

# LE DROIT DE LA CONCURRENCE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE : QUELQUES REMARQUES À LA LUMIÈRE DES CONTRATS DE CONCESSIONS EXCLUSIVES

**Yves-Louis SAGE**

Maître de Conférences à l'Université de la Polynésie française, Teaching Fellow  
à Massey University (Dispute Resolution Centre)

<b>I – Les principes qui sous-tendent le droit métropolitain de la concurrence sont applicables sur le Territoire de la Polynésie française.....</b>	<b>3</b>
A – L’absence de promulgation en Polynésie française des textes métropolitains relatif à la concurrence n’affecte pas pour autant la mise en œuvre des principes qu’ils énoncent .....	4
B) Le principe de la nécessaire licéité des pratiques concurrentielles était déjà clairement reconnu par la jurisprudence métropolitaine bien avant l’ordonnance de 1986.....	7
<b>II - La délicate transposition en Polynésie française des principes dégagés par le droit métropolitain de la concurrence .....</b>	<b>13</b>
A - Le contrôle de la licéité des comportements concurrentiels en Polynésie française est laissé à la seule appréciation des juridictions locales.....	14
B - La simple transposition en Polynésie française des critères de validité reconnus par le droit métropolitain, n’est pas entièrement satisfaisante .....	19
<b>Conclusion.....</b>	<b>28</b>

La structure générale de l'économie polynésienne relève de ce que l'on appelle traditionnellement un modèle d'économie insulaire<sup>1</sup> qui si elle accorde une place importante aux importations<sup>2</sup>, favorise aussi l'existence de situations de monopole ou de concentrations<sup>3</sup>. Ainsi, pour ne s'en tenir qu'aux seuls réseaux de concessions et de distributions exclusives où doctrine et jurisprudence s'accordent<sup>4</sup> pour reconnaître que leur principale caractéristique réside dans l'exclusivité territoriale accordée par le fournisseur au revendeur, ceux-ci deviennent d'importants facteurs de restriction de la concurrence.

---

<sup>1</sup> Aussi appelé "micro- marché". Sur cette notion voir notamment B. Poirine, Tahiti : Stratégie pour l'après-nucléaire, de la rente atomique au développement, 1992, p.107 et s; L'exportation non-marchande géo-stratégique : une explication de la spécialisation internationale des petites économies insulaires dépendantes, Revue Juridique Polynésienne, Volume 1, juin 1994, p. 161.

<sup>2</sup> En provenance de la France métropolitaine, des autres pays de l'Union Européenne ou enfin du reste du monde, les importations ont dépassé les 100 milliards FCP en 2000.

<sup>3</sup> Par exemple, dans le domaine de l'agroalimentaire et de la grande distribution locale où 3 groupes contrôlent la quasi-totalité du marché local.

<sup>4</sup> Sur la notion de contrat de concession exclusive, voir notamment P. Le Tourneau. Jurisclasseur Contrat Distribution, Concessions, Fasc. 1020; La concession commerciale exclusive, Economica Poche 1994; D. Ferrier, Encyclopédie Dalloz commercial, concession commerciale. J. Huet. Les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, n°11596 et suivants.

1. Cela est encore plus vrai en Polynésie française où un observateur attentif serait frappé de constater que si les difficultés relatives au refus de vente restent en fait très marginales, la principale préoccupation des titulaires de contrats de concessions exclusives, n'est pas de refuser de vendre mais au contraire de s'assurer que tous les produits de la marque qu'ils représentent, voire fabriquent, qui seront vendus en Polynésie française proviendront d'un circuit dont ils auront la maîtrise totale. Dès lors, plus que de vouloir en contrôler l'écoulement à l'intérieur du territoire, il s'agira plutôt de réguler le flux des "importations parallèles" de ces mêmes produits qui en provenance de l'extérieur seront susceptibles de les concurrencer. En effet, l'étroitesse relative du marché exacerbe plus qu'ailleurs, la nécessité pour les intervenants locaux "d'assurer une certaine étanchéité"<sup>5</sup>, des circuits commerciaux ou de fabrication qu'ils contrôlent. Ils considèrent que plus on accepte, ou simplement banalise, des procédés qui les remettraient en cause, à commencer par les importations parallèles, plus leurs raisons d'être perdent de leur intérêt, puisque la protection territoriale que ces arrangements sont censés apporter se trouvera alors ramenée à peu de chose dans la réalité<sup>6</sup>.
2. Une telle logique commerciale se heurte bien évidemment, à celle préconisée par les tenants d'un système de concurrence plus ouvert, lesquels non seulement dénoncent l'anachronisme du système actuel mais réclament aussi la mise en place en Polynésie française d'un régime de la concurrence qui s'inspire de celui en vigueur en Métropole.
3. S'il est vrai que d'une manière générale, le débat qui nous occupe s'inscrit dans le cadre du droit de la concurrence, dont les règles sont maintenant bien connues tant dans la législation européenne que dans le droit interne français et si l'on devait s'en tenir à ces seuls éléments de référence, en les supposant totalement transposables en Polynésie française, le régime juridique applicable serait somme toute, assez facilement sérié. Il reste toutefois qu'ici, en l'absence de promulgation sur le Territoire des textes métropolitains régissant le droit de la concurrence, la réalité juridique locale peut dans ce domaine, apparaître un peu plus complexe. En effet, au delà des simples apparences, tout porte à croire que le droit de la concurrence polynésien demeure quand même régi par les mêmes principes que ceux en vigueur en Métropole (I) et si difficultés il y a, c'est surtout dans la transposition de ces principes que nous les trouverons (II).

---

<sup>5</sup> P. Le Tourneau, *Jurisclasseur Commercial* op. cit. fasc.1035, n°85.

<sup>6</sup> On fait aussi souvent valoir, que le caractère limité du marché polynésien rend extrêmement difficile d'amortir des investissements parfois lourds s'ils ne bénéficient pas de mesures d'accompagnement assurant une maîtrise de l'ensemble du circuit économique.

## I – LES PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT LE DROIT METROPOLITAIN DE LA CONCURRENCE SONT APPLICABLES SUR LE TERRITOIRE DE LA POLYNESIE FRANÇAISE

4. En liminaire, il convient de rappeler que le droit communautaire<sup>7</sup> n'est pas applicable *per se* en Polynésie Française. Il s'agit là de la mise en œuvre de la règle posée par l'arrêt *Grundig*<sup>8</sup> qui a précisé que l'interdiction de l'article 85 §1<sup>er</sup> du Traité de Rome ne s'appliquait qu'aux clauses des contrats de distribution susceptibles d'affecter le commerce des Etats membres. Ainsi pour ne s'en tenir qu'aux seuls contrats de concessions exclusives et à leurs "pendants" que sont les importations parallèles en provenance de France métropolitaine, ces dernières n'affectant pas *stricto sensu*, le commerce entre les Etats membres de l'Union Européenne<sup>9</sup>, celles-ci seront automatiquement exclues du champ d'application du droit communautaire.
5. Toutefois, un examen plus approfondi de la situation révèle une réalité nettement plus contrastée, l'exclusion des règles communautaires qui régissent la matière n'étant pas aussi définitive qu'il n'y paraît. En effet, s'il n'y a pas de transposition directe, son influence se fera néanmoins sentir, par "capillarité"<sup>10</sup>, sur le droit applicable en Polynésie française au travers de la mise en œuvre de certains des principes du droit communautaire en matière de concurrence incorporés dans les textes métropolitains (l'osmose étant on le sait, quasi-complète<sup>11</sup>) lesquels nous le verrons ont vocation à s'appliquer en Polynésie française et ce en dépit de leur absence de promulgation expresse sur ce territoire (A).
6. A cela s'ajoute que quand bien même la transposition automatique des textes métropolitains de 1986 et 1996<sup>12</sup> relatifs à la concurrence devait être sujette à caution, il

<sup>7</sup> Sur le plan européen, la question est principalement régie par les dispositions de l'art. 85, § 1, du Traité de Rome, complété par le règlement européen du 22 juin 1983 applicables à toutes sortes de concessions. Règlement CEE 1983-83, JOCE, L 175, du 22 juin 1983. Voir ce texte notamment dans le Code européen de la concurrence, Dalloz 1993; Jurisclasseur Europe, 1455-1.

<sup>8</sup> CJCE, 13 juill. 1966, aff. 56 et 58/64, *Grundig c/ Consten*: Gaz. Pal. 1966, 2, p. 119; JDI 1966, p. 914.

<sup>9</sup> Puisqu'elles sont seulement limitées à l'intérieur du seul territoire de la République française. B. Goldman, Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence, Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1969, III, 631. Sur la question voir M. Trochu, Incidence du droit communautaire sur la rédaction des contrats de distribution, D. 1995, chr.179 et s. G.Cas et R.Bout, Lamy Droit économique, 1997, n°1799 s. C.Gavalda et C.Parléani, Traité de droit communautaire des affaires, Litec, 2 éd., 1992, n°816 et s.

<sup>10</sup> Terme employé par M. Leplat, Conseiller auprès du Tribunal administratif de Papeete, lors de la Première Table Ronde sur le Droit Territorial, organisée le 28 juin 1991, par le Centre Universitaire de la Polynésie française. Une autre illustration de la prise en compte possible, même si elle restera exceptionnelle, en Polynésie française, des paramètres dégagés par la jurisprudence communautaire en matière de régularité des pratiques concurrentielles, peut être trouvée dans la mission éventuellement conférée aux experts chargés par un tribunal local ou à la demande d'une partie, de se prononcer sur la validité des réseaux de concessions exclusives en Polynésie française, voir infra n° 64.

<sup>11</sup> L. Vogel, L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence: JCP 1992, éd. G, 1, 3550.

<sup>12</sup> Devenus pour la partie qui nous intéresse le livre IV du nouveau code de commerce ; J.O. Numéro 219 du 21 septembre 2000, Partie législative Annexe à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

restera toujours que les principes qu'ils contiennent, dont notamment, le principe de la licéité du réseau en matière de concessions exclusives, seront applicables car ils étaient déjà au cœur du dispositif jurisprudentiel métropolitain bien avant 1986 (B).

### **A – L'absence de promulgation en Polynésie française des textes métropolitains relatif à la concurrence n'affecte pas pour autant la mise en œuvre des principes qu'ils énoncent**

7. L'applicabilité des lois en Polynésie Française est soumise au principe de spécialité législative. Si, d'une manière générale, la doctrine considère que ce principe<sup>13</sup>, n'a pas un caractère constitutionnel<sup>14</sup>, on lui reconnaît par contre sans difficulté "la valeur d'un principe général du droit s'induisant d'un ensemble de loi"<sup>15</sup>. La conséquence de sa mise en œuvre dont le caractère obligatoire a été confirmée par le Conseil d'Etat<sup>16</sup>, est de soumettre, sauf exceptions, l'applicabilité des textes métropolitains dans les territoires d'outre-mer, à un régime de promulgation dérogatoire au droit commun, régime qui trouve son origine dans les dispositions de l'article 74 et 76 de la Constitution<sup>17</sup>.
8. Le droit de la concurrence ne se singularisant guère de ce qui se passe ici dans d'autres domaines du droit en vigueur en Polynésie Française<sup>18</sup>, il est certain que

<sup>13</sup> P. Lampue: Les lois applicables dans les Territoires d'Outre-Mer, note Conseil Constitutionnel 25/01/1985 - DS 1985 - 361. Y. Brard, Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française, AJDA, septembre 1992 p. 553. Y-L Sage, De l'application des normes juridiques en Polynésie française, in Seconde Table Ronde sur le Droit applicable en Polynésie française, juin 1992. Pour la Nouvelle Calédonie, voir R. Fraisse, La hiérarchie des normes applicable en Nouvelle Calédonie, Revue Française de Droit Administratif, 2000, p.82. J-Y Faberon, La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie, Revue Française de Droit Constitutionnel.1999, 38,p. 328. O.Gohin, L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, l'Actualité juridique- Droit administratif, 20 juin 1999,p.502.

<sup>14</sup> Notamment parce que cette procédure de promulgation particulière aux TOM peut être « remise en cause dans son existence même » par une simple loi, H. Lenoir, op. cit. p.118. prenant appui sur la décision 87-241 DC du 19/01/88 relative à la loi 88-82 du 22/01/88 sur la Nouvelle Calédonie. La jurisprudence paraît plus réservée puisque le Conseil Constitutionnel n'ayant pas eu l'occasion de se prononcer explicitement et le Conseil d'Etat semble éviter prudemment d'aborder la question.

<sup>15</sup> P. Lampue, Droit d'Outre-Mer et de la Coopération, Dalloz, 1969, p. 90 et suiv.

<sup>16</sup> CE 27 janvier 1984, Ordre des Avocats de Polynésie française.

<sup>17</sup> Sur les effets de la promulgation des textes en Polynésie française, voir H. Lenoir, La promulgation des lois et décrets en Polynésie française, in Revue Juridique Polynésienne, vol.1, n°1. Juin 1994, p.113;

<sup>18</sup> Dans la mesure où une grande partie des textes métropolitains ne sont jamais ou très tardivement promulgués, d'autres domaines du droit sont aussi largement affectés. Par exemple, la loi 78- 22 du 10 janvier 1978 en matière de protection des consommateurs, dont l'article 33 prévoyait pourtant expressément son application aux TOM n'a été promulguée en Polynésie française qu'en 1992. Sur la question, voir notamment R. Calinaud, De quelques problèmes de répartitions des compétences; B. Leplat, L'article 16 de la loi du 12/07/1990 rendant applicable en Polynésie française les lois des 17/07/1978 et 11/07/1979, in Première Table Ronde sur le Droit Territorial (Université française du Pacifique, Tahiti, 1991) p.70 et suiv. ; E. Sylvestro, Informatique juridique et applicabilité des lois et règlements métropolitains en Polynésie française; in Première Table Ronde sur le Droit Territorial (Université française du Pacifique, Tahiti, 1991). M. Sapin, Rapport d'information au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale, Document Assemblée Nationale n° 1213-1er session ordinaire de 1989-90.

l'ordonnance 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, modifiée substantiellement par la loi 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996<sup>19</sup> qui toutes deux réglementent autant les pratiques anticoncurrentielles que les pratiques restrictives (dont le réseaux de concessions exclusives), n'ont jamais été promulguées sur le territoire.

9. Mais, le simple constat du défaut de promulgation expresse de ces deux textes n'implique pas pour autant qu'ils ne sont pas applicables<sup>20</sup>. L'affirmative peut en effet être soutenue pour ce qui est de la transposition des principes généraux du droit qui seraient le cas échéant contenus dans ces textes, mais le doute demeurera lorsqu'il s'agira de considérer quelle forme devra prendre la mise en œuvre de ces mêmes principes en Polynésie française.

10. On peut d'abord faire valoir, pour ne s'en tenir qu'à la seule liberté de concurrence dont on sait qu'elle est une des deux composantes du principe de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>21</sup> et dont l'application en Polynésie française ne fait pas difficulté<sup>22</sup>, que les textes métropolitains de 1986 et 1996 en matière de concurrence ne représentent qu'une des différentes modalités de mise en œuvre de ce principe général du droit, dont le champ d'application reste limité à la seule France métropolitaine. Dans ce contexte, le Territoire devrait rester seul compétent pour apprécier l'opportunité de sa mise en œuvre en Polynésie française, l'absence de publication<sup>23</sup> par le Haut-Commissaire, accréditant si nécessaire cette thèse.

11. Mais on observera aussi que si la liberté du commerce et de l'industrie reste un simple principe général du droit auquel le législateur peut porter atteinte, encore faut-il que les modalités de cette atteinte soient prévues par la loi elle-même. Or force est de constater que rien n'est prévu à cet effet dans la loi 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 au bénéfice du Territoire. Quant à la loi statutaire de 1996<sup>24</sup>, ce pouvoir de limitation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'a été conféré au Territoire que pour "les restrictions quantitatives à l'importation, le programme annuel d'importation et le régime applicable aux projets d'investissements directs étrangers"<sup>25</sup>. En dehors de ces cas limitativement énumérés, rien en l'état des dispositions statutaires n'autorise le Territoire à se prévaloir d'une compétence générale en matière de régulation de la concurrence en Polynésie Française<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Sur la question voir notamment G. Virassamy, Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels, article 36 de l'ordonnance de 1986, D.1988, Chr. p. 113.

<sup>20</sup> En pareilles circonstances, seuls devraient alors être pris en compte les principes dégagés par jurisprudence antérieure à 1986.

<sup>21</sup> R.Chapus, Droit administratif général, T.1, 10ième édition, Montchrestien, p.77.

<sup>22</sup> Pour la mise en œuvre d'autres principes généraux du droit, voir notamment sur le principe du droit à la communication de dossier aux administrés, voir B. Leplat, op.cit p.70 et suiv. Sur le principe d'égalité devant le service public CE Ass 27/02/1970 Sieur Said Ali Tourqui Rec. p. 128.

<sup>23</sup> Voir infra n° 14-15.

<sup>24</sup> Qui n'est qu'une illustration de ce pouvoir de mise en œuvre

<sup>25</sup> Article 6-1 de la loi statutaire de 1996.

<sup>26</sup> CE Sect. 13 mai 1994, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française, p.234, RDP 1994,p.1557, conclusions F.Scanvic où il est rappelé que l'administration territoriale doit se conformer « aux principes généraux du droit et en particulier au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ».

12. De plus, les textes métropolitains qui peuvent être rangés parmi les lois dites de “souveraineté” ne présupposent pas de promulgation particulière préalable pour être applicables dans un TOM. Les circulaires du Premier Ministre des 21 avril 1988<sup>27</sup> et du 15 juin 1990<sup>28</sup> en dressent la liste<sup>29</sup> parmi laquelle figurent les principes généraux du droit<sup>30</sup>. S’il existe une controverse doctrinale sur l’opportunité de compter les principes généraux du droit parmi les lois de souveraineté<sup>31</sup>, aucun doute ne subsiste quant à la qualification de la liberté du commerce et de l’industrie<sup>32</sup> dont la liberté de la concurrence est un des éléments, une valeur constitutionnelle<sup>33</sup> ayant même été reconnue à la seconde de ses composantes, la liberté d’entreprendre<sup>34</sup>.
13. Si le texte de 1996 devait rentrer dans cette catégorie des lois dites de “souveraineté”, on rappellera que les textes applicables de plein droit en Polynésie française doivent simplement faire l’objet d’une publication à titre d’information par le Haut-Commissaire de la République, les délais d’application de la loi et décret étant alors ceux applicable en France métropolitaine<sup>35</sup>.
14. Le principe de la publication, institué sur le Territoire de la Polynésie française par un texte du 28 décembre 1885<sup>36</sup>, soulève lui aussi des difficultés en raison de son caractère imprécis et d’une nature juridique tout aussi difficile à cerner. La doctrine estime cependant

<sup>27</sup> JO 24 avril 1988, p. 5454.

<sup>28</sup> JO du 31 juillet 1990.

<sup>29</sup> Sur la liste voir également, F.Luchaire, Le statut constitutionnel de la France d’outre-mer, éd. Economica, 1992, p. 66-70 ; Y-L Sage, op.cit. pp. 62-63.

<sup>30</sup> “La circonstance qu’un principe général du droit soit repris par un décret, codifié ou devienne une loi particulière n’a pas d’incidence dans la hiérarchie normative, puisque si le Conseil Constitutionnel en décide ainsi, ce principe peut devenir une norme constitutionnelle à laquelle une nouvelle loi ne pourrait déroger”, P.Sargos, Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, les gardes-fous des excès du droit, JCP, ed. G, n 12-21 mars 2001, p.593. M.Joyau, Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie, RFD adm.15 (1) janv.-févr. 1999, p 47.

<sup>31</sup> F. Luchaire, op.cit. p. 69.- T.TUOT conclusions CE Ass 09/02/1990 - 2 espèces RFDA 1991 p. 607. Y. Brard, Autonomie interne et sources du droit en Polynésie française, op.cit. p.555 ; Nouvelle Calédonie et Polynésie française : « les lois du pays”, De la spécialité législative au partage du pouvoir législatif, Les Petites Affiches 6 juin 2001, 112, p.1-2.

<sup>32</sup> Sur la notion de principe de la liberté du commerce et de l’industrie, voir M. Guibal, Encyclopédie Dalloz commercial, Commerce et industrie, n 5-112. CE 28 octobre 1960, Martial de Laboulaye, Rec. Lebon, p. 570 ; Favoreu, les décisions du Conseil constitutionnel dans l’affaire des nationalisations, Revue de Droit Public 1982, p. 418). M. Khdir, le principe de la liberté du commerce et de l’industrie: Mythe ou réalité, D.1994. chr. 30

<sup>33</sup> DC 16 janvier 1982 sur les nationalisations. Un raisonnement similaire devait être repris lorsque le Conseil Constitutionnel s’est prononcé sur la loi du 29 juillet 1982 sur l’audiovisuel en distinguant la liberté d’entreprendre et la liberté de communication.

<sup>34</sup> Quand bien même elle reste « une liberté constitutionnelle limitée” J-P.Colson, Droit Public Economique, LGDJ,1995 p. 49

<sup>35</sup> Article 1 de la loi 96-313 du 12 avril 1996 complétant le Statut d’autonomie de la Polynésie française. Ce principe constant a été rappelé par la Cour de Cassation dans une espèce où la loi du 21 décembre 1976 relative à l’indivision modifiant les articles 815 et suivants du Code Civil applicable de plein droit en Polynésie française ne devait pas être spécialement publiée au Journal Officiel de Polynésie française (Cass. Civ 16/11/1983 - Bull Civ I, n° 274).

<sup>36</sup> H. Lenoir, op.cit.

que la publication n'est pas un acte juridique, ne fait pas l'objet de dispositions législatives ou réglementaires et que hormis la non-entrée en vigueur du texte, aucune sanction particulière n'est prévue en cas de non publication. Les différentes circulaires des Ministres ont toutefois insisté autant que faire se peut, sur la nécessité de respecter les délais les plus brefs possibles<sup>37</sup>. Et c'est ainsi qu'un délai de publication qui viendrait à être considéré comme anormal serait susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat s'il cause un préjudice spécial à un particulier<sup>38</sup>.

### **B) Le principe de la nécessaire licéité des pratiques concurrentielles était déjà clairement reconnu par la jurisprudence métropolitaine bien avant l'ordonnance de 1986**

15. Abstraction faite de la discussion relative à l'indispensable promulgation ou non des textes métropolitains de 1986 et 1996, le principe fondamental de la licéité des pratiques concurrentielles que ces dispositions légales contiennent, notamment en matière de concession exclusives, était en fait déjà retenu par les juridictions métropolitaines qui bien avant 1986, subordonnaient ainsi la régularité des pratiques concurrentielles à la preuve de l'existence d'un réseau licite dont l'appréciation était opérée sur la base de critères qui dépassaient largement le cadre du seul contrat de concession (1).

16. A cela s'ajoute qu'en l'état des dispositions de la loi statutaire de 1996<sup>39</sup>, il est douteux que le Territoire de la Polynésie française puisse, se prévaloir d'une véritable compétence dans le domaine de la régulation des pratiques concurrentielles et sauf à reconnaître une totale liberté d'action au profit des acteurs commerciaux en Polynésie française, la passivité des autorités locales territoriales peut être conçue comme une reconnaissance implicite de l'application sur le territoire des principes qui régissent le droit français de la concurrence (2)

#### **1) La notion de licéité, élément fondamental qui subordonnera la protection à accorder aux contrats de concessions exclusives**

17. L'étude des décisions rendues par les tribunaux jusqu'en 1986 en matière de protection des concessions exclusives, révèle une évolution qui a progressivement, pris en compte la notion de licéité des réseaux, pour être ensuite reprise par le législateur qui devait en faire la pierre angulaire des textes de 1986 et 1996.

18. S'il est vrai que dans un premier temps, la licéité du réseau au regard du principe de la libre concurrence, n'était qu'un élément accessoire dans la prise de décisions de la chambre commerciale de la Cour de cassation,<sup>40</sup> la Chambre criminelle de la Cour de cassation lui

<sup>37</sup> Voir CE 11/03/1960 Re p. 190 La circulaire n° 511 du 10/19/1931 du Ministre des Colonies aux Gouverneurs Généraux et Gouverneurs des Colonies, Circulaire du 27/10/1952. Voir CE Section 11/03/1960 - Société Maïserie et Aliment de bétail précité

<sup>38</sup> F. Luchaire, op. cit. p. 278.

<sup>39</sup> Loi organique 96-312 du 12 avril 1996 complétant le Statut d'autonomie de la Polynésie française.

<sup>40</sup> Elle considérait que le fait pour un commerçant de revendre en connaissance de cause des produits couverts par une clause d'exclusivité valablement stipulée en faveur d'un concurrent engageait sa responsabilité

reconnaissait déjà un rôle fondamental dans l'articulation des rapports entre les tiers et les bénéficiaires du contrat de concession exclusive<sup>41</sup>.

19. Par un arrêt des 16 février et 12 juillet 1983, la Chambre commerciale de la Cour de cassation devait finir par se rallier à la position de la Chambre criminelle, en décidant que "le fait allégué d'avoir importé (sur le territoire objet de l'exclusivité) des marchandises en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait un concessionnaire ne constituait pas, en lui-même, en l'absence d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale"<sup>42</sup>. Par conséquent, et il s'agissait d'une première brèche dans le concept "d'étanchéité des réseaux"<sup>43</sup>, le revendeur non sélectionné pouvait toujours s'approvisionner<sup>44</sup>, hors de ce territoire concédé, directement auprès du concédant ou encore s'approvisionner auprès d'un fournisseur non lié par la convention d'exclusivité, pour à son tour pouvoir revendre dans le territoire couvert par l'exclusivité.

20. En son dernier état, la jurisprudence au motif du respect du principe de la liberté de la concurrence, n'a plus considéré comme un acte de concurrence déloyale, le fait pour un distributeur non agréé de se procurer régulièrement des produits pour ensuite les revendre<sup>45</sup>, sauf au bénéficiaire du réseau de distribution sélective de rapporter au préalable la preuve de sa licéité<sup>46</sup>.

21. On constate donc dans ces situations, que bien avant la mise en place du dispositif réglementaire de 1986 et législatif de 1996, on retrouvait:

- la consécration de la validité des importations parallèles corollaire de la reconnaissance du principe de la liberté de la concurrence qui rendait inopposable aux tiers aussi bien les contrats de concessions exclusives que ceux de distributions exclusives,
- l'affirmation que le seul moyen ouvert au titulaire du contrat de concession exclusive pour s'opposer aux importations parallèles passait obligatoirement par la preuve de la licéité du réseau, la faute du tiers importateur, s'analysant alors comme une atteinte faite à un réseau licite<sup>47</sup>.

---

délictuelle en violant consciemment le droit d'autrui Com. 16 mars 1965, Bull. civ. III, n°199; 11 oct. 1971, D. 1972.120; 21 févr. 1978, Rev. trim. dr. com. 1979, 312, obs. J. Hemard, Bull. civ. IV, n° 73,

<sup>41</sup> La chambre criminelle a jugé que les tiers hors de la zone concédée ne pouvaient pas être tenus vis-à-vis du concessionnaire des mêmes obligations que celles pesant sur le concédant lui-même; la marchandise ne pouvant donc pas par l'effet d'un contrat de concession "devenir indisponible entre les mains de tiers situés hors du territoire concédé et ce tiers est toujours libre d'en disposer à sa guise" Crim. 21 mars 1972, D. 1973. 677, note T. Ivainier; sur renvoi, Nîmes, 9 nov. 1972, J.C.P.1974.11.17661, note H. Guérin, Rev. trim. dr. com. 1973. 855, obs. J. Hémar; Com. 9 oct.1973, Bull. civ. IV, n°274

<sup>42</sup> Com. 16 févr. et 12 juill. 1983, D. 1984. 489, note D. Ferrier.

<sup>43</sup> Voir note 4, supra.

<sup>44</sup> Le contrat de concession pouvait néanmoins être opposé au revendeur non sélectionné implanté dans le territoire concédé pour refuser de l'approvisionner. Paris, 11 mai 1983, Gaz. Pal. 1984.1.25, note C. Vigier.

<sup>45</sup> Limoges, 17 déc. 1987, D. 1988, I.R. 24; Com. 13 déc. 1988, Bull. civ. IV, n°341; 10 janv. 1989, D. 1989. 337, note P. Malaurie; 31 janv. 1989, D. 1989. 335, note P. Malaurie; Paris, 28 sept. 1989, D. 1989, I. R. 266; Com. 21 mars 1989, J.C.P. 1989. IV. 194.

<sup>46</sup> Versailles, 14 oct. 1986, Gaz. Pal. 1987.1. Somm. 206, obs. F. Rosenfeld; Paris, 15 mars 1987, D. 1987, I.R. 94. Com. 16 févr., 1988, deux décisions, D. 1988, I. R. 79; 16 févr. 1988, bull. civ. IV, n°76.

<sup>47</sup> Cass. Com, 16 février et 12 juillet 1983. D. 1984, p.489, note. D. Ferrier.

22. Ces tendances jurisprudentielles ne devaient par la suite jamais se démentir<sup>48</sup>, la protection du réseau de concession exclusive restant toujours subordonnée à la preuve de sa licéité<sup>49</sup>.

*2 ) Les pouvoirs du Territoire de la Polynésie française en matière de réglementation de la concurrence restent limités*

23. Il n'est guère certain, compte tenu des répartitions de compétences entre l'Etat et le Territoire de la Polynésie française que ce dernier soit en mesure de se prévaloir d'une véritable compétence statutaire dans le domaine de la concurrence, ce qui l'empêcherait de pouvoir prendre des dispositions dans ce domaine (a) et si quelques doutes peuvent encore subsister, il faut bien reconnaître que tant la jurisprudence locale que métropolitaine n'ont pas été à même d'apporter de véritables solutions tranchées, de telle sorte que la prudence commande une approche favorisant la mise en œuvre des principes applicables en la matière en France métropolitaine (b).

*a - Sur le fondement juridique des pouvoirs du Territoire de la Polynésie française en matière de concurrence*

24. On doit d'abord relever que l'article 6 de la loi statutaire<sup>50</sup> n'a pas expressément donné compétence à l'Etat en matière de concurrence<sup>51</sup>. De surcroît, s'agissant uniquement de la mise en œuvre d'un des éléments de la définition des "principes fondamentaux des obligations commerciales", cela relève de la compétence réservée à l'Etat<sup>52</sup>.

25. Toutefois, le Territoire prenant appui sur les compétences qu'il détient de la loi statutaire de 1996<sup>53</sup>, dans les matières non dévolues à l'Etat ou en application de dispositions expresses, peut aussi adopter des règlements dans le domaine économique.

26. Mais, s'il ne fait aucun doute que la régulation du commerce intérieur et la réglementation des prix entrent dans le champs des compétences du Territoire, les principes

<sup>48</sup> En matière de distribution automobile, par exemple, la dernière jurisprudence sur les importations parallèles dans ce domaine (CA Limoge, 11 avril 2001 sur renvoi de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 octobre 1999) fait qu' « au fur et à mesure ou elle s'affine, elle est de plus en plus favorables » aux importateurs parallèles. E. Chevrier, Un revendeur parallèle peut-il encore être condamné en raison de son approvisionnement ?, D. Cahier Droit des Affaires, 31 mai 2001, n°21, p.1722.

<sup>49</sup> Cass. com., 16 févr. 1988: Bull. Civ. IV, n°76. 13 déc. 1988: Bull. Civ. IV, n°343. 31 janv. 1989: Bull. Civ. IV n°45; D. 1989, p. 335, note Ph Malaurie; D. 1989, p. 428, note A. Bénabent 21 mars 1989: Bull. Civ. IV n° 97; D. 1989, p. 428, note A. Bénabent. 10 mai 1989: D. 1989, p. 428, note A. Bénabent. Cass. Civ. 7 mars 1989: Bull. Civ. IV n° 82; JCP 1990, éd G, II, 21391, note Dorsner-Dolivet. 16 mars 1990: Bull. Civ. IV, n° 85. 26 oct. 1993: Gaz Pal 1994, 2, pan. jurispr. p. 133. 15 mars 1994: Bull. Civ. IV n° 108; Gaz Pal 1994, 1, somm. p. 182; RJDA 1994, n° 794 ; CA Paris, 7 juin 1995: Gaz Pal 1996,1, somm. p. 145.

<sup>50</sup> Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

<sup>51</sup> Le conseil des ministres est compétent pour fixer les règles applicables dans les domaines des « prix, tarifs et commerce intérieur » (art. 27- 6).

<sup>52</sup> Art. 6-6 de la loi statutaire de 1996.

<sup>53</sup> Notamment en application des dispositions combinées des articles 5 et 6. N 96-312 du 12 avril 1996

fondamentaux des obligations commerciales<sup>54</sup> et les garanties des libertés publiques<sup>55</sup>, restent quant à eux du domaine réservé de l'Etat. En effet, le droit de la concurrence s'articule autour de trois principes fondamentaux : Celui des obligations civiles et commerciales qui intéressent le droit des contrats et des sociétés ; Celui du principe général du droit relatif à la liberté du commerce et de l'industrie ; Enfin celui du droit de propriété<sup>56</sup>.

27. A cela s'ajoute que depuis la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, l'Etat est aussi compétent en matière de "garanties des libertés publiques", principe réaffirmé dans la décision du Conseil Constitutionnel du 9 avril 1996<sup>57</sup>. Ainsi, alors qu'auparavant le Territoire se trouvait, fort de ses compétences, confronté à des principes généraux dont le respect était apprécié par le juge en fonction des limitations implicites ou explicites de la loi de 1984 et de l'intérêt général, depuis 1996, le régime de répartition des compétences entre l'Etat et le Territoire aboutit à limiter les pouvoirs du Territoire plus strictement à tel point qu'il sera obligatoire dans certains domaines d'avoir recours à des lois préalablement à l'exercice par le Territoire de sa compétence.

28. Il faut ici noter que cette situation s'inscrit dans un courant doctrinal bien établi, selon lequel toute réglementation des prix porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et ne peut ressortir que d'une loi<sup>58</sup>. Le législateur peut aussi, en tant que de besoin, charger le gouvernement de mesures spécifiques dans le cadre des limites de temps et de procédure et compte tenu des exigences propres à un système de contrôle des prix<sup>59</sup>, mesure dont peut aussi bénéficier le Territoire<sup>60</sup>.

29. Dans cet esprit, même si l'on fait abstraction de l'application de droit des textes métropolitains relatif à la concurrence, dès lors qu'il s'agira de régler un aspect des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété<sup>61</sup>, toutes mesures nouvelles tendant à restreindre l'exercice d'une activité économique sur le territoire de la Polynésie française devra émaner d'une loi, une délibération territoriale n'étant certainement pas à elle seule suffisante. En effet, à partir de l'instant où elle seront susceptibles de limiter la liberté contractuelle, elles concerneront également les règles du droit civil et les principes

<sup>54</sup> Art. 6-7 de la loi statutaire de 1996.

<sup>55</sup> Depuis 1986.

<sup>56</sup> Voir Y-L Sage, Can foreigners invest freely in French Polynesia? Consequences of the French Constitutional decision, (1997) 27 VUWLR, p.209.

<sup>57</sup> "Considérant que ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et ainsi puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République." Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996

<sup>58</sup> A. de Laubadère et P. Devolvé, *Droit Public Economique*, Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, p. 573

<sup>59</sup> Conseil Constitutionnel, 30 juill. 1982.

<sup>60</sup> Conseil Constitutionnel, 2 juin 1965.

<sup>61</sup> A. de Laubadère et P. Devolvé, *op.cit.* p. 104.

fondamentaux des obligations commerciales, deux domaines qui relèvent de la seule compétence de l'Etat<sup>62</sup>.

30. Ceci explique sans doute que l'on aura quelques difficultés à trouver dans la réglementation territoriale, un texte d'ensemble qui traite de la question de la concurrence, seules existent quelques dispositions éparses ne proposant que des solutions partielles, voire franchement inadaptées, à savoir:
- L'Arrêté 173/CM du 7 février 1992, relatif à la prohibition de certaines pratiques anticoncurrentielles.
  - La Délibération 94-163 AT du 22 décembre 1994<sup>63</sup>, relative à l'urbanisme commercial et à l'implantation de certains commerces de détail<sup>64</sup>. L'article A<sup>65</sup> précise dans son premier alinéa<sup>66</sup> que " la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales. Celles-ci s'exercent dans le cadre de concurrence saine et loyale ".
  - L'Article 717-2 du Code pénal sanctionnant l'intervention frauduleuse sur le marché afin de modifier artificiellement les prix<sup>67</sup>.
  - L'Arrêté 794 CM du 23 juillet 1996 fixant la composition et le fonctionnement de la commission d'implantation des grandes surfaces commerciales<sup>68</sup>.

31. Une interrogation demeure néanmoins. Il faudra se demander si la compétence de l'Etat ainsi définie, affecte ou non l'exercice par le territoire de ses propres compétences. Il faut bien reconnaître qu'il s'agit ici d'un débat aux solutions incertaines, relevant en grande partie de choix politiques voire idéologiques privilégiant soit une approche territoriale soit étatique.

32. On notera cependant que d'une manière générale, on peut tout d'abord avancer à l'appui de la thèse du Territoire, qu'en fait le régime des compétences dévolues à la Polynésie française reste inchangé puisque la compétence expressément conférée à l'Etat recouvre notamment et très clairement le domaine des principes généraux du droit. On en déduira alors qu'une application par trop rigoureuse des dispositions statutaires conduirait à vider les compétences du Territoire de leur substance, la compétence de l'Etat est maintenant tellement étendue qu'elle ramène la compétence du territoire en matière de libertés publiques à très peu de chose et ce contrairement à l'esprit de la notion d'autonomie qui a présidé à l'élaboration des textes.

---

<sup>62</sup> Article 6-7 de la loi statutaire 96-312. Voir Avis du Conseil d'Etat, n° 363-631, du 28 septembre 1999.

<sup>63</sup> JOPF du 12 janvier 1995, 2, p.1207.

<sup>64</sup> JOPF du 12 janvier 1995, 2, p. 51, modifiée par la Délibération 95-70 AT du 23 mai 1995, par la Délibération 95-209 AT du 23 novembre 1995, par la Délibération 99-69 APF 11 mai 1999, par la Délibération 99-194 du 28 octobre 1999, par la Délibération 2000-133 APF du 9 novembre 2000.

<sup>65</sup> Inséré dans le texte de 1994, par la délibération 99-69 APF du 11/05/1999.

<sup>66</sup> Le second alinéa de l'article A de la délibération n° 94-163 AT du 22 décembre 1994, ajoute " Le commerce a pour vocation de satisfaire les besoins des consommateurs, tant au niveau des prix que de la qualité des services et produits offerts. Il contribue en outre à l'amélioration de la qualité de la vie et à l'animation de la vie urbaine".

<sup>67</sup> Applicable en Polynésie française

<sup>68</sup> JOPF 1996, 31. Modifié par arrêté 711 CM du 18 juillet 1997, par arrêté CM 1090 du 18 août 1998, par arrêté 604 CM du 23 avril 1999.

33. De plus, le régime des libertés publiques n'est pas uniforme. Tantôt le législateur peut autoriser les autorités administratives à intervenir (ex: liberté du commerce et de l'industrie), tantôt le législateur reste libre d'exercer son pouvoir mais doit l'exercer pleinement sans aucune délégation au pouvoir réglementaire, tantôt le Conseil Constitutionnel ne lui reconnaît pas la possibilité de réaménager restrictivement l'exercice d'une liberté (ex: droits fondamentaux comme la liberté d'association).
34. Le Conseil Constitutionnel a reconnu cette possibilité de choix à propos de la dernière loi statutaire de 1996. Ainsi n'a-t-il émis aucune réserve à propos de la compétence de droit commun de la Polynésie française fondée sur les libertés publiques. Il s'est seulement borné à déclarer non conforme à la Constitution la limitation de la compétence de l'Etat en matière de procédure pénale, eu égard, à la liberté individuelle en se référant aux conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques.
35. De cette analyse, on pourrait déduire qu'au sens de la loi n° 96-312 relative au statut du Territoire de la Polynésie française, l'Etat est compétent en matière de garanties des libertés publiques mais que ladite loi, attribuant des compétences à la Polynésie française a, sous le contrôle du juge constitutionnel, implicitement mais nécessairement, apporté les limitations nécessaires pour permettre au pouvoir réglementaire local de s'exercer dans le respect des principes généraux du droit. Ainsi, il est possible au Territoire de prendre des mesures qui intéressent l'ordre public économique .
36. A cela, on peut ajouter que rien n'interdit au Territoire même dans les domaines de compétence de l'Etat d'adopter des mesures de police administrative dans l'intérêt de l'ordre public, des mesures de sauvegarde des intérêts du service public ou qui seraient liées à la conservation et à l'exploitation du domaine public.
37. C'est dans cette logique que le Territoire pourrait soutenir que les activités économiques peuvent s'exercer dans un système de compétition préservant la "libre concurrence", encadrée dans une réglementation limitant certaines concentrations d'entreprises et la jurisprudence administrative considère déjà que les réglementations territoriales sont régulières dès lors qu'elles poursuivent un "motif d'intérêt général".
38. Ainsi, le Conseil d'Etat estime que certaines réglementations qui ont pour effet de limiter les activités économiques, comme par exemple dans le domaine de l'urbanisme commercial, sont légales car elles poursuivent l'objectif de "préserver la liberté du commerce et de l'industrie" <sup>69</sup>. Dans cette logique, *a priori*, une recherche de la limitation de l'influence déterminante que pourrait avoir une entreprise locale sur une ou plusieurs autres entreprises locales (au sens des textes métropolitains), semblerait pouvoir s'inscrire dans le cadre d'une réglementation de police économique qui préserverait tout en l'aménageant le jeu de la concurrence serait légale.
39. Mais ce faisant, et c'est là que la thèse du Territoire trouve sa limite naturelle, il y aurait sans aucun doute une atteinte au principe de la liberté contractuelle qui reste du seul domaine de la loi, donc du législateur français. En fait, tout porte à penser que tout ne sera

---

<sup>69</sup> CE 9 septembre 1994, Assemblée Territoriale c/ Compagnie Tahitienne Maritime, req. n°119 411

qu'une question de proportionnalité, puisque qu'en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, seules sont sanctionnées les atteintes graves portées à l'économie des contrats et conventions<sup>70</sup>.

40. A ce butoir théorique, s'ajoute aussi une tendance générale de la jurisprudence encore fortement empreinte du désir de voir respecter la stricte répartition des compétences étatiques et territoriales.

*b - la jurisprudence tend à favoriser le principe de la stricte répartition des pouvoirs entre l'Etat et le Territoire de la Polynésie française*

41. Toute la jurisprudence disponible dans le domaine du droit public économique et qui implique le Territoire tourne autour de la notion de l'atteinte à un principe général du droit que le Conseil d'Etat a tenté de concilier avec les compétences du Territoire.

42. S'il s'est montré relativement ouvert à l'exercice par la Polynésie française des compétences dévolues par la loi statutaire, il l'a toujours fait tout en contrôlant de façon stricte que les atteintes au principe de liberté du commerce et d'industrie restent limitées et justifiées par l'intérêt général. Il en a été ainsi en matière d'urbanisme commercial<sup>71</sup>, mais aussi en matière de restriction aux importations<sup>72</sup> où le seul recours à la notion de protection de l'économie locale tout comme le caractère vague de l'interdiction<sup>73</sup> ou encore la référence au droit du Territoire de prendre des restrictions quantitatives<sup>74</sup>, n'ont pas été reconnus comme suffisants pour justifier une atteinte au principe général du droit, en matière de restriction à l'exercice d'une activité professionnelle<sup>75</sup>.

## **II - LA DELICATE TRANSPOSITION EN POLYNESIE FRANÇAISE DES PRINCIPES DEGAGES PAR LE DROIT METROPOLITAIN DE LA CONCURRENCE**

43. Si, en dépit de quelques incertitudes mineures, le droit applicable sur le territoire de la Polynésie française en matière de concurrence peut être appréhendé sans trop de difficultés, il n'en ira pas de même pour sa mise en œuvre surtout lorsqu'il s'agira de se prononcer sur le caractère licite de certaines pratiques concurrentielles.

<sup>70</sup> CC n° 98-401 Dc du 10 juin 1998, J.O.R.F. du 3 juillet 1998, p. 10147.

<sup>71</sup> "Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la délibération de l'Assemblée territoriale en date du 26 juin 1989 avait pour objet de réglementer l'implantation de magasins de grande surface commerciale en Polynésie française pour préserver la liberté du commerce qu'ainsi elle repose sur un motif d'intérêt général." CE, 119.411, 9 sept. 1994, Assemblée territoriale c/FGC

<sup>72</sup> CE, 83.670, 9 nov. 1988, Territoire de la Polynésie française c/ Compagnie Tahitienne Maritime.

<sup>73</sup> CE, 133.301, 11 mai 1994, Syndicat des importateurs négociants, commerçants, détaillants et autres activités patentées de la Polynésie française

<sup>74</sup> CE, 127.990, 11 mars 1994, S.A.R.L Nippon Auto-Moto.

<sup>75</sup> CE, 112.409, 13 mai 1994, Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française.

44. L'enjeu est d'importance car, pour le titulaire du contrat de concession exclusive par exemple, chaque fois que la liceite du réseau est établie<sup>76</sup>, il pourra de manière effective opposer son contrat lequel s'imposera alors en tant que fait juridique, au distributeur non sélectionné<sup>77</sup> tant sur le plan civil que pénal<sup>78</sup>.
45. Il reste cependant que l'absence en Polynésie française d'une structure locale comparable au Conseil de la Concurrence, investie des mêmes pouvoirs, rend difficile l'appréciation de la régularité des pratiques commerciales qui fausseraient le jeu normal de la concurrence, de telle sorte qu'il appartiendra aux seuls tribunaux locaux de se prononcer sur la question (A).
46. Pour ce faire, le recours aux principes dégagés par le droit de la concurrence métropolitain formera une trame nécessaire et des éléments d'appréciation utiles (B), mais ils ne seront pas pour autant suffisants, le caractère spécifique du marché polynésien empêchant leur simple transposition et imposant une adaptation (C).

### **A - Le contrôle de la licéité des comportements concurrentiels en Polynésie française est laissé à la seule appréciation des juridictions locales**

47. Si dans le droit métropolitain de la concurrence, le Conseil de la Concurrence et les tribunaux<sup>79</sup> se partagent le pouvoir d'appréciation de la régularité des activités susceptibles de fausser le jeu normal de la concurrence sur le territoire français, il en ira différemment en Polynésie française dans la mesure où il n'existe pas d'autorité administrative régulatrice (1). En conséquence, seuls les tribunaux locaux auront vocation à se prononcer (2).

#### **1) Sur l'absence d'autorité administrative indépendante locale chargée de réguler le fonctionnement de la concurrence sur le marché polynésien**

48. L'absence de promulgation des textes de 1986 et 1996 tout comme celle du livre IV du nouveau code de commerce<sup>80</sup> relatif à la liberté des prix et à la concurrence et plus particulièrement les articles L. 461-1 et suivants prévoyant les dispositions applicables au Conseil de la Concurrence qui n'ont pas été rendus applicables en Polynésie française<sup>81</sup>, n'a

<sup>76</sup> Com. 13 déc. 1988, préc. Cass. com, 16 mars 1990. Bull. civ. IV, n°85. 26 oct. 1993. Gaz. Pal 1994, 2, pan. jurispr. p.133. - 15 mars 1994: Bull. civ. IV n° 108, Gaz. Pal. 1994, 1, somm. p.182, RJDA 1994, n°794

<sup>77</sup> TGI Paris, 9 févr. 1988, R. D. P.I. 1989, n°21; G.Viney, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, t. 4, Les obligations, 3 e vol.: La responsabilité conditions, 1982, L. G. D. J., n°202.

<sup>78</sup> Voir infra n°59

<sup>79</sup> Sur les rôles respectifs du Conseil de la Concurrence et des juridictions métropolitaines, voir notamment P. Cortesse, Le rôle du Conseil de la Concurrence, Lamy Droit Economique, n°118-juin 1999, Numéro spécial, Restrictions verticales: Quelle distribution pour demain? p.17 et C.Favre, le rôle des juridictions nationales, ibidem p. 21.

<sup>80</sup> J.O. Numéro 219 du 21 septembre 2000, Partie législative Annexe à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000

<sup>81</sup> Titre IV du nouveau code de commerce, Dispositions applicables en Polynésie française, Art. L. 940-1.

pas pour autant incité les autorités territoriales à mettre en place un organisme semblable sur le territoire de la Polynésie française.

49. En effet, si l'on veut bien faire abstraction des dispositions de la délibération 94-163 du 22 décembre 1994<sup>82</sup> qui par les décisions d'une commission spéciale réglementent l'implantation de certains commerces de vente au détail, il n'existe pas à proprement parler, en Polynésie française d'autorité administrative comparable au Conseil de la Concurrence. De telles prérogatives n'entrent certainement pas dans le cadre des attributions actuelles du service des Affaires Economiques de la Polynésie française, qui au demeurant, en raison de son statut de service administratif territorial ne serait pas à même d'offrir, toutes les garanties d'indépendance nécessaires pour se prononcer valablement<sup>83</sup>.

50. De surcroît, une saisine des autorités françaises, à savoir le Conseil de la Concurrence et le Ministre français de l'Economie et des Finances, pour se prononcer sur la régularité (ou pour obtenir des exonérations) de certaines pratiques concurrentielles sur le marché polynésien serait inopérante. La prise en compte de pareille demande et la décision qui en découlerait, excéderaient indéniablement leur champ de compétences respectives. En effet, même à les supposer transposables en Polynésie française ces décisions concerneraient alors le commerce intérieur du territoire dont l'organisation reste de la seule compétence du gouvernement territorial en vertu de l'article 27-6 de la loi statutaire de 1996.

2) Dans ce contexte particulier, l'appréciation de la licéité de la pratique concurrentielle relèvera uniquement du juge local

55. Pour ne s'en tenir qu'aux seuls contrats de concessions exclusives, le principal objectif du concessionnaire polynésien, sera de restreindre les importations parallèles sur le marché local qui peuvent le concurrencer directement. Excipant de son contrat de concession exclusive, il cherchera alors au mieux à les éliminer, au pire à les contenir dans des limites telles qu'elles devront apparaître pénalisantes pour l'importateur hors réseau.

56. Les situations conflictuelles que ne manqueront pas d'engendrer cette situation devront être résolues par les tribunaux<sup>84</sup>, de telle sorte qu'il faudra à un moment ou un autre que la question de la validité du réseau soit tranchée. Et il ne suffira sans doute pas au titulaire du réseau de distribution exclusive de se contenter d'affirmer que dans la mesure où une concurrence effective existe déjà sur le territoire de la Polynésie française ne serait-ce que

<sup>82</sup> Voir supra n°31.

<sup>83</sup> On rappellera simplement ici, à titre de comparaison que le Conseil de la Concurrence, est une autorité administrative indépendante.

<sup>84</sup> En l'état, se sont les juridictions de l'ordre judiciaire qui ont principalement à connaître de ce contentieux, mais les arrêts du Conseil d'Etat dans les affaires Interbrew (CE 9 avril 1999) et Coca-Cola (CE 9 avril 1999), marquent pour la première fois, la volonté du juge administratif d'appliquer l'ordonnance de 1986. Comme le fait remarquer A.Troianiello, ces arrêts apparaissent comme « l'embryon de ce que pourrait bien être la jurisprudence administrative à venir en matière de concentration », Réflexions sur le contrôle des concentrations économiques par le juge administratif, D. Cahier Droit des Affaires, 17 février 2000, n°7, p.157-165. Sur la nécessaire prise en compte de la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence par les autorités administratives, voir CE 22 nov.2000, 223645, D. 2001, n°26, p 2110 et note de N. Albert, Police administrative et droit de la concurrence : Les liaisons dangereuses.

dans des proportions réduites, comme c'est souvent le cas pour les produits alimentaires, la preuve de la légalité de la concession exclusive sera alors *ipso facto* rapportée.

57. Ainsi, lorsque le concessionnaire prendra l'initiative de faire cesser les agissements du distributeur non agréé et quand bien même les juges se contenteraient de faire jouer les règles protectrices inhérentes au contrat de concession<sup>85</sup>, il est plus que probable que l'importateur ne manquera pas de soutenir en défense que le réseau est illicite. Dans de telles circonstances, le titulaire du contrat de concession exclusive sera alors, dans un deuxième temps contraint de rapporter la preuve de la licéité du réseau dont il se prévaut.

58. C'est le même raisonnement qui doit être retenu, mais dans un ordre chronologique inverse, lorsque l'importateur hors réseau souhaitera être autorisé à pouvoir entreprendre des importations parallèles<sup>86</sup>. Demandeur à l'instance, il soulèvera alors l'absence de validité du contrat de concession au regard des principes du droit de la concurrence applicables sur le territoire, de telle sorte que le seul moyen ouvert au défendeur titulaire du contrat de concession exclusive sera de prouver la régularité de son réseau. Dans ces conditions, quelle que soit la partie qui prendra l'initiative de la procédure, on constate que la notion de validité du contrat de concession restera centrale dans le débat qui nous occupe.

59. Pour la Cour de Cassation, sur la double référence du principe de l'effet relatif des conventions<sup>87</sup> et de la liberté de la concurrence, le réseau de concession exclusive, reste en principe inopposable aux tiers<sup>88</sup>, sauf si le titulaire de la concession est en mesure d'établir la licéité de son réseau. Ce n'est qu'à cette condition qu'une protection lui sera reconnue. Dans l'affirmative, les sanctions pourront alors intervenir tant sur le terrain civil, par l'application des dispositions de l'article 1382 du code civil condamnant la concurrence déloyale pratiquée, par le distributeur non sélectionné<sup>89</sup> ou puisque "le titulaire d'une marque bénéficie sur les

<sup>85</sup> Il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas d'un droit, mais d'une simple faculté offerte aux magistrats qui peuvent tout aussi bien imposer que soit rapportée la preuve de la régularité de la structure concurrentielle (dont la preuve de la licéité du réseau) comme préalable nécessaire à la recevabilité de l'action (voir n° 21-24)

<sup>86</sup> Situation quand même plus rare que la première, l'importateur hors réseau n'ayant a priori, aucune raison particulière de vouloir anticiper un débat qui peut tourner à son désavantage.

<sup>87</sup> Application des dispositions de l'article 1165 du Code Civil, interdisant de créer par un contrat de distribution sélective ou de concession commerciale des obligations à la charge des tiers

<sup>88</sup> Voir notamment Cass. Com., 21 février 1978: Bull. Civ. IV, n°73; RTD com. 1979, p. 312, obs. J. Hémarid ; Cass. com 23 février 1993, D.1993, IR 84,Bull.civ.VI, n 70.

<sup>89</sup> P. Le Tourneau. Jurisclasseur. op.cit., Fasc. 1035, n°91.G. Y. Saint-Gal. Concurrence parasitaire ou agissements parasitaires, RIPIA 1956.37. Virassamy, Les contrats de dépendance, LGDJ 1986, n°39 et 40. J. Azema, Parasitisme et distribution, in Le parasitisme Economique, 1988, éd. Techniques, p. 69. J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, op. cit. n° 11610. M. Malaurie-Vignal, Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui, D. 1996, chron. 177. F. Tardieu-Guigues, Les modalités du droit d'agir en contrefaçon et en concurrence déloyale par le licencié de marque: Cah. dr. entrep: 1994/4, p. 40 s. P. le Tourneau, Le bon vent du parasitisme, Cont.Conc. Cons. janvier 2001, p. 4 ; Parasitisme et marque notoire, ou de l'application du régime général de la responsabilité en présence d'une lacune du droit spécial, Gaz.Pal des 30-31 mars 2001, p.22. A. Bonnefont, Parasitisme et concurrence déloyale : il faut garder le cap, Cont.Conc.Cons., mars 2001, p.4. Trib. com. Paris, 14 mai 1986 et Paris, 18 déc. 1986, D. 1988. Somm. 23, obs. D. Ferrier; Paris, 5 mars 1987, J. C. P., éd. E., 1987.11.14931, note A-L. Vincent ; Versailles, 1er juin 1987, Com - 14 - 30 avril 1990 Gaz. Pal. 1988.1. Somm. 103 Paris, 17 févr. 1988, Lettre de la distribution 1988 - 4. Sur l'élargissement de la notion de partie à l'action en concurrence déloyale, voir Cass. Com, 30 mai 2000, note Y.Serra, La notion de partie à l'action en concurrence déloyale, D.2001, n°31, p.2587.

produits revêtus de celle-ci d'un droit de suite, lui permettant d'en contrôler étroitement les lieux de distribution"<sup>90</sup>, que sur le terrain pénal (délits de publicité mensongère ou inexacte<sup>91</sup>, de contrefaçon<sup>92</sup>, d'usage frauduleux de la marque d'autrui<sup>93</sup>).

60. La preuve de la licéité du réseau ne pourra pas être rapportée sur la seule affirmation de l'existence d'un contrat de concession exclusive. En effet, quand bien même "les juges se contentent en fait de la production des contrats de distribution qui bénéficient d'un *a priori* favorable et que c'est aux tiers contestataires d'apporter la preuve contraire"<sup>94</sup>, il reste que face à l'affirmation du principe de la libre concurrence émanant de l'importateur parallèle, la seule production en justice du contrat de concession exclusive, risque de se révéler à elle seule, bien fragile et certainement pas déterminante dans l'esprit des juges. A cela s'ajoute que dans les rapports de concurrence économique, les tribunaux ont toujours tendance à privilégier le plaideur qui se prévaut d'un principe général du droit, au détriment de celui qui lui oppose un simple titre de nature privé<sup>95</sup>.

61. On peut donc en déduire que le titulaire du contrat de concession exclusive en Polynésie Française<sup>96</sup> ne pourra pas, semble-t-il, éluder l'obligation qui lui sera faite d'avoir à rapporter la preuve de la licéité de son réseau, s'il veut avoir une chance de s'opposer valablement aux importations parallèles, la Cour de cassation<sup>97</sup> estimant qu'en pareilles circonstances "que la liberté du commerce et le libre jeu de la concurrence ont valeur de principes et que tout ce qui les restreint à valeur d'exception. Il en résulte, que celui qui se réclame d'un principe n'a rien à prouver et que celui qui prétend bénéficier d'une exception doit, au contraire, établir qu'il remplit bien les conditions nécessaires"<sup>98</sup>. C'est ici le rappel du principe selon lequel la licéité du réseau dépendra toujours du respect des droits de la concurrence en ce qu'il ne doit pas avoir pour conséquences d'instaurer des clauses dite de "territorialité absolue" (dont on sait qu'elles servent à instaurer une situation dite de cloisonnement d'un marché), laissant ainsi la porte ouvertes aux importations parallèles qui doivent toujours rester possibles, au moins sur le principe.

<sup>90</sup> Ph. Le Tourneau, Jurisclasseur Concessions, fasc. 1035, op.cit, n 98.

<sup>91</sup> Paris, 24 mars 1987, D. 1987, I.R. 107. Cass. com, 27 oct. 1992, préc. 2 ième esp. 9 mars 1993. PIBD 1993, III, p. 453. 21 juin 1994, préc. CA Grenoble, 8 juill. 1992: Contrats, conc., consom. 1993, comm. 109, obs. L Vogel.

<sup>92</sup> C. propr intell., art. L. 716-5, al. 1er. - Crim. 18 mai 1987, D. 1987.558; 24 févr. 1987, J.C.P., éd. E., 1987.11.15015, note E. Rosenfeld, D. 1987.558, note G. Parléani. Cass. com, 12 juill. 1993: Bull. civ. IV n° 294. CA Paris, 23 mai 1995. JCP 1996, ed. E, 1, 562, n° 2, obs. F Greffe.

<sup>93</sup> Article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle, applicable en Polynésie française. Cass. com, 28 janv. 1992: Bull. civ. IV n° 49. 23 févr. 1993, pré. CA Paris, 18 mars 1994: JCP 1994, ed. G, IV 244.

<sup>94</sup> P. Le Tourneau. Juriscl. op.cit., Fasc. 1035, n° 91.

<sup>95</sup> Un contrat par exemple. M. Jéol, La protection des réseaux de distribution sélective: Faut-il désespérer de la justice. JCP, 1992. Ed. G. 22. 3588.

<sup>96</sup> Cela vaut bien entendu aussi pour les réseaux de distribution exclusive.

<sup>97</sup> "Comme dans d'autres secteurs du droit économique par exemple, en exigeant du concessionnaire communal des pompes funèbres, lorsqu'il agit contre ceux qui portent atteinte à son monopole, qu'il n'abuse pas lui-même de sa position dominante et qu'il le prouve". M. Jéol, op. cit.

<sup>98</sup> M. Jéol précité.

62. Dans ces conditions, la licéité du contrat de distribution sélective et partant son opposabilité aux tiers, seront reconnues lorsqu'il aura subi le contrôle des autorités de la concurrence<sup>99</sup> ou du juge<sup>100</sup>.

63. " Plus précisément la preuve pourra être rapportée dans deux cas de figure:

- soit lorsque le réseau n'est pas anticoncurrentiel, et partant ne rentre pas dans les interdictions prévues à l'article 85-1 du Traité de Rome ou à l'article 7 de l'ordonnance de 1986<sup>101</sup>.

- soit prouver que, même s'il transgresse ces prohibitions, son réseau n'est pas anti-économique et qu'il bénéficie des dispositions de l'article 85-3 du Traité de Rome (ce qui exige une décision d'exemption de la Commission de la CEE) ou de l'article 10-2 de l'ordonnance de 1986 "<sup>102</sup>.

64. En conséquence, comme le fait remarquer M. Jéol<sup>103</sup>, la seule voie qui restera ouverte au titulaire d'un contrat de concession exclusive, sera de se ménager la preuve de la licéité du réseau par l'application des règles du droit commun. Devant prouver un fait, le concessionnaire sera libre d'en rapporter la preuve par tous moyens, y compris en prenant en compte certains des critères<sup>104</sup> de validité des réseaux tels qu'ils sont définis dans le droit interne métropolitain et le cas échéant dans le droit communautaire. En effet, s'agissant ici de simples éléments de références, rien n'interdit de prendre en compte les critères communautaires et ce d'autant plus qu'ils ne lient pas le juge. En pratique, les branches de l'alternative seront les suivantes :

- Soit le titulaire du contrat de concession exclusive fera établir, de sa propre initiative, un audit sur la nature de son activité et le bien fondé du réseau mis en place pour le produire dans le cadre d'une instance.

- Soit, il demandera au tribunal, statuant au fond ou en référé<sup>105</sup> de l'aider à faire sa preuve en ordonnant une expertise<sup>106</sup>.

65. Le juge des référés polynésien, sur le fondement de l'article 493-3 du code de procédure civile de la Polynésie française sera compétent pour prendre toutes mesures provisoires et le cas échéant faire cesser des agissements répréhensibles. Il pourra, dans ce domaine, s'inspirer des dispositions de l'article 36 de l'ordonnance du 1er. décembre 1986 *in*

<sup>99</sup> C'est à dire lorsqu'il répondra aux critères retenus soit par la loi, le Conseil de la Concurrence ou les instances européennes (application des dispositions de l'article 85 du Traité de Rome et de l'ordonnance de 1986).

<sup>100</sup> Cass. com. , 15 mars 1994, préc. 15 mai 1994: D.1995, somm. p. 81, obs. D. Ferrier. CA Rouen, 8 déc. 1992: D.1995, somm. p. 83, obs. D. Ferrier.

<sup>101</sup> Jéol op. cit

<sup>102</sup> Ibidem

<sup>103</sup> Ibidem

<sup>104</sup> Sur les critères retenus en droit interne voir infra 100-105.

<sup>105</sup> La chambre commerciale de la Cour de cassation, est favorable au recours à l'expertise.. Sur les pouvoirs du juge des référés, voir M. Malaurie, Le référé-concurrence: JCP 1993, E, 1, 3637.

<sup>106</sup> C.Favre op.cit, p.23.

*fine*, sur les pouvoirs donnés dans le domaine du droit de la concurrence, au juge des référés en France<sup>107</sup>.

66. Ceci dit, la charge de la preuve de la licéité du réseau imposée aux bénéficiaires du réseau de distribution exclusive, ne dispensera pas pour autant celui qui en conteste la validité d'en rapporter la preuve<sup>108</sup>. La Cour de Cassation a, en effet, été amenée à préciser<sup>109</sup> que l'importateur qui se comporte comme un distributeur parallèle, devait lui aussi rapporter la preuve du caractère licite de son importation, notamment en indiquant au tribunal la provenance du produit, le refus par un distributeur non membre du réseau de justifier de la provenance des produits<sup>110</sup> pouvant à lui seul être constitutif d'une faute. Dans ce cas, sauf circonstances exceptionnelles, le recours à l'expertise ne sera pas nécessaire pour l'importateur parallèle, sans être pour autant totalement exclu, la production des documents attestant l'origine et la régularité de l'acquisition devant se révéler suffisante pour les juges polynésiens.

### **B - La simple transposition en Polynésie française des critères de validité reconnus par le droit métropolitain, n'est pas entièrement satisfaisante**

67. Si poser le cadre théorique de la régularité des pratiques concurrentielles en Polynésie française, à commencer par celles générées par les réseaux d'exclusivité, peut être fait sans trop de difficultés, il restera néanmoins un écueil pratique à contourner: Il faudra, en effet savoir sur quels critères, le rédacteur de l'audit choisi ou de l'expert nommé devront asseoir leurs conclusions. Et dans ce domaine, il faut bien reconnaître que leurs marges de manœuvre restera contenue dans les limites de la mise en œuvre de paramètres dont les contours restent malgré tout en Polynésie française. assez flous.

68. Tenter de sérier la problématique, présuppose également que l'on se livre au préalable à un petit exercice d'extrapolation de l'application sur le territoire de la Polynésie française des situations anti-concurrentielles généralement rencontrées en France métropolitaine et la manière dont elles peuvent être reconnues valables<sup>111</sup>. En effet, si les textes français

<sup>107</sup> Sur les pouvoirs des juges métropolitains, voir E. Bouretz, L'article 36-5 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : revue de trois ans de jurisprudence, JCP, éd. E, 2001, p. 649.

<sup>108</sup> Celui qui a acquis des marchandises auprès d'un réseau parallèle doit rapporter la preuve qu'il les a régulièrement acquis, Cass. com. 26 janvier 1999, Dalloz Affaire 1999, 556, obs. EC. Ce qui sera a fortiori impossible lorsque le réseau de concession exclusive a déjà fait l'objet d'une décision d'exemption en droit interne ou de la Commission de l'Union européenne.

<sup>109</sup> Cass. com., 27 oct. 1992: bull. civ. IV, n°322, 332 et 333; D. 1992, p. 505, note A. Bénabent. V. également sur ces arrêts, G. Bonet et J.-M. Mousseron, Donner et retenir ne vaut II : Cah. dr. entr. 1993/1, p. 23 s - G. Viney, chron. Responsabilité civile: JCP 1993, éd. G, I, 3664, n° 9 s. M. Mousseron et J.M. Mousseron, Le bonheur retrouvé de la distribution sélective: RJDA 1993, p. 7.B. Schaming, La distribution sélective, une voie de plus en plus étroite, D. 2000, chr.173.

<sup>110</sup> Cass com. 27 oct. 1992, préc., 1<sup>er</sup> esp. 15 mars 1994, préc. V. sur ces questions de preuve, C. Canivet, L'appréciation judiciaire de la distribution sélective: Cah. dr. entr. 1991/ 1, p. 6.

<sup>111</sup> Il sera aussi fait référence aux principes et conditions retenues par le droit communautaire chaque fois qu'ils permettront une solution plus favorable que celle en vigueur dans le droit interne. D'une manière générale, il y a maintenant dans le droit de la concurrence, une adéquation entre les deux systèmes, le droit communautaire prohibant les ententes et les abus de domination et contrôlant aussi les concentrations.

interdisent les pratiques anticoncurrentielles (plus précisément les ententes et plusieurs formes d'abus<sup>112</sup>), ils prévoient aussi des régimes dérogatoires qui le cas échéant, peuvent les justifier et dont la transposition en Polynésie française pourrait, *mutatis mutandis*, présenter un intérêt majeur dans le cadre de l'établissement de la preuve de la licéité des pratiques concurrentielle, notamment celle des réseaux de concessions exclusives (1).

69. Dans l'absolu, on peut affirmer que plus la pratique incriminée se rapprochera des critères de validité imposés en Métropole, y compris par le Conseil de la concurrence, plus grandes seront les chances de voir reconnaître sa licéité en Polynésie française.

70. Mais il reste que transposer, à la lettre, sur le Territoire, les différents paramètres retenus par la Cour de cassation ou le Conseil de la concurrence, ne présentera qu'un intérêt très relatif, faisant encourir le risque de se trouver enfermé dans des conditions qui seront parfois difficiles, voire impossibles à satisfaire. Il risque fort d'en être ainsi, par exemple, si l'on voulait calquer aveuglement les seuils et taux métropolitains justifiant les concentrations alors que leur quantum n'ont de raison d'être que pour les situations particulières des marchés européen ou métropolitain.

71. C'est plutôt une attitude pragmatique qui doit ici prévaloir et c'est en fait à l'esprit des textes et de la jurisprudence métropolitains qu'il faut surtout s'attacher (2).

### **1) Sur les différentes conséquences que peuvent avoir les contrats de concessions exclusives sur le marché polynésien**

72. Ne retenant ici principalement que les conséquences attachées aux contrats de concessions exclusives, il faudra considérer la question de deux manières différentes, qui l'une comme l'autre sont des conséquences du particularisme du marché économique polynésien et qui sont de nature à fausser le jeu normal de la concurrence sur ce territoire.

73. La première situation impliquera le titulaire de la concession et le concédant ensemble ; ce dernier pourrait d'abord soutenir que le contrat de concession exclusive s'analyse comme une entente passée avec la société concédante ou encore faire valoir que le contrat de concession instaure une situation de concentration économique (a). La seconde, intéressera le titulaire de la concession seule, le contrat de concession pouvant apparaître aux yeux des tiers, comme générateur d'une situation de position de domination totale créée au profit du titulaire de la concession pour un produit déterminé (b). Ces préalables réglés, on pourra alors envisager dans quelles conditions le droit métropolitain arrive à néanmoins justifier les actions concertées et les ententes, et si une transposition de ces différents éléments justificatifs peut être envisagée en Polynésie française (c).

#### **a) Sur l'instauration d'une action concertée ou d'une entente entre le concédant et le concessionnaire**<sup>113</sup>

<sup>112</sup> La pratique de prix abusivement bas par le concessionnaire est aussi considérée par l'ordonnance de 1986 comme une pratique anticoncurrentielle.

<sup>113</sup> Sur la question des concentrations dans le droit métropolitain, voir B-Martor et V.Barral, La réforme du droit français des concentrations, Petites Affiches, n 19 du 26 janvier 2001, p.4.

74. Seront ici, concernées toutes les stratégies qui, même si ce n'est pas le but recherché, auraient pour résultat final de cloisonner le marché, de conférer l'attribution d'un territoire réservé à un concessionnaire unique<sup>114</sup>. Deux situations, qui dans la pratique ne sont pas cumulables<sup>115</sup> seront à prendre en compte, il s'agira de l'action concertée et l'entente entre le concédant et le concessionnaire polynésien d'une part et de la concentration économique que le contrat de concession exclusive pourrait instaurer d'autre part.

75. Pour ce qui est de l'action concertée et de l'entente, elles correspondent à une des hypothèses énumérées à l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui condamne les actions concertées et ententes (quelle que soit la forme retenue, juridique ou non) qui résulteront d'une collusion entre deux ou plusieurs entreprises commerciales<sup>116</sup> ayant pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence<sup>117</sup>.

b) Sur les conséquences de la position dominante que pourrait avoir pour un titulaire de concession exclusive pour un certain type de produits, sur le marché polynésien

76. Schématiquement présentée, au regard de la définition qui en est donnée à l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, cette situation englobe, "tout comportement d'une entreprise en situation de domination peut tomber sous le couperet de l'article 8, du moment qu'il a pour objet ou simplement peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence"<sup>118</sup>. Rentreront dans cette catégorie, non seulement l'abus de position dominante<sup>119</sup>, mais aussi l'abus d'exploitation de l'état de dépendance économique.

77. Ramené au cas particulier du contrat du titulaire du contrat de concession, seul le premier volet de la question pourrait éventuellement être utile à la démonstration, puisque les conditions d'application de l'abus d'exploitation, telles qu'elles sont énumérées dans le texte métropolitain, ne seront pas réunies. En effet, si le caractère dominant d'une entreprise doit s'apprécier par la prise en compte de la place qu'elle occupe sur le marché dit de référence<sup>120</sup>, ou encore marché "pertinent" du produit, il faut aussi l'évaluer à l'aune de la possibilité ou de l'impossibilité de trouver un produit de remplacement de celui objet de la concession exclusive. Ce sera donc l'exploitation abusive de la position dominante ou de l'état de dépendance économique qui seront sanctionnées.

<sup>114</sup> V. A. Decocq et M. Pédamon, L'ordonnance du 1er décembre 1986, Litec 1987, n°25. G. Cas et R. Bout, Lamy Droit économique, 1997, n° 601 s. Cass. com., 10 mars 1992 : RJDA 1992, p. 378.

<sup>115</sup> C.A, Paris, 28 juin 1994: Gaz. Pal. 2. p. 654, concl. Jobart)

<sup>116</sup> V. Sélinsky, La spécificité des accords verticaux au regard du droit de la concurrence: D. 1992, chron. p. 41. Pour les conditions générales de vente dans un réseau de distribution, susceptibles d'affecter la concurrence, Cons. conc., n°90-D-23, 3 juill. 1990: B.O.C.C 31 juill. 1990.

<sup>117</sup> CA Paris, 12 déc. 1996, France abonnement: JCP 1997, éd. E, II, 953, note M. Béhar-Touchais; D. 1997, inf. rap. p. 34, conduisant en l'espèce à créer un monopole.

<sup>118</sup> Ph. Le Tourneau, Jurisclasseur Contrat-Distribution, Concession exclusive, fasc. n°96 et s.

<sup>119</sup> Sur la question en général voir Brill, Le renforcement de la lutte contre les abus de position dominante: D. 1981, chron. p.165.

<sup>120</sup> M.J. Campana et L.-Ph. Barratin, Marché pertinent: dix ans de pratique: Gaz Pal 1997, 1, doct. p. 243. Cass. com., 10 mars 1992: Bull. civ IV, n° 111. 8 déc. 1992: Bull. civ. IV, n° 96 ; Loi du 1er juillet 1996: addition ou soustraction ? JCP 1996, éd.E, 1, 601.J.-P Tran Thiet, L. Rakotovo, O. Fréget et S. Vital-Durand, Les nouvelles dispositions en matière de pratiques anticoncurrentielles: Contrats, conc., consom. 1997, chron. 1.

78. Ainsi, quand bien même le bénéficiaire du contrat de concession exclusive serait en Polynésie française en position de "monopole" pour un produit déterminé, encore faudrait-il que cette situation satisfasse aux quatre conditions qui cumulativement forment, ce que la jurisprudence considère comme étant un état de dépendance économique<sup>121</sup>. A savoir:
- la part du chiffre d'affaires que représenterait la société titulaire du contrat de concession pour le revendeur, ou la part des livraisons de ce titulaire dans ses approvisionnements<sup>122</sup>;
  - la notoriété de la marque du produit concerné ;
  - l'importance de la part de la société titulaire du contrat de concession (pour les produits) sur le marché polynésien,
  - l'absence, sur ce marché, d'une solution de remplacement, privant le revendeur de la possibilité de contracter "avec d'autres fournisseurs ou avec des grossistes pour des produits identiques ou équivalents à des conditions comparables"<sup>123</sup>. La doctrine considère que "ce danger n'existe pas lorsque les préférences des consommateurs évoluent fréquemment et que le distributeur à la réelle possibilité de passer d'un réseau à l'autre"<sup>124</sup>.
79. De surcroît, quand bien même ces quatre conditions seraient réunies, seule l'exploitation abusive de la situation de dépendance économique, c'est-à-dire celle qui influencerait sur la concurrence, pourra être sanctionnable. L'état de dépendance n'est pas à lui seul condamnable<sup>125</sup> et il n'en sera ainsi que si le but visé était d'éliminer totalement un concurrent.
80. Pour ce qui est de la transposition des règles du droit métropolitain à une situation de concentration économique<sup>126</sup> qui serait instaurée en Polynésie française, leurs conditions de mises en œuvre pratique sont telles que nous ne retiendrons ce paramètre que de manière marginale. En effet, pour ne s'en tenir qu'à la seule définition donnée par l'article 39 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>127</sup>, devenu l'article L 430-2 du nouveau code de commerce, la concentration englobe la situation qui a "pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence déterminante". En fait, la société à l'origine de la situation de concentration économique, ne serait pas vraiment inquiétée puisque non seulement la notification du projet de concentrations ou de concentrations sera laissée à sa seule

<sup>121</sup> C.Montet, L'analyse économique des restrictions verticales, Lamy Droit Economique, n°118-juin 1999, Numéro spécial, Restrictions verticales : Quelle distribution pour demain? op.cit.

<sup>122</sup> Cass. com., 16 juin 1992: Contrats, conc., consom. 1992, n°229, 2 e esp., obs. L. Vogel. CA Paris, 20 sept. 1990: Contrats, conc., consom. 1991, n°14. CA Paris, 23 oct.1991: JCP 1991, éd. E, pan. 1378.

<sup>123</sup> Cass. com., 2 juin 1992: Contrats, conc., consom. 1992, n° 229, 1ère esp., obs. L.Vogel. CA Paris, 22 janv. 1992: D. 1992, inf rap. p. 123. 30 mars 1992: D.1992, somm. p.388, obs. D. Ferrier. 16 oct. 1992 : D. 1993, inf rap. p. 28. 25 mai 1994, Cora: Contrats, conc., consom. 1994, comm. 119, obs. L Vogel, pas le cas. 10 déc. 1996, Cora: JCP 1997, éd. E, pan. 117.

<sup>124</sup> Ph. Le Tourneau, op.cit. 101.

<sup>125</sup> Voir F. Perrochon, Responsabilité et dépendance économiques: Cah. dr. entr. 1989/4, p. 165.

<sup>126</sup> Sur la notion de concentration économique en général, voir C. Bolze, Encyclopédie Dalloz, Commercial III, Concentrations.

<sup>127</sup> C. Boize, Le naufrage du droit anti-trust français, Mélanges Roblot, LGDJ 1984, p.181 s.

discrétion<sup>128</sup>, mais de surcroît le régime de contrôle instauré par l'article 39 l'ordonnance de 1986, ne confère pas de prérogatives directes aux tiers, puisque seule l'autorité administrative et non pas un concurrent pourrait intervenir<sup>129</sup>.

c) Exonération de certaines pratiques anticoncurrentielles

81. L'ensemble des situations que nous venons d'évoquer, peuvent faire l'objet de dérogations accordées par le Conseil de la concurrence<sup>130</sup> ou encore être reconnues valables par les tribunaux qui valideront ainsi le réseau, le rendant alors opposable aux tiers importateurs. Plus que l'aspect administratif de la question, ce sont les critères qui conduisent à l'octroi des exemptions qui doivent retenir notre attention pour notamment savoir dans quelle mesure ils peuvent être transposables en Polynésie Française.

82. Le droit métropolitain de la concurrence, distingue traditionnellement les dérogations ou exonérations qui peuvent être obtenues *a priori* de celles qui le seront *a posteriori*. Les premières supposent qu'une demande soit présentée, par exemple en matière de concessions exclusives, par le concédant et/ou le concessionnaire avant ou après la mise en place du réseau, auprès du Conseil de la concurrence (c'est le cas des demandes d'exonérations individuelles fondées sur la notion de progrès économique<sup>131</sup>) ou que l'exonération découle d'un décret pris par les autorités administratives<sup>132</sup> (c'est le cas des exonérations collectives<sup>133</sup>). Les secondes relèvent soit de l'existence d'un texte législatif ou réglementaire qui servira de support pour opposer aux tiers l'existence du réseau (c'est le cas des exonérations individuelles), soit de l'appréciation des tribunaux qui auront à en connaître dans le cadre d'une procédure judiciaire.

83. Le caractère automatique de l'obtention des exonérations individuelles ou collectives qui reposent sur l'existence de dispositions législatives ou réglementaires ne présentent pas d'intérêt majeur pour notre analyse puisque il suffira de rentrer dans une des catégorie expressément visées par ces dispositions pour pouvoir être exempté.

<sup>128</sup> Le ministre chargé de l'économie ayant cependant le pouvoir de saisir le Conseil de la concurrence (art. 38, al 2, in fine, et art. 40, in fine).

<sup>129</sup> En effet, aux termes de l'article 38 de l'ordonnance "tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence". C. Bolze, Rep. dr. com. Dalloz, 2e éd., V Concentrations. G. Cas et R. Bout, Lamy Droit économique, 1997, n° 499 s.

<sup>130</sup> Reprenant des solutions déjà dégagées en matière de distribution sélective. Sur la question voir notamment R. Kovar, L'exemption des restrictions verticales, Lamy Droit Economique, n°118-juin 1999, Numéro spécial, Restrictions verticales : Quelle distribution pour demain?op.it. p. 2.

<sup>131</sup> "Le texte brandi pour demander le bénéfice de l'article 10 doit avoir pour objet ou, à tout le moins, pour effet direct une organisation de la production ou du marché restreignant la concurrence". Ph. Le Tourneau, Jurisclasseur Contrat-Distribution, Concessions, op.cit. 102.

<sup>132</sup> Après avis conforme du Conseil de la Concurrence.

<sup>133</sup> L'article 10, in fine, permet au ministre chargé de la concurrence, d'exonérer par voie de décret, pris après avis conforme du Conseil de la concurrence, certaines catégories d'accords ayant pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites qui en temps normal tomberaient sous le coup des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986.

84. Il conviendra de considérer surtout les ententes que pour les concentrations économiques, les demandes d'exonérations individuelles sollicitées *a posteriori* et celles basées sur la notion de progrès économique. Sans envisager dans le détail ces différentes situations, on peut d'ores et déjà identifier quels sont les deux principes fondamentaux qui transparaissent dans l'approche retenue, tant par le Conseil de la concurrence que par la Cour de cassation pour accorder des exemptions<sup>134</sup>.
85. Tout d'abord, les exemptions ne pourront avoir pour résultat de supprimer totalement la concurrence qui devra toujours pouvoir subsister, l'exemption accordée, ne faisant qu'aménager la concurrence dans des proportions qui seront préalablement définies. Ensuite, pour ne s'en tenir qu'aux seules concessions exclusives, seront prises en compte leurs conséquences éventuelles sur la concurrence et sur la clientèle<sup>135</sup>. Dans ce domaine le principe directeur est le suivant: Moins la distribution du produit présentera de difficulté, plus le Conseil de la concurrence et la Cour de cassation seront réticents pour accorder les dérogations souhaitées.
86. C'est par une approche objective de la situation, (qui va donc bien au delà du simple cadre de la notion de progrès économique) que le Conseil de la concurrence et la Cour de cassation, minimiseront autant que faire se peut, les risques de décisions discriminatoires<sup>136</sup>. Pour se faire, deux paramètres, qui ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, seront pris en compte: les seuils quantitatifs ou leur corollaire, le seuil de sensibilité et le bilan économique global de l'impact du réseau sur la clientèle et sur la concurrence.
87. Dès lors, les juridictions locales polynésiennes qui auraient à se prononcer sur une demande d'exonérations *a posteriori* pourraient, sans difficultés majeures, transposer en la Polynésie française les principes directeurs applicables en France métropolitaine. Le pragmatisme<sup>137</sup> qui caractérise la mise en œuvre de ces principes, leur permettra, tout comme aux experts et audits éventuellement nommés, de prendre en compte des paramètres spécifiques au territoire.

## **2) Le nécessaire assouplissement des principes métropolitains pour pouvoir être efficaces sur le Territoire**

88. Globalement, la véritable question se ramènera tant pour le juge que pour l'expert chargés d'apprécier la régularité d'une activité concurrentielle au regard des principes posés par le droit métropolitain de la concurrence, à pouvoir déterminer ce qui apparaîtra comme un seuil "de tolérance" acceptable sur le territoire de la Polynésie française. Lui seul, permettra de concilier les atteintes possibles à la concurrence, induites soit par un

<sup>134</sup> On retrouve dans ce domaine la transposition des principes posés par l'article 85, § 3 du Traité de Rome.

<sup>135</sup> Déc. Cons. conc. n° 92-D-56, 13 oct. 1992, Shell: B.O.C.C.R.F 1992, p. 344.

<sup>136</sup> Déc. Cons. conc. n° 91-D-22, 14 mai 1991, Secteurs des produits et matériels pour kinésithérapeutes: B.O.C.C.R.F 1991, p. 222. 18 juin 1991, n°91-D-31, Pratiques de la Sté Honda France et de la Sté Japauto: B.O.C.C.R.F 1991, p. 249. Déc. n° 96-D-63, 19 oct. 1996, Secteur de la vente de bières: B.O.C.C.R.F 8 janv. 1997, p. 12; Contrats, conc., consom. 1997, com. 30).

<sup>137</sup> Ph. Le Tourneau, Jurisclasseur Contrat-Distribution, concessions, op.cit. 89.

cloisonnement du marché polynésien soit par la création d'une situation de monopole au bénéfice d'une activité commerciale ou industrielle avec une concurrence acceptable.

89. Or le droit positif en vigueur en France métropolitaine, offre dans ce domaine, des exemples dont les tribunaux de la Polynésie Française pourraient largement s'inspirer, sur le principe tout au moins. En effet, l'approche empreinte de souplesse et de pragmatisme nécessaire pour pouvoir appréhender au mieux les spécificités locales, ne se démarquerait pas fondamentalement de celle actuellement retenue par le Conseil de la concurrence et la Cour de cassation dans ce domaine<sup>138</sup>. Ainsi, par exemple, l'une et l'autre font échapper les réseaux à la prohibition de l'ordonnance de 1986, par l'application de la méthode du bilan économique, lorsque ceux-ci apparaissent globalement satisfaisants tant pour le progrès économique que pour le consommateur<sup>139</sup>. Dans le contexte particulier de la Polynésie française ces notions formeront simplement la trame des critères d'appréciation offerts à l'expert ou à l'audit, ceux-ci pouvant les moduler au gré des spécificités locales, rien n'interdisant qu'elles puissent être adaptées en tant que de besoin, aux spécificités du marché économique de la Polynésie française.

90. De plus, les notions de progrès économique et de seuils de sensibilité, telles qu'elles sont plus particulièrement retenues par la Cour de cassation et de bilan économique global, ne sont pas frappées au coin de l'immuabilité. Les paramètres qui président à leur prise en compte évoluent sans cesse et il en va de même pour les notions qu'ils impliquent<sup>140</sup>. C'est pourquoi ne seront sanctionnées que les atteintes à la concurrence lorsqu'elles interviendront dans des proportions inacceptables<sup>141</sup>. Dans ces conditions, la notion de progrès économique et la mise en œuvre de la notion de bilan économique global de l'impact du réseau sur la clientèle et sur la concurrence locale, devront être appréciées à l'aune de la spécificité du marché en Polynésie française. Ainsi chaque fois que des pratiques concurrentielles et d'organisation du marché, répondront à une véritable nécessité économique pour le Territoire, en sauvegardant l'emploi local par exemple, le juge, l'expert ou l'audit, disposeront d'un élément de justification.

91. Le droit communautaire lui aussi apporte la confirmation si besoin est, de l'adaptabilité du concept de seuil de sensibilité. La Cour de Justice des Communautés Européenne s'attache surtout aux conséquences économiques induites par une activité pour décider s'il y a lieu de la sanctionner, de telle sorte que même lorsque l'accord commercial ou la structure économique incriminées, aboutissent à la mise en place d'une protection territoriale absolue, ils ne seront jamais sanctionnés lorsque l'atteinte au commerce entre États membres et la concurrence qu'ils gènèrent, restera négligeable, et que "des effets sensibles" sur les conditions du marché ne sont pas perceptibles<sup>142</sup>.

<sup>138</sup> Sur l'approche pragmatique du Conseil de la concurrence et de la Cour de cassation, voir Le Tourneau, Jurisclasseur. Concession, fasc. 1030. n° 89.

<sup>139</sup> G. Virassamy, op. cit. n° 40.

<sup>140</sup> C. Montet, op.cit, p. 7, l'auteur préconise "de s'intéresser aux conséquences (économiques) des pratiques restrictives verticales plutôt qu'à leur forme".

<sup>141</sup> Voir notamment CA Paris, 28 janv. 1988: B.O.C.C.R.F 1988, p. 33. Sur la position de l'ancienne Commission, voir Rapport de la Commission de la Concurrence 1981, p. 28

<sup>142</sup> CJCE, 9 juill. 1969, aff: 5/69, Volk: Rec. CJCE, p. 295.

a) le recours à la notion de seuil de sensibilité ou à son corollaire, les seuils quantitatifs

100. Sont ici concernées, tout à la fois les ententes et les actions concertées comme les situations de concentration économique, atteignant un "seuil de sensibilité critique"<sup>143</sup> qui remettent en cause le jeu normal de la concurrence.

101. On doit noter sur ce point, que la divergence qui avait longtemps existé entre la position du Conseil de la concurrence et celle de la Cour de cassation<sup>144</sup>, s'est aujourd'hui estompée. Le Conseil de la concurrence tout comme la Cour de cassation considèrent maintenant le seuil de sensibilité comme un élément déterminant lorsqu'il s'agira notamment de sanctionner ou non les réseaux de concessions exclusives<sup>145</sup>. De plus, s'agissant des concentrations économiques, l'article 38 de l'ordonnance de 1986 précise que cette organisation commerciale ne sera soumise à contrôle que dans la mesure où deux seuils seront dépassés:

Le premier fixe à 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national, ou une partie substantielle d'un tel marché. Dans le secteur de la distribution, le Conseil de la concurrence opère un distinguo entre le marché de la vente au détail de biens de consommation et celui de l'approvisionnement de ces mêmes biens<sup>146</sup>.

Le second seuil prend en considération la nécessité de réaliser un chiffre d'affaires hors taxe de plus de 7 milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 2 milliards de francs. On relèvera que le droit communautaire, lui aussi, s'appuie sur la notion de seuil de sensibilité, lorsqu'il s'agit de contrôler ou non des concentrations.

b) La prise en compte du bilan économique global de l'impact sur la clientèle et sur la concurrence

102. Le Conseil de la concurrence accepte des pratiques qui pourraient porter atteintes au libre jeu de la concurrence, lorsqu'elles correspondent à une nécessité économique. Ainsi, des demandes d'exonérations fondées sur la notion de progrès économique peuvent être accordées

<sup>143</sup> Cf. CA Paris, 28 janv. 1988: B.O.C.C.R.F 1988, p 33. M-C. Boutard-Labarde et R Saint-Estében, *Réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence*: JCP 1989, éd. E, II, 15406, C. Montet, op.cit, p.8-9.

<sup>144</sup> Cass. com., 4 mai 1993: JCP 1993, éd. C, II, 22111, note M.-C. Boutard-Laborde; Bull.civ. 11 n°172. 30 mai 1995: B.O.C.C.R.F 20 juill. 1995; JCP 1995, éd. E, pan. 904. CA Paris, 7 juill. 1995: D. 1996, somm. p. 176, obs. C. Gavaldà et C. Lucas de Leyssac.

<sup>145</sup> Au point qu'un auteur a pu parler "d'impérialisme" du seuil de sensibilité, J-D Bretzner, le boycottage face à l'impérialisme du seuil de sensibilité, D. Cahier de droit des affaires, 20 juillet 2000, n° 28, p. 441. Sur la question en général, voir J.-P. de la Laurencie et J.-M. Cot, Le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence: Gaz. Pal. 1993, 2, doct. p. 1142. L Vogel, Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence: JCP 1991, éd. E, 1, 96

<sup>146</sup> Avis Cons. conc., n° 96-A-11, 10 sept. 1996, Docks de France: Contrats, conc., consom. 1996, comm. 27, obs. L. Vogel.

en matière de réseau de concessions exclusives<sup>147</sup> ou dans le domaine des ententes. Elles supposent la réunion de quatre conditions<sup>148</sup>, à savoir:

Que les pratiques aient pour effet d'assurer un progrès économique (il en sera ainsi lorsqu'il y aura une amélioration de la productivité, de la condition du marché, un accroissement de sa capacité de production<sup>149</sup> ou la mise en place d'un service après-vente de qualité<sup>150</sup>).

Qu'elles réservent aux consommateurs, une partie équitable du profit qui en résulte<sup>151</sup>, tant en ce qui concerne l'amélioration du progrès économique<sup>152</sup>, que l'intérêt financier que peut en retirer le consommateur<sup>153</sup>.

Qu'il n'y ait pas d'élimination de la concurrence sur une partie substantielle du marché des produits en cause.

Et enfin, la condition la plus délicate à satisfaire, que les restrictions imposées à la concurrence ne se justifient que parce qu'elles sont indispensables pour atteindre l'objectif du progrès économique. Cette dernière condition, est souvent appelée "condition de proportionnalité", parce qu'elle prend en compte "la proportionnalité entre les objectifs poursuivis et l'ensemble des moyens et contraintes mis en œuvre pour les atteindre"<sup>154</sup>. “

103. Toutefois ces quatre conditions, ne se justifient que si elles sont considérées dans un contexte global et non pas prises isolément. En effet, dans la pratique, il est virtuellement impossible de savoir quelles peuvent être les conséquences exactes de la ou des pratiques querellées sur la concurrence, sans procéder à un véritable<sup>155</sup> bilan économique qui consistera à "relever globalement et pragmatiquement les avantages et inconvénients des pratiques anticoncurrentielles<sup>156</sup>: elles ne peuvent être acceptées que si les avantages l'emportent nettement sur les inconvénients, et encore à condition qu'elles n'éliminent jamais totalement la concurrence"<sup>157</sup>. En d'autres termes, c'est donc l'absence de caractère déraisonnable des pratiques anticoncurrentielles qui les justifieront<sup>158</sup>.

<sup>147</sup> Dec. Cons. conc., n 95-D-39, 30 mai 1995, Secteur de la location d'emplacements publicitaires: Contrats, conc., consom. 1995, comm. 165, obs. L. Vogel.

<sup>148</sup> Qui ne sont ni plus ni moins que la reprise des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 85 du Traité de Rome.

<sup>149</sup> Paris 2 juin 1981, Gaz. Du Pal. 1983, 2, 631, note J-P Marchi.

<sup>150</sup> Cass. Crim. 3 nov. 1982, D. 1983, IR, 211, obs. Gavalda et Lucas de Leysac. Cass. com., 14 nov. 1995: RJDA 1996 n°242; Contrats, conc., consom. 1996, comm. 7, obs. L. Vogel.

<sup>151</sup> Cass. Com. 3 juillet 1985, Bull. civ. IV, n° 205.

<sup>152</sup> C.A Paris 18. Dec. 1987, Gaz. Pal. 1988, I, 168.

<sup>153</sup> Avis du 14 mars 1985 sur les centrales d'achat et les groupements, Commission de la concurrence, B.O.C.C, 19 avril 1985.

<sup>154</sup> D. Ferrier, Encyclopédie Dalloz commercial, op.cit. n° 91.

<sup>155</sup> Ce faisant les atteintes à la concurrence resteront marginales et n'ont été admises que cinq fois en dix ans en matière d'ententes, et jamais à propos de position dominante. Versailles 4 mars 1987. D. 1987.IR. 96.

<sup>156</sup> Bien que cela ait été contesté par une partie de la doctrine, voir notamment J.-B. Blaise, L'article 10, 2, de l'ordonnance et la contribution au progrès économique: du bilan économique à la règle de raison: Gaz. Pal. 1997 1, doct. p. 239.

<sup>157</sup> Ph. Le Tourneau, op.cit.,n 108.

<sup>158</sup> Ce qui n'est pas sans rappeler la théorie de la règle de raison (rule of reason) utilisée par le droit anglo-saxon dans les rapports de concurrence (Sherman Act de 1890) et qui ne sanctionne les atteintes à la concurrence qu'à partir du moment où elles présentent un caractère déraisonnable. La Cour de Justice des Communautés

104. Le recours au bilan économique est aussi un paramètre d'évaluation fondamental dans le domaine des concentrations où la prise en considération des avantages et des inconvénients permettra de valider les concentrations qui viendraient à dépasser les seuils autorisés par l'ordonnance de 1986<sup>159</sup>. Conformément aux dispositions des articles 41 et 42, al. 2-7 de l'ordonnance de 1986, la notion de bilan économique permettra ainsi de valider<sup>160</sup> les concessions exclusives entre entreprises commerciales lorsqu'elles apporteront "au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale". Ainsi prenant appui sur un bilan économique positif, le Conseil de la concurrence ne s'est pratiquement jamais opposé aux concentrations soumises à son contrôle, quitte à leur imposer certaines conditions<sup>161</sup>.
105. A titre de comparaison, c'est la même logique qui est appliquée dans le droit communautaire<sup>162</sup>, où par exemple les contrats de concession exclusive restant d'abord une technique contractuelle qui ne tombe pas nécessairement<sup>163</sup> sous le coup des interdictions prévues par l'article 85, § 1er du Traité de Rome<sup>164</sup>, dans la mesure où elles n'ont pas pour objet de cloisonner le marché commun en instaurant au bénéfice du concessionnaire une clause de territorialité absolue, dont l'appréciation se fera *in concreto*, c'est-à-dire au regard de la globalité du marché concerné.

## CONCLUSION

106. A l'issue de ces quelques observations, on voit bien que si le droit de la concurrence en Polynésie française peut apparaître comme figé, la situation est trompeuse tant pour ceux qui ont organisé leurs activités commerciales d'une manière qui de prime abord, fausse le jeu normal de la concurrence (concession exclusives fermées, monopoles, ententes) que pour ceux qui voudraient y mettre fin.

---

Européenne (25 oct. 1977, n° 26/76, Métro: Rec. CJCE, p. 1875. - 28 janv 1986, aff: 161/84, Pronuptla: Rec. CJCE, p. 353) a déjà eu recours à cette notion dans l'appréciation de l'incidence des clauses sur le marché communautaire Sur le concept de "rule of reason" voir notamment Droit des Etats-Unis, sous la direction de A. Levasseur, 1990, Précis Dalloz, n° 693. D. Fasquelle, Droit américain et droit communautaires des ententes, étude de la règle de raison, GLN Joly 1992.

<sup>159</sup> Sur les seuils, voir supra 100-101. C. Bolze, Encyclopédie Dalloz, op.cit. 82 et s.

<sup>160</sup> Voir par exemple Avis, n° 93-A-17, 16 nov. 1993: B.O.C.C.R.F 31 déc. 1993. Avis, n° 95-A-08, 9 mai 1995: Contrats, conc., consom. 1995, comm. 147, obs. L. Vogel.

<sup>161</sup> A. Decacq, Les concentrations: Gaz. Pal 1997, 1, doct. p. 247.

<sup>162</sup> Sur la question en général voir, G. Cas et R. Bout, Lamy Droit économique, 1997, n° 1799 s. C. Gavalda et C. Parléani, Traité de droit communautaire des affaires, Litec, 2 éd., 1992, n° 816 s. B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit. n° 470s. J. Schapira, C. Le Tallec et J.-B. Blaise, Droit européen des affaires, PUF; 3 é éd., 1992, p. 427 s. J.-B. Blaise, Rép. dr. communautaire, Dalloz, V. Ententes. G. Parléani, Les clauses d'exclusivité in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM 1990, p. 73, n° 44 s. S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, Les contrats de distribution, Rev. Sociétés (2) avr.-juin 2001, p.235-257 et plus particulièrement p. 246.

<sup>163</sup> CJCE, 30 juin 1966, aff 56/65, LTM: Rec. CJCE, p. 337; RTD eur. 1966, p. 535, concl. Roemer; Gaz Pal. 1966, 2, p. 155; D. 1966, p. 669.

<sup>164</sup> Cass. com., 16 avr. 1991: Bull. civ. IV, n° 149. - 21 févr. 1995: Bull. civ. IV: n° 50.

107. Pour les premiers, forts du double constat que les dispositions légales et réglementaires du droit français de la concurrence n'ont pas été promulguées sur le Territoire et que les autorités territoriales ne sont que très peu intervenues dans ce domaine, ils croiront ainsi pouvoir bénéficier de la pérennité de leur position monopolistique ou des ententes (découlant notamment des réseaux de concessions exclusives) qu'ils auront mis en place. Or si protection il y aura, elle restera toujours subordonnée à la preuve de la régularité de ces comportements concurrentiels notamment en laissant subsister un volant normal de concurrence. Ainsi, si d'aventure les tribunaux locaux venaient à être saisis de la question de la validité des contrats de concessions exclusives par exemple<sup>165</sup>, rien ne les empêchera de mettre en œuvre, même à défaut d'application directe du droit métropolitain régissant la matière, des critères d'appréciation semblables en bien des points à ceux retenus par les juridictions métropolitaines et/ou européennes, qui on le sait, les unes comme les autres tendent à subordonner la protection du réseau à la preuve de sa licéité<sup>166</sup>.

108. Quant aux seconds, les difficultés de mise en œuvre de ces principes sont telles, qu'en pratique elles risquent fort de rendre leurs chances de succès bien illusoire. En effet, si l'adaptabilité des principes dégagés par le droit métropolitain de la concurrence à la Polynésie française peut être un atout dans l'évaluation de la licéité d'un réseau ou d'un comportement anti-concurrentiel en général, elle reste aussi une source majeure d'incertitudes dont le monde des affaires local s'accommoderait fort mal, notamment lorsqu'il s'agira de laisser le soin à un expert, la tâche de transposer sur le Territoire, des paramètres d'évaluations métropolitains voire européens, dont l'appréciation pourra de surcroît, varier d'un expert à l'autre<sup>167</sup>.

109. Cette situation n'est guère satisfaisante à deux égards :  
Sur le plan du respect des principes généraux du droit, dont celui de la liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'elle apparaît comme une prime soit pour celui qui est déjà installé sur le marché local qui en condamnera l'accès futur à des concurrents éventuels, soit pour celui qui bénéficie de moyens financiers extrêmement importants pour y prendre pied, l'esprit d'entreprise de la vaste majorité des autres acteurs du commerce local polynésien restant pénalisé. Sur le terrain de la sécurité juridique où les risques de remise en cause des accords commerciaux seront un frein aux investissements surtout sur un petit territoire comme celui de la Polynésie française<sup>168</sup>.

109. De cela les autorités territoriales ne sauraient se satisfaire, le développement économique de la Polynésie française, ne pouvant pas s'accommoder de situations de

<sup>165</sup> Situation qui a notre connaissance, ne s'est jamais produite pour l'instant, tout au moins s'agissant de se prononcer sur le caractère licite ou non de cette pratique concurrentielle.

<sup>166</sup> Voir à cet égard, les commentaires ci-après sur la notion de licéité du réseau, fondement des mesures de protection des concessions exclusives.

<sup>167</sup> Le risque existe a fortiori, à l'occasion d'une mesure d'audit demandée par une partie, car son rédacteur a pour principale mission de justifier les agissements de son client.

<sup>168</sup> Ce même besoin de sécurité juridique existe aussi dans le droit de la concurrence français, voir notamment Catherine Prieto, "L'apport du droit communautaire de la concurrence à une nouvelle perception par les entreprises de leur sécurité juridique", *Droit 21*, 2001, ER 001

monopoles ou d'ententes qui on le sait, freinent les initiatives d'investissements<sup>169</sup>. Si le Territoire souhaite tendre vers la mise en place d'un système qui instaurerait un contrôle des situations ou pratiques anticoncurrentielles (concentrations, réseaux d'exclusivité), deux possibilités s'offrent à lui:

110. La première serait de promulguer le texte de l'ordonnance de 1986 et de la loi de 1996 ou simplement de songer à étendre les pouvoirs actuels du Conseil de la Concurrence, pour que ses décisions puissent être applicables en Polynésie Française. Si cette situation offre le mérite de la (relative) simplicité, il est fort probable que les autorités territoriales s'y opposent au motif que les décisions du Conseil de la Concurrence, s'analyseront en une véritable ingérence dans les "affaires"<sup>170</sup> du Territoire. Il est tout aussi vrai que si d'une manière générale, la transposition de ces dispositions sur le territoire, clarifierait les bases de la discussion relative à la régularité de certaines pratiques concurrentielles, il est tout aussi évident qu'une transposition à l'identique serait dans la pratique, notamment pour ceux qui sont déjà titulaires de contrats de concessions exclusives, sans doute beaucoup plus pénalisante que sécurisante. Il suffit pour simplement pour s'en convaincre de comparer les seuils ou quotas acceptés par le Conseil de la Concurrence<sup>171</sup> avec les parts de marché de certains produits fabriqués et distribués en Polynésie française dans le cadre de contrat de concessions exclusives en particulier dans le domaine de l'agroalimentaire. Ceci posé, rien n'empêcherait le Territoire d'émettre un vœux<sup>172</sup> tendant à adapter la loi de 1996 aux particularismes locaux, notamment en modifiant les taux des seuils de sensibilité.
111. Une autre possibilité plus ambitieuse<sup>173</sup>, serait de profiter de la prochaine réforme constitutionnelle pour prévoir dans la future loi statutaire relative à la Polynésie française soit l'intégration du domaine de la concurrence dans le champs des "lois du pays"<sup>174</sup>, soit une modification de l'article 27-6 du texte de la loi statutaire de 1996, en étendant la compétence du gouvernement de la Polynésie française, à la détermination des règles en matière de concurrence. Dans cette seconde branche de l'alternative, le Territoire s'il l'estime opportun, serait alors libre de s'inspirer<sup>175</sup> des modèles de contrôle de la concurrence en vigueur dans des pays étrangers<sup>176</sup>.

<sup>169</sup> Sans oublier la manière négative dont cela peut être perçu par les principaux bailleurs de fonds extérieur du Territoire, à commencer par l'Europe par le biais des FED. Sur les politiques de l'Union européenne dans le Pacifique, voir S. André, l'évolution des politiques de l'Union Européenne dans la Zone Pacifique, à paraître (décembre 2001) dans *Revue Juridique Polynésienne*, numéro hors série, *Contemporary Challenges in the Pacific: Towards A New Consensus Volume 1* (Editors Stephen Levine - Anna Powles - Yves-Louis Sage)

<sup>170</sup> Tant dans une approche commerciale qu'institutionnelle

<sup>171</sup> Ce même au prix d'une adaptation particulière des paramètres instaurés par les textes métropolitains. Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne de la concurrence à l'intérieur de l'Union Européenne ne sont pas non plus exempts de difficultés, voir JC Fourgoux, Les conflits de compétence entre la commission et les juridictions nationales, source d'insécurité juridique, *D. Cahier Droit des Affaires*, 14 juin 2001, n° 23, p.1863.

<sup>172</sup> Par application des dispositions de l'article 70 du statut de 1996

<sup>173</sup> Qui, en dépit de son coût, recueille notre faveur.

<sup>174</sup> En Nouvelle-Calédonie par exemple, un des objectifs affichés des futures lois du pays est de faciliter la modernisation du droit commercial ; G.Orfila, La loi organique du 19 mars 1999 et l'évolution du droit privé applicable en Nouvelle-Calédonie, *Droit21*, 2001, ER. 042 (<http://www.Droit21.com>)

<sup>175</sup> Soit conformément à la jurisprudence *Said Ali Tourqui* (Rec. p. 138) dans le respect des principes généraux du droit français soit en dehors d'eux si une "quasi-compétence législative" venait à être reconnue au

112. Si l'une ou l'autre de ces deux dernières propositions, auraient l'avantage de lever les incertitudes relatives aux pouvoirs actuels du Territoire tout en permettant d'atteindre un objectif de contrôle des comportements concurrentiels locaux dans le respect des spécificités locales<sup>177</sup>, elles ne devraient cependant être réellement efficaces que si elles sont accompagnées par la création d'un organe de régulation autonome, qui pourrait prendre le nom de "Conseil Territorial de la Concurrence"<sup>178</sup>, autorité administrative indépendante unique qui serait spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur le marché, pour la sauvegarde de l'ordre public économique de la Polynésie Française. Ses décisions pourraient en tant que de besoin, faire l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel de Papeete<sup>179</sup>.
113. Agissant dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat et le Territoire, ce "Conseil Territorial de la Concurrence", organisme consultatif et décisionnel, serait alors obligatoirement saisi sur les projets de textes locaux ayant un effet direct sur la concurrence, se prononcerait sur la validité de certaines activités économiques (ententes, abus de position dominante) et délivrerait en tant que de besoin, des exemptions ou autorisations<sup>180</sup>. Mais, dépassant le rôle classique dévolu au Conseil de la Concurrence en France, il pourrait tout aussi bien remplir une fonction plus générale qui tendrait à aider à la construction et au maintien des équilibres des secteurs locaux régulés<sup>181</sup>.
114. En cela, il permettrait de corriger l'inadaptation de la conception classique du droit de la concurrence métropolitain aux particularismes du marché polynésien, conception qui on le sait, tend presque uniquement à préserver "les compétiteurs de la construction de barrières dolosives à l'entrée"<sup>182</sup>. Alors qu'une plume autorisée<sup>183</sup> préconise avec justesse, la

---

Territoire, voir en ce sens M.Joyau, Libertés médicales, principes généraux du droit et Nouvelle-Calédonie, op.cit, p 51-54

<sup>176</sup> Pris à l'intérieur ou en dehors de l'Union Européenne. Ceci serait d'autant plus facile que comme le fait remarquer D. Brault, "les différences qui existent à travers le monde, dans les options possibles du contrôle de la concurrence tendent à s'estomper"; Droit de la Concurrence Comparé: Vers un ordre concurrentiel mondial ?, Economica, Collection Droit des Affaires et de l'Entreprise, Série Recherche, 1995. Sur les difficultés de mettre en place un véritable droit international de la concurrence, voir B. Okiemy, La problématique de l'institution d'un droit international de la concurrence, Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001-2 (2), p. 1013-1028.

<sup>177</sup> Mais tout en restant aussi toujours encadré dans les limites du respect des principes général de la liberté du commerce et de l'industrie

<sup>178</sup> Inséré dans un nouveau chapitre IV du titre II de la loi statutaire actuelle.

<sup>179</sup> Les délais pour un éventuel recours en annulation ou en réformations ainsi que leur caractères suspensifs ou non, peuvent être réglées dans le cadre de dispositions particulières du Code de Procédure Civile de la Polynésie française, dont l'élaboration reste du domaine du Territoire (art. 6-7 de la loi statutaire de 1996)

<sup>180</sup> Ses décisions, sorte de « brevets de licéités territoriaux », seraient ensuite publiées au JOPF, de telle sorte qu'elles s'imposeraient à tous et pourraient être utilisées soit à titre principal soit reconventionnellement à l'occasion d'une procédure judiciaire.

<sup>181</sup> La prochaine libéralisation du marché polynésien des télécommunications (janvier 2002), serait une excellente opportunité de mettre en pratique ce droit de régulation.

<sup>182</sup> M-A Frison-Roche, Les différentes définitions de la régulation, Les Petites Affiches, La régulation : Monisme ou pluralisme ?, 10 juillet 1998 ; le droit de la régulation, D. Cahier de droit des affaires, 15 février 2001, n° 7, p. 610-616 et plus particulièrement p.612.

reconnaissance dans le droit interne français d'un droit autonome de la régulation, le Territoire de la Polynésie française pourrait fort bien grâce aux lois du pays et aux pouvoirs spécifiques qui seraient donnés au "Conseil Territorial de la Concurrence", d'ores et déjà poser les fondements de ce qui deviendra un véritable droit de la régulation économique territoriale et apparaître alors comme un précurseur dans ce domaine.

---

<sup>183</sup>M-A Frison-Roche, *ibidem*Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 17 décembre 2001

Citation : Yves-Louis SAGE, « Le droit de la concurrence en Polynésie française – Quelques remarques à la lumière des contrats de concessions exclusives », *Droit 21*, 2001, ER 056

Copyright Transactive™ 2000-2001