



HAL
open science

Les compétences de l'Autorité de la concurrence (nationale) ne l'autorisent pas à trancher dans l'affaire polynésienne des frigos

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Les compétences de l'Autorité de la concurrence (nationale) ne l'autorisent pas à trancher dans l'affaire polynésienne des frigos. 2020. hal-03022706

HAL Id: hal-03022706

<https://hal.science/hal-03022706v1>

Submitted on 24 Nov 2020

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.

Les compétences de l’Autorité de la concurrence (nationale) ne l’autorisent pas à trancher dans l’affaire polynésienne des frigos

Florent Venayre*

(Référence : Venayre, F., 2020, « Les compétences de l’Autorité de la concurrence (nationale) ne l’autorisent pas à trancher dans l’affaire polynésienne des frigos », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 24 novembre.)

En dépit de sa désignation par la cour d’appel de Paris pour statuer dans l’affaire des boissons réfrigérées de la distribution polynésienne (ordonnance n° 20/08122 du 29 juillet 2020), l’Autorité de la concurrence se déclare incompétente sur ce dossier, tant pour une question territoriale que pour une question d’attribution (Autorité de la concurrence, décision n° 20-D-18 du 18 novembre 2020).

Dans l’affaire dite « des frigos », l’Autorité polynésienne de la concurrence (APC) avait sanctionné treize sociétés du pôle distribution du groupe Louis Wane pour abus de position dominante (décision n° 2019-PAC-01 du 22 août 2019). Ce dossier avait fait l’objet de contestations multiples conduisant notamment à une requête en suspicion légitime. La cour d’appel de Paris, non sans quelques péripéties préalables, avait donné droit à cette requête en suspicion légitime, par son ordonnance n° 20/08122 du 29 juillet 2020, annulant par voie de conséquence la décision de l’APC. De façon pour le moins surprenante, la cour d’appel avait alors ordonné que le dossier d’instruction de l’affaire des frigos soit transféré à l’Autorité de

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

la concurrence nationale (Adlc), pour que cette dernière statue¹. On rappellera également que cette affaire, ainsi qu'une seconde (décision « gardiennage » n° 2019-PAC-02 du 26 novembre 2019)², avait mis en lumière des fautes déontologiques du président de l'APC qui avaient conduit à sa démission d'office par le président de la Polynésie française sur l'avis préalable du collège, comme le prévoient les dispositions du code de la concurrence polynésien³.

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence vient ainsi de rendre le 18 novembre 2020 sa décision n° 20-D-18. Comme cela était probable⁴, l'Autorité y constate l'irrecevabilité du dossier, au motif que les faits en cause n'entrent pas dans le champ de sa compétence territoriale et d'attribution, en application du premier alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce.

Comme le souligne à raison l'Autorité : « *la compétence spéciale de l'Autorité de la concurrence est limitée à l'application des droits de la concurrence national et européen* » (§34). Or, le livre IV du code de commerce n'est pas applicable en Polynésie française (§21-23), qui s'est dotée d'un code propre de la concurrence (§24-26). En tout état de cause, le droit polynésien ne saurait ainsi être appliqué que par l'Autorité polynésienne de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris (§33 et 37).

Lors des débats précédant l'adoption du droit de la concurrence polynésien, c'est en effet la cour d'appel de Paris qui avait été suggérée localement comme voie de recours (puis validée par les instances nationales), afin que le contrôle des décisions de l'APC puisse bénéficier d'une expertise reconnue en matière de droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour autant, il n'en demeure pas moins que la loi organique statutaire de la Polynésie française confère comme le rappelle l'Autorité une liste limitative de compétences à l'Etat sur le territoire polynésien, dont ne font pas partie les questions de concurrence (§17-20). Ainsi, l'Autorité estime à raison, dans son résumé, « *que les faits soumis à son examen ne relèvent pas de sa compétence d'attribution* »⁵.

¹ Venayre F., 2020, « La cour d'appel de Paris fait droit à la requête en suspicion légitime dans l'affaire des frigos de la distribution polynésienne », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 99, novembre, pp. 22-27.

² Venayre F., « L'Autorité polynésienne de la concurrence prononce un non-lieu pour défaut d'impartialité dans l'affaire du gardiennage », *Dalloz Actualité*, 17 décembre 2019.

³ Venayre F., 2020, « Premier cas de démission d'office d'un président d'autorité administrative indépendante pour manquements graves et répétés à l'éthique professionnelle », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 98, octobre, pp. 27-31.

⁴ Voir notre article RLC n° 99 précité.

⁵ On relèvera cependant qu'une première version du résumé de la décision indiquait un peu maladroitement que : « *L'Autorité estime que les faits soumis à son examen ne relèvent pas de son pouvoir juridictionnel* » (souligné par nous).

L'impossibilité d'appliquer le droit national comme européen en Polynésie française

En réalité, du fait de la compétence réglementaire polynésienne depuis 1977 et du principe de spécialité législative, le droit de la concurrence français n'a jamais trouvé à s'appliquer en Polynésie française. L'intégration de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le code de commerce en 2000, alors que le code de commerce s'appliquait déjà en Polynésie, a même donné lieu un vote de rejet de l'Assemblée territoriale, à l'unanimité⁶. Le conseil de la concurrence, dans les années 1990, avait d'ailleurs déjà eu à quelques reprises l'occasion de décliner lui-même sa compétence sur la question de l'application du droit français au territoire archipélagique polynésien⁷.

La question de l'application du droit européen est un peu plus complexe et l'Autorité ne semble d'ailleurs pas avoir évité tous les écueils que le sujet présente. La relation que l'Union européenne entretient avec les outre-mer des pays membres n'est en effet pas uniforme et l'on distingue deux grandes catégories d'entités ultramarines.

La première concerne les régions ultrapériphériques (RUP), qui font partie intégrante de l'Union européenne. Elles sont donc assujetties au droit européen dans les conditions prévues à l'article 349 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Sur les neuf RUP actuelles, six sont françaises : il s'agit des cinq départements d'outre-mer (DOM) – Guadeloupe, Guyane, La Réunion, Martinique et Mayotte – et de la collectivité d'outre-mer (COM) antillaise de Saint-Martin⁸.

En revanche, la seconde catégorie est constituée des pays et territoires d'outre-mer (PTOM), qui ne font pas partie de l'espace européen. Conformément au 2 de l'article 355 du TFUE, ils bénéficient d'un régime spécial d'association⁹, ce qui ne signifie cependant pas que le droit applicable aux PTOM soit exempt de l'influence des traités européens¹⁰. Depuis le retrait effectif du Royaume-Uni de l'Union européenne le 31 janvier 2020 (brexit), et donc avec lui des douze PTOM qu'il comptait, il reste actuellement treize PTOM recensés. Parmi eux, six sont français : Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon,

⁶ Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in Faberon J.-Y., Fayaud V. et Regnault J.-M., *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit d'Outre-mer, pp. 531-540.

⁷ « Aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est applicable dans le territoire de la Polynésie française » (décisions n° 93-D-16 du 25 mai 1993 et n° 99-D-66 du 3 novembre 1999) ; « le livre IV [du code de commerce], au sein duquel sont rassemblées les dispositions de fond et la procédure applicable au Conseil de la concurrence, n'est pas applicable en Polynésie française » (décision n° 00-D-64 du 22 novembre 2000).

⁸ Deux autres RUP sont portugaises (Açores et Madère) et l'une est espagnole (les îles Canaries).

⁹ Décision n° 2013/755/UE du Conseil du 25 novembre 2013, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'Union européenne (« décision d'association outre-mer »).

¹⁰ Pastorel J.-P., 2018, « La concurrence dans les pays et territoires d'outre-mer sous l'influence de l'Union européenne », in Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F. (eds), *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, Paris, pp. 125-135.

Wallis-et-Futuna, les Terres australes et antarctiques françaises (TAAF)¹¹ et, depuis le 1^{er} janvier 2012¹², Saint-Barthélemy¹³.

Ainsi, l’Autorité a pleinement raison lorsqu’elle affirme qu’elle « *ne peut statuer que sur des pratiques ayant des effets sur le territoire national (métropolitain et territoires où le législateur l’a habilitée à intervenir, tels les collectivités de Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, Wallis-et-Futuna), quel que soit le lieu de leur commission ou le siège des entreprises en cause* » (§41). On regrettera en revanche que le résumé de la décision, initialement désireux de plus d’exhaustivité, considère encore l’île de Saint-Barthélemy comme une RUP – dans laquelle le droit de l’Union s’appliquerait donc – et non comme le PTOM qu’elle est devenue depuis près de neuf ans¹⁴.

En tout état de cause, comme le souligne l’Autorité, « *les pratiques dénoncées, si elles étaient établies, auraient eu des effets potentiels ou réels sur le seul territoire polynésien* » (§42), ce qui n’entre donc pas dans son champ de compétence¹⁵.

La fin de l’inénarrable dossier « des frigos » ?

Après ce refus de l’Autorité de la concurrence de se saisir du dossier des frigos, que va-t-il devenir ? Même si l’Autorité ne s’est pas prononcée sur l’affaire elle-même, il n’en reste pas moins que la décision de l’APC n° 2019-PAC-01 a été annulée. Deux autres procédures étaient reliées à cette décision : recours en annulation et subsidiairement en réformation auprès de la cour d’appel de Paris et pourvoi en cassation contre l’ordonnance de sursis à exécution¹⁶. L’Autorité, dans sa décision, ne commente pas plus avant le devenir de ces procédures connexes, se bornant à indiquer pour la première que le « *recours est, à ce jour, pendant* » (§3) et, pour la seconde, que l’ordonnance incriminée « *fait l’objet d’un pourvoi en cassation* » (§4). On voit mal cependant comment ces procédures pourraient

¹¹ Dont l’étude au regard du droit de la concurrence est évidemment limitée...

¹² Décision du Conseil européen n° 2010/718/UE du 29 octobre 2010 modifiant le statut à l’égard de l’Union européenne de l’île de Saint-Barthélemy.

¹³ A ces territoires français s’ajoutent un PTOM danois (Groenland) et six territoires des Pays-Bas (Aruba et les cinq entités constitutives des Antilles néerlandaises, dont Sint-Maarten). En conséquence, malgré sa très petite taille, l’île de Saint-Martin présente la double caractéristique d’être à la fois une RUP française et un PTOM néerlandais !

¹⁴ Le résumé indique en effet que l’influence de l’Autorité est limitée « *à l’application du droit de la concurrence national et européen sur le territoire métropolitain, dans les départements d’outre-mer, ainsi que dans les collectivités d’outre-mer de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, et à l’application du seul droit national de la concurrence dans les collectivités d’outre-mer de Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna* ».

¹⁵ Dans un communiqué en date du 20 novembre 2020, l’Autorité polynésienne de la concurrence a présenté un résumé de la décision de l’Autorité française. Elle a à cette occasion indiqué que « *en l’état de la réglementation en vigueur, l’APC approuve pleinement la décision (...) rappelant le principe d’autonomie s’appliquant à la Polynésie française* ». Elle a de même rappelé que « *l’APC et l’Adlc coopèrent régulièrement et peuvent, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, se communiquer mutuellement les informations ou les documents qu’elles détiennent ou qu’elles recueillent* ».

¹⁶ Ordonnance de la cour d’appel de Paris n° RG 19/15773 du 16 octobre 2019.

prosperer compte tenu de l'annulation de la décision initiale de l'APC, certes implicite, mais nécessaire¹⁷.

C'est donc l'ensemble des procédures liées à cette affaire des frigos qui s'éteindraient avec la décision de l'Autorité de la concurrence, à moins que les plaignantes n'optent pour un recours contre cette décision. Quelles seraient alors les possibilités offertes ?

La première serait que la cour d'appel de Paris évoque l'affaire et qu'elle statue elle-même sur le dossier. On a vu qu'elle avait précédemment renvoyé à l'Adlc car « *rien ne justifi[ait] que les parties en cause soient privées du double degré de juridiction* ». Cependant, l'Autorité de la concurrence ayant décliné sa compétence, elle pourrait alors trouver à considérer qu'il convient qu'elle se saisisse elle-même du fond. Il est alors vraisemblable que les mises en cause feraient valoir leur volonté de ne pas être privée de la possibilité, le cas échéant, d'un recours ultérieur.

Une seconde hypothèse serait que la cour d'appel renvoie le dossier d'instruction à l'Autorité polynésienne de la concurrence. L'implication dans le dossier du président de l'APC, M. Jacques Mérot, avait conduit la cour, dans son ordonnance du 29 juillet 2020, à considérer que l'affaire devait être dépaycée compte tenu du défaut d'impartialité du président. Notons à cet égard que le choix ne s'imposait pas *de facto*, pour différentes raisons :

- le collège avait été intégralement renouvelé en octobre 2019, sans que les nouveaux membres n'aient été nommés sur proposition du président de l'APC (contrairement à la précédente constitution du collège¹⁸) ;
- ce même collège avait adopté la décision « gardiennage » précitée, qui exposait explicitement le défaut d'impartialité de M. Mérot dans cet autre dossier et mettait fin à l'instruction, en novembre 2019, qu'il considérait comme viciée ;
- le membre le plus ancien du collège (seul membre renouvelé de la composition précédente) avait déclenché une procédure de démission d'office en mars 2020 à l'encontre de M. Mérot¹⁹, qui était donc en cours au 29 juillet 2020, date de l'ordonnance.

De nombreux éléments, antérieurs à l'ordonnance renvoyant l'affaire à l'Adlc, existaient donc pour laisser penser que la situation avait favorablement évolué et n'imposait pas nécessairement un dépaycement, sous réserve toutefois du déport du président de l'Autorité.

¹⁷ Selon les termes d'Alain Ronzano, *L'Actu-concurrence*, n° 134/2020, 18 novembre 2020.

¹⁸ Et en raison d'une modification de la partie réglementaire du code de la concurrence polynésien opérée en 2018.

¹⁹ Venayre F., « Déclenchement d'une procédure de démission d'office à l'encontre du président de l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 27 mai 2020 ; Venayre F., « Le président de l'Autorité polynésienne de la concurrence s'exprime à nouveau publiquement sur sa procédure de démission d'office », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 10 juin 2020.

Or, depuis, la situation a encore radicalement évolué, puisque le président Jacques Mérot a été démis d'office le 3 août 2020 et que l'intérim est assuré, en tant que membre le plus ancien du collège, par le Professeur Christian Montet, qui n'avait pas siégé dans l'affaire des frigos puisqu'il avait été déporté par M. Mérot. Par ailleurs, le rapporteur en charge du dossier à l'APC, ainsi que le rapporteur général impliqué, ne sont plus en poste en Polynésie française, puisqu'ils ont regagné l'Autorité de la concurrence métropolitaine dont ils étaient issus. Même M. Mérot semble avoir quitté Tahiti pour intégrer, sans avancement de grade semble-t-il, la chambre régionale des comptes de Nantes²⁰.

La voie d'une séance qui se tiendrait en Polynésie française dans des conditions optimales d'impartialité semble donc ouverte, ce qui pourrait inciter la cour d'appel à recourir préférentiellement à cette option. Il est néanmoins probable que l'Autorité polynésienne de la concurrence préférerait ne pas se voir renvoyer un dossier présentant nombre de difficultés et ayant dorénavant pris une coloration politique sensible.

Cela dit, avant de pouvoir retenir l'une de ces deux options, encore faudrait-il qu'un recours soit déposé. Rien ne l'empêche bien évidemment, mais on peut se demander si les plaignantes vont poursuivre dans ce sens. Tout d'abord, le dossier est déjà bien mal enclenché... Une décision initiale très contestée par la doctrine, un sursis à exécution de la sanction pour des doutes quant à l'impartialité, une suspicion légitime retenue à l'encontre du président et du collège et, plus encore, une affaire qui a globalement pesé lourd dans la première démission d'office d'un président d'autorité administrative indépendante. Au regard de cet inventaire à la Prévert, ajouté au fait que la saisine date du 28 avril 2016, il pourrait paraître judicieux aux plaignantes d'« arrêter les frais », au sens figuré comme au sens propre.

Notons d'ailleurs, comme l'indique les visas de la décision, que seules deux des quatre sociétés plaignantes à l'origine de la saisine ont présenté des observations écrites devant l'Autorité de la concurrence (Brapac et Sodispo) et que la décision indique que la représentante de l'Union des importateurs de la Polynésie française (UIPF) a « été régulièrement convoquée », mais qu'elle ne semble donc ne pas y avoir donné suite. L'économiste aurait tendance à penser que le coût marginal d'un recours en excède le gain marginal attendu...

Ainsi, sans doute faut-il s'attendre à ce que la décision de l'Adlc devienne prochainement définitive, mettant alors un point final à la construction de cette étonnante « jurisprudence Mérot ». A moins cependant que l'existence d'une rancœur tenace ne vienne défier la raison ?

* *

*

²⁰ Selon les informations de *Tahiti Pacifique*, « Retour à la case départ pour Jacques Mérot », 20 novembre 2020.