

## Décision du Tribunal administratif n° 2300493 du 28 mai 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 20 octobre 2023 et des mémoires enregistrés les 26 janvier et 29 février 2024, la Sarl Cap Ingénierie, représentée par Me Bouyssié, demande au tribunal :

1°) à titre principal, d'annuler la décision n° 15702/MEF/DGAE du 11 août 2023 portant amende administrative d'un montant de 3 500 000 F CFP, subsidiairement de moduler l'amende administrative et de la fixer à la somme de 350 000 F CFP ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 250 000 F CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la motivation, telle qu'elle résulte du procès-verbal (PV) joint au courrier de notification, témoigne de l'absence de neutralité du contrôle ; l'auteur admet l'existence d'un lien de causalité directe entre la sanction et l'exercice d'une voie de droit, révélant ainsi une violation caractérisée du principe d'impartialité ; le PV relève ainsi que la fédération générale du commerce (FGC), syndicat interprofessionnel dont le gérant de la Sarl Cap Ingénierie était le président au moment des faits, a saisi la juridiction administrative d'un recours contre la loi du pays n° 2015-4 du 14 avril 2015 et avait spécifiquement demandé l'annulation des dispositions de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2021, réglementation qui interdisait les réductions sous quelque forme que ce soit sur les produits PPN ;

- la décision attaquée est entachée d'une erreur d'appréciation ; le comportement incriminé sur les exercices 2020 et 2021 existait en 2019, date à laquelle la requérante avait déjà été contrôlée ; ces accords scrupuleusement examinés, n'ont donné lieu à aucune critique ; il ne peut s'en déduire qu'une absence d'illicéité ou une tolérance ; cette tolérance de l'administration est à l'origine de la reconduction de ces accords et par suite du manquement à l'origine de la sanction administrative ; l'agent de contrôle verbalisateur était également membre de l'équipe, qui a réalisé le contrôle sur l'exercice de 2019 à l'occasion duquel les accords de coopération avaient été examinés ; l'administration ne pouvait ignorer que le recours que la FGC avait initié avait été rejeté par le conseil d'État le 1er avril 2015 et par suite de la licéité des dispositions introduites par la loi du pays de 2015 ;

- l'application soudaine d'une loi, dont la méconnaissance avait été tolérée, porte atteinte au principe de sécurité juridique ; la DGAE se prévaut d'un courrier daté du 31 juillet 2015 aux termes duquel il est indiqué : " les mentions obligatoires en matière de coopération commerciale seront définies par voie d'arrêté en conseil des ministres " ; cette mention démontre que ce texte n'était pas applicable ;

- la SARL Cap Ingénierie revendique son propre droit à l'erreur ; droit qui implique de ne pas sanctionner celui qui commet, de bonne foi, une illégalité pour la première fois ;

- les différentes actions entreprises par son gérant depuis 2015 (interventions pour des arbitrages, précisions, interprétations, accords de coopération présentés aux agents de la DGAE, demandes de

clarification des dispositifs légaux, demandes d'élaborer des modèles de contrat de coopération) sont à l'origine de ce contrôle rétroactif ;

- les contrats de coopération commerciale prévoient une compensation modélisée des " casses et pertes " ; la DGAE a estimé que ces contrats traduisent des remises interdites ou des avantages financiers profitant exclusivement à la société Cap Ingénierie et nuisant aux fournisseurs ; la remise commerciale évoquée dans le contrat doit s'entendre comme un geste commercial ; les contrats litigieux traduisent une opération de compensation, qui n'est pas critiquable dès lors qu'elle trouve sa cause première et déterminante dans la survenue ou la découverte d'un défaut de qualité alors que le fournisseur n'opère aucune reprise ; les fournisseurs sont les premiers demandeurs de solutions pragmatiques laissant au distributeur le soin de procéder à l'écart de produits abîmés ou invendables, afin de modéliser " le taux de casse " tout en profitant de la démarche " qualité " du distributeur ; contrairement à ce qu'a retenu la DGAE l'avantage consenti par le fournisseur de " vrac " correspond bien à un service de coopération commerciale ; contraindre les distributeurs à supporter le taux de casse reviendrait à leur imposer de vendre à perte ; lorsque le gérant de la société a sollicité un conseil auprès de la DGAE, le 24 septembre 2021, il lui a été suggéré de privilégier, à compter de l'année 2022, la pratique de l'avoir ou de l'échange avec les fournisseurs en cas de marchandises défectueuses ;

- l'amende de 3 500 000 F CFP est manifestement disproportionnée au regard du comportement reproché ; la bonne foi de la société devra être prise en compte ; les démarches entreprises en toute bonne foi et loyauté sont à l'origine d'un contrôle de l'ensemble des magasins sous enseigne LS Proxi alors que les grands groupes semblent épargnés ; l'enquête n'a pas permis d'établir que ces accords étaient à l'origine d'un bénéfice susceptible d'objectiver la proportionnalité d'une amende administrative de 3 500 000 F CFP ;

- la société CAP ingénierie intervient en tant que mandataire, elle n'est pas distributeur ; elle ne perçoit aucune forme de remise ;

- la sanction prononcée procède d'un détournement de pouvoir dès lors que les autres entreprises ne font l'objet que de rappel mêmes ne sont pas contrôlées.

Par des mémoires enregistrés le 15 décembre 2023 et 13 février 2024, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par une ordonnance du 15 février 2024, la clôture de l'instruction a été fixée au 4 mars 2024.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- le code de la concurrence ;

- le code des relations entre le public et l'administration ;

- la loi du pays n° 2020-34 du 8 octobre 2020 relative aux relations entre l'administration de la Polynésie française et ses usagers ;

- la loi du pays n° 2021-43 du 7 septembre 2021 visant à encourager l'exemplarité des pratiques

économiques ;

- la loi du pays n° 2015-4 du 14 avril 2015 portant réglementation des pratiques commerciales ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Boumendjel,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Bouyssié pour la Sarl Cap Ingénierie et celles de M. C pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La Sarl Cap Ingénierie intervient notamment pour le compte des magasins d'alimentation exploités sous franchise " LS Proxi " en tant que centrale de référencement. C'est dans ce cadre qu'elle a été amenée à établir des contrats de coopération commerciale avec les mareyeurs et les agriculteurs, qui livrent quotidiennement leur production en vrac. Par courrier du 27 avril 2022 de la direction générale des affaires économiques (DGAE), elle a été informée qu'une enquête relative au respect des dispositions régissant la transparence et la loyauté des relations commerciales dans le secteur de la grande distribution était ouverte à son encontre. Par un courrier du 27 décembre 2022, la DGAE lui a demandé des précisions complémentaires sur la compensation des " casses et pertes " subies par le client lorsque la reprise des produits est impossible. Dans le cadre de la procédure contradictoire, elle a été destinataire du procès-verbal n° 06/DGA/ADM du 5 mai 2023 et un délai d'un mois lui a été accordé pour faire valoir ses observations, qu'elle a formulées par courrier du 21 juillet 2023. La DGAE a, par courrier du 11 août 2023, prononcé à son encontre une amende administrative d'un montant de 3 500 000 F CFP. Par la présente requête, la SARL Cap Ingénierie, demande au tribunal d'en prononcer l'annulation.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. En premier lieu, la circonstance que la fédération générale du commerce (FGC), syndicat interprofessionnel dont le gérant de la SARL Cap Ingénierie était le président, ait saisi la juridiction administrative d'un recours contre la loi du pays n° 2015-4 du 14 avril 2015 et avait, en cette occasion, demandé, notamment, l'annulation de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2021 n'est pas, à elle seule, de nature à établir la partialité alléguée. En effet, ainsi que le relève la Polynésie française en défense, d'une part, ce recours a été rejeté par le Conseil d'État le 1er avril 2015 par un arrêt n° 386768 et, d'autre part, en faisant référence à cette action juridictionnelle, l'auteur du procès-verbal a entendu caractériser le caractère intentionnel de l'infraction dès lors que ces dispositions ne pouvaient de ce fait être ignorées du gérant de la société. Dans ces conditions, alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'enquête diligentée ait été réalisée en rétorsion de l'action juridictionnelle exercée par la fédération générale du commerce, au demeurant rejetée par le Conseil d'Etat, ou des sollicitations du gérant de l'entreprise auprès de la DGAE, le moyen tiré de ce que la sanction prononcée caractérise un manquement au principe d'impartialité doit être

écarté.

3. En deuxième lieu, si la société requérante soutient que la sanction administrative prononcée à son encontre porte atteinte au principe de sécurité juridique, la seule circonstance qu'elle n'ait pas été sanctionnée au titre de l'exercice 2019, alors même que ces conventions et pratiques étaient déjà en vigueur, n'est pas de nature à établir l'existence d'une " tolérance administrative ". Par ailleurs, la Polynésie française fait valoir que le contrôle réalisé en 2019 a été diligenté à l'encontre de la société de distribution de Paea et que la SARL Cap Ingénierie ne peut, en tout état de cause, pas se prévaloir d'une " tolérance administrative ". En outre, les dispositions des articles LP. 410-1 et LP. 410-8 du code de la concurrence ne subordonnent pas leur entrée en vigueur à l'édiction de mesures réglementaires complémentaires et sont suffisamment claires et précises pour s'appliquer. Par suite, le moyen tiré de ce que la sanction prononcée à son encontre porte atteinte au principe de sécurité juridique doit être écarté.

4. En troisième lieu, la société Cap Ingénierie ne se prévaut pas utilement d'un droit à l'erreur, dès lors, d'une part, que les dispositions de l'article L. 123-1 du code des relations entre le public et l'administration ne sont pas applicables en Polynésie française et, d'autre part, qu'un tel droit n'a pas été introduit en Polynésie française par la loi du pays du 8 octobre 2020 relative aux relations entre l'administration de la Polynésie française et ses usagers.

5. En quatrième lieu, aux termes de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence : " I - Les produits de première nécessité et les produits de grande consommation, tels que définis par arrêté pris en conseil des ministres, ne peuvent faire l'objet de remises différées ou de tout autre type de réductions commerciales, sous quelques formes que ce soit, de droits d'entrée, de primes ou de commissions de référencement. / Les produits frais, réfrigérés ou surgelés locaux, non transformés, de l'agriculture, de la pêche et de l'aquaculture, ne peuvent faire l'objet de remises différées, de droits d'entrée, de primes ou commissions de référencement / II - Tout manquement à l'interdiction prévue au I du présent article par l'acheteur, le distributeur ou le prestataire de services est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 500 000 F CFP pour une personne physique et 8 900 000 F CFP pour une personne morale. ". Selon l'article LP. 410-8 du même code : " I - Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat, qualifié de contrat de coopération commerciale, rédigé en double exemplaire détenu par chacune des parties. / Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente. / Toute forme de coopération commerciale ne peut concerner que des services liés à la mise en avant promotionnelle des produits, à l'offre d'espaces promotionnels et à des campagnes publicitaires. / Le contrat de coopération commerciale indiquant le contenu des services et les modalités de leur rémunération est établi, avant leur fourniture, soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application. / Dans tous les cas, la rémunération des

services de coopération commerciale est exprimée en pourcentage du prix unitaire net ou en valeur absolue. La rémunération ainsi exprimée doit être proportionnelle au service rendu. / La charge de la preuve revient à l'opérateur qui a facturé ces services ; il doit justifier de la réalité et de la proportionnalité du service facturé. / II - Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu une convention satisfaisant aux exigences du I du présent article est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 500 000 F CFP pour une personne physique et 8 900 000 F CFP pour une personne morale. "

6. Aux termes du 1) " reprise des produits défectueux" du contrat de coopération commerciale entre la Sarl Cap Ingénierie et " A Plantations " (fournisseur en légumes locaux) : " Le fournisseur s'engage à reprendre les produits présentant un défaut apparent signalé par le client dans les 48 heures suivant la livraison. ". Selon le 2) " compensation des casses les pertes subies par le client " de ce contrat " le fournisseur accord d'une remise de 3 % au client au titre de la compensation des casses et pertes de ce dernier ( ). ". Selon le 2) " compensation des casses et pertes subies par le client dans le cadre de son activité de l'article 2 du contrat de coopération commerciale entre la SARL Cap Ingénierie et "A Frederic" (fournisseur en légumes locaux) : " le fournisseur accord d'une remise de 5 % au client au titre de la compensation des casses et pertes de ce dernier ( ) ". En vertu du 1) " reprise des produits défectueux" du contrat de coopération commerciale entre la SARL Cap Ingénierie et " Ocean Products Tahiti " : " Le fournisseur s'engage à reprendre les produits présentant un défaut apparent signalé par le client le jour même de la livraison. ". Selon le 2) " compensation des casses et pertes subies par le client dans le cadre de son activité " : " Le fournisseur accorde une remise au client au titre de la compensation des casses et pertes de ce dernier, calculé comme suit : Si CA HT mensuel ) à 100 000 F : remise = 1 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 200 000 F : remise = 2 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 300 000 F : remise = 3 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 400 000 F : remise = 4 % du CA HT mensuel ; le CA HT mensuel s'entend par magasin ( ) ". Aux termes du 1) " reprise des produits défectueux" du contrat de coopération commerciale entre la SARL Cap Ingénierie et " Tahiti Nui Fish " : " Le fournisseur s'engage à reprendre les produits présentant un défaut apparent signalé par le client le jour même de la livraison. ". En vertu du 2) " compensation des casses et pertes subies par le client dans le cadre de son activité " de ce contrat : " Le fournisseur accorde une remise au client au titre de la compensation des casses et pertes de ce dernier, calculé comme suit : Si CA HT mensuel ) à 100 000 F : remise = 1 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 200 000 F : remise = 2 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 300 000 F : remise = 3 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 400 000 F : remise = 4 % du CA HT mensuel ; le CA HT mensuel s'entend par magasin ( ) ". En vertu du 1) " reprise des produits défectueux" du contrat de coopération commerciale entre la SARL Cap Ingénierie et " Vini Vini Mareyage " : " Le fournisseur s'engage à reprendre les produits présentant un défaut apparent signalé par le client le jour même de la livraison. ". Aux termes du 2) " compensation des casses et pertes subies par le client dans le cadre de son activité " de ce même contrat : " Le fournisseur accorde une remise au client au titre de la compensation des casses et pertes de ce dernier, calculé comme suit : Si CA HT mensuel ) à 100 000 F : remise = 1 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 200 000 F :

remise = 2 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 300 000 F : remise = 3 % du CA HT mensuel ; Si CA HT mensuel ) à 400 000 F : remise = 4 % du CA HT mensuel ; le CA HT mensuel s'entend par magasin ( ) ".

7. La société Cap Ingénierie fait valoir que les clauses litigieuses des contrats de coopération commerciale citées au point précédent prévoient une compensation modélisée des " casses et pertes " des produits livrés par ces cinq fournisseurs et que les sommes versées ne constituent pas des remises commerciales mais doivent être regardées comme des rabais en contrepartie de l'existence d'un défaut ou d'une non-conformité affectant les produits. Il résulte de l'instruction que l'amende prononcée à l'encontre de la société Cap Ingénierie vient sanctionner les stipulations de cinq contrats de coopération qui prévoyaient la rétrocession, à 10 puis 11 magasins à l'enseigne LS Proxi, d'une partie du chiffre d'affaires réalisé avec trois entreprises de mareyage (1 % du chiffre d'affaires hors taxes à partir de 100 000 F CFP, 2 % à partir de 200 000 F CFP, 3 % à partir de 300 000 F CFP et 4 % à partir de 400 000 F CFP) et deux agriculteurs locaux (3 % du chiffre d'affaires hors taxe mensuel de M. A B et 5 % pour celui de M. A D). Si la société requérante soutient que cette rétrocession vient compenser les " casses et pertes " constatées après la livraison des produits par ces entreprises, la Polynésie française soutient sans être contredite que ces fournisseurs, à l'exclusion de M. B A, étaient contractuellement tenus de reprendre les produits présentant un défaut apparent de qualité dans les 24 heures suivant sa livraison. Par ailleurs, si la société soutient que l'évaluation des " casses et pertes " a pu être modélisée, elle ne produit aucun élément de nature à établir la réalité du modèle dont elle se prévaut. En outre, s'agissant des produits agricoles, elle ne justifie pas de la raison pour laquelle elle retient un pourcentage différent selon le fournisseur. En tout état de cause, l'article LP. 410-1 du code concurrence interdit toute remise différée, droits d'entrée, primes ou commissions de référencement. Par ailleurs, ainsi que le relève la Polynésie française, le pourcentage appliqué aux fournisseurs augmente en fonction du niveau de chiffre d'affaires réalisé alors que si cette disposition avait réellement pour objet de compenser les pertes constatées, ce pourcentage resterait fixe. Au surplus, l'article LP. 410-8 du code de la concurrence limite la coopération commerciale aux seuls services liés à la mise en avant promotionnelle des produits, à offrir des espaces promotionnels ou à proposer des campagnes publicitaires, excluant ainsi la " compensation pertes et casses " alléguée. Par suite, alors que le manquement à l'interdiction prévue au I de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence cité au point 5 peut être relevé à l'encontre de l'acheteur ou d'un prestataire de services, la directrice de la direction générale des affaires économiques n'a pas, en considérant que les stipulations de ces conventions de coopération avaient institué des remises interdites au sens et pour l'application de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence cité au point 2, entaché sa décision d'une erreur d'appréciation.

8. En cinquième lieu, il résulte de l'instruction que l'amende infligée à la société requérante de 3 500 000 F CFP est inférieure aux remises commerciales différées perçues auprès des cinq fournisseurs précités par dix, puis onze magasins à l'enseigne LS Proxi. Le montant de cette amende doit être mis en perspective avec le plafond de l'amende prévue aux articles LP. 410-1 du code de la concurrence cités au point 5. Ainsi, le manquement à l'interdiction de mettre en place des remises différées sur les

produits de première nécessité ou de grande consommation est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 8 900 000 F CFP lorsqu'il est imputable à une personne morale. Il suit de là que la société Cap Ingénierie encourait pour avoir méconnu l'article LP. 410-1 du code de la concurrence auprès de cinq fournisseurs différents une amende pouvant aller jusqu'à 53 400 000 F CFP par an soit 106 800 000 F CFP pour les exercices 2020 et 2021. Par suite, la société Cap Ingénierie n'est pas fondée à soutenir que la sanction prononcée à son encontre est disproportionnée.

9. En sixième lieu, en se bornant à soutenir qu'elle a été sanctionnée alors que d'autres entreprises concurrentes, qui interviennent dans le même secteur d'activité, ne font l'objet que de rappels ou même ne subissent aucun contrôle alors même qu'elles sont dominantes sur le marché de la grande distribution, la société requérante n'établit pas le détournement de pouvoir allégué.

10. En septième et dernier lieu, les dispositions de l'article LP. 410-1 du code de la concurrence citées au point 5 sont applicables aux distributeurs et aux prestataires de services. Aussi, alors même que la société requérante n'a pas directement bénéficié de ces rétrocessions de chiffre d'affaires, la Polynésie française n'a pas, en prononçant la sanction prévue par les dispositions précitées de l'article LP 410-1 du code de la concurrence à l'encontre de la société Cap Ingénierie en sa qualité de centrale de référencement et mandataire des différents magasins, entaché sa décision d'une erreur de droit en lui imputant les manquements relevés.

11. Il résulte de tout ce qui précède que la requête présentée par la société Cap Ingénierie doit être rejetée y compris les conclusions qu'elle présente au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la Sarl Cap Ingénierie est rejetée

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la Sarl Cap Ingénierie et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 14 mai 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 28 mai 2024.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

Le président,

P. Devillers La greffière,

D. Oliva-Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,

Un greffier,

**N°2300493**