



HAL
open science

Quelques interrogations relatives à la première sanction d'un défaut de notification d'aménagement commercial à Tahiti

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Quelques interrogations relatives à la première sanction d'un défaut de notification d'aménagement commercial à Tahiti. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2023, 125, pp.16-19. hal-04095434

HAL Id: hal-04095434

<https://hal.science/hal-04095434>

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.

Quelques interrogations relatives à la première sanction d'un défaut de notification d'aménagement commercial à Tahiti

Florent Venayre *

(Référence : Venayre F., 2023, « Quelques interrogations relatives à la première sanction d'un défaut de notification d'aménagement commercial à Tahiti », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 125, mars, pp. 16-19.)

Par décision n° 2022-DSC-01 du 22 novembre 2022, l'Autorité polynésienne de la concurrence a sanctionné une entreprise pour défaut de notification dans le cadre de l'ouverture d'un magasin de commerce de détail qui avait été préalablement autorisée après régularisation (décision n° 2022-SC-03 du 6 avril 2022). Il s'agit de la première sanction pour un défaut de notification d'aménagement commercial.

Le droit polynésien de la concurrence prévoit que l'autorité polynésienne de la concurrence (APC), en dehors de ses missions habituelles (lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, contrôle des concentrations et mission consultative), soit également en charge du contrôle préalable des implantations commerciales. C'est aussi le cas de son homologue de Mélanésie, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie : l'ACNC (Venayre F., 2017, « Contrôle de l'aménagement commercial dans les collectivités du Pacifique : Des procédures et délais spécifiques pour quels moyens d'action ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 58, février, pp. 23-31). Cette mission, très atypique puisqu'elle vise le contrôle de la croissance interne et non externe des entreprises, suscite d'ailleurs un certain nombre d'interrogations quant à sa légitimité (Perrot A., 2018, « La grande distribution : trop de régulation tue la concurrence », in Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F., *Le droit de la concurrence en*

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

Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives, LexisNexis, Paris, 260 p.).

Pour les autorités du Pacifique en charge de ces dispositions nouvelles, a pu se poser un certain nombre de questions relatives à la pratique à adopter en la matière. Si l'ACNC semble avec le temps n'avoir finalement pas fait de différence majeure avec l'application du droit des concentrations, l'APC avait pour sa part progressivement infléchi sa position pour dessiner une philosophie tendant à prendre en compte l'efficacité économique et donc à se garder d'un interventionnisme outrancier (Venayre F., 2021, « L'Autorité polynésienne de la concurrence affine sa philosophie du contrôle des aménagements commerciaux », *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 20 décembre). Il semble cependant que cette perception de la mission soit en train d'évoluer, avec la récente décision d'interdiction de construction d'un supermarché sous enseigne Carrefour sur l'île de Moorea (décision APC n° 2022-SC-09 du 23 juin 2022).

Dans le cadre de cette mission d'autorisation préalable des aménagements des commerces de détail, la société Sin Tung Hing Ace (ci-après STHA) a notifié le 21 mars 2022 à l'Autorité polynésienne de la concurrence une opération d'aménagement commercial concernant l'ouverture à Taravao (situé sur la presqu'île de Tahiti) d'un magasin de commerce de détail d'une superficie de 455 m² sous enseigne *Ace Déco Center*. Ce nouveau magasin a vocation à vendre du carrelage, des peintures et aménagements intérieurs et extérieurs (équipements de piscine et mobiliers de jardin).

1. Une opération autorisée car pro-concurrentielle

S'agissant de l'affaire *Ace Déco Center* ici commentée, l'opération notifiée est contrôlable au titre de l'article LP. 320-1-1 du code de la concurrence polynésien car la surface du commerce de détail concerné excède 300 m². Comme en dispose l'article LP. 320-3, l'Autorité doit se prononcer sur l'opération dans un délai de 15 jours ouvrés (et 35 jours en cas d'examen approfondi), à compter de la réception du dossier de notification complet, en veillant à ce qu'elle ne soit pas susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence (art. LP. 320-1). Elle peut alors l'autoriser, l'interdire, ou enjoindre au demandeur de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante. Dans ce dernier cas, la partie notifiante dispose de 30 jours ouvrés pour présenter un dossier complémentaire qui sera étudié par l'Autorité, qui pourra alors interdire finalement l'opération si les mesures proposées sont considérées insuffisantes.

En l'occurrence, s'agissant des secteurs concernés – distribution de produits de bazar-décoration, d'ameublement et de matériaux de construction et distribution de produits d'entretien de la piscine –, l'Autorité a considéré que l'ouverture d'un examen approfondi n'était pas nécessaire.

La société STHA détient avant l'opération deux magasins *Ace* sur l'île de Tahiti. Un premier à Fare Ute (Papeete), soit à l'autre extrémité de l'île, et un second qui se trouve déjà dans la

zone concernée de Taravao, actif sur la vente au détail de produits de bricolage, matériaux de construction et produits phyto et quincaillerie. Bien que ce commerce ait une surface de 1 200 m², l'APC note que les chevauchements d'activité avec le nouveau projet « *sont quasi inexistantes et concernent essentiellement la distribution de peinture et de carrelage* » (§66). Ainsi, « *l'opération comporte donc une dimension pro-concurrentielle en ce qu'elle vient apporter une offre nouvelle au consommateur et plus spécifiquement aux habitants de la presqu'île de Tahiti et des communes voisines, jusqu'ici contraints d'effectuer de longs trajets vers la zone urbaine du grand Papeete pour effectuer l'essentiel de leurs achats* » (§66 ; voir également §68). De même, l'Autorité relève que l'implantation d'un magasin de ce type à Taravao « *est un réel atout et confort de vie pour les habitants de la presqu'île et des communes limitrophes, d'autant plus que la zone urbaine du grand Papeete (de Punaauia à Arue), concentre l'essentiel de l'offre de l'île pour les marchés de produits concernés* » (§54).

C'est donc sans surprise que l'Autorité polynésienne de la concurrence, par décision n° 2022-SC-03 du 6 avril 2022, a autorisé sans condition l'ouverture du nouvel établissement de la société STHA.

Néanmoins, à la date de la notification de l'opération d'aménagement commercial, le 21 mars 2022, le nouveau commerce était déjà mis en exploitation depuis le 22 novembre 2021, soit 4 mois. La notification auprès de l'Autorité était par conséquent tardive et cette dernière indique (décision du 6 avril 2022, §2) qu'« *un dossier contentieux a donc été ouvert par l'Autorité, parallèlement à la présente procédure* » (à la suite de la saisine d'office n° 2022-SO-01 du 27 janvier 2022). Pour autant, l'APC ne fournit aucun élément permettant de savoir les conditions dans lesquelles l'opération lui a finalement été notifiée. Elle n'en fournit pas non plus dans sa décision de sanction du 22 novembre 2022 (n° 2022-DSC-01). S'agit-il d'une prise de conscience tardive mais spontanée de la notifiante ? A-t-elle au contraire été préalablement contactée par les services de l'APC ? Si oui, à quelle date et selon quelles modalités ? Dans cette hypothèse, combien de jours ont-il alors été nécessaire à l'entreprise pour notifier son opération en vue de la régulariser ? La décision de l'APC ne permet pas de répondre formellement à ces questions, la seule information disponible étant que la notification de griefs est parvenue à l'entreprise mise en cause le 24 juin 2022.

2. Mais une opération sanctionnée pour défaut de notification

L'article LP. 320-4 du code de la concurrence polynésien dispose que l'Autorité puisse infliger, en cas de défaut de notification d'une opération d'aménagement commercial soumise à autorisation préalable, une sanction pécuniaire n'excédant pas 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Polynésie française pour une personne morale et 20 millions de Fcfp pour une personne physique (soit 167 600 €). Des dispositions identiques existent en cas de défaut de notification d'une opération de concentration (art. LP. 310-8).

Au regard de ces dispositions, deux griefs distincts sont notifiés à la société STHA par le service d'instruction. Le premier est d'avoir procédé à la mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail sans notification préalable, durant 119 jours. Le second est d'avoir procédé à la mise en exploitation d'un nouveau magasin de commerce de détail avant l'intervention de la décision de l'Autorité, une fois l'opération notifiée, pendant 17 jours. Cette distinction des deux griefs conduit l'Autorité à souligner que STHA « *s'est donc retrouvée successivement en infraction au regard des articles LP. 320-2 et LP. 320-2-1* » (§30). Une présentation qui, en faisant apparaître une double infraction, semble aggraver la pratique litigieuse. Cela a d'ailleurs été ainsi perçu par les médias qui ont repris cet aspect (*Tahiti Infos* du 26 décembre 2022), voire qui l'ont mis en exergue (*Polynésie 1^{ère}* du 26 décembre 2022).

L'article LP. 320-2 dispose que « *l'obligation de notification d'une opération visée au présent titre incombe à la personne physique ou morale qui exploitera le magasin concerné* », tandis que l'article LP. 320-2-1 indique quant à lui que « *la réalisation effective d'une opération visée à l'article LP. 320-1-1 ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité polynésienne de la concurrence* ». Ce dernier article est donc inspiré du contrôle des concentrations (art. LP. 310-4 dans le cas du droit polynésien), dont l'intérêt est de lutter contre la pratique du gun-jumping, qui consiste à ne pas attendre l'accord d'une autorité de concurrence avant de réaliser l'opération de fusion-acquisition ou de prendre des décisions stratégiques d'importance. On comprend que, dans le cas où l'opération de concentration serait finalement refusée (ou dans l'hypothèse de certains remèdes), il serait complexe de revenir sur les actions déjà effectuées (on pense par exemple aux transmissions d'informations sensibles). Mais en matière d'ouverture d'un nouveau commerce, la problématique est très différente puisqu'il s'agit uniquement d'éviter la réalisation d'un chiffre d'affaires résultant possiblement d'une atteinte à la concurrence si la décision de l'Autorité venait à l'issue du processus à refuser l'ouverture du nouvel établissement. Dans le cas d'espèce, le fait que le magasin demeure exploité pendant l'instruction du dossier résulte de son ouverture préalable hors de toute notification, mais ne constitue pas à proprement parler une infraction spécifique (et encore moins une infraction qui viendrait renforcer le caractère de gravité de la pratique reprochée).

Quoi qu'il en soit, l'Autorité souligne qu'elle « *peut imposer à chaque entreprise ou organisme en cause plusieurs sanctions dans l'hypothèse où l'intéressé a commis plusieurs infractions comme c'est le cas en l'occurrence* » (nous soulignons), tout en ajoutant qu'« *il lui est loisible, si elle l'estime opportun eu égard à l'identité ou à la connexité des secteurs ou des marchés en cause, d'une part, et à l'objet général des pratiques, d'autre part, d'infliger une seule sanction au titre de plusieurs infractions* » (§38). A l'issue de la séance du 22 novembre 2022, un an jour pour jour après l'ouverture du magasin incriminé, l'Autorité prononce une sanction pécuniaire d'un montant de 500 423 Fcfp, soit un peu moins de 4 200 euros. Un bien triste anniversaire pour une création pourtant pro-concurrentielle, de l'avis même de l'Autorité.

Notons que la précision du montant de l'amende prononcée peut surprendre, dans la mesure où l'APC n'a produit aucune communication relative au calcul des sanctions. Cependant, la décision de l'Autorité se réfère à la « valeur des ventes » et au « montant de base » (§39-41),

deux notions utilisées par l'Autorité de la concurrence métropolitaine pour définir les amendes, depuis son premier communiqué sanctions du 16 mai 2011 (révisé le 20 juillet 2021). Il semble donc bien que l'Autorité ait pu faire usage de ce communiqué alors même qu'il n'a aucune vocation à s'appliquer en Polynésie française, d'une part, et que l'Autorité n'a d'autre part jamais communiqué sur l'application éventuelle d'un équivalent polynésien de ce texte métropolitain. On relèvera d'ailleurs que l'utilisation de cette méthode au cas d'espèce conduit à retenir la totalité du chiffre d'affaires réalisé depuis l'ouverture du commerce, soit, selon l'évaluation fournie, entre 25 et 35 millions de Fcfp (§41 ; environ entre 200 et 300 000 euros). Ainsi, l'amende prononcée représenterait en point moyen environ 1,7 % du chiffre d'affaires réalisé sur l'ensemble de la période infractionnelle (et donc une part relativement importante de la marge nette dégagée par le commerce).

3. Une sanction réellement opportune ?

En remarque liminaire, le fait d'avoir séparé, un peu artificiellement, les deux griefs notifiés conduit l'Autorité à distinguer la période correspondant à la seconde infraction (celle postérieure au dépôt de notification visant à régulariser la situation), qui est de 17 jours calendaires. Or, la durée de cette période infractionnelle ne dépend pas de l'entreprise incriminée mais de l'Autorité elle-même, qui dispose comme nous l'avons vu de 15 jours ouvrés pour statuer sur le dossier (art. LP. 320-3 II). La période de 17 jours calendaires qui est retenue correspond ainsi à 13 jours ouvrés, soit la quasi-totalité du temps imparti à l'APC. Il est donc relativement curieux d'en faire grief à la mise en cause dans la mesure où elle n'est pas a priori en capacité de réduire de son propre chef le délai de traitement du dossier.

On pourra certes objecter que l'entreprise aurait pu cesser d'exploiter le magasin durant l'instruction, mais là encore les informations font défaut dans la décision pour connaître la nature des échanges entre le service d'instruction et la mise en cause sur cet aspect. On relèvera en parallèle que plus récemment, le 8 décembre 2022, trois opérations d'aménagement commercial ont été notifiées à l'Autorité qui a rendu ses trois décisions en 13 jours calendaires, soit 9 jours ouvrés seulement. Il s'agit des décisions n° 2022-SC-10, n° 2022-SC-11 et n° 2022-SC-12 du 20 décembre 2022 qui concernent respectivement la création d'un magasin *Auchan Super* à Moorea (à la place de l'actuel projet d'une enseigne *Super Moz* autorisé par la décision n° 2021-SC-04 du 3 novembre 2021 ; voir : Venayre F., 2021, *op. cit.*) et le changement d'enseigne des magasins *Super U Tamanu* et *U express Cécile*, de Tahiti, également en *Auchan Super*.

Pour sa part, la société STHA a déclaré ne pas avoir connaissance de ce qu'une telle opération était soumise à un régime d'autorisation et devait être notifiée à l'Autorité. Elle admet avoir « *manqué de temps et de vigilance pour révéfier la réglementation* » (§27). Cette société appartient au groupe familial Siu qui n'a jamais été impliqué, à notre connaissance, dans un dossier de l'APC depuis sa création. L'Autorité a de son côté souligné le bon comportement des dirigeants de l'entreprise tout au long de la procédure : « *L'Autorité constate et prend en*

considération la réactivité de l'entreprise en cause et sa diligence à coopérer pour mettre fin aux infractions et procéder à une régularisation rapide de sa situation » (§47). Là encore, pour faire écho à ce qui a précédemment été dit, on peut cependant regretter que la rapidité dont il est fait état ne soit pas plus documentée afin de mieux comprendre le contexte de la décision.

Au regard de l'absence d'intention de contourner l'obligation de notification et de la coopération soulignée de l'entreprise fautive, la sanction pourrait apparaître relativement sévère. D'autant qu'un dossier similaire avait déjà été régularisé sans sanctionner le magasin responsable, *Tahiti Pas Cher* (décision n° 2019-DSC-01 du 19 décembre 2019). La seule différence est que le présent défaut de notification n'est plus le premier cas traité par l'APC, mais il concerne d'un autre côté un magasin de taille plus modeste (455 m² contre 850 m² pour *Tahiti Pas Cher*). Rappelons à cet égard qu'avant l'attribution du contrôle des surfaces commerciales à l'APC, c'était la Commission d'implantation des grandes surfaces qui était en charge des dossiers polynésiens, uniquement si la superficie des commerces excédait 600 m². C'est également ce seuil de 600 m² qui s'applique actuellement en Nouvelle-Calédonie pour l'Autorité de la concurrence locale, l'ACNC (art. LP. 432-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie). Un an auparavant, pour un non-respect d'engagements, l'Autorité polynésienne de la concurrence avait également su tenir compte de caractéristiques particulières (crise Covid, grosses difficultés financières du groupe) en ne sanctionnant pas l'infraction (décision n° 2021-DREC-01 du 15 novembre 2021 ; voir : 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).

Conclusion

S'il est clair que toutes les entreprises doivent bien évidemment se conformer aux règles de droit et ne sauraient invoquer sans risque leur méconnaissance du droit applicable, il n'est pas inintéressant de se souvenir que le droit de la concurrence polynésien est encore jeune, puisqu'il n'est applicable que depuis le 1^{er} février 2016. Or, comme le rappelait tout récemment le conseil des ministres dans son compte rendu du 11 janvier 2023 : « *la pleine compréhension et effectivité de ce droit [de la concurrence], l'intégration de son utilité et de ses effets nécessitent souvent plusieurs dizaines d'années de pratique* ». L'influence positive du droit de la concurrence sur l'économie polynésienne, à terme, dépendra pour une large part de son acceptation pour les acteurs de la vie économique (voir notamment la communication de Montet C. et Sélinsky V., « La compatibilité du droit antitrust avec le Pacific Way » au colloque *Pacific Way : 50 ans après*, 18-20 octobre 2022, Université de la Polynésie française, Tahiti). A ce titre, convaincre les entreprises de son bien-fondé et de sa pertinence est essentiel et, de ce point de vue, des décisions pouvant être vécues comme injustes ne sont pas nécessairement opportunes en termes de bénéfice à long terme.

Rappelons également que l'article LP. 630-1, 1^{er} alinéa du code de la concurrence dispose que « *L'Autorité polynésienne de la concurrence établit des lignes directrices qui précisent notamment, en vue de l'information des acteurs économiques, le champ d'application et les modalités de déroulement des procédures engagées devant elle et, dans ce cadre, les définitions et critères d'analyse des situations qui lui sont soumises, ainsi que les méthodes de détermination des sanctions susceptibles d'être prononcées par elle* ». L'alinéa 2 du même article précise que « *tout intéressé est fondé à s'en prévaloir à l'encontre de l'Autorité* ». Pour le contrôle des concentrations, les premières lignes directrices établies par l'Autorité datent d'août 2017. Elles ont depuis été révisées à plusieurs reprises et la version actuellement en vigueur a été adoptée en janvier 2019. En revanche, pour ce qui est des opérations d'aménagement commercial, il n'y jamais eu de publication de lignes directrices, en sept années d'existence de l'APC.

* *

*