



HAL
open science

Un cas de non-respect d'engagement non sanctionné, mais utilisé à des fins pédagogiques

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Un cas de non-respect d'engagement non sanctionné, mais utilisé à des fins pédagogiques. 2021. hal-03502179

HAL Id: hal-03502179

<https://hal.science/hal-03502179>

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.

Un cas de non-respect d'engagement non sanctionné, mais utilisé à des fins pédagogiques

Florent Venayre *

(Référence : Venayre F., 2021, « Un cas de non-respect d'engagement non sanctionné, mais utilisé à des fins pédagogiques », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 20 décembre 2021^{})**

L'Autorité polynésienne de la concurrence a rendu le 15 novembre 2021 une décision (n° 2021-DREC-01) relative au respect des engagements pris dans la décision n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le groupe Grey.

A la fin de l'année 2016, l'Autorité polynésienne de la concurrence avait autorisé sous conditions le rachat par le groupe Grey du groupe Tahiti Nui Travel (TNT), présent dans le secteur des agences de voyage et surtout des agences réceptives (ou *Destination Management Company* ou DMC). Le groupe Grey était déjà actif en Polynésie française dans le secteur de l'hôtellerie de tourisme dans lequel M. Frederick Grey avait développé ses investissements au cours des années précédentes avec l'acquisition de cinq hôtels situés à Tahiti, Moorea et Bora Bora. L'APC avait à l'époque identifié des risques verticaux potentiels, particulièrement celui d'un traitement discriminatoire des hôtels concurrents du groupe Grey par les agences réceptives que ce dernier souhaitait acquérir.

L'autorisation de concentration avait donc été délivrée (décision n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016) sous la réserve que :

- L'accès des fournisseurs et des clients du pôle DMC du groupe Grey soit assuré ;
- Aucune information stratégique ne puisse circuler entre les deux pôles du groupe Grey (hôtelier et DMC) ;

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

** <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/35513/un-cas-de-non-respect-d-engagement-non-sanctionne-mais-utilise-a-des-fins-pedagogiques>.

- Le personnel du groupe soit sensibilisé aux engagements souscrits.

Ces remèdes comportementaux avaient été acceptés par l'APC pour une durée de dix années et la société Alvea Consulting avait été désignée comme mandataire indépendant pour en assurer le suivi, qui devait se traduire par l'envoi d'un rapport annuel (excepté pour la première année au cours de laquelle quatre rapports trimestriels étaient prévus).

Si le contrôle des engagements s'est opéré sans difficulté particulière au cours des premières années, il a en revanche été constaté l'absence de transmission à l'Autorité du rapport annuel 2020 (relatif à l'exercice 2019). Un premier pré-rapport a bien été transmis le 12 juin 2020, mais il n'a jamais été finalisé, empêchant l'APC de procéder à la vérification du respect des engagements souscrits. En conséquence, sur le fondement de l'article LP. 310-8 du code de la concurrence, l'Autorité s'est saisie d'office des « *conditions dans lesquelles le rapport 2020 de suivi des engagements de la décision n° 2016-CC-04 [...] n'a pas été transmis par le mandataire* ».

1. Un manquement à la réalisation des engagements souscrits

Si l'Autorité rappelle à toute fin utile que « *la transmission d'un rapport annuel fait partie des devoirs du mandataire, conformément à la lettre d'engagements* », elle précise en suivant que cela ne peut s'effectuer qu'« *à la condition, toutefois, que le mandant lui permette d'exécuter convenablement sa mission et le rémunère pour les diligences effectuées* » (§30). A l'impossible, nul n'est tenu, en effet et il importe donc de savoir si l'absence de transmission du rapport 2020 finalisé incombe au groupe Grey lui-même – et relève donc d'un défaut d'engagement – ou au mandataire qui aurait alors manqué à ses obligations contractuelles.

En l'occurrence, la responsabilité ne fait pas mystère, comme le montre la chronologie des faits mise en lumière par l'instruction.

En premier lieu, le pré-rapport transmis le 12 juin 2020 à l'APC ne pouvait pas revêtir sa forme définitive à cette date car des informations manquaient encore au mandataire : procès-verbaux d'assemblées générales et de conseils d'administration, ainsi que des K-bis (§21). Or ces documents étaient nécessaires pour pouvoir suivre deux des treize indicateurs de suivi des engagements du groupe Grey (§20). Depuis, et malgré diverses relances, ces documents n'ont jamais pu être obtenus par le mandataire (§18).

En second lieu, l'envoi de ce pré-rapport a fait l'objet quelques jours plus tard, le 17 juin 2020, d'une facturation adressée au mandant, qui est restée impayée, là encore malgré plusieurs relances. Le mandataire a alors informé l'APC qu'il suspendait l'exécution de sa mission dans l'attente du versement des sommes dues. Après diverses péripéties, le mandataire a fini par recevoir une partie du règlement prévu le 2 mars 2021. Il s'est alors déclaré prêt à reprendre sa mission dès que le reliquat lui serait versé, mais quelques jours

avant la séance du collège du 13 octobre 2021, ce second paiement n'avait toujours pas eu lieu (§18).

Ces faits ont conduit le service d'instruction à notifier le grief « *de n'avoir pas fourni au mandataire en charge du suivi de l'exécution des engagements toute l'information raisonnablement requise pour l'accomplissement de ses tâches [...] empêchant la production du rapport annuel 2020 et, de fait, le contrôle par l'Autorité du suivi des engagements* » (§21).

Le service d'instruction a également fait valoir que les deux précédents rapports annuels (2018 et 2019, portant respectivement sur les exercices 2017 et 2018), avaient conclu au respect des engagements tout en émettant une réserve concernant le fait de ne pas avoir d'administrateurs communs entre les pôles DMC et hôtellerie du groupe Grey. Cependant, il avait été indiqué en juin 2019 par le groupe que la situation serait prochainement régularisée (§19). Or, cette régularisation n'étant intervenue qu'à compter du 27 décembre 2019, le service d'instruction a considéré devoir notifier comme autre grief « *de n'avoir pas respecté le deuxième engagement souscrit [...] relatif à la circulation de l'information stratégique entre le pôle hôtelier et le pôle DMC du groupe Grey, en nommant un administrateur commun* » (§21). Pour autant, le collège a finalement rejeté ce dernier grief, en ce qu'il échappe au champ de la saisine, bornée à l'étude des conditions dans lesquelles le rapport 2020 n'a pas été transmis à l'APC.

2. Des sanctions potentiellement lourdes, mais inadaptées en l'espèce

L'article LP. 310-8 IV du code de la concurrence de la Polynésie française dispose que si l'Autorité « *estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision, l'Autorité polynésienne de la concurrence constate l'inexécution* ». Elle peut alors « *retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération* » ; « *enjoindre sous astreinte [...] d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans la décision* » ou « *enjoindre sous astreinte [...] d'exécuter dans un délai qu'elle fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée* ».

L'APC peut en outre infliger une sanction pécuniaire limitée à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Polynésie française lors du dernier exercice clos. Une proportion du chiffre d'affaires identique à celle encourue en métropole (art. L. 430-8 IV du code de commerce), à la différence près qu'elle correspond pour la Polynésie française à celle qui est également prévue pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles.

L'Autorité rappelle que le non-respect d'engagements revêt en principe « *un caractère d'une exceptionnelle gravité* », notamment en raison du fait que « *la prise d'engagements a lieu à l'initiative des parties mises en cause qui les proposent et qui ne peuvent donc ignorer le caractère illicite de leurs agissements lorsqu'elles ne les exécutent pas* » (§40). On comprend

la position de principe, même si l'on sait bien dans la réalité des procédures que les engagements n'émanent pas toujours totalement, loin s'en faut, des mises en cause. Dans l'arrêt *Alrosa*, le TPICE avait ainsi indiqué qu'une décision d'engagement « *ne saurait être considérée comme étant une simple acceptation par la Commission d'une proposition librement formulée par un partenaire de négociation, mais constitue une mesure obligatoire mettant fin à une situation infractionnelle ou potentiellement infractionnelle* ». Une citation reprise par Véronique Sélinsky, qui commentait qu'« *à la dénomination de procédures 'négociées', on préfèrera donc celle de 'procédures alternatives ou complémentaires aux sanctions' : refuse-t-on une procédure moins coûteuse, et souvent plus rapide, même si on la croit moins respectueuse des droits fondamentaux ?* » (Sélinsky V., 2011, « Procédures négociées et stratégies des entreprises », *Les dossiers de la RIDE*, pp. 59-82, p. 64).

S'agissant du présent dossier, l'APC relativise cependant immédiatement le degré de gravité du manquement observé. Tout d'abord, le manque de coopération du groupe Grey avec le mandataire ne concerne que le deuxième semestre de l'année 2020, qui correspond à la période de grande crise sanitaire que l'on connaît (§34). Cette « *coopération lacunaire* » s'expliquerait donc en partie par les grandes difficultés financières rencontrées par le groupe (§35). Les manquements du groupe n'ont par ailleurs pas pu causer de dommage à l'économie, à la fois en raison du caractère mineur de l'infraction et de l'absence d'effet sur le fonctionnement du marché (§40), du fait du très fort repli de l'activité hôtelière et touristique (§41). On notera à cet égard qu'alors que la Polynésie française avait accueilli près de 237 000 touristes en 2019, l'année 2020 n'enregistre que 77 000 arrivées, soit une baisse des deux tiers. Pour mémoire, la pire chute de fréquentation touristique subie auparavant s'était produite en 2010 (consécutivement à la crise de 2008), où 154 000 visiteurs avaient été décomptés. Quant à l'année 2021, elle ne s'annonce pas meilleure dans la mesure où à la fin août, seuls 41 000 touristes avaient visité la Polynésie française. D'ailleurs, pour l'heure, si les agences réceptives du groupe Grey ont pu rouvrir avec des effectifs réduits, ses hôtels demeurent tous fermés, ce qui rend par conséquent sans objet les engagements de 2016 (§42).

C'est pourquoi l'APC conclut sans surprise qu'une sanction pécuniaire n'est pas appropriée (§43).

3. Une pédagogie utile pour une décision équilibrée et pragmatique

Les règles du droit de la concurrence ne sont pas toujours suffisamment bien connues et bien comprises à Tahiti, ni par nombre d'entreprises, ni par le grand public. On se souvient par exemple, voilà deux ans, d'un défaut de notification dans le cadre de la réalisation d'un aménagement commercial pour lequel l'APC avait relevé « *l'absence évidente d'intention de contourner les règles de la concurrence* » (décision n° 2019-DSC-01 du 19 décembre 2019). La complexe mise en place de l'Autorité n'a certes pas facilité cet apprentissage. Sans doute est-ce aussi pour cette raison que l'APC a choisi de profiter de cette décision pour faire passer quelques messages généraux.

Ainsi la décision est-elle l'occasion de rappeler indirectement ce qu'est la procédure d'engagement, en l'occurrence dans le cadre d'un contrôle des concentrations, mais aussi de souligner que les engagements ne sont pas à prendre à la légère : « *les entreprises sont tenues d'exécuter les engagements qu'elles ont proposés elles-mêmes et qui ont conditionné l'autorisation de l'opération de concentration* » (§26). Pour autant, l'Autorité explique que les conditions de marché sont sujettes à évolution et peuvent alors altérer la nécessité effective des engagements souscrits. Les entreprises sont alors fondées à exposer à l'Autorité leurs difficultés nouvelles et demander que les engagements soient revus en conséquence (§26). En l'occurrence, faute de l'avoir fait en temps utile, le collège se trouve empêché de se prononcer à ce stade sur une telle question (§26-27).

La décision ici commentée s'inscrit de ce point de vue dans un effort utile d'*advocacy*, c'est-à-dire de pédagogie et de promotion de la concurrence et de ses règles de droit. On a souvent tendance à déconnecter les actions d'*advocacy* de l'activité de l'Autorité elle-même, en les réduisant à une communication de l'Autorité un peu « hors sol ». Néanmoins, comme le rappelait très récemment le Président Lasserre : « *La défense de l'ordre public économique exige un régulateur qui marche sur ses deux jambes, si bien que l'advocacy ne peut être pensée indépendamment de son articulation avec la répression* » (Lasserre B., 2021, « Gendarme ou arbitre ? », *Concurrences*, n° 3-2021, pp. 2-3).

Dans le cas présent, c'est au cœur même de son activité que l'APC réalise son *advocacy*, non pas en complément de la répression, mais en utilisant la possibilité dont elle dispose de ne pas sanctionner une pratique pourtant illicite, compte tenu d'éléments exogènes dramatiques et qui risquent de peser fortement sur l'avenir du groupe mis en cause. Une sanction pécuniaire aurait été injuste et peu pragmatique, cela a parfaitement été compris par l'APC, tant au niveau du service d'instruction que du collège semble-il, pour arriver à une décision équilibrée et pédagogique.

On aurait peut-être pu souhaiter que la pédagogie déployée couvre aussi la procédure de non-contestation des griefs, qui était à l'occasion de ce dossier sollicitée pour la première fois en Polynésie et ne fait pourtant l'objet que d'une présentation assez minimale (§9 et 39).

Les dispositions en sont identiques à celles qui s'appliquaient en métropole avant le passage à la transaction (art. L. 464-2 III du code de commerce). Ainsi, conformément à l'article LP. 641-2 III du code de la concurrence, le montant maximal de la sanction encourue est réduit de moitié et un taux de réfaction peut en sus être appliqué au montant de la sanction lorsque l'entreprise en cause prend des engagements, ce qui ne saurait s'appliquer en l'espèce, s'agissant du non-respect d'engagement (art. LP. 641-2 III, al. 2 : « *lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, l'Autorité peut en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction* »).

Sans doute, l'absence de sanction pécuniaire étant prévisible (et la question de la réfaction étant sans objet), l'Autorité a-t-elle considérée qu'il n'était pas utile de discuter plus avant la procédure de non-contestation des griefs. Mais il reste que l'APC ne s'est jusqu'ici jamais exprimée sur la conception qu'elle avait de son application. Or, on sait que les débuts du dispositif en métropole avaient été l'objet de discussions (*cf.* Venayre F., 2011, « La

détermination des sanctions dans les ententes sur appels d'offres en l'absence de contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, pp. 15-22) et avaient conduit à l'adoption d'un communiqué de procédure permettant de davantage cadrer les décisions de l'Autorité (communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs ; cf. Venayre F., 2012, « 'Nous au village, aussi, l'on a, De beaux assassinats'... Ou l'entente saint-pierraise et ses enseignements en matière de sanctions et de non-contestation des griefs », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 31, pp. 16-22).

* *

*