Décision de la Cour administrative d'appel n° 22PA03715 du 03 avril 2025

Cour d'appel de Paris
1ère chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête, deux mémoires et des pièces complémentaires, enregistrés les 5 août 2022, 17 novembre 2022, 3 février 2023 et 20 décembre 2024, la SARL RMetCo, représentée par Me Bouyssié, demande à la Cour :

1°) d'annuler la décision n° 2022-SC-05 du 6 avril 2022 prise par l'Autorité polynésienne de la concurrence ;

2°) de mettre à la charge de la société commerciale de Raiatea la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable dès lors qu'elle n'est pas tardive ;
- 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, entraînant une méconnaissance du principe du contradictoire ;
- le dossier de notification était incomplet ;
- l'Autorité polynésienne de la concurrence a commis une erreur d'appréciation au regard des dispositions 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 ;
- cette autorité 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 et deux mémoires récapitulatifs, enregistrés les 17 octobre 2022, 30 décembre 2022, 20 mars 2023 et 23 décembre 2024, l'Autorité polynésienne de la concurrence, représentée par Me Dechert, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la SARL RMetCo la somme de 20 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que la requête est irrecevable dès lors qu'elle est tardive, et qu'en tout état cause, aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par un mémoire en défense et des pièces complémentaires, enregistrés les 9 mai 2023 et 27 décembre 2024, la société commerciale de Raiatea, représentée par Me Vogel conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la SARL RMetCo la somme de 8 380 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que la requête est irrecevable dès lors qu'elle est tardive, et qu'en tout état cause, aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la concurrence de 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 Civit substituant Me Vogel, pour la société commerciale de Raiatea,
- et les observations de Me Bary substituant Me Dechert, pour l'Autorité polynésienne de la concurrence.
Considérant ce qui suit :
1. La société commerciale de Raiatea, 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 1 522 m², sous l'enseigne " Champion ", sis rocade d'Uturoa (RT 135), avenue du maire Marcel Teixier (RT 131 RC Est), dans la commune d'Uturoa à Raiatea. Par une décision du 6 avril 2022, l'Autorité polynésienne de la concurrence a autorisé la création du magasin. Cette décision a été publiée au Journal officiel de la Polynésie française le 13 mai suivant. La SARL RMetCO, qui exploite un magasin de détail sous l'enseigne " LS Proxi " dans la commune d'Uturoa à Raiatea demande à la Cour d'annuler cette décision.
Sur la recevabilité de la requête :
2. Aux termes de l'article R. 311-2 du code de justice administrative : " La cour administrative d'appel de Paris est compétente pour connaître en premier et dernier ressort : () / 4° Des recours dirigés contre les décisions de l'autorité polynésienne de la concurrence et de l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui ne relèvent pas du juge judiciaire. ". Aux termes de l'article R. 421-1 du même code : " La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. () ". Aux termes de l'article R. 421-7 du même code : " Lorsque la demande est portée devant un tribunal administratif qui a son siège en France métropolitaine ou devant le Conseil d'Etat statuant en premier et dernier ressort, le délai de recours prévu à l'article R. 421-1 est augmenté d'un mois pour les personnes qui demeurent () en Polynésie française (). ".
3. Les dispositions précitées de l'article R. 421-7 du code de justice administrative relatives au délai de distance doivent être regardées comme s'appliquant également à la cour administrative d'appel statuant en qualité de juge de premier ressort. Ainsi, la société requérante disposait d'un délai de recours contentieux de deux mois, augmenté du délai de distance d'un mois, pour exercer son recours à l'encontre de la décision en litige prise le 6 avril 2022 et publiée au Journal officiel de la Polynésie française le 13 mai suivant. La requête tendant à l'annulation de cette décision, enregistrée le 5 août 2022, n'est donc pas tardive et la fin de non-recevoir tirée de sa tardiveté sera écartée.
Sur les conclusions à fin d'annulation :
Sur l'irrégularité du communiqué de l'Autorité de la Polynésie française du 28 février 2022 :
4. Aux termes de l'article A. 320-1-2 du code de la concurrence de Polynésie française alors applicable : " La réception de la noti'cation d'une opération fait l'objet d'un communiqué publié par l'Autorité polynésienne de la concurrence sur son site internet ou au Journal o'ciel de la Polynésie française, dans les cinq jours ouvrables suivant la date de réception du dossier complet de notification. / 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. / Le communiqué prévu à l'alinéa précédent contient () un résumé non confidentiel de l'opération fourni par les parties. ". Aux termes de l'annexe IV du code de la concurrence de Polynésie française alors applicable : " () Un résumé de l'opération ne contenant ni information confidentielle ni secret d'affaires, destiné à être publié sur le site internet de l'Autorité ou au Journal officiel de la Polynésie française en application de l'article A. 320-1-2 du code de la concurrence de la Polynésie française. Ce résumé indique si l'opération porte sur la création d'un magasin, l'extension d'un magasin existant, un changement d'enseigne ou un changement d'exploitant. ".

5. La société requérante soutient que le communiqué de l'Autorité polynésienne de la concurrence du 28 février 2022 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 résumé non confidentiel de l'opération.

6. En premier lieu, l'utilisation des termes " localisation des surfaces commerciales concernées ", et non plus " de la surface commerciale concernée " comme cela était le cas dans un précédent communiqué de l'Autorité, en date du 15 novembre 2021, et relatif à un projet notifié, au demeurant abandonné aujourd'hui, par la même société notifiante, n'est pas de nature à révéler le maintien de plusieurs sites d'exploitation, dès lors qu'il apparaît explicitement aux termes du communiqué que le projet contesté ne vise à construire qu'une seule surface commerciale. 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.

7. En deuxième lieu, il est constant que le communiqué indique de manière explicite la nature de l'opération projetée, à savoir la " construction et [l']exploitation d'un commerce de détail, supermarché d'une surface commerciale de 1 522 m² qui sera exploité sous l'enseigne " Champion ". En outre, la circonstance que le communiqué mentionne uniquement la surface de vente et non la superficie totale du magasin projeté n'est pas de nature à l'entacher d'irrégularité. Il en va de même quant à l'absence de précision sur l'emplacement " réservé " et le sort de l'actuel magasin " Champion ", dès lors que, d'une part, l'emplacement dit " réservé " n'est pas dédié à la société notifiante, mais à la commune d'Uturoa, en application du plan général d'aménagement, afin d'y construire un poste de police municipale, et d'autre part, l'actuel magasin " Champion " a vocation à être détruit à l'issue de l'opération projetée. En tout état de cause, il ne ressort pas des dispositions précitées de l'article A. 320-1-2 du code de la concurrence de Polynésie française que de telles informations doivent être mentionnées dans le communiqué de l'Autorité polynésienne de la concurrence. 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.

8. En dernier lieu, il ressort des dispositions précitées de l'annexe IV du code de la concurrence de Polynésie française alors applicables, que le résumé non-confidentiel doit indiquer si l'opération porte

sur la création d'un magasin, l'extension d'un magasin existant, un changement d'enseigne, ou un changement d'exploitant. Or, il ressort des termes du communiqué que l'opération porte sur la création d'un supermarché d'une surface commerciale de 1 522 m² exploité sous l'enseigne " Champion ". Par ailleurs, il ne ressort pas de ces mêmes dispositions que le résumé non confidentiel devrait mentionner l'existence d'autres surfaces commerciales détenues par la société notifiante, le sort de l'actuel magasin " Champion ", ni même la circonstance qu'un espace lui serait réservé, lequel au demeurant, et ainsi que cela a été dit au point précédent, ne l'est pas. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le communiqué litigieux serait entaché d'irrégularité en raison d'un défaut de résumé non-confidentiel.

9. Il résulte de ce qui précède que la société RMetCo n'est pas fondée à soutenir que le communiqué publié par l'Autorité polynésienne de la concurrence le 28 février 2022 dans le cadre de l'opération en cause est entaché d'irrégularités. En tout état de cause, la société requérante a pu présenter ses observations sur l'opération contestée. En conséquence, les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions citées au point 4 du présent arrêt et du non-respect du principe du contradictoire seront écartés.

Sur 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 ; () c) l'identité, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique des responsables des principaux opérateurs concurrents ; 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, d'une part, l'identité, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique des responsables des principaux concurrents, et d'autre part, 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. Il ressort toutefois des pièces du dossier que la société commerciale de Raiatea a transmis les informations relatives à l'identité, l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique des responsables des principaux opérateurs concurrents, qui ont pu être contactés par l'Autorité polynésienne de la concurrence pour présenter leurs observations sur l'opération en cause. En outre, 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 la 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 Raiatea a communiqué les informations relatives à ses propres achats et ventes pour chaque segment défini par l'Autorité polynésienne de la concurrence. En conséquence, cette société doit être regardée comme ayant fourni une estimation de l'importance du marché en valeur. Par suite, la société RMetCo n'est pas fondée à soutenir que le dossier de notification de la société commerciale de Raiatea est incomplet. Dès lors, il y a lieu d'écarter le moyen tiré de l'incomplétude du dossier.

Sur l'atteinte excessive à la concurrence :

12. Aux termes de l'article LP. 320-3 du code de la concurrence en Polynésie française : " 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 délimitation imprécise du marché, 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, si la société requérante fait valoir que l'Autorité polynésienne de la concurrence a procédé à une mauvaise qualification de l'importance du groupe Wane en indiquant dans la décision attaquée que " la partie notifiante est active dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire ", cette formulation est sans incidence sur la délimitation du marché pertinent. Par ailleurs, si la société requérante fait également valoir que l'Autorité polynésienne de la concurrence s'est bornée à reprendre à son compte la délimitation du marché pertinent opérée par la société notifiante, il ressort des points 19 à 39, pour le marché aval de l'approvisionnement, et des points 40 à 47, pour le marché amont de l'approvisionnement, que l'Autorité polynésienne de la concurrence a procédé à plusieurs délimitations du marché, tant au niveau géographique qu'au niveau des produits. En outre, la société requérante soutient que l'Autorité polynésienne de la concurrence n'a pas procédé à une délimitation définitive du marché pertinent. Toutefois, une telle circonstance n'est pas de nature, par elle-même, à emporter une erreur d'appréciation, dès lors que l'Autorité polynésienne de la concurrence a procédé à une délimitation de toutes les segmentations possibles du marché pertinent, selon une " dimension géographique " et une " dimension produit ", ainsi qu'à une analyse concurrentielle sur l'ensemble de ces segmentations. Enfin, il ne ressort pas des pièces versées au dossier qu'une visite sur site de l'Autorité polynésienne de la concurrence lui aurait permis de procéder à une délimitation plus précise

du marché pertinent. En conséquence, le moyen tiré de l'appréciation erronée du marché pertinent doit être écarté.

15. En deuxième 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.

16. En troisième lieu, la société requérante soutient que l'opération en cause est de nature à créer une position dominante en faveur du groupe Wane en raison de sa part dans le marché polynésien, du rapport entre les parts de marché qu'il détient et celles détenues par ses concurrents, de ses droits fonciers et de sa présence sur le marché amont de l'approvisionnement et aval de la distribution. En l'espèce, il ressort des termes de la décision attaquée, au point 63, que le groupe Wane détiendra, à l'issue de l'opération, une part de marché comprise entre [35-45] % et [45-55] %, soit, le double de sa part de marché avant l'opération, alors que celle du deuxième opérateur sera comprise entre [5-15] % et [10-20] % après l'opération en cause, qui conduira à une baisse de sa part de marché, selon le marché aval pertinent retenu. Ainsi, des écarts significatifs sont observés entre les parts de marché détenues par le groupe Wane et celles de ses concurrents, la décision attaquée relevant, par exemple, au point 70, une différence de parts de marché de l'ordre de [25-35] points entre le groupe Wane et le deuxième opérateur sur le marché aval étendu à l'ensemble de l'île de Raiatea, en excluant les commerces spécialisés et stations-services. Par ailleurs, il est constant que le groupe Wane détient de nombreux droits fonciers, de telle sorte que ce groupe bénéficie d'un avantage concurrentiel, sans toutefois que l'accès aux terrains constructibles, disponibles et utilisables pour une activité commerciale ne soit pas possible pour autoriser l'entrée de concurrents sur le marché et que ce groupe est présent tant sur le marché amont de l'approvisionnement que sur le marché aval de la distribution. Ce faisceau d'indices, composé de facteurs quantitatif et qualitatif, est donc de nature à établir la position dominante du groupe Wane à l'issue de l'opération. Toutefois, cette circonstance n'est pas de nature, à elle seule, à emporter l'illégalité de la décision dès lors qu'il appartient à l'Autorité polynésienne de la concurrence d'examiner si les effets anticoncurrentiels engendrés par la création de la position dominante sont compensés par le progrès économique apporté par l'opération projetée.

17. 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 ne se

substitue pas à un projet alternatif d'un concurrent, que l'opération projetée permet de moderniser l'actuel magasin " Champion " 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, 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. Au demeurant, les personnes entendues par l'Autorité polynésienne de la concurrence, notamment les concurrents du groupe Wane, n'ont pas présenté d'observations relatives à un risque de gel du foncier ou de comportements anticoncurrentiels consistant 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. 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, si l'opération projetée est susceptible d'être regardée comme permettant de créer une position dominante à la faveur du groupe Wane, il résulte de ce qui précède qu'elle 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 :

18. 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. () ".

19. Il résulte de ces dispositions que la société requérante ne peut utilement soutenir que l'Autorité polynésienne de la concurrence s'est, à tort, abstenu 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 122 à 129, que l'Autorité polynésienne de la concurrence a recueilli les observations de la direction de la construction et de l'aménagement, de l'agence d'aménagement et de développement durable des territoires Opu'a et de la mairie d'Uturoa sur le projet envisagé.

20. Il résulte de tout ce qui précède que la société RM etCo n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision n° 2022-SC-05 du 6 avril 2022 prise par l'Autorité polynésienne de la concurrence.

Sur les frais de l'instance :

21. 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 Raiatea, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la SARL RMetCo à ce titre.

22. 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 SARL RMetCo le versement d'une somme de 1 500 euros à la Polynésie française et de la même somme à la société commerciale de Raiatea, en application de ces dispositions.

DÉCIDE :

Article 1er : La requête de la SARL RMetCo est rejetée.

Article 2 : La SARL RMetCo 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 Raiatea.

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

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 3 avril 2025.

La rapporteure,

I. JASMIN-SVERDLINLe 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.