

## Décision du Tribunal administratif n° 2300226 du 30 janvier 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 31 mai, 18 septembre et 6 novembre 2023, la Fédération générale du commerce de la Polynésie française, représentée par la Selarl MVA, demande au tribunal, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler l'article 2 et les annexes 1 et 2 (numérotées Annexes VIII et IX dans le code de la concurrence) visés par l'article 3 de l'arrêté n° 489 CM du 23 mars 2023 portant modification de la partie " Arrêtés " du code de la concurrence de la Polynésie française relatif aux produits de première nécessité et aux produits de grande consommation, en ce qu'ils fixent ensemble la liste des " produits de première nécessité " (PPN) et " produits de grande consommation " (PGC) ainsi que leurs marges maximales, et plus précisément en ce qu'ils :

- classent dans la catégorie des PPN certains produits qui ne correspondent pas aux critères légaux (entrecôtes, thon rouge, lait de 3ème âge, beurres frais avec ou sans sel, boîtes de haricots blancs, biscuits de mer, margarines, couche culottes, tampons et serviettes commercialisées dans des paquets de plus de 12 unités, eau de javel importée, huiles de tournesol conditionnées en bouteille de moins de 5 litres, alors que seuls les conditionnements d'une contenance supérieure ou égale à 5 litres devraient être concernés) ;

- classent dans la catégorie des PGC le " pork and beans " ;

- et fixent des marges maximales en valeur absolue à des niveaux particulièrement bas qui conduisent à un système de vente à perte, et qui ne tiennent pas compte de la variation à la hausse des prix des fournisseurs, ni des charges d'exploitation croissantes des commerçants, ni de la hausse du pouvoir d'achat depuis 30 à 40 ans ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 500 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête est recevable ;

- le nombre excessif de produits réglementés en Polynésie française trahit le fait qu'une part importante d'entre eux ne correspond pas aux critères " légaux " de classification et notamment, s'agissant des " PPN ", au critère de nécessité prévu par la loi du pays n° 2022-44 du 19 décembre 2022 ;

- l'analyse des annexes 1 et 2 visées par l'article 3 de l'arrêté attaqué conduit à constater que plusieurs produits classés " PPN " ne correspondent pas aux critères réglementaires et qu'ils bénéficient d'une classification en réalité injustifiée : entrecôtes, thon rouge, lait 3ème âge ou de croissance, beurres frais avec ou sans sel, boîtes de haricots blancs, biscuits de mer, huiles de tournesol conditionnées dans des bouteilles de moins de 5 litres, margarine, couches culottes, protections menstruelles féminines (tampons et serviettes) commercialisées dans des paquets de plus de 12 unités, eau de javel importée ;

- s'agissant des " PGC ", une telle classification n'apparaît pas justifiée pour les préparations alimentaires

à base de haricots blancs et de viande de porc cuite dans une sauce tomate, communément appelées " pork and beans " ;

- l'arrêté contesté, en ce qu'il fixe le niveau maximum des marges commerciales, porte une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce ; l'absence de cadre réglementaire précis ne peut pas permettre la fixation des marges maximales excessivement basses qui impliquerait un système de vente à perte ; le niveau de ces marges est fixé arbitrairement, sans indication fournie par le gouvernement ; les taux de marge, exprimés particulièrement en valeur absolue, ont subi une réduction constante depuis des années alors que les prix des fournisseurs ont évolué et que les charges d'exploitation des commerçants ont fortement augmenté ; pour certains petits commerces, les " PPN " représentent plus de 30-40 % de leurs ventes.

Par des mémoires en défense enregistrés les 5 août et 12 octobre 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir, d'une part, que la requête est irrecevable à défaut d'intérêt pour agir partiel et eu égard au caractère en partie confirmatif de l'acte attaqué, et, d'autre part, que les critiques et moyens présentés par la Fédération générale du commerce de la Polynésie française ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 6 novembre 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 24 novembre 2023 à 11h (heure locale).

Un mémoire a été enregistré le 12 janvier 2024 pour la Fédération générale du commerce de la Polynésie française.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de la concurrence ;
- la loi du pays n° 2022-44 du 19 décembre 2022 ;
- 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. Graboy-Grobescio,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Millet pour la Fédération générale du commerce de la Polynésie française et de M. A pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La Fédération générale du commerce de la Polynésie française demande au tribunal d'annuler l'article 2 et les annexes 1 et 2 (numérotées Annexes VIII et IX dans le code de la concurrence) visés par l'article 3 de l'arrêté n° 489 CM du 23 mars 2023 portant modification de la partie " Arrêtés " du code de la concurrence de la Polynésie française relatif aux produits de première nécessité et aux produits de grande consommation, en ce qu'ils fixent ensemble la liste des " produits de première nécessité " (PPN) et " produits de grande consommation " (PGC) ainsi que leurs marges maximales.

Sur les fins de non-recevoir :

2. Si la Polynésie française fait valoir que la requête est irrecevable à défaut d'intérêt pour agir " partiel " de la fédération requérante et eu égard au caractère en partie confirmatif de l'acte attaqué, il ressort des pièces du dossier que l'arrêté attaqué du 23 mars 2023 a été précédé de la loi du pays n° 2022-44 du 19 décembre 2022 qui a précisé la définition des produits classés en " PPN " et " PGC ". Alors même que la Polynésie française aurait, par l'arrêté litigieux, repris certaines " dispositions antérieures éparses ", la circonstance que certains produits, dont la classification en " PPN " est contestée, relevaient de la même catégorie dans la réglementation antérieure n'est pas pour autant de nature à conférer à l'acte attaqué dans la présente instance un caractère purement confirmatif ayant pour conséquence une tardiveté du présent recours.

3. Par ailleurs, eu égard à l'incidence de ces réglementations sur les marges et par suite les revenus des commerçants, l'intérêt pour agir de la Fédération générale du commerce de la Polynésie française doit être retenu en l'espèce. Par suite, les fins de non-recevoir opposées en défense par la Polynésie française doivent être écartées.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

4. Aux termes de l'article LP. 110-1 du code de la concurrence : " Sauf dans les cas où la loi du pays en dispose autrement, les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. / Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à ce que le conseil des ministres, après avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence rendu dans les conditions prévues par l'article LP. 620-2 du présent code, réglemente les prix, [déclaré illégal par décision du Conseil d'Etat n° 466687 du 9 décembre 2022] dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de situations de monopole ou d'oligopole, de difficultés durables d'approvisionnement ou de sous-équipement commercial. ". L'article LP. 110-2 du même code énonce que : " Par dérogation à l'article LP. 110-1, peuvent être réglementés, dans les conditions prévues au présent titre, par arrêté pris en conseil des ministres, en tenant compte de leur impact sur le budget des ménages ou sur le développement économique de la Polynésie française ou sur la correction des disparités liées à l'éloignement des archipels, les prix maximaux de vente : 1° Des produits ou services de première nécessité ; 2° Des produits ou services de grande consommation ; 3° Des produits ou services nécessaires au développement économique et social de la Polynésie française définis au chapitre II du présent titre. ".

5. L'article LP. 111-1 de ce code dispose que : " Le prix maximal de vente toutes taxes comprises d'un produit ou service de première nécessité ou d'un produit ou service de grande consommation est fixé, dans les conditions prévues au présent chapitre, par le conseil des ministres selon l'une des modalités suivantes : 1° En valeur absolue ; 2° Pour des biens importés, par application au prix rendu entrepôt d'une marge maximale fixée en valeur absolue ou en valeur relative ; 3° Pour des biens produits ou fabriqués localement, par application au prix du fabricant ou au prix du producteur d'une marge maximale fixée en valeur absolue ou en valeur relative ; 4° Par l'instauration d'un régime de prix spécifique en vue notamment de fixer le prix maximal de vente à tout ou partie des étapes de la

commercialisation ou de tenir compte des spécificités liées au produit ou au service dont le prix maximal est réglementé.

Lorsque le produit est soumis à taxation, le conseil des ministres arrête les droits et taxes qui sont intégrés dans le calcul du prix maximal de vente. Le prix maximal de vente s'entend quelles que soient la situation géographique du lieu de vente ou les conditions de livraison. Toutefois, le prix maximal de vente peut être affecté d'un coefficient multiplicateur, défini par arrêté pris en conseil des ministres, afin de tenir compte des contraintes liées à l'éloignement géographique des archipels ou des îles de Polynésie française. "

6. Aux termes de l'article LP. 111-13 du même code : " Les produits ou services de première nécessité sont les produits ou services nécessaires à la vie courante des ménages et/ou à la santé des personnes et/ou à la lutte contre une calamité naturelle. / Le conseil des ministres arrête la liste de ces produits ou services en tenant compte également, le cas échéant, de leur impact sur l'environnement ou sur la santé publique. Les habitudes de consommation des ménages et les contraintes liées aux conditions de transport et de conservation dans les archipels ou les îles peuvent aussi être prises en compte dans l'appréciation de ces critères. / Le conseil des ministres précise l'unité de vente ou le conditionnement des produits de première nécessité, en tenant compte du fait que ces produits doivent être destinés à la consommation des ménages. Il peut également en préciser les caractéristiques de qualité, de composition ou d'origine. ". L'article LP. 111-16 du code précité dispose que : " Les produits ou services de grande consommation sont les produits ou services, définis par le conseil des ministres, habituellement utilisés dans la vie courante et destinés aux ménages. / Le conseil des ministres arrête la liste de ces produits ou services en tenant compte également, le cas échéant, de leur impact sur l'environnement ou sur la santé publique. Les habitudes de consommation des ménages et les contraintes liées aux conditions de transport et de conservation dans les îles et atolls isolés peuvent aussi être pris en compte dans l'appréciation de ces critères. /

Le conseil des ministres précise l'unité de vente ou le conditionnement des produits de grande consommation, en tenant compte du fait que ces produits doivent être destinés à la consommation des ménages. Il peut également en préciser les caractéristiques de qualité, de composition ou d'origine. "

7. Il résulte des dispositions qui précèdent qu'il appartient à la Polynésie française, au regard des critères réglementaires ci-dessus énoncés, de déterminer, parmi les produits couramment consommés par les familles, ceux à inclure dans la liste des produits de première nécessité (" PPN "), et ceux devant figurer dans la liste des produits de grande consommation (" PGC "), dont la marge doit être encadrée ou plafonnée.

En ce qui concerne la classification " PPN " contestée de certains produits :

8. En premier lieu, en se bornant à évoquer les effets nocifs de la viande rouge sur la santé humaine ainsi que le droit à la protection de la santé et la protection de l'environnement, la Fédération générale du commerce de la Polynésie française ne justifie aucunement le bien-fondé du retrait des entrecôtes congelées inscrites en complément des rumstecks congelés de la liste des produits " PPN ", produit dont il est constant qu'il correspond aux habitudes de consommation des ménages et répond, compte tenu

de son mode de conservation, aux contraintes liées aux conditions de transport et de conservation dans les archipels. Par ailleurs, la fédération requérante ne conteste pas utilement le fait qu'il n'est pas toujours possible, s'agissant en l'espèce de produits importés, de garantir la présence pérenne et suffisante sur le territoire de l'un ou de l'autre des produits susmentionnés d'origine bovine.

9. En deuxième lieu, d'une part, si la fédération requérante se prévaut du risque de nocivité de la consommation courante du thon rouge due à la teneur en mercure de ce poisson, sans que ces incidences soient au demeurant précisément établies, elle ne contredit pas utilement le fait qu'une absence de maîtrise du prix de vente de ce produit pourrait entraîner un report de consommation de nombreuses familles vers des aliments plus néfastes pour la santé, en termes d'obésité et de diabète, ou encore vers des poissons de lagon, potentiellement contaminés par la ciguatoxine. D'autre part, la consommation de thon rouge doit être regardée comme nécessaire à la vie courante dès lors que ce même poisson constitue notablement l'une des sources de protéines les plus consommées en Polynésie française, nonobstant la présence également du thon blanc parmi les produits référencés " PPN ".

10. En troisième lieu, en se bornant à soutenir que les politiques publiques locales prônent l'allaitement maternel à l'instar de l'organisation mondiale de la santé, la Fédération générale du commerce de la Polynésie française n'établit aucunement que le classement du lait 3ème âge ou lait de croissance dans la catégorie des produits " PPN " serait entaché d'illégalité.

11. En quatrième lieu, en se bornant, sans le démontrer, à assimiler la consommation des beurres frais, avec ou sans sel, à une " mauvaise " habitude alimentaire des ménages, la fédération requérante n'établit pas que ce type de produit figure de manière erronée dans la liste des produits " PPN ".

12. En cinquième lieu, la classification dans les " PPN " des préparations en boîtes de haricots blancs, eu égard à l'importance que peut revêtir ce type de produits, du fait de sa facilité de transport et de conservation, pour les personnes résidant en particulier dans les îles, est justifiée et conforme aux dispositions réglementaires susmentionnées.

13. En sixième lieu, n'étant pas contesté par la Polynésie française le fait que les " biscuits de mer " ne sont plus commercialisés sur le territoire, donc non nécessaires à la vie courante des ménages, la fédération requérante est par suite fondée à en demander le retrait de la catégorie des produits " PPN ".

14. En septième lieu, les produits " PPN " ayant vocation à répondre aux besoins et au pouvoir d'achat des ménages et non aux attentes des professionnels, la classification " PPN " de l'huile de tournesol dans des contenants de moins de 5 litres et non au-delà de ce volume, est bien fondée.

15. En huitième lieu, en ce que la margarine constitue généralement un substitut au beurre pour de nombreuses personnes suivant un régime végétarien, végétalien ou qui sont intolérantes au lactose, le classement en " PPN " de ce produit ici critiqué est également justifié.

16. En neuvième lieu, contrairement à ce que soutient la fédération requérante, les couches culottes jetables ne représentent pas qu'un " accessoire " ou une " modalité de mise en place différente " des couches pour bébé, mais un produit d'usage très courant, pratique et largement utilisé par les ménages. La classification de ce produit en " PPN " est également conforme aux critères posés par les textes susvisés.

17. En dixième lieu, eu égard à l'usage parfois prolongé pour la population féminine concernée des protections requises en périodes menstruelles, il n'apparaît pas sérieux de solliciter le retrait de la liste des " PPN " des serviettes de protection commercialisées dans des paquets de plus de 12 unités.

18. En onzième et dernier lieu, dès lors que l'eau de javel compte parmi les marchandises suspendues à l'importation en application de l'annexe 1 de l'arrêté n° 861 CM du 22 juin 1999 modifié fixant le régime d'importation des produits soumis au contrôle du commerce extérieur, et que seule l'eau de javel " produite localement " est commercialisée en Polynésie française, la demande de la requérante tendant à restreindre la classification " PPN " à la seule eau de javel locale peut être écartée.

19. En conséquence de ce qui précède, la Fédération générale du commerce de la Polynésie française n'est fondée à demander l'annulation de l'arrêté concerné en ce qu'il est relatif au classement des produits " PPN " qu'en tant qu'il a maintenu les " biscuits de mer " dans cette catégorie.

En ce qui concerne la classification " PGC " :

20. En se bornant à faire valoir que la classification au titre des " PGC " des préparations alimentaires à base de haricots blancs et de viande de porc cuite dans une sauce tomate, communément appelées " pork and beans ", " n'apparaît pas justifiée ", la Fédération générale du commerce de la Polynésie française n'établit aucunement que ce référencement est erroné, d'autant que ce produit peut être regardé comme un produit habituellement utilisé dans la vie courante et destiné aux ménages en Polynésie française et qu'il peut présenter un intérêt pour les personnes résidant en particulier dans les îles au sens et pour l'application des dispositions précitées de l'article LP. 111-16 du code de la concurrence.

En ce qui concerne la fixation des marges commerciales :

21. Si la fédération requérante fait valoir que le dispositif réglementaire applicable entraîne la fixation de marges maximales excessivement basses conduisant en pratique à une vente à perte, elle ne produit en ce sens aucun élément statistique ou comptable et ne démontre donc pas une telle affirmation ni, par suite, l'atteinte disproportionnée alléguée portée à la liberté du commerce. De même, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'application de marges telles que fixées par la réglementation contestée, exprimées en valeur absolue, et non en termes de pourcentages, pour encadrer les prix de certains produits, ne permette pas de répondre à un objectif d'intérêt général consistant à limiter une tendance inflationniste au plan local et à préserver le pouvoir d'achat des ménages en assurant au plus grand nombre des habitants de la Polynésie française l'accès à des produits variés de consommation courante dont certains sont nécessaires à la vie des ménages. Enfin, si la Fédération générale du commerce de la Polynésie française reproche une fixation arbitraire des marges maximales ainsi qu'une absence d'information et de justification du niveau de certaines marges eu égard aux effets attendus sur la situation des commerçants et des consommateurs, cette circonstance, qui n'est au demeurant pas assortie de précisions suffisantes s'agissant des marges et des produits visés, n'a aucune incidence sur la légalité de la fixation des marges commerciales en litige dont l'appréciation revient au conseil des ministres et en application de conditions et modalités fixées à LP. 111-1 du code de la concurrence, non utilement contestées en l'espèce.

22. Il résulte de tout ce qui précède que la Fédération générale du commerce de la Polynésie française est seulement fondée à demander l'annulation des dispositions de l'arrêté qu'elle conteste en tant que cet arrêté, par le renvoi aux annexes susmentionnées qu'il opère, a maintenu les " biscuits de mer " dans la catégorie des produits " PPN ".

Sur les frais liés au litige :

23. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**D E C I D E :**

Article 1er : L'arrêté n° 489 CM du 23 mars 2023 portant modification de la partie " Arrêtés " du code de la concurrence de la Polynésie française relatif aux produits de première nécessité et aux produits de grande consommation est annulé en tant que le produit " biscuits de mer " figure dans la catégorie de la liste des produits " PPN " dont l'article 3 de l'arrêté susvisé prévoit que cette liste figure à l'annexe 1 de cet arrêté laquelle est intégrée dans l'annexe VIII du code de la concurrence.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la Fédération générale du commerce de la Polynésie française et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 16 janvier 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 30 janvier 2024.

Le rapporteur,

A. Graboy-Grobescio

Le président,

P. Devillers La greffière,

D. 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,