



HAL
open science

Polynésie française : Révision du code de la concurrence - Vers une meilleure prise en compte de l'analyse économique

Florent Venayre

► To cite this version:

Florent Venayre. Polynésie française : Révision du code de la concurrence - Vers une meilleure prise en compte de l'analyse économique. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2019. hal-02133052v1

HAL Id: hal-02133052

<https://hal.science/hal-02133052v1>

Submitted on 17 May 2019 (v1), last revised 5 Jun 2019 (v3)

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Polynésie française : Révision du code de la concurrence,
vers une meilleure prise en compte de l'analyse économique**

Florent Venayre*

(Référence : Venayre F., 2019, « Polynésie française : Révision du code de la concurrence – Vers une meilleure prise en compte de l'analyse économique », *Concurrences*, n° 2019-2.)

Résumé

Le code de la concurrence de la Polynésie française a récemment été modifié par une loi promulguée en août 2018. A la suite des résultats d'un colloque organisé à l'Université de la Polynésie française, cette loi introduit d'importantes modifications du droit de la concurrence polynésien et de ses procédures d'application. Cet article porte en particulier sur l'interdiction des droits exclusifs d'importation, l'injonction structurelle sans faute et l'interdiction de l'abus de dépendance économique. Cette loi devrait contribuer à promouvoir une application plus efficace du droit de la concurrence dans le cadre de l'économie polynésienne.

Abstract

The French Polynesian Competition Code was recently modified by a law promulgated on August 2018. Using results from a conference held at the University of French Polynesia, this law introduces some important amendments in the French Polynesian competition law and its enforcement procedures. This article especially focuses on the prohibition of exclusive importing licences, on the structural injunction without any fault and on the prohibition of abuse of economic dependance. This law should help to promote a more efficient application of the competition law in the context of the French Polynesian economy.

* Maître de conférences HDR en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française.

1. La Polynésie française ne s'est dotée d'un droit de la concurrence que très récemment. Adoptée en juin 2014, la loi du pays sur la concurrence a été promulguée en février 2015 à l'issue de deux recours devant le Conseil d'Etat¹. Le code de la concurrence polynésien s'inspire très fortement du droit métropolitain, mais il reprend également certaines dispositions de la loi Lurel² et du droit calédonien. Surtout, il confie l'application du droit à la première autorité administrative indépendante territoriale de la république française, l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC), ce qui constitue une considérable nouveauté dans le paysage du droit public national³.
2. Cette évolution majeure de la gouvernance des marchés polynésiens s'est effectuée parallèlement à une réforme similaire en Nouvelle-Calédonie. « *Révolution* » ou « *traitement de choc* », les différents auteurs ayant commenté le vote des lois du pays concernées ont souligné l'ampleur des dispositifs mis en œuvre et la fracture qu'ils représentent par rapport au mode de fonctionnement antérieur de ces petites économies insulaires aux marchés particulièrement protégés, notamment par des mesures fiscales ou réglementaires sur mesure⁴. De nombreuses interrogations se posent cependant, tant en raison de la nouveauté de certaines dispositions – pour lesquelles on manque singulièrement de comparaisons avec d'autres droits – que du fait que les mesures prennent corps dans des écosystèmes économiques aussi spécifiques que fragiles. A ce titre, les risques d'effets pervers et les questions d'efficacité économique du droit doivent être étudiés avec soin.
3. Pour cette raison, il est apparu intéressant, fin 2017, de tirer un premier bilan d'étape de l'adoption du droit polynésien, sans négliger toutefois le cas calédonien, mais dont l'autorité de concurrence en charge n'avait à l'époque pas encore été mise en place⁵. Un colloque sur ces questions a donc été organisé à l'Université de la Polynésie française, réunissant praticiens et universitaires de différentes provenances⁶. Les travaux réalisés au cours de ce colloque ont permis d'effectuer un certain nombre de recommandations concrètes à destination des décideurs publics polynésiens, dans le but d'améliorer le droit de la concurrence local. Fait suffisamment rare pour être souligné, quelques mois plus tard, en mars 2018, le gouvernement a fait voter un

¹ Décision du Conseil d'Etat n° 383318 du 19 décembre 2014.

² Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer. Voir : Manna S., 2013, « Loi de régulation économique Outre-mer : les bases d'un droit de la concurrence ultramarin », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, pp. 125-130 ; Montet C. et Venayre F., 2013, « La loi REOM contre la vie chère en outre-mer : Une construction difficile entre concurrence et administration des prix », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 35, pp. 131-140.

³ Menuret J.-J., 2004, « Bientôt des autorités administratives indépendantes (AAI) territoriales », *JCP, La Semaine Juridique, édition Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 20, 19 mai.

⁴ Behar-Touchais M., 2014, « La Nouvelle-Calédonie au cœur de la concurrence : De l'urgence concurrentielle au traitement de choc », *Concurrences*, N° 1-2014, pp. 43-52 ; Moyrand A., 2014, « Polynésie : La révolution concurrentielle serait-elle en marche ? », *Concurrences*, N° 4-2014.

⁵ Venayre F., 2018, « La cahoteuse nomination de l'Autorité de la concurrence calédonienne », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 70, pp. 28-34.

⁶ Les actes du colloque viennent d'être publiés en novembre 2018 : Cabon S.-M., Montet C. ; et Venayre F. (éds.), 2018, *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, Paris, 260 p.

nouveau projet de loi du pays modifiant le code de la concurrence dans le sens des enseignements du colloque. En raison d'un recours attaquant quatre de ses articles, la loi n'a été promulguée qu'en août, après sa validation par le Conseil d'Etat⁷.

4. Cet article se propose de faire le point sur les modifications apportées au droit polynésien de la concurrence par cette révision législative effectuée quatre années après l'adoption de la première mouture de ce droit. Dans une première partie, nous présenterons les aspects qui modifient la conception même des pratiques anticoncurrentielles. Dans une seconde, seront abordées les questions concernant l'Autorité, qu'elles soient organisationnelles ou procédurales.

1. Une redéfinition du contour des pratiques anticoncurrentielles

5. Trois grandes mesures, que nous allons présenter successivement, ont été adoptées par l'Assemblée de la Polynésie française : suppression de la notion d'abus de dépendance économique (1.1.), réintégration des accords d'exclusivités d'importation dans le droit commun des pratiques anticoncurrentielles (1.2.) et modification des conditions d'utilisation et de déclenchement de l'injonction structurelle (1.3.).

1.1. Suppression de l'abus de dépendance économique

6. Dans sa version initiale, le droit de la concurrence polynésien avait repris l'interdiction métropolitaine de l'abus de dépendance économique, même si l'on connaît les difficultés d'application de cette notion au plan pratique et les débats qu'elle soulève sur la philosophie même qui devrait être celle du droit de la concurrence.
7. Intimement liée au « petit droit » de la concurrence – le titre IV du livre IV du code de commerce français, dont une version existe également en Polynésie française dans le livre IV du code de la concurrence – et à l'encadrement des relations fournisseurs-distributeurs, l'abus de dépendance économique voisine avec le droit des contrats et les réglementations de marché. En cela, il occupe une place en marge du droit de la concurrence stricto sensu, qui s'attache aux effets des pratiques sur l'ensemble du marché et reste le cœur de la mission dévolue aux autorités de concurrence.
8. L'appréhension de l'abus de dépendance économique, dans une petite économie insulaire comme la Polynésie française, soulève par ailleurs des interrogations spécifiques. Avec près de 90 % des entreprises qui ne comptent qu'une ou deux

⁷ Décision du Conseil d'Etat n° 420112 du 26 juillet 2018.

personnes et 1,24 % seulement des entreprises qui emploient plus de 20 personnes⁸, nombre de fournisseurs locaux ont en effet une très faible capacité à diversifier leurs débouchés. C'est pourquoi le risque de voir qualifier beaucoup plus aisément qu'en métropole les situations de dépendance économique pourrait bien constituer, pour les distributeurs locaux, un risque certain de procédures devant l'Autorité.

9. Cette crainte, lors des débats menés à l'occasion de l'adoption initiale du droit de la concurrence, avait conduit certaines voix à s'élever pour mettre en garde contre la prohibition des abus de dépendance économique. La probabilité de voir les distributeurs modifier leurs stratégies de façon à se protéger contre ce nouveau risque, en renforçant leur intégration verticale, n'était en effet pas négligeable.
10. L'abus de dépendance économique avait cependant, à l'époque, été intégré dans le socle de prohibitions des pratiques anticoncurrentielles et certains des effets prévisibles ont d'ores et déjà pu être observés, avec les quelques années de recul dont nous disposons maintenant. Ainsi, les distributeurs ont pu chercher à évaluer la part que représentent leurs achats auprès des fournisseurs, de façon à pouvoir le cas échéant tenter de la limiter. Ils ont également développé de nouveaux métiers de la chaîne d'approvisionnement, comme l'illustre par exemple la création d'une ferme aquaponique sur l'île de Tahiti.
11. Alors que la prohibition de l'abus de dépendance économique cherchait ainsi initialement à contraindre l'action des distributeurs de façon à soutenir les intérêts de leurs fournisseurs dans la négociation commerciale, c'est finalement le contraire qui pourrait bien survenir à terme de manière massive. En modifiant les incitations des distributeurs pour se protéger de ce nouveau risque procédural, la loi a commencé à conduire au développement d'activités situées en amont de la chaîne verticale, susceptibles alors de mettre en difficulté producteurs et importateurs locaux.
12. C'est ce constat qui a conduit à souhaiter endiguer rapidement ce nouveau risque, avant des évolutions trop ancrées et irréversibles. Pour autant, il demeure possible pour l'Autorité polynésienne de la concurrence, en cas de position dominante des opérateurs, de faire valoir le cas échéant l'existence d'un abus sanctionnable du côté de l'acheteur et non du vendeur (pouvoir de monopsonne et non de monopole).

1.2. Approche par la règle de raison des droits exclusifs d'importation

13. Par l'adjonction de l'article L. 420-2-1 dans le code de commerce français, la loi Lurel avait introduit, pour les seuls territoires ultramarins, une nouvelle prohibition spécifique. Les droits exclusifs d'importation devenaient ainsi automatiquement

⁸ Chiffres de l'Institut de la statistique de la Polynésie française, septembre 2018 : www.ispf.pf.

interdits, sans qu'il soit besoin pour l'Autorité de la concurrence de démontrer que la pratique relevait bien d'une pratique anticoncurrentielle au sens habituellement entendu, comme un abus de position dominante pour conserver ou développer une position de monopole, ou une entente de répartition de marchés (produits ou géographiques).

14. Ce glissement vers une interdiction per se des accords d'exclusivité d'importation ne trouvait cependant pas de justification économique générale, un droit exclusif d'importation apparaissant comme une exclusivité territoriale comme les autres. Or, chacun rencontre tous les jours nombre d'exclusivités territoriales auxquelles nul ne pense à jeter la pierre, comme dans le cas du périmètre géographique exclusif que le franchiseur concède au franchisé, par exemple dans le cas de la mise en bouteille de Coca-Cola, ou encore dans l'implantation d'un restaurant McDonald's.
15. Si ces exclusivités territoriales assurent des positions de monopole local à leur bénéficiaire, en supprimant la concurrence intramarque sur la zone, elles permettent également le maillage du territoire par la marque, développent un savoir-faire de qualité et autorisent au franchisé des volumes suffisants pour assurer sa rentabilité. Elles assurent également que le vendeur puisse s'approprier son effort de vente, ce qui incite à un service de meilleure qualité dont le consommateur bénéficie. On observe par ailleurs un taux de faillite moindre chez les entreprises franchisées que dans les autres formes de commerces.
16. Mais il en va de même pour les exclusivités d'approvisionnement, qui, bien que supprimant la concurrence intermarques sur le point de vente, ne posent bien souvent pas non plus de problème au consommateur. Le fait de ne trouver que des vêtements Lacoste ou des véhicules Peugeot dans le magasin ou le concessionnaire du même nom ne nuit pas a priori au surplus des consommateurs. Le fait que chaque grand distributeur ait contracté avec des fournisseurs exclusifs pour fabriquer les produits de sa propre marque de distributeur contraint certes le consommateur à ne trouver, dans cette gamme de produits des MDD, qu'une seule référence par magasin. Cela n'empêche cependant en rien la concurrence avec d'autres produits de qualité équivalente distribués dans d'autres points de vente.
17. Plus généralement encore, il en va de même pour l'ensemble des restrictions verticales qui, si elles peuvent soulever des questions légitimes en matière de risques concurrentiels potentiels, sont également porteuses d'efficacité économique et de gains en bien-être probables. Ainsi, la sélection d'un importateur-grossiste unique par le fournisseur peut le cas échéant permettre d'améliorer la logistique ou le stockage, d'assurer la continuité de l'approvisionnement et le maintien des qualités du produit, d'obtenir des baisses de prix sur volume ou encore d'assurer la promotion de la marque. En présence de plusieurs importateurs exclusifs de produits concurrents, cela peut contribuer alors à l'efficacité de la concurrence intermarques, même si cela

supprime la concurrence intramarque dans la zone géographique pour chacun des produits concernés.

18. L'analyse économique sur les accords verticaux conduit donc à préférer à une interdiction per se le recours à la règle de raison, c'est-à-dire l'analyse des effets réels de la pratique et l'établissement d'un bilan concurrentiel⁹.
19. Les défenseurs de la prohibition introduite par la loi Lurel en matière d'accords d'exclusivité d'importation font parfois valoir qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une interdiction per se, puisque la loi permet aux entreprises de montrer les gains d'efficacité de leurs pratiques afin de demander à ce que ces dernières soient exemptées¹⁰. Mais de telles exemptions sont également prévues pour les ententes, interdites per se. Elles constituent par ailleurs une inversion de la charge de la preuve qui réduit très largement leurs chances de se voir appliquées dans la réalité¹¹.
20. Le législateur avait à l'origine choisi de reprendre cette nouvelle prohibition de la loi Lurel dans le code de la concurrence polynésien (comme c'est du reste aussi le cas en Nouvelle-Calédonie), sans doute en raison de la simplicité d'application qu'elle permet pour les autorités de concurrence. Pour autant, une telle systématisme se heurte aux enseignements de la théorie économique et justifie que l'analyse de ces situations soit rendues au droit commun des pratiques anticoncurrentielles, ce que vient d'effectuer la révision du code de la concurrence.

1.3. Sécurisation de l'injonction structurelle

21. Introduite en droit français en 2008 par la LME¹², l'injonction structurelle visait à pouvoir contraindre la cession d'actifs dans le secteur du commerce de détail. Elle était néanmoins restée peu opérationnelle, en ce qu'elle imposait préalablement que la sanction n'ait pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante¹³, ce dont

⁹ Combe E., 2005, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, chap. 5 ; Rey P. et Vergé T., 2014, « Vertical restraints in European competition policy », *Concurrences*, N° 4-2014, pp. 44-53.

¹⁰ L'article L. 420-4 III du code de commerce dispose que sont exemptés les accords de droits exclusifs d'importation « dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte ». Une disposition similaire était initialement prévue en droit polynésien.

¹¹ L'article L. 420-4 I 2° dispose pour sa part que peuvent être exemptés les ententes et abus de position dominante : « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ».

¹² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹³ Article L. 752-26 du code de commerce.

l'Autorité de la concurrence s'était émue en raison de la faible probabilité de voir une telle situation se produire effectivement¹⁴.

22. C'est précisément en réponse à cette critique que la loi Lurel avait partiellement donné satisfaction à la requête de l'Autorité, pour les outre-mer seulement, en autorisant que des injonctions structurelles puissent être prononcées en cas de position dominante soulevant des préoccupations de concurrence, mais sans qu'un abus de position dominante soit préalablement établi¹⁵. Outre les nombreuses critiques que le texte avait essuyées, l'efficacité de son application en milieu insulaire restait largement sujette à caution¹⁶. Notons également que la tentative d'élargir l'application du dispositif à la métropole, avec la loi Macron, s'était vue censurée par le Conseil constitutionnel¹⁷.
23. Les législateurs polynésiens et calédoniens s'étaient en l'espèce inspirés de la loi Lurel en renforçant encore la coercition des injonctions structurelles : extension à l'ensemble des secteurs de l'économie et, pour le commerce de détail, introduction de seuils spécifiques de parts de marché dispensant de la démonstration de l'existence d'une position dominante (25 % pour la Nouvelle-Calédonie et 35 % pour la Polynésie française).
24. Cependant, si le législateur calédonien n'avait conservé que la version de la loi Lurel (ainsi renforcée), le législateur polynésien avait en outre fait coexister dans l'article LP. 641-3 du code de la concurrence la version initiale de la loi LME. Il s'ensuivait un problème de logique, une entreprise responsable d'un abus de position dominante étant de fait en position dominante et ayant également une part de marché supérieure à 35 %. Mais d'autres difficultés procédurales importantes apparaissaient aussi, puisque la prise en compte des observations des entreprises en cause était prévue, de même qu'une procédure préalable d'engagements, mais uniquement dans le cas de la commission d'un abus préalable et non dans celui de la sanction d'une position dominante en l'absence d'abus.
25. Au-delà de ces questions juridiques, c'est principalement sous l'angle économique que le texte polynésien présentait des risques majeurs. La disparition de la faute constituait en effet un frein considérable aux incitations à prendre des risques, à investir et à se développer. Dans des économies dont les déficits de compétitivité sont aussi importants que structurels, une telle sanction de la concurrence par les mérites ne peut que renforcer encore leurs handicaps intrinsèques. On sait au contraire que, dans la balance qui doit être faite entre risque concurrentiel et gains d'efficacité, ces derniers

¹⁴ Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris, points 192 et s.

¹⁵ Article L. 752-27 du code de commerce.

¹⁶ Venayre F., 2015, « L'efficacité du pouvoir ultramarin d'injonction structurelle en question », Document de travail du Gredeg, GREDEG WP N° 2015-50, Université de Nice Sophia-Antipolis.

¹⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; Conseil constitutionnel, décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015.

doivent être pondérés plus fortement encore dans les petites économies, tant les possibilités d'accroître la compétitivité y sont souvent dramatiquement réduites par rapport à celles que connaissent les plus grands pays¹⁸.

26. En matière d'injonction structurelle, le législateur polynésien a opéré deux modifications importantes à l'occasion de la nouvelle réforme. La première consiste en un recentrage de l'outil sur le seul secteur du commerce de détail, ce qui va dans le sens de sa raison d'être : pouvoir le cas échéant revenir sur des situations de monopole locales déjà acquises et qui ne pourraient pas être efficacement résorbées par des entrées de nouveaux distributeurs.
27. La seconde conditionne l'activation de l'injonction structurelle à un abus de position dominante réitéré. Ainsi, cela permet d'éviter l'écueil de la formulation de la loi LME, selon laquelle les pratiques doivent ne pas avoir pris fin, mais sans autoriser le recours à l'injonction dès le premier abus de position dominante, qui semblerait une sanction disproportionnée. Il s'agit d'un choix intéressant car il permet de maintenir les incitations à l'investissement et l'innovation (l'effet de seuil de parts de marché du texte précédent était de ce point de vue particulièrement mal venu), tout en constituant un garde-fou efficace contre les pratiques anticoncurrentielles. Les distributeurs n'ont en effet aucun intérêt à se voir sanctionnés pour un premier abus de position dominante, car ils savent que cette première sanction les mettra alors à l'avenir sous la menace d'une injonction structurelle.
28. Cette modification avait été attaquée devant le Conseil d'Etat, au motif qu'elle privait l'APC d'un « *outil de lutte contre la vie chère* » indispensable, comme l'avait indiqué son président¹⁹, mais elle a été validée, les positions dominantes n'étant « *pas constitutives de pratiques anticoncurrentielles* »²⁰. On peut d'ailleurs s'étonner que des importateurs se soient élevés contre le recentrage de l'injonction structurelle sur la seule distribution, pourtant à leur avantage²¹.

2. Des précisions procédurales et organisationnelles

29. En sus des dispositions précédentes destinées à préciser la définition des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que le droit polynésien prenne mieux en compte les

¹⁸ Briguglio L. and Buttigieg E., 2004, « Competition constraints in small jurisdictions », *Bank of Valletta Review*, n° 30.

¹⁹ Notes du président de l'APC au CESC (16 janvier 2018) et à la Commission de l'économie de l'Assemblée de la Polynésie française (28 février 2018).

²⁰ Décision du Conseil d'Etat du 26 juillet 2018, *op. cit.*

²¹ Le recours a été formé par l'Union des importateurs de Polynésie française (UIPF). A l'origine, l'Union de la distribution alimentaire de Polynésie française (UDAPF) était également impliquée, mais elle s'est désistée au cours de la procédure. On notera que, sans surprise, l'UIPF n'a, en revanche, pas attaqué l'article supprimant la prohibition des droits exclusifs d'importation.

situations d'efficacité économique, la réforme a également révisé les procédures de contrôles préalables des opérations d'aménagement commercial et des concentrations (2.1.), ainsi que certains autres aspects ayant trait au fonctionnement de l'Autorité, compris dans une acception large (2.2.).

2.1. Des autorisations administratives explicites

30. Tout comme c'est le cas en Nouvelle-Calédonie, les opérations d'urbanisme commercial ont été intégrées dans les missions de l'Autorité polynésienne de la concurrence, ce qui n'est d'ailleurs pas sans soulever certaines interrogations, puisque les critères habituellement utilisés dans ce domaine ne sont pas économiques mais sont plutôt des critères d'aménagement du territoire ou environnementaux. Cependant, l'article LP. 320-1 du code de la concurrence, qui définit la contrôlabilité des opérations de surfaces commerciales, présentait certaines imperfections rédactionnelles.
31. Ainsi, le seuil de contrôlabilité retenu, qui était de 300 m² de surface de vente, ouvrait une possibilité d'interprétation en ce qui concernait les opérations d'extensions de magasins. En effet, il n'était pas immédiat, à la lecture de l'article, que le seuil s'appliquait au magasin après réalisation des travaux et non à l'extension elle-même. Le nouveau libellé mentionne dorénavant sans équivoque que dès lors qu'il y a franchissement du seuil, l'opération doit être notifiée.
32. La révision de l'article vient aussi inclure dans le périmètre du contrôle les changements d'enseigne et les reprises de commerce – dès lors qu'ils ne constituent pas des opérations de concentration – alors que ces opérations n'étaient antérieurement pas explicitement prises en compte dans la définition de la contrôlabilité.
33. Les seuils de contrôle des concentrations ont également fait l'objet d'une précision, non sur leur montant, mais sur l'esprit même du contrôle.
34. Pour comprendre cette mesure, rappelons que le contrôle des concentrations utilise généralement deux seuils, comme c'est le cas en métropole : un seuil cumulatif, qui assure de ne contrôler que les concentrations qui concernent des groupes d'importance suffisante (fixé à 2 milliards de Fcfp, soit 16,76 millions d'euros), et un seuil individuel, qui permet de ne pas encombrer l'Autorité avec l'étude de rachats insignifiants (fixé à 500 millions de Fcfp, soit 4,19 millions d'euros). Les seuils sont par ailleurs abaissés si la concentration concerne le commerce de détail à dominante alimentaire (respectivement 1,5 milliard et 200 millions de Fcfp, soit 12,57 et 1,68 millions d'euros).

35. Or, par une maladresse rédactionnelle, l'article LP. 310-2 du code de la concurrence ne précisait pas, comme c'est par exemple le cas en métropole, que le chiffre d'affaires individuel devait être réalisé « *par deux au moins* » des entreprises concernées par la concentration.
36. Cette omission n'était a priori pas dommageable, l'esprit du contrôle des concentrations étant clair et l'existence du second seuil étant mécaniquement rendue caduque dès lors qu'on ne l'applique qu'à une seule firme. Néanmoins, la pratique décisionnelle de l'APC, en l'espèce, avait initialement considéré qu'il suffisait que l'une seulement des parties à la concentration (et donc l'acheteur) excède le seuil individuel pour que l'opération soit contrôlable.
37. Cette interprétation, qualifiée de « *contestable* » par la doctrine²², avait conduit à contrôler soit des investissements étrangers ne constituant pas à proprement parler des concentrations, soit des opérations d'importance minime. La modification du législateur, en réintroduisant explicitement le fait que le seuil s'applique bien également à la cible, vient ainsi répondre à cette possibilité interprétative malheureuse.
38. De façon plus importante, la révision du code de la concurrence introduit surtout la possibilité pour le gouvernement d'évoquer une affaire de concentration, avec l'article LP. 310-7-1. Compte tenu de la tradition assez interventionniste de l'exécutif polynésien, il n'était pas apparu initialement souhaitable de le doter d'un pouvoir d'évocation, ce qui permettait également d'afficher une importante volonté de rupture avec les us passés.
39. Cependant, un dossier de concentration très controversé a depuis eu un fort retentissement médiatique²³. Il s'agissait d'un rachat dans le secteur du transport maritime, particulièrement important pour la Polynésie française, dont la population se répartit sur 67 îles habitées²⁴. Devant la crainte de l'APC de voir certaines lignes maritimes en situation de monopole, et en dépit de l'existence d'une réglementation publique du secteur, les parties à la concentration avaient proposé d'importants engagements comportementaux, incluant des dessertes d'îles pour l'instant en souffrance et le développement, pour certaines destinations, d'un transport de passagers en sus du fret.
40. Ces engagements ont toutefois été refusés par l'Autorité, qui a préféré enjoindre les parties à la concentration de céder plus de la moitié en valeur des actifs acquis. Considérant que cela annihilait l'intérêt économique du projet, les parties notifiantes ont alors renoncé à l'opération. L'abandon corollaire des investissements qui avaient

²² Montet C., 2017, « L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 65, pp. 43-49.

²³ Décision n° 2017-CC-01 du 9 mars 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Compagnie française maritime de Tahiti et Vaipihaa par la société Emar.

²⁴ IEOM, 2018, *Polynésie française, Rapport annuel 2017*, p. 112.

été envisagés dans les engagements proposés a déclenché incompréhension et critiques, notamment des maires des îles concernées par les projets de desserte.

41. Sans doute faut-il voir dans cette polémique le motif de l'introduction d'un pouvoir d'évocation. Même si un tel dispositif n'est destiné à être activé que de façon rarissime (le ministre français de l'Economie vient d'y recourir pour la première fois²⁵), peut-être son existence aurait-elle permis au gouvernement de mieux faire valoir, dans la procédure contestée, des intérêts stratégiques dépassant le strict cadre d'une analyse concurrentielle ?
42. L'introduction du pouvoir d'évocation a également été attaquée devant le Conseil d'Etat, au motif qu'elle portait atteinte à l'indépendance de l'APC, argument sans surprise rejeté, le dispositif polynésien étant strictement calqué sur celui qui existe en métropole.
43. Enfin, l'observatoire des concentrations a été supprimé. Il s'agissait d'un organisme qui obligeait les entreprises, au-delà d'un montant de chiffre d'affaires, à déclarer annuellement à l'Autorité un certain nombre de données comptables et juridiques. Outre le fait que cela occupait les ressources des entreprises, et plus encore de l'Autorité qui produisait un rapport sur les données collectées, cela n'était pas d'une grande utilité puisque, dans chaque dossier traité, il est loisible à l'APC d'obtenir tout renseignement utile pour la circonstance.
44. Ajoutons qu'en confondant marché pertinent et secteur d'activité, cette collecte d'informations ne permettait pas une bonne compréhension des procédures du droit de la concurrence. De même, l'observatoire entretenait une confusion, dans l'opinion publique, avec le contrôle des concentrations. Ainsi, même sur un simple aspect pédagogique, la suppression de l'observatoire s'avère être une décision souhaitable.

2.2. Sur l'organisation et les attributions de l'Autorité

45. En complément du droit des ententes, le législateur a nouvellement doté l'Autorité polynésienne de la concurrence, avec l'article LP. 641-2 VI, de la possibilité de recourir à une procédure de clémence, construite sur le modèle français. A l'origine, le droit polynésien n'avait pas intégré une telle option, alors que la Nouvelle-Calédonie l'avait pour sa part adoptée. Il n'est cependant pas évident que cette nouvelle procédure permettra effectivement la détection d'ententes anticoncurrentielles, en raison de la proximité existant dans les petits territoires insulaires, qui mêle bien

²⁵ Décision du ministre de l'économie et des finances du 21 juin 2018 relative à l'évocation de la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole par Financière Cofigeo.

souvent aux liens d'affaires des relations plus personnelles, qu'elles soient familiales ou affectives.

46. Le législateur a également pris soin de préciser les conditions d'application du pouvoir consultatif de l'Autorité, là encore pour faire écho à une interrogation soulevée par les dossiers déjà étudiés.
47. Le code de la concurrence distingue en effet les saisines facultatives, qui relèvent de l'article LP. 620-1, des saisines obligatoires prévues par l'article LP. 620-2. Le caractère obligatoire de la saisine est établi lorsque les projets ou propositions de lois du pays ou de délibérations instituent un régime nouveau établissant des droits exclusifs, imposant des pratiques uniformes de prix ou de conditions de vente, ou encore soumettant l'accès à une profession ou un marché à des restrictions.
48. Cependant, c'est ce dernier terme de restrictions qui avait pu être sujet à incertitude concernant les obligations de qualifications que l'on peut imposer réglementairement pour exercer une profession. Lors de la réforme de la réglementation en vigueur en matière de plongée sous-marine, la question avait ainsi été soulevée de savoir si l'imposition de diplômes spécifiques constituait ou non une justification du caractère obligatoire de la consultation de l'APC²⁶.
49. Le législateur a considéré en l'espèce que l'imposition de qualifications spécifiques relevait de la qualité du service, voire de la sécurité et de la santé, et qu'ainsi, les questions de concurrence devenaient plus secondaires. C'est pourquoi la notion de restrictions a été précisée de telle sorte qu'elles excluent dorénavant de manière explicite les aspects liés aux questions de qualification. Ce sont ainsi les seules restrictions « *quantitatives ou géographiques* » qui feront à l'avenir l'objet de consultations obligatoires.
50. Le législateur polynésien a enfin souhaité apporter trois précisions sur l'organisation et le fonctionnement de l'APC.
51. La première tient au contenu du rapport annuel de l'APC, qui, en plus de rendre compte de l'activité de l'Autorité, doit également faire maintenant état de ses moyens, selon le nouveau libellé de l'article LP. 610-9. Il s'agit de renseigner l'assemblée et le gouvernement en matière budgétaire. En effet, si le budget de l'Autorité constitue une dépense obligatoire inscrite au budget général de la Polynésie française, au titre de l'article LP. 610-8 du code de la concurrence, le gouvernement a sans doute jugé utile, afin de s'assurer du montant des crédits nécessaires, de pouvoir obtenir de l'information sur l'utilisation des moyens alloués.

²⁶ Avis n° 2017-A-01 du 1^{er} août 2017 sur le projet de loi du pays relatif à l'exercice de la plongée subaquatique de loisir.

52. La deuxième précision, apportée dans l'article LP. 610-11, vise à mieux cerner les contours du règlement intérieur de l'APC. Si l'établissement d'un règlement intérieur était jusqu'alors obligatoire, rien ne venait en effet en préciser le contenu. L'Autorité avait alors rédigé un règlement intérieur assez volumineux comprenant de longs développements concernant son personnel : recrutements, rémunérations, congés, protection sociale ou encore prise en charge des déplacements. Le gouvernement a souhaité que le règlement soit recentré sur les règles et procédures et expurgé des éléments précédemment cités, ce qui apporte en clarté aux entreprises qui le consultent.
53. Cet article de la loi du pays révisant le code de la concurrence prévoyait également que le nouveau règlement intérieur ainsi modifié fasse l'objet d'une homologation en Conseil des ministres. Cette disposition constitue la troisième qui ait fait l'objet d'une contestation devant le Conseil d'Etat. S'il est possible de s'étonner en première lecture qu'une association d'importateurs se soit émue de cet aspect, finalement très interne au fonctionnement de l'Autorité, cela est éclairé par le fait que le président de l'Autorité avait qualifié cette mesure de « *totalelement attentatoire à l'indépendance de l'APC* »²⁷. Le Conseil d'Etat l'a cependant validée en indiquant qu'elle n'avait « *ni pour objet ni pour effet de permettre au conseil des ministres de donner des instructions à l'APC* »²⁸.
54. Enfin, la troisième précision apportée a trait aux incompatibilités et aux règles déontologiques prévues par l'article LP. 610-3. Il s'agissait en l'occurrence de supprimer des redondances de rédaction avec d'autres textes et de mettre l'article en conformité avec les nouvelles dispositions législatives concernant les autorités administratives indépendantes²⁹. A la faveur de la nouvelle rédaction, le législateur avait cependant précisé que la liste des incompatibilités pouvait être complétée, après avis de l'APC, par un arrêté pris en conseil des ministres. Or, il s'agissait là d'un conflit de compétence avec l'Assemblée de la Polynésie française, qui a motivé l'invalidation de cette seule précision par le Conseil d'Etat.

Conclusion

55. Quatre années après l'adoption de la première loi du pays sur la concurrence, le code de la concurrence polynésien vient de faire l'objet d'une révision que le Conseil d'Etat a avalisée.

²⁷ Note à la Commission de l'économie de l'Assemblée de la Polynésie française, *op. cit.*

²⁸ Décision du Conseil d'Etat du 26 juillet 2018, *op. cit.*

²⁹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes

56. Cette révision a été motivée par le recul existant à la fois sur le texte de loi lui-même, analysé par la doctrine, et par les enseignements d'un premier bilan d'étape de la pratique décisionnelle de l'Autorité polynésienne de la concurrence. Il est à cet égard intéressant de souligner que le gouvernement a largement suivi les propositions des universitaires et praticiens qui avaient travaillé sur la question à la fin de l'année 2017 lors d'un colloque organisé à l'Université de la Polynésie française.
57. L'ambition de ce nouveau texte est de mieux prendre en considération les enseignements de l'analyse économique, de façon à accroître l'efficacité du droit, tout en préservant les pouvoirs de l'Autorité polynésienne de la concurrence et ses outils de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. En tenant pleinement compte de la nature insulaire de l'économie polynésienne, il incite à une pratique décisionnelle mieux adaptée aux handicaps de compétitivité dont elle souffre.
58. La réforme affirme ainsi le recentrage vers le « grand droit » de la concurrence en se défiant de la notion d'abus de dépendance économique. L'adoption d'une procédure de clémence, même si elle est sans doute plus symbolique, son efficacité restant sujette à caution dans un petit milieu insulaire, va également dans le sens de cette affirmation de la nécessité de remettre au cœur de l'action de l'Autorité la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.
59. Il s'agit également d'inciter à une utilisation accrue de l'analyse économique dans le traitement des accords d'exclusivité d'importation, mais, plus généralement, dans la considération des restrictions verticales. La révision du code de la concurrence marque ainsi l'importance que doit occuper la règle de raison dans la pratique décisionnelle, particulièrement au sein d'une petite économie dont les gains d'efficacité et de compétitivité potentiels doivent être au plus possible soutenus.
60. Le texte propose également un traitement novateur des injonctions structurelles qui, tout en évitant les risques d'effets pervers importants d'une sanction sans faute, permet aussi de contourner l'écueil de l'inefficacité de la loi LME et de graduer utilement la sanction des abus de position dominante.
61. Enfin, les précisions fournies en matière de transparence de l'activité de l'Autorité, tant au niveau budgétaire que procédural ou organisationnel, ne pourront que participer à une meilleure compréhension de ses missions ou de son utilité auprès des entreprises comme de l'opinion publique et soutenir ainsi son action.