

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1800415

SARL SUPER AUTEUIL

**M. Briquet
Rapporteur**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 29 août 2019
Lecture du 31 août 2019**

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 14 novembre 2018 et un mémoire enregistré le 16 mai 2019, la société Super Auteuil, prise en la personne de son représentant légal, ayant pour avocat la SELARL Raphaële Charlier, demande au tribunal :

1°) d'annuler la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique et portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions.

2°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui verser la somme de 100 000 francs CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société Super Auteuil soutient que :

- la délibération attaquée est illégale en raison de l'incompétence négative de son auteur ; cette même délibération est illégale dès lors qu'elle méconnaît le principe de sécurité juridique ; elle viole les dispositions de la loi du pays du 7 septembre 2018 ; elle porte atteinte au principe de clarté et d'intelligibilité de la norme ;

- le paragraphe III à l'article 19 de la loi du pays du 30 septembre 2016 dans sa rédaction résultant de la loi du 7 septembre 2018 a été déclaré contraire à la Constitution et ce, à compter de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel ; dès lors, l'article 5 de la délibération contestée est dépourvu de fondement juridique et doit être annulé ;

- les termes «en particulier» ont été déclarés non conformes à la Constitution et ainsi supprimés du paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce ; le Congrès ne peut plus viser un nombre indéterminé de produits ou services mais doit limiter le champ d'application de

la réglementation aux produits et services de première nécessité ou aux produits de grande consommation ; le seul visa des codes douaniers est trop imprécis ; la délibération méconnaît l'avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2018-A-05 du 13 août 2018 ; les dispositions de la délibération et de son annexe sont contraires à la loi dans sa nouvelle rédaction ;

- la délibération ne permet pas d'intégrer tous les coûts de revient et encourt de ce chef l'annulation ; tous les coûts de revient n'étant pas admis leur augmentation vient mécaniquement réduire la marge commerciale de l'entreprise ; la notion de prix d'achat net ne tient pas compte de la fluctuation des prix pour un même produit sur une même période ; cette définition est contraire au droit comptable et fiscal ; le terme de remise de toute nature ne permet pas de tenir compte de la réalité pratique et notamment des remises cumulées en fonction des commandes sur une même période de fin d'année ; les coûts de transports et de manutention sont intégrés aux prix d'achat seulement si ils sont payés par des tiers ; si ces postes sont effectués en interne non seulement ils ne peuvent pas être intégrés au coût de revient licite et leur augmentation sera encore moins répercutée ; la délibération n'intègre pas dans la définition du coût de revient licite, les redevances que les distributeurs paient à leur centrale ou marque de référence.

Par un mémoire distinct, enregistré le 23 novembre 2018, la société Super Auteuil demande la transmission au Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 en ses articles 2, 3 et 4 modifiant les articles Lp. 411-2 et Lp. 412-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016.

Elle soutient que :

- la délibération a été prise en application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 qui a notamment modifié l'article Lp. 411-2 du code de commerce et l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 ; l'article Lp. 411-2 du code de commerce et l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 sont bien applicables au litige ;

- ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution ;

- la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux car le législateur calédonien a méconnu sa compétence de sorte que l'article 2 de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 encourt le grief d'incompétence négative et doit être déclaré inconstitutionnel pour ce motif et en ce que les articles 3 et 4 de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 portent à l'évidence une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution en ce qu'ils restreignent la libre fixation des prix et ne prévoient pas de conditions d'accompagnement ou de mesures transitoires

Un mémoire présenté par le congrès de la Nouvelle-Calédonie a été enregistré le 11 décembre 2018 qui conclut au rejet de la demande de transmission au Conseil d'Etat des questions prioritaires de constitutionnalité pour défaut de caractère sérieux.

Un mémoire présenté par le congrès de la Nouvelle-Calédonie a été enregistré le 17 juin 2019 qui conclut au rejet de la requête.

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie fait valoir que les moyens ne sont pas fondés.

Par un courrier en date du 5 juin 2019, le tribunal a informé les parties qu'en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, il a soulevé le moyen d'ordre public tiré de l'incompétence du congrès de la Nouvelle-Calédonie pour adopter, le

7 septembre 2018, la délibération n° 350 (...) portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 (...).

Un mémoire présenté par le congrès de la Nouvelle-Calédonie a été enregistré le 17 juin 2019 en réponse au moyen d'ordre public.

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie fait valoir qu'il avait bien compétence pour prendre le 7 septembre 2018 la délibération n° 350 du 7 septembre 2018, la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 ayant été à cette date promulguée et publiée au JONC.

Vu :

- la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n°14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions ;
- les autres pièces du dossier ;
- l'ordonnance QPC n° 1800415 du 13 décembre 2018 par laquelle le président du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé qu'il y avait lieu de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la SARL Super Auteuil.

Vu :

- la Constitution et, notamment ses article 61-1 et 62 ;
- la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;
- la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions ;
- l'arrêté n° 2018-2231 du 11 septembre 2018 relatif à la réglementation des prix dans certains secteurs d'activités ;
- l'arrêté n° 2018-2273 du 18 septembre 2018 pris en application de l'article Lp. 412-4 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- la décision du Conseil Constitutionnel n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019 ;
- l'avis du Conseil d'Etat n° 394.751 du 22 mai 2018 ;
- l'avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 ;
- l'avis n° 2018-A-05 de l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie du 13 août 2018 ;
- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Briquet, rapporteur,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- et les observations de Me Charlier avocate de la société Super Auteuil et de M. Rintz représentant le congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Une note en délibéré présentée par la SARL Super Auteuil a été enregistrée le 31 août 2019.

Considérant ce qui suit :

1. La société Super Auteuil demande au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie d'annuler la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique et portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions.

2. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution susvisée : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil Constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019 a, en l'article 1^{er} de sa décision, déclaré contraire à la Constitution le paragraphe III de l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 « Concurrence, Compétitivité et Prix », dans sa rédaction résultant de la loi du 7 septembre 2018 au motif que ces dispositions portent à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Le Conseil Constitutionnel a aussi décidé en l'article 40 de sa décision QPC du 12 avril 2019 qu'aucun motif ne justifiait de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité du paragraphe III de l'article 19.

3. Le III du titre III de l'article 4 de loi du pays du 7 septembre 2018 a prévu en cas de dérives sur les prix manifestation excessives constatées postérieurement à la suppression des taxes à l'importation remplacées par la taxe générale sur la consommation (TGC) que la Nouvelle-Calédonie habilitée par voie de délibération du Congrès puisse intervenir dans les secteurs d'activités où ces dérives sont constatées afin de mettre en place une réglementation sur les prix visant à maîtriser l'inflation pour une durée maximale de dix-huit mois. Cette habilitation a été donnée à la Nouvelle-Calédonie aux termes de l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018. Le paragraphe III de l'article 19 de loi du pays du 30 septembre 2016 dans sa rédaction issue de la loi du 7 septembre 2018 ayant été comme il a été dit au point 2 déclaré par le Conseil Constitutionnel le 12 avril 2019 contraire à la Constitution, à compter de la date de publication de cette même décision du Conseil Constitutionnel, l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 est privé de base légale et doit être annulé.

Sur le surplus des conclusions de la requête :

Sur la légalité externe de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 :

4. La société Super Auteuil soutient que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 se borne à définir une liste ou une famille de produits et services susceptibles de faire l'objet d'une réglementation des prix sans fixer les modalités de cette réglementation des prix et qu'ainsi, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a méconnu sa compétence.

5. Aux termes de l'article Lp. 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adaptant d'autres dispositions : « *I- Par exception aux*

dispositions de l'article Lp. 410-2, les prix des produits alimentaires et non alimentaires d'origine locale ou importée et des prestations de services peuvent être fixés : 1° en valeur absolue ; 2° par application d'un coefficient multiplicateur de marge commerciale ou par une marge commerciale en valeur absolue, au coût de revient licite ou au prix d'achat net ; (...) Pour l'application du 2°, le coût de revient licite pour les produits importés et le prix d'achat net pour les produits locaux sont calculés selon les modalités définies par délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie. (...) V- Les modalités de calcul des éléments constitutifs des prix mentionnés au présent article sont fixées par arrêté du gouvernement. ». (...) « II. Une délibération du congrès détermine la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés selon les modalités visées au premier alinéa (...). ».

6. La délibération n° 350 du 7 septembre 2018 en ses articles 1^{er} et 2 pris pour l'application du 2° du I de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie qui est relatif à une réglementation des marges, précise les composantes de cette règle et notamment les modalités de calcul du coût de revient licite, le prix d'achat net des produits d'origine locale ou importée et le prix de vente au détail maximum pour les produits locaux. La société Super Auteuil n'est pas fondée à soutenir que la délibération n° 350 se borne à fixer les catégories de produits et services soumis à la réglementation des prix sans préciser le type de réglementation mis en œuvre. Le moyen tiré de l'incompétence négative du congrès de Nouvelle-Calédonie doit être écarté.

Sur la légalité interne de la délibération du 7 septembre 2018 :

En ce qui concerne l'atteinte au principe de sécurité juridique :

7. La société Super Auteuil soutient que le délai entre la publication de la délibération du 7 septembre 2018 au JONC du 18 septembre 2018 entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018 méconnaît le principe de sécurité juridique dès lors que la délibération n° 350 impose à toutes les entreprises de procéder à la détermination du coût de revient licite ou du prix d'achat net de l'intégralité de leurs produits selon les modalités qu'elle institue.

8. Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle. Il en va ainsi lorsque l'application immédiate de celle-ci entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause. La délibération n° 350 a été publiée au JONC le 18 septembre 2018 et est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018. Cette délibération prise en application des dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce rappelées au point 5 se borne à préciser aux entreprises les modalités de calcul du coût de revient licite pour les produits importés et le prix d'achat pour les produits locaux et détermine la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés. En outre, la Nouvelle-Calédonie en associant dès l'année 2014 au moyen d'un agenda partagé et d'un comité de suivi de cet agenda, l'ensemble des acteurs concernés par la réglementation des prix à mettre en place, la plupart des groupes politiques siégeant au congrès de la Nouvelle-Calédonie, les organisations syndicales, les entreprises et leurs dirigeants au nombre desquels ceux de la société Super Auteuil, peut être regardée comme ayant permis l'adoption de mesures transitoires suffisantes. La circonstance que l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie ait rendu son avis qui n'est pas un avis conforme, le 13 août 2018, n'a pas fait naître pour la société requérante une incertitude leur laissant supposer un abandon de la réglementation de l'encadrement des marges ou introduit une incertitude juridique telle qu'elle n'ait pu se préparer à mettre en œuvre des nouvelles modalités de calcul des

éléments constitutifs des prix pour la détermination desquelles la Nouvelle-Calédonie et non le congrès au terme du V de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie rappelé au point 5 était seule compétente. La société requérante a en tout état de cause disposé d'une information suffisante préalablement à l'adoption et la publication au JONC de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 lui permettant d'anticiper l'application de l'encadrement des marges. Par suite, eu égard à l'intérêt général de lutte contre la hausse des prix et de protection des consommateurs que recouvre l'encadrement des marges de certains produits et services, le moyen tiré de ce que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 au regard de l'objet et de l'effet de ses dispositions a méconnu le principe de sécurité juridique ne peut être accueilli.

En ce qui concerne la violation de la loi du pays du 7 septembre 2018 :

9. En vertu des dispositions de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, il appartient au législateur calédonien de fixer les principes en matière de réglementation des prix. La société Super Auteuil soutient que la délibération litigieuse n'a pas tenu compte des dispositions de la loi du pays du 7 septembre 2018 afin de déterminer les produits et services réglementés.

En ce qui concerne l'atteinte au principe de clarté et d'intelligibilité :

10. L'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction issue de la loi du pays du 7 septembre 2018 susvisée rappelé au point 5 fixe les règles applicables à la détermination du prix de produits alimentaires et non alimentaires d'origine locale ou importée et des prestations de service et renvoie en son II à une délibération pour déterminer la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés. En vertu du I de l'article Lp 411-2 du code de commerce pour l'application du 2° (encadrement des marges), le coût de revient licite pour les produits importés et le prix d'achat net pour les produits locaux sont calculés selon les modalités définies par délibération du Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Le Conseil Constitutionnel au point 19 de sa décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019 décide que « *le champ d'application des mesures en cause est limité à certains produits et services. Si leur liste est déterminée par le pouvoir réglementaire, il incombe à ce dernier de respecter les deux critères alternatifs définis au paragraphe II de l'article Lp 411-2. L'un repose sur l'état de la concurrence dans certains secteurs ou certaines zones. L'autre réside dans l'impact des produits et services sur le budget des ménages s'agissant en particulier de produits et services de première nécessité ou de grande consommation* ». Le Conseil Constitutionnel, dans la même décision du 12 avril 2019 dit au point 21 que « *les griefs tirés de l'incompétence négative soulevés à l'encontre du 2° du paragraphe I du paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie doivent être écartés* ». La délibération du 7 septembre 2018 susvisée pour l'application du 2° du I de l'article Lp 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie fixe ses articles 1^{er} et 2 les modalités de calcul du coût de revient licite pour les produits importés et du prix d'achat net pour les produits locaux et, en application du II de l'article Lp 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie définit en annexe la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés. Par suite, le moyen tiré soulevé par la société tiré de ce que le législateur calédonien n'aurait pas épuisé sa compétence en renvoyant au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application du dispositif de réglementation des prix, doit être écarté.

11. Comme il a été dit au point 3 le présent jugement annule l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 qui concerne le mécanisme de dérive sans qu'il soit besoin d'examiner le bien fondé du moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 5 de la délibération en tant qu'elles ne précisent pas le fait générateur conduisant à l'habilitation de la Nouvelle-Calédonie ni ce qu'il faut entendre par dérive porteraient atteintes au principe de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique.

12. La société requérante soutient aussi que la délibération pour ce qui concerne ses autres dispositions porte atteinte au principe d'intelligibilité de la loi en tant qu'elle ne définit pas les critères permettant de classer les produits dans la catégorie des « PPN » ou des « PGC » figurant sur la liste de la nouvelle annexe. Elle fait valoir que cette imprécision a été relevée par l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie dans son avis du 13 août 2018. Par ailleurs, elle soutient que les définitions des concepts clefs du dispositif de réglementation des prix et des marges - le prix d'achat net et le prix de vente détail maximum - ne permettent pas aux entreprises d'appréhender ces notions avec certitude.

13. Toutefois, la complexité d'une disposition réglementaire ne suffit pas, à elle seule, à porter atteinte à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité. D'une part, la circonstance que l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie relève dans un avis du 13 août 2018 que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ne définit pas les critères permettant de classer les produits dans la catégories des PPN ou des PGC figurant sur la liste de la nouvelle annexe et que la délibération vise des chapitres douaniers et non des produits, n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'intelligibilité de la loi alors au demeurant que la loi du 7 septembre 2018 n'impose au pouvoir réglementaire pour déterminer la liste des produits et services réglementés que de respecter les deux critères alternatifs définis au paragraphe II de l'article Lp. 411-2 et que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018, alors même qu'elle ne désigne notamment pas nommément les pièces détachées et de rechanges concernées par l'encadrement de la marge commerciale mais les chapitres douaniers 81 à 87, ne permet pas qu'un nombre indéterminé de produits de première nécessité ou de grande consommation puisse faire l'objet d'une réglementation puisqu'elle en limite le nombre en visant des chapitres douaniers. Dès lors, la première branche du moyen tiré de l'atteinte à l'intelligibilité de la norme juridique doit être écartée.

14. La société soutient aussi que les définitions des concepts clefs du dispositif de réglementation des prix et des marges- le prix d'achat net et le prix de vente détail maximum- ne permettent pas aux entreprises d'appréhender ces notions avec certitude. Toutefois, les notions auxquelles se réfère la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 sont celles qui existaient dans la réglementation n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique et que la délibération attaquée s'est bornée à actualiser. Il n'est pas contesté que la mise en œuvre de ces notions n'avait jusqu'à la date de publication de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 pas posé de difficultés particulières aux professionnels et qu'elles ne sont pas différentes de celles usitées en droit commercial. Les concepts essentiels du dispositif de réglementation des prix et des marges nettes et le prix de vente maximum ont été suffisamment définis par la Nouvelle-Calédonie dans sa délibération n° 350 du 7 septembre 2018 et ont été l'occasion d'échanges et d'explications apportées aux professionnels avant sa publication. Les clarifications sollicitées par la société résultent pour partie au demeurant d'une confusion entre notamment les notions de prix d'achat net au titre de l'article 4-3 de la délibération n° 350 et de prix d'achat moyen hors taxe mentionné au titre de l'arrêté n° 2018-2273/GNC du 18 septembre 2018 dit « arrêté transparence ». Ces concepts et définitions pouvaient à la demande de l'entreprise, lui être expliqués et clarifiés le cas échéant par la direction des affaires économiques de la Nouvelle-

Calédonie. Le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique dans sa deuxième branche ne peut qu'être écarté.

Sur la détermination des produits et services réglementés :

15. Aux termes du II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adaptant d'autres dispositions : « *II. Une délibération du congrès détermine la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés selon les modalités visées au premier alinéa, en tenant compte de leur impact sur le budget des ménages, s'agissant en particulier de produits et services de première nécessité ou de grande consommation et/ou de la situation de secteurs ou de zones pour lesquels les conditions de concurrence peuvent justifier une réglementation des prix.* ». Le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2019-774 QPC susvisée du 12 avril 2019 a jugé que sont contraires à la Constitution les mots « en particulier » figurant au paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018.

16. La société Super Auteuil soutient que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 vise un nombre indéterminé de produits ou services en méconnaissance de la décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019 qui en son article 1^{er} a regardé les mots « en particulier » figurant au paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, dans sa rédaction résultant de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions comme contraires à la Constitution. La société soutient aussi que les codes douaniers auxquels renvoie en ses annexes la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ne permettent pas de qualifier les produits et services en produits de première nécessité ou en produits de grande consommation.

17. Toutefois, comme il a été dit au point 13, la loi du 7 septembre 2018 n'impose au pouvoir réglementaire pour déterminer la liste des produits et services réglementés que de respecter les deux critères alternatifs définis au paragraphe II de l'article Lp. 411-2. La décision du Conseil Constitutionnel relève en son point 20 qu'en retenant les termes « en particulier » le législateur a permis qu'un nombre indéterminé de produits et services, autres que de première nécessité ou de grande consommation puissent faire l'objet d'une réglementation, au seul motif de leur impact sur le budget des ménages. La décision du Conseil Constitutionnel n'impose nullement au pouvoir réglementaire de lister in extenso la totalité des produits concernés par la réglementation prise en application de la loi du 7 septembre 2018 ce que font cependant les annexes à l'arrêté n° 2018-2231/GNC du 11 septembre 2018 relatif à la réglementation des prix dans certains secteurs d'activités en visant notamment certains produits alimentaires et non alimentaires regardés comme de première nécessité et de grande consommation malgré le libellé de l'annexe 2 de l'arrêté, mais permet au pouvoir réglementaire de déterminer la liste des produits et services ou des familles de produits ou de services susceptibles d'être réglementés selon le 2° du I du Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie en limitant le nombre par renvoi aux chapitres et codes douaniers pertinents, notamment 81 à 87 pour les pièces détachées et les pièces de rechange automobile. Le champ d'application de ces chapitres douaniers relatifs aux pièces détachées et de rechange automobile qu'il est particulièrement difficile de lister compte tenu du nombre des pièces et de leur variété est au demeurant précisé par l'arrêté n° 2018-2231/GNC du 11 septembre 2018 qui en exclut certaines pièces automobile

en fonction de leur prix. Par suite, et en dépit des simples suggestions exprimées dans l'avis de l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie n° 2018-A-05 du 13 août 2018 sur la définition des produits de première nécessité ou sur la notion de produits de grande consommation, la délibération du 7 septembre 2018 n'a pas défini les produits ou services ou familles de produits ou services au sens du Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie en méconnaissance de l'article 1^{er} de la décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019.

Sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre :

18. La société Super Auteuil, malgré la motivation de la décision du Conseil Constitutionnel aux points 17, 18 et 19 de sa décision QPC du 12 avril 2019 qui relève notamment que compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi du champ d'application des mesures en cause et des particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce (à l'exception des termes « en particulier ») ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, persiste à soutenir que la délibération du 7 janvier 2018 porte atteinte à ladite liberté d'entreprendre au motif que la notion de prix d'achat ne tient pas compte de la fluctuation des prix pour un même produit sur une même période, que la délibération n'intègre pas dans la définition du coût de revient licite les redevances que les distributeurs paient à leur centrales ou marque de référence, et plus largement que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ne permet pas de répercuter l'intégralité des coûts de revient ou de prendre en compte la totalité des sommes déductibles du prix d'achat net.

19. La circonstance que des variations des cours des changes ou du cours des matières premières emportent une certaine volatilité des prix d'achat et des frais accessoires ne permet pas de regarder la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 qui définit le prix d'achat net en son article 1^{er} comme en étant la cause. Par ailleurs, la société n'explique pas en quoi le respect des règles fiscales et comptables auxquelles elle se réfère est incompatible avec le calcul du prix d'achat net proposé par la délibération n° 350 du 7 septembre 2018. En outre, à supposer que les définitions du coût de revient licite et du prix d'achat net de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ne permettent pas d'inclure l'intégralité des coûts de revient ou de déduire l'ensemble des remises de toutes nature, la société ne démontre ni qu'elle les supporte ni qu'elle ne puisse les déduire. Au demeurant, il résulte de l'instruction que la société rapproche deux notions différentes qui sont le prix d'achat net de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie qui permet d'appliquer la réglementation des prix et le seuil de revente à perte ou « SRP » qui répond à la définition de l'article Lp. 442-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie. La référence au prix d'achat net de l'article Lp. 411-2 définie à l'article 1^{er} de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 traite de la méthode de calcul en amont pour définir le prix d'achat net et le coût de revient licite permettant d'appliquer la réglementation des prix à chaque achat et sur chaque produit pour calculer la marge maximale autorisée, le prix d'achat net étant le prix d'achat réel qui doit être mentionné sur la facture du professionnel. Il résulte aussi de l'instruction que le terme de « tiers » est entendu comme toute personne physique ou morale extérieure et différente d'une autre entreprise du point de vue de l'identité juridique. Surtout, il n'est pas démontré par les pièces au dossier que les différents coûts ou remises dont fait état la société requérante et qui correspondent à autant de situations particulières ne puissent être inclus dans le coût de revient licite ou déduits du prix d'achat net au motif que la délibération ne les évoque pas et ne puissent être ainsi répercutés comme le suggère la décision du Conseil Constitutionnel du 12 avril 2019 sur le prix de vente des produits et services. En tout état de cause, les difficultés alléguées par la société Super Auteuil dans le calcul des notions de coût de revient licite et de prix d'achat net définies par la délibération n° 350 du

7 septembre 2018 ne révèlent pas, surtout à l'occasion d'une réforme des prix de grande ampleur dont la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 permet la mise en œuvre dans le but satisfaire à un objectif de modération des prix en Nouvelle-Calédonie, une atteinte à la liberté d'entreprendre revêtant un caractère disproportionné par rapport aux objectifs poursuivis.

20. La société Super Auteuil soutient aussi qu'en prévoyant que les frais accessoires qui peuvent être ajoutés au prix d'achat net pour calculer le prix de revient licite qui sert à appliquer la marge encadrée sont uniquement ceux payés à des tiers, la délibération du 7 septembre 2018 porte atteinte à la liberté d'entreprendre en réduisant la marge commerciale des entreprises. Toutefois, il ressort des pièces du dossier, notamment de l'article 4-3 de la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 modifiée par la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 et il n'est pas contesté que les frais accessoires pris en compte pour la détermination du coût de revient licite sont limités aux frais antérieurs au dédouanement et non aux frais qui sont engendrés postérieurement au dédouanement comme les frais de manutention, d'entreposage, de magasinage ou de livraison ce qui conduit à ne pas faire de distinction entre les entreprises qui possèdent des moyens d'acheminement internes et celles qui font appel à des entreprises extérieures. Par suite, le moyen tiré de ce que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ne permettrait pas aux entreprises qui internalisent leurs frais accessoires de les prendre en compte pour le calcul du prix de revient licite contrairement aux entreprises qui externalisent ces mêmes frais et porterait atteinte à la liberté d'entreprendre en raison de la réduction de la marge commerciale des entreprises ne peut qu'être écarté.

21. Il résulte de ce qui a été dit aux points 19 et 20 que le moyen tiré de ce que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique et portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions porterait atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre doit être écarté en ses différentes branches.

22. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a seulement lieu d'annuler l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique et portant application de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

23. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

24. Il n'y a pas lieu de condamner la Nouvelle-Calédonie à payer à la société Super Auteuil la somme de 100 000 francs qu'elle demande au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'article 5 de la délibération n° 350 du congrès du 7 septembre 2018 est annulé.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Super Auteuil est rejeté.