



HAL
open science

Première décision de sanction de l'Autorité polynésienne de la concurrence : du Titan au Titanic ?

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Première décision de sanction de l'Autorité polynésienne de la concurrence : du Titan au Titanic ?. Dalloz Actualité, 2019. hal-02350257

HAL Id: hal-02350257

<https://hal.science/hal-02350257v1>

Submitted on 6 Nov 2019

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.

**Première décision de sanction de l'Autorité polynésienne de la concurrence :
du Titan au Titanic ?**

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2019, « Première décision de sanction de l'Autorité polynésienne de la concurrence : du Titan au Titanic ? », *Dalloz Actualité*, 6 novembre.)

L'Autorité polynésienne de la concurrence (APC) vient de voir sa première décision de sanction suspendue par la Cour d'appel de Paris en raison d'un risque sérieux d'annulation fondé notamment sur le défaut d'impartialité du collège.

1. Par décision n° 19-PAC-01 du 22 août 2019, affaire dite « des frigos », l'Autorité polynésienne de la concurrence a sanctionné pour abus de position dominante 13 sociétés du pôle distribution du groupe Wane auxquelles il est reproché d'avoir appliqué des tarifs excessifs pour la réfrigération des boissons qu'elles distribuent. À la très forte sanction pécuniaire prononcée (235 millions de francs Pacifique, soit près de 2 millions d'euros) s'ajoute l'obligation de faire publier dans les deux quotidiens de Tahiti, *La Dépêche de Tahiti* et *Tahiti Infos*, en version papier et numérique, un résumé de la condamnation imposé par l'Autorité. Une décision forte, à l'image par

* Professeur de sciences économiques, Université de la Polynésie française, GDI EA 4240.

exemple de la décision « Emar » (n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017), qui imposait des injonctions très contraignantes à une opération de concentration abandonnée ensuite par les parties (L. Donnedieu de Vabres-Tranié, Le contrôle des concentrations en Polynésie française, Colloque sur le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique, bilan et perspectives, 21 et 22 nov. 2017, Actes du Colloque, 2018, UPF – LexisNexis, pp. 41-55). « Des décisions qui ont installé l'APC dans le paysage économique polynésien », comme le déclarait le président de l'APC, M. Jacques Mérot, lors du colloque organisé par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC) à l'occasion de son premier anniversaire (J. Mérot, La pratique de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC), Colloque La pratique du droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et dans les autres collectivités d'outre-mer, ACNC, 1^{er} mars 2018, Nouméa).

2. Mais les entreprises sanctionnées ont déposé un recours en annulation ou réformation de la décision de l'APC, en même temps qu'elles ont effectué une demande de sursis à son exécution. En effet, au titre de l'article 10 I de l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017 (qui transpose à la Polynésie française l'article L. 464-8 du code de commerce), bien que le recours ne soit pas suspensif, le premier président de la Cour d'appel de Paris peut néanmoins ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci « est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives » ou en raison de « faits nouveaux et d'une exceptionnelle gravité ». Or la Cour d'appel de Paris, par son ordonnance n° RG 19/15773 du 16 octobre 2019, vient de donner une suite favorable à cette requête en suspendant en totalité l'exécution de la sanction pour trois motifs distincts.

I. Une sanction dont l'exécution entraînerait des conséquences financières manifestement excessives

3. Pour l'APC, les conséquences manifestement excessives d'une décision ne peuvent s'apprécier qu'au regard de la situation financière de l'entreprise. En l'espèce, elle considère donc que la capacité à payer des sociétés condamnées n'étant pas remise en question, il n'y a pas lieu de surseoir à l'exécution de la sanction. Au plan financier, des conséquences manifestement excessives ne sauraient cependant se réduire à la question de la capacité contributive des mises en cause. La mise en œuvre de la décision peut également, le cas échéant, générer des coûts spécifiques dont il peut alors convenir de tenir compte.
4. Le problème semble bien, dans cette affaire, être le caractère intrinsèquement non exécutable de la décision de l'APC. Il faut rappeler que l'analyse de l'Autorité a conduit à considérer, de façon pour le moins surprenante, que la réfrigération des boissons proposée par les distributeurs détaillants ne constituait pas un service

détachable de l'achat-vente, et qu'il ne s'agissait ainsi pas d'un service de coopération commerciale (N. Ereseo, L'Autorité polynésienne de la concurrence estime que le service de réfrigération est inhérent à la vente de boissons et sanctionne sa facturation par un distributeur en tant qu'abus de position dominante, La lettre de la distribution, oct. 2019).

5. Or l'APC ne semble pas avoir pris la pleine mesure des conséquences d'une telle position. Comment, en effet, se mettre en conformité avec la décision de l'APC, tant pour les entreprises sanctionnées que pour leurs concurrentes ?
6. En considérant finalement que la réfrigération des boissons est inhérente à l'achat-vente de ces produits, comme la mise en congélateur l'est pour la vente de produits surgelés, l'APC impose aux détaillants des investissements considérables. Car force est de constater que la plupart des boissons, en Polynésie française, sont bien vendues dans les rayons ambiants, et non en meubles réfrigérés. Il faudrait ainsi multiplier les linéaires réfrigérés par 4, voire 7 dans certains magasins, pour un coût global évalué par les requérantes à 400 millions de francs Pacifique (3,35 millions d'euros). De tels investissements rendraient évidemment improbable, voire impossible, le retour à la situation antérieure en cas d'annulation de la décision de l'APC.
7. Ajouté au fait que les surfaces de vente sont plus réduites que celles dont l'on peut disposer en métropole, se poserait aussi la question de l'éviction d'autres produits qui serait mécaniquement la conséquence d'un développement massif des rayons frais. À moins que les distributeurs n'optent pour un déréférencement de nombre de boissons pour éviter un surdimensionnement de leurs rayons réfrigérés, mais cela se ferait alors au détriment des fournisseurs concernés et du choix offert aux consommateurs. Cela soulèverait également à n'en pas douter la question de la licéité des ruptures contractuelles en jeu.
8. L'APC tente pourtant de minimiser ces coûts déraisonnables et irréversibles en avançant comme argument qu'elle n'a adressé aucune injonction aux entreprises sanctionnées et que la décision ne concerne ainsi que deux mesures : la sanction pécuniaire et l'obligation de publication. Une position qui n'est pas sans déclencher une certaine perplexité, puisqu'elle semble ignorer que, tacitement, toute sanction s'accompagne nécessairement de la cessation de la pratique anticoncurrentielle constatée. Le contraire placerait immédiatement les entreprises sanctionnées en situation infractionnelle et celle-ci aurait pour le cas d'espèce un impact d'autant plus grave qu'en cas d'abus de position dominante réitéré, le code de la concurrence polynésien (art. LP. 641-3) prévoit des injonctions structurelles permettant à l'APC d'ordonner la cession de surfaces de vente (F. Venayre, Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française, Actes du Colloque, *op. cit.*, pp. 181-195).

II. Une rédaction trompeuse du communiqué à publier

9. L'autre dimension de la sanction, en sus de l'amende infligée, consiste en l'obligation de publication d'un résumé de la décision (*cf.* décision APC §386), aux frais des mises en cause et selon les modalités expliquées ci-dessus (§1). En soi, le texte n'offre pas de grande nouveauté, en ce qu'il reprend les principaux arguments de la décision, mais il ne cite pas expressément les sociétés mises en cause. Il est en effet mentionné que l'APC « sanctionne le pôle distribution du groupe Wane », ou que « les entreprises du groupe Wane en cause ont appliqué des tarifs excessifs », mais référence n'est pas faite au nom exact des sociétés sanctionnées.
10. La communication de l'Autorité qui a accompagné la publication de sa décision a sans doute été plus englobante encore. Ainsi, le résumé de la décision est intitulé « Pratiques du groupe Wane mises en œuvre dans la commercialisation de boissons » et l'APC a réalisé une infographie, diffusée très largement sur Facebook, Twitter et Instagram, qui indique : « 235 000 Fcfp de sanction à l'encontre du groupe Wane ».
11. Or, le groupe Wane est constitué d'un pôle distribution, mais également d'autres activités disjointes comme l'hôtellerie. En outre, parmi les 20 sociétés qui constituent le pôle distribution du groupe, 7 n'étaient pas sanctionnées par la décision de l'Autorité polynésienne de la concurrence et se trouvent donc concernées par cette mise en cause médiatique de l'ensemble du pôle distribution du groupe, voire du groupe dans sa globalité.
12. Cette confusion des identités entre les firmes sanctionnées et le groupe auquel elles appartiennent est donc malheureuse et la Cour d'appel de Paris avait déjà prononcé l'annulation d'une publication ordonnée par le Conseil de la concurrence pour des motifs similaires (CA Paris, 24 nov. 2009, n° RG 2009/00315) en considérant que : « le texte du résumé doit clairement faire apparaître que les pratiques incriminées ne sont pas celles des groupes mais celles des entreprises » et qu'il est « notamment inopportun que la notion de "groupe" apparaisse dans l'exposé livré au grand public ».
13. L'Autorité polynésienne de la concurrence réfute pour sa part que la publication du résumé puisse générer une quelconque nuisance au motif que la décision a déjà été largement évoquée dans les médias, semblant considérer qu'un encart publié dans un quotidien au titre d'une condamnation équivaldrait à une couverture journalistique classique. La Cour juge cependant que les expressions utilisées « sont trompeuses, la rédaction entretient une confusion entre les sociétés condamnées et le groupe auquel elles appartiennent » et que « la publication de ce paragraphe porterait gravement et irrémédiablement atteinte à l'image du groupe Wane ». Ce faisant, la Cour rappelle opportunément que l'existence de conséquences manifestement excessives ne saurait se réduire à un impact financier direct pour les entreprises.

14. Les requérantes trouveront évidemment satisfaction en ce point, elles qui considéreraient selon l'ordonnance que la confusion entre les sociétés condamnées et le groupe auquel elles appartiennent avait pour but de nuire au groupe Wane et à son image dans son ensemble, faisant ainsi écho à la question du défaut d'impartialité du collègue, principale motivation du sursis à exécution de la décision de l'APC.

III. Un risque sérieux d'annulation de la décision du fait du défaut d'impartialité du collègue

15. Dans cette affaire « des frigos », les requérantes soutiennent se heurter à un défaut d'impartialité du président de l'Autorité, et plus généralement du collègue en raison de l'ascendant que le président détient sur ce dernier, qui revêtirait deux formes diverses. En premier lieu, il s'agirait d'un certain nombre de déclarations publiques qui constitueraient autant de préjugés défavorables : qualification d'une position dominante du groupe en dehors de toute instruction préalable ou doutes exprimés sur la légitimité des positions de marché acquises, par exemple. En second lieu, les sociétés demanderesse produisent une attestation manuscrite rédigée par le président de l'APC en faveur d'un ancien cadre dirigeant du groupe Wane, dans le cadre d'une contestation de son licenciement devant les prud'hommes.

16. L'attestation en cause, selon les requérantes, prouverait que le président de l'APC a régulièrement été tenu informé des développements de l'instruction et qu'il aurait émis une opinion sur la robustesse du travail mené par les services d'instruction dans le cadre de la présente affaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le groupe avait déposé une requête en suspicion légitime, pour laquelle le Parquet avait transmis un avis favorable et demandé le renvoi de l'affaire à une autre formation de la Cour d'appel de Paris. La Cour s'était alors déclarée incompétente sans traiter du fond, la loi n'ayant pas explicitement instauré de procédure en suspicion légitime propre à la Polynésie française (CA Paris, 1^{er} mars 2019, n° RG 19/02396). La Cour de cassation devrait bientôt se prononcer sur cette question (A. Ronzano, Concurrences n° 2-2019, art. n° 90927 ; E. Dieny, L'Autorité polynésienne de la concurrence échappe-t-elle à tout contrôle d'impartialité ?, L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence n° 8, sept. 2019).

17. L'APC considère pour sa part que l'attestation en cause ne manifeste aucun parti pris à l'encontre du groupe Wane, l'attestation ayant été « faite à titre personnel » et n'étant « qu'une appréciation de la manière dont s'est comporté un cadre dirigeant en 2016 » (cf. décision APC §99). Quel que soit le contenu exact de l'attestation délivrée, il reste l'étonnement de constater l'existence même d'un tel document réalisé « à titre personnel » par un président d'autorité administrative indépendante.

18. La position de l'APC quant à cette attestation justifiait cependant, pour M. Jacques Mérot, de siéger lors de la séance « des frigos », et de la présider, en dépit de la demande de son déport par les parties mises en cause. Conséquence de ce refus du président de se déporter, le commissaire du gouvernement en avait appelé au report de la séance dans l'attente que la requête en suspicion légitime soit jugée. Le commissaire du gouvernement regrettait également le déport d'un autre membre du collège, dont on croit ainsi comprendre à la lecture de l'ordonnance qu'il contestait vraisemblablement la décision prise à son encontre.
19. La Cour juge quoi qu'il en soit « qu'il ressort des pièces du dossier que des éléments précis permettent d'émettre des doutes sur la pleine impartialité de monsieur Jacques Mérot, Président de l'APC, qu'il est constant qu'il s'est exprimé publiquement et dans les médias et à plusieurs reprises sur la situation du groupe Wane au cours de l'instruction par l'APC en tenant des propos dépourvus de neutralité, qu'il n'est pas contesté qu'il a fourni une attestation écrite dans le cadre d'un litige prud'hommal en faveur d'un cadre qui s'opposait au groupe Wane, qu'il a refusé de se déporter lors de l'audience de plaidoirie devant l'APC du 16 juillet 2019, malgré les recommandations du commissaire du gouvernement et la demande du conseil du groupe Wane, qu'une procédure concernant une requête en suspicion légitime le concernant est toujours en cours, qu'ainsi il ressort de ces éléments que la décision de l'APC du 22 août 2019 présente un risque sérieux d'annulation fondé sur le défaut d'impartialité du collège ».
20. Et la Cour de continuer : « d'autant plus que le commissaire du gouvernement remet en cause l'analyse de l'APC qui a établi la situation anticoncurrentielle telle qu'elle ressort de la décision du 22 août 2019 », laissant entrevoir qu'au-delà des questions de procédure, le fond du dossier lui-même aurait bien pu être lui aussi sujet à caution. C'est effectivement ce qu'il ressort pour l'instant de l'ensemble des commentaires de la décision, qui soulignent nombre de ses incohérences et que le caractère inexécutable de la décision constaté par la Cour dans son ordonnance semble bien corroborer (A. Ronzano, *Concurrences* n° 3-2019, art. n° 91723 ; E. Dieny, *L'Autorité polynésienne condamne une coopération commerciale abusive, L'essentiel droit de la distribution et de la concurrence* n° 9, oct. 2019 ; N. Ereseo, oct. 2019, *op. cit.* ; L. Donnedieu de Vabres-Tranié et F. Vever, « Première décision contentieuse de l'Autorité polynésienne de la concurrence : une analyse réfrigérante », *Daloz actualité*, 3 oct. 2019).
21. La Cour ordonne ainsi de sursoir à l'exécution de la décision dans toutes ses dispositions, ce qui est, rappelons-le, très rare (T. Lainé, *La Cour d'appel de Paris suspend l'exécution d'une décision de l'Autorité polynésienne de la concurrence, Actualités du droit*, Wolters Kluwer, 21 oct. 2019). À notre connaissance, seul un cas précédent avait concerné une décision du Conseil de la concurrence (n° 06-D-07 du 21 mars 2006), mais il ne concernait pas une suspicion de défaut d'impartialité du président ou du collège (CA Paris, 23 janv. 2007, n° RG 06/21198).

22. **En conclusion**, il appartiendra à la Cour d'appel de Paris de juger au fond et de dire finalement si la décision de l'APC doit être annulée ou réformée, mais cette première ordonnance augure mal du résultat pour l'Autorité, comme peut le laisser présager l'intervention du ministère public dans la procédure.
23. Surtout, se rajoutent à cette première décision défavorable deux éléments complémentaires inquiétants. Le premier est la requête pendante en suspicion légitime, dont nous avons vu qu'elle avait déjà été suivie par le Parquet. Le second est l'affaire relative à une entente supposée entre deux sociétés de gardiennage, dont les médias polynésiens mais aussi internationaux (*cf.* C. Connor, French court reprimands Polynesian enforcer over bias, *Global Competition Review*, 18 oct. 2019), font état concomitamment à la publication de l'ordonnance de la Cour d'appel de Paris. Les médias évoquent ainsi l'existence d'une note qui aurait été adressée par le rapporteur général au collège pour lui demander des instructions concernant les orientations à prendre dans le cadre de l'enquête. Ne présageons pas du résultat, mais si un second cas de défaut potentiel d'impartialité devait survenir, l'impact serait sans doute considérable.
24. Pour s'en tenir pour l'heure à la seule affaire « des frigos », si l'analyse de l'Autorité polynésienne de la concurrence dans ce dossier était « réfrigérante » (L. Donnedieu de Vabres-Tranié et F. Vever, 3 oct. 2019, *op. cit.*), ses conséquences risquent bien d'être glaçantes pour l'ensemble de l'institution. La démonstration de force voulue par l'APC dans cette première décision contentieuse de sanction d'une pratique anticoncurrentielle, avec le prononcé d'une amende particulièrement élevée, pourrait bien s'avérer *in fine* être un naufrage. Avec cette ordonnance de la Cour d'appel de Paris, il semble en effet, pour le président de l'APC dont l'action est déjà discutée (F. Venayre, Une brève synthèse de l'action de l'Autorité polynésienne de la concurrence, RLC n° 87, pp. 65-68), que la ligne de flottaison se rapproche dangereusement du pont.

* *

*