

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1800383

SARL MAGENTA DISCOUNT

**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 12 novembre 2018 et des mémoires complémentaires des 16 mai, 20 et 27 juin 2019 la SARL Magenta discount représentée par sa co-gérante, ayant pour avocats la société d'avocats Magenta et Me Claveleau, demande au tribunal d'annuler :

1°) 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 ;

2°) de condamner la Nouvelle-Calédonie à lui payer la somme de 400 000 francs CFP au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La SARL Magenta discount soutient que :

- la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par un mémoire distinct, selon laquelle la délibération litigieuse porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre par le paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce et par les paragraphes II et III de l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 tel que modifiés respectivement par les articles 2 et 4 de la loi du pays et est entachée d'incompétence négative du législateur qui n'a pas épuisé sa compétence dans la rédaction du paragraphe II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce, pourra être transmise sans délai au Conseil d'Etat et il sera sursis à statuer jusqu'à ce que la juridiction soit informée du sens de la décision du Conseil d'Etat sur cette question ;

- en ne saisissant pas l'autorité calédonienne de la concurrence le gouvernement a violé le principe procédural issu de l'article Lp. 411-1 du code de commerce ; le projet de délibération

a fait l'objet de modification substantielle de telle sorte que le nouveau projet aurait dû faire l'objet d'une nouvelle demande d'avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie ;

- la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 a méconnu le principe de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique ;

- la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 a méconnu les dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce ;

- la délibération litigieuse a méconnu les dispositions de l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 ;

- la délibération a méconnu le principe d'égalité ;

- cette même délibération a méconnu le principe de la liberté d'entreprendre ;

- la délibération attaquée doit être annulée en raison de l'inintelligibilité des notions visées par son article 1 modifiant les articles 4-3 et 4-4 de la délibération du 6 octobre 2004 ; la direction des affaires économiques de la Nouvelle-Calédonie n'a pas été en mesure de clarifier les notions de prix d'achat net, de coût de revient licite et de prix de vente licite ;

- la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 est illégale en raison de l'absence d'encadrement suffisant des produits et services visés ; il est nécessaire pour que l'atteinte à la liberté d'entreprendre ne soit pas disproportionnée que les produits et services susceptibles d'être réglementés soient suffisamment définis ; l'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie a regretté que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 n'ait pas défini les critères permettant de classer les produits dans la catégorie des produits de première nécessité (PPN) ou des produits de grande consommation (PGC) ;

- la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 faute de définir les notions de produits de première nécessité (PPN) et de produits de grande consommation (PGC) a fixé un périmètre de famille de produits trop large et allant bien au-delà de ce qu'elles recouvrent communément et sans tenir compte de leur impact sur le budget des ménages ;

- pour pouvoir être réglementé sans susciter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, les produits de familles de produits visés en annexe de la délibération doivent constituer des PPN ou des PGC et remplir le critère de l'impact sur le budget des ménages ; ce n'est pas ce qui a été fait en l'espèce ;

- la délibération vise des produits n'appartenant pas à la catégorie des produits de première nécessité (PPN) ou des produits de grande consommation ; la délibération vise les produits sans se soucier de leur impact sur le budget des ménages ;

- la liste extensive des produits de première nécessité et des produits de grande consommation (PGC) posée par la délibération vise des produits qui ne relèvent pas de ces classifications ;

- le renvoi à la nomenclature douanière ne permet pas non plus de s'assurer que tous les produits relevant d'une famille visée constituent bien des produits de première nécessité ou des produits de grande consommation ; cette nomenclature est basée sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises de l'organisation mondiale des douanes et n'a pas été fait pour distinguer des produits selon qu'ils sont des PPN ou des PGC ;

- la délibération ne démontre pas que le secteur du commerce de détail connaît une concurrence insuffisante en Nouvelle-Calédonie ; l'inclusion de catégorie de produits dont il n'est pas démontré qu'ils soient des PPN ou des PGC ne peut être justifiée par la situation de concurrence dans le secteur du commerce en cause ou dans certains pays de la zone ;

- une analyse suffisante des conditions de la concurrence n'a pas été réalisée, les produits visés par la délibération ne faisant pas l'objet d'une segmentation géographique ; les produits visés par la délibération qui sont commercialisés par les entreprises de commerce de détail à dominante alimentaire sans constituer des PPN ou des PGC et/ou sans considération de leur impact sur le budget des ménages ne sauraient être justifiés par les conditions de concurrence dans le secteur en cause, ou dans certaines zones dans lesquelles ces entreprises opèrent ;

- l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 doit être annulé ; l'annulation s'impose désormais de plus fort à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel qui a abrogé le III de l'article 19 de la loi du pays n°2016-15 relatif au mécanisme de « dérives manifestement excessives » ;

- le Congrès de la Nouvelle-Calédonie n'avait pas compétence pour adopter la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 ; plusieurs dispositions de la délibération sont entrées en vigueur avant la loi du pays ;

- le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a aussi adopté une nouvelle annexe à la délibération avant même d'avoir été habilité pour ce faire par la loi du pays ; le Congrès était incompétent pour adopter l'article 3 de la délibération ; le grief tient au fait que certaines dispositions de la délibération sont entrées en vigueur avant l'entrée en vigueur de la loi du pays dont elles faisaient application.

Par un mémoire distinct, enregistré le 13 novembre 2018, la SARL Magenta Discount, représentée par sa co-gérante, ayant pour avocats la société d'avocats Magenta et Me Claveleau demande la transmission au Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, de questions prioritaires de constitutionnalité portant, d'une part, sur les dispositions des paragraphes I et II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce, tel que modifié par l'article 2 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, pour méconnaissance de l'étendue de la compétence du législateur du pays affectant la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'autre part, sur les dispositions des paragraphes II et III de l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 « Concurrence, Compétitivité et Prix », tel que modifié par l'article 4 de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code de commerce applicables en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions, pour violation de la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La SARL Magenta discount soutient que :

- la délibération a été prise en application de la loi du pays n° 2018-10 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 ;

- les questions ne sont pas dépourvues de caractère sérieux, car les dispositions contestées faisant l'objet des présentes questions prioritaires de constitutionnalité portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ; en ce que le législateur du pays a méconnu l'étendue de sa compétence et a ainsi porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi par ces dispositions ; si l'objectif de maîtrise de l'inflation voire de baisse des prix lors de l'entrée en vigueur de la taxe générale sur la consommation (TGC) peut constituer un objectif d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre, l'atteinte portée à cette liberté par le mécanisme de réglementation des prix prévu aux paragraphes I et II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce doit cependant être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi par cet article ; l'article Lp. 411-2 du code de commerce ne fait pas obstacle à ce que les prix soient réglementés au-delà de la période strictement nécessaire pour pallier le risque d'inflation lié à l'instauration de la TGC ; les questions ne sont pas dépourvues de caractère sérieux car le paragraphe II de l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ; le paragraphe III de l'article 19 de la loi du Pays n° 2016-15 porte lui aussi une atteinte

disproportionnée à la liberté d'entreprendre ; l'objectif poursuivi par le législateur du pays de maîtriser le risque d'inflation lié à la mise en place de la TGC peut être atteint par des mesures moins contraignantes que le plafonnement des marges en valeur (ou en taux).

Un mémoire présenté par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a été enregistré le 24 novembre 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 no 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° 1800383 du 29 novembre 2018 par laquelle le président du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a jugé qu'il y avait lieu de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par la SARL Magenta Discount.

Vu :

- la Constitution et notamment ses articles 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 Claveleau avocate de la SARL Magenta Discount et de M. Rintz représentant le congrès de la Nouvelle-Calédonie.

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

Considérant ce qui suit :

1. La SARL Magenta Discount 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 la loi du pays du 7 septembre 2018 a prévu en cas de dérives sur les prix manifestement 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 la 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 sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le moyen tiré de ce que l'article 5 de la délibération n° 350 du 7 décembre 2018 habilite par anticipation la Nouvelle-Calédonie à prendre une réglementation des prix en cas de dérives et sur le moyen tiré de ce que l'article 5 de cette même délibération confère à la Nouvelle-Calédonie le soin de caractériser la situation des « dérives » alors que l'article 19 de la loi du pays n° 2016-15 conférait au Congrès le pouvoir d'opérer cette constatation, doit être annulé.

Sur le surplus des conclusions de la requête :

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

En ce qui concerne la consultation de l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie (ACNC) :

4. La SARL Magenta Discount soutient que le projet de délibération à l'origine de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 a fait l'objet de modifications substantielles et aurait en conséquence dû faire l'objet d'une nouvelle demande d'avis auprès de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC) en application de l'article Lp. 411-1 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie.

5. Aux termes de l'article Lp. 411-1 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie :
« *Les projets et propositions de lois du pays et de délibérations du congrès relatifs à la réglementation des prix sont adoptés après avis de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.* ».

6. L'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie a rendu un avis sur le projet de délibération le 13 août 2018. 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 intègre à sa rédaction finale publiée au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) quatre modifications apportées par voie d'amendement. Les dispositions rappelées au point 5 ne prévoient une consultation obligatoire de l'Autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie que pour les seuls projets ou propositions de délibérations ou de lois du Pays et non pour des amendements proposés par des élus du Congrès au cours de l'examen de ces textes. Par suite, le moyen tiré du vice dont la procédure d'adoption de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 serait entachée doit être écarté.

En ce qui concerne la compétence du Congrès pour adopter la délibération du 7 septembre 2018 et son annexe :

7. La SARL Magenta Discount soutient que certaines dispositions de la délibération sont entrées en vigueur avant l'entrée en vigueur de la loi du Pays dont elles faisaient application. La délibération n° 350 du 7 septembre 2018 qui modifie la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique a été prise en application du II de l'article 2 de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018 modifiant les dispositions du code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 et adoptant d'autres dispositions. Toutefois, en vertu de l'article 7 de la loi du pays

n° 2018-10 du 7 septembre 2018, les dispositions de la présente loi entreront en vigueur au 1^{er} octobre 2018.

8. Les dispositions de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 8 octobre 2004 sur le fondement des dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie rappelées ci-dessus sont des mesures réglementaires d'application de la loi du pays n° 2018-10 publiée au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie le 7 septembre 2018 et opposable à compter de sa promulgation. Ainsi, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie disposait le 7 septembre 2018 d'une habilitation pour déterminer la liste des prix réglementés et prendre la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004 et l'annexe à cette délibération sur le fondement des dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie. Cette délibération n° 350 a donc pu régulièrement prévoir en son article 4 qu'à compter de l'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 2018, des dispositions de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018, l'annexe de la délibération modifiée n° 14 du 8 octobre 2004 serait complétée des produits non alimentaires suivants : combustibles, produits à base de caoutchouc, ouvrages en cellulose, en papier ou en carton, pièces détachées ou de rechange automobile, matériaux de construction, le prix des produits alimentaires et non alimentaires de première nécessité ou de grande consommation, d'origine locale ou importée défini et codifié selon la nomenclature douanière et des prestations de services visés par l'annexe à la délibération n° 350, étant fixé à compter du 1^{er} octobre 2018 par application d'un coefficient de marge. Par suite, le moyen tiré de ce que le Congrès aurait adopté une nouvelle annexe à la délibération n° 14 avant d'avoir été habilité pour ce faire par la loi du Pays doit être écarté.

9. La délibération n° 350 du 7 septembre 2018 publiée au JONC le 18 septembre 2018 se limite en ses articles 1^{er} et 2 qui concernent la réglementation des marges à prévoir les mesures nécessaires pour l'application du 2° du I de l'article Lp 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie en définissant les composantes de la règle des marges 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 et n'a pas eu pour effet une entrée en vigueur de l'encadrement des marges à compter du 7 septembre 2018. Les dispositions de la délibération et de son annexe prises pour l'application de la loi du pays du 7 septembre 2018 n'ont été rendues exécutoires de manière différée qu'à compter de l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018 des coefficients de marge réglementés nécessaires à la mise en œuvre des notions dont le calcul a été précisé par les articles 1^{er} et 2 de la délibération n° 350 ainsi d'ailleurs que le mentionne l'article 2 de l'arrêté du 11 septembre 2018 relatif à la réglementation des prix dans certains secteurs. Par suite, le moyen tiré de l'incompétence du Congrès pour adopter la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 doit être écarté.

10. La SARL Magenta Discount soutient encore que la liste des produits et services figurant dans l'annexe visée par l'article 4-6 de la délibération modifiée n° 14 du 6 octobre 2004, diffère de celle prévue par l'annexe de l'article 3 de la délibération n° 14 et inclut plusieurs produits qui n'étaient pas réglementés sous l'empire de l'annexe 3 de la délibération n° 14. La SARL Magenta relève que le nouvel article 4-6 de la délibération n° 14 dans sa rédaction issue de l'article 3 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 a été publié au JONC le 18 septembre 2018 antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article Lp. 411-2 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du pays n° 2018-10 du 7 septembre 2018. Toutefois, comme il a été dit au point 8 la délibération et son annexe sont des mesures réglementaires d'application de la loi du pays n° 2018-10 publiée au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie le 7 septembre 2018 et opposables à compter de leur promulgation. Ainsi, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie disposait le 7 septembre 2018 d'une habilitation pour déterminer la liste des prix réglementés et

prendre la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 modifiant la délibération modifiée n° 14 du 8 octobre 2004 et l'annexe à cette délibération sur le fondement des dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie. Les produits répertoriés par l'annexe à la délibération issus de l'article 4-6 de la délibération n° 14 modifiée par la délibération n° 350 publiée le 18 septembre 2018, portant jusqu'à la date d'entrée en vigueur de l'encadrement des prix, mention d'une liste de produits susceptibles d'être réglementés et effectivement réglementés par fixation d'un prix par application d'un coefficient de marge à compter du 1^{er} octobre 2018. Par suite, le moyen tiré de ce que le Congrès de Nouvelle-Calédonie était incompétent pour adopter l'article 3 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 doit être écarté.

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

En ce qui concerne la méconnaissance du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme :

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 dérives porteraient atteinte au principe de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique.

12. La SARL Magenta Discount soutient que la délibération attaquée ne répond pas aux exigences de clarté et d'intelligibilité de la norme en ce qu'elle ne définit pas clairement les notions de prix d'achat net, d'escomptes et remises de toute nature, de coût de revient licite et de prix de vente licite maximum, la réponse donnée le 26 décembre 2018 par la direction des affaires économiques (DAE) de la Nouvelle-Calédonie démontrant aussi l'imprécision de ces notions.

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. 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 pour techniques qu'elles soient n'avait jusqu'à la date de publication de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 pas posé de difficultés particulières aux professionnels ni suscité de leur part des demandes d'éclaircissements en raison de leur ambiguïté et qu'elles ne sont pas différentes de celles usitées en droit commercial, comptable ou fiscal à l'occasion d'une réforme de grande ampleur. Les clarifications normales s'agissant de notions techniques d'application précises sollicitées par la société résultent d'ailleurs pour partie des confusions qu'elle opère entre des notions différentes notamment les notions de prix d'achat net au titre de l'article 4-3 de la délibération n° 350 et le prix d'achat moyen hors taxe mentionné au titre de l'arrêté n° 2018-2273/GNC du 18 septembre 2018 dit « arrêté transparence » ou encore s'agissant des « escomptes et remises de toute nature » de confusion entre le prix d'achat net défini au titre de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie sur le fondement duquel est mis en œuvre la réglementation des prix et le seuil de revente à perte ou « SRP » défini par l'article Lp. 442-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie. La notion de prix de vente détail maximum licite définie par l'article 2 de la délibération du 7 septembre 2018 n'expose pas les professionnels commerçants détaillants à de particulières difficultés d'interprétation ou des

ambiguïtés ne permettant pas l'application de cette notion excédant celles que les comptables des entreprises rencontrent ordinairement pour la mise en œuvre de dispositions nouvelles de droit fiscal, comptable ou de droit commercial et qui peuvent être levées dans le cadre du dialogue qu'entretiennent les entreprises avec les administrations compétentes ou à l'occasion de la publication de doctrine qui éclaire la mise en œuvre de dispositions techniques. De ce point de vue, l'insuffisance des réponses alléguées apportées le 26 décembre 2018 par la direction des affaires économiques aux demandes d'explications de la SARL sur la notion de prix d'achat net, quant à la date à laquelle le prix licite doit être déterminé ou sur la notion de prix de vente détail maximum licite, outre qu'elles ont pu être complétées en éclairant leur application comptable et fiscale dans le cadre du dialogue qui s'est poursuivi entre la direction des affaires économiques de la Nouvelle-Calédonie et les entreprises, n'emporte pas une insuffisance de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique telle que les notions définies par la délibération du 7 septembre 2018 n'aient pu être mises en œuvre par la société requérante. Les définitions et concepts clés du dispositif de réglementation des prix et des marges nettes et le prix de vente maximum ont été suffisamment précisés par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie dans la délibération du 7 septembre 2018 et ont été l'occasion d'échanges et d'explications apportées aux professionnels avant sa publication de nature à en éclairer la mise en œuvre. Par suite, en dépit du caractère technique des notions définies par la délibération n° 350 du 7 septembre 2018, le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme juridique et du principe de clarté de la norme juridique ne peut qu'être écarté.

En ce qui concerne la détermination des produits et services réglementés, leur absence d'encadrement et l'atteinte à la liberté d'entreprendre :

14. 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.

15. La SARL Magenta Discount 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 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 (PPN) ou en produits de grande consommation (PGC) et que la délibération du 7 septembre 2018 est entachée d'une erreur de droit car elle fixe un périmètre de famille de produits qui excède ce que prévoit la loi du 7 septembre 2018. Les produits que vise la délibération du 7 septembre 2018 ne sont pas justifiés par les conditions de concurrence des

secteurs d'activité en cause ou dans les zones dans lesquelles les entreprises exercent leurs activités. Enfin, la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 porte en l'absence d'un encadrement suffisant des produits et services atteinte à la liberté d'entreprendre.

16. Toutefois, en premier lieu, le 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 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 ne donne pas habilitation au Congrès pour définir par délibération les termes de « produits de première nécessité » ni de « produits de grande consommation », la société ne pouvant en tout état de cause se prévaloir utilement à l'appui de son moyen d'une classification de la commission européenne sans valeur normative.

17. En deuxième lieu, 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 de l'article 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 a été 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 regrets exprimés 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.

18. En troisième lieu, la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 définit la liste des produits alimentaires et non alimentaires de première nécessité ou de grande consommation d'origine locale ou importée et des prestations de services et laisse en application du V de l'article Lp. 411-2 dans sa rédaction issue de la loi du 7 septembre 2018 à la Nouvelle-Calédonie le soin de préciser par arrêté les modalités de calcul des éléments constitutifs de prix mentionnés au même article.

19. La SARL Magenta Discount soutient en quatrième lieu, que la délibération n° 350 ne tient pas compte des critères posés par l'article Lp. 411-2 pour établir la liste des produits ou services ou famille de produits ou de service susceptibles d'être réglementés, notamment les fruits et légumes importés, surgelés, congelés ou en conserve, les verres et lunetteries, les plaques d'immatriculation et leur pose, la vente location-vente avec option d'achat ou de prestation de service au particulier par démarchage, les matériaux de construction. Toutefois,

outre que l'annexe à la délibération attaquée vise les chapitres 07 (légumes) et 08 (fruits) les fruits, les légumes et les produits vivriers, frais d'origine locale ou importée font déjà l'objet d'une réglementation des prix depuis 2001 sur le fondement de la délibération n° 240 du 1^{er} août 2001. Par suite, la SARL Magenta Discount n'est pas fondée à soutenir que le Congrès de Nouvelle-Calédonie qui se borne dans la délibération n° 350 à reprendre une réglementation existante et alors au demeurant que l'arrêté du 11 septembre 2018 qui en précise le champ ne vise que certains de ces produits alimentaires de première nécessité et de grande consommation, a fait une application erronée du II de l'article Lp. 411-2 du code de commerce. Ensuite, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie eu égard à leur usage généralisé a pu sans entacher la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 d'illégalité regarder les verres de lunetteries comme un produit de grande consommation et lui appliquer un taux réduit de TGC. En outre, la Nouvelle-Calédonie a pu réglementer pour une durée de douze mois le prix des plaques d'immatriculation eu égard à l'objectif de sécurité et donc d'intérêt général qui s'attache à la mise en œuvre de la délibération n° 301 du 23 février 2018 qui fixe les caractéristiques et le mode de pose des plaques d'immatriculation des véhicules et porte modification du code de la route de la Nouvelle-Calédonie en harmonisant l'ensemble des plaques d'immatriculations en circulation sur le territoire qui doivent dès lors être regardées comme des produits de grande consommation, sans entacher la délibération n° 350 d'illégalité. La SARL Magenta Discount n'est pas davantage fondée à soutenir que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie qui se borne dans la délibération n° 350 à reprendre des réglementations existantes, notamment la délibération n° 46/CP du 31 mai 1996 portant réglementation des prix des produits importés et locaux commercialisés par démarchage, a entaché la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 d'illégalité en ce qui concerne la vente, location vente avec option d'achat ou de prestation de service au particulier par démarchage. Par ailleurs, les dispositions de l'article 4 de la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 incluent les matériaux de construction dans la liste des produits ou famille de produits dont le prix est réglementé pour une période de 12 mois et visent les chapitres 25, 39, 44, 69, 70, 72 à 74, 76, 78 et 79 de la classification douanière. Ainsi, la SARL Magenta ne peut utilement soutenir qu'il n'aurait pas été fait application pour la détermination des matériaux de construction dont les prix sont encadrés par l'annexe à la délibération du 7 septembre 2018, de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie, l'annexe 3 de l'arrêté n° 2018-2231/GNC du 11 septembre 2018 définissant une liste restreinte de trente-six produits de la famille des matériaux de construction alors même que ces matériaux font l'objet de quatre-vingt-dix sous positions douanières. La SARL Magenta Discount n'est par suite, pas fondée à soutenir que pour la délimitation des produits ou services ou famille de produits ou de services tels que fruits et légumes importés, surgelés, congelés ou en conserve, verres de lunetteries, plaques d'immatriculation et leur pose, vente, location-vente avec option d'achat ou de prestation de service au particulier par démarchage, matériaux de construction, la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 a méconnu les dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie et porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

20. En cinquième lieu, la SARL Magenta Discount soutient que la délibération a illégalement fixé en son annexe les produits et services concernés par la réglementation des marges alors même qu'elle ne démontre pas en application de l'article Lp. 411-2 dans sa rédaction issue de la loi du 7 septembre 2018 que le niveau de concurrence dans le secteur en cause justifierait une réglementation des prix. Aucune étude préalable n'a notamment été produite à l'appui de la délibération pour justifier que le niveau de concurrence dans le secteur en cause justifierait une réglementation des prix. Il ne saurait être considéré par principe que le secteur d'activité de la SARL Magenta Discount est non concurrentiel. Toutefois, ainsi que le rappelle le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 12 avril 2019 le Congrès de la Nouvelle-Calédonie a en adoptant les différentes dispositions relatives à l'encadrement des marges en Nouvelle-Calédonie entendu eu égard aux particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie

et aux insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés lutter contre la hausse des prix touchant certains produits et services afin de préserver le pouvoir d'achat des consommateurs et a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général de protection du consommateur. Il appartient à la SARL Magenta Discount à supposer qu'elle ait un intérêt à agir pour contester la classification de secteur, de produit ou de service qui ne relèvent pas de son activité, si elle entend exonérer son activité, certains des secteurs de son activité, des produits ou des services, de démontrer que la Nouvelle-Calédonie a inexactement déterminé 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 de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie, en ne tenant pas compte de leur impact sur le budget des ménages et que 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 les conditions de concurrence qui peuvent justifier une réglementation des prix n'étaient pas remplies. La SARL Magenta Discount n'apporte pas la preuve qui lui incombe de ce que certains secteurs d'activités du commerce de détail, produit ou service appartenant à ce secteur du commerce de détail, eu égard à la concurrence dont ils font l'objet ne relèvent pas de l'encadrement des marges. En outre, il résulte de l'instruction et notamment des travaux préparatoires à la loi du pays et de la délibération du 7 septembre 2018 ainsi que de la demande d'avis formée auprès de l'Autorité calédonienne de la concurrence (ACNC) que la Nouvelle-Calédonie n'a pas méconnu les critères de classifications de l'article Lp. 411-2 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie pour définir la liste des produits alimentaires et non alimentaires de première nécessité ou de grande consommation, d'origine locale ou importée codifiées selon la nomenclature douanière et des prestations de service. Le moyen tiré de ce que la délibération du 7 septembre 2018 serait illégale au motif que la Nouvelle-Calédonie ne justifierait notamment pas du niveau de concurrence dans différents secteurs d'activité du commerce de détail permettant une réglementation des prix doit être écarté.

21. Comme il a été dit au point 2 du présent jugement 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. La même décision du Conseil Constitutionnel décide aux points 17, 18 et 19 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, les dispositions de l'article Lp. 411-2 du code de commerce (à l'exception des termes « en particulier ») ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Par suite, le moyen tiré de ce que la délibération n° 350 du 7 septembre 2018 en raison du principe même de la fixation de marges réglementées porterait atteinte à la liberté d'entreprendre doit être écarté.

22. Il résulte de ce qui a été dit aux points 11 à 21, que les moyens tirés de l'atteinte au principe de clarté et d'intelligibilité de la norme, de l'erreur de droit et l'atteinte à la liberté d'entreprendre résultant d'un encadrement insuffisant des produits et services par la délibération n° 350 du 7 septembre 2018, doivent être écartés.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité :

23. La SARL Magenta Discount soutient 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 méconnaît le principe d'égalité. Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le pouvoir

règlementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. 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 au principe d'égalité ne peut qu'être écarté.

24. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a seulement lieu d'annuler l'article 5 de la délibération 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 :

25. 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* ».

26. Il n'y a pas lieu de condamner la Nouvelle-Calédonie à payer à la SARL Magenta Discount la somme de 400 000 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 SARL Magenta Discount est rejeté.