



HAL
open science

Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française

Florent Venayre

► **To cite this version:**

Florent Venayre. Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française. Sarah-Marie Cabon ; Christian Montet ; Florent Venayre. Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives, LexisNexis, 2018, 978-2-7110-3007-1. halshs-01940069

HAL Id: halshs-01940069

<https://shs.hal.science/halshs-01940069v1>

Submitted on 30 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française

Florent Venayre *

(Référence : 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.)

Le législateur polynésien a souhaité, lors de la création du droit de la concurrence polynésien et de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC)¹, doter cette dernière d'un pouvoir d'injonction structurelle, c'est-à-dire de la faculté d'enjoindre à certaines entreprises de procéder à des cessions d'actifs. Notons qu'en matière de droit de la concurrence, le principe d'une cession d'actifs imposée par les autorités de concurrence est connu de longue date. Le contrôle *a priori* des concentrations peut ainsi aboutir à autoriser des opérations avec remèdes, ces derniers pouvant être soit comportementaux, soit structurels. Ces situations sont cependant en général assez rares puisque sur les 1 500 opérations de concentrations étudiées par l'Autorité de la concurrence métropolitaine, seules 4 % d'entre elles ont fait l'objet de remèdes, aucune opération n'ayant jamais été interdite². Le caractère prospectif du contrôle des concentrations incite en effet les autorités de concurrence à une certaine bienveillance à l'égard des opérations soumises au contrôle, puisque nombreux sont les avantages, en termes d'efficacité économique, qui peuvent survenir grâce aux regroupements d'entreprises³. De plus, les outils répressifs du droit – sanction des abus de position dominante et des ententes – permettent également d'espérer que les comportements prohibés puissent ensuite être dissuadés ou, dans l'hypothèse où cet objectif échouerait, punis et stoppés.

* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française et LAMETA UMR 5474, Université de Montpellier.

¹ Loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence.

² Il s'agit de la période 2009-2016. Voir le rapport d'activité 2016 de l'Autorité.

³ Voir la contribution de Me Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié dans ce même volume.

L'Autorité polynésienne de la concurrence a cependant montré jusqu'ici des dispositions assez nettement moins compréhensives à l'égard des entreprises, puisque sur les dix premiers dossiers de concentration traité, l'un a déjà fait l'objet d'engagements comportementaux d'une durée particulièrement longue⁴, et un autre s'est conclu par une injonction de cessions d'actifs suffisamment importante – la moitié des actifs acquis – pour que les parties à la concentration renoncent finalement au projet⁵. Ajoutons également que trois autres opérations ont été contrôlées alors qu'elles se situaient en-deçà des seuils de contrôlabilité, en se basant sur une interprétation « contestable » de l'APC, ce qui avait été souligné par la doctrine⁶ et avait contraint l'APC à modifier officiellement sa façon d'agir⁷.

Si les mesures structurelles peuvent déjà s'avérer douloureuses pour les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations, elles ne réduisent alors – ou n'empêchent – que des projets. Le cas des injonctions structurelles, en revanche, a pour but de revenir sur des situations déjà acquises, ce qui est bien plus contraignant encore pour les entreprises. Cela explique d'ailleurs que de nombreux auteurs se soient élevés, parfois de façon virulente, contre ce dispositif⁸. Il a certes beaucoup été insisté, lors des débats sur l'opportunité de l'outil, sur le fait qu'il s'agissait d'une arme de dissuasion, mais cela ne convainc pas⁹ et, pour le cas qui nous intéresse ici, la pratique bien réelle et assez répressive ou régulatrice de l'APC en matière de contrôle des concentrations justifie que l'on s'intéresse plus avant au pouvoir d'injonction structurelle dont le code polynésien de la concurrence l'a dotée.

Après avoir présenté les origines des injonctions structurelles en droit français, et la façon dont elles ont été modifiées dans leur version ultramarine (1.), nous verrons que les collectivités du Pacifique – Nouvelle-Calédonie au premier chef puis Polynésie française – ont fait le choix de durcir encore un mécanisme déjà largement coercitif et décrié (2.). Ce processus a conduit la Polynésie française à adopter un instrument suffisamment violent pour qu'il conduise à s'interroger sur l'ampleur des risques qu'il fait peser sur l'économie

⁴ Décision n° 2016-CC-04 du 5 décembre 2016 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Tahiti Nui Travel par le groupe Grey. La durée retenue pour les engagements a été de dix années.

⁵ Décision n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Compagnie française maritime de Tahiti et Vaipihaa par la société Emar.

⁶ Montet C., 2017, « L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 65, octobre, pp. 43-49.

⁷ Venayre F., 2017, « La volte-face de l'Autorité polynésienne de la concurrence sur les seuils de contrôle des concentrations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 67, décembre, p. 6.

⁸ La doctrine a ainsi noté une « *énergique atteinte au droit de propriété* » (Bosco D., 2013, « Une nouvelle injonction structurelle décomplexée », *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 1, janvier), un pouvoir « *exorbitant* » (Claudel E., 2013, « Régulation de la distribution par les autorités de concurrence : quels objectifs ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, Supplément au n° 83, juin, pp. 9-16 ; Béhar-Touchais M., 2014, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, n° 1-2014, pp. 43-52), sans « *justifications acceptables* » (Claudel E., 2013, « L'injonction structurelle en Outre-mer : où le droit de la concurrence porte une atteinte difficilement justifiable au droit de propriété », *Petites Affiches*, n° 216, 29 octobre) et « *très peu fondé démocratiquement, juridiquement ou sous l'angle de l'analyse économique* » (Deschamps M., 2012, « L'Autorité de la concurrence doit-elle, dans le cadre de sa fonction consultative, disposer de toutes les libertés ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 33, pp. 85-94), en faisant ainsi pour certains auteurs la « *dernière étape du dirigisme concurrentiel* » (Bosco D., 2012, « Dernière étape du dirigisme concurrentiel : l'injonction structurelle », *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 3, mars).

⁹ Venayre F., 2015, « L'efficacité du pouvoir ultramarin d'injonction structurelle en question », Document de travail du GREDEG, GREDEG WP n° 2015-50.

polynésienne dans son ensemble, et notamment du fait qu'il a vocation à s'appliquer à toutes les activités économiques (3.). Il semble pourtant que cantonner la notion d'injonction structurelle au secteur de la distribution suffit déjà à poser nombre de questions relatives aux spécificités de l'économie polynésienne pour lesquelles nous sommes pour l'instant sans réponse officielle ou pertinente de la part de l'APC (4.). Notre analyse nous permettra en conclusion de dresser le bilan des écueils à éviter en matière d'injonction structurelle et nous conduira à proposer une réécriture alternative du texte polynésien visant à conserver l'efficacité du dispositif tout en bornant son application à une stricte nécessité, dans le respect des droits de chacun.

1. Origine et évolution du pouvoir d'injonction structurelle en droit français

Le pouvoir d'injonction structurelle trouve ses lointaines sources dans le contrôle *a posteriori* des concentrations. Dès l'adoption de l'ordonnance fondatrice de 1986, le législateur français avait souhaité intégrer par sécurité la possibilité de revenir sur une concentration déjà réalisée¹⁰. Toutefois, ce retour était conditionné à l'existence d'un abus (de position dominante ou de dépendance économique) et visait bien explicitement les situations de positions dominantes acquises par des concentrations : la croissance interne des entreprises n'était ainsi pas visée¹¹. Le rapport Attali de 2008¹² regrette pour sa part que le Conseil de la concurrence ait son action limitée, en matière de contrôle *ex-post* des structures, aux situations issues d'opérations de concentration. Il estime au contraire que cette faculté devrait d'étendre à la correction d'abus, quelle que soit leur origine. Ainsi, si le rapport préconise cette fois que les situations de dominance puissent être le cas échéant corrigées, y compris si elles sont issues d'une croissance interne, il reste indispensable que la cession d'actifs fasse suite à un abus de position dominante. L'objectif de cette recommandation, comme le précise le rapport, s'inscrit dans la volonté de pouvoir agir sur des zones locales de chalandise, en cas d'acquisitions de position dominante locale dans le secteur de la distribution, consécutives à l'assouplissement des règles d'implantation commerciale.

La loi de modernisation de l'économie¹³ suit alors, la même année, cette recommandation du rapport Attali, en introduisant en droit français la notion d'injonction structurelle avec l'article L. 752-26 du code de commerce, qui prévoit que des actifs puissent être cédés, mais uniquement en cas d'abus de position dominante avéré et sanctionné, lorsque ces sanctions « *n'ont pas permis de mettre fin à l'abus* » constaté. Cette formulation va

¹⁰ Article 43 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, devenu l'article L. 430-9 du code de commerce.

¹¹ Bougette P. et Venayre F., 2008, « Contrôles *a priori* et *a posteriori* des concentrations : comment augmenter l'efficacité des politiques de concurrence ? », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 121, pp. 9-40.

¹² Attali J. (dir.), 2008, *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, XO éditions, La Documentation française, décision n° 207.

¹³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

cependant être critiquée par l’Autorité de la concurrence métropolitaine pour son inefficacité, dès son rapport annuel 2010¹⁴, ce qui conduira l’Autorité, à l’occasion de son avis sur la distribution parisienne¹⁵, à demander que le législateur lui donne « *un pouvoir d’injonction structurelle en dehors de tout comportement fautif* »¹⁶. Elle sera partiellement entendue, puisque le législateur va, avec la loi Lurel¹⁷, détacher l’injonction structurelle de la commission d’un abus préalable. Toutefois, ce nouvel instrument, formalisé dans l’article L. 752-27 du code de commerce, ne va être applicable que dans les outre-mer français¹⁸, et non en métropole.

On voit donc que la naissance d’une injonction structurelle applicable en l’absence d’une faute préalable prétend initialement répondre à une volonté de résoudre une inefficacité du dispositif préexistant. Cependant, si la recherche d’efficacité est louable, il faut veiller à ce qu’elle ne s’opère pas au détriment d’autres objectifs également essentiels. C’est pour cette raison que cette disposition de la loi Lurel va déclencher nombre de critiques particulièrement sévères de la part de la doctrine, comme cela a été rappelé en introduction de cette contribution. Pour en comprendre le fondement, il n’est pas inutile de procéder à une comparaison des deux dispositifs, métropolitain et ultramarin¹⁹.

Métropole (L. 752-26)	Outre-mer (L. 752-27)
<p>Commerce de détail</p> <p>Abus de position dominante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Avéré et sanctionné - Persistance de l’abus <p>Injonctions et cessions d’actifs</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si seul moyen de garantir la concurrence - Décision motivée après réception des observations de l’entreprise 	<p>Commerce de détail</p> <p>Position dominante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Préoccupations de concurrence - Prix ou marges élevés par rapport à la moyenne du secteur économique <p>Engagements, puis injonctions et cessions d’actifs</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si seul moyen de garantir la concurrence - Décision motivée après réception des observations de l’entreprise avec séance devant le collègue

¹⁴ L’Autorité note en effet que l’outil est « *quasiment inapplicable en pratique* » puisque son activation implique la persistance des pratiques au-delà d’une première condamnation (voir p. 138 du rapport).

¹⁵ Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹⁶ Béhar-Touchais M., 2014, *op. cit.*

¹⁷ Loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

¹⁸ A l’exception cependant de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française dont les autonomies respectives les tiennent en l’espèce à l’écart des dispositions du droit national.

¹⁹ Le dispositif ultramarin discuté ici est celui créé par la loi Lurel. Des modifications ultérieures ont été opérées (*cf. infra*).

Notons en premier lieu que le législateur français a toujours souhaité retrouver l'application du pouvoir d'injonction structurelle, que ce soit en métropole ou dans les outre-mer, au secteur du commerce de détail.

Comme nous venons de le voir, le déclenchement de l'injonction nécessite en métropole qu'un abus de position dominante soit commis mais cela ne suffit pas : aucune cession d'actifs ne saurait être imposée dès la première sanction d'une infraction. C'est la *persistance* de l'abus, une fois celui-ci prouvé et sanctionné, qui peut seule le justifier. Les outre-mer, en revanche, peuvent voir des injonctions structurelles potentielles prononcées sur la simple *existence* d'une position dominante. L'abus préalable n'est plus requis : de simples préoccupations de concurrence de l'Autorité, suscitées par des prix ou des marges élevées par rapport au prix habituellement constatés dans le secteur économique concerné peuvent en être le déclenchement. Ces références à de simples préoccupations de concurrence, une notion de prix élevés et un secteur économique ont essuyé de nombreuses critiques²⁰, à la fois en raison du manque de clarté du texte, mais aussi des difficultés de mise en œuvre, le droit de la concurrence étant plus familier de la notion de marché pertinent et les économistes ayant bien des difficultés à qualifier ce qu'est un prix « normal », la notion de prix élevé restant ainsi, de fait, un peu mystérieuse²¹.

La loi Lurel prévoit également l'introduction d'une phase préalable dans le déroulement de la procédure, par rapport à ce qui était prévu en métropole. Ainsi, avant de pouvoir prononcer des injonctions et, en dernier ressort, d'imposer des cessions d'actifs si celles-ci apparaissent comme le seul moyen d'assurer une concurrence effective, une procédure d'engagement est prévue en sus pour les outre-mer. On peut y voir une chance supplémentaire pour les entreprises d'échapper à la cession d'actifs par la négociation avec l'Autorité. On peut surtout craindre un redoutable outil de régulation *ex-ante* du secteur et un retour d'une certaine forme d'administration des prix²². On peut enfin noter que le législateur, sans doute conscient de la forte coercition de l'outil institué dans les outre-mer, a renforcé le contradictoire de la procédure en ajoutant à la simple réception des observations de l'entreprise incriminée la nécessité de tenir une séance devant le collège, qui n'était pas prévue dans le texte initial métropolitain.

²⁰ Voir par exemple : Claudel E., 2013, « Les implications procédurales de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, 1^{er} volet. L'injonction structurelle : une loi pour l'outre-mer, un terrain d'expérimentation pour la métropole ? », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n° 3, pp. 506-511 ; Manna S., 2013, « Loi de régulation économique Outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, pp. 125-130.

²¹ Sur cette question de la comparaison des niveaux de prix, voir la discussion complète menée par : Venayre F., 2015, *op. cit.*

²² Voir notamment Bosco D., 2013, *op. cit.* et Saint-Esteben R., 2013, « L'injonction structurelle : Rencontre du troisième type du droit de la concurrence », *Concurrences*, n° 2-2013, pp. 11-16.

2. Le durcissement des collectivités du Pacifique

Environ une année après le vote de la loi Lurel, la Nouvelle-Calédonie va se doter pour la première fois d'un droit de la concurrence incluant la capacité de prononcer ces injonctions structurelles²³. La mesure calédonienne s'inspire de celle de la loi Lurel, mais en accroissant sa coercition.

Tout d'abord, la mention du commerce de détail a été retirée, selon une volonté du législateur calédonien de pouvoir appliquer cette sanction à l'ensemble des secteurs de l'économie. Le texte calédonien reprend alors le libellé de la sanction sans faute de la loi Lurel. La simple existence d'une position dominante peut donc potentiellement, en fin de procédure, faire l'objet d'une cession d'actifs, dès lors que des préoccupations de concurrence en matière de prix ou de marges élevés se font jour. Dans le cas spécifique de la distribution, le législateur a en outre souhaité qu'une intervention soit possible même en l'absence d'une position dominante. Le texte prévoit ainsi que l'injonction structurelle est activable dès que la part de marché de l'entreprise est supérieur à 25 % (uniquement pour les entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 600 millions de Fcfp, soit environ 5 millions d'euros). Notons cependant que le texte est à cet égard insuffisamment précis. Il est en effet mentionné que cette part de marché de 25 % est appréhendée « dans la zone de chalandise ». Implicitement, cela réfère donc au commerce (mais sans que cela soit précisé) et comme la notion de commerce de détail a été supprimée, on peut se demander si la mesure s'applique au seul commerce de détail ou s'il faut la comprendre comme étant élargie aux autres formes de commerce (grossistes, par exemple).

Quant au contradictoire de la procédure, il est singulièrement affaibli, puisque si la décision doit bien sûr être motivée, il n'est ici plus question d'une séance devant le collège, ni même de la réception des observations de l'entreprise. Il est bien difficile de comprendre sur ce dernier point que le législateur calédonien ait pu accepter un tel recul du droit des entreprises.

Quelques mois plus tard, lors de l'adoption de son propre droit de la concurrence²⁴, la Polynésie française va s'inspirer très largement de ce texte calédonien, sans,

²³ Il s'agit de l'article 16 de la loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, devenu l'article LP. 422-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie. Sur le droit de la concurrence calédonien, voir : Venayre F., 2014, « Création d'un droit de la concurrence innovant et coercitif », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 24, n° 2014/2, pp. 29-40. Pour une analyse historique de l'évolution du droit économique calédonien en trois volets, voir : Venayre F., 2016, « Elaboration d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie (1/3) : Du contrôle des prix à l'apparition confuse de la notion de concurrence », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 28, n° 2016/2, pp. 28-37 ; Venayre F., 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie (2/3) : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 29, n° 2017/1, pp. 5-15 ; Venayre F., 2017, « Construction d'une gouvernance pro-concurrentielle en Nouvelle-Calédonie (3/3) : La question en suspens du contrôle de l'application du droit », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, Vol. 30, n° 2017/2, pp. 57-64.

²⁴ Texte adopté n° 2014-15 LP/APF du 25 juin 2014 de la loi du pays relatif à la concurrence, *JOPF* du 4 juillet 2014, p. 8335, créant l'actuel article LP. 641-3 du code de la concurrence polynésien.

malheureusement, l'épurer des difficultés que nous venons de soulever, y compris concernant le respect d'un contradictoire renforcé. Pire, elle va ajouter à la confusion en transposant simultanément et de manière brouillonne les dispositions calédoniennes et métropolitaines, générant de nouvelles sources de problèmes.

L'article LP. 641-3 du code de la concurrence polynésien est en effet constitué de deux parties distinctes. La première (son I.) reprend la rédaction de la version métropolitaine des injonctions structurelles – et donc la nécessité de qualifier un abus préalable et de montrer que les pratiques ont perduré au-delà de la sanction. La seconde partie de l'article (son II.) reprend pour sa part presque à l'identique la version calédonienne. Ainsi, la simple position dominante sans faute peut faire l'objet d'une sanction et, dans le cas du commerce (dont les frontières restent floues, comme dans le cas calédonien), la sanction peut même être prononcée sans que la position dominante ne soit requise. Il s'agit là de la seule différence avec le texte calédonien : le législateur a remplacé le seuil de part de marché de 25 % par un autre, plus élevé, de 35 %. Relevons à cet égard que, dans un cas comme dans l'autre, aucun des travaux préalables à l'adoption des lois ne vient étayer ces choix. Il semble que le choix calédonien tienne seulement au sentiment qu'il serait souhaitable d'avoir quatre opérateurs sur les marchés de distribution, tandis que le législateur polynésien se « contenterait » pour sa part de trois seulement. En tout état de cause, il est évident que les raisonnements économiques sont manifestement absents.

La maladresse polynésienne de faire coexister dans le texte deux conceptions radicalement distinctes de l'injonction structurelle pose tout d'abord un problème de logique. En effet, s'il est possible de sanctionner une entreprise sur la simple existence de sa position dominante, il est évident qu'il est *a fortiori* possible de la sanctionner en cas d'abus de position dominante. L'argument est plus vrai encore lorsqu'on ouvre, dans le cas de la distribution, cette faculté de sanction à l'encontre d'entreprises qui ne sont même pas en position dominante (puisque ne détenant que 35 % de parts de marché). Mais au-delà de cette simple question de cohérence du raisonnement, d'autres problèmes surviennent également, du fait des différences entre les procédures qui s'appliquent dans les versions métropolitaines et calédoniennes. Ainsi, par exemple, l'Autorité polynésienne de la concurrence est conduite à recevoir les observations de l'entreprise dans le cas de la sanction d'un abus de position dominante alors que cela n'est pas prévu dans le cadre de la sanction, pourtant plus contraignante, d'une simple position dominante. Egalement, la procédure préalable d'engagement est requise pour les sanctions de positions dominantes, mais elle ne l'est pas en cas de sanction d'un abus, contrairement à ce qui se pratique d'ailleurs habituellement en matière de procédures négociées.

Enfin, le fait de reprendre le texte calédonien qui réfère aux « préoccupations de concurrence » pose un problème spécifique en droit polynésien. Cette formulation a en effet souvent été contestée en droit français du fait de son caractère pour le moins imprécis. Pourtant, la notion de préoccupations de concurrence apparaît déjà dans l'article L. 464-2 du code de commerce français, avec la procédure d'engagement. Cela n'a pas empêché la loi

Macron²⁵ de supprimer finalement cette notion en préférant, dans l'article L. 752-27, retenir la nécessité plus factuelle que « *la concentration excessive porte atteinte à une concurrence effective dans la zone considérée* ». Au contraire, la texte polynésien conserve cette référence aux préoccupations de concurrence, qui ne se retrouve pourtant nulle part ailleurs dans le code de la concurrence et ne manque donc pas de soulever de légitimes inquiétudes et de faire peser des risques inutiles sur les entreprises et les procédures.

3. En l'état, un texte polynésien qui présente de trop nombreux risques

Outre les questions de pertinence de sa rédaction qui viennent d'être soulevées, le texte polynésien sur les injonctions structurelles présente en l'état un trop grand nombre de risques.

Le fait de pouvoir sanctionner la simple existence d'une position dominante est un retour regrettable sur une conception bien établie depuis l'origine du droit de la concurrence, selon laquelle la position dominante ne constitue pas un problème en soi. Seule l'éventuelle utilisation abusive de cet état doit être poursuivie. Sanctionner la position dominante elle-même, c'est nier l'existence d'un pouvoir de marché bénéfique, de type schumpétérien, favorisant le processus de destruction créatrice et donc favorable à l'efficacité économique et à la croissance. C'est vouloir contrôler la croissance interne des entreprises et sanctionner la concurrence par les mérites²⁶. C'est nuire à l'investissement²⁷, à l'amélioration de la qualité des produits ou l'innovation²⁸ et aux incitations à prendre des risques²⁹.

L'introduction d'un seuil de parts de marché de 35 % constitue plus encore une aberration puisqu'il revient à sanctionner potentiellement des entreprises qui ne sont même pas dominantes. Surtout, il renforce les effets pervers que l'on peut attendre du dispositif, du fait même de l'effet de seuil qu'il induit mécaniquement. On comprend aisément qu'à l'approche du seuil de 35 %, de façon à se protéger contre d'éventuelles foudres de l'Autorité, les entreprises chercheront à tout prix à ne pas le dépasser. Ainsi, toute concurrence en prix entre les acteurs disparaîtrait alors. En outre, la symétrie des parts de marché des différents distributeurs constituerait des conditions favorables à l'émergence d'ententes horizontales, par nature particulièrement graves.

²⁵ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

²⁶ Martine Béhar-Touchais parle de « *la mort de la concurrence par les mérites* » (Béhar-Touchais M., 2015, « l'injonction structurelle sans faute ou les excès de la régulation », *Revue des Contrats*, n° 3, 1^{er} septembre, p. 536).

²⁷ De Muizon G., 2012, « Concurrence et niveau des prix dans la grande distribution », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 4-8 ; Vogel J., 2012, « Analyse de l'efficacité pratique des actions juridiques », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 9-13.

²⁸ Saint-Esteben R., 2013, *op. cit.*

²⁹ Perrot A., 2012, « Concurrence et distribution : Le droit de la concurrence permet-il d'appréhender les comportements de la grande distribution. Introduction », *Concurrences*, n° 2-2012, pp. 1-3.

Comme cela a été expliqué ci-dessus, la référence à des prix ou marges élevés est en soi problématique dans la mesure où la théorie économique ne permet pas de définir un prix normal et donc, *a fortiori*, un prix élevé par opposition à ce prix normal. Si l'on regarde de plus près les débats de l'adoption de la loi Lurel, qui est à l'origine en droit français de cette référence aux prix ou marges élevés, on constate que, dans l'esprit de M. Victorin Lurel, alors ministre des outre-mer et porteur du projet de loi, la référence à utiliser devrait être celle de la moyenne des prix pratiqués sur l'ensemble du territoire national. On comprendra là aussi aisément que cela pose d'évidents problèmes puisque cela revient à nier l'existence de coûts spécifiques à l'éloignement ou au morcellement de la Polynésie française. Cela est d'autant plus préoccupant que des prix *ou* des marges élevés peuvent faire l'objet de sanction. Est-ce à dire qu'il serait ainsi possible de sanctionner une entreprise polynésienne uniquement sur la base de ses prix élevés, alors même que ses marges ne le sont pas, indépendamment de ses coûts de production ? Ce serait évidemment un non-sens.

La définition des conditions de la cession d'actifs pose également des problèmes fondamentaux. Quels repreneurs identifier ? Comment s'assurer d'un prix de vente qui ne soit pas spoliateur ? Comment s'assurer de la compétence et la neutralité du mandataire ? Pour le moins, l'imposition d'un délai minimal à respecter avant de réaliser la cession – comme celui introduit par la loi Macron dans l'article L. 752-27 du code de commerce français – semblerait nécessaire.

La procédure d'engagement préalable semble ouvrir la possibilité d'une double dérive, à la fois vers une administration des prix, de laquelle la Polynésie cherche précisément à sortir avec l'adoption d'un droit de la concurrence, mais également vers une régulation *ex-ante* de l'économie, et notamment du secteur de la distribution, dont on connaît les tentatives infructueuses et inefficaces en droit français. Il y a là un risque d'arbitraire dont la sagesse voudrait que l'on se garde.

Enfin, l'élargissement du pouvoir d'injonction structurelle à l'ensemble des secteurs de l'économie polynésienne, voulu par le législateur bien qu'un peu maladroitement dans sa rédaction, reste largement discutable. Un tel pouvoir est-il effectivement indispensable dans tous les secteurs de l'économie ? Ne risque-t-il pas de présenter des risques spécifiques pour certains marchés sur lesquels se séparer de certains actifs pourrait s'avérer bien plus complexe que dans le cas de la cession d'une surface de vente ?

Face à tous ces risques, les rares défenseurs de l'injonction structurelle telle qu'elle est aujourd'hui formulée, en manque de justifications économiques solides, s'en remettent souvent à un argument de légalité, arguant que le Conseil d'Etat a validé la loi du pays polynésienne, notamment contestée sur ce point des injonctions structurelles.

Notons tout d'abord que l'argument est suffisamment pauvre pour n'être pas recevable. Que le dispositif s'avère légal est parfaitement compatible avec le fait qu'il puisse comporter malgré tout des risques essentiels en termes d'efficacité économique. Nombreux sont d'ailleurs les textes législatifs ou réglementaires, parfaitement légaux, qui ont par le passé généré des inefficacités économiques graves dont il aurait mieux valu se protéger. La réglementation française en matière de grande distribution foisonne de ces exemples

dramatiques : loi Royer, loi Galland, loi Raffarin, toutes unanimement sanctionnées par les études qui y ont été consacrées³⁰ et pour autant dont la légalité de saurait être mise en doute.

Au-delà de cette première réflexion, on peut également s'interroger sur les critères qui ont conduit le Conseil d'Etat à considérer la recevabilité du dispositif. En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a fait que reprendre, pour la Polynésie française, ce que le Conseil constitutionnel avait considéré pour la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire que l'injonction structurelle pouvait se justifier « *compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans certains secteurs économiques en Nouvelle-Calédonie* »³¹. A l'été 2015, la loi Macron a tenté d'importer en métropole le mécanisme prévue pour les outre-mer français par la loi Lurel –dont nous avons vu que les droits polynésiens et calédoniens s'inspiraient – et s'est trouvée censurée par le Conseil constitutionnel³². Il n'est pas inintéressant d'en regarder plus attentivement la justification. Le Conseil constitutionnel indique en effet que l'injonction structurelle s'applique « *à l'ensemble du secteur du commerce de détail, alors même qu'il ressort des travaux préparatoires que l'objectif du législateur était de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire* ». Ainsi, l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété peut-elle sembler disproportionnée et la mesure est-elle censurée. Mais si l'on regarde les situations du Pacifique à l'aune de cette remarque du Conseil constitutionnel au sujet de la loi Macron, on ne peut qu'être surpris. En effet, tant en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie française, les débats ont également toujours porté sur le commerce de détail à dominante alimentaire et pourtant, les injonctions structurelles retenues sont valables... pour *tous* les secteurs de l'économie. A cet égard, si le Conseil constitutionnel considère que la situation de la concurrence dans *certain*s secteurs de l'économie calédonienne justifie les injonctions structurelles, cela signifie donc que d'autres secteurs en sont exclus et devrait alors, comme dans le cas de la loi Macron, conduire à ne pas accepter que la mesure soit généralisée à l'ensemble de l'économie. Le débat de la légalité du dispositif n'est donc peut-être pas totalement clos, et quand bien même il le serait, cela n'enlève rien, comme nous l'avons souligné précédemment, à la question des atteintes graves portées à l'efficacité économique qui doit être appréhendée de façon indépendante et justifie pleinement les inquiétudes largement présentes en Polynésie française.

4. Le retour à une injonction structurelle propre au secteur de la distribution

Qu'il s'agisse de la métropole ou des outre-mer, à l'exception de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, la notion d'injonction structurelle a toujours été réservée au secteur du commerce de détail. On peut comprendre ce choix dès l'origine de la

³⁰ Voir exemple : Rey P. et Tirole J., 2000, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La Documentation française, Paris ; ou : Biscourp P., Boutin X. et Vergé T., 2013, « The effects of Retail Regulations on Prices : Evidence from the loi Galland », *Economic Journal*, Vol. 123, pp. 1279-1312.

³¹ Conseil constitutionnel, n° 2013-3 LP, 1^{er} octobre 2013 et Conseil d'Etat n° 383318, 19 décembre 2014.

³² Conseil constitutionnel, n° 2015-715 DC, 5 août 2015.

création de l'instrument, qui voulait pouvoir répondre à d'éventuelles positions de monopole local dans la distribution, consécutivement à l'assouplissement du contrôle des implantations commerciales. De fait, c'est bien d'une réponse à d'éventuels problèmes de concurrence liés à de la croissance interne des distributeurs que l'on souhaitait pouvoir répondre. En Polynésie française, tout au long des débats qui ont pu se dérouler lors du long processus de construction d'un droit local de la concurrence, c'est également sur le secteur de la distribution de détail, et souvent même de la distribution à dominante alimentaire, que les attentions se sont focalisées³³. Rien ne justifie donc *a priori* de sortir du cadre de la distribution pour l'application du pouvoir d'injonction structurelle et l'application de cet outil redoutable pose suffisamment de questions pour avancer avec circonspection dans son usage. Rappelons à cet égard qu'il n'a jamais été activé, ni en métropole, ni en outre-mer et que nous ne disposons donc à l'heure actuelle d'aucune pratique décisionnelle ni jurisprudence permettant de cerner ses contours ou les modalités de son application.

Par ailleurs, s'en tenir au seul secteur de la distribution soulève déjà en Polynésie française nombre de questions qui, pour l'instant, réclament encore des réponses plus affinées que les éléments dont on dispose. Le droit de la concurrence polynésien réfère à deux reprises, spécifiquement au secteur de la distribution (en dehors bien évidemment du contrôle des surfaces commerciales, dont il n'est pas question ici³⁴). Le premier point concerne le contrôle des concentrations, pour lequel des seuils abaissés, propres à la distribution, sont pris en compte, tout comme dans le droit français. La distribution considérée est alors celle du commerce de détail à dominante alimentaire. La seconde est l'injonction structurelle, dans sa version visant les parts de marché supérieures à 35 %, pour laquelle il est question d'une « zone de chalandise », ce qui empêche comme cela a été souligné plus haut de savoir quel est exactement le secteur visé.

Pour savoir à quels types de commerce devrait pouvoir s'appliquer l'injonction structurelle, il est opportun de s'interroger sur ce que nous savons à l'heure actuelle des marchés pertinents en Polynésie française en matière de commerce, et notamment de commerce de détail à dominante alimentaire, qui sont les plus souvent au cœur des discussions.

Si l'on regarde de ce point de vue la pratique de l'Autorité polynésienne de la concurrence, il apparaît clairement que, jusqu'ici, elle repose sur un schéma emprunté à la métropole. Ainsi, l'observatoire des concentrations considère les « grandes surfaces », telles que définies selon les critères de la métropole³⁵. Ainsi, sont réunis au sein d'un même ensemble les hypermarchés (plus de 2 500 m²) et les supermarchés (entre 400 et 2 500 m²), tandis que les supérettes (entre 120 et 400 m²) rejoignent les commerces d'alimentation générale (moins de 120 m²), par opposition aux grandes surfaces. L'observatoire des concentrations s'intéresse ensuite à la définition des parts de marché de chacun des

³³ Voir : Montet C. et Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : Une utopie ?*, éditions Au Vent des Îles, Tahiti.

³⁴ On pourra sur ce point consulter : 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*, Vol. 58, février, pp. 23-31.

³⁵ Voir les rapports 2016 et 2017 de l'observatoire des concentrations.

opérateurs, celles-ci étant calculées en fonction du chiffre d'affaires global des commerces concernés, tous rayons confondus, comme c'est le cas en métropole.

La reprise directe de la catégorisation française des types de magasins ne s'impose pourtant pas immédiatement comme pertinente en Polynésie française. On sait en effet que ce découpage dépend d'un certain nombre de comportements des consommateurs et de la nature des commerces, qui ne sont pas nécessairement transposables à Tahiti. Que sait-on en effet, sur l'île, de la zone de chalandise des magasins et du comportement des consommateurs ? Les temps de transport et de déplacement des consommateurs, qui servent habituellement de référence pour déterminer des attractions différentes des magasins selon leur taille et les biens que l'on peut s'y procurer sont très certainement affectés dans une économie insulaire par rapport à ce que l'on peut connaître en métropole. Quel est le rôle joué par le fait que, sur une île, le maillage routier est pour ainsi dire inexistant, chacun empruntant pour ses déplacements une route unique qui ceinture l'île ? Le fait que Tahiti soit divisée en deux côtes, séparées par sa capitale Papeete ne serait-il pas de nature à segmenter le marché ? Qu'en est-il des migrations professionnelles quotidiennes qui drainent une partie non négligeable de la population de l'île vers son centre économique qui est Papeete, conduisant chacun à passer devant une succession de points de vente divers ? Ne doit-on pas tenir compte – du fait des sens de circulation uniques et des complexités à effectuer des demi-tours, ainsi que des embouteillages – du positionnement géographique du magasin ? Il est en effet plus aisé de s'arrêter dans un magasin se trouvant du « bon » côté de la route, dans le sens du retour du travail (soit côté mer pour la côte ouest et côté montagne pour la côte est)³⁶.

L'ensemble de ces questions devrait conduire à se demander si la porosité des types de commerce n'est pas plus importante que celle que l'on peut observer en métropole. Cela est d'autant plus vrai que l'on n'observe pas, en Polynésie française, de gigantisme des surfaces de distribution : peu d'hypermarchés et des supermarchés de taille relativement modestes. Dans la commune de Punaauia, par exemple, on trouve en l'espace de moins de 7 km six magasins à dominante alimentaire différents qui sont des hypermarchés, des supermarchés ou des supérettes : Carrefour Moana Nui, Supermarché Marina, LS Week-end, Super Manava, LS Proxy, Super U Tamanu. Comment ne pas considérer qu'ils sont en concurrence les uns avec les autres ? Quel sens cela a-t-il encore de s'en référer à la notion métropolitaine de grandes surfaces, qui évince alors arbitrairement les supérettes, pourtant très actives, de la zone ?

Le calcul des parts de marché effectué par l'APC, qui se base sur le chiffre d'affaires global des établissements, ne permet sans doute pas non plus de rendre pleinement compte de la réalité des phénomènes. Les petits supermarchés n'ont en effet quasiment que des linéaires destinés à l'alimentation (ainsi qu'un peu de produits d'hygiène et d'entretien), tandis que les hypermarchés ont des rayons en plus grand nombre qui concerne l'équipement, le bricolage, le jardinage, la décoration, la papeterie, *etc.* Ainsi, au sein des catégories retenues, l'hétérogénéité des magasins est sans doute bien plus forte à Tahiti qu'en métropole. Or, les recettes réalisés sur ces rayons, que les plus petites surfaces de la catégorie retenue ne

³⁶ Tout au moins si aucun carrefour ni rond-point ne permet de faciliter l'accès à l'autre côté de la voie.

possèdent pas, conduisent à augmenter artificiellement la part de marché des plus grands points de vente, sans pour autant que cela traduise la réalité de la puissance de la part de marché sur l'alimentaire. Si l'on accepte l'argument précédent selon lequel la porosité entre supérettes et grandes surfaces est accrue par rapport à la métropole, cela renforce encore les difficultés générées par ce mode de calcul, les supérettes ayant un chiffre d'affaires quasi exclusivement réalisé sur l'alimentation.

De même, la présence de ces rayons spécialisés importants chez les plus grands opérateurs à dominante alimentaire interroge également sur la porosité que ces magasins entretiennent avec les grandes surfaces spécialisées (GSS) dans le bricolage, le jardinage, l'électroménager, *etc.* Là encore, alors qu'il est considéré comme acquis que les marchés sont disjoints en métropole, cela reste à étudier et à prouver à Tahiti. Quiconque a cherché à acheter un équipement spécifique, par exemple en matière de jardin ou de bricolage, sait pertinemment que des enseignes généralistes (Carrefour ou Système U) font partie des choix possibles, pour les consommateurs tahitiens, au même titre que des enseignes spécialisées (Hyper Brico ou M. Bricolage).

Ces réflexions incitent, dans le cadre de la définition du champ d'application du pouvoir d'injonction structurelle, à opter plutôt pour une prise en compte de l'ensemble du commerce de détail, et pas seulement du commerce de détail à dominante alimentaire. Notons enfin qu'une autosaisine de l'APC est actuellement en cours sur les mécanismes d'importation et de distribution, dont on pourrait peut-être espérer une meilleure définition du contour des marchés polynésiens du commerce détail qui permette de dépasser le schéma métropolitain dans lequel s'inscrit jusqu'ici l'APC avec l'observatoire des concentrations. Malheureusement, cette autosaisine n'a pour l'instant fait l'objet d'aucune publication, en dépit de son ancienneté, puisqu'elle a débuté voilà deux ans, en février 2016³⁷.

Conclusion : bilan et proposition

Le pouvoir d'injonction structurelle est intéressant pour la Polynésie française. Celle-ci s'étant dotée très tardivement d'un droit de la concurrence, il peut être utile d'autoriser un retour sur des situations déjà acquises, à la condition expresse cependant qu'il soit démontré que ce retour est indispensable. Comme l'a souligné l'Autorité de la concurrence métropolitaine dès 2010, la version française des injonctions structurelles est inopérante, du fait de l'extrême rareté des situations dans lesquelles elle pourrait être activée, puisqu'elle impose la persistance des pratiques. De fait, il n'est donc pas opportun de conserver la partie du droit polynésien qui la reprend, c'est-à-dire le I. de l'article LP. 641-3 du code de la

³⁷ Des travaux similaires ont par ailleurs été conduits par l'Autorité de la concurrence métropolitaine en 2009 pour les DOM et en 2012 pour la Nouvelle-Calédonie.

concurrence, ce qui permettrait également de résoudre le problème de cohérence entre le I. et le II. de cet article (*cf. supra*).

Cependant, la version ultramarine de la loi Lurel, encore durcie par le droit calédonien, et que le code polynésien a reprise présente des risques trop importants, tant en termes de respect des droits des entreprises que d'inefficacités économiques (effets pervers). Concernant le pouvoir d'injonction structurelle calédonien, nous avons relevé dès sa création qu'on pouvait « *être circonspect quant à la décision d'avoir doté une jeune autorité d'un tel moyen de rétorsion* »³⁸. Cette remarque reste évidemment pleinement valable pour l'APC et nous conduit à formuler un certain nombre de vœux pour diminuer la dangerosité du pouvoir polynésien d'injonction structurelle tout en conservant son efficacité.

Il conviendrait selon nous, et comme cela a été justifié plus haut, de restreindre son application au secteur du commerce de détail, conformément à ce qui justifie initialement la création du dispositif et compte tenu des études qui restent à mener pour définir correctement les contours des marchés polynésiens de distribution. De même, il apparaît fondamental, au regard de l'ampleur des effets pervers générés par l'existence d'une sanction sans faute, notamment en matière d'investissement et de récompense des mérites de l'entreprise, d'imposer qu'une faute préalable soit commise. Ainsi le déclenchement de l'injonction structurelle devrait être conditionné à un abus de position dominante.

Il ne semble cependant pas raisonnable d'autoriser l'injonction structurelle dès le premier abus de position dominante. Le code de la concurrence prévoit en effet déjà des sanctions pécuniaires, mais surtout, la sanction par une cession d'actifs serait disproportionnée pour un premier abus. Notons à cet égard que les entreprises polynésiennes découvrent le droit de la concurrence et qu'il convient d'en avoir une application pédagogique. En l'espèce, les contours de la notion d'abus de position dominante sont parfois complexes et mieux vaut se garder de sanctions qui seraient contreproductives dans un contexte de mise en œuvre du droit, dans lequel l'acceptation de la règle et le développement d'une culture de la concurrence prennent une place particulière. D'un autre côté, on sait que le critère de persistance de l'abus présent en droit métropolitain rend inopérante l'injonction structurelle et il convient donc de trouver une formulation alternative permettant de concilier efficacité du dispositif et impossibilité de contraindre à une cession d'actifs dès le premier abus. L'introduction d'une notion de réitération semble de nature à résoudre ce double objectif : dès le second abus illicite, l'injonction structurelle pourrait alors être prononcée, même s'il ne s'agit pas d'une persistance du même abus, mais d'une autre infraction, possiblement sur un marché distinct ou à l'égard d'un concurrent différent.

Enfin, la procédure pourrait être clarifiée et sécurisée en supprimant la référence aux prix ou marges élevés, trop sujette à caution et porteuse d'un risque d'administration des prix, ainsi que la procédure préalable d'engagement, qui fait craindre une dérive de régulation sectorielle *ex-ante*. Enfin, le contradictoire pourrait être renforcé, la suppression de la séance devant le collège n'étant pas justifiée, et l'introduction d'un délai minimal nécessaire avant la réalisation de la cession d'actifs – conformément aux modifications opérées en droit français

³⁸ Venayre F., 2014, *op. cit.*

par la loi Macron – pourrait réduire les risques d'une cession à un prix spoliateur en se donnant le temps de travailler à la recherche d'un repreneur fiable et crédible.

Ainsi, une rédaction alternative de l'article LP. 641-3 du code de la concurrence polynésien pourrait être la suivante :

*« **En cas d'exploitation abusive d'une position dominante** de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, l'Autorité peut procéder aux injonctions et aux sanctions pécuniaires prévues au I de l'article LP. 641-2.*

*Si les injonctions prononcées et les sanctions pécuniaires appliquées n'ont pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante, **ou ont conduit à constater un nouvel abus de position dominante**, l'Autorité peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, **et à l'issue d'une séance devant le collège**, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, **dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois**, à la cession d'actifs³⁹ 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. »*

³⁹ Le terme d'actifs est substitué à celui de surfaces, conformément à l'évolution observée également en droit français.