'article 3 de la loi du pays, réécrivant l'article Lp. 412-4 du code de commerce, qui porte sur les obligations déclaratives imposées aux commerçants. Cet article impose sous peine d'amende la transmission au service compétent du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie :

- par les commerçants détaillants dont la surface de vente est d'au moins 350 m², des prix de leurs produits ;
- par les commerçants en gros, pour chaque produit commercialisé, des prix de revient licite, prix de vente hors-taxa et prix maximal de vente licite ;
- pour ces deux catégories de commerçants, de la marge en valeur pratiquée au 1^{er} mai 2018 ainsi que le coût de revient licite ou le prix d'achat net et le prix.

La requérante soutient que ces obligations méconnaissent la liberté d'entreprendre, protégée par l'article 4 de la DDHC, de laquelle découle la protection du secret des affaires. Il est vrai que le Conseil constitutionnel rattache le secret des affaires à la liberté d'entreprendre (Cons. Const. n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016, cons. 61 et 64) ; dès lors, bien qu'une décision du Conseil d'Etat ait récemment jugé, par une incise surabondante, que « le secret des affaires n'est au demeurant pas garanti par les dispositions et principes de la Constitution » (CE, 22 février 2018, *Association sportive culturelle chrétienne audiovisuelle*, n° 22 février 2018, T. p. sur un autre point), il semble que le grief est opérant.

Il ne nous semble en revanche pas sérieux. Certes, vous avez jugé que dans le secteur des tabacs, portait atteinte au secret des affaires l'obligation de transmission d'informations sur les prix relevant de la stratégie commerciale à des fournisseurs agréés susceptibles d'être unis par des liens capitalistiques avec des concurrents(CE, 7 février 2018, *Société British American Tobacco France*, n° 405705, inédite), ou encore que le recueil par des instances réunissant des membres actifs d'une profession d'informations sur la santé financière et la stratégie commerciale d'entreprises du secteur portait une atteinte disproportionnée au secret industriel et commercial (CE, 24 mai 2017, *Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce*, n° 398801, T. p.). Mais en l'espèce, les informations communiquées, qui sont strictement limitées aux informations nécessaires à la mise en œuvre des réglementations des prix, sont destinées au gouvernement, et ne sont pas rendues publiques, à la seule exception de l'information sur les prix effectivement pratiqués, dont la mise en ligne sur un site de l'observatoire des prix n'est à l'évidence attentatoire à aucun secret. La circonstance que le dispositif ne soit pas borné dans le temps n'est pas en soi un problème (cf. Cons. const., n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013). Quant aux allégations selon lesquelles les membres du gouvernement pourraient être tentés de détourner ces informations aux fins de servir les intérêts d'entreprises auxquelles ils seraient liés, elles relèvent d'une qualification pénale et ne nous semblent pas de nature à rétroagir sur la constitutionnalité des obligations d'information contestées.

Les choses sont plus sérieuses s'agissant des différents mécanismes d'encadrement des prix.

S'agissant du dispositif permanent d'encadrement des prix, un premier grief, tiré d'une incompétence négative du législateur du pays mettant en cause la liberté d'entreprendre, nous semble dépourvu de sérieux. Les requérantes reprochent à la loi du pays d'avoir laissé trop de marge au pouvoir réglementaire pour fixer la liste des produits concernés. Il est certain que la réglementation des prix relève des principes fondamentaux concernant le régime des obligations civiles et commerciales, qui relèvent du législateur du pays en vertu du 10° de l'article 99 de la loi organique. Toutefois, la disposition litigieuse, d'une part pose le principe de la réglementation des prix (paragraphe I de l'article Lp. 411-2), d'autre part renvoie à une délibération du congrès le soin de déterminer la liste des produits et services concernés en fonction de deux critères : « leur impact sur le budget des ménages, s'agissant en particulier de produits et services de première nécessité ou de grande consommation », et « la situation de secteurs ou de zones pour

lesquels les conditions de concurrence peuvent justifier une réglementation des prix ». Cet encadrement a été ajouté pour répondre à la recommandation de l'Assemblée du Conseil d'Etat qui, consultée sur un projet procédant à un renvoi non encadré, avait indiqué « que le législateur du pays n'épuiserait pas sa compétence s'il renvoyait au pouvoir réglementaire la détermination de ce champ d'application », et recommande d'énoncer des « critères devant guider [son] élaboration en fonction par exemple de la nature des produits ou famille de produits concernés (produits alimentaires et non alimentaires de première nécessité ou de grande consommation, etc.), ou de l'état de la concurrence dans certains secteurs d'activités ». Elle nous semble suffisante pour prémunir les entreprises du risque d'une atteinte arbitraire à leur liberté d'entreprendre par la délibération du congrès.

Un second grief plus délicat concerne frontalement la liberté d'entreprendre. Il va sans dire qu'un dispositif permanent d'encadrement des prix y porte atteinte. Il faut donc, pour que l'article 4 de la DDHC ne soit pas méconnu, que cette limitation soit liée à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, le tout dans un rapport de proportionnalité de l'atteinte aux objectifs légitimes poursuivis (Cons. Const. n^{os} 2013-670 DC du 23 mai 2013 et 2015-715 DC du 5 août 2015). Il n'y a pas de doute ici sur l'existence d'un objectif d'intérêt général de protection des consommateurs, de sorte que la seule question est celle de la proportionnalité, que les requérants estiment méconnues du fait du caractère permanent du dispositif. Deux séries de raisons permettraient de penser que le dispositif passe le test de la proportionnalité.

D'une part, s'il est permanent, le dispositif n'est pas pour autant absolu. Son champ matériel n'est pas général, puisqu'il n'est susceptible de concerner que les produits répondant aux deux critères que nous avons mentionnés, critères qui permettent bien de cibler les difficultés que le dispositif entend résoudre. L'existence de ces critères se répercute sur la durée de vie légale de la réglementation, au moins s'agissant du motif lié aux difficultés concurrentielles d'un secteur, puisque le maintien de produits et services sur la liste pour ce motif ne sera légalement justifié que tant que la situation concurrentielle sera problématique. Le dispositif n'est d'ailleurs pas très éloigné de celui que prévoit le deuxième alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce applicable en métropole, qui prévoit que par exception au principe de liberté des prix, « dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence », et ce de façon tout aussi permanente que le dispositif litigieux (v. sur ce point CE, 18 janvier 2006, *Société des ciments antillais*, n° 269406, p.).

D'autre part, le Conseil constitutionnel, s'agissant de la Nouvelle-Calédonie, tient compte des particularités économiques du territoire, qui le conduit à y admettre la constitutionnalité de dispositifs qu'il censurerait en métropole. Ainsi, dans sa décision n° 2003-3 LP du 1^{er} octobre 2013, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité au regard de la liberté d'entreprendre d'un dispositif conférant au gouvernement de la Nouvelle Calédonie des pouvoirs d'injonction structurelle aux entreprises en cas de position dominante, y compris en l'absence d'abus, « compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans certains secteurs économiques en Nouvelle Calédonie » ; alors que dans sa décision précitée du 5 août 2015, il a censuré la disposition conférant des pouvoirs similaires à l'Autorité de la concurrence en métropole, en l'absence de telles particularités. Dans sa décision précitée du 22 juin 2012, il a également admis « eu égard aux particularités de la Nouvelle Calédonie » la conformité à la liberté d'entreprendre d'une loi du pays confiant un monopole d'importation des viandes à un EPIC.

Mise en regard du paramétrage du dispositif, la plasticité de cette protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre pourrait vous dispenser d'un renvoi au Conseil constitutionnel de l'article 2 de la loi du pays.

Plus délicate est la question de la conformité à la liberté d'entreprendre des deux mécanismes ponctuels d'encadrement des prix créés par l'article 4 de la loi du pays litigieuse, qui réécrit l'article 19 de la loi du pays du 30 septembre 2016 – mécanisme temporaire dans les 12 mois de la mise en place de la taxe (I et II de l'article 19), et mécanisme de sauvegarde ponctuel en cas de dérive des prix observés (III du même article).

Pour ce qui est du mécanisme temporaire, l'article prévoit trois choses : premièrement, qu'à compter de la date de la suppression des taxes à l'importation remplacées par la taxe générale sur la consommation, toutes les entreprises retirent une bonne fois pour toutes de leur coût de revient licite ou de leur prix d'achat net le montant des taxes supprimées ; deuxièmement, qu'à compter de cette même date mais cette fois pour 12 mois seulement, elles n'appliquent sur leurs coûts de revient licites ou leur prix d'achat nets qu'une marge inférieure ou égale en valeur à celle appliquée au 30 avril 2018 ; troisièmement, pour les seules entreprises des secteurs de l'alimentaire, des fruits et légumes, de l'hygiène, de l'entretien, des pièces de rechange automobile et des matériaux de construction, qui sont par ailleurs soumises au mécanisme de réglementation des prix permanent de l'article 2, qu'elles appliquent celui des deux dispositifs – réglementation des prix ou gel de la marge qui est le plus favorable au prix de vente final consommateur. L'objectif, qui est très certainement d'intérêt général, est que les entreprises ne profitent pas de la suppression des taxes à l'importation pour augmenter leur marge au lieu de la répercuter sur les prix (cf. l'épisode métropolitain de la baisse de la TVA sur la restauration).

Les requérantes soutiennent que ce mécanisme de blocage des marges ne permet pas d'assurer le maintien de la rentabilité financière des entreprises, d'abord parce que rien n'assure que la marge appliquée au 30 avril 2018 reflétait des conditions normales de rentabilité (hypothèse dans laquelle une entreprise était à cette date engagée dans une politique de remises, par exemple), d'autre part et de façon générale parce qu'il est extrêmement contraignant.

L'argutie sur la date retenue est un peu hypothétique, d'autant que comme le relève le gouvernement, le choix 30 avril 2018 procède d'une négociation avec les partenaires sociaux, les entreprises en étant du reste suffisamment informées pour ne pas se mettre à pratiquer des prix cassés pile le jour de la photographie du niveau de marge. La circonstance que, par la suite, les partenaires sociaux n'aient pas réussi à s'entendre sur des contrats de filière ne change rien à cet état de fait. En revanche, ainsi d'ailleurs que le relève l'avis du Conseil d'Etat, le gel des marges constitue une « restriction notable à la liberté d'entreprendre » – il interdit par exemple aux entreprises réalisant des gains de productivité de les répercuter sur leur marge, alors même qu'elles n'auraient rien fait de répréhensible au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Sans doute l'importance de cette atteinte est-elle contrebalancée par le caractère transitoire du dispositif. Ainsi que le relève à nouveau l'avis du Conseil d'Etat, il s'agit de prendre des mesures drastiques le temps de « la mise en œuvre d'une réforme fiscale de grande ampleur, dont ces mesures conditionnent la réussite en visant à en prévenir les risques inflationnistes susceptibles de contrevenir à l'objectif général de modération des prix au profit des consommateurs ». A la faveur de cette limitation dans le temps, et abstraction faite du caractère kafkaïen de l'édiction de mesures visant à juguler l'effet potentiellement inflationniste d'un dispositif visant à modérer les prix, on pourrait encore estimer que le test de proportionnalité est passé avec succès et se dispenser d'un renvoi au Conseil constitutionnel.

Mais les choses se corsent encore avec le dispositif de sauvegarde ponctuel, prévu au III de l'article 19 de la loi du pays du 30 juillet 2016 dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi du pays litigieuse, qui permet au gouvernement de la Nouvelle Calédonie, en cas de dérives sur les prix manifestement excessives, à intervenir sur habilitation du congrès pour une durée de 18 mois maximum dans les secteurs d'activités concernés, afin d'y mettre en place la réglementation sur les prix normalement prévue pour les produits de première nécessité ou relevant de secteurs non concurrentiels.

La difficulté avec ce dispositif, c'est qu'en dépit d'une appellation emphatique, le stade de la « dérive manifestement excessive » sur les prix est en réalité rapidement atteint. L'article litigieux précise en effet qu'une « dérive sur les prix manifestement excessive est caractérisée dès lors que, sur un nombre significatif de produits, il est constaté que la marge en valeur ou le prix de vente excède le niveau pratiqué avant la suppression des taxes à l'importation remplacées par la taxe générale sur la consommation ». Lorsque la dérive résulte seulement d'un dépassement du niveau de prix, sans augmentation de la marge pratiquée au 1^{er} mai 2018, le gouvernement doit, avant d'intervenir par voie de réglementation des prix, consulter les organisations professionnelles et les syndicats de salariés afin d'obtenir des engagements permettant de mettre un terme à la dérive.

Nous en déduisons que pour peu que dans un secteur, à tout moment, les prix repartent un tant soit peu à la hausse, toutes les entreprises concernées peuvent se retrouver attirées pour 18 mois dans le système de réglementation des prix de l'article Lp. 411-2. Pour être certaines de l'éviter, ce qu'elles ont de mieux à faire est, préventivement, de ne pas toucher à leurs prix ni même à leurs marges, alors même que, par construction, elles opèrent dans un secteur où la concurrence joue normalement (faute de quoi le gouvernement pourrait réglementer les prix de façon pérenne), et quand bien même elles auraient consenti des gains de productivité qu'elles pourraient vouloir répercuter sur leur marge sans hausse des prix, ou subiraient un renchérissement du coût de production qu'elles souhaiteraient répercuter sur les prix sans augmenter leur marge.

Pour le coup, cette atteinte à la liberté d'entreprendre, sur laquelle l'avis du Conseil d'Etat n'a pas pu dire grand-chose dès lors que le projet de loi du pays initial ne précisait suffisamment ni le fait générateur d'une intervention du gouvernement, ni ses conditions, ni la nature des mesures à prendre, nous semble poser une question de proportionnalité sérieuse. Nous proposons donc de la renvoyer au Conseil constitutionnel, qui pourra décider sur les particularités de la situation néo-calédonienne justifient une telle intrusion dans la politique de prix, susceptible de mettre en péril la rentabilité de certaines entreprises, au nom de la protection des consommateurs, et au regard des garanties que constituent la limitation de l'habilitation dans le temps et la nécessité pour le gouvernement de présenter au congrès un bilan des mesures prises au bout de douze mois.

Nous sommes donc d'avis de renvoyer la QPC portant sur l'article 4 de la loi du pays. Or cet article 4 renvoie au mécanisme de réglementation prévu à l'article 2 et le tout ne fonctionne que sur la base des obligations déclaratives de l'article 3 qui n'ont aucun objet sans les deux autres articles. Il n'y a pas vraiment d'indivisibilité juridique entre les dispositions, mais il pourrait être plus satisfaisant, pour le Conseil constitutionnel, de disposer de l'ensemble du mécanisme pour se prononcer sur l'ensemble des atteintes à la liberté d'entreprendre alléguées.

PCMNC – Renvoi au Conseil constitutionnel à tout le moins des QPC portant sur l'article 4, le reste semblant moins indispensable.