



HAL
open science

De l'importance de la communication externe d'une autorité administrative indépendante

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. De l'importance de la communication externe d'une autorité administrative indépendante. *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2023, 41 (2023-1), pp.275-292. hal-04094396

HAL Id: hal-04094396

<https://hal.science/hal-04094396>

Submitted on 11 May 2023

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.

De l'importance de la communication externe d'une autorité administrative indépendante

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2023, « De l'importance de la communication externe d'une autorité administrative indépendante », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 41, n° 2023/1, pp. 275-292.)

Le 27 juillet 2022, était organisé à Nouméa, à l'instigation de la présidente de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, un colloque réunissant des représentants des trois autorités de concurrence de la République française en charge de l'application des règles de concurrence dans l'ensemble des territoires ultramarins. La représentation polynésienne ne s'est cependant pas révélée à la hauteur de la mission et des enjeux, en commettant un certain nombre d'erreurs factuelles d'importance avec pour conséquence de laisser les auditeurs du colloque dans l'incompréhension du droit applicable et de la pratique décisionnelle de l'Autorité polynésienne de la concurrence. La communication externe des autorités administratives indépendantes est pourtant un élément essentiel de leur crédit et de la réussite des missions qui leur ont été confiées ; il convient donc de la considérer avec toute l'importance qu'elle requiert en s'assurant notamment de la pleine compréhension de leur action par chacun.

On 27 July 2022, at the instigation of the President of the New Caledonian Competition Authority, a symposium was organised in Noumea which brought together representatives of the three competition authorities of the French Republic in charge of applying competition rules in all the overseas territories. However, the Polynesian side did not prove to be up to the task and the stakes: significant factual errors have been made leaving the conference participants in the dark as far as the applicable law and the decision-making practice of the Polynesian Competition Authority were concerned. The external communication of independent administrative

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

authorities is however an essential element of their credibility and of the success of the missions they have been entrusted with; it should therefore be considered with all the importance it requires and, more particularly, should make sure that their action is fully understood by all and sundry.

Introduction

Le 27 juillet 2022, à l'instigation de sa présidente de l'époque, M^{me} Aurélie Zoude-Le-Berre¹, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), a organisé un « colloque anniversaire » intitulé *Regards croisés : l'application du droit de la concurrence par les trois autorités françaises de concurrence en outre-mer*. A l'occasion des cinq années d'activité de la jeune Autorité, tous les thèmes intéressant ses missions ont été abordés : contrôles des opérations de concentrations et du secteur du commerce de détail, pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence ou encore rôle consultatif des autorités de concurrence. La société civile et les élus ont été conviés à participer aux échanges de la journée², ainsi, comme cela était logique, que les deux autres autorités de concurrence concernées par les débats : l'Autorité de la concurrence (ADLC) métropolitaine et l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC). Les trois autorités administratives indépendantes (AAI) en charge de la concurrence sur le territoire républicain étaient donc conviées à partager leurs expériences et leurs visions de leurs missions destinées à améliorer les conditions de vie des populations des outre-mer. M. Benoît Cœuré, président nouvellement nommé de l'ADLC³ avait pour l'occasion fait le déplacement de Paris. M^{me} Johanne Peyre, présidente de l'APC depuis environ un an à la date du colloque⁴, a préféré, pour sa part, être représentée. De façon surprenante, cependant, son choix ne s'est pas porté sur l'un des quatre autres membres du collège de l'APC, absents à cette manifestation, mais sur un agent de l'Autorité. Ainsi, alors que quatre des cinq membres du collège de l'ACNC étaient présents lors de la journée, affirmant ainsi la collégialité du fonctionnement de l'autorité calédonienne, aucun membre de l'APC n'a pu participer aux riches échanges qui étaient proposés. On relèvera de manière complémentaire que l'agent désigné pour représenter l'APC n'appartenait pas au service de la présidence (conseillers), mais au service d'instruction. Cette fonction de communication n'a néanmoins été dévolue ni au

¹ M. Stéphane Retterer a depuis été nommé président de l'ACNC par arrêté n° 2023-423/GNC du 1^{er} mars 2023.

² Même s'il a pu être regretté lors des débats que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne soit pas aussi présent qu'espéré.

³ Par décret du Président de la République du 20 janvier 2022.

⁴ M^{me} Peyre a été nommée par arrêté n° 597 CM du 15 avril 2021 pour une prise de fonction au 15 juillet 2021.

rapporteur général par intérim⁵, ni au rapporteur général adjoint, mais à un simple rapporteur de l'APC⁶. Quoi qu'il en soit, l'agent désigné pour représenter l'Autorité polynésienne au colloque de l'ACNC s'exprimait au nom de la présidence de l'institution, ce qui oblige. Malheureusement, ses propos n'ont pas été à la hauteur de la mission, par contraste avec les autres autorités présentes à cette manifestation par ailleurs réussie, et ne sont pas sans soulever quelques interrogations sur le fonctionnement interne de l'institution polynésienne.

I. Les interrogations sur la maîtrise des dossiers et des enjeux

Une partie importante des interventions du représentant de l'APC a été consacrée aux dossiers de notifications préalables obligatoires, tant en matière de contrôle des concentrations que d'aménagements commerciaux. Ces opérations représentent en effet la grande majorité des décisions rendues par l'Autorité. Certaines décisions plus particulièrement mises en avant ont cependant souffert de présentations discutables qui, au-delà de l'impact sur les opérations elles-mêmes, interrogent sur la pleine compréhension des enjeux.

A. Une présentation erronée du bilan du contrôle des concentrations

En matière de contrôle des concentrations, l'intervenant désigné pour représenter l'APC a ouvert son propos en indiquant que : « *on a des entreprises fortes qui se sont développées au fil du temps et qui, avant même la création du droit de la concurrence sur le territoire, avaient déjà des positions assez fortes* »⁷. Une affirmation qu'il

⁵ La rapporteure générale de l'APC a dans un premier temps été écartée de ses fonctions, depuis mars 2022, sur demande de la présidente de l'APC (courrier de la présidente adressé au président de la Polynésie française n° 2022/003/APC du 4 mars 2022 « *sollicit[ant] la suspension immédiate de ses fonctions à titre conservatoire de Madame Véronique Sélinsky* » et « *propos[ant] également d'entamer une procédure disciplinaire pour faute grave à l'égard de Madame Véronique Sélinsky, laquelle pourrait à mon sens [la présidente] conduire à licencier l'intéressée* »). La rapporteure générale a ensuite été licenciée en octobre 2022 pour faits supposés de harcèlement et conteste son licenciement devant la juridiction administrative, son éviction étant selon elle due à son opposition à l'immixtion de la présidente dans le fonctionnement du service d'instruction et la violation de la séparation des fonctions (cf. Radio 1 du 14 avril 2022).

⁶ Le rapporteur général par intérim et le rapporteur général adjoint sont cependant cosignataires de l'article publié à l'issue du colloque de l'ACNC : Callot A., Pujuguet M. et Venture C., 2022, « Les contributions de l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Concurrences*, n° 4-2022. On notera néanmoins que les erreurs et excès relevées dans le présent article n'ont pas été repris dans l'article publié ultérieurement dans la revue *Concurrences*, l'une des revues d'importance dans la discipline.

⁷ L'ensemble des citations utilisées dans cet article reproduisent les propos tels qu'ils ont été tenus lors du colloque de l'ACNC. Les vidéos sont disponibles sur le site Internet de l'ACNC : <https://autorite-concurrence.nc/actualites/12-09-2022/mise-en-ligne-des-vidéos-du-colloque-de-lacnc-du-27-juillet-2022-sur>.

convient néanmoins de modérer, car cela dépend des secteurs et des entreprises, même si, bien entendu, les économies insulaires sont par nature vouées à connaître des structures de marché oligopolistiques. Un propos qui, par ailleurs, n'est pas sans rappeler ceux que tenait le premier président de l'Autorité, M. Jacques Mérot, laissant entendre que certaines positions de marché polynésiennes avaient pu être acquises par d'autres voies que celle de la concurrence par les mérites⁸. Ces propos liminaires tenus, le représentant de l'APC poursuit : « *je ne veux pas dire de bêtise mais je crois que la plupart [des projets] ont été autorisés. Il y en a un seul qui en fait n'a pas abouti* ». Pour être tout à fait exact, *toutes* les opérations de concentration qui ont été notifiées à l'APC depuis sa création ont fait l'objet d'autorisations. Certaines, cependant, ont été autorisées sous condition de « remèdes » et parmi elles, dans celle évoquée ici, les parties notifiantes ont finalement refusé de se plier aux injonctions prononcées par l'Autorité en renonçant au rachat envisagé.

Ces propos introductifs sont suivis d'un résumé du dossier, qui est reproduit *in extenso* ci-après :

« L'Autorité avait demandé des engagements forts parce qu'il y avait un risque de forclusion, d'éviction, je ne rentrerai pas dans les détails. Il y avait des engagements qui avaient été demandés, l'entreprise avait commencé par dire qu'il n'y avait pas de problème pour eux et qu'ils ne voyaient pas pourquoi ils devraient prendre des engagements et quand l'Autorité leur a vraiment fait comprendre qu'il allait falloir prendre des engagements, au lieu de les prendre, ils ont préféré renoncer au projet. Comme quoi, il y avait peut-être matière effectivement à demander de prendre des engagements ».

Or, cette présentation est incorrecte et se trouve contredite par les visas de la décision concernée⁹, qui renseignent heureusement sur les faits et leur enchaînement.

Il en ressort que la notification de l'opération a été effectuée par les parties le 13 juin 2016, mais le dossier n'a été déclaré complet que le 15 septembre 2016, soit trois mois plus tard. Un laps de temps particulièrement long, mais qui correspond à ce que l'on observait assez souvent à l'époque pour l'APC¹⁰. Or, dès le 14 septembre 2016 (avant la

⁸ Notamment à l'occasion du colloque sur le droit de la concurrence organisé à l'Université de la Polynésie française en novembre 2017, où M^{me} Anne Perrot, ancienne vice-présidente du Conseil puis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine de 2004 à 2012, lui avait alors répondu, créant un certain trouble, en particulier auprès des représentants d'entreprises présents : « *vous mentionniez le fait que certaines positions dominantes n'avaient pas forcément été acquises par les mérites, cela sous-entend qu'elles l'ont été par des pratiques anticoncurrentielles...* » (« Première table ronde, journée du 21 novembre », in Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F. (eds), 2018, *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, 260 p., pp. 73-93, p. 79).

⁹ Décision n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017. Il s'agissait du rachat d'une flotte de quatre navires (les « Taporo ») qui permettaient l'approvisionnement en fret des archipels par une société (SNP, Société de Navigation Polynésienne) qui possédait déjà deux autres bateaux.

¹⁰ Au début de sa pratique décisionnelle, l'APC mentionnait régulièrement la date de la notification avant la déclaration de complétude (voire l'existence de lettres d'incomplétude), ce qui n'a plus été le cas

déclaration de complétude), les parties notifiantes avaient justement proposé des engagements. Le fait même que le dossier ait été déclaré complet le lendemain de ce dépôt laisse un peu perplexe, particulièrement lorsque le représentant de l'APC indique que l'Autorité « avait demandé des engagements forts » (nous soulignons)¹¹. Le 20 octobre 2016, l'APC décidait d'ouvrir un examen approfondi du dossier : c'est ce que l'on appelle la décision de phase 2 (décision n° 2016-CCEA-01). Le 20 février, de nouveaux engagements étaient proposés par les parties notifiantes. Enfin, la séance du collège a eu lieu le 28 février 2017, au cours de laquelle les parties ont été entendues, la décision ayant finalement été adoptée le 9 mars 2017.

Ainsi, contrairement à ce qui est avancé par le représentant de l'APC, les parties ont bien pris des engagements, et même à deux reprises. Elles n'ont donc pas « *préféré renoncer au projet* » « *au lieu de les prendre* ». Elles n'ont également certainement pas « *commencé par dire qu'il n'y avait pas de problème pour eux et qu'ils ne voyaient pas pourquoi ils devraient prendre des engagements* », puisque les premiers engagements ont même été déposés avant la déclaration de complétude du dossier, comme cela vient d'être montré.

Cependant, ces engagements ont été rejetés par l'Autorité. Au §238 de la décision, on trouve par exemple, s'agissant des engagements proposés au titre de la contribution au progrès économique (un certain nombre d'autres engagements comportementaux existaient en plus de ceux-ci), que :

« la partie notifiante met en avant les effets bénéfiques suivants attendus de l'opération : [...] Amélioration de l'offre de transport de passagers entre Tahiti et les Îles-Sous-le-Vent [...]. Le fait de bénéficier de 3 navires sur zone permettrait d'en remplacer un par un ferry traditionnel pouvant transporter quelques centaines de passagers et du fret roulant [...]. Amélioration de l'offre de transport passagers et fret entre Raiatea et Maupiti par la mise en place d'un nouveau navire au plus tard le 31 décembre 2018 ».

L'Autorité les a rejetés au motif que (§244) :

« les gains allégués ne sont pas quantifiés, ni vérifiables [...] ces gains n'ont pas de lien direct avec la concentration projetée, la partie notifiante ne démontrant pas en quoi le remplacement d'un navire par un ferry traditionnel pouvant transporter des passagers [...] n'aurait pas pu se

ensuite. Il est donc maintenant dans la plupart des cas impossible d'évaluer la durée de la phase de pré-notification, formelle ou informelle. D'une certaine façon, cela est regrettable car on sait qu'il y a parfois des tentations dilatoires de la part des autorités de concurrence, afin d'utiliser cette période où le dossier n'est pas encore déclaré complet pour allonger artificiellement le délai d'analyse pourtant fixé de manière stricte par le texte de loi.

¹¹ On rappellera que, par définition, les engagements émanent de l'entreprise, tandis que les injonctions proviennent de l'Autorité, même si l'on sait par ailleurs que cette dichotomie est parfois soluble dans la négociation. Mais en tout état de cause, la concomitance de la proposition d'engagements et de la déclaration de complétude pourrait sembler indiquer que de fortes pressions auraient pu être exercées lors de la pré-notification, ce que semble corroborer les déclarations du représentant de l'APC.

faire sans le rachat des Taporo. Il en est de même de l'amélioration de l'offre de transport passagers et fret entre Raiatea et Maupiti ».

Pourtant, bien que ces engagements soient étudiés et rejetés en séance du collège le 28 février 2017, il est surprenant de constater qu'ils avaient en réalité déjà été rejetés hors de toute procédure par un simple communiqué de presse du président de l'Autorité. Le 13 février 2017, ce communiqué indiquait ainsi que « *la réalisation de ces projets [les deux qui viennent d'être présentés] ne peut en aucune manière être liée à la décision qui sera prise sur le seul dossier soumis à l'Autorité, ou a fortiori en dépendre* » (cf. Tahiti Infos du 13 février 2017).

Le rejet des engagements comportementaux proposés par les parties notifiantes avait conduit l'Autorité à prononcer une injonction de cession d'actifs en subordonnant l'autorisation de concentration à la vente de deux navires de l'entité fusionnée. Le représentant de l'APC justifie la nécessité de mesures fortes « *parce qu'il y avait un risque de forclusion, d'éviction, je ne rentrerai pas dans les détails* ».

En réalité, les injonctions de nature structurelle prononcées par l'APC le sont avant tout pour répondre à des effets horizontaux car l'Autorité considère que : « *la concentration projetée est de nature à porter atteinte à la concurrence, par le biais d'effets horizontaux, aux Îles Sous-le-Vent, Gambier et Tuamotu Est* » (cf. communiqué de l'APC du 10 mars 2017). L'effet de *forclusion* relève pour sa part d'éventuels effets verticaux de l'opération – et non horizontaux – et porterait sur le transport des boissons concurrentes de celles du groupe. Il s'agit par ailleurs d'un risque de forclusion seulement partielle, la forclusion totale étant très peu vraisemblable de l'avis même de l'APC (§310). Quant à l'*éviction* de concurrents, si elle est évoquée dans la décision au titre des précédents effets verticaux concernant les producteurs de boissons, elle est surtout traitée par l'Autorité s'agissant des armateurs concurrents, dans le cadre d'éventuels effets congloméraux (propositions d'offres de services groupées/multizones), mais là encore, pas horizontaux. Comme le rappelle M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié au sujet de cette affaire, s'agissant d'un secteur réglementé, notamment au plan tarifaire, par la puissance publique : « *les cessions d'actifs sont essentiellement utilisées pour résoudre des problèmes horizontaux, alors que les problèmes soulevés sont surtout verticaux et congloméraux* »¹². Ainsi, contrairement à la présentation qui en est faite par le représentant de l'APC, l'éventualité d'un « *risque de forclusion, d'éviction* » ne constitue pas une justification au prononcé de mesures structurelles. Au vu des inexactitudes de son exposé, on comprend cependant mieux pourquoi le représentant de l'Autorité n'a sans doute pas souhaité entrer « *dans les détails* ».

Le commentateur clôt son intervention sur ce dossier, en concluant : « *ils ont préféré renoncer au projet. Comme quoi, il y avait peut-être matière effectivement à demander*

¹² Donnedieu de Vabres-Tranié L., 2018, « Le contrôle des concentrations en Polynésie française », in Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F., *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, 260 p., pp. 41-55 (p. 55).

de prendre des engagements ». Outre le fait, comme cela vient d'être vu, qu'il y a bien eu des engagements proposés par deux fois, puis rejetés et auxquels une injonction de nature structurelle a été substituée, la question de l'abandon de l'opération mérite sans doute plus qu'un simple sous-entendu. Les injonctions de l'APC contraignaient l'entité fusionnée à revendre deux des quatre navires acquis par l'opération. En outre, l'Autorité avait exclu que le Tapor VI – l'un des quatre navires, moins performant que les autres – puisse être l'objet d'une cession. Ainsi, en valeur, c'était plus de la moitié des actifs acquis par l'acheteur qui devait être rétrocédée, ce qui rendait aiguë la question de l'intérêt économique du projet, sans parler de la difficulté à trouver un repreneur pour les deux navires obligatoirement cédés. Cela conduit d'ailleurs M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié à s'interroger :

« l'abandon de la réalisation de l'opération ne serait-il pas dû à l'absence de repreneur crédible des deux bateaux dont la cession a été ordonnée ? En matière d'engagements structurels, ainsi, "la capacité d'une activité à attirer un repreneur approprié constitue l'un des principaux éléments dont l'Autorité doit tenir compte pour apprécier le caractère adéquat des engagements proposés" (Lignes directrices, §255), point sur lequel la décision est muette »¹³. D'où, note-t-elle, une « impression laissée par la décision de défendre les intérêts de certains concurrents »¹⁴.

Sur la question des dérogations en matière de contrôle des concentrations¹⁵, la pratique décisionnelle de l'Autorité semble également mal maîtrisée. Interrogé sur ce point, le représentant de l'APC répond en effet :

« en termes de dérogations, moi j'ai pas souvenir qu'on ait travaillé là-dessus. On a eu des demandes, par contre, c'est différent mais ça me fait penser à ça, c'est en matière de lettres de confort. C'est un peu différent, c'est plutôt lié au fait : est-ce qu'une opération doit être notifiée ou pas à l'Autorité ? ».

Pourtant, le Rapport d'activité 2016 de l'APC (pp. 26-27) indique que, dès sa première année d'activité, l'Autorité a octroyé une dérogation au titre de l'article LP. 310-4, al. 2 du code de la concurrence.

La vertu pédagogique de la communication d'une autorité de concurrence, particulièrement importante dans les territoires où ces institutions sont récentes, est ainsi mise à mal lorsque de telles erreurs et approximations brouillent le message.

¹³ Donnedieu de Vabres-Tranié L., 2018, *op. cit.*, pp. 51-52. Les lignes directrices du contrôle des concentrations de l'APC ont depuis été revues en janvier 2019, mais le passage y figure toujours au §271.

¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵ L'article LP. 310-4 du code de la concurrence polynésien prévoit en son alinéa 2 que : « en cas de nécessité dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander à l'Autorité polynésienne de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision ».

B. Une vision approximative du contrôle des aménagements commerciaux

Le représentant de l'APC évoque également une seconde décision de concentration rendue par l'Autorité¹⁶ : le rachat du groupe TNT (Tahiti Nui Travel) par le groupe Wane¹⁷. Pour exposer cette opération, le représentant de l'APC indique :

« on a un grand groupe de distribution qui se diversifie de plus en plus et qui a mis un pied dans le secteur de l'hôtellerie et du tourisme. Donc ils ont déjà racheté des hôtels et là, dernièrement, ils ont racheté ce qu'on appelle une agence réceptive »¹⁸.

Pour mémoire, rappelons que le groupe Wane n'a pas « mis un pied dans le secteur de l'hôtellerie et du tourisme », mais qu'il y est présent depuis bien longtemps, notamment avec l'ouverture de l'hôtel Hilton de Moorea en 2000, l'hôtel Hilton de Bora Bora en 2002 (maintenant exploité sous l'enseigne Conrad), ou encore l'ouverture de l'hôtel St Régis à Bora Bora en 2006. Le groupe a ensuite racheté certains hôtels, mais il en a aussi vendu plusieurs, et a récemment ouvert le Hilton de Tahiti en 2021 (établissement qui, avant sa fermeture, était déjà exploité par le groupe Wane dans les années 2000). Il n'a donc pas que « racheté des hôtels ».

Concernant la décision TNT de l'APC, le représentant de l'Autorité indique que l'opération :

« a été acceptée, mais avec des engagements parce que voilà, on est sur un groupe qui est déjà très fort sur la distribution, qui a déjà racheté plusieurs hôtels. Là, qui commence à racheter des intermédiaires du secteur de l'hôtellerie-tourisme. Donc voilà, c'est une opération qui a donné lieu à engagements » (nous soulignons)¹⁹.

Par ailleurs, il évoque « une décision un peu mixte, en fait ». La session du colloque étant intitulée « le contrôle préventif des concentrations et du secteur du commerce de détail », on croit comprendre que cette *mixité* renverrait conjointement à ces deux types d'autorisations administratives, ce qui est pour le moins surprenant. En effet, soit une opération relève du contrôle des concentrations, et donc du titre I^{er} du livre III du code de la concurrence polynésien, soit elle relève du contrôle des aménagements commerciaux, et donc du titre II de ce même livre. Mais en tout état de cause, le code de

¹⁶ Nous la présentons cependant dans cette section relative aux aménagements commerciaux en raison de l'usage qui en est fait par le représentant de l'APC, qui la considère à l'interface du contrôle des concentrations et de celui des aménagements commerciaux, et sur lequel nous allons revenir ci-après.

¹⁷ Décision n° 2022-CC-02 du 8 juin 2022, rachat du groupe TNT par le groupe Wane.

¹⁸ A titre d'information, la définition d'une agence réceptive fournie par le représentant de l'APC est la suivante : « c'est pas une agence de voyage... grosso modo, c'est quand les touristes arrivent sur le territoire, c'est l'agence qui les prend en charge et qui les emmène dans les hôtels, chez les prestataires ».

¹⁹ Pour rappel, dans cet article, les propos sont rapportés tels qu'ils ont été tenus lors du colloque de Nouméa.

la concurrence est parfaitement clair sur la distinction et l'affectation de chaque opération possiblement notifiée à l'APC, qui ne saurait à la fois relever des deux procédures de contrôle. Au plan de l'analyse économique, d'ailleurs, les deux types d'opération sont bien distincts et ne revêtent pas du tout les mêmes enjeux. Le contrôle des concentrations traite de la croissance externe des entreprises, tandis que celui des aménagements commerciaux s'intéresse à la croissance interne. Or, si le premier type de croissance entraîne la disparition de tout ou partie d'un concurrent, il n'en va pas de même pour le second. C'est bien pour cela que la compétence d'attribution en matière d'urbanisme commercial, qui n'a pas de réel rapport avec les questions de concurrence, ne relève en général pas des droits et des autorités de concurrence, à l'exception notable de la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française.

Ce qui apparaît en revanche clairement dans la communication du représentant de l'APC, c'est que le fait que le « *groupe [soit] déjà très fort sur la distribution* » a joué un rôle semble-t-il important dans la proposition d'engagements, alors même que l'opération de concentration en cause concernait le secteur de l'hôtellerie-tourisme. Il n'explique cependant pas comment la position de marché du groupe en matière de distribution à dominante alimentaire pourrait avoir un quelconque impact sur le secteur hôtelier dont relève l'opération. D'ailleurs, la décision TNT se garde bien de faire une quelconque référence au marché de la distribution, autrement bien entendu que dans la description factuelle des activités du groupe Wane. A la lumière des récentes réflexions de la cour de justice européenne sur le devoir d'impartialité des autorités de concurrence, à l'occasion de son arrêt HSBC, cette présentation suscite la surprise²⁰.

Au-delà de cette vision pour le moins floue entre les différents types de notifications préalables obligatoires, le représentant de l'APC aborde plus spécifiquement la question du contrôle des aménagements commerciaux en indiquant que « *pour la première fois l'Autorité polynésienne de la concurrence a refusé la création d'un commerce de détail* ». Il s'agit de l'interdiction de la construction d'un magasin Carrefour sur l'île de Moorea²¹. L'intervenant présente d'abord le projet :

« le groupe le plus fort sur le territoire voulait créer un supermarché avec galerie commerçante, enfin c'est un truc de 1500 m², alors qu'on avait déjà autorisé quelques mois avant deux projets, mais de commerces indépendants, qui avaient clairement indiqué quand ils ont été entendus en séance que si on autorisait la création du nouveau, bon c'est une enseigne Carrefour, que si on autorisait ce projet-là, eux renonceraient aux leurs parce qu'ils disent : on va pas investir sur vingt ans alors que en moins de deux ans on va faire faillite ».

²⁰ Arrêt C-883/19 P (HSBC c. Commission) du 12 janvier 2023. Voir le commentaire de Jean-Paul Tran Thiet dans *L'Actu-concurrence* du 20 février 2023, qui fait état d'« *un véritable revirement de jurisprudence [...] dorénavant, en cas d'infraction au droit fondamental de la présomption d'innocence ou à celui du devoir d'impartialité, l'annulation de la décision s'impose, sans que les entreprises concernées aient à démontrer que la décision aurait pu être différente* ».

²¹ Décision n° 2022-SC-09 du 23 juin 2022, Carrefour Moorea.

S'agissant de la surface de vente du magasin Carrefour projeté, comme indiqué dans la décision de l'APC, elle s'élevait en réalité à 1830 m², s'inscrivant dans un projet de surface globale du magasin de 8470 m². Quant aux autorisations précédentes, elles étaient en réalité au nombre de trois : un magasin « Super Moz » de 790 m²²², un magasin « Painapo Market » de 777 m²²³ et un magasin « Happy Market » de 790 m²²⁴.

Après cette présentation approximative de l'opération, la décision de l'Autorité est résumée comme suit :

« le collège avait demandé au notifiant de prendre des engagements assez forts. Le notifiant est venu avec des engagements, le collège a estimé que les engagements n'étaient pas suffisants, surtout l'engagement principal qui consistait à réduire la part de surface de vente consacrée à l'alimentaire. Ils avaient fait une réduction, mais assez faible et donc le collège n'a pas été convaincu et du coup, pour la première fois, l'Autorité a refusé la création d'un commerce de détail. Je ne vous cacherai pas qu'on s'attend à un recours [rires] ou alors ils vont renotifier sous un format différent, mais voilà, je serais relativement surpris ».

Dans cette opération, l'APC avait soulevé deux préoccupations de concurrence²⁵ et enjoint à la partie notifiante d'y répondre²⁶. Selon la première, la partie notifiante devait réduire la partie alimentaire des linéaires du magasin projeté, l'APC considérant que les autres surfaces commerciales précédemment autorisées seraient mises en danger par l'existence de linéaires alimentaires plus élevés pour le projet de Carrefour. Selon la seconde préoccupation de concurrence, l'Autorité s'inquiétait de l'intégration verticale de la partie notifiante (alors même qu'elle autorisait parallèlement le groupe Wane, toujours lors de la séance du 6 avril 2022, à construire un magasin Champion à Raiatea²⁷).

En réponse à cette première décision, la partie notifiante a déposé un dossier complémentaire le 25 mai 2022, contenant une proposition d'engagements, puis la séance du collège s'est déroulée le 23 juin 2022 (§126 de la décision finale de l'APC²⁸). L'engagement de réduction de la surface alimentaire à une part de [40-50]% du magasin

²² Décision n° 2021-SC-04 du 03 novembre 2021, Super Moz Moorea. Ce projet a depuis fait l'objet d'une nouvelle notification auprès de l'APC en raison du fait qu'il devrait finalement être exploité sous l'enseigne Auchan Super (décision n° 2022-SC-10 du 20 décembre 2022, Auchan Super Moorea).

²³ Décision n° 2022-SC-01 du 15 février 2022, Painapo Market Moorea.

²⁴ Décision n° 2022-SC-02 du 21 février 2022, Happy Market Moorea.

²⁵ Décision n° 2022-SC-04 du 6 avril 2022, non publiée, mais dont le sens de la décision a été communiqué le 13 avril 2022 sur le site Internet de l'APC. Les éléments en sont ensuite explicités dans la décision définitive du 23 juin 2022.

²⁶ Au titre de l'article LP. 320-3, I, 3° du code de la concurrence polynésien, l'Autorité peut « enjoindre au demandeur de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante. Le demandeur dispose d'un délai de trente jours ouvrés pour satisfaire aux injonctions et présenter un dossier complémentaire à l'Autorité. Dans le cas où la ou les mesures proposées sont insuffisantes ou dans le cas où le demandeur ne présente pas de dossier complémentaire, l'Autorité interdit l'opération envisagée ».

²⁷ Décision n° 2022-SC-05 du 6 avril 2022, Champion Raiatea.

²⁸ Décision n° 2022-SC-09 du 23 juin 2022, *op. cit.* On notera que cette décision n'a été publiée que le 12 septembre 2022, soit plus de 80 jours après la séance.

(§127) a été rejeté au motif que la surface restante demeurait trop élevée, puisqu'elle « *resterait largement supérieure à celle de ses concurrents* » (§135).

Cette décision mériterait de faire l'objet d'un commentaire précis et détaillé, qui échappe au thème du présent article, mais on relèvera en quelques mots deux aspects principaux. Le premier est que l'idée de vouloir diminuer la surface de vente des produits alimentaires en-deçà ou au niveau de celle des concurrents est pour le moins surprenante, d'autant plus lorsque l'on sait que ce qui justifie la proximité des surfaces des autres projets (777 m², 790 m² et 790 m²) est sans doute la volonté de demeurer sous le seuil de 800 m² qui déclenche l'obligation de s'acquitter de la taxe sur les grandes surfaces²⁹. Il est donc assez étonnant que ce choix de contournement fiscal puisse ensuite peser négativement aux yeux de l'Autorité sur le projet d'un 4^{ème} concurrent, qui fait à l'inverse le choix d'assumer le paiement de la taxe pour proposer un format de magasin plus grand. La seconde remarque est que l'activité non alimentaire de la grande distribution, selon les enquêtes réalisées en France, ne cesse de décroître depuis des années. L'INSEE relevait déjà une baisse de 7 points entre 2005 et 2014 pour les hypermarchés (de 34 % à 27 % de non alimentaire, sur le chiffre d'affaires hors carburant). En 2014, pour les supermarchés, la part du non alimentaire n'était que de 12 %³⁰. La FCD indique pour sa part que, de 2010 à 2018, la part du non alimentaire dans les hypermarchés a chuté de 8 points (en passant de 28 % à 20,2 %), soit près de 30 % de réduction du chiffre d'affaires du non alimentaire sur la période³¹. En l'occurrence, dans le dossier concerné, il était proposé par la partie notifiante une part du non alimentaire (en surface) de [50-60]m², pour un supermarché, ce qui semble particulièrement élevé, en tout cas par rapport aux chiffres métropolitains dont nous disposons.

Tout en refermant la parenthèse sur le fond de ce dossier, on retiendra une certaine désinvolture du représentant de l'APC à l'égard d'une décision pourtant extrêmement sévère et aux conséquences très importantes pour la partie notifiante (« *je ne vous cacherai pas qu'on s'attend à un recours [rires] ou alors ils vont renotifier sous un format différent, mais voilà, je serais relativement surpris* »). A notre connaissance, la décision n'a pas fait l'objet d'un recours, malgré une approche discutable de l'APC. Comme le notait la présidente de l'ACNC lors du colloque, M^{me} Aurélie Zoude-Le-Berre :

« quand une entreprise se lance dans une ouverture de commerce de détail alors qu'il y en a déjà cinq ou six dans la zone [...], elle prend son risque [...]. Après, c'est le jeu du marché : il y a ceux qui vont survivre et il y a ceux qui vont disparaître. Donc, de mon point de vue, je crois qu'il ne faut pas confondre le rôle de l'Autorité de la concurrence [et le]

²⁹ Article LP. 337-1 du code des impôts polynésien.

³⁰ A. Massicot et L. Cases, 2015, « La grande distribution se recentre sur les produits alimentaires », *INSEE Focus*, n° 29, juin.

³¹ Fédération du Commerce et de la Distribution (FCD), non daté, *Evolutions du commerce et de la distribution : faits et chiffres 2019*.

fonctionnement plus ou moins efficace des marchés. C'est chaque opérateur économique qui doit savoir s'il prend son risque ou pas de rentrer sur le marché. ».

Enfin, on s'étonnera d'une ultime remarque du représentant de l'APC concernant la mission confiée à l'Autorité par le législateur polynésien :

« en matière d'aménagements commerciaux, on établit évidemment notre contrôle sur les critères de concurrence, mais on a une particularité dans le code, c'est que quand on passe en examen approfondi, on doit également examiner les exigences d'aménagement du territoire [...] » (nous soulignons).

En réalité, si l'Autorité se doit d'examiner « les critères de concurrence », l'examen des questions relatives à l'aménagement du territoire n'est qu'une faculté qui lui est offerte. L'article LP. 320-3-1, I, 1^{er} alinéa, dispose ainsi que :

« lorsqu'une opération d'aménagement commercial fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité polynésienne de la concurrence examine si elle est de nature à porter une atteinte excessive à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (nous soulignons).

En revanche, le second alinéa du même article mentionne que « l'Autorité peut également veiller à ce que les projets [...] répondent aux exigences d'aménagement du territoire » (nous soulignons).

Mais au-delà de cette nouvelle approximation, c'est une nouvelle fois la désinvolture du représentant de l'APC à l'égard de la mission confiée par le législateur qui choque, puisqu'il poursuit son intervention par :

« [...] ce qui est très bien, sauf qu'on a aucune compétence en matière d'aménagement du territoire, donc c'est un peu compliqué pour nous. Nous, notre métier c'est la concurrence, c'est pas forcément l'aménagement du territoire, mais on nous demande de le prendre en compte. Alors, c'est seulement quand on passe en examen approfondi. Bon, je ne vous cacherai pas que pour le moment, on se tourne vers les services d'urbanisme et on leur demande leur avis sur le projet ou quand on a un projet de création de commerce de détail sur une commune, on prend contact avec la mairie et on leur demande ce qu'ils pensent de l'implantation de ce commerce, voilà » (nous soulignons).

Pour résumer l'intervention de l'APC en matière d'aménagements commerciaux, son représentant indique également que :

« on a des groupes qui sont forts sur les marchés de la distribution. [...] le travail d'une autorité de concurrence, c'est quand même de faire en sorte que des acteurs plus modestes continuent à pouvoir avoir accès aux marchés de la distribution, notamment la distribution à dominante alimentaire, mais pas que. [...] on a des enseignes comme U ou Happy Market, qui est un partenaire Intermarché, qui commencent à venir s'implanter [...]. On a également une petite chaîne locale qui s'appelle LS Proxi qui arrive à ouvrir des petits magasins. [...] Ça répond aussi à des besoins et on s'aperçoit quand même que l'action de l'Autorité de la concurrence permet de maintenir cette diversité de différents formats de commerces sur le territoire » (nous soulignons).

Son intervention n'explique pourtant pas en quoi l'action de l'Autorité en matière d'aménagement commercial aurait à un quelconque moment pu favoriser le développement des enseignes U, Happy Market ou LS Proxi. Le travail de l'Autorité, en l'espèce, s'est en effet cantonné à autoriser – sans surprise aucune – les opérations qui avaient été notifiées pour ces enseignes³² et rien ne démontre que les projets n'auraient pas existés en l'absence des règles de concurrence, puisque le développement des enseignes citées préexistait à leur adoption. Par ailleurs, aucune opération notifiée n'a fait l'objet de remèdes, le seul refus est celui que nous venons de discuter concernant l'implantation de Carrefour à Moorea et toutes les opérations de création ou d'extension qui ont été notifiées ont été autorisées antérieurement à la publication de cette unique décision de refus. Si des formats de commerce différents coexistent en Polynésie française, ce n'est donc en rien dû à l'activité de l'APC, mais au simple fait que cela correspond aux attentes des consommateurs. Le principal groupe de distribution à dominante alimentaire comprend d'ailleurs lui-même des magasins de taille modeste avec les enseignes Easy Market ou Easy Go Pamatai.

Ainsi, loin d'aider à insuffler l'esprit de concurrence au sein des entreprises soumises à ces règles relativement nouvelles propres aux aménagements commerciaux, une communication hasardeuse risque de provoquer des incompréhensions quant au fonctionnement des marchés et de favoriser des comportements de contournement des règles ou le détournement de l'action de l'Autorité vers la protection des concurrents au lieu de celle de la concurrence.

³² Notons qu'aucune opération n'a concerné une enseigne U, à l'exception de celles qui ont tout récemment acté le simple changement d'enseigne en faveur de « Auchan Super » (décisions n° 2022-SC-11 et n° 2022-SC-12 du 20 décembre 2022, *op. cit.*). Voir : Venayre F., 2023, « Auchan, nouveau distributeur en Polynésie », *Revue Lamy de la Concurrence*, Les essentiels du mois Distribution, n° 124, p. 10.

II. Une conception élastique de l'éthique professionnelle

Pour une autorité de concurrence, communiquer efficacement sur les règles de concurrence en vigueur et leur application, c'est-à-dire rendre compte de manière pédagogique de ses missions et de son activité (ce que l'on appelle également l'*advocacy*), implique aussi de rester dans son rôle, tant dans un souci de clarté que pour assurer le respect des autres protagonistes. S'il s'agit bien entendu des justiciables (entreprises, possiblement publiques) et des décideurs politiques (pouvoirs exécutif et législatif), il convient également de respecter le fonctionnement interne de l'Autorité, et notamment les missions de chacun, dont l'indispensable séparation entre instruction et décision. Or, au fil du colloque et des interventions de l'agent désigné pour représenter l'APC, on peut regretter des propos manquant de nuance à bien des égards.

A. Devoir de réserve : respect des justiciables et des décisions

Lors des échanges sur la pratique décisionnelle en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'agent de l'APC a choisi de présenter la décision n° 2018-PAC-01 du 6 juin 2018 relative à des engagements pris par l'opérateur historique de télécommunications Vini (société du groupe OPT³³) dans le cadre de préoccupations de concurrence soulevées par son concurrent Pacific Mobile Telecom (PMT), qui exploite en Polynésie française la marque Vodafone.

On relèvera en premier lieu qu'il n'avait pas vraiment le choix dans la mesure où, à la date du colloque de l'ACNC, l'Autorité polynésienne de la concurrence ne pouvait pas se prévaloir depuis sa création d'une activité extrêmement positive en matière de pratiques anticoncurrentielles. En effet, au-delà de la décision précitée, on compte la décision dite « des frigos » (n° 2019-PAC-01 du 22 août 2019), qui a été annulée³⁴, et la décision du gardiennage (n° 2019-PAC-02 du 26 novembre 2019), dans lequel le collège nouvellement nommé de l'APC a prononcé un non-lieu en désavouant l'immixtion du président de l'APC et du précédent collège dans la procédure

³³ Office des Postes et Télécommunications de la Polynésie française.

³⁴ Ordonnance de la cour d'appel de Paris n° RG 19/02396 du 1^{er} mars 2019 ; arrêt de la cour de cassation n° 527 F-D du 4 juin 2020 ; ordonnance de la cour d'appel de Paris n° RG 20/08122 du 29 juillet 2020 et arrêt de la cour d'appel de Paris n° RG 19/15537 du 21 janvier 2021 (rectifié le 11 février 2021). Voir : Donnedieu de Vabres-Tranié L. et Vever F., 2019, « Première décision contentieuse de l'Autorité polynésienne de la concurrence : une analyse réfrigérante », *Dalloz Actualité*, 3 octobre ; Venayre F., 2019, « Première décision de sanction de l'Autorité polynésienne de la concurrence : du Titan au Titanic ? », *Dalloz Actualité*, 6 novembre ; 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, pp. 22-27 ; Venayre F., 2020, « Les compétences de l'Autorité de la concurrence (nationale) ne l'autorise pas à trancher dans l'affaire polynésienne des frigos », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 24 novembre.

d'instruction³⁵. Rappelons que ces deux décisions sont à l'origine de la démission d'office du premier président de l'APC en août 2020³⁶. En dehors de ces deux décisions peu coruscantes dans le bilan de l'APC, une seule autre décision a depuis été rendue dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires de la part de PMT à l'encontre de Vini (n° 2021-PAC-01 du 8 décembre 2021). On notera d'ailleurs que le représentant de l'APC n'en fait pas mention dans son évocation de la décision d'engagements de 2018, bien que les entreprises impliquées soient les mêmes dans les deux dossiers.

A l'occasion de la présentation de la décision d'engagements de 2018, le communicant choisi pour représenter l'Autorité est sorti, semble-t-il à plusieurs égards, du cadre qui aurait dû rester le sien. Après avoir, dans le cadre de son intervention sur les surfaces commerciales, parlé des enseignes de distribution qui viennent « *s'implanter sur le territoire à côté des mastodontes Carrefour* », il ouvre son propos en annonçant que « *nous allons parler d'une petite start-up qui s'appelle l'OPT [rires] [...] c'est l'opérateur historique qui gère notamment une de ses filiales qui s'appelle Vini* »³⁷, tout en indiquant que « *le 2^{ème} opérateur, il s'appelle Pacific Mobile Téléphone [sic] et en fait il a une franchise Vodafone* »³⁸. Rappelons à toutes fins utiles que l'impartialité des décisions passe aussi par le respect des justiciables.

Afin de contextualiser la décision présentée, l'orateur se réfère à un avis antérieur de l'APC qui traitait des licences de télécommunications (avis n° 2017-A-02 du 22 septembre 2017). Cet avis se déclarait favorable à l'octroi de licences pour les concurrents du groupe OPT et formulait également un certain nombre de recommandations pour améliorer la réglementation en vigueur, en reprenant notamment des aspects très classiques comme la séparation entre les activités en monopole et celles exposées à la concurrence. Lors du colloque, cependant, cela devient laconiquement : « *en 2017, l'APC avait rendu un avis sur le secteur où on expliquait que la régulation sectorielle en fait était défailante puisqu'évidemment, qui est le régulateur ? Le Pays. Qui est l'actionnaire principal de l'OPT ? Le Pays* ». Le gouvernement polynésien, détenteur de l'ensemble du capital de l'OPT, appréciera sans doute la saillie. De même, sans doute, que celle prononcée à l'occasion des débats sur la mission consultative des autorités de concurrence :

³⁵ Venayre F., 2019, « L'Autorité polynésienne de la concurrence prononce un non-lieu pour défaut d'impartialité dans l'affaire du gardiennage », *Dalloz Actualité*, 17 décembre.

³⁶ Arrêté n° 524 PR du 31 juillet 2020 portant démission d'office de M. Jacques Mérot en qualité de président de l'Autorité polynésienne de la concurrence et arrêté n° 1168 CM du 3 août 2020 portant fin de fonctions de M. Jacques Mérot en qualité de président de l'Autorité polynésienne de la concurrence. Voir : Venayre F., 2020, « 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 ; Venayre F., 2020, « 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 ; 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, pp. 27-31.

³⁷ L'OPT est un groupe ayant réalisé 22,312 milliards de Fcfp en 2019 (environ 187 millions d'euros), pour un résultat net consolidé de -937 millions de Fcfp (près de 8 millions d'euros de pertes) – Voir le *Rapport d'activité 2019* de l'OPT.

³⁸ Il s'agit pour mémoire de Pacific Mobile Telecom.

« je pense que ce qu'on passe en priorité, ce sont vraiment les recommandations techniques plutôt que les grandes recommandations, effectivement, sur posez-vous vraiment les grandes questions sur les orientations que vous souhaitez donner aux politiques publiques ? L'enjeu n'est pas le même, ça demande beaucoup plus de réflexion et de, je ne sais pas s'il faut du courage politique, mais en tout cas il faut une forte implication et c'est un travail de long terme » (nous soulignons).

Pour revenir aux engagements de l'OPT en 2018, et sans entrer dans les détails de la décision qui n'offrent pas un intérêt majeur pour le propos qui est le nôtre, il s'agissait pour l'Autorité de s'interroger, d'une part, sur une différenciation tarifaire entre les abonnés dans et hors réseau (*on-net* et *off-net*) et, d'autre part, sur la politique de fidélisation de Vini³⁹. Comme l'indique le §97 de la décision de l'APC :

« lors de la séance du 9 février 2018, le rapporteur a ainsi présenté oralement son analyse des pratiques en cause. A l'issue des débats tenus lors de cette séance, la société Vini a proposé de mettre en œuvre la procédure d'engagements prévue au I de l'article LP. 641-2 du code de la concurrence ».

Des engagements ont été proposés dans leur version définitive le 4 mai 2018 et le collège de l'Autorité les a acceptés et rendus obligatoires, considérant qu'ils constituaient « *une solution proportionnée aux problèmes de concurrence identifiés par l'évaluation préliminaire et présentant un caractère substantiel, crédible et vérifiable* » (§299). Aucun recours n'a été formé contre cette décision, qui est donc devenue définitive.

Or, lors du colloque de l'ACNC, l'agent du service d'instruction représentant l'APC a cru pouvoir expliquer que :

« l'instruction s'est orientée assez rapidement sur l'opportunité de prononcer ces mesures conservatoires en raison de la gravité de l'atteinte à la concurrence et de son immédiateté puisqu'il y avait des effets concrets qui étaient constatés sur le marché. On évoquait même un risque de retrait du challenger [...]. Sur le fond, [...] il y avait une forte probabilité au terme de l'instruction de retenir un abus de position dominante [...]. Bon, la position dominante, elle fait guère de doute vu la situation, et du coup, il y avait quand même de grandes chances que les pratiques mises en œuvre amènent à caractériser un abus de cette position dominante sur le marché » (nous soulignons).

³⁹ On appréciera la présentation suivante effectuée par le représentant de l'APC : « *en offrant de l'abondance quand vous restez sur le même réseau, et en discriminant de manière tarifaire des gens qui essayent d'accéder au réseau concurrent, vous comprenez bien que ça va favoriser le fait que quand il faut acheter un portable au petit neveu pour qu'il appelle sa tata, ben du coup on va lui acheter le portable sur le même réseau* ».

Rappelons que la décision discutée est une décision d'engagements qui n'a donc ni qualifié l'existence d'une pratique constituant un abus de position dominante, ni acté formellement l'existence d'une position dominante. En l'occurrence, le discours du représentant de l'APC, non seulement laisse peu de doute à l'auditeur quant à la position dominante et son abus, mais révèle également la position de l'instruction qui était celle d'une sanction de l'opérateur et, plus encore, de la nécessité de mettre en œuvre des mesures conservatoires pour des motifs qu'il développe et soutient comme étant d'importance (« gravité » et « immédiateté » de l'atteinte à la concurrence ayant des « effets concrets » sur le marché allant même jusqu'à « un risque de retrait du challenger »).

Il poursuit ensuite en indiquant son désaccord avec le choix du collègue :

« on s'orientait vers ça, sauf que on aiguille en cours de route, très peu de temps avant la séance qui était programmée pour l'examen des mesures conservatoires, on a de nouveau diversifié le mode de traitement du dossier, puisque l'opérateur Vini a indiqué qu'il souhaitait passer en procédure d'engagements⁴⁰. Vous comprenez bien que l'abus de position dominante, ça allait être dur à éviter, et donc du coup ils ont préféré dire : "bon, alors évitons une sanction, allons plutôt sur une procédure d'engagements", ce que le collègue a accepté. Ça a été dit tout à l'heure, c'est pas obligatoire, le collègue aurait très bien pu dire : "non, non, non, après tout on a les billes, on peut très bien aller au bout". La position retenue par le collègue a plutôt été de dire : "si on passe en engagements, on va avoir un traitement beaucoup plus rapide du dossier, on peut avoir un effet beaucoup plus rapide sur le marché et sur les consommateurs". Voilà, donc après c'est une question d'opportunité : vous préférez faire du contentieux et prononcer une amende à la fin, ou alors vous préférez avoir un impact beaucoup plus rapide sur le marché, c'est ce qu'a souhaité faire le collègue de l'Autorité » (nous soulignons).

Rappelons que le représentant de l'APC au colloque de Nouméa est un rapporteur du service d'instruction. De ce point de vue, le fait qu'il utilise la représentation de l'Autorité qui lui a été déléguée par la présidente de l'APC pour discuter, sinon contester, la décision du collège, qui ne serait pas allée selon lui dans la direction souhaitée par le service d'instruction, est choquant. Outre le fait que cela semble être en contravention, non seulement du principe de séparation des fonctions mais également du respect du devoir de réserve de l'agent, cela contrevient aussi au secret professionnel puisque nul individu extérieur à la procédure ne devrait connaître la position de l'instruction.

De la même manière, représenter l'APC ne signifie pas non plus être autorisé à s'immiscer dans la définition de la politique générale de l'Autorité, particulièrement si

⁴⁰ Notons que la décision de l'APC indique au contraire que la demande d'une procédure d'engagement de Vini est réalisée postérieurement à la présentation de la position de l'instruction en séance.

le représentant n'est pas un membre du collège, et à moins bien entendu d'en avoir reçu le mandat explicite. A cet égard, on est surpris d'entendre le représentant de l'APC déclarer qu'il faudrait renforcer les relations entre les deux autorités calédonienne et polynésienne : *« je pense que les liens [entre l'APC et l'ACNC] pourraient être renforcés à l'avenir, ça peut-être un chantier qui sera mené, qui à mon avis serait utile »*. La suite du propos étonne plus encore lorsqu'il s'agit de se prononcer sur des accords d'un niveau supérieur, qui engagent les gouvernements respectifs des deux collectivités, en insistant qui plus est sur le rôle des autorités de concurrence dans ce contexte :

« je pense que ça s'insérerait de manière tout à fait logique dans le projet dont on parlait hier, de projet de marché unique entre la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française [...] ce projet de marché commun, il faut travailler dessus et, à mon avis, c'est un projet dans lequel nos deux autorités de concurrence ont une part à prendre. Enfin c'est juste une évidence » (nous soulignons).

B. Indépendance et *advocacy* : genèse et information du droit applicable

Quant au contenu du droit applicable en Polynésie française, tant en matière de traitement des droits exclusifs d'importation, que concernant l'outil des injonctions structurelles dans le secteur du commerce de détail, les échanges du colloque conduisent de stupéfactions en quasi-suffocations.

S'agissant des exclusivités d'importation, une question de la salle relève :

« j'ai compris que l'interdiction des accords exclusifs d'importation existait auparavant en Polynésie et j'ai entendu que cette réglementation n'existait plus. Et je m'intéressais sur le cheminement intellectuel qui avait été certainement celui du législateur, qui l'avait conduit, finalement, à ne plus retenir l'interdiction des accords d'exclusivité d'importation [...] ».

Le communicant désigné par l'APC répond alors à son interlocuteur :

« je vais être très honnête avec vous, je serais bien en peine de répondre à cette question. C'est un choix politique. Voilà. [rires] C'est la seule réponse que je peux vous faire. Ce dispositif existait, de la même manière qu'on avait aussi un dispositif d'injonction structurelle, et en 2018, l'Assemblée de la Polynésie française a décidé de supprimer ces deux dispositifs. Concernant les accords exclusifs, la seule justification que j'ai pu entendre, c'était que c'était pas nécessaire d'avoir ça puisqu'on

*pouvait toujours le traiter, éventuellement, par le biais de l'abus de position dominante... ou des restrictions verticales*⁴¹ » (nous soulignons).

Nous reviendrons ci-dessous sur l'évocation des injonctions structurelles, mais notons tout d'abord que si la question concernant les exclusivités d'importation était tout à fait pertinente, la réponse qui se voit apportée déroute quelque peu. Il semble utile de préciser en premier lieu que la modification du code de la concurrence polynésien opérée en 2018 n'a pas supprimé la possibilité pour l'APC de sanctionner des accords d'exclusivités d'importation anticoncurrentiels, mais qu'elle en a remis l'application dans le droit commun de la concurrence (droit des ententes et des abus de position dominante). Ainsi, ce qui a été retiré du texte est le principe d'une sanction automatique (per se) d'un droit exclusif d'importation, même si ce dernier n'est pas préjudiciable au jeu concurrentiel du marché. Il revient donc dorénavant à l'Autorité, comme pour toute autre infraction au code, d'apporter la démonstration du caractère anticoncurrentiel des pratiques incriminées, ce qui semble un préalable naturel à toute sanction juste et proportionnée.

En second lieu, le fait que le représentant de l'APC ne soit pas en mesure de fournir une quelconque justification à la suppression de l'automatisme de la sanction pour les accords d'exclusivités d'importation peut surprendre car cette mesure a fait l'objet de très nombreuses discussions. L'intérêt de cette réforme a en effet été débattu dès 2017, lors d'un colloque organisé à l'Université de la Polynésie française. Si le représentant de l'APC ne travaillait à l'époque pas encore pour l'institution, il était en revanche déjà rapporteur lors de la publication des actes de ce colloque en 2018. De plus, la communication présentée sur cette question spécifique avait été réalisée par M. Christian Montet, devenu ensuite membre du collège puis président par intérim de l'Autorité polynésienne de la concurrence d'août 2020 à juillet 2021⁴². D'autres travaux ont depuis poursuivi les réflexions sur la nécessité de revoir l'automatisme de sanction du dispositif ultramarin (hors Polynésie française)⁴³. Il est donc pour le moins très surprenant que le commentateur n'ait pas été en mesure de fournir quelques éléments de justification de l'évolution du code polynésien de la concurrence. En revanche, son intervention laisse entendre une forme d'accointance (voire de corruption ?) entre le

⁴¹ Ce dernier membre de phrase est difficilement audible car il est ajouté tardivement alors que l'interlocuteur suivant a déjà débuté son intervention.

⁴² Montet C., 2018, « Accords exclusifs d'importation : en finir avec le régime d'exception », 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, 260 p., pp. 57-68. Voir également : Venayre F., 2017, « Prohibition des exclusivités d'importation à Tahiti : Fin de la (discrète) période pédagogique », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 64, pp. 14-17. Des réflexions préexistaient sur la question des exclusivités d'importation dès l'adoption de la loi Lurel en novembre 2012 : 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*, n° 35, pp. 131-140.

⁴³ Venayre F., 2018, « Droits exclusifs d'importation outre-mer. Se poser les bonnes questions avant d'interdire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 71, pp. 22-27 ; Venayre F., 2021, « Parlons champagne avant les fêtes... Des limites de l'article L. 420-2-1 du code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 110, pp. 32-36 ; Venayre F., 2023, « Droits exclusifs d'importation et vivacité de la concurrence inter-marques : Le cas de la commercialisation de champagne à la Martinique », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 123, pp. 19-22.

gouvernement polynésien et les entreprises locales, ce qui est à tout le moins une entorse à l'éthique professionnelle, voire pourrait constituer une affirmation diffamatoire.

L'évocation, par le représentant de l'APC, d'une supposée suppression du mécanisme des injonctions structurelles a également déclenché une nouvelle question de la salle :

« je voulais vous faire part de ma surprise au sujet de la Polynésie : si j'ai bien compris, l'injonction structurelle a été supprimée en 2018, ce que je trouve particulièrement étonnant parce qu'à mon sens, c'est un certain mouvement national en faveur de l'injonction structurelle [...]. Du coup, ça me paraît assez... étrange on va dire, que la Polynésie choisisse de faire marche arrière sur quelque chose que l'autorité nationale de concurrence demande à faciliter depuis un certain nombre d'années ».

L'utilisation du terme « étrange », et l'hésitation qui l'accompagne, pourrait sembler donner écho au précédent sous-entendu. Quoi qu'il en soit, à cette nouvelle question elle aussi légitime, le rapporteur représentant l'APC réaffirme :

« Oui, oui, mais encore une fois [rires], la seule réponse que je peux vous faire, ça n'a rien de juridique peut-être, c'est tout simplement un choix qui a été fait par le politique. On est aujourd'hui, alors il y a l'injonction structurelle mais les accords exclusifs [sic], on est le seul outre-mer qui ne dispose pas des interdictions d'accords exclusifs. Je n'ai aucune justification à vous donner. Désolé [rires] » (nous soulignons).

Pour éclairer les auditeurs, l'intervenant aurait dû préciser que le dispositif des injonctions structurelles existe pourtant en droit polynésien avec l'article LP. 641-3 du code de la concurrence. A l'origine (loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015), son libellé était inspiré de celui de l'article Lp. 422-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, lui-même dérivé de l'article L. 752-27 du code de commerce français, applicable aux autres outre-mer et introduit en novembre 2012 avec la loi Lurel. Cependant, le déclenchement de ce mécanisme est assujéti à des contraintes en matière de niveau des prix ou des marges pratiqués qui le rendent dans les faits extrêmement complexe à activer⁴⁴. La présidente de l'ACNC, M^{me} Aurélie Zoude-le-Berre, l'a d'ailleurs souligné lors des échanges du colloque :

« on a un dispositif d'injonction structurelle qui est censé nous permettre d'intervenir a posteriori [...]. En réalité, à ce stade, on n'a jamais réussi à l'engager, parce que la règle, telle qu'elle est posée, suppose qu'on arrive à démontrer que le niveau de prix ou de marge qui est pratiqué est manifestement supérieur à la moyenne dans le secteur. Alors on a deux problèmes. D'abord on ne connaît pas la moyenne dans le secteur, parce

⁴⁴ Pour une analyse détaillée de l'évolution de ce dispositif d'injonction structurelle, voir : Venayre F., 2015, « L'efficacité du pouvoir d'injonction structurelle en question », Document de travail du Gredeg, GREDEG WP N° 2015-50, Université de Nice-Sophia-Antipolis.

qu'on a un problème de données. Et puis en plus, ça veut rien dire, en fait, la moyenne dans le secteur, parce que on peut très bien avoir le secteur des produits laitiers et qu'en fait, le problème se pose sur le beurre [...] ».

Lors de la réforme du code de la concurrence polynésien de 2018 (loi du pays n° 2018-31 du 9 août 2018), il a été décidé de supprimer cette référence peu opérationnelle à un niveau de prix ou de marges tout en maintenant le dispositif d'injonction structurelle. Cependant, il a également été décidé que les injonctions structurelles, compte tenu de leur importance, ne pourraient pas être activées dès la première qualification d'un abus de position dominante. Le mécanisme choisi par le législateur polynésien permet donc de prononcer des injonctions structurelles en cas de réitération d'un abus de position dominante : si les sanctions ou injonctions prononcées « *n'ont pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante, ou ont conduit à constater un nouvel abus de position dominante* », alors l'APC peut « *enjoindre de procéder à la cession de surfaces pour faire cesser l'abus de position dominante si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée* » (article LP. 641-3). Il est apparu prudent et efficace de pouvoir actionner le dispositif des injonctions structurelles (sans référence au mécanisme de formation des prix) si la réitération de la pratique démontre l'insuffisance des mesures habituelles. Ce choix combine ainsi la sécurité juridique avec le développement d'incitations favorables au respect du droit de la concurrence puisque les distributeurs polynésiens savent que toute première sanction d'un abus de position dominante les expose ensuite plus sûrement à la cession d'actifs⁴⁵.

Le dispositif des injonctions structurelles existe donc bel et bien en Polynésie française, même s'il prend une forme différente de celle applicable en Nouvelle-Calédonie, qui elle-même se différencie du droit applicable dans les autres outre-mer français et déplore aujourd'hui la complexité à appliquer la mesure. Dans ce contexte, la réponse erronée du représentant de l'APC conduit non seulement à renforcer l'idée d'une proximité entre mondes politiques et des affaires, comme nous l'avions vu au sujet des droits exclusifs d'importation, mais elle est également à la source d'une importante désinformation dont on trouve des traces dans les interventions ultérieures du colloque. Ainsi, par exemple, M^{me} Virginie Elissalde, qui était, à la date du colloque, rapporteure générale par intérim de l'ACNC, débute son propos sur les pratiques commerciales restrictives en indiquant que :

« la particularité de l'ACNC, c'est que non seulement, contrairement à l'Autorité de la concurrence polynésienne, nous avons toujours les exclusivités d'importation et les injonctions structurelles, mais en plus nous avons à charge de contrôler la bonne application des pratiques restrictives de concurrence » (nous soulignons).

⁴⁵ Le dispositif polynésien est étudié dans : Venayre F., 2018, « Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française », 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. 181-195.

De même, M^{me} Aurélie Zoude-Le-Berre, en conclusion du colloque, reprend :

« les outils à la disposition de l’Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, comme de l’autorité nationale, nous semblent globalement efficaces. On a pu comprendre que l’Autorité polynésienne regrettait d’avoir perdu certains outils et que peut-être vous pourriez avoir des évolutions sur ce point » (nous soulignons).

On relèvera enfin que, depuis cette réforme du code de la concurrence de 2018 tant décriée par le représentant de l’APC⁴⁶, une autre réforme a eu lieu avec la loi du pays n° 2021-40 du 7 septembre 2021, sans qu’aucune modification n’ait été apportée sur les questions de droits exclusifs d’importation et d’injonctions structurelles. Le représentant de l’APC indique pourtant que l’Autorité – et lui-même – ont été les rédacteurs de cette nouvelle mouture :

« on a déjà revu notre code en 2021 [...] moi, je me suis juste contenté de la partie sur les pouvoirs de contrôle [...] je n’ai pas participé au reste, mais un travail qui devait au début être mené en deux, trois mois, ça a pris quasiment un an [...] ça a été un gros travail, mais qui a été mené et on a refondu à la fois notre partie législative et notre partie réglementaire. C’est pas un nouveau code, mais en tout cas tout a bougé »⁴⁷.

Notons à cet égard qu’il est là aussi surprenant d’entendre le représentant de l’APC affirmer que l’Autorité est à la source de cette nouvelle réforme, compte tenu notamment des récentes déclarations dans les médias de la présidente de l’Autorité, M^{me} Johanne Peyre⁴⁸. En effet, interrogée sur ce qui pourrait être vu comme une trop grande proximité avec le gouvernement et le ministère de l’Economie et des finances, notamment en raison de l’organisation par l’APC des *Journées concurrence* les 23-25 janvier 2023, financées par le gouvernement et dont la communication a également été assurée par le gouvernement⁴⁹, la présidente déclarait :

⁴⁶ En dépit pourtant de son effort de promotion de l’efficacité économique. Voir : Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F., 2018, « De l’élaboration de la loi à son application : l’impératif d’efficience », 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. 239-253 ; Venayre F., 2019, « Polynésie française : Révision du code de la concurrence polynésien – Vers une meilleure prise en compte de l’analyse économique », *Concurrences*, n° 2019-2.

⁴⁷ La partie réglementaire du code de la concurrence a été revue avec l’arrêté n° 654 CM du 6 mai 2022, dont le tribunal administratif de la Polynésie française (décision n° 2200289 du 7 février 2023) a annulé deux dispositions qui transféraient au président de l’APC des prérogatives devant relever du rapporteur général (en matière de nomination des agents du service d’instruction).

⁴⁸ Invitée du plateau du journal télévisé de Polynésie la 1^{ère} le 23 janvier 2023.

⁴⁹ C’est par compte rendu du conseil des ministres du 11 janvier 2023, soit 12 jours seulement avant les *Journées concurrence*, que le public a appris la tenue de cette manifestation, placée « sous le haut patronage du Président de la Polynésie française » et à laquelle il n’était possible d’assister que sur invitation formelle. Dans son communiqué du 2 février 2023, l’Autorité polynésienne de la concurrence « tient à chaleureusement remercier [...] nos partenaires sans qui l’évènement n’aurait pas été possible : le gouvernement de la Polynésie française [...] ».

« pour répondre à cette question, je pense qu'il faut revenir aux fondamentaux pour expliquer ce qu'est véritablement l'APC. Donc, l'APC est l'organe qui est chargé d'appliquer les règles du droit de la concurrence, qui elles, sont décidées et votées par l'Assemblée de la Polynésie. Nous ne les décidons pas. Et en ce qui concerne, donc, notre prise de décision, oui, l'APC est véritablement indépendante » (nous soulignons).

Là encore, l'écart entre les propos des uns et des autres, entre les textes et leur présentation, est tel qu'il ne peut qu'introduire l'incompréhension chez les destinataires des règles du droit polynésien de la concurrence et susciter le cas échéant une relative défiance à l'égard de l'autorité administrative indépendante.

Conclusion

A l'heure de la fin de son mandat et de son départ programmé de la Nouvelle-Calédonie, l'initiative de M^{me} Aurélie Zoude-Le-Berre d'effectuer un bilan anniversaire de son action était fort bienvenue. L'idée d'y associer les deux autres autorités en charge de l'application des règles de concurrence dans des territoires des outre-mer était plus encore louable, tant les échanges sur ces questions ultramarines restent peu nombreux en dépit de leur importance pour le quotidien des populations concernées.

L'ensemble du collège de l'Autorité calédonienne a été associé à cet événement, ce qui est signifiant car c'est une partie de ce collège qui va permettre d'assurer la continuité de l'action de l'ACNC au cours du début du mandat de son nouveau président. Le déplacement de M. Benoît Cœuré en personne, malgré sa récente nomination, rend également compte des enjeux de ces réflexions et réaffirme l'importance que l'autorité métropolitaine porte depuis 2009 aux territoires ultramarins de la République dont elle est en charge⁵⁰, tout comme sa feuille de route 2023-2024, publiée depuis⁵¹. Il est ainsi dommage que la présidente de l'APC n'ait pas elle-même participé au colloque, le président d'une autorité administrative indépendante étant *« 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 »*⁵².

Mais il est surtout regrettable que le représentant dépêché par l'Autorité polynésienne de la concurrence ait commis tant d'erreurs manifestes et de prises de parole

⁵⁰ 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*, n° 39, pp. 137-141.

⁵¹ Un léger regret cependant sur la formulation employée dans la feuille de route : *« maintenir toute notre vigilance à l'égard des préoccupations de concurrence dans les outre-mers »* (et non « outre-mer », la confusion entre couleur et territoires étant encore malheureusement fréquente).

⁵² L. Perrin, 2013, *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La librairie numérique, Coll. Droit & Science politique, p. 210.

inappropriées⁵³. Il faut toujours garder à l'esprit, en matière de communication extérieure des AAI, que « *certain discours d'un président d'autorité de régulation, ou certains entretiens accordés à la presse, peuvent être considérés comme essentiels par le secteur régulé* », puisque le président reste la « *vitrine extérieure de l'autorité qu'il préside* »⁵⁴. Les prises de parole publiques du président d'une AAI, éventuellement déléguées comme en l'espèce, sont donc susceptibles de laisser une empreinte durable sur les justiciables, les décideurs politiques et l'opinion publique. De fait, « *l'autorité administrative indépendante repose en définitive sur la valeur et le crédit personnel de ceux à qui elle est confiée* »⁵⁵. A plusieurs reprises, l'Autorité polynésienne de la concurrence a communiqué sur l'importance de la montée en compétence de ses agents⁵⁶ ; force est de constater que des marges de manœuvre existent encore.

* *

*

⁵³ Aucune communication officielle de l'APC, ni sur son site Web, ni sur ses réseaux sociaux, n'est venue accompagner la mise en ligne des vidéos du colloque de Nouméa par l'ACNC. Même chose lors de la parution de l'article de la revue *Concurrences*.

⁵⁴ L. Perrin, 2013, *op. cit.*, p. 211 pour les deux citations.

⁵⁵ Gazier F. et Cannac Y., 1984, *Les autorités administratives indépendantes*, Conseil d'Etat, 35, Coll. EDCE, p. 29.

⁵⁶ Voir par exemple, sur la page Facebook de l'APC, « *la montée en compétence de nos équipes est une priorité !* » (le 6 juillet 2022, à l'occasion de la mission d'un agent en Grèce), ou encore « *favoriser les échanges et retours d'expériences entre autorités de la concurrence est essentiel pour la montée en compétence de l'APC et de ses agents* » (le 5 septembre 2022, à l'occasion de la mission d'un autre agent en Australie).