



**HAL**  
open science

# L'Autorité polynésienne de la concurrence affine sa philosophie du contrôle des aménagements commerciaux

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. L'Autorité polynésienne de la concurrence affine sa philosophie du contrôle des aménagements commerciaux. 2021. hal-03502177

**HAL Id: hal-03502177**

**<https://hal.science/hal-03502177v1>**

Submitted on 24 Dec 2021

**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.

## **L’Autorité polynésienne de la concurrence affine sa philosophie du contrôle des aménagements commerciaux**

**Florent Venayre**<sup>\*</sup>

**(Référence : Venayre F., 2021, « L’Autorité polynésienne de la concurrence affine sa philosophie du contrôle des aménagements commerciaux », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 20 décembre 2021<sup>\*\*</sup>)**

*L’Autorité polynésienne de la concurrence (APC) confirme, avec une troisième décision relative au secteur de la distribution de détail à dominante alimentaire, que l’année 2021 marque l’évolution de sa pratique en matière de contrôle des aménagements commerciaux (décision n° 2021-SC-04 du 3 novembre 2021 relative à l’ouverture d’un magasin de commerce de détail sous l’enseigne Super Moz d’une surface de vente de 790 m<sup>2</sup> situé dans la commune de Te’Avaro à Moorea).*

Le droit polynésien de la concurrence prévoit de confier à l’APC le contrôle *ex ante* des aménagements commerciaux. Toutes les opérations – construction, extension, changement d’enseigne ou de secteur d’activité et reprise par un nouvel exploitant qui ne relèverait pas du contrôle des concentrations – sont donc soumises à accord préalable de l’Autorité (art. LP. 320-1-1 du code de la concurrence). Une particularité qu’il partage avec le droit calédonien de la concurrence, qui a également donné cette compétence à l’ACNC : l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (art. LP. 432-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie). Seuls les seuils de contrôle diffèrent entre les deux collectivités. L’APC exerce en effet son contrôle dès 300 m<sup>2</sup>, depuis sa création, ce qui est particulièrement faible. L’ACNC appliquait au départ un seuil de 350 m<sup>2</sup>, qui a ensuite été relevé à 600 m<sup>2</sup> afin d’éviter certains contrôles jugés inutilement consommateurs de ressources.

Notons toutefois que dès lors que le seuil déclencheur du contrôle s’applique à la superficie du magasin après l’opération projetée, tous les contrôles inutiles ne sont cependant pas évités

---

<sup>\*</sup> Professeur en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française.

<sup>\*\*</sup> <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/35507/l-autorite-polynesienne-de-la-concurrence-affine-sa-philosophie-du-contrôle-des-amenagements-commerciaux>.

par un simple relèvement du seuil. Ainsi, une extension même infime de la taille d'un magasin demeure notifiable dès les seuils franchis. C'est ainsi que l'APC a dû cette année procéder à l'examen de l'agrandissement du magasin Carrefour d'Arue (décision n° 2021-SC-01 du 12 mars 2021) alors même que l'extension, réalisée à l'occasion de la rénovation du magasin, n'était que de 117 m<sup>2</sup>, soit à peine 2,7 % de sa surface de vente initiale.

L'Autorité vient de rendre publique, pour cette année 2021, sa troisième décision d'aménagement commercial dans le secteur du commerce de détail à dominante alimentaire (une quatrième décision, n° 2021-SC-03 du 2 juin 2021, avait examiné un simple changement d'enseigne dans le secteur de la distribution de produits de décoration, bazar et aménagement, de jouets et produits de loisir, ainsi que d'hygiène, beauté et entretien). La décision ici commentée concerne la création d'un nouveau magasin sous enseigne Super Moz (Moz, parfois utilisé comme surnom de l'île de Moorea, est le code IATA de son aéroport). Cette dernière décision s'ajoute à la décision précitée Carrefour Arue et à celle relative à l'ouverture d'un magasin Champion à Paea (décision n° 2021-SC-02 du 20 mai 2021). Ces trois dossiers consécutifs ont été l'occasion de fournir une lecture plus précise et cohérente des ambitions de l'Autorité en matière de contrôle des surfaces commerciales à dominante alimentaire. Le rapport d'activité 2020 de l'Autorité, publié début juin 2021, s'inscrivait également dans ce mouvement en proposant un long éclairage sur le contrôle des aménagements commerciaux (pp. 73-79). L'ensemble de ces productions de l'APC définit une philosophie cohérente de l'action de l'Autorité, adaptée à la situation insulaire et respectueuse de l'efficacité économique qui devrait, du moins peut-on l'espérer, soutenir durablement sa pratique décisionnelle en matière d'aménagements commerciaux.

## **1. Des marchés pertinents tenant compte du caractère insulaire de l'économie**

Selon une pratique constante, on distingue pour ce type d'opérations les marchés amont de l'approvisionnement et les marchés aval de distribution de détail à dominante alimentaire.

S'agissant de l'amont, l'offre émane de divers producteurs de biens de consommation courante, en tenant compte du rôle d'importance joué, tout comme dans d'autres territoires ultramarins, par les grossistes-importateurs. L'Autorité retient donc un marché qui présente à la fois une dimension locale, du fait de la fourniture auprès d'acteurs de proximité (industriels, agriculteurs et artisans), mais aussi une dimension internationale en raison du recours aux fournisseurs extérieurs, principalement européens. Les importateurs-grossistes (ou les centrales d'achat le cas échéant), bien qu'acteurs locaux, n'étant eux-mêmes que le relais d'un approvisionnement international plus large.

S'agissant du marché aval, et bien que l'Autorité prenne les précautions d'usage consistant à rappeler régulièrement qu'il n'est pas utile de se prononcer définitivement sur la définition exacte du marché – tant produit que géographique – l'analyse concurrentielle n'étant pas modifiée en toute hypothèse, elle développe cependant différents éléments d'intérêt.

Concernant les magasins généralistes à dominante alimentaire, l'APC rappelle la classification française des différents commerces en fonction de leur superficie (hypermarchés, supermarchés, supérettes et petits commerces de détail), mais en limite la portée pour la Polynésie française. Elle considère en effet qu'« *il n'est pas exclu que des surfaces commerciales plus petites, relevant du petit commerce de proximité, exercent une pression concurrentielle sur les supermarchés* » (§19). Elle retient ainsi que « *l'intégration dans l'analyse concurrentielle des petites surfaces d'alimentation générale est justifiée* » (§22), en accord d'ailleurs avec la définition retenue par la partie notifiante (Pour des interrogations sur la pratique de l'Autorité de la concurrence s'agissant de la distribution dans les territoires ultramarins, voir : Venayre F., 2012, « Concentration dans la distribution alimentaire en Martinique : jusqu'où prendre en considération les spécificités ultramarines ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 33, pp. 12-14).

De même, si l'Autorité de la concurrence métropolitaine exclut du marché du commerce de détail à dominante alimentaire l'ensemble des formes de commerces spécialisés, l'Autorité ouvre la possibilité d'exceptions, ainsi qu'elle l'avait déjà fait dans sa décision Champion Paea. Elle expose que « *compte tenu à la fois des habitudes de consommation des Polynésiens, de la persistance de nombreux petits commerces d'alimentation et de la gamme de produits offerts dans certains commerces spécialisés, on ne peut pas a priori exclure, dans le contexte de l'économie polynésienne, que tous ces petits commerces [les commerces spécialisés et les stations-service] puissent être inclus dans le paysage concurrentiel de Moorea* » (§25). Pour les stations-service spécifiquement, elle considère qu'elles pourraient être retenues, pour peu qu'elles offrent un assortiment de produits suffisant pour les assimiler à des supérettes ou des commerces d'alimentation généralistes (§26). Là encore, cela correspond à la conception défendue par la partie notifiante.

La discussion de la dimension géographique du marché pertinent aval donne également lieu à la confirmation de ses précédentes analyses, et particulièrement celle de la décision Champion Paea. L'APC retient comme « *plus plausible* » (§29) l'hypothèse d'un marché couvrant l'ensemble de l'île de Moorea, tout en n'excluant pas d'envisager qu'il existe en même temps une dimension très locale limitée à la commune concernée (Te'avarō) et ses abords.

L'Autorité présente à nouveau sa méthodologie (§33-34) qui consiste à s'intéresser aux arbitrages que les consommateurs peuvent opérer entre les différents commerces à leur disposition. Il faut pour cela construire des isochrones de 15 minutes autour de chaque magasin, voire idéalement des isochrones définis à partir de chaque zone urbaine. En l'occurrence, ce dernier aspect s'avère plus complexe pour Moorea, par rapport à Tahiti, la densité de population étant globalement plus faible et les habitats étant plus disséminés tout autour de l'île. Il s'agit ensuite de regarder si ces zones de chalandise connaissent des recouvrements suffisants pour que se forme une chaîne de substitution qui conduise à considérer que l'ensemble des commerces s'inscrit dans le même espace concurrentiel. Cependant, au-delà de la définition ainsi retenue du marché pertinent, qui conclut à « *l'existence vraisemblable d'une zone globale de concurrence sur l'ensemble de l'île de Moorea* », cela n'exclut pas l'existence d'une dimension plus locale du marché (§35-36). Ainsi, « *pour tout ce qui concerne les achats de proximité, d'impulsion ou de relative*

*urgence* », la zone pertinente se situerait « *probablement au niveau de chaque commune* ». Dans ces situations spécifiques, la disponibilité et la minimisation du temps de trajet priment sur le prix dans la détermination des choix des consommateurs, explique l'APC, ce qui amènerait à ne retenir que des temps maximaux de trajets d'environ 5 à 10 minutes autour des zones de densités de population.

## **2. Une analyse concurrentielle émancipée du carcan structurel**

Dans les années précédentes, l'APC s'était contentée, dans l'exercice de sa compétence de contrôle des aménagements commerciaux, d'analyses très structurelles. Elle proposait un examen minutieux des évolutions des parts de marché sous toutes formes d'hypothèses (avec ou sans telle ou telle forme de magasin, avec ou sans telle ou telle zone géographique, et parfois en détaillant même rayon par rayon, comme dans la décision n° 2018-SC-02 du 13 juillet 2018, notamment). Très inspirée d'une conception vieillie du contrôle des concentrations, la méthode utilisée pouvait conduire certains à regretter l'absence d'analyses comportementale et économique.

Avec la décision Super Moz (mais également les deux précédentes de l'année 2021), l'Autorité tient d'une part à rappeler utilement que le contrôle des aménagements commerciaux n'obéit pas à la même logique que celui des concentrations, et relativise d'autre part la dimension structurelle de l'exercice.

En préambule, l'APC rappelle que le législateur polynésien a autorisé des limitations à la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie, en lui confiant le contrôle *a priori* des aménagements commerciaux (§46-47). Mais, pour autant, elle considère qu'« *une autorité de concurrence, même si la compétence lui en est accordée par la loi, ne peut s'immiscer qu'avec beaucoup de prudence dans le contrôle des opérations de croissance interne des distributeurs à dominante alimentaire. En effet, une telle croissance se réalise par le biais d'un investissement pérenne, susceptible de profiter aux consommateurs tant grâce aux nouveaux services qu'il leur procure, que par la pression concurrentielle supplémentaire qu'il exerce sur les magasins concurrents* » (§53).

L'Autorité s'appuie ici sur les réserves déjà émises par l'Autorité de la concurrence métropolitaine (Adlc) qui propose dans son avis n°13-A-20 du 7 novembre 2013 sur l'agrandissement du principal magasin de Saint-Barthélemy (*cf.* Venayre F., 2014, « Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 41, pp.73-81). L'Adlc fournissait alors « *une méthodologie d'analyse concurrentielle d'un aménagement commercial s'appuyant sur un raisonnement construit autour d'un ensemble de questions pertinentes pour l'examen d'une éventuelle atteinte excessive à la concurrence susceptible de découler de ce type d'opérations, dans le contexte de territoires insulaires étroits* » (décision Super Moz, §54).

L'APC ne reprend pas explicitement ces questions pertinentes qui avaient précédemment été détaillées au §62 de la décision Champion Paea, mais il n'apparaît pas inintéressant de les rappeler ici :

- L'opération n'est-elle réalisable que grâce à la puissance de marché de l'entreprise ?
- L'opération se substitue-t-elle à un projet alternatif par un concurrent ?
- L'opération risque-t-elle d'engendrer des barrières nouvelles à l'entrée de concurrents aussi efficaces, telles que la privation d'espaces destinés aux commerces ?
- L'opération présente-t-elle des aspects pro-concurrentiels ?

La question de l'interrogation relative à la substitution à un projet concurrent est particulièrement bienvenue car on doit parfois déplorer des incompréhensions à cet égard. Comme l'avait brillamment souligné lors d'un colloque la Professeure Anne Perrot au sujet de la situation polynésienne, l'important en l'espèce est bien la question du contrefactuel : que se passe-t-il dans l'hypothèse d'une non-ouverture ou d'un refus d'ouverture ? Cela ouvre-t-il des perspectives de développement aux concurrents, qui en seraient privés sinon, ou au contraire, cela laisse-t-il place au *statu quo*, sans apport complémentaire nouveau pour les consommateurs ? (cf. Perrot A., 2018, « La grande distribution : trop de régulation tue la concurrence », 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. 147-159 ; les échanges avec le public retranscrits en fin d'article illustrent parfaitement les défauts de compréhension que l'on peut rencontrer sur cette thématique).

La question n'est en effet pas de contraindre le développement d'un distributeur en l'absence même de projets concurrents. De ce point de vue, rappelons que si le code de la concurrence prévoit de rechercher notamment si le projet crée ou renforce une position dominante, il importe d'en comprendre la portée (art. LP. 320-3 et, depuis la loi du pays n° 2021-40 du 7 septembre 2021 postérieure au dépôt de la notification du projet Super Moz, art. LP. 320-3-1 I qui reprend cette condition et en clarifie la compréhension). L'APC précise de ce point de vue que « *cette recherche est censée faciliter la mesure du degré de compétition, même si, par eux-mêmes, ni la création ni le renforcement d'une position dominante ne sauraient conduire ipso facto à une interdiction d'un projet de croissance interne qui, à la différence de la croissance externe, ne fait disparaître directement aucun concurrent* » (§58). Un avertissement clair à ceux qui seraient tentés le cas échéant de reprendre certains débats historiques : c'est bien l'abus de position dominante qui doit être combattu, mais non la position dominante elle-même, qui peut légitimement résulter de la concurrence par les mérites.

En l'occurrence, s'agissant du projet Super Moz, l'opération ne résulte pas pour l'Autorité de la puissance de marché de l'entreprise notifiante, elle ne se substitue pas à un projet alternatif porté par un concurrent et elle ne comporte aucun risque d'engendrer des barrières nouvelles à l'entrée de concurrents aussi efficaces (§67). Au contraire, les actionnaires de la société qui exploitera le futur magasin étant pour l'instant inactifs dans le secteur à Moorea, l'opération

comporte « *des aspects clairement pro-concurrentiels* » (§69), tant au niveau de l'ensemble de l'île (§62) que pour la localité concernée (§64).

### **3. Quelques précisions sur le critère de l'aménagement du territoire**

En matière de contrôle des aménagements commerciaux, ce n'est que « *si elle estime que le projet considéré est susceptible de porter une atteinte excessive à la concurrence* » (art. LP. 320-3) que l'Autorité peut refuser de délivrer une autorisation. C'est donc bien la seule question d'une atteinte excessive à la concurrence qui doit fonder sa décision, sans confusion, donc, avec la question de la position dominante de la partie notifiante, qui ne saurait être un motif de refus ou de coercition de l'opération. Mais au-delà de cette mission principale, le législateur a également prévu que l'Autorité polynésienne de la concurrence puisse « *veiller à ce que les projets [...] répondent aux exigences d'aménagement du territoire* » (art. LP. 320-3-1 I depuis la révision du code de la concurrence du 7 septembre 2021 ; anciennement, art. LP. 320-3).

Cet aspect est en général rapidement traité et ne soulève pas de problème particulier. Pourtant, dans ce dossier, la décision de l'Autorité y consacre une place surprenante, précisant avoir « *été confrontée à une difficulté inédite pour procéder à l'examen de l'opération en raison du contexte très particulier et inhabituel dans lequel elle intervient* » (§49).

Contactée dans le cadre de l'instruction du dossier, la Direction de la Construction et de l'aménagement (DCA) avait indiqué au service d'instruction que les parcelles destinées à accueillir la construction du nouveau magasin ne permettaient pas en l'état, selon le PGA – plan général d'aménagement – de la commune, de construire un espace commercial. La DCA indiquait par ailleurs que cet espace était voué « *à l'aménagement d'un parc de stationnement public* » en face du quai des ferries de Moorea, ce qui permettrait « *de limiter les besoins en remblais sur le lagon du port autonome* » et « *de dissimuler les voitures dans un silo de stockage pour les véhicules des passagers réguliers qui vont travailler chaque jour à Papeete* » (§82).

On comprend dès lors une certaine perplexité de l'APC, mais la décision précise ensuite que la partie notifiante a finalement pu fournir – le 21 octobre 2021, soit hors délai de réponse au rapport et cinq jours seulement avant la séance du collège – un arrêté de la mairie de Moorea qui avait procédé le 10 avril 2020 à la modification du classement des parcelles, sans que la DCA en ait pourtant connaissance. Quoi qu'il en soit, le plan rectifié, qui devait être joint à l'arrêté n'a pas été obtenu par le service d'instruction, malgré ses demandes à la partie notifiante, la DCA et la mairie (§51, 83 et 84).

L'Autorité en profite alors pour préciser les limites de ses prérogatives au regard du critère de l'aménagement du territoire. Si elle ne peut interdire un projet que sur la base d'une atteinte excessive à la concurrence, ce sont également uniquement des considérations concurrentielles qui président à l'adoption de remèdes (art. LP. 320-3). Une difficulté relative à

l'aménagement ne saurait donc justifier le refus ou la limitation d'une opération, mais elle peut conduire à alerter les autorités administratives ou politiques compétentes (§71). C'est pourquoi « *l'autorité attire l'attention sur l'absence de concordance entre les besoins exprimés par la Direction de la Construction et de l'Aménagement et le reclassement intervenu des parcelles considérées* » (§86).

Cette situation confuse conduit l'APC à relever que « *la demande de permis de construire n'a pas encore été déposée [...] La partie notifiante peut donc rencontrer des obstacles* » (§50). Ce n'est sans doute pas étranger au fait que l'Autorité précise également que : « *Compte tenu de ce que l'opération est un projet soumis très en amont et susceptible de largement évoluer selon la partie notifiante, l'analyse concurrentielle qui doit être réalisée par le service d'instruction présente un caractère hypothétique et théorique, ne tenant compte ni des aléas auxquels peut se confronter le projet, ni des changements de l'environnement concurrentiel pouvant survenir entre la date à laquelle sera accordée l'autorisation et celle de sa réalisation effective* » (§52). Mais la confusion à laquelle s'est heurtée l'APC n'explique cependant peut-être pas tout de cette mise en garde. Sans doute faut-il y voir une référence indirecte à une ancienne autorisation de création de magasin délivrée par l'APC en 2016 à la même société (à l'époque dénommée Ti'Aia) et qui n'avait jamais donné lieu à réalisation (décision n° 2016-SC-02 du 13 octobre 2016). Si, dans la décision Super Moz, cet ancien dossier n'est jamais évoqué dans la présentation de la société ou de l'opération, la carte de Moorea utilisée au §32 mentionne cependant explicitement, dans la commune de Maharepa, un « *ancien projet LS Proxi* » qui correspond effectivement à la décision de 2016.

Un moyen pour l'Autorité de rappeler qu'elle ne devrait pas consacrer ses ressources à des projets insuffisamment aboutis ? Cela pourrait en tout cas contribuer à expliquer une relative frilosité de l'APC sur la question du critère de l'aménagement du territoire. De fait, il est certain que l'imbroglio administratif qu'elle a rencontré aurait été résolu si le permis de construire avait été demandé et obtenu préalablement à la notification de l'opération auprès du service d'instruction. Néanmoins, rappelons que si les deux procédures sont obligatoires (permis de construire et autorisation de l'APC), elles ne sont pas liées et rien n'oblige la partie notifiante à une quelconque chronologie des deux demandes.

\*        \*

\*