



HAL
open science

Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti: Fin de la (discrète) période pédagogique

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti: Fin de la (discrète) période pédagogique. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2017, 64, pp.14-17. hal-01591740

HAL Id: hal-01591740

<https://hal.science/hal-01591740v1>

Submitted on 21 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti :

Fin de la (discrète) période pédagogique

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2017, « Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti : Fin de la (discrète) période pédagogique », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 64, Septembre, pp. 14-17.)

En transposant en droit local la généralisation de l'interdiction des droits exclusifs d'importation prévue dans les autres outre-mer français par la loi Lurel, le législateur polynésien a souhaité faire bénéficier les entreprises polynésiennes d'une période de transition. Les entreprises polynésiennes avaient ainsi la possibilité de saisir, pendant une année complète, l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC) pour bénéficier de son expertise dans l'évaluation de la licéité de leurs actes. Cette période pédagogique vient de prendre fin, sans qu'elle ait pourtant utilement été mise à profit, la communication de l'APC n'ayant pas relayé la volonté protectrice du législateur. Un constat qui n'est pas sans conséquence sur les risques qui pèsent dorénavant sur les importateurs polynésiens.

* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI, EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA, UMR 5474, Université de Montpellier.

La loi Lurel¹ a instauré, en introduisant l'article L. 420-2-1 dans le code de commerce français, un principe d'interdiction générale des accords d'exclusivité d'importation. L'article mentionne en effet que « *sont prohibés (...) les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ». Ce principe général connaît cependant des possibilités d'exemption (article L. 420-4, III., 1^{er} alinéa) pour « *les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte* ».

Les accords d'exclusivité d'importation ultramarins sont donc, depuis la loi Lurel, interdits en eux-mêmes. Pour que cette interdiction soit levée, il incombe à leurs auteurs d'apporter la preuve de leur impact positif. Le libellé du texte de loi constitue ainsi une inversion de la charge de la preuve, alors que ce n'était pas le cas dans le projet de loi initial de la loi Lurel². La notion de « *partie équitable du profit qui en résulte* » semble également, selon certains auteurs, « *promise à quelques difficultés d'interprétation* »³.

La prohibition des droits exclusifs prévue par la loi Lurel s'applique à l'ensemble des outre-mer français, à l'exception des deux principales collectivités du Pacifique dont les statuts les tiennent à l'écart du droit de la concurrence métropolitain⁴. Toutefois, ces deux collectivités, qui ont récemment adopté leurs propres droits de la concurrence⁵, ont décidé elles aussi de reprendre l'interdiction formulée par la loi Lurel (1.). Surtout, la Polynésie française a choisi de se doter d'une période de mise en conformité des entreprises à vocation pédagogique (2.). Cette période, qui vient de prendre fin sans avoir été utilement mise à profit, sans doute par défaut de communication, emporte désormais des conséquences importantes pour les entreprises concernées (3.).

¹ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

² Initialement, les accords étaient interdits « *lorsqu'ils ne sont pas justifiés par des motifs économiques objectifs* », mais un amendement a modifié cette rédaction. Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en outre-mer : une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 131-140.

³ Manna S., 2013, « Loi de régulation économique outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, Avril-Juin, pp. 125-130.

⁴ Voir les lois organiques statutaires n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Sur la construction progressive des compétences économiques de la Polynésie, voir : Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in J.-Y. Faberon, V. Fayaud et J.-M. Regnault (eds.), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit d'Outre-Mer, pp. 531-540.

⁵ Voir la loi du pays polynésienne n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence et les lois du pays calédoniennes n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et modifiant le livre IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie.

1. Prohibition des droits exclusifs d'importation dans les collectivités du Pacifique

La rédaction de l'article L. 420-2-1 du code de commerce français est donc reprise à l'identique par le texte polynésien (article LP. 200-3 du code de la concurrence polynésien), comme par celui de Nouvelle-Calédonie (article LP. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie).

A cette interdiction générale maintenue correspond là encore les mêmes possibilités d'exemption que celles que nous venons d'exposer concernant les outre-mer dans lesquels la loi Lurel s'applique. Ainsi, on retrouve l'inversion de la charge de la preuve de même que les conditions liées à l'efficacité économique et l'obtention, pour les consommateurs, d'une partie équitable du profit induit par l'exclusivité (articles LP. 200-5, II., 1^{er} alinéa du code de la concurrence polynésien et LP. 421-4, IV. du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie).

Notons cependant que le législateur polynésien a souhaité également, en sus de l'exemption déjà prévue par la loi Lurel, en prévoir une autre ayant trait à la réglementation de la puissance publique. L'article LP. 200-5, II. comprend ainsi un deuxième alinéa qui ouvre la possibilité de nouvelles exemptions par arrêté pris en conseil des ministres. Ces exemptions doivent cependant être sérieusement motivées et ne pas conduire à cloisonner le marché. La décision est en outre bordée par la nécessité d'un avis préalable de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC), ce dernier étant conforme⁶. On voit donc que le législateur polynésien a souhaité encadrer minutieusement la possibilité offerte au conseil des ministres.

Cette disposition n'est pas prévue en droit calédonien et n'existait, à l'époque du vote polynésien, pas non plus en droit français. Or, depuis, le droit français des outre-mer a été modifié dans un sens similaire puisque la loi du 29 décembre 2016⁷ est venue ajouter un second alinéa à l'article L. 420-4, III. du code de commerce français, qui indique que : « *certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions [d'exemption], par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans* ». Ici, en sus de l'avis conforme, le législateur français a assorti l'exemption d'une contrainte de durée. On

⁶ L'article LP. 200-5, II., alinéa 2, est ainsi rédigé : « *Les accords ou pratiques visés à l'article LP. 200-3 peuvent faire l'objet d'un arrêté d'exemption, pris en conseil des ministres après avis conforme de l'Autorité polynésienne de la concurrence, lorsqu'ils sont justifiés par des motifs nécessaires, proportionnés et qui ne conduisent pas à un cloisonnement du marché* ».

⁷ Voir l'article 3 de la loi n° 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes.

constatera cependant que la disposition semble plus adaptée au transport de personnes qu'aux exclusivités d'importation ultramarines⁸.

Les arrêtés d'application du droit polynésien de la concurrence⁹ sont venus préciser les conditions de demande des exemptions. Les accords d'exemption présentés au ministre de l'Economie doivent ainsi être accompagnés de l'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ; du contenu de l'accord et des objectifs qui y sont fixés ; de la délimitation du marché concerné par l'accord ; des produits, biens ou services concernés ; des produits, biens ou services substituables et de l'impact sur la concurrence¹⁰.

2. Transition et pédagogie du droit polynésien

Lorsque la loi Lurel décide de la généralisation de l'interdiction des droits exclusifs d'importation, elle mentionne explicitement que cette interdiction « *s'applique aux accords et pratiques concertées en cours* »¹¹. Afin de laisser néanmoins aux entreprises le temps de se conformer à cette nouvelle disposition, elle prévoit également un délai de quatre mois durant lequel les firmes impliquées dans les pratiques visées ne seront pas inquiétées : « *les parties à ces accords ou pratiques disposent d'un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi pour se mettre en conformité avec les dispositions de ce même article* »¹². Ainsi, la loi Lurel ayant été publiée le lendemain de son adoption¹³, cela laissait aux entreprises jusqu'au 22 mars 2013 pour se mettre en conformité avec la loi¹⁴.

La loi calédonienne ne précise pas explicitement que l'interdiction des droits exclusifs d'importation s'applique aux pratiques en cours, même si cela peut sembler naturel au risque de rendre le dispositif inopérant. Le droit calédonien ne mentionne pas non plus l'existence d'une quelconque période transitoire, ce qui peut sembler plus surprenant. Le législateur polynésien a quant à lui souhaité doter le droit local d'une période transitoire au cours de laquelle les accords en cours peuvent être étudiés. Ainsi, l'article LP. 200-5, II., alinéa 3 dispose que « *dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du présent code [de la*

⁸ L'article L. 420-4, III., alinéa 2 concerne en effet des exemptions aux articles L. 420-2-1 (pour les importateurs ultramarins) et L. 420-2-2 (pour les entreprises de transport public ou collectif). Cependant, ces exemptions sont introduites par la loi précitée du 29 décembre 2016, qui crée également l'article L. 420-2-2, et le fait que la décision d'exemption soit prise conjointement par les ministres de l'Economie et des Transports montre bien que c'est surtout ce dernier article qui est visé. Le rattachement aux exclusivités d'importation ultramarine apparaît donc un peu artificiel.

⁹ Arrêté n° 1347 CM du 10 septembre 2015 créant la partie « Arrêtés » du code de la concurrence de la Polynésie française.

¹⁰ Article A. 200-2, II. du code de la concurrence polynésien (partie arrêtés).

¹¹ Article 5, II. de la loi Lurel.

¹² *Idem*.

¹³ *Journal Officiel* du 21 novembre 2012.

¹⁴ Cette date a récemment été rappelée par l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 16-D-15 du 6 juillet 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en outre-mer, point 12.

concurrence], *l'Autorité polynésienne de la concurrence statue sur l'admissibilité des accords ou pratiques concertées en cours ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation et qui lui ont été soumis* ».

Comme on peut le voir, il ne s'agit pas simplement, ici, de prévoir une simple période de transition destinée à permettre aux entreprises polynésiennes de se mettre en conformité avec le nouveau droit. Contrairement à ce que prévoyait la loi Lurel pour les outre-mer, les entreprises polynésiennes sont ici invitées à soumettre leurs éventuels accords ou pratiques d'exclusivité d'importation à l'approbation de l'Autorité polynésienne de la concurrence. Le législateur introduit donc ici une période d'un an au cours de laquelle l'autorité de concurrence et les entreprises peuvent échanger, en dehors de toute menace de sanction, afin de mieux comprendre les contours de l'interdiction prévue par la loi. Cette période d'apprentissage et de pédagogie autour de l'application du droit, dans une économie qui n'a jusqu'alors jamais été soumise aux règles de concurrence, semble particulièrement bienvenue pour sécuriser l'action des entreprises et pour promouvoir des relations positives et constructives entre le monde des affaires et la nouvelle autorité en charge de l'application du droit local.

On peut cependant regretter que la rédaction du texte de loi manque en l'espèce de clarté. En effet, le délai d'un an est prévu pour que l'APC « *statue sur l'admissibilité des accords (...) en cours (...) et qui lui ont été soumis* ». Il n'est pas très clair de savoir si le délai d'un an est celui au cours duquel les entreprises peuvent soumettre les accords à l'analyse de l'Autorité ou s'il représente une date butoir pour que l'Autorité rende son avis (statue). Cette seconde hypothèse est cependant moins probable, car elle mettrait possiblement en difficulté l'Autorité, obligée de statuer en quelques jours seulement si l'accord lui était soumis juste avant l'expiration du délai prévu.

De fait, les débats menés au cours du processus législatif de l'adoption du droit viennent éclairer quant au sens de la phrase mentionnée. Madame Stéphanie Pater, conseillère technique auprès du vice-président de la Polynésie française, indique ainsi à deux reprises que le délai d'un an est celui laissé aux entreprises pour se mettre en conformité avec la loi¹⁵. Cela laisse entendre qu'il s'agit bien du délai pour déposer les accords à l'APC, mais cela signifierait alors que la loi ne prévoirait pas explicitement de limitation de la durée d'examen des dossiers, alors même que la rédaction du texte laisse aussi entendre que c'est bien dans ce délai d'un an que l'APC doit statuer...

Quoi qu'il en soit, le code de la concurrence polynésien étant entré en vigueur au 1^{er} février 2016, la période transitoire pédagogique dont nous venons de faire état a donc pris fin au 1^{er} février 2017. Or, le rapport d'activité 2016 de l'APC, qui vient d'être rendu public le 15 juin 2017, ne fait état d'aucune situation de ce type. Il semble donc qu'aucun accord ou pratique concertée concernant des exclusivités d'importation n'ait été soumis à l'analyse de l'Autorité au cours du délai légal prévu à cet effet.

¹⁵ Assemblée de la Polynésie française, Compte rendu de la réunion de la Commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique du mardi 10 juin 2014, pages 3 et 8.

3. Des conséquences lourdes pour les opérateurs polynésiens

Depuis le 1^{er} février 2017, les entreprises polynésiennes qui seraient parties à des accords ou pratiques concertées visant à accorder des droits exclusifs d'importation s'exposent donc aux sanctions prévues par le code de la concurrence polynésien, soit jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en Polynésie française par le groupe, pour une entreprise, et jusqu'à 100 millions de Fcfp si le contrevenant n'est pas une entreprise¹⁶.

Rappelons à cet égard que le dispositif est comme nous l'avons vu calqué sur celui de la loi Lurel. Or, ce dernier a pour vocation à s'appliquer aux exclusivités de droit, mais également à celles de fait. Le rapport Larcher, préparatoire à la loi Lurel, l'avait clairement indiqué¹⁷, tenant ainsi compte des remarques effectuées par l'Autorité de la concurrence dans son avis sur les mécanismes d'importation et de distribution outre-mer¹⁸. Monsieur Bruno Lasserre, alors président de l'Autorité de la concurrence, l'avait rappelé dans son audition de décembre 2013 par l'Assemblée nationale¹⁹. Même si l'application de la prohibition à des situations de fait pose des questions sur son caractère immédiatement opérationnel, puisque le texte fait tout de même état d'accords ou de pratiques concertées²⁰, il n'en reste pas moins que cela fait peser sur les entreprises un risque sérieux de sanction.

Ce risque est d'autant plus important que les circuits longs d'importation, favorables aux exclusivités, sont très développés en outre-mer, et notamment en Polynésie française. Une représentante de l'Assemblée de la Polynésie française, Madame Sandra Manutahi Lévy-Agami indiquait ainsi au cours des débats préparatoires à l'adoption de la loi sur la concurrence qu'« *on est quand même dans un schéma comme celui-là à 95 % en Polynésie française* »²¹. Même si le chiffre avancé est bien entendu à considérer plutôt comme une illustration générale que comme une réalité statistique, il traduit cependant l'existence avérée d'une large habitude de circuits d'importation exclusifs. Ainsi, ce sont donc de nombreuses entreprises polynésiennes qui se trouvent désormais exposées à un risque de sanction, sans

¹⁶ Article LP. 641-2 du code de la concurrence.

¹⁷ Rapport du Sénat n° 779, du 25 septembre 2012, fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer par M. Serge Larcher, p. 35. Voir également : Grall J.-C., 2012, « Vers une économie administrée dans les DOM ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, Octobre-Décembre, pp. 28-29.

¹⁸ L'Autorité, dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, mentionnait ainsi « *les exclusivités, de droit mais le plus souvent de fait* » (point 117). Voir aussi Manna S., 2013, *op. cit.*

¹⁹ Compte rendu n° 33 de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, Audition ouverte à la presse, de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, sur les problèmes de concurrence en outre-mer, mercredi 4 décembre 2013, Présidence de M. François Brottes, page 16. Voir : Venayre F., 2014, « Audition du président de l'Autorité de la concurrence : confirmation du dynamisme de l'action outre-mer et premiers effets de la loi REOM », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 39, Avril-Juin, pp. 137-141.

²⁰ Voir notamment : Montet C. et Venayre F, 2013, *op. cit.*

²¹ Assemblée de la Polynésie française, Compte-rendu de la réunion de la commission de l'économie, des finances, du budget et de la fonction publique du mardi 10 juin 2014, p. 6. Notons que Monsieur Bernard Geoffroy, directeur de cabinet du vice-président de la Polynésie française, répond à cette inquiétude de la représentante en indiquant, non sans une certaine confusion, que : « *c'est un principe qui n'est pas quelque chose qui est propre à la Polynésie française. C'est un principe qui se retrouve dans toutes les législations relatives à la concurrence et dans l'Outre-mer aussi, car c'est dans la loi Lurel* » (même page du compte rendu précité).

qu'il soit nécessairement aisé, pour elles, de savoir si elles peuvent prétendre à bénéficier d'une exemption au titre, par exemple, d'une contribution à l'efficacité économique.

* *
*

L'interdiction généralisée des droits exclusifs d'importation est une prohibition nouvelle, applicable depuis 2013 seulement en droit français des outre-mer. Lorsque la disposition est reprise en droit polynésien, aucune application du dispositif n'a encore été effectuée. Ainsi, les entreprises polynésiennes ne peuvent s'appuyer sur aucune pratique décisionnelle ou jurisprudence pour sécuriser leurs actions dans ce domaine.

Face aux incompréhensions potentielles du texte de loi, plus probables encore dans une économie qui n'a jusqu'ici jamais été soumise aux règles concurrentielles même usuelles, le législateur a souhaité faire bénéficier les entreprises d'une période d'apprentissage, en leur permettant de bénéficier sur simple demande de l'expertise de l'Autorité polynésienne de la concurrence. En préférant la pédagogie à une répression immédiate, le législateur polynésien a fait preuve en l'espèce d'une sagesse louable.

Toutefois, aucune pratique n'a, semble-t-il, été notifiée dans ce cadre à l'Autorité polynésienne de la concurrence. Des rencontres avec les organisations patronales montrent que, loin d'être une stratégie délibérée des entreprises, ces dernières ne se sont en fait pas rendu compte que la possibilité d'un avis préalable de l'APC était prévue par le texte de loi. Certes, on pourra toujours renvoyer les entreprises à leurs responsabilités, en soulignant que nul n'est censé ignorer les dispositions législatives, mais en l'occurrence, il n'en reste pas moins qu'il est regrettable que la communication de l'APC n'ait pas suivi la volonté pédagogique et protectrice du législateur polynésien, en ne profitant pas de la possibilité d'utiliser les médias comme vecteur d'information de ses missions, de ses prérogatives ou de son action²². Espérons qu'en cas de procédures contentieuses sur ces questions d'importations exclusives, l'APC compenserait son mutisme par une relative bienveillance à l'égard des arguments des parties.

²² La responsabilité de la communication de l'APC incombe à son seul président. Laurent Perrin rappelle ainsi que, concernant le rôle d'un président d'AAI en matière de communication extérieure : « *Le président* [d'une AAI] *est donc, dans tous les cas, le seul maître de la communication publique de son autorité. Lui seul peut s'exprimer au nom de l'ensemble de l'instance de régulation* » (Perrin L., 2013, *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La librairie numérique, Droit & Science Politique, p. 210).