

N° 466687

Fédération générale du commerce

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 25 novembre 2022

Décision du 9 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

En Polynésie française, comme en métropole (et dans les collectivités où le droit national est applicable), le principe est que les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence : c'est l'article Lp. 100-2 du code polynésien de la concurrence qui le proclame en Polynésie ; c'est l'article L. 410-2 du code de commerce qui l'affirme en métropole.

Ce principe, on n'en doute pas, est assorti d'exceptions, qui, en apparence, semblent similaires en Polynésie et en métropole. A y regarder de plus près, on constate cependant des différences et surtout, en pratique, la réglementation des prix, et même des marges, est beaucoup plus forte, pour des raisons structurelles que l'on peut comprendre, en Polynésie. Depuis de nombreuses années, cette réglementation repose sur une multitude de textes adoptés par le gouvernement et pour une grande part sur un arrêté du 7 février 1992 (n° 171 CM), plusieurs fois modifié, qui porte en particulier sur les produits de première nécessité et les produits de grande consommation (PPN et PCG).

L'Assemblée de Polynésie a cependant entendu établir, dans des LP, les bases de l'encadrement des prix en Polynésie. Elle l'a fait une première fois avec la LP 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence, qui a créé le code de la concurrence de la Polynésie française, lequel a, pour la première fois, énoncé le principe de la liberté des prix et ses exceptions, mais tout en maintenant en vigueur la réglementation existante (sur cette LP, v. 19 décembre 2014, Fédération générale du commerce et Société d'étude et de gestion commerciale, n°s 383318, 383507, Rec. T. p. 761). L'Autorité de la concurrence Polynésienne, créée par cette LP du 23 février 2015, a fait le constat, dans un avis n° 2019-A-01 du 2 avril 2019 relatif aux effets de la réglementation sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de produits de première nécessité, de la complexité et du manque d'efficacité de l'arrêté de 1992 et, à défaut de suppression de cette réglementation permanente sur les produits de première nécessité, a préconisé qu'une loi du pays définisse clairement les objectifs poursuivis et le cadre applicable. L'Assemblée a saisi la balle au bond et, dans un projet d'ailleurs plus vaste et plus ambitieux, a entrepris de codifier dans le code de la concurrence les règles relatives aux conditions d'encadrement des prix et en particulier des produits et services de première nécessité, des produits et services de grande consommation

ou encore des produits et services nécessaires au développement économique et social de la Polynésie. Ce projet de LP a été adopté le 7 juillet 2022 (2022-15 LP/APF), puis publié au Journal officiel de la PF le 15 juillet, et c'est la Fédération générale du commerce, requérant traditionnel sur ces questions en Polynésie, qui vous demande, dans le cadre du recours prévu à l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, de déclarer que cette LP n'est pas conforme au bloc de légalité et ne peut donc être promulguée.

Avant de commencer l'examen des moyens de la requête, il faut constater que, pour une part, la LP en litige a repris l'existant, c'est-à-dire l'article Lp 100-2, qui doit devenir un nouvel article Lp. 110-1. Néanmoins, il n'y a pas lieu d'y voir, dans cette mesure, un acte confirmatif qui ne pourrait donc pas donner lieu à critique (v. 7 décembre 2018, Société TBF Génie Tissulaire, n° 410887, aux tables). Non seulement, parce que le texte, nous allons le voir, a fait l'objet d'une légère, mais significative, modification, mais aussi parce que, d'une part, l'Assemblée de Polynésie a entendu élaborer un régime général de l'encadrement des prix et c'est de ce régime général dont vous êtes saisis, en ce compris la disposition préexistante, et d'autre part, parce qu'à l'occasion d'une opération de codification, ce qui est le cas en l'espèce, vous ne faites pas jouer, en principe, l'acte purement confirmatif (en ce sens, 24 février 2022, ADDE et autres, n° 450285, 450288, B).

I. Est en premier lieu critiqué l'article Lp. 110-1, précisément celui qui reprend l'actuel article Lp. 100-2, sur deux points en particulier, au motif d'une incompétence négative commise par l'Assemblée et d'une atteinte au principe de sécurité juridique. Ces deux moyens, tels qu'ils sont soulevés par la fédération requérante, sont opérants, car l'un et l'autre, comme vous l'avez déjà admis, incluent les exigences de clarté, d'intelligibilité et de prévisibilité de la norme (16 octobre 2013, Société Électricité de Tahiti (EDT), n°s 365067, 365068, Rec. T. pp. 418-614-720) ainsi que la règle selon laquelle les formulations retenues par les textes doivent être dépourvues d'ambiguïté et suffisamment précises (19 décembre 2014, Fédération générale du commerce et Société d'étude et de gestion commerciale, préc. ; 28 juillet 2017, Société Pacific mobile télécom, n° 406639), sachant qu'ici, les insuffisances rédactionnelles dénoncées sont mises en perspective avec les atteintes à la liberté d'entreprendre qu'elles sont susceptibles d'entraîner.

A. Après avoir énoncé le principe de la liberté des prix, l'article Lp. 110-1 prévoit une première exception : le conseil des ministres, après avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence, peut réglementer les prix, « notamment dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de situations de monopole ou d'oligopole, de difficultés durables d'approvisionnement ou de sous-équipement commercial ».

C'est une exception assez similaire à celle que l'on trouve à l'article L. 410-2 du code de commerce national, si ce n'est, en particulier, l'usage d'un « notamment » dans la LP. Or, ainsi que le soutient à raison la Fédération générale du commerce, ce « notamment » implique que le conseil des ministres peut réglementer les prix, par des mesures pérennes, non pas seulement dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de situations de monopole ou d'oligopole, de difficultés durables d'approvisionnement ou de

sous-équipement commercial, mais aussi dans tous les autres domaines et secteurs. Le champ d'intervention du conseil des ministres n'est ainsi pas défini avec suffisamment de précision, alors que son intervention, dérogoire au principe de la liberté des prix, constitue une limitation de la liberté d'entreprendre, laquelle implique la liberté de fixer ses prix ou ses tarifs (CC, 16 janvier 1991, n° 90-287 DC, Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales, cons. 21).

Le Conseil constitutionnel a censuré une disposition similaire du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie, qui avait, en matière de réglementation des prix, utilisé la formule « en particulier », laquelle a été déclarée contraire à la Constitution (décision n° 2019-774 QPC du 12 avril 2019, Société Magenta Discount et autre). Vous pourrez, en l'espèce, déclarer illégal le « notamment » de l'article Lp. 110-1 issu de l'article Lp2 du texte attaqué. En revanche, le reste des dispositions en litige encadre avec suffisamment de précision l'intervention du conseil des ministres. Et si ces dispositions ne fixent pas elles-mêmes de limites dans le temps à la réglementation qui peut être prise sur son fondement, il va de soi que cette réglementation demeure légalement fondée que pour autant que dure la situation de monopole ou d'oligopole, les difficultés durables d'approvisionnement ou le sous-équipement commercial.

B. L'article Lp 110-1 a prévu une seconde exception à la liberté des prix : le conseil des ministres peut également prendre des mesures, temporaires cette-fois (six mois non-renouvelables), « contre les risques de hausse ou de baisse excessives de prix », lorsque ces mesures sont « motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé ».

C'est, là aussi, une exception très proche de celle qui figure à l'article L. 410-2 du code de commerce national. Mais là où l'article L. 410-2 vise des « hausses ou des baisses excessives de prix », la Lp en litige envisage des « risques de hausse ou de baisse excessives de prix ». On perçoit immédiatement que le moment de l'intervention du pouvoir réglementaire diffère. La solution polynésienne n'est pas critiquable dans le principe : autant empêcher le feu de se déclarer plutôt que d'attendre les premières flammes pour intervenir. Mais, c'est la crainte de Fédération générale du commerce, encore faut-il qu'il y ait un risque de feu. Pour la fédération requérante, la simple notion de « risque » est insuffisante pour encadrer l'intervention du conseil des ministres et elle craint un autre risque, celui de l'arbitraire administratif. Mais cette crainte nous paraît infondée. Il est tout à fait évident que le risque de hausse ou de baisse excessives de prix ne peut qu'être un risque réel, documenté et justifié. Il ne peut être purement hypothétique. Il était nullement besoin de le préciser dans la Lp, car il ne peut en être autrement. Vous pourrez toutefois le confirmer dans votre décision pour écarter l'autre risque, celui de l'arbitraire, auquel il est en tout état de cause paré par l'intervention du juge administratif, qui peut être saisi, y compris par la voie du référé, d'une mesure de réglementation prise sur ce fondement.

II. Sont en deuxième lieu soulevées des critiques, toujours sur le terrain de l'insécurité juridique et l'atteinte à la liberté d'entreprendre, contre les dispositions de la LP propres à certaines catégories de produits ou de services, à savoir les produits et services de première

nécessité, les produits et services de grande consommation ou encore les produits et services nécessaires au développement économique et social de la Polynésie.

A. La Fédération générale du commerce critique les définitions de ces produits et services, qu'elle considère comme étant trop larges, voire indéterminées.

- Selon l'article Lp 111-13 à venir, sont des produits ou services de première nécessité, les produits ou services nécessaires à la vie courante des ménages et/ou à la santé des personnes et/ou à la lutte contre une calamité naturelle.

Avec cette définition, la fédération considère que le gouvernement de Polynésie pourrait réglementer, par ex., les articles de décoration de la maison, qui sont des objets de la vie courante, les chaussures de sport, puisque le sport c'est la santé, ou encore les parapluies en cas de fortes pluies. C'est quelque peu exagéré, vous en conviendrez assurément, car il ne faut pas oublier que, quel que soit son domaine, un produit ou un service de première nécessité doit être d'abord, au regard des besoins de la population, de première nécessité (sic).

- Selon l'article Lp 111-16 à venir, les produits ou services de grande consommation sont les produits ou services habituellement utilisés dans la vie courante et destinés aux ménages. La fédération requérante y voit tout ce qui est habituellement consommé dans la vie courante des ménages, mais là aussi, il faut et il suffit de rappeler qu'il doit s'agir d'une grande consommation (sic).

A noter que, pour l'une et l'autre de ces catégories, la réglementation actuellement en vigueur couvre des produits alimentaires et non alimentaires, sans apparaître manifestement entachée d'erreur d'appréciation quant à la première nécessité et la grande consommation des produits et services visés. La LP adoptée n'a pas vocation à permettre une extension démesurée de ces listes.

- S'agissant enfin de la définition des produits et services nécessaires au développement économique et social de la Polynésie, il faut concéder qu'il n'y en a formellement pas dans la LP, mais ce ne peut être autre chose que des produits et services dont le lien de nécessité pour le développement économique et social de la Polynésie doit être, sous le contrôle du juge, établi et justifié.

B. La Fédération générale du commerce critique ensuite les mécanismes de réglementation des prix prévus par la LP.

Contrairement à ce qui est soutenu, les objectifs poursuivis par la réglementation des prix ont été définis par la LP, puisque le conseil des ministres ne peut prendre un arrêté, en vertu de l'article Lp 110-2, qu'en tenant compte de l'impact des prix sur le budget des ménages et sur le développement économique de la Polynésie et de la correction des disparités liées à l'éloignement des archipels.

Pour les PPN et PCG, la LP prévoit que le conseil des ministres fixe le prix maximal des produits et services en valeur absolue ; pour les produits importés, par application au prix de

revient entropôt d'une marge maximale en valeur absolue ou relative ; pour les biens produits ou fabriqués localement, par application au prix du fabricant ou du producteur d'une marge maximale en valeur absolue ou relative ; ou enfin par l'instauration d'un régime de prix spécifique, notamment à chaque étape de la commercialisation.

La Fédération générale du commerce estime que ces 4 mécanismes confèrent au conseil des ministres des pouvoirs attentatoires à la liberté d'entreprendre. Elle en veut pour preuve le fait que, par ex., les actuelles marges en valeur absolue (par ex. de l'huile de tournesol ou des sardines en conserve) sont fixées à des niveaux qui obèrent gravement les perspectives de rentabilité de l'exploitation des opérateurs économiques. Mais la LP n'a fait qu'établir les mécanismes que peut utiliser le conseil des ministres ; la manière dont le conseil des ministres utilise effectivement ces mécanismes, qui ne sont pas contestés en eux-mêmes dans leur principe, relève d'un contentieux différent, celui des arrêtés qu'il prend, mais est sans incidence, par elle-même, sur la légalité de la LP.

Cependant, s'agissant plus particulièrement des biens fabriqués ou produits localement, qu'ils soient PPN ou PCG, la LP (Lp. 111-5) envisage trois hypothèses de réglementation : lorsque l'intensité concurrentielle est faible au stade de la fabrication ou de la production : ce n'est pas discuté ; en cas de risque de hausse des prix en raison d'une crise économique générale ou sectorielle ou bien, pour certains produits, d'une calamité publique ou d'une crise sanitaire : on retrouve ici la critique sur la notion de « risque » mais elle peut être écartée pour les mêmes motifs que précédemment ; enfin, en cas d'augmentation non justifiée du prix du fabricant ou du producteur. Cette rédaction laisse au conseil des ministres la faculté de réglementer les prix sans que l'on puisse savoir quels sont les critères qui permettent d'affirmer qu'une augmentation est justifiée ou ne l'est pas, et sans que ces critères ne s'imposent à l'évidence à raison du but poursuivi par le mécanisme en cause. L'imprécision de cette hypothèse est susceptible d'affecter la liberté d'entreprendre sans justification suffisante. Nous vous proposons de la déclarer illégale.

C. La LP a par ailleurs prévu, c'est l'article Lp 110-5 à venir, un mécanisme d'observation des prix afin de diffuser aux consommateurs le prix des produits alimentaires et non alimentaires commercialisés en Polynésie française. Il s'agit d'une base de données qui doit être renseignée par les commerces de détail à dominante alimentaire dont la surface de vente est ou devient supérieure ou égale à 300 m². La fédération requérante y voit, d'une part, une charge déclarative excessive pesant sur les entreprises, mais elle n'assortit pas son moyen de précisions suffisantes permettant d'apprécier dans quelle mesure cette obligation serait excessive au point de porter atteinte à la liberté d'entreprendre. Elle invoque, d'autre part, une distorsion de concurrence entre les magasins de plus de 300 m² et les petits commerces, qui pourraient connaître les prix pratiqués par les premiers sans que ceux-ci ne sachent les prix pratiqués par ces derniers. Mais la différence de situation entre ces deux catégories de magasins, au regard des pratiques commerciales et des contraintes pesant sur les prix pratiqués, n'est pas discutée si bien que la concurrence entre elles n'est pas préalablement établie. En tout état de cause, l'observatoire des prix ne change rien à la situation existante entre les magasins, qui peuvent, avec ou sans l'observatoire, aller constater dans un magasin concurrent de la même zone de chalandise les prix pratiqués.

II. En troisième et dernier lieu, la Fédération générale du commerce conteste les dispositions relatives aux contrôles et aux sanctions.

S'agissant des contrôles tout d'abord. L'article Lp 111-9 à venir prévoit que les agents du service en charge de l'application des dispositions de la LP peuvent contrôler le décompte du prix fixé pour un produit dont le prix est réglementé. Il prévoit aussi qu'ils peuvent demander au responsable de la mise sur le marché d'un produit tout document permettant de déterminer la structure des prix des produits commercialisés en Polynésie et dont le prix maximal n'est pas réglementé. La Fédération le conteste, au motif que ce contrôle ne répondrait à aucun motif d'intérêt général. Mais, dès lors que, dans différentes hypothèses, c'est à raison de l'évolution des prix qu'ils peuvent devenir réglementés, il y a au contraire une justification à ce que les services compétents puissent se livrer au contrôle contesté, afin de déterminer si d'autres facteurs expliquent l'évolution des prix et ne requièrent donc pas une réglementation. Nous n'y voyons donc pas une atteinte à la liberté d'entreprendre, mais plutôt une garantie de nature à limiter les atteintes que constitue la réglementation des prix.

S'agissant des sanctions ensuite. Elles sont prévues aux articles Lp 113-1 à Lp 113-4. Ces sanctions s'appliquent, pour certaines d'entre elles, par produit ou service à l'origine du manquement constaté. Contrairement à ce qui est soutenu, il ne s'agit pas d'appliquer autant de fois la sanction qu'il y a de quantité de ce produit en rayon (x bouteilles d'huile de tournesol par ex.), mais au niveau de chaque produit ou service dont le prix de vente ne respecte pas la réglementation (ie, l'ensemble des bouteilles de tournesol identiques). L'article 8 DDHC n'est pas méconnu. En revanche, il est tout à fait possible, dès lors qu'il s'agit de manquements différents, que plusieurs sanctions s'appliquent à une même personne si elle a méconnu la réglementation pour plusieurs produits ou services différents. Les principes de proportionnalité et d'individualisation des peines n'y font pas obstacle. Au contraire, ces principes impliquent qu'il soit tenu compte de la nature des manquements, de leur gravité et de leur répétition pour déterminer le montant des sanctions effectivement appliquées et qui sont exprimés, dans la LP, en plafond.

Enfin, le moyen tiré de ce que le prononcé des sanctions ne serait entouré d'aucune garantie manque en fait. L'article Lp 113-5 renvoi aux règles en vigueur applicables en matière de recherche et de constatation des manquements et de mise en œuvre des sanctions, à savoir, en l'état, l'article Lp 10 de la « loi du pays » du 7 septembre 2021 visant à encourager l'exemplarité des pratiques économiques.

PCMNC :

A l'illégalité du mot « notamment » figurant au 2^{ème} alinéa de l'article Lp 110-1 créé par l'article Lp 2 de la LP du 7 juillet 2022 ;

A l'illégalité du 2^o du II de l'article Lp. 111-5 créé par ce même article Lp. 2.

A ce que la Polynésie française verse à la Fédération générale du commerce une somme de 2 000 euros au titre des frais d'instance.

Au rejet du surplus des conclusions de la requête.