

AU COMMENCEMENT ÉTAIT LE DROIT DE LA CONCURRENCE...

(OK, ET APRÈS ?)



CONFÉRENCE «ÉCHAPPÉES CULTURELLES »
HAUT-COMMISSARIAT, TAHITI
28 JUIN 2018

Florent
VENAYRE

*Maître de
conférences
HDR en
économie*



PLAN

Introduction. Pourquoi un droit de la concurrence ?

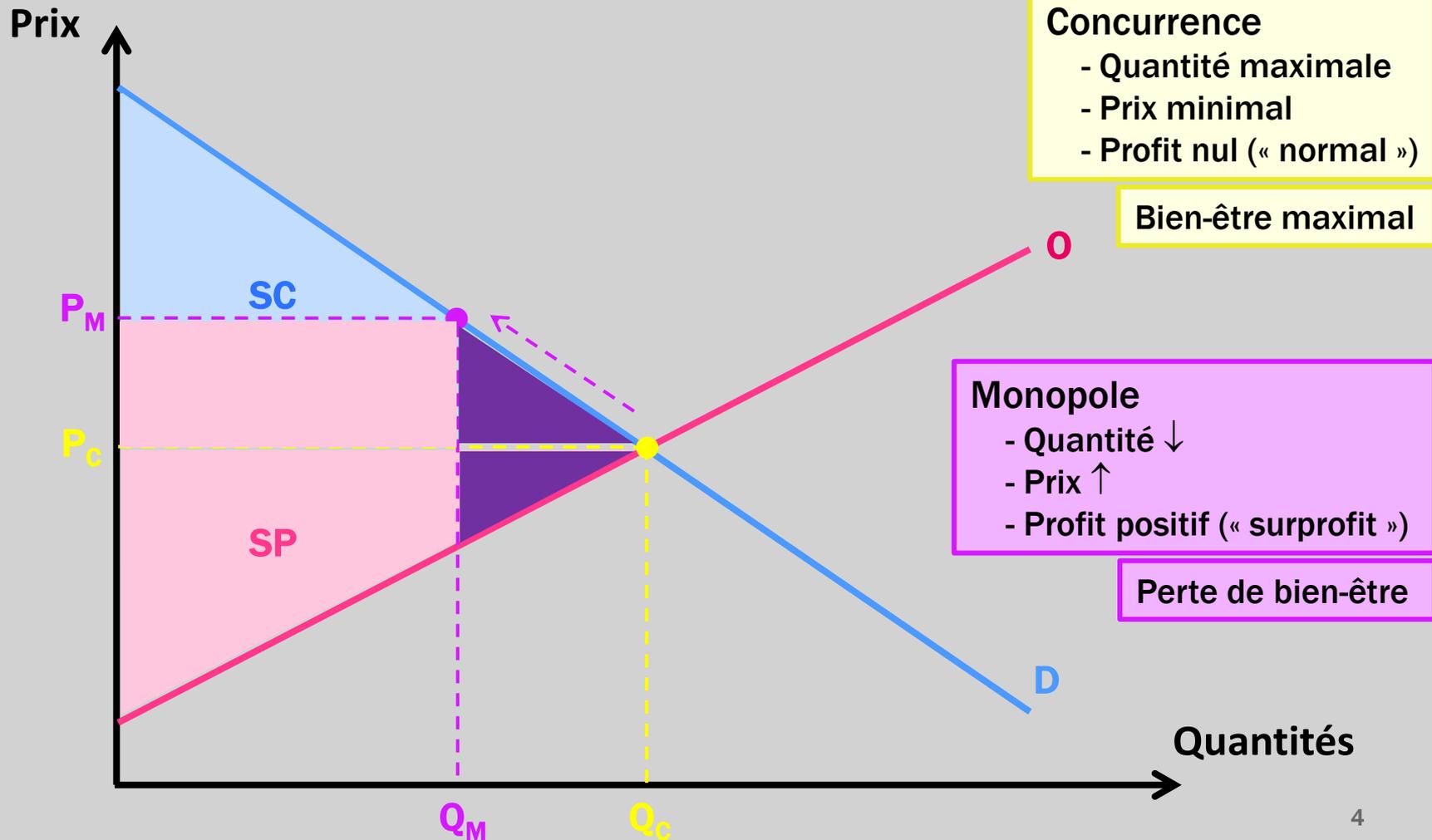
- 1.** L'autorité de concurrence
- 2.** Les pratiques anticoncurrentielles
- 3.** Sanctions et procédures
- 4.** Le contrôle préalable
- 5.** La mission consultative

Conclusion. Pédagogie et efficacité

POURQUOI UN DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Introduction

CONCURRENCE VS. MONOPOLE



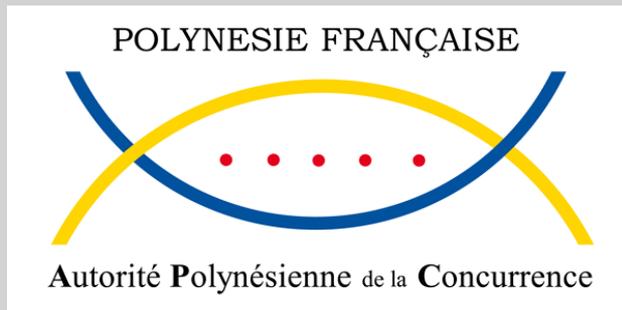
NÉCESSITÉ D'UN CADRE JURIDIQUE

- Tentation d'adopter des stratégies visant à réduire la concurrence (et ↑ son pouvoir de marché)
- ⇒ Les entreprises doivent décider individuellement
 - Lutte contre les **ententes**
- ⇒ Il faut favoriser l'accès au marché (barrières à l'entrée)
 - Sanction des **abus de position dominante**
- C'est la lutte contre les PAC
 - 2 piliers répressifs
- + 3^{ème} pilier préventif : **contrôle des concentrations**
 - **Disparition** d'un concurrent

LE CADRE JURIDIQUE



- La préhistoire de l'absence du droit de la concurrence en PF
- Les **débats** relancés par les États-généraux de l'outre-mer



Adoption loi

Promulgation loi

Nomination
Pr. APC

Entrée en vigueur
Code de la concurrence

Juin
2014

Février
2015

Juillet
2015

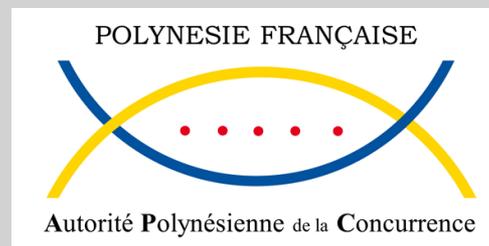
Février
2016

L'AUTORITÉ DE CONCURRENCE

1.

POURQUOI UNE AUTORITÉ DÉDIÉE ?

- Raison d'**indépendance**
 - Politique
 - Milieux d'affaires
- Raison de **technicité**
- ⇒ Autorité administrative indépendante (AAI)
 - Depuis 1978
 - Concurrence : depuis 1987



ORGANISATION DE L'APC

■ Un président

- Nommé par le gouvernement
- Mandat de 6 ans **irrévocable** et **non renouvelable**

■ **NC** : gouvernement + congrès, 5 ans, renouvelable une fois, révocable

■ Un collège de 4 membres non permanents

- Nommés par le gouvernement **sur proposition du président**
- Mandat de 4 ans irrévocable et renouvelable une fois
- Prend des **décisions collégiales**

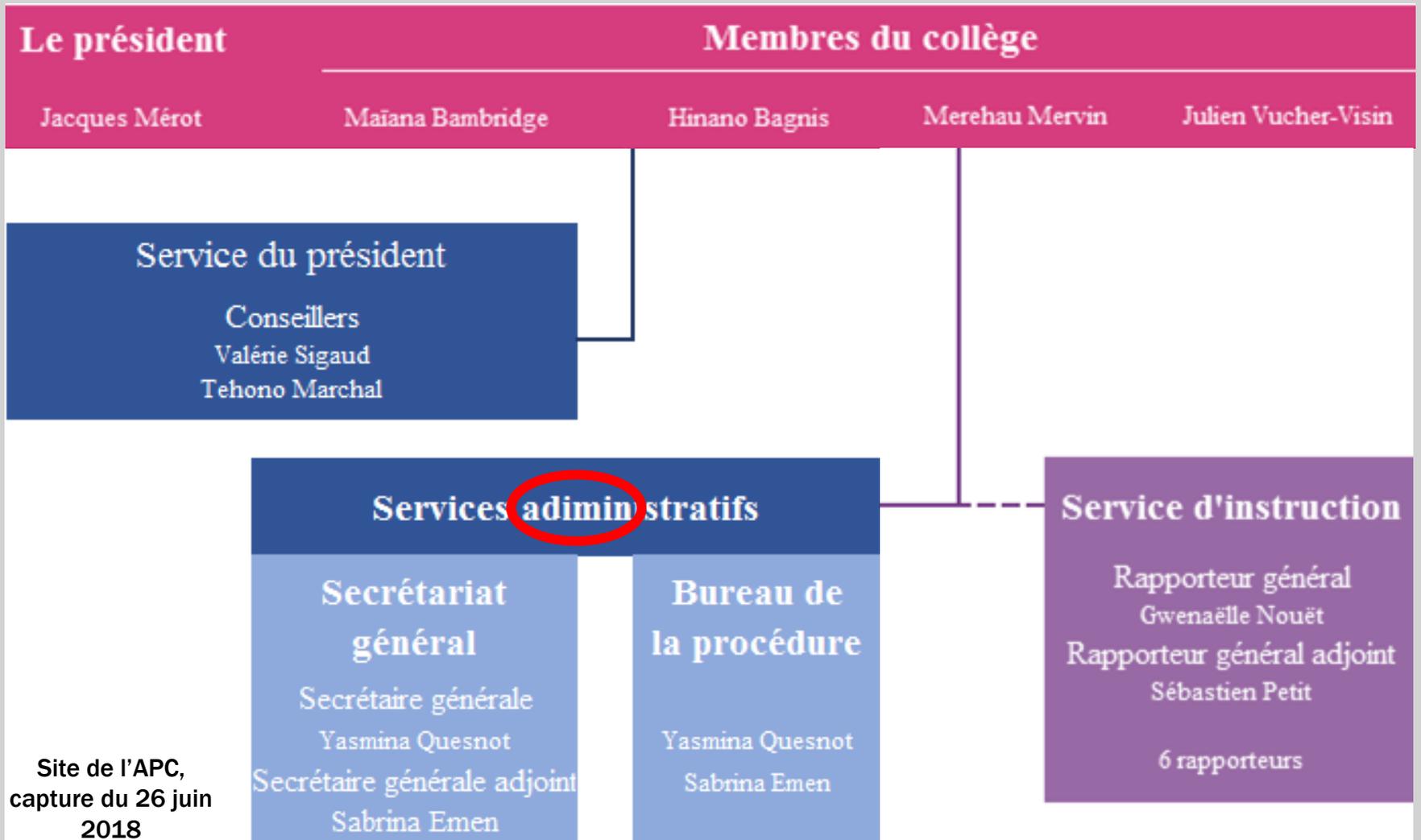
■ **NC** : Gouvernement + congrès, 3 membres, 5 ans, renouvelables sans limites, révocables, pas de fonctionnaires territoriaux et salariés du privé

ORGANISATION DE L'APC

- Un service d'instruction
 - Dirigé par le rapporteur général
 - Nommé **sur proposition du collège**
 - Mandat de 4 ans renouvelable une fois
 - Réalise les **enquêtes**
- **NC** : Gouvernement + congrès, 5 ans, renouvelable une fois
- Services administratifs (support)
- Principe de **séparation** instruction / décision



ORGANIGRAMME



LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

2.

ENTENTES HORIZONTALES VS. VERTICALES

■ Amont

Coca-Cola

Tahitian Cola

Entente horizontale

■ Aval



Entente verticale

ENTENTES HORIZONTALES

- = Cartels
- Principe : stratégies **communes** (« pratiques coordonnées »)
 - Quotas
 - Répartition des marchés
 - Boycott collectif
 - Fixation des prix
 - Dont **appels d'offres**
- Forte gravité (OCDE)
- Interdites par nature (**objet** ou **effet**)

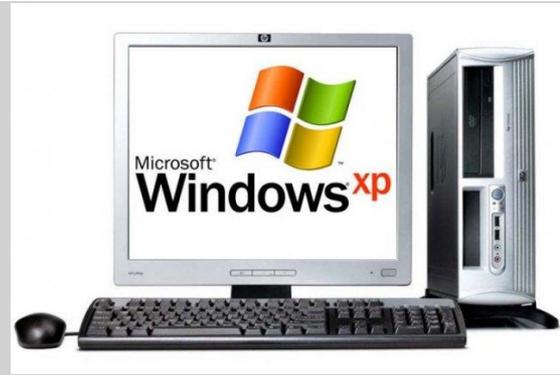


ENTENTES VERTICALES

- = Restrictions verticales
- L'amont impose des **contraintes** à l'aval pour contrôler ses actions
 - **But** : Éviter que l'aval nuise aux intérêts de l'amont
- Effet ambigu
 - **Efficacité** (résout des problèmes de coordination entre amont et aval)
 - Réduction de la double marge
 - Image de marque
 - Publicité, conseils
 - Accroissement du **pouvoir de marché**
 - Diminution de la concurrence intramarque

EXEMPLES DE RESTRICTIONS VERTICALES

- Ventes liées
 - En package
 - De consommables
- Prix de revente imposé
- Distribution sélective
- Distribution exclusive
 - Exclusivité d'approvisionnement (→ monomarquisme)
 - Exclusivité territoriale
 - Ex. des franchises



TRAITEMENT DES ENTENTES VERTICALES

- Au cas pas cas (« règle de raison » vs. « règle per se »)
- Identifier les **effets** anticoncurrentiels
- Une exception en PF : Interdiction **automatique** des exclusivités d'importation
 - **Incohérent** avec la théorie économique
- LP mars 2018 : Suppression de l'interdiction automatique
 - Mais possibilité de prouver le caractère anticoncurrentiel
 - (Comme pour toutes les autres ententes)

ABUS DE POSITION DOMINANTE

- « Pratiques unilatérales »
- Nécessite d'être en **position dominante**
 - C'est « La situation dans laquelle une entreprise est susceptible de **s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement** sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents »
- Cela implique une PDM importante, mais cela **ne suffit pas**
 - PDM des concurrents ? Dynamique d'évolution ?
 - Puissance relative des acheteurs ?
 - Intensité de la concurrence ?
 - Barrières à l'entrée sur le marché ?
 - Caractéristiques de l'entreprise ?
 - Leadership, image de marque, puissance financière...

ABUS DE POSITION DOMINANTE

- La grande taille n'est pas un problème en soi (et la **domination** non plus)
- C'est uniquement l'**abus** qui doit être sanctionné
- Le but du droit n'est pas de protéger les **concurrents**
 - Pas les petits contre les grands
 - Pas une réglementation des relations fournisseurs-distributeurs
 - ⇒ « **Petit droit** » de la concurrence mais relève du droit des contrats
 - ⇒ **Abus de dépendance économique** aussi (supprimé par LP mars 2018)



CONTOURS DE L'ABUS ?

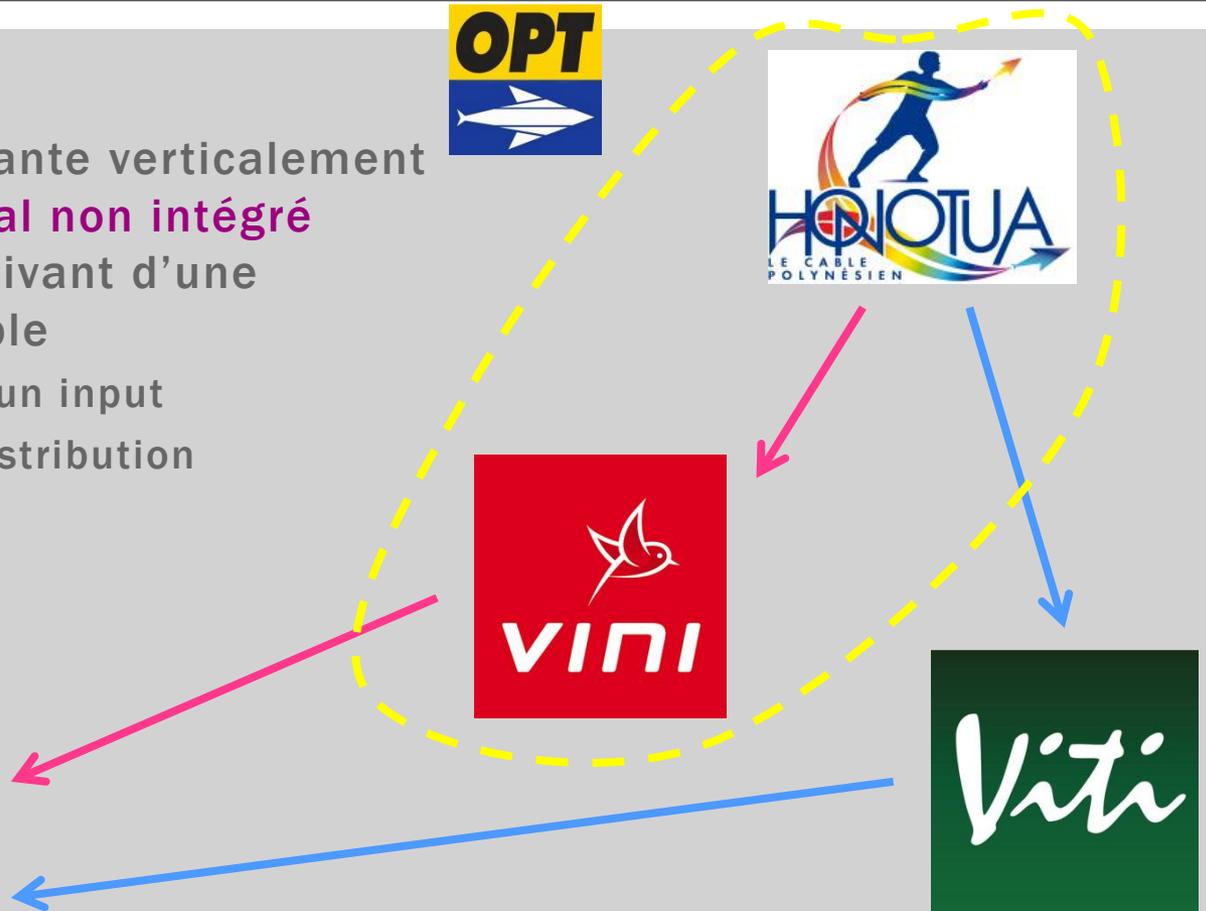
- En se basant sur la notion d'abus, l'APD est plus complexe à cerner que la notion d'entente
 - Notion multiforme (pas de liste exhaustive)
 - Des pratiques **anodines** (voire pro-concurrentielles) peuvent devenir abusives en cas de position dominante
 - Importance de l'appréciation des AC
 - ⇒ Grandes **contraintes** voire insécurité pour les entreprises

- 2 exemples simples
 - La forclusion
 - La prédation

LA FORCLUSION

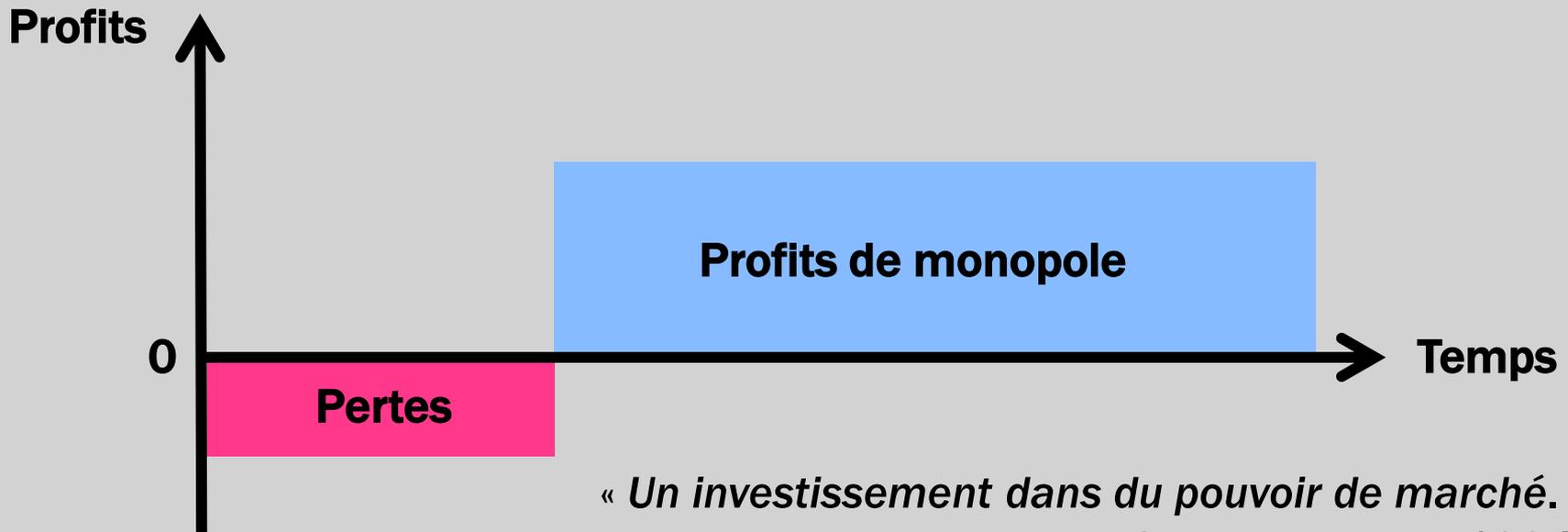
■ Forclusion :

- Une entreprise dominante verticalement intégrée évince un **rival non intégré verticalement** en le privant d'une ressource indispensable
 - En amont (souvent) : un input
 - En aval : réseau de distribution (électricité)



LA PRÉDATION

- Prix **prédateur** :
 - Tarif très faible destiné à forcer un concurrent à **quitter le marché** en acceptant des pertes...
 - ... dans l'idée de pratiquer ensuite un prix de monopole



« *Un investissement dans du pouvoir de marché.* »
Stephen Martin (1994)

SANCTIONS ET PROCÉDURES

3.

PREUVES ?

- « Faisceau d'indices graves, précis et concordants »
- Obtention d'informations par :
 - Le plaignant ?
 - Dénonciations ?
 - Enquêteurs
 - Demandes de l'AC (obligation de réponse)
 - OVS (juge des libertés et de la détention)
- Procédure **contradictoire**
- Possibilité d'un recours
 - Appel **non suspensif**

SANCTIONS

- Principalement, les AC prononcent des peines d'**amendes**
- Pour une entreprise : montant **maximal** de **5 %** du CA
 - CA réalisé en **PF**
 - Le CA est celui d'un des trois derniers exercices
 - Si l'entreprise appartient à un groupe, le CA du **groupe** est retenu
 - ⇒ Nettement **plus faible** qu'en métropole
- Si pas une entreprise : maximum de 100 millions Fcfp
- Volet **pénal** : maximum de 8,9 millions Fcfp si « part personnelle et déterminante » dans l'infraction (procureur)
 - ⇒ Nettement **plus faible** qu'en métropole (ou aux USA)

INJONCTIONS STRUCTURELLES

- = Obligation de céder des actifs
- En cas d'**abus** de position dominante (LP. 641-3 I)
- En cas de position dominante **sans abus** (LP. 641-3 II)
 - Ou si PDM > **35 %** pour les commerces
- « Préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés »
- Incohérence + dangerosité
 - Incitations à l'investissement ? Position acquise par les mérites ?
Dérive d'administration des prix et du secteur ?
 - ⇒ Revu par LP mars 2018 : **abus** nécessaire



AUTRES DISPOSITIONS

■ Mesures conservatoires

- S'apparentent à une sorte de référé : obtenir une décision provisoire assez rapide
- Il faut une **atteinte grave et immédiate** à l'économie générale, au secteur, aux consommateurs ou à l'entreprise plaignante

■ Astreintes

- En cas de retard sur la réalisation d'une décision ou sur la réponse à une question de l'APC ou en cas de non présentation ou d'obstruction
- Limitées à **1 % du CA journalier moyen** par jour de retard

LES ENGAGEMENTS

- Possibilité d'une procédure d'engagements
 - L'entreprise s'engage à modifier son comportement
 - Les poursuites sont abandonnées

- Intérêt ?

- Entreprise : éviter la **sanction**
 - Qualification ?
- AC : éviter un **recours**



LA NON-CONTESTATION DES GRIEFS

- Principe : ne pas contester les griefs reprochés
 - Limitation de la **défense** possible
 - Travail **facilité** pour le service d'instruction (preuves)
 - Division par deux du montant **maximal** encouru
 - Application d'un **taux de réfaction**

- Questionnements...
 - Intérêt de diviser par deux un **maximum** ?
 - Incertitude sur le taux de réfaction
 - Collège pas obligé de suivre la **proposition** du rapporteur général
 - Des différences selon les affaires (en France)

LA CLÉMENCE

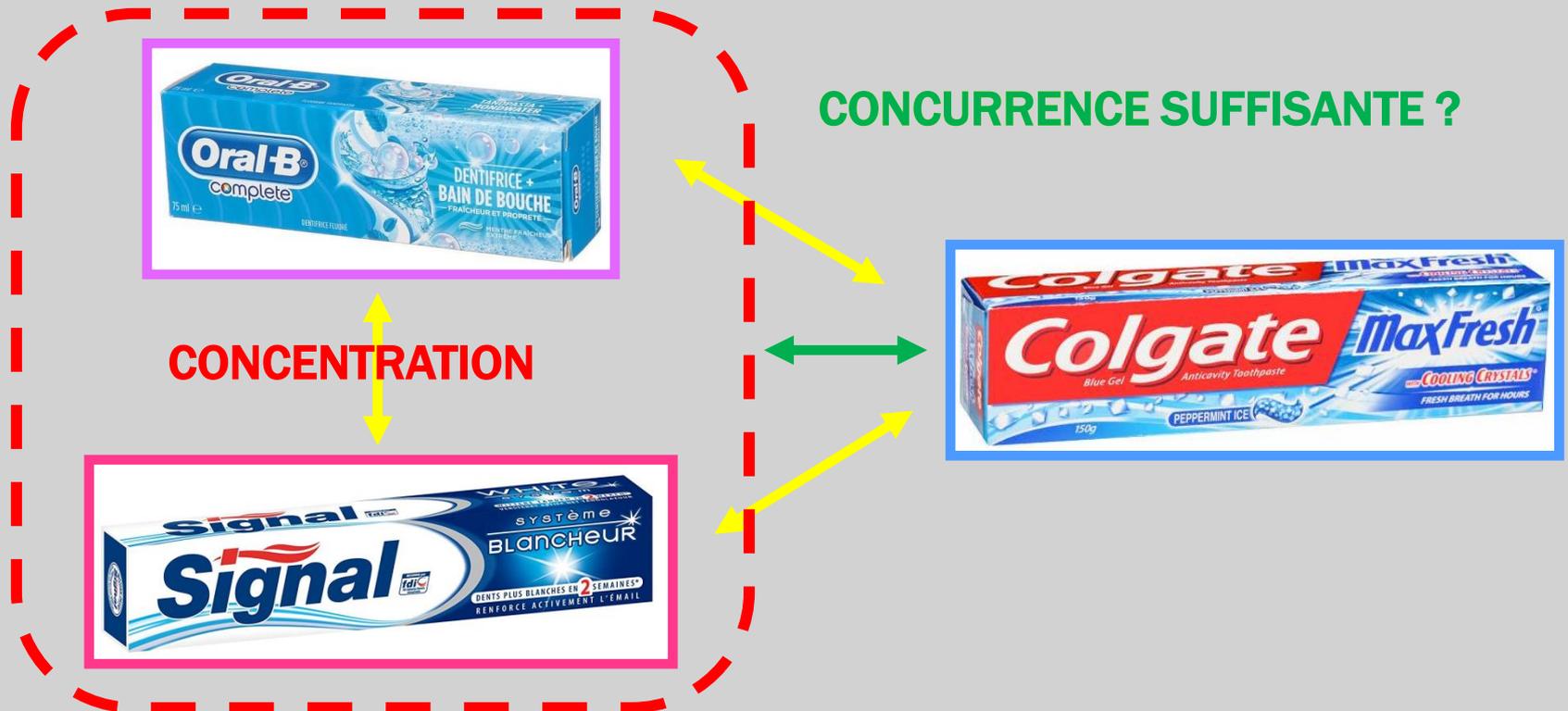
- Système d'**exonération** totale ou partielle de l'amende en cas de dénonciation du cartel
- **Très** efficace...
- De février 2002 à septembre 2005, la CE a reçu
 - 80 demandes d'immunité totale
 - 79 demandes de réductions d'amendes
- Ce qui lui a permis de traiter en 3 ans et demi autant d'affaires de cartel que durant la période...
 - **1958-2002 !**
- Introduit par la LP de mars 2018

LE CONTRÔLE PRÉALABLE

4.

CONCENTRATIONS

- 3^{ème} pilier du droit de la concurrence : contrôle des concentrations



- Attention à la **disparition** d'un concurrent (croissance **externe**)

PRINCIPE ET MODALITÉS DU CONTRÔLE



- Systèmes de **notification** préalable
- 2 seuils de déclenchement (« **contrôlabilité** »)
 - Seuil **cumulatif** : 2 milliards
 - Seuil **individuel** : 500 millions
- Seuils abaissés pour le commerce de détail à dominante alimentaire
 - 1,5 milliard et 200 millions

UN PROBLÈME D'INTERPRÉTATION

- Rachat par HNA d'hôtels du groupe Wane
 - Hilton Moorea
 - Saint Régis Bora Bora
- Rachat par le groupe Grey de 3 Sofitel
 - Moorea
 - Bora Bora Marara Beach
 - Bora Bora Motu Private Island
- Rachat de EPPV par Tahiti Access
- ⇒ Changement d'interprétation de l'APC
 - Abandon de l'opération EPPV



LAMY
REVUE

Revue Lamy de la concurrence

La meilleure défense est l'attaque
À propos de l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire
« Amaury »

Stéphane DESTOURS

- Arrêt Expedia : le déséquilibre significatif dans un contrat international
Bertrand JARDEL

- Agrément d'un distributeur sélectif : la revanche du droit commun des obligations
sur le droit de la concurrence (P)
Emmanuel DIENY

- Fusions horizontales : quels impacts sur l'innovation ?
Clédas de MUJON

- L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité
polynésienne de la concurrence
Christian MONJET

65 | MENSUEL
OCTOBRE 2017

LES ÉTAPES DU CONTRÔLE

- Phase 1 : 25 jours ouvrés
 - Problème de la **complétude** du dossier
- Phase 2 (examen approfondi)
 - Si « doute sérieux d'atteinte à la concurrence »
 - + 65 jours ouvrés
- Décision ?
 - Autorisation
 - Refus
 - Autorisation sous conditions
 - Engagements ou injonctions
 - Comportementaux ou structurels



TAHITI NUI TRAVEL

QUEL BILAN ?

- Le contrôle des concentrations doit être bienveillant et non dogmatique
 - Il faut s'attacher au **bilan concurrentiel** (risque vs. efficacité)

- **France** (2009-2016)

- 1500 décisions
- 4 % sous condition
- 0 refus



- **Polynésie** (depuis le début)

- 10 décisions
- 2 sous les seuils
- 1 avec engagements
- 1 avec injonctions entraînant l'échec de l'opération



LE POUVOIR D'ÉVOCACTION

- AC statue sur des questions concurrentielles
 - Mais d'autres aspects peuvent être importants en CC
 - Développement industriel, compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale, création ou maintien de l'emploi
- Le gouvernement peut alors « **évoquer** » l'affaire
 - Statue à la place de l'AC
 - Décision doit être **motivée** par des raisons d'**intérêt général**
- Mesure **exceptionnelle**
 - Une **première** affaire en cours en France
- Introduit par la LP de mars 2018

LES SURFACES COMMERCIALES

- Contrôle de toutes les surfaces > 300 m²
 - Phase unique de 30 jours ouvrés
 - Autorisation / Refus / Remèdes



- Cas très différent du CC : croissance **interne** (mérites)

- Jamais confié à des AC (sauf PF et NC)
 - Critères économiques **interdits** dans l'UE



- Problèmes importants
 - Incitations à l'investissement ?
 - Contrefactuel ?
 - Risque de régulation ex ante



- **Bilan APC** : 3 opérations dont 1 non contrôlable

LA MISSION CONSULTATIVE

5.

LES AVIS

- L'AC a aussi une mission de conseil auprès du **gouvernement**

- Élaboration des textes
- Aide à la régulation d'un secteur



- Saisine **obligatoire**

- Si la LP ou la délibération restreint l'accès au marché, établit des droits exclusifs ou impose des pratiques uniformes de prix ou vente

- Saisine **facultative**



- Autosaisine



AVIS & RELATIONS AVEC L'EXÉCUTIF

- Ce sont des **avis** (\neq décisions)
 - Gouvernement libre de suivre ou non
 - \Rightarrow Intérêt de **relations cordiales** avec le gouvernement
- Exemple de la polémique sur la LP perliculture
 - \Rightarrow Rappel à l'ordre du gouvernement

Les propos de Monsieur Jacques Mérot mettent en cause personnellement Monsieur Teva Rohfritsch, ministre en charge de l'économie bleue.

Les propos de Monsieur Jacques Mérot, qui font état d'un texte écrit sous l'influence de lobbies, remettent donc en cause les décisions du conseil des ministres et des élus, ce qui n'est pas acceptable, même venant du président d'une autorité indépendante.

Le gouvernement en appelle au sens des responsabilités du président de l'APC dont le rôle n'est pas d'entretenir des polémiques publiques avec le gouvernement ou avec un ministre, surtout quand ces polémiques entrent dans le champ de l'exploitation politique.

AVIS & RELATIONS AVEC LES ENTREPRISES

- Mission **consultative** ≠ mission **contentieuse**
 - ⇒ Pas d'accusation de pratiques anticoncurrentielles
 - Cf. Avis transport aérien
 - Conseil d'État, mars 2016



Mercredi 16 mai 2018
www.tahiti-infos.com

Le président de l'APC, Jacques Mérot, nous confirme dans son interview que, selon lui, *"on voit que c'est la rareté de l'offre qui cause des coûts élevés, et que cette rareté est organisée."* Quand on lui demande pourquoi les autres compagnies aériennes n'ont pas augmenté leur nombre de sièges en conséquence, et s'il pourrait y avoir eu une entente entre concurrents pour maintenir cette rareté, il répond malicieusement *"c'est une très bonne question... Et on voit qu'il suffit qu'un nouveau concurrent arrive pour que toutes les anciennes explications sur le prix des billets disparaissent d'un coup."*

AU-DELÀ DES AVIS

- L'APC a souvent fourni des opinions en dehors du cadre des avis prévu par la loi
 - Ex. de la réforme du code de la concurrence : LP de mars 2018
 - **CESC** / APF / SÉNAT / AN

Cet article est un copié-collé très partiel de ce prévoit la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes au plan national.

L'exposé des motifs est particulièrement spécieux lorsqu'il indique que la « lourdeur administrative de l'autorisation » du droit actuel favoriserait les grands groupes bien établis au détriment des nouveaux entrants. La procédure n'est pas lourde.

Vouloir se priver d'un tel outil est très surprenant et en tout cas inefficace. C'est un outil d'efficacité pour l'APC.

Ce travail de modification ne peut pas se faire sur un coin de table et doit être confié aux praticiens qui sont les mieux placés pour ce faire.

Cela a sans doute échappé à un non praticien.

Vouloir doubler les seuils est tout bonnement stupide.



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Autorité de la
concurrence de la
Nouvelle
Calédonie-
ACNC988
@ACNC988

Accueil

Publications



J'aime

S'abonner

Recommander

Envoyer un message

Publications

Service public et administration à Nouméa

5,0



Autorité de la concurrence de la Nouvelle Calédonie-

POLYNESIE FRANÇAISE



Autorité Polynésienne de la Concurrence

Autorité
Polynésienne de la
Concurrence

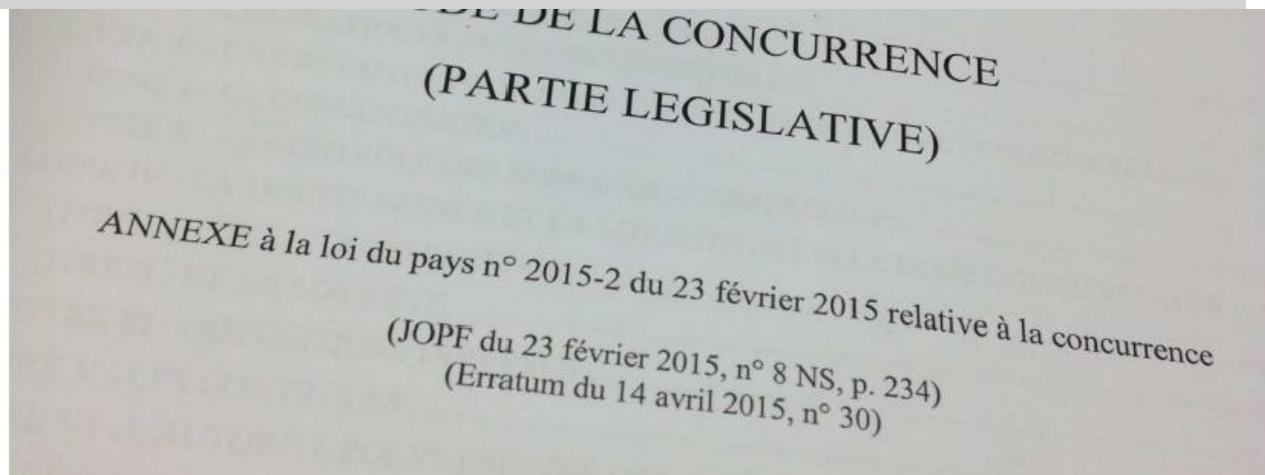
Accueil

À propos

Photos

Avis

Vidéos



J'aime

S'abonner

Recommander

Envoyer un message

Écrire une publication.



Écrire une publication.

Organisme de maintien de l'ordre à Papeete

3,0

Actuellement ouvert

PÉDAGOGIE ET EFFICACITÉ

Conclusion

APRÈS LE DROIT, SON APPLICATION

- Un droit de la concurrence est une **nécessité**
- En confier son application à une autorité indépendante est aussi une **nécessité**
- Ce que devrait faire cette autorité
 - Lutter contre les **pratiques anticoncurrentielles**
 - Veiller à ce que les missions de contrôle ex-ante ne soient pas des freins à l'investissement
 - Tenir compte de la spécificité d'une économie insulaire
 - Montrer beaucoup de **pédagogie** et de **clarté**
 - À l'égard des entreprises
 - À l'égard du gouvernement
 - Cf. **ACNC**



Sa communication devrait être limitée et éviter les polémiques



COMPARAISON



Caractéristiques	APC	ACNC
Nomination Pr.	9 Juillet 2015	16 Janvier 2018
Nombre d'agents	12	11
Membres du collège	4 + 1	3 + 1
Budget 2018	185 millions	152 millions

Bilan de l'activité	APC	ACNC
Avis	12	4
Décisions CC	8	2
Décisions SC	2	5
Décisions PAC	1	0
TOTAL	23	11
Durée	3 ans	5 mois