



HAL
open science

Coût de la vie en outre-mer et politique de la concurrence en Polynésie française

Florent Venayre, Christian Montet

► **To cite this version:**

Florent Venayre, Christian Montet. Coût de la vie en outre-mer et politique de la concurrence en Polynésie française. Mélanges offerts à Louis Vogel : La vie du droit, LGDJ, 2024. hal-04749306

HAL Id: hal-04749306

<https://hal.science/hal-04749306v1>

Submitted on 23 Oct 2024

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.

Coût de la vie en outre-mer et politique de la concurrence en Polynésie française

Christian Montet¹ & Florent Venayre²

(Référence : Montet C. et Venayre F., 2024, « Coût de la vie en outre-mer et politique de la concurrence en Polynésie française », *Mélanges offerts à Louis Vogel : La vie du droit*, LGDJ, octobre.)

L'économie de la Polynésie française s'est historiquement caractérisée par une forte intervention de la puissance publique sur les marchés, mais aussi par une absence de cadre juridique permettant de guider les comportements des entreprises en matière de concurrence. Cet héritage du transfert lacunaire de la compétence économique réalisé par l'Etat français au profit des autorités locales, antérieur à l'adoption de l'ordonnance n° 1243 du 1^{er} décembre 1986, avait en effet empêché l'application automatique de ses dispositions au territoire polynésien³. Par la suite, et pendant de longues années, les décideurs locaux se sont opposés à l'extension du droit français de la concurrence aux îles polynésiennes, sans pour autant adopter de dispositif propre protégeant la concurrence. Les Etats-généraux de l'outre-mer en 2009, et les débats qu'ils ont induit au sein de la société polynésienne⁴, ont progressivement conduit à la création du code de la concurrence et de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC), première autorité administrative indépendante territoriale de la République française⁵.

A l'occasion de sa visite en Polynésie française en août 2023, le ministre de l'Intérieur et des Outre-mer, M. Gérard Darmanin, a annoncé le lancement d'une mission nationale sur « les monopoles », facteurs potentiels de vie chère, bien que la compétence en matière d'économie relève exclusivement du gouvernement polynésien et que la majorité nouvellement élue soit

¹ Professeur émérite de sciences économiques, Université de la Polynésie française.

² Professeur de sciences économiques, Université de la Polynésie française.

³ Venayre F., 2011, « Les lacunes du transfert de la compétence économique à la Polynésie française », in Faberon J.-Y., Fayaud V. & Regnault J.-M. (eds), *Destins des collectivités politiques d'Océanie – Vol. 2 : Singularités*, PUAM, pp. 531-540.

⁴ Montet C. & Venayre F., 2013, *La concurrence à Tahiti : une utopie ?*, Au Vent des Îles, avril, 308 p. Cet ouvrage a reçu le Coup de cœur du Prix Vogel en décembre 2013.

⁵ Loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015.

de surcroît indépendantiste. Quelques jours plus tard, le 7 septembre, le JORF publiait le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale (AN) sur le coût de la vie en outre-mer, paru en juillet 2023⁶, au sein duquel une place importante est faite aux questions de concurrence, à la fois dans le diagnostic et dans les propositions de réforme. Le rapport étudie la situation polynésienne, à la fois pour suggérer de nouvelles évolutions du droit de la concurrence dans ce territoire et pour proposer de généraliser à l'ensemble des outre-mer certaines dispositions qui y sont en vigueur. Le Conseil économique, social et environnemental métropolitain (CESE) a lui-même publié un avis sur la question en octobre 2023⁷, dans lequel sont également faites des recommandations de renforcement de la politique de concurrence, y compris en Polynésie française⁸.

Les différences de coûts de la vie entre la métropole et les outre-mer, cependant, ont des causes multiples et il est bien difficile d'incriminer le seul fonctionnement concurrentiel des marchés ultramarins. Si des similitudes structurelles peuvent exister entre les différents territoires, les particularités de chacun en termes d'éloignement, d'étroitesse des marchés, de fiscalité et de réglementation de l'activité économique expliquent probablement aussi une grande partie des écarts à la fois par rapport à l'hexagone et entre les territoires eux-mêmes. En outre, lorsque l'avis indique que « *les prix sont de plus en plus élevés et les écarts avec l'hexagone se sont accentués en 2022 par rapport à 2015 et 2010* » (p. 4), il apparaît nécessaire d'apporter une correction à partir des dernières informations statistiques disponibles. L'Institut de la statistique de la Polynésie française (ISPF) montre en effet un écart de 30,8 % en 2022, contre 38,5 % en 2016⁹, ce qui représente une amélioration sensible en six ans, malgré la crise Covid et la forte inflation mondiale qui a suivi.

A l'image de cet exemple, l'objet de cette contribution est de montrer que le cas de la Polynésie française est souvent trop superficiellement, voire faussement, exposé de sorte que les propositions basées sur son étude incorrecte risquent d'être inadaptées. Le rapport de l'AN n'échappe malheureusement pas à ce constat en dressant un diagnostic contestable de la situation (I), à la fois par la présentation d'un tableau déformé de l'économie polynésienne (A) et par l'exposé de pratiques nocives supposées, malgré un fondement factuel insuffisamment solide pour les étayer (B). Il s'ensuit des propositions qui heurtent les bases doctrinales de l'antitrust les mieux établies (II), que ce soit par le soutien à un contrôle injustifié de la croissance interne des entreprises (A) et par une dérive très réglementaire du contrôle des comportements (B).

⁶ Rapport n° 1549 du 20 juillet 2023.

⁷ *Dix préconisations pour le pouvoir d'achat en Outre-mer*, avis n° 2023-023 du 11 octobre 2023.

⁸ Voir, notamment, p. 50.

⁹ ISPF, 2023, *Point Etudes et Bilans*, 1391, octobre.

I. Un diagnostic contestable

Dès lors qu'il s'agit de lutter contre « les monopoles » et de promouvoir le développement de la concurrence, dans une démarche normative comme celle de l'AN, il convient de partir d'une analyse factuelle solidement établie. Or, c'est sur un tableau sensiblement déformé de l'économie polynésienne que s'appuient les diagnostics (A). De même, les comportements dénoncés de certains acteurs de l'économie ne reposent pas sur des études empiriques solides (B).

A. Un tableau déformé de l'économie polynésienne

Comme tous les petits territoires insulaires éloignés, la Polynésie française souffre de handicaps de compétitivité importants pour ses entreprises, quel que soit le secteur dans lequel elles opèrent. La distance par rapport aux grandes économies dans le monde se conjugue avec la faiblesse des économies d'échelle due à l'exiguïté du territoire et à la faible taille de la population pour entraîner des suppléments de coûts compris entre 15 % et 40 % selon les activités¹⁰. Au-delà de toute exhortation, la prudence conseille donc au premier chef de toujours garder en mémoire que les territoires ultramarins sont – et resteront – contraints par des handicaps aussi consubstantiels à leur situation que non négligeables.

Cela ne signifie pas que des vecteurs d'amélioration du système actuel n'existent pas. Il ne fait en effet pas de doute que la concurrence pourrait encore être développée dans de nombreux secteurs, de même que pourraient être encore améliorés, notamment, la réglementation et le pilotage des industries de réseau (télécommunications, énergie, transports). Mais le diagnostic des défaillances actuelles et les pistes éventuelles doivent s'appuyer sur une observation la plus précise possible des réalités économiques.

De ce point de vue, le tableau du paysage concurrentiel dressé par certains travaux ou interventions médiatiques – dont on perçoit l'influence dans le rapport de l'AN – suscite quelques inquiétudes quant à la perception du fonctionnement de l'économie polynésienne et, au-delà, des petites économies insulaires. De manière générale, il peut être résumé de la façon suivante. La concentration, à la fois au niveau horizontal et vertical, caractérise la plupart des marchés. Quelques groupes (conglomérats) sont ciblés comme détenant des situations de rentes et comme étant responsables des prix élevés et d'une restriction de l'innovation, de la qualité et de la diversité des produits. Ces groupes seraient en mesure de réaliser quelques économies d'échelle, mais sans les transmettre aux consommateurs, du fait d'une faible concurrence intermarques renforcée par une quasi-suppression de la concurrence intramarque via des exclusivités en matière d'importation. Dans le secteur du commerce de détail (le

¹⁰ Martins P. & Winters A., 2004, "When Comparative Advantage Is Not Enough: Business Costs in Small Remote Economies", *World Trade Review*, 3(3), pp. 347-383.

propos visant essentiellement le commerce à dominante alimentaire), « l'opérateur leader » fixerait les prix à un haut niveau, les autres opérateurs ayant intérêt à aligner les prix de leurs produits sur celui-ci. Un pourcentage élevé du prix final (44 %) serait finalement « capté » dans les marges commerciales des distributeurs. Enfin, de fortes barrières à l'entrée empêcheraient les mécanismes correcteurs du marché de fonctionner.

Ce dernier aspect revêt une importance toute particulière et mérite donc que l'on y consacre un développement propre, compte tenu du rôle crucial des conditions d'entrée sur les marchés en matière de concurrence. Or, s'il est régulièrement affirmé que les barrières à l'entrée seraient très élevées, au point d'empêcher le fonctionnement du pouvoir auto-correcteur du marché, aucune observation empirique réelle ne permet d'étayer ce point de vue, alors même que l'enjeu est essentiel, puisque sans correction du marché, il serait nécessaire de renforcer considérablement la réglementation.

Rappelons tout d'abord qu'il existe de multiples définitions d'une barrière à l'entrée sur un marché¹¹, avec des implications très différentes sur les analyses de concurrence : « *le concept de barrières à l'entrée n'est pas parfaitement clair et on n'est jamais sûr de ce qu'on peut en faire [...]. Il est pourtant malheureux de constater que certains économistes et avocats dans le domaine de l'antitrust utilisent abondamment ce terme comme s'il en existait une définition probante et reconnue, ce qui n'est pas le cas* »¹². Il y a certes des barrières à l'entrée naturelles pour les parties des industries de réseau nécessitant de forts coûts fixes, largement irrécupérables : infrastructures de télécommunications, distribution de l'énergie électrique, grosses infrastructures de transport. Mais pour la plupart des activités industrielles et commerciales auxquelles se trouve régulièrement confrontée l'APC, les barrières à l'entrée n'apparaissent pas considérables. Les secteurs les plus fréquemment traités sont la distribution et l'hôtellerie-tourisme, qui correspondent au modèle de la concurrence monopolistique, avec une grande facilité d'entrée à long terme et une concurrence s'effectuant largement via la différenciation des produits.

Il n'est en effet pas si difficile d'ouvrir un nouvel hôtel en Polynésie française (même si l'avantage compétitif que procurent les meilleurs emplacements bénéficie généralement aux premiers installés). Pour la seule année 2023, un nouveau projet hôtelier 4 étoiles a été annoncé sur l'île de Raiatea, un autre de 2 étoiles sur l'avenue Prince Hinoi à Tahiti et une réouverture de l'ex-Méridien Tahiti a été envisagée pour mai 2024 (sans citer les nombreuses reprises potentielles des Sofitel de Bora Bora, restées finalement sans suite). En 2022, l'hôtel Cook's Bay avait vu le jour à Moorea avec un investisseur totalement nouveau dans le secteur, son cœur de métier étant le BTP local.

Il n'est pas non plus si difficile d'ouvrir un nouveau commerce, notamment parce que les maires des communes concernées soutiennent en général les projets en raison des emplois induits. De fait, la principale barrière institutionnelle à l'implantation des commerces est le

¹¹ McAfee R.P., Mialon H. & Williams M., 2004, "What is a Barrier to Entry", *American Economic Review*, Papers and Proceedings, 94 ; OCDE, 2006, "Barrier to Entry", DAF-COMP 2005-42, 6 mars.

¹² Viscusi W.K., Vernon J.M. & Harrington J.E., 2005, *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4th edition, p. 172.

contrôle *ex ante* prévu par le code de la concurrence. En toute logique, l'APC devrait faciliter les efforts de croissance interne (*cf.* II.A.), mais ce n'est pas toujours le cas, comme le montre son interdiction d'un magasin Carrefour à Moorea¹³. Il n'en reste pas moins que les ouvertures ou autorisations récentes de magasins LS Proxi, Champion, Tahiti Pas Cher, Décathlon, Sing Tung Hing, Agri Tahiti, Royal Home Center, *etc.*, montrent bien cette facilité relative d'entrée ou de développement sur ces marchés, de même que les changements d'enseignes ou de propriétaires observés (U, Auchan, Brasserie de Tahiti...). Même l'obstacle du foncier n'est pas aussi important que cela est parfois affirmé en dépit d'une absence de vérification sérieuse ou d'éléments précisément identifiés. L'idée que des terrains seraient gelés à des fins anticoncurrentielles, par exemple, étend à la Polynésie, sans preuve factuelle, une affirmation de l'Autorité de la concurrence métropolitaine (Adlc) concernant les DOM¹⁴. L'observation montre en revanche que l'acquisition de nouveaux terrains reste possible, comme dans le cas de Décathlon, qui a implanté en décembre 2023 à Tahiti un magasin de près de 2 900 m².

Il est exact que l'étroitesse du marché local et l'isolement empêchent la rentabilité d'industries nécessitant une production de masse, orientée vers l'exportation, pour lesquels l'entrée est donc difficilement envisageable. Mais s'il s'agit d'un problème pour le développement économique, cela n'est pas un réel obstacle à la concurrence dans les activités présentes sur le territoire polynésien. Sur les 60 décisions de tous types rendues par l'APC depuis sa création à l'écriture de ces lignes, 48 concernent le commerce (33) ou l'hôtellerie-tourisme (15), soit 80 %. S'agissant du commerce, par exemple, il ne fait guère de doute que si une entreprise comme Costco (Etats-Unis) souhaitait s'installer à Tahiti – comme elle l'a fait récemment en Islande avec un effet très sensible sur le paysage concurrentiel –, elle serait en mesure de trouver un espace pour construire ses locaux. Un tel scénario repose en réalité sur la seule volonté politique, puisque les investissements étrangers requièrent en Polynésie française une approbation des autorités gouvernementales.

Si la pression concurrentielle externe est donc largement bridée par l'action réglementaire elle-même, il reste que subsiste la possibilité d'entrer localement sur ces marchés protégés, comme en témoigne par exemple le fait que plusieurs sociétés fabriquent du liquide vaisselle, ou encore de l'eau de javel, alors même que ces produits sont interdits à l'importation. L'existence de fortes barrières à l'entrée est donc largement surestimée et, en tout état de cause, insuffisamment argumentée pour justifier l'affirmation d'un mécanisme de marché qui serait inopérant à Tahiti.

B. Des pratiques décriées sans fondement factuel solide

De nombreux éléments réputés factuels dans les témoignages sur l'économie polynésienne, et que l'on trouve relayés dans le rapport de l'AN, reposent en réalité sur des affirmations dont

¹³ Décision n° 2022-SC-09 du 23 juin 2022.

¹⁴ Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, §80.

les bases empiriques font défaut. S'agissant des comportements, on prête ainsi aux entreprises polynésiennes des stratégies qui seraient néfastes à l'ensemble de l'économie, sans pour autant en fournir la moindre démonstration, comme le montre les trois exemples suivants.

Il est en premier lieu affirmé que des marges excessivement élevées (44 % du prix final) seraient « captées » par les distributeurs. Ce taux est issu d'un avis de l'APC¹⁵ – dont la méthodologie pourrait être discutée – mais dans lequel l'Autorité n'utilisait pas le terme « captées », particulièrement connoté. Il convient de souligner qu'il s'agit de marge commerciale, qui comprend donc l'ensemble des coûts et salaires, ainsi que la contribution fiscale des entreprises. Ainsi calculée, la marge ne fournit donc aucune information sur la partie réellement obtenue par le distributeur, c'est-à-dire son résultat net, ou mieux encore son profit économique. En outre, le taux affiché cumule les marges des grossistes-importateurs et celles des détaillants. On comprend que cela accroît l'effet de communication, mais un exercice similaire sur les entreprises de distribution métropolitaine ne ferait apparaître qu'un taux légèrement inférieur de quelques points, la différence n'étant pas excessive compte tenu des coûts accrus de la distribution à Tahiti.

Il est ensuite souvent affirmé sans démonstration empirique, en reprenant là aussi un passage discutable de l'avis précité, que « l'opérateur leader » de la distribution à Tahiti fixe des prix élevés sur lesquels s'alignent les autres distributeurs. Une telle stratégie de « leadership en prix » peut généralement être observée sur des marchés où une firme largement dominante est entourée de très petits concurrents, mais cela ne correspond pas à la situation du marché polynésien. Il suffit d'un examen superficiel des variations de prix entre les différents commerces alimentaires de Tahiti pour vérifier que la proposition générale ainsi formulée n'est pas conforme à la réalité.

Un troisième exemple concerne l'intégration verticale des importateurs-grossistes et des détaillants au sein de certains groupes, qui est présentée comme se réalisant au détriment de l'économie polynésienne et des consommateurs. Mais cette fois encore, aucune donnée ne permet de justifier objectivement cette affirmation. L'intégration verticale contribue à réduire le nombre d'intermédiaires et par conséquent offre les opportunités d'une réduction des prix et d'une plus grande diversité des produits offerts aux consommateurs. Les enseignements de l'économie de la concurrence incitent d'ailleurs à se méfier de discours globalement opposés à l'intégration verticale. Les coopérations ou fusions verticales se réalisent généralement entre des activités complémentaires, qui sont par nature plutôt sources de gains pour l'économie et les consommateurs, par opposition aux cas d'activités substituables dont les risques pour la concurrence sont *a priori* plus grands. Certes, des entreprises à fort pouvoir de marché peuvent utiliser des restrictions verticales ou l'intégration verticale à des fins anticoncurrentielles, mais cela ne peut s'apprécier qu'au cas par cas et à l'issue d'une analyse rigoureuse évaluant les potentiels effets négatifs pour les consommateurs. A défaut d'un tel bilan concurrentiel, une vision systématiquement négative des accords verticaux constitue un soutien inconditionnel aux concurrents (efficaces ou pas), au risque de porter atteinte *in fine* à l'intérêt des consommateurs.

¹⁵ Avis n° 2019-A-02 du 19 septembre 2019.

Différents témoignages recueillis sur le fonctionnement de l'économie polynésienne mettent ainsi régulièrement en avant des comportements des entreprises supposés dommageables pour le consommateur et la concurrence. Pourtant, les bases empiriques et factuelles manquent pour soutenir des affirmations qui s'avèrent finalement peu fiables. Elles risquent fort d'influencer les recommandations d'institutions telles que l'AN ou le CESE sur le coût de la vie en outre-mer et de promouvoir des solutions inappropriées forcément décevantes à terme.

II. Des propositions en opposition aux bases doctrinales de l'antitrust

Tous les défenseurs des économies de marché se réjouiront de voir les rapports de l'AN et du CESE plaider pour un renforcement de la concurrence et du droit antitrust dans l'outre-mer français. Mais ils regretteront aussitôt que la majorité des propositions révèle en réalité un plaidoyer pour un nouvel interventionnisme réglementaire plutôt qu'un encouragement au libre jeu de la concurrence. Le rapport de l'AN propose ainsi d'enjoindre aux distributeurs de baisser leurs prix de 10 % à 20 % sur la majorité des références par compression de leurs marges, de réglementer les prix des produits de première nécessité (PPN), de surveiller les prix et les marges via des observatoires et bien d'autres outils propres à une économie administrée. A l'inverse, les interventions de l'Adlc sont jugées insuffisantes et sont critiquées pour leur supposé laxisme, comme dans le cas de l'acceptation du rachat de Vendemia par le groupe Hayot à la Réunion ou l'absence de mise en œuvre du mécanisme d'injonction structurelle de la loi Lurel¹⁶.

Deux points seront développés ci-après, témoignant de l'opposition aux bases doctrinales de l'antitrust : tout d'abord, un contrôle injustifié et qui ne peut que se révéler contre-productif de la croissance interne des commerces (A) ; ensuite, une dérive réglementaire abusive de l'encadrement des comportements des entreprises (B).

A. Un contrôle injustifié de la croissance interne des commerces

Le premier point frappant dans l'écart entre les propositions du rapport de l'AN et les principes fondamentaux de l'antitrust concerne le contrôle *ex ante* de la croissance interne des entreprises opérant dans le secteur du commerce de détail, comme dans le système polynésien pour les magasins de plus de 300 m², à l'égard duquel le rapport est laudateur. Il est vrai que certains membres des autorités de concurrence calédonienne et polynésienne ont souligné dans leurs auditions l'intérêt qu'ils portaient à cette mission inhabituelle de leurs institutions. Pourtant, l'acceptation sans réserve de la croissance interne des entreprises constitue un principe central de l'antitrust. Les autorités de concurrence interviennent en principe pour prévenir d'éventuels risques anticoncurrentiels dans les cas de croissance externe des

¹⁶ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012.

entreprises (fusions ou acquisitions), conduisant à la disparition de concurrents existants ou qui se lancent sur le marché.

Ce principe est régulièrement rappelé par les autorités de concurrence dans le monde. Le président de l'Autorité australienne (ACCC) de 2011 à 2021, s'exprimant sur le fait que le droit de la concurrence n'a pas pour objectif de protéger les concurrents mais de préserver le fonctionnement concurrentiel des marchés, prend l'exemple de l'ouverture d'un nouveau magasin par un des deux leaders de la distribution alimentaire en Australie : « *on me dit souvent que les petits commerçants vont souffrir lors de l'ouverture d'un supermarché dans une nouvelle zone géographique. Et on me demande : que compte faire l'ACCC ? Rien car dans ce cas, s'il est vrai que les concurrents vont souffrir, il ne s'agit pas d'une atteinte substantielle à la concurrence* »¹⁷. De même, pour l'Adlc : « *l'extension du contrôle ex ante aux opérations de croissance interne, telles que extensions ou ouvertures de nouveaux magasins dans une zone, n'est pas pertinent au regard des objectifs assignés au droit de la concurrence dans la mesure où cela pourrait brider l'expansion des entreprises les plus efficaces. Dans le secteur de la distribution, un tel contrôle appelle des réserves supplémentaires. Refuser une implantation au motif qu'une enseigne est déjà en monopole local revient en effet à limiter l'entrée de fournisseurs concurrents en raison du rationnement du linéaire* » (nous soulignons)¹⁸.

Tout récemment, ce principe est encore affirmé dans le nouveau projet des « Merger Guidelines » aux Etats-Unis¹⁹. Comme le note un commentateur, le projet : « *commence par rappeler un principe essentiel du droit antitrust américain, la préférence pour la croissance interne des entreprises* »²⁰. Les droits de la concurrence respectent ce principe. L'autorité de concurrence du Royaume-Uni a par exemple recommandé en 2009 au gouvernement d'introduire un test de concurrence avant tout agrément d'un nouveau supermarché, mais, à la suite d'un recours du groupe de distribution Tesco²¹, la proposition n'a pas résisté à l'examen du Competition Appeal Tribunal (CAT).

Malgré ce principe doctrinal fondamental, le législateur, avec la très politique loi Lurel de 2012, avait jugé bon d'introduire de premières dispositions comportant des critères de concurrence pour les aménagements commerciaux en outre-mer. Mais l'Adlc ne joue dans ce dispositif qu'un rôle consultatif, en réalité rare à part le cas de Saint-Barthélemy en 2013²², à l'occasion duquel elle a rappelé qu'une autorité de concurrence ne peut intervenir qu'avec la plus grande prudence dans la croissance interne des entreprises²³. L'Autorité a ainsi souligné l'importance de la croissance par les mérites, même dans le cas d'une entreprise en position

¹⁷ Sims R., 2014, "Bringing More Economic Perspectives to Competition Policy and Law, Keynote Address", RBB Economic Conference, Sydney, november 7th.

¹⁸ Avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007, §95.

¹⁹ Projet pourtant très discuté par nombre de spécialistes, juristes et économistes, pour la remise en cause qu'il opère sur des années de progrès des connaissances en économie industrielle et économie de la concurrence.

²⁰ Picker R., 2023, "Understanding Firm Entry and the Internal Growth Presumption in the Draft Merger Guidelines", *Promarket*, august 1st.

²¹ Tesco Plc v. Competition Commission, 1104/6/8/08, 4 mars 2009.

²² Avis n° 13-A-20 du 7 novembre 2013.

²³ Venayre F., 2014, « Evolution du contrôle *ex-ante* de l'urbanisme commercial en outre-mer et prise en compte de critères économiques : l'enseignement de Saint-Barthélemy », *Revue Lamy de la Concurrence*, 41, pp. 73-81.

dominante. Cette inspiration de la loi Lurel a ensuite nourri la rédaction des lois calédonienne et polynésienne, qui ont généralisé un contrôle plus coercitif des aménagements commerciaux. Cependant, l'APC avait adopté à cet égard une ligne conforme à celle définie par l'Adlc²⁴, qu'elle avait retranscrite formellement dans un éclairage de son rapport annuel 2020 (pp. 73-79). Fondamentalement, l'approche consiste à raccorder le contrôle de la croissance interne à l'observation de comportements susceptibles de constituer des abus de position dominante : préemption d'un terrain, manœuvres stratégiques d'exclusion d'un concurrent, *etc.* A défaut, des refus d'implantation ne pourraient que consister à bloquer les détaillants les plus importants au seul motif que leurs parts de marché sont déjà considérées comme suffisantes. Il s'agirait alors d'une décision purement politique, mais ne relevant certainement pas du droit de la concurrence, instrumentalisé à d'autres fins²⁵.

Ce large contrôle des aménagements commerciaux applicable en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie s'avère peu conforme aux fondements du droit antitrust et risque d'avoir des effets anticoncurrentiels néfastes à la productivité, la croissance et donc aux consommateurs et au niveau de vie en général. Il est donc regrettable de voir le rapport de l'AN se féliciter de son existence et en suggérer l'extension à l'ensemble des outre-mer.

B. Une dérive réglementaire de l'encadrement des comportements

Jamais les discours prônant un renforcement de la concurrence dans les outre-mer français n'ont connu autant de succès. Cela ne manque pas d'ironie en Polynésie compte tenu de la difficulté historique à créer un droit et une autorité de la concurrence²⁶. Pourtant, s'il n'est pas assorti de mesures concrètes favorisant l'exercice d'une concurrence effective, le propos risque de rester incantatoire, voire de ne devenir qu'une formule politique *ad hoc* destinée à apaiser les mécontentements liés à la « vie chère ». De fait, malgré les annonces pro-concurrentielles réitérées, ce sont en réalité de nouvelles réglementations des marchés qui sont annoncées dans les différents rapports et interventions de responsables publics. Quatre exemples seront développés ci-dessous, tous liés à la situation polynésienne telle qu'elle est interprétée dans le rapport de l'AN.

Concernant la réglementation des PPN, après avoir souligné les limites du « bouclier qualité-prix » et vanté le système polynésien, le rapport de l'AN recommande de « *passer d'une logique de maîtrise volontaire des prix à une logique de réglementation des prix des produits de première nécessité, afin d'en abaisser significativement leurs prix* (sic) » (p. 163). Rien n'est dit en revanche sur son inefficacité pourtant bien connue et sur son faible pouvoir redistributif. Or, l'APC a publié un avis très critique sur ce système dont la synthèse est

²⁴ Dans son avis Saint-Barthélemy précité et surtout dans l'avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 sur les aménagements commerciaux.

²⁵ Destours S., 2023, « L'impossible contrôle juridictionnel des autorisations d'aménagement commercial par les autorités de concurrence du Pacifique au regard des principes du droit de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 129, pp. 46-54.

²⁶ Montet C. & Venayre F., 2013, *op. cit.*

claire : « *l'analyse concurrentielle a identifié les risques d'atteinte à la concurrence résultant de la réglementation des PPN [...]. En plus de ces atteintes à la concurrence, une définition trop restrictive des caractéristiques ou de l'origine trop sélective des PPN peut aussi créer des distorsions injustifiées de concurrence entre opérateurs. Pour ces motifs, l'Autorité polynésienne de la concurrence recommande de supprimer la réglementation permanente sur les produits de première nécessité* »²⁷. Les mêmes critiques sont reprises dans un second avis²⁸, également ignoré du rapport de l'AN, qui fait pourtant souvent l'éloge des travaux de cette même APC.

Le rapport de l'AN, l'avis du CESE et plusieurs auditions réalisées lors de ces travaux témoignent d'un point de vue hostile à l'intégration verticale des entreprises opérant dans les chaînes de distribution. Ainsi, le CESE « *demande un contrôle approfondi des concentrations verticales qui agrègent au sein d'un même groupe, grossiste et distributeur, ou importateur et distributeur* » (p. 61). Dans le rapport de l'AN, la concentration verticale est présentée comme « *un autre problème lié au rôle des grossistes* » (p. 143). Il a même été suggéré d'aller jusqu'à son interdiction entre importateurs-grossistes et distributeurs de détail²⁹. Cette hostilité manifeste à l'intégration verticale se heurte non seulement aux enseignements de la théorie économique (*cf. supra*), mais elle vient également en contradiction avec les nombreuses critiques, présentes dans ces rapports et documents d'audition, du rôle de renchérissement des prix joué par la multiplication des intermédiaires entre les fournisseurs et les distributeurs de détail.

En reprenant à son compte une antienne circulant à Tahiti depuis la révision du code polynésien de la concurrence de 2018³⁰ selon laquelle « *les moyens juridiques à la disposition de l'Autorité [APC] sont aussi plus faibles que dans les autres Outre-mer, en raison de la suppression du droit polynésien de la prohibition des accords exclusifs d'importation et de l'injonction structurelle* » (p. 196), le rapport de l'AN invite à rétablir en Polynésie française deux éléments peu conformes à la doctrine de l'antitrust et qui contribuent au contraire à la dérive réglementaire.

Il est vrai que depuis la loi Lurel, il existe en outre-mer une interdiction *per se* des accords d'exclusivités d'importation de marques entre les fournisseurs et leurs distributeurs³¹. Cependant, d'un point de vue doctrinal, rien ne justifie dans ce domaine un régime d'exception en outre-mer³². Selon un principe bien établi en droit de la concurrence la règle de sanction *per se* devrait être réservée aux pratiques pour lesquelles il existe une quasi-

²⁷ Avis n° 2019-A-01 du 2 avril 2019, p. 4.

²⁸ Avis n° 2022-AO-01 du 30 mars 2022.

²⁹ Audition de la présidente de l'APC par le CESE.

³⁰ Venayre F., 2019, « Révision du code de la concurrence polynésien : vers une meilleure prise en compte de l'analyse économique », *Concurrences*, 2019-2.

³¹ Venayre F., 2018, « Droits exclusifs d'importation outre-mer. Se poser les bonnes questions avant d'interdire ? », *Revue Lamy de la Concurrence*, 71, pp. 22-27 ; Venayre, F., 2021, « Parlons champagne avant les fêtes... Des limites de l'article L. 420-2-1 du code de commerce », *Revue Lamy de la Concurrence*, 110, pp. 32-36 ; Venayre F., 2023, « Droits exclusifs d'importation et vivacité de la concurrence inter-marques : le cas de la commercialisation de champagne à la Martinique », *Revue Lamy de la Concurrence*, 123, pp. 19-22.

³² Montet C., 2018, « Accords exclusifs d'importation : en finir avec le régime d'exception », in Cabon S.-M., Montet C. & Venayre F. (eds), *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, 260 p., pp. 57-68.

certitude d'effet uniquement anticoncurrentiel³³. C'est par conséquent une question empirique de savoir si telle ou telle pratique justifie une interdiction *per se* ou doit plutôt être soumise au bilan concurrentiel.

Le droit de la concurrence des petits territoires insulaires applique aux questions de restrictions verticales le régime commun du bilan concurrentiel ou de la règle de raison (« *rule of reason* »). C'est notamment le cas dans les îles de Malte, Islande, Jersey, et autres îles européennes qui toutes appliquent le droit européen, sans spécificité locale en matière verticale. Pourquoi la concurrence intramarque, de surcroît au seul niveau des grossistes, devrait-elle être plus particulièrement protégée dans les îles françaises que dans les autres îles européennes ? Toutes les observations depuis la mise en place de cette disposition transformant l'analyse antitrust en une formule quasi réglementaire montrent son inefficacité pour faire échec aux prix élevés, malgré la multiplication des sanctions. Si certains responsables soutiennent ce type de sanctions *per se*, c'est probablement qu'elles sont moins exigeantes en termes d'instruction des dossiers et qu'elles permettent de donner le sentiment d'une activité soutenue de l'administration au service des populations, bien qu'elles risquent de nuire à l'efficacité économique et, de façon ultime, aux consommateurs-mêmes. Dans les cas où les restrictions verticales peuvent présenter des aspects anticoncurrentiels, il appartient aux autorités de concurrence d'assumer la charge de la preuve en appliquant les dispositions relatives aux ententes verticales ou aux abus de position dominante. Toutes les autorités de concurrence sont à cet égard dotées des moyens nécessaires, y compris bien entendu l'APC.

Le dernier exemple de dérive réglementaire concerne le régime des injonctions structurelles, modifié lors de la réforme polynésienne de 2018, ce que déplore le rapport de l'AN, allant jusqu'à affirmer à tort que les injonctions structurelles ont « *disparu de l'ordonnancement juridique polynésien* » (p. 175)³⁴. La loi Lurel, imitée ensuite par les droits polynésiens et calédoniens, avait introduit un mécanisme d'injonction structurelle particulièrement sévère pour les outre-mer, fondé sur une « préoccupation de concurrence » tenant à des prix ou marges élevés. Mais cette règle soulève d'énormes problèmes tant du point de vue conceptuel qu'au niveau de son application : difficulté à qualifier un prix excessif, comparaisons complexes entre territoires ou secteurs... En outre, ce mécanisme ne permet pas de renvoyer à une situation antérieure établie ou heurte la conception du jeu normal de la concurrence par les mérites³⁵. Ce dispositif présente surtout le risque de réduire sensiblement les incitations des entreprises à investir. Enfin, l'absence de sa mise en œuvre, tant par l'Adlc que par l'Autorité calédonienne (ACNC), témoigne certainement de la difficulté à assurer la légitimité d'une telle atteinte au droit de propriété, alors même qu'aucune faute n'aurait été sanctionnée

³³ Carlton D.W., Gertner R.H. & Rosenfeld A.M., 1997, "Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust", *George Mason Law Review*, 5(3), pp. 423-440.

³⁴ En s'appuyant notamment sur les interventions de deux représentants des autorités de la concurrence du Pacifique et des erreurs véhiculées à l'occasion d'un colloque tenu en Nouvelle-Calédonie (Venayre F., 2023, « De l'importance de la communication externe d'une autorité administrative indépendante », *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie*, 41, 2023/1, pp. 275-292).

³⁵ D. Bosco, J.P. Chazal, G. de Muizon et T. Picot, 2014, « Les injonctions structurelles des autorités de régulation », Table ronde, *Cahiers du Droit de l'Entreprise*, 5, pp. 9-16.

au préalable³⁶. Au contraire, la version des injonctions structurelles retenue depuis 2018 en Polynésie française, qui reconnecte la sanction à la commission d'un abus de position dominante réitéré, présente certainement une plus grande chance de pouvoir un jour être mise en œuvre³⁷.

Conclusion

S'il est commun à toutes les institutions dotées de compétence répressives de chercher le meilleur compromis entre les erreurs de type I (se montrer trop sévère au point de condamner des innocents) et celles de type II (se montrer trop accommodant au point de laisser courir des coupables), il est aussi généralement admis que le domaine de l'antitrust présente une particularité notable. Les erreurs de type II (défauts de condamnation de pratiques anticoncurrentielles ou acceptation de concentrations nocives pour la concurrence) ont des conséquences réduites sur le long terme car la force correctrice des marchés a toutes les chances de les corriger au fil du temps. Par ailleurs, une vision trop rigoriste de la concentration sur les marchés – et des erreurs de type I qu'elle induit potentiellement – est susceptible de sanctionner des pratiques pro-concurrentielles, conduire à des tailles sous-optimales des entreprises et nuire à un usage efficient des ressources.

De ce point de vue, un élément essentiel du diagnostic consiste à affirmer que les marchés polynésiens ne pourraient pas jouer leur rôle régulateur, y compris sur le long terme, du fait de conditions structurelles particulières, telles que l'existence d'oligopoles bien enracinés et de barrières à l'entrée insurmontables. Cette vision erronée des défaillances des marchés polynésiens en matière de concurrence présente ainsi de forts risques de conduire à la définition de remèdes inadaptés. En effet, si l'on considère que le pouvoir auto-correcteur des marchés n'existe pas, comme dans les situations de monopole naturel, la seule issue réside dans la réglementation du secteur concerné. Cela conduirait alors, en Polynésie française comme dans les petites économies insulaires, à opter pour une réglementation étendue et tatillonne de l'économie : blocages et contrôles des prix et des marges, sévérité accrue du contrôle des concentrations, réglementation du nombre et de la taille des distributeurs via un contrôle *ex ante* des aménagement commerciaux essentiellement sur des critères de risques d'accroissement de positions dominantes (voire de parts de marché considérées comme suffisamment importantes), interdiction systématique et automatique des exclusivités d'importation de marques, voire interdiction de l'intégration verticale (et en tout cas affirmation de l'idée selon laquelle un groupe ne devrait pas être simultanément présent à l'amont – importation – et à l'aval – distribution – de la chaîne verticale), activation d'une procédure d'injonctions structurelles sur la seule base de préoccupations de concurrence.

³⁶ L'audition de M. Benoît Cœuré montre les réserves de l'Adlc sur cette question, ce que regrette par ailleurs le rapporteur de l'AN.

³⁷ Venayre F., 2018, « Les modalités du pouvoir d'injonction structurelle en Polynésie française » in Cabon S.-M., Montet C. & Venayre F. (eds), *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, 260 p., pp. 181-195.

Cela est encore plus vrai si l'on ajoute, comme cela a été affirmé auprès de l'AN, que les procédures contentieuses lancées par les autorités de concurrence seraient « *longues et coûteuses* »³⁸ et ne permettraient pas de remédier au renforcement des positions dominantes. Mais paradoxalement, cette voie présentée comme moderne emprunte finalement celle, historique, des outre-mer français et chacun s'accorde pourtant à considérer que cette omniprésence de la puissance publique dans la vie économique n'a pas été de nature à favoriser le dynamisme que l'on peut espérer d'une économie de marché. Plus encore, cela conduit inévitablement à transformer l'autorité de concurrence en autorité de réglementation, voire à nier l'utilité même des lois antitrust, fondées sur la conviction que la libre concurrence est vertueuse. Les petites économies ultramarines souffrent d'une insuffisance d'efficience, de dynamisation des investissements privés et de croissance, mais la multiplication des réglementations des marchés ne constitue pas une solution crédible à ces difficultés. Sans doute serait-il opportun de se rappeler que le droit de la concurrence a pour objectif d'encadrer le bon fonctionnement des marchés et non de mettre en œuvre des mesures réglementaires inspirées d'une vision politique, voire populiste, de la marche de l'économie.

³⁸ Audition de la présidente de l'APC.