

## Décision de la Cour administrative d'appel n° 23PA04166 du 21 mars 2025

Cour d'appel de Paris

1ère chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires en réplique, enregistrés les 27 septembre 2023, 7 février 2024 et 16 mars 2024, la société de distribution de Paea, représentée par Me Bouyssié, demande à la Cour :

1°) d'annuler la décision n° 2023-SC-02 du 8 juin 2023 prise par l'Autorité polynésienne de la concurrence ;

2°) de mettre à la charge de la société commerciale de Paea la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le communiqué publié par l'Autorité polynésienne de la concurrence le 28 février 2022 est irrégulier au regard des dispositions de l'article A. 320-1-2 du code de la concurrence de Polynésie française ;

- l'Autorité polynésienne de la concurrence a méconnu le principe du contradictoire, dès lors qu'elle a dévoilé le secret de ses propres affaires sans que la qualité des personnes présentes lors de la séance lui ait été préalablement communiquée et qu'elle a signé un procès-verbal de séance vierge ;

- le dossier de notification était incomplet ;

- l'Autorité polynésienne de la concurrence a commis une erreur d'appréciation au regard des dispositions des articles LP. 320-3 et LP. 320-3-1 du code de la concurrence de Polynésie française, dès lors qu'elle n'a pas retenu que l'opération projetée est de nature à porter une atteinte excessive à la concurrence ;

- elle a méconnu les dispositions de l'article LP. 320-3-1 du même code, dès lors qu'elle n'a pas procédé à un contrôle au regard des exigences en matière d'aménagement du territoire.

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 novembre 2023, l'Autorité polynésienne de la concurrence, représentée par Me Hubert, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société de distribution de Paea la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par un mémoire en défense et deux mémoires récapitulatifs, enregistrés les 8 février, 6 mars et 3 avril 2024, ainsi que par un mémoire distinct, enregistré le 8 février 2024, non soumis au contradictoire en application des dispositions de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, la société commerciale de Paea, représentée par Me Vogel, conclut, dans le dernier état de ses écritures, au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société de distribution de Paea la somme de 49 900 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la concurrence de la Polynésie française ;

- 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 Mme Irène Jasmin-Sverdlin,
- les conclusions de M. Jean-François Gobeill, rapporteur public,
- les observations de Me El Aoufir substituant Me Vogel, pour la société commerciale de Paea,
- et les observations de Me Hubert, pour l'Autorité polynésienne de la concurrence.

Considérant ce qui suit :

1. La société commerciale de Paea, appartenant au groupe Wane, a notifié à l'Autorité polynésienne de la concurrence un projet de création d'un magasin de commerce de détail d'une superficie de 780 m<sup>2</sup>, sous l'enseigne " Champion ", dans la commune de Paea à Tahiti. Par une décision du 20 mai 2021, l'Autorité polynésienne de la concurrence a autorisé la création du magasin. Par un arrêt n°s 21PA04221, 21PA04223 du 13 avril 2023, la Cour administrative d'appel de Paris a annulé cette décision et a enjoint à l'Autorité polynésienne de la concurrence de réexaminer l'opération notifiée par la société commerciale de Paea. Par une décision n° 2023-SC-02 du 8 juin 2023, l'Autorité polynésienne de la concurrence a, après réexamen, autorisé la création du magasin. Cette décision a été publiée sur le site de l'Autorité polynésienne de la concurrence le 23 juillet suivant. La société de distribution de Paea, qui exploite un magasin de détail sous l'enseigne " LS Proxi " dans la commune de Paea, demande à la Cour d'annuler cette décision.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

En ce qui concerne l'irrégularité du communiqué de l'Autorité polynésienne de la concurrence du 6 avril 2021 :

2. Aux termes de l'article A. 320-1-2 du code de la concurrence de la Polynésie française alors applicable : " La réception de la notification d'une opération fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité polynésienne de la concurrence sur son site internet ou au Journal officiel de la Polynésie française, dans les dix jours ouvrables à compter de sa réception. / Le communiqué prévu à l'alinéa précédent contient les éléments définis ci-après : les noms de l'exploitant ou du futur exploitant des surfaces commerciales concernées ; la nature de l'opération ; la localisation de la surface commerciale concernée ; le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations ; un résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties. ".

3. La société requérante soutient que le communiqué de l'Autorité polynésienne de la concurrence du 6 avril 2021 est irrégulier, dès lors qu'il ne contient pas les éléments relatifs à la nature de l'opération, la localisation de la surface de vente concernée et au délai dans lequel les tiers sont invités à faire connaître leurs observations.

4. En premier lieu, si la société requérante soutient que le communiqué en cause est irrégulier en raison d'une indication erronée de l'implantation du magasin projeté " côté montagne " et non " côté mer ", cette seule circonstance ne suffit pas à emporter l'irrégularité de ce communiqué, dès lors que celui-ci indique bien la localisation du projet en cause, situé sur la même parcelle, au " PK 21 " dans la

commune de Paea à Tahiti. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le communiqué est irrégulier au regard de ses mentions relatives à la localisation de la surface commerciale concernée.

5. En deuxième lieu, il est constant que le communiqué indique de manière explicite, et à deux reprises, la nature de l'opération projetée, à savoir la " construction et [l']exploitation d'un commerce de détail, supermarché d'une surface commerciale de 780 m<sup>2</sup> qui sera exploité sous l'enseigne " Champion ". Ainsi, la seule circonstance que le communiqué mentionne un " changement d'enseigne d'une surface commerciale " n'est pas de nature à emporter l'irrégularité de ce communiqué, une telle mention relevant d'une erreur matérielle. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que ledit communiqué est irrégulier au regard de ses mentions relatives à la nature de l'opération envisagée.

6. En dernier lieu, si la société requérante fait valoir que le délai de dix jours imparti aux tiers pour présenter leurs observations, mentionné par le communiqué, n'a pas été respecté, il ressort cependant des pièces du dossier que ledit communiqué a fait l'objet d'une publication sur le site internet de l'Autorité polynésienne de la concurrence le 6 avril 2021, conduisant à un délai de dix jours ouvrés pour la présentation d'observations par les tiers. Au surplus, il ressort des pièces du dossier que les tiers, dont la société requérante, ont pu présenter leurs observations sur le projet. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le communiqué litigieux serait entaché d'irrégularité en raison d'un délai insuffisant laissé aux tiers pour présenter leurs observations.

7. Il résulte de ce qui précède que la société de distribution de Paea n'est pas fondée à soutenir que le communiqué publié par l'Autorité polynésienne de la concurrence est entaché d'irrégularités.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe du contradictoire :

8. Aux termes de l'article LP. 630-2 du code de la concurrence de la Polynésie française alors applicable : " L'instruction et la procédure devant l'Autorité sont contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article LP. 630-4 relatives à la sauvegarde du secret des affaires. () ". Aux termes de l'article LP. 630-5 du même code alors applicable : " Les séances de l'Autorité ne sont pas publiques. Seules les parties, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister. / L'Autorité peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information. Le rapporteur général peut présenter des observations. () ". Aux termes de l'article 113-3-03 du règlement intérieur de l'Autorité polynésienne de la concurrence : " () Lorsque l'Autorité a décidé d'entendre une ou plusieurs personnes en application du deuxième alinéa de l'article LP 630-5 du code de la concurrence, celles-ci sont introduites dans la salle des séances et entendues séparément, en présence des parties, sous réserve des dispositions spécifiques à chaque procédure. Elles peuvent ensuite être confrontées entre elles. Elles sont invitées à quitter la salle des séances après avoir été entendues et, le cas échéant, confrontées. () ". Aux termes de l'article 113-3-05 du même règlement : " () Le procès-verbal est signé par le président de séance et par le secrétaire de séance. () ".

9. Il ressort des dispositions précitées que la présence des tiers intéressés lors de la séance n'est pas obligatoire et qu'il n'appartient pas à l'Autorité polynésienne de la concurrence de les informer de la

qualité des personnes présentes. Ainsi, la société requérante ne peut utilement soutenir que l'Autorité polynésienne de la concurrence a méconnu le principe du contradictoire en ne lui communiquant pas au préalable l'identité des personnes présentes lors de la séance. Par ailleurs, la société requérante ne peut invoquer la violation du secret des affaires, dès lors qu'il ressort de ses propres écritures, en page 22 de la requête, qu'elle a elle-même dévoilé les informations la concernant. Enfin, il ressort des dispositions de l'article 113-3-05 du règlement intérieur de l'Autorité que le procès-verbal est signé par le président et le secrétaire de séance et non par les tiers invités à présenter leurs observations. Par suite, la société de distribution de Paea n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée a été prise en méconnaissance du principe du contradictoire.

En ce qui concerne l'incomplétude du dossier de notification :

10. Aux termes du 1/ C. du III de l'annexe IV du code de la concurrence de la Polynésie française alors applicable : " Pour chaque marché amont de l'approvisionnement concerné, où les parts de marché de l'exploitant ou futur exploitant et, le cas échéant, au groupe auquel il appartient sont supérieures à 25%, le dossier de notification contient les informations suivantes : (a) une estimation de l'importance du marché en valeur ; (d) l'identité, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique des responsables des principaux fournisseurs ainsi que la part que représente chacun de ces clients dans le chiffre d'affaires de l'exploitant ou futur exploitant et, le cas échéant, du groupe auquel il appartient ; )".

11. La société requérante soutient que la société notifiante n'a pas fourni une estimation du marché en valeur, dès lors qu'elle n'a pas transmis à l'Autorité polynésienne de la concurrence de données relatives à la taille du marché alimentaire, aux volumes achetés par ses concurrents, ainsi qu'à la part qu'elle représente chez ses fournisseurs. S'il est constant que les données sur la taille du marché alimentaire à l'achat, sur les volumes achetés par ses concurrents ou encore sur la part que la société notifiante représente chez ses fournisseurs n'ont pas été versées au dossier de notification, il ressort des dispositions précitées de l'annexe IV du code de la concurrence de Polynésie française que de telles informations ne sont pas exigées pour l'appréciation de l'estimation du marché en valeur, les données commerciales propres aux fournisseurs et concurrents de la société notifiante étant, du reste, confidentielles et ne pouvant être communiquées par une société tierce. En revanche, il ressort des pièces du dossier que la société commerciale de Paea a communiqué les informations relatives à ses propres achats et ventes pour chaque segment défini par l'Autorité polynésienne de la concurrence. En outre, il ressort de ces pièces que, dans la procédure de réexamen conduite par l'Autorité polynésienne de la concurrence en exécution de l'arrêt de la Cour du 13 avril 2023, des informations complémentaires ont été sollicitées par l'Autorité auprès de la société notifiante et de ses concurrents, dont la société requérante. La société commerciale de Paea, en conséquence, doit être regardée comme ayant fourni une estimation de l'importance du marché en valeur. Par suite, la société de distribution de Paea n'est pas fondée à soutenir que le dossier de notification est incomplet.

En ce qui concerne l'atteinte excessive à la concurrence :

12. Aux termes de l'article LP. 320-3 du code de la concurrence de la Polynésie française, dans sa

version applicable au litige : " I. L'autorité peut : () 2° soit interdire l'opération envisagée si elle estime que le projet est susceptible de porter une atteinte excessive à la concurrence ". Aux termes de l'article LP. 320-3-1 du même code alors applicable : " I. Lorsqu'une opération d'aménagement commercial fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité polynésienne de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte excessive à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante. Elle apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. () ".

13. La société requérante soutient que l'Autorité polynésienne de la concurrence a commis une erreur d'appréciation au regard des dispositions précitées dès lors qu'elle n'a pas retenu l'atteinte excessive à la concurrence en raison d'une analyse concurrentielle fondée sur un postulat erroné et du renforcement de la position dominante du groupe Wane auquel la société notifiante appartient.

14. En premier lieu, la société requérante soutient que l'Autorité polynésienne de la concurrence a, dans le contexte particulier de la Polynésie française, méconnu l'étendue de sa compétence, en ne contrôlant pas les opérations de concentration. Il ressort toutefois des termes de la décision en litige que cette autorité a rappelé le principe de la liberté d'entreprendre dans le cadre de son contrôle, limité, aux termes de l'article LP. 320-3-1 du code de la concurrence de Polynésie française précité, à l'atteinte excessive à la concurrence. Par ailleurs, il est constant que le contrôle des opérations de croissance interne et celui des opérations de concentration sont régis par des dispositions différentes. Dès lors, il n'appartient pas à l'Autorité polynésienne de la concurrence d'opérer un contrôle de l'opération projetée au regard des dispositions relatives au contrôle des concentrations, le législateur polynésien ayant intégré au code de la concurrence de la Polynésie française des dispositions spécifiques au contrôle des opérations de croissance interne. Le moyen tiré de la méconnaissance par l'Autorité polynésienne de la concurrence de l'étendue de sa compétence sera, par conséquent, écarté.

15. En deuxième lieu, la société requérante ne peut utilement soutenir que l'Autorité polynésienne de la concurrence a commis une erreur d'appréciation au regard de la position dominante du groupe Wane dès lors qu'elle a explicitement retenu la position dominante du groupe Wane sur l'ensemble des marchés pertinents.

16. En dernier lieu, la société requérante soutient que l'Autorité polynésienne de la concurrence a retenu à tort que l'opération aurait pu être réalisée par un concurrent du groupe Wane, qu'elle n'est pas de nature à créer des barrières à l'entrée ou à l'expansion et de proposer une offre diversifiée, que, sur le marché amont, il n'est pas établi que le groupe Wane serait susceptible de refuser d'acheter ou de distribuer les produits des opérateurs actifs et enfin, que sur le marché aval, l'opération envisagée porterait une atteinte excessive à la concurrence dès lors qu'il n'a pas été démontré qu'il n'existe pas pour les acheteurs des solutions alternatives d'approvisionnement concernant les marques distribuées exclusivement par le groupe Wane. Toutefois, en invoquant seulement des considérations politiques générales, non circonstanciées au cas d'espèce, la société requérante ne relève aucun élément de droit ou de fait et ne verse au dossier aucune pièce de nature à remettre en cause cette appréciation. Par ailleurs, d'une part, il ressort de la décision attaquée que l'opération projetée conduit à un incrément

minime de la part de marché du groupe Wane sur le marché aval à hauteur de trois points de pourcentage, et de [0-5] % sur le marché amont, lequel n'est pas de nature à renforcer la position dominante du groupe. D'autre part, il ressort des pièces du dossier que les concurrents du groupe Wane peuvent bénéficier de solutions alternatives et proposer la vente de produits substituables à ceux proposés exclusivement par le groupe Wane. En outre, les personnes entendues par l'Autorité polynésienne de la concurrence, notamment les concurrents du groupe Wane, n'ont pas présenté d'observations relatives à des comportements anticoncurrentiels de ce groupe, consistant notamment en un refus de vendre ou d'acheter des produits proposés par ces concurrents, comportements qui, le cas échéant, pourraient être sanctionnés au titre des dispositions de l'article LP. 200-2 du code de la concurrence de Polynésie française. Il ne ressort pas davantage de ces pièces que la possession et l'achat de terrains par le groupe Wane généreraient un risque de " gel du foncier " à Tahiti. Enfin, il ressort des pièces du dossier que l'opération projetée permettra de proposer une diversification de l'offre alimentaire et non alimentaire à des prix plus bas. Ainsi, il résulte de ce qui précède que l'opération projetée n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à la concurrence.

Sur l'absence d'un examen des exigences d'aménagement du territoire :

17. Aux termes des dispositions de l'article LP. 320-3-1 du code de la concurrence de Polynésie française alors applicables : " " () L'Autorité peut également veiller à ce que les projets visés à l'article LP. 320-1-1 répondent aux exigences d'aménagement du territoire. () " .

18. Il résulte de ces dispositions que la société requérante ne peut utilement soutenir que l'Autorité polynésienne de la concurrence s'est, à tort, abstenue de procéder à un contrôle des exigences en matière d'aménagement du territoire, dès lors que les dispositions citées au point précédent ne prescrivent pas qu'un tel contrôle est obligatoire. Par suite, il y a lieu d'écarter le moyen comme étant inopérant. En tout état de cause, il ressort des termes de la décision contestée, points 100 à 110, que l'Autorité polynésienne de la concurrence a consulté la direction de la construction et de l'aménagement et la mairie de Paea sur le projet envisagé.

19. Il résulte de tout ce qui précède que la société de distribution de Paea n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision n° 2023-SC-02 du 8 juin 2023 prise par l'Autorité polynésienne de la concurrence.

Sur les frais de l'instance :

20. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société commerciale de Paea, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société de distribution de Paea à ce titre.

21. Dès lors que l'Autorité polynésienne de la concurrence n'est pas pourvue de la personnalité morale, ses conclusions revendiquant le bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être regardées comme tendant à ce que les sommes réclamées à ce titre soient versées à la Polynésie française. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société de distribution de Paea le versement d'une somme de 1 500 euros à la Polynésie française et de la même somme à la société commerciale de Paea, en application de ces dispositions.

**DÉCIDE :**

Article 1er : La requête de la société de distribution de Paea, SARL SDP est rejetée.

Article 2 : La société de distribution de Paea, SARL SDP versera, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la somme de 1 500 euros à la Polynésie française, et la somme de 1 500 euros à la société commerciale de Paea.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société de distribution de Paea, SARL SDP, à l'Autorité polynésienne de la concurrence et à la société commerciale de Paea.

Copie en sera adressée à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 6 février 2025, à laquelle siégeaient :

- M. Ivan Luben, président de chambre,
- Mme Irène Jasmin-Sverdlin, première conseillère,
- Mme Hélène Brémeau-Manesme, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 21 mars 2025.

La rapporteure,

I. JASMIN-SVERDLIN Le président,

I. LUBEN

La greffière,

Y. HERBER

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.