

De l'élaboration de la loi à son application : l'impératif d'efficience

Synthèse des travaux du colloque

Sarah-Marie Cabon^{*}, Christian Montet^{**} et Florent Venayre^{***}

(Référence : Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F., 2018, « De l'élaboration de la loi à son application : l'impératif d'efficience », in Cabon S.-M., Montet C. et Venayre F. (eds.), *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique. Bilan et perspectives*, LexisNexis, Paris, pp. 239-253.)

« *On n'organise pas un colloque par hasard* » indique M. Jacques Mérot, Président de l'Autorité de la concurrence polynésienne (APC), au début de son intervention, avant de s'interroger sur les motivations qui auraient poussé les organisateurs « à réunir un tel aréopage »... En effet, ce n'est pas par hasard que le colloque intitulé « Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique : bilan et perspectives » a été tenu les 21 et 22 novembre 2017 à l'Université de la Polynésie française. L'idée en revient à M^{elle} Sarah-Marie Cabon, qui dès septembre 2016 a suggéré de réunir un ensemble d'universitaires de l'UPF et d'autres universités, afin d'échanger leurs travaux et leurs expériences permettant d'analyser les petites économies insulaires du Pacifique et notamment les droits de la concurrence naissants. Le droit de la concurrence

* Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française.

** Professeur émérite en sciences économiques, GDI EA 4240, Université de la Polynésie française.

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

polynésien ayant déjà deux à trois ans d'existence¹, il apparaissait intéressant d'en étudier les premiers pas et de discuter de ses premiers effets. Les difficultés de mise en place de ce droit en Nouvelle-Calédonie constituaient aussi un sujet intéressant de réflexion, de même que l'expérience de droits de la concurrence d'autres petites économies insulaires dont on pourrait éventuellement bénéficier si des représentants de ces pays pouvaient se joindre à nous.

Mais en réalité, l'idée d'organiser à Tahiti un colloque sur le thème des droits et des politiques de concurrence dans les petits territoires insulaires remonte à bien plus longtemps encore, puisque dans les périodes où la loi de la concurrence locale n'était encore que dans les limbes, il était apparu utile d'enclencher un vaste débat sur ces questions. Il y avait eu en effet quelques velléités de faire avancer une telle loi sous la présidence de M. Oscar Temaru dès 2005, puis sous quelques autres des différents gouvernements qui se sont succédés durant les sept années suivantes, jusqu'au vote de rejet d'un premier projet en 2012 et enfin l'adoption de la loi actuelle en 2014/2015.

Durant ces années, le débat est passé par diverses étapes, depuis un premier article du magazine *Tahiti Pacifique*², jusqu'aux éléments discutés dans la branche polynésienne des Etats Généraux de l'outre-mer ou au sein du rapport Bolliet³. Les événements antillais, puis plus généralement ultramarins, de 2008-2009 et les Etats généraux de l'outre-mer qui ont suivi ont précipité la volonté du gouvernement français et de l'Autorité française de la concurrence de pousser l'application de la loi de la concurrence dans les îles françaises. Ce vaste mouvement a sans doute exercé un effet très positif sur la perception que les responsables politiques polynésiens et une partie importante de la population avaient du rôle que pouvait jouer une loi antitrust dans la lutte contre la vie chère.

La publication de l'ouvrage *La concurrence à Tahiti : une utopie ?*⁴ en 2013, récompensé par le coup de cœur du prix Vogel de droit économique, a constitué une étape intéressante du débat. On a pu mesurer à cette occasion les énormes progrès des idées favorables à la concurrence dans l'opinion publique. Certes, les réticences sont restées grandes pour une partie des chefs d'entreprise, tandis que d'autres y voyaient des avantages pour débloquer certaines situations de marché. Malgré les progrès accomplis, les idées sont restées assez confuses dans le grand public sur ce qu'est le droit de la concurrence et ce qu'il peut apporter à l'économie du Pays. La confusion est grande avec le droit de la concurrence déloyale par exemple ou encore avec la réglementation des prix et autres interventions de la puissance publique dans la vie économique. Pendant ce temps, les autres petits pays insulaires

¹ La question de l'ancienneté du droit de la concurrence revenant souvent dans les débats, il apparaît utile d'être très clair à cet égard. Le droit de la concurrence polynésien a été voté par l'Assemblée de la Polynésie française le 25 juin 2014 (Texte adopté n° 2014-15 LP/APF du 25 juin 2014 de la loi du pays relative à la concurrence, JOPF du 4 juillet 2014, p. 8335) et la loi a été promulguée le 23 février 2015 (loi du pays n° 2014-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence, JOPF du 23 février 2015). Le Président de l'Autorité polynésienne de la concurrence a été nommé le 9 juillet 2015 (arrêté n° 913 CM du 9 juillet 2015 portant nomination de M. Jacques Mérot en qualité de président de l'Autorité polynésienne de la concurrence, JOPF du 10 juillet 2015). Le code de la concurrence est entré en vigueur au 1^{er} février 2016, une fois les recrutements nécessaires effectués par le président de l'APC.

² C. Montet, « Politique de concurrence à Tahiti », *Tahiti Pacifique*, n° 186, octobre 2006.

³ A. Bolliet (dir.), *Mission d'assistance à la Polynésie française*, La Documentation française, septembre 2010.

⁴ C. Montet et F. Venayre, *La concurrence à Tahiti : une utopie ?*, Au Vent des Îles, Tahiti, avril 2013.

avançaient et accumulaient de l'expérience, certains depuis le début des années 1990. Cette expérience aurait été fort utile durant la phase de rédaction du texte de loi, afin d'éviter les erreurs et de profiter des succès réalisés dans des pays comme l'Islande, Malte, ou les Caraïbes.

Pour toutes ces raisons, un colloque s'imposait à ce moment-là. Ce débat, qui a manqué en son temps, se trouve ravivé avec grand intérêt aujourd'hui, car, après quelques années de mise en œuvre de la loi, un premier bilan peut être tiré afin de voir ce qui est efficace et de corriger en temps utile les défauts éventuels, avant que leurs effets potentiellement pervers ne se fassent trop sentir dans le fonctionnement des marchés polynésiens.

M. Jacques Mérot, président de l'APC, a vu dans ce colloque un rendez-vous prématuré, compte tenu de la jeunesse de l'institution. Certes, le président a été nommé en juillet 2015 et il a fallu attendre février 2016 pour qu'il ait effectué tous les recrutements prévus par la loi pour que le code de la concurrence devienne applicable. Cela étant, le texte de loi lui-même a déjà près de trois ans et demi, ce qui a laissé le temps de son analyse. Le temps est en effet court pour effectuer un bilan complet de la loi et surtout de ses effets. Il manque tout particulièrement des décisions et l'orientation de l'APC en matière de sanctions des pratiques anticoncurrentielles : ententes ou abus de position dominante. Nous disposons cependant d'un recul suffisamment long pour voir comment travaille l'APC, pour étudier un nombre assez important de décisions de contrôle des concentrations, de décisions d'urbanisme commercial et d'avis, émis à la demande du gouvernement ou à la suite d'autosaisines.

Malgré la jeunesse de l'institution, il est indéniable que sa présence et les premières décisions impressionnent fortement la communauté des milieux d'affaires locaux. Les premiers contrôles des concentrations, portant parfois sur des opérations concernant des investisseurs étrangers, qui n'avaient auparavant aucune activité en Polynésie française ou encore sur des opérations concernant de toutes petites affaires⁵, ont suscité de nombreuses interrogations, non seulement au niveau des chefs d'entreprise concernés, mais aussi de tous les entrepreneurs locaux. Les tracasseries liées à la collecte d'information dans le cadre de l'observatoire des concentrations, pour les entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse cinq cents millions de francs Pacifique, ou deux cents millions dans le commerce de détail à dominante alimentaire⁶, ont ajouté à l'agacement de nombreux chefs d'entreprise. Trois cents entreprises sont en effet concernées par ces déclarations qui doivent en outre être réalisées chaque année. Les organisations patronales d'industriels et de commerçants ont fait part de leurs inquiétudes au gouvernement. Ce dernier a craint à son tour que l'application du nouveau droit par l'APC ne devienne un obstacle à l'investissement dans un territoire qui sort à peine d'une longue phase de dépression économique, avec une croissance encore trop faible pour permettre de créer les emplois nécessaires pour résorber un chômage massif. Les plus

⁵ Montet C., « L'interprétation contestable des seuils de contrôle des concentrations par l'Autorité polynésienne de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 65, p. 43, 2017 ; Venayre F., « La volte-face de l'Autorité polynésienne de la concurrence sur les seuils de contrôle des concentrations », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 67, p. 6, 2017.

⁶ Soit environ 4,2 millions et 1,7 million d'euros.

gros investisseurs du Pays se sont sentis particulièrement visés, comme certains d'entre eux l'ont clairement indiqué lors des tables rondes organisées durant les deux jours. Les investisseurs étrangers, contraints de déposer des notifications de concentration pour des rachats réalisés alors qu'ils n'avaient pourtant aucune activité antérieure en Polynésie française, s'en sont également plaints, notamment par voie de presse, s'attirant une réponse assez sèche du président de l'APC⁷. Il est donc clair que malgré sa jeunesse, la loi et son gendarme l'APC ont engendré suffisamment d'effets pour justifier que l'on discute de cette expérience en lien avec celles d'autres petits pays insulaires. Pour cette seule raison, il est devenu évident que la tenue de ce colloque n'était pas prématurée, mais au contraire venait à point pour répondre aux difficultés de la greffe du nouveau droit et de l'AAI qui le pilote dans l'économie et la société polynésienne.

Dans sa présentation orale, M. Jacques Mérot a indiqué qu'il aurait entendu « *des personnes* » dire que « *si la décision de l'APC n'est pas favorable, on changera le code de la concurrence* », y voyant ainsi la preuve d'une « *proximité entre les mondes économique et politique* ». Bien entendu, la Polynésie française constitue une petite société, dans laquelle les contacts sont facilités, et d'autant plus que la culture locale facilite les rencontres et les échanges. Bien entendu aussi, rien n'empêche les chefs d'entreprise, ni aucun autre citoyen ou groupe de citoyens d'ailleurs, de faire valoir ses intérêts auprès du gouvernement, dans des pratiques communes de lobbying, qu'on ne saurait assimiler à des actes corruptifs. Rappelons à cet égard que le gouvernement actuel est celui même qui a nommé M. Jacques Mérot à la présidence de l'APC. Dans cette même présentation orale, M. Jacques Mérot précise aussi qu'il aurait entendu un chef d'entreprise, en désaccord avec une décision de l'APC, dire : « *de toute manière, on organise un colloque* » et en concluait que cela témoignait de « *liens parfois étroits entre les sphères économique et universitaires* ». Outre le fait que la source de cette citation n'est pas plus précisée que la précédente et qu'elle relève en cela de la simple rumeur, il est clair que les entreprises, pas plus que l'APC, n'ont été parties prenantes de l'organisation de ce colloque. Il s'agit d'un colloque universitaire. Si l'APC et les entreprises y ont été conviées, c'est uniquement pour qu'elles puissent exposer leurs points de vue et leurs visions, en totale liberté d'expression et selon le strict respect de la tradition universitaire, mais en aucun cas elles n'ont pu infléchir le contenu des communications des différents intervenants du colloque.

Les deux journées ont donné lieu à des présentations importantes sur toutes les questions essentielles posées par la mise en place d'un droit de la concurrence dans un petit territoire isolé. Il est difficile de faire un résumé exhaustif dans ce chapitre de la richesse des présentations, en particulier de celles des invités extérieurs à l'UPF. L'idée de ce chapitre de synthèse est donc d'essayer d'extraire les principaux points de discussion, les principaux commentaires que l'on peut porter sur l'activité de l'APC durant ses trois premières années ainsi que les suggestions relatives aux améliorations susceptibles d'être apportées au texte de loi.

⁷ *Tahiti Pacifique*, n° 364 et n° 365.

Nous avons organisé les contributions en distinguant les questions liées à l'efficacité de l'APC et, plus largement, à l'efficacité de la politique de concurrence en Polynésie française (I) et les questions portant sur la contribution que doit apporter la loi de la concurrence à l'efficacité de l'économie polynésienne dans son ensemble (II).

I - Efficience de la politique de concurrence

Une des préoccupations majeures de nombreux intervenants dans le colloque, en particulier du côté de l'APC, ainsi que du côté des représentants des gouvernements de la Polynésie française ou de la Nouvelle-Calédonie, de même qu'exprimées par les Professeurs Lino Briguglio pour le cas de Malte, ou encore Anne Perrot pour l'application des lois au secteur de la distribution, est celle de l'efficacité de la politique publique en matière de promotion et de respect des règles de concurrence.

Il faut une loi et une autorité indépendante pour en piloter l'application, il faut aussi que la loi soit bien comprise, acceptée et respectée (mise en conformité au sein des entreprises), il faut enfin qu'il y ait dans l'environnement économique et politique de la loi le meilleur soutien possible (autres politiques publiques en cohérence, culture de concurrence dans le public et les médias).

Mais pour M. Jacques Mérot et son équipe, et certainement aussi pour un certain nombre de responsables politiques promoteurs de la loi, il faut un système adapté à une situation faiblement concurrentielle, notamment du fait du renforcement progressif et sans obstacle de certaines entreprises dans divers secteurs de l'économie polynésienne, en particulier dans la distribution.

1) La loi et son gendarme

De manière générale, le colloque a reconnu que la situation était plus favorable que jamais dans les territoires océaniques de la république française. Une bonne loi existe en Polynésie comme en Calédonie (le livre IV du code de commerce français s'appliquant directement à Wallis-et-Futuna). La loi contient les trois piliers essentiels que sont la sanction des ententes, la sanction des abus de position dominante et le contrôle des concentrations. Elle concerne tous les secteurs de l'économie, ce qui n'empêche pas des régulations de prix contrôlées par le gouvernement. Le législateur a même confié à l'Autorité polynésienne de la concurrence le soin de piloter l'aménagement commercial par un système de notifications préalables obligatoires dès franchissement d'un seuil de 300 m² de surface de vente. Une fonction originale, dont on peut cependant craindre qu'elle n'aille pas sans difficultés tant cette mission ne fait pas partie de l'ADN des autorités de concurrence, comme l'a rappelé le

Professeur Anne Perrot dans sa contribution. Le pouvoir d'injonction structurelle, y compris sur des seules préoccupations de concurrence en situation de position dominante (même sans abus préalablement identifié et sanctionné) donne en outre à l'APC – comme à l'autorité calédonienne – une arme supplémentaire pour s'attaquer éventuellement à des situations installées et durablement nocives pour la concurrence (en réponse à cette préoccupation exprimée de lutter contre des structures établies sans entrave dans les dernières décennies).

En sens inverse, la loi paraît en deçà du possible ou du souhaitable en matière d'industries de réseau, qui restent pour l'essentiel pilotées par le gouvernement. Seuls des avis peuvent être demandés à l'Autorité et celle-ci garde évidemment le pouvoir de s'attaquer à des pratiques anticoncurrentielles, comme des ententes ou abus de position dominante, mais dans le cadre des règles fixées par le gouvernement. Ce thème du lien entre la loi de la concurrence et la régulation des industries de réseau a fait l'objet d'une intervention de M. Antonino Troianiello appliquée au secteur du transport aérien interinsulaire, au regard de la loi du pays de 2016⁸. L'auteur rappelle à cet égard que les effets positifs de l'introduction d'un droit de la concurrence en Polynésie française ne sauraient se faire pleinement sentir qu'en réduisant le caractère administré de l'économie polynésienne.

On aura noté avec plaisir, dans l'intervention du Professeur Jean-Paul Pastorel, que la loi polynésienne s'inscrit en fait dans le cadre européen et se base donc sur un socle solide, qui contribue certainement à en assurer la pérennité. Certes, la Polynésie est un PTOM (pays et territoires d'outre-mer) de l'Union européenne, ce qui la situe plus en marge des RUP (régions ultrapériphériques) comme le sont les départements d'outre-mer français, mais pour autant, les entraves au commerce ne sauraient y être illimitées et l'évolution de ces territoires ultramarins de l'Europe laisse une part aux problématiques concurrentielles de plus en plus importante.

Des autorités de concurrence existent en Polynésie comme en Calédonie, à l'instar de nombreuses autres économies insulaires isolées. L'APC est indépendante et sa structure distingue service d'instruction et collègue. Au moment du colloque, la Nouvelle-Calédonie n'avait pas encore son autorité du fait, initialement, de conditions strictes de nomination de son président et de son collègue, puis de l'échec d'une première tentative de nomination fin juillet 2017. C'est aujourd'hui chose faite⁹. Mmes Anaïs Moyrand et Nancy Vignal, venues de Nouvelle-Calédonie pour participer au colloque, ont rappelé les caractéristiques de l'économie calédonienne, assez fortement administrée et qui tente de s'ouvrir progressivement aux règles de concurrence. Pour autant, les tiraillements protectionnistes sont encore bien présents et poseront immanquablement à l'avenir, tout comme on l'observe en Polynésie française, la question de la mise en cohérence de l'ensemble des politiques publiques à caractère économique avec les dispositions nouvelles des droits de la concurrence locaux.

⁸ Loi du pays n° 2016-3 du 25 février relative à l'organisation du transport interinsulaire maritime et aérien.

⁹ F. Venayre, « La cahoteuse nomination de l'Autorité de la concurrence calédonienne », *Revue Lamy de la Concurrence*, Vol. 70, 2018.

2) Les outils pour agir

Les ressources ont été données à l'APC pour qu'elle puisse accomplir efficacement sa mission : un budget suffisant et des ressources humaines en nombre (13 personnes à plein temps et 4 membres non permanents). Au terme des dispositions de la loi du 23 février 2015 (Art. LP. 641-1 et s. du Code de la concurrence polynésien), l'Autorité dispose d'un pouvoir de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Si, par le biais d'une saisine externe ou bien une autosaisine, l'APC disposait des outils juridiques permettant de constater et sanctionner des pratiques anticoncurrentielles, ce n'est que depuis l'ordonnance du 9 février 2017¹⁰, que de véritables pouvoirs de nature coercitifs peuvent être mis en œuvre dans le cadre notamment d'enquêtes dites lourdes.

Si aucune activité contentieuse de l'APC n'était connue au moment du déroulement du colloque, bien que certains dossiers soient en cours d'instruction comme cela a souvent été répété par son président, il n'en demeure pas moins qu'une forte activité de contrôle des concentrations et des implantations commerciales, de même qu'une importante production d'avis, ont été rendues publiques. Le gouvernement a ainsi souvent pu bénéficier, qu'il s'agisse de saisines obligatoires ou facultatives réalisées à sa propre demande, des recommandations de l'APC.

Les décisions de contrôle, quant à elles, ont en particulier engendré des conséquences visibles, comme l'a souligné M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié. Il y a ainsi eu des engagements à respecter pour quelques opérateurs (Tahiti Nui Travel avec une durée inhabituellement longue de 10 ans) et surtout un rejet (que l'APC présente toujours comme étant une acceptation, mais les injonctions imposées étaient d'une importance telle qu'il ne pouvait en résulter qu'un abandon de l'opération, sauf à ne pas comprendre l'économie du projet).

Certains outils comme l'interdiction des exclusivités d'importations, l'abus de dépendance économique (existant en métropole, mais ineffectif, alors qu'il a toute chance au contraire de constituer une opposition omniprésente dans une toute petite économie isolée) ou encore une définition des seuils de contrôle des concentrations fortement abaissés par rapport à la métropole et surtout interprétés dans un premier temps de façon très sévères (pour le second seuil), donnent à l'APC un pouvoir d'action très puissant en comparaison de l'Autorité de la concurrence française. Surtout, enfin, la menace de l'arme d'injonction structurelle, allant jusqu'à la possibilité de faire céder des actifs, comme par exemple des magasins (mais les droits polynésien et calédonien se veulent plus larges encore) donne aux autorités des collectivités du Pacifique un pouvoir d'action très fort de nature à permettre de revenir sur des structures de marché concentrées si elles se révélaient propices à des prix ou des marges élevés, en l'absence même d'infraction aux règles concurrentielles. Le débat sur ces outils spécifiques a cependant été fort durant tout le colloque (voir partie II de ce chapitre), la plupart des intervenants voyant dans ces armes de possibles sources de gros effets pervers en

¹⁰ Ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017 étendant et adaptant à la Polynésie française certaines dispositions du livre IV du code de la concurrence relatives aux contrôles et aux sanctions en matière de concurrence.

matière d'efficacité économique, tandis que les représentants de l'APC, et particulièrement son président, y voient un trésor précieux à ne pas toucher faute de porter atteinte à la mission de promotion de la concurrence.

En sens inverse, une nouvelle arme pourrait être ajoutée à l'arsenal répressif de l'APC : celle de la clémence. Connue au sein de législations dans d'autres économies insulaires (Islande, Nouvelle-Calédonie), la clémence est une procédure dont l'efficacité, en termes de détection et de sanction des ententes, n'est plus à démontrer. Cela étant, comme l'a souligné M^{elle} Sarah-Marie Cabon, la collaboration probatoire que cela suppose entre une ou plusieurs entreprises parties à une entente et l'autorité de concurrence invite à rester vigilant, tant sur les garanties accordées aux entreprises lors de la mise en œuvre de cet outil que sur les effets escomptés dans le contexte du marché polynésien.

En effet, comme l'a souligné le Professeur Lino Briguglio, la règle de droit et les outils de son application sont une chose mais la mise en œuvre réelle dans une petite communauté comme les îles de Polynésie ou de Calédonie est une autre affaire. En effet, la proximité des chefs d'entreprise, du fait des relations familiales, amicales, historiques, fait qu'il peut être plus difficile de détecter et d'établir les preuves des ententes dans un tel contexte. Concernant les abus de position dominante, la faible étendue des marchés fait que les dominations en termes de parts de marché sont très fréquentes, mais d'un autre côté inévitables pour atteindre des niveaux d'échelle efficaces. La démonstration des abus est donc aussi plus difficile à faire que dans un grand pays. Pour toutes ces raisons, et comme l'enseigne l'expérience de Malte, il vaut mieux avoir une pratique décisionnelle adaptée – et donc sans doute distincte à certains égards de la pratique métropolitaine – et compter sur le respect des lois par les entreprises et sur la pression que peuvent exercer sur elles les consommateurs, les médias et l'environnement général. Cet environnement a précisément fait l'objet d'interventions et de discussions.

3) Environnement de la loi et de l'APC

L'environnement dans lequel la loi est mise en application par l'APC est plus favorable à la concurrence qu'il ne l'a jamais été auparavant en Polynésie française. Il faut avoir vécu la dizaine d'années entre le début des années 2000 et le vote de la loi en 2013 pour voir les progrès énormes accomplis en ce domaine. Les résistances furent très fortes tant du côté des entreprises que des gouvernants. Mais la conjugaison de l'avancée des idées et des événements dans l'outre-mer, surtout des émeutes aux Antilles contre la vie chère, puis l'engagement plus grand de l'Etat après les Etats-généraux de l'outre-mer pour appliquer le droit de la concurrence dans les différents territoires ultramarins, ont conduit à une acceptation quasi générale de la nécessité d'un cadre juridique favorable à la concurrence dans les petites îles éloignées de la république française. Peu de responsables publics ou privés songent aujourd'hui à revenir en arrière, et même si l'on parle d'amendements à apporter aux textes en vigueur, nul n'évoque l'abolition de la loi, par ailleurs bien enracinée

dans le droit extérieur, comme l'a souligné le Professeur Jean-Paul Pastorel au plan européen, qu'il s'agisse de la Polynésie française ou de tous les autres outre-mer.

Il reste que les incompréhensions et les réticences sont encore grandes au sein des entreprises, en particulier des plus grandes, comme en attestent les interventions lors des tables rondes. A cet égard, il s'agit moins d'une inquiétude portant sur les dispositions du droit lui-même que sur la façon dont il peut être appliqué. Que pouvons-nous encore faire sans risquer les foudres de l'APC, s'interrogent les dirigeants des entreprises reconnues comme puissantes sur leurs marchés (Carrefour) ou du fait de leur aspect congloméral (Brasserie de Tahiti) ? Ces interrogations se comprennent d'autant plus qu'elles émanent de sociétés polynésiennes qui découvrent les contours d'un droit subtil auquel elles n'étaient jusqu'ici pas confrontées et dont certaines dimensions spécifiques n'ont jamais fait l'objet d'une pratique décisionnelle ou d'une jurisprudence (contrôle des surfaces commerciales, injonctions structurelles).

Par ailleurs, responsables politiques et grand public, consommateurs, salariés, citoyens, sont loin de connaître les tenants et aboutissants de la loi. Les prises de position sont souvent brutes, entachées de préjugés et déconnectées de la réalité juridique des règles de concurrence. On retrouve ainsi les comportements observés lors de l'instauration d'un droit de la concurrence à Malte, ce qui amène le Professeur Lino Briguglio à insister sur les efforts de pédagogie à apporter dans le plaidoyer (« advocacy ») pour une économie plus ouverte à la concurrence. Cela concerne bien entendu au premier chef l'APC, qui doit faire un effort particulier d'explication des mécanismes, des enjeux et des procédures qui permette une simplification à destination des néophytes, tout en veillant à la rigueur de ses explications. Cela concerne évidemment aussi le gouvernement et l'administration, ainsi que les universitaires, notamment en raison de la neutralité d'intérêt que représente leur fonction. Des manifestations comme celle que nous avons organisé à l'Université de la Polynésie française participe pleinement de cet impératif d'explication et de pédagogie effectué en toute rigueur scientifique.

Par cette pédagogie, il s'agit également de permettre à chacun de mieux cerner les contours de l'application du droit en différenciant ce qui relève de son application de ce qui a trait à la réglementation et aux autres politiques publiques. Ainsi en va-t-il par exemple des politiques de protection, notamment fiscales, comme cela a été abordé par Mme Nancy Vignal, ou encore des industries de réseau, qui impliquent d'identifier la part des activités pouvant faire l'objet d'une ouverture à la concurrence et la façon dont le respect des règles concurrentielles s'articule avec le contexte réglementaire.

Ainsi, dans le cas de la Polynésie française, l'APC n'a pas le pouvoir de régulation des industries de réseau, mais elle dispose de l'arsenal de la sanction des ententes, des abus de position dominante et du contrôle des concentrations. Elle dispose également, en sus, du pouvoir de donner des avis dont les effets peuvent paraître insuffisants puisque purement consultatifs, mais dont la portée est en réalité plus grande qu'il ne paraît. Ces avis ouvrent en effet l'entrée dans le débat public, dans les médias, et permettent, le cas échéant, de nourrir les discussions à l'assemblée. Et, comme l'a noté M^e Véronique Sélinsky, l'APC dispose dans cet

exercice de la possibilité d'injecter dans les dossiers d'avis une première vision des choses, à laquelle il sera loisible de se rattacher ultérieurement en cas de contentieux. Cela exige d'ailleurs un cadrage particulier que la loi devrait admettre afin d'éviter tout risque procédural.

II – Mise en application de la loi et efficience économique

La loi sur la concurrence doit contribuer à l'efficience de l'économie dans son ensemble, ce qui signifie que dans une petite économie insulaire plus qu'ailleurs le souci de l'investissement et de la croissance doit l'emporter sur celui d'une application rigide de la loi, comme cela a été fortement rappelé par le Professeur Lino Briguglio, fort de son expérience maltaise. Cette idée est revenue souvent dans les présentations, dans les tables rondes et dans les débats. La difficulté consiste ici à ne pas abandonner les principes essentiels d'une bonne politique de concurrence ainsi que les instruments indispensables à leur application, tout en ne faisant rien qui puisse nuire au développement économique, à l'investissement et à la croissance. Or, le risque d'effets pervers dans l'application de la loi se trouve à chaque détour du texte.

Il y a évidemment les risques d'erreurs qui existent pour toutes les autorités de concurrence : risques de type I consistant à ne pas sanctionner des entreprises ayant développé des stratégies fortement nocives à la concurrence, soit par des concentrations, soit par des pratiques anticoncurrentielles (faux négatifs) ; risques de type II consistant à sanctionner des entreprises ayant développé des pratiques considérées à tort comme anticoncurrentielles alors qu'il s'agissait du jeu normal de la concurrence (faux positifs). Les erreurs, qu'elles soient de type I ou de type II, sont inévitables. Mais il faut qu'il y en ait le moins possible. Cela suppose donc une autorité de la concurrence extrêmement affûtée (compétente, professionnelle). Le professionnalisme de l'autorité commence avec le recrutement de ses cadres, puis la formation de son personnel, *etc.* Il n'est pas certain que la loi polynésienne soit suffisamment bordée dans ce domaine.

Ensuite il peut y avoir non plus des erreurs d'application de la loi, à proprement parler, mais un défaut de conception de la loi elle-même dans son adaptation au contexte économique îlien. De ce point de vue, les participants au colloque, sur la base des deux premières années d'exercice de l'APC, ont fait apparaître une série de problèmes et suggéré un certain nombre d'amendements à la loi afin que celle-ci évite les risques majeurs de freins à la croissance et à la productivité.

Reprenons ces différents points en les ordonnant selon la place des articles dans le code de la concurrence.

1) Action sur les comportements anticoncurrentiels : ententes et abus de position dominante

En matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire les ententes et les abus de position dominante, le texte de loi polynésien est dans l'ensemble assez classique et sur les grands principes, tous les participants se sont accordés pour n'y vouloir rien toucher. En revanche, deux particularités de la loi ont attiré l'attention de certains intervenants : l'abus de dépendance économique d'une part et l'interdiction *a priori* des droits exclusifs d'importation de marques, d'autre part.

L'abus de dépendance se trouve en l'état du texte de loi identifié comme une infraction au code de la concurrence dans l'article consacré à la sanction des abus de position dominante. Il n'y a en apparence rien d'exceptionnel à cela, puisque la même notion se trouve dans une formulation identique dans le code de commerce métropolitain. Il faut cependant remarquer qu'il s'agit là d'une particularité française (que l'on retrouve ici ou là dans quelques droits de pays européens, mais pas dans le droit communautaire, ni dans le droit américain et dans tous les droits qui s'en sont inspirés dans le monde). Le Professeur Anne Perrot a fortement insisté sur le caractère inopérant de cette notion dans le droit français. La jurisprudence ne contient aucun cas de sanction à ce titre. La raison en est claire pour Anne Perrot : il ne s'agit pas d'une notion appartenant à proprement parler au grand droit de la concurrence. En effet, la dépendance d'une entreprise par rapport à une autre renvoie aux relations bilatérales entre opérateurs et aux règles qui les encadrent, souvent qualifiées de « petit droit de la concurrence ». Cette notion ne contient pas en soi la logique du grand droit qui est d'examiner l'effet d'une pratique sur le marché dans son ensemble. Or, dès que l'on s'intéresse au marché dans son ensemble, il existe une notion qui est celle d'abus de position dominante. Elle suffit parfaitement pour traiter des problèmes de concurrence dans les relations verticales entre fournisseurs et distributeurs.

Le problème se corse encore dans un petit territoire comme celui de la Polynésie française. En effet, non seulement la notion y est tout aussi étrangère au grand droit et doublonne avec celle d'abus de position dominante, mais en outre, compte tenu de l'étroitesse du marché, on risque de trouver des états de dépendance économique des entreprises les unes par rapport aux autres dans de multiples lieux des relations de marché. On risque de voir surgir ainsi une pléthore de cas, soit inutiles car ayant pu être traités par la notion d'abus de position dominante, soit contre-productifs puisque ne correspondant pas à des problèmes relevant normalement du droit de la concurrence.

Pire encore, la mise en place d'une telle menace pour des entreprises qui risquent, comme dans le domaine de la grande distribution, d'avoir un grand nombre de fournisseurs en situation de dépendance économique, est susceptible d'entraîner une optimisation des entreprises concernées se traduisant par la réduction de leurs achats auprès de fournisseurs susceptibles de devenir des plaignants potentiels dans un futur proche. Une telle optimisation, réaction normale des distributeurs face à ce risque, ne peut être que contre-productive pour de nombreux producteurs polynésiens.

Concernant les droits exclusifs d'importation, il a été relevé par le Professeur Christian Montet que cette disposition du droit polynésien, faisant suite à la loi Lurel¹¹ et à l'introduction d'une interdiction du même type pour les DOM dans le code de commerce français, est en dissonance avec la théorie économique des restrictions verticales et avec la pratique de la quasi-totalité des autorités de concurrence à travers le monde.

2) Action sur les structures : contrôle des concentrations, aménagement commercial et injonctions structurelles

Le texte de loi polynésien contient trois ensembles autorisant l'APC à agir sur les structures des marchés : le contrôle des concentrations (ou contrôle de la croissance externe des entreprises par fusions ou acquisitions), le contrôle des surfaces commerciales (ou contrôle de la croissance interne des commerces de détail) et la possibilité d'injonctions structurelles en dehors du cadre du contrôle des concentrations (sur des préoccupations de concurrence dans des zones où existent des positions dominantes, voire des parts de marché supérieures à seulement 35 %).

Dans le domaine du contrôle des concentrations, M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié et plusieurs autres intervenants se sont étonnés du nombre important de contrôles effectués depuis la mise en place de l'APC, souvent en donnant lieu à des rapports très détaillés. Or, pour un certain nombre, il s'agissait de contrôles d'acquisitions de petites dimensions ou d'acquisitions par des investisseurs n'ayant aucune activité en Polynésie française. Dans les deux cas, il était assez évident dès le départ que les opérations allaient être acceptées. Dans ces conditions, il est souhaitable, dans un double souci d'économie des ressources budgétaires limitées de l'institution d'une part et de ne pas accabler les entreprises par des tracasseries administratives superflues, d'autre part, de simplifier les procédures.

C'est ainsi qu'il a été suggéré par M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié de mettre en place une procédure de pré-notification, pouvant déboucher sur ce qu'on appelle une « lettre de confort », autrement dit, sinon un blanc-seing pour l'opération envisagée, du moins une information rassurante sur la position que compte prendre l'APC. De la même façon, il serait bon d'instaurer une procédure dite simplifiée pour les opérations dont on voit très vite qu'elles ne sont pas de nature à soulever de sérieux problèmes de concurrence. Cela aurait pu éviter à quelques investisseurs dans l'hôtellerie de longs et pénibles moments passés avec l'Autorité, comme ils s'en sont ensuite fait l'écho dans la presse locale, créant ainsi une publicité dommageable à l'image de l'institution¹².

Egalement en matière de contrôle des concentrations, il était nécessaire de préciser les seuils afin d'éviter les contrôles inutiles d'opérations d'un montant très faible. Il est vrai que l'APC a rectifié elle-même son approche en ce domaine, après avoir expérimenté plusieurs de

¹¹ Loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer.

¹² *Tahiti Pacifique, op. cit.*

ces contrôles sans importance et à la suite d'un certain nombre de plaintes légitimes émises notamment par des chefs d'entreprise. Mais il est préférable que le texte de loi soit clair sur cette question, ce qui implique d'introduire dans la définition du second seuil les termes « *par deux au moins des entreprises parties à l'opération* ». La même question se posera inévitablement en Nouvelle-Calédonie, où le législateur n'a prévu qu'un seul seuil de contrôle, obligeant par conséquent l'Autorité à contrôler toute fusion ou acquisition d'une grande entreprise, même si elle n'achète, par exemple, qu'un entrepôt de petite taille.

Plusieurs intervenants des tables rondes, dont M^e Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, ont suggéré l'introduction du pouvoir d'évocation par le gouvernement (réexamen du dossier de concentration dans des conditions très encadrées). Il ne s'agit bien entendu pas ici d'introduire la possibilité de jugement arbitraire par les politiques. Et, compte tenu des proximités entre les milieux d'affaires et la politique à Tahiti, rappelées par le Président Jacques Mérot dans son intervention, on pourrait craindre en effet qu'une évocation d'un dossier de concentration par le gouvernement présente des risques de dangereux retour en arrière. Mais à l'instar du droit métropolitain, on pourrait imaginer d'inclure des clauses encadrant fortement ce droit, en le bornant par exemple à des situations où l'intérêt stratégique du Pays est clairement en cause, et en le soumettant à une possibilité de décision finale du juge administratif.

Concernant le pouvoir donné à l'APC de contrôler les créations et extensions de surfaces commerciales, et à travers cela de contrôler la croissance interne des entreprises de distribution, le Professeur Anne Perrot et plusieurs autres intervenants ont émis quelques doutes sur les chances d'accomplissement efficace de cette mission. Les décisions de l'APC en ce domaine devront être suivies avec attention, étant donné qu'il s'agit là d'une responsabilité très inhabituelle pour une autorité de la concurrence. Étant donné que les situations potentiellement préoccupantes vont concerner les enseignes déjà en place et ayant déjà une forte part de marché, il s'agit d'un contrôle *a priori* de la croissance interne des commerces. Or, si on sait contrôler la croissance externe, il est vrai qu'il est difficile d'avoir des critères pour la croissance interne, cette dernière témoignant plutôt d'une certaine efficacité de l'entreprise qui la met en œuvre. Sauf à considérer un simple test de dominance, ce qui serait alors particulièrement risqué pour l'investissement, d'autant que l'on sait qu'il n'est même plus discriminant dans l'application du contrôle des concentrations.

Toujours dans le domaine des structures, il a été suggéré de modifier l'article autorisant les injonctions dites « structurelles », pouvant aller jusqu'à l'obligation de cession de magasins. M. Florent Venayre a ainsi montré que le texte polynésien, voulant se garder de l'inefficacité reprochée à sa contrepartie métropolitaine, s'était inspiré du texte calédonien d'une coercition inutilement sévère et donc dangereuse. Dans ces territoires, il suffirait d'une préoccupation de concurrence dans une zone où domine une entreprise pour que des injonctions de comportement soient proposées. Pour les marchés de distribution, de simples parts de marché suffisamment fortes (c'est-à-dire supérieures à 35 %) pourraient même suffire, le cas échéant et selon la gravité de la situation, pour donner lieu à des injonctions de cession d'actifs (magasins). Dans le droit de la concurrence métropolitain, comme dans le reste du monde d'ailleurs, lorsqu'elle existe, une telle atteinte au droit de propriété ne peut se

justifier que si la situation est extrêmement grave. Or, cette situation doit avoir été clairement diagnostiquée et évaluée par l'autorité de concurrence. Dans le cas des collectivités du Pacifique, il serait souhaitable que l'APC ou l'ACNC (l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie) aient au minimum à démontrer l'existence d'un abus de position dominante. Il serait même sage qu'une telle sanction ne puisse être prononcée qu'en cas de récidive pour un abus similaire, justifiant ainsi que l'on puisse déduire que la seule solution devient effectivement la cession d'actifs. En introduisant une modification dans ce sens, la loi serait conforme à la loi française et, probablement à ce que diraient des instances d'appel en cas d'utilisation abusive de sa version actuelle.

Notons enfin qu'il existe dans la loi polynésienne un observatoire des concentrations qui consiste à un examen périodique (annuel) des structures de marché par l'APC. Cela n'existe dans aucun autre droit de la concurrence dans le monde. Il en résulte une mobilisation inutile des ressources de l'APC pour collecter ces données annuelles, les traiter et en établir un rapport. Cela mobilise par ailleurs les ressources des entreprises pour faire parvenir chaque année des données comptables et financières à l'APC, alors que la plupart de ces entreprises n'ont pas le moindre projet de fusion, d'acquisition ou de vente de leurs actifs. Etant donné que ces données peuvent être rapidement obtenues dans une opération de contrôle d'une concentration déterminée, il ne sert à rien de procéder à ce grand enregistrement annuel. La suppression pure et simple de cet observatoire est sans doute à mettre en œuvre rapidement.

3) Autres questions : avis de l'APC, petit droit de la concurrence, pédagogie et *advocacy*

Concernant les avis émis par l'APC, M^e Véronique Sélinsky a suggéré quelques améliorations procédurales tendant à augmenter la transparence, voire la possibilité de recours contre une utilisation ultérieure de certains points des avis dans d'éventuels contentieux. La possibilité de saisine par les organisations professionnelles, syndicales ou associations de consommateurs est également suggérée.

Le Professeur Anne Perrot a exprimé de grands doutes sur l'efficacité du « petit droit de la concurrence », au moins dans sa partie qui double avec le droit antitrust piloté par l'APC, c'est-à-dire toute la partie du code de la concurrence ayant trait aux questions de « loyauté » des relations commerciales. Il est vrai que certains opérateurs sur les marchés, notamment des fournisseurs de la grande distribution, ou des petits concurrents de celle-ci, expriment une certaine confiance dans ce petit droit, spécialité française pourtant très controversée, mais il faut pourtant souligner qu'il n'est pas réellement activé.

Sans doute faudrait-il a minima sortir les dispositions du petit droit de la concurrence du code de la concurrence pour les introduire au sein du code de commerce applicable en Polynésie française. Dans une période où l'économie polynésienne tente de s'habituer à ce nouveau corps étranger qu'est le droit de la concurrence, cela faciliterait indéniablement le travail de pédagogie sur la question des contours du droit et une meilleure compréhension de

ce qu'est sa philosophie générale. Ce transfert vers le code de commerce serait l'occasion de travailler aux problèmes spécifiques soulevés par les interconnexions entre « petit » et « grand » droit de la concurrence, un travail sans doute facilité par la suppression de la notion d'abus de dépendance économique qui vient jeter le trouble sur la séparation de ces deux corpus juridiques.

Conclusion

Le colloque a permis de procéder à une revue assez exhaustive des problèmes que soulève l'application du droit de la concurrence dans une petite économie insulaire isolée. Les expériences croisées de divers territoires comme Malte, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française ont éclairé d'un jour nouveau les perspectives ouvertes dans ces économies en matière de concurrence.

La richesse des échanges et la passion révélée dans certains débats montrent, s'il en était réellement besoin, que ce travail universitaire, enraciné dans la vie pratique des affaires et de la politique publique, n'était pas du tout prématuré et qu'il venait au contraire au bon moment. L'instant coïncide avec la mise en place, par la Nouvelle-Calédonie, de sa propre autorité indépendante ; il correspond à la volonté envisagée par la Polynésie française de réformer son code de la concurrence afin de répondre à des interrogations et des critiques vives exprimées par les milieux industriels et commerciaux après deux ans de vie de l'institution, et qui ne correspondent pas à un simple lobbying du monde des affaires ou une volonté de « *rejouer le match* », comme l'a exprimé le Président Jacques Mérot dans sa communication, mais bien à une ambition d'amélioration des règles actuelles pour en accroître la portée, l'efficacité et la justice.

Non seulement les présentations ont éclairé d'un jour théorique un certain nombre de pratiques des autorités locales de la concurrence, mais en outre, elles ont toujours gardé un souci de pertinence pratique, susceptible de déboucher sur des propositions d'amendements au texte initial. Sans ôter à l'APC ses outils majeurs d'action contre les pratiques anticoncurrentielles et sans lui retirer le contrôle des concentrations et des surfaces commerciales, des propositions ont été faites pour que ces outils reviennent de manière générale au droit en vigueur dans le monde entier.

Il se trouve qu'au moment où les actes de ce colloque vont passer à l'édition, un double événement vient en conforter les travaux et montrer tout l'intérêt pratique de cette recherche-action. D'une part, l'Assemblée de la Polynésie française vient de voter, le 14 mars 2018, la loi du pays portant modification de la partie législative du code de la concurrence, dont la majorité des points reprennent les enseignements du colloque tenu à l'Université de la Polynésie française. D'autre part, et dans un enchaînement temporel remarquablement bienvenu, vient de sortir en métropole un rapport préconisant une réforme du droit de la

concurrence français dans lequel on retrouve certains des éléments discutés lors du colloque de l'université de la Polynésie française¹³.

¹³ Canivet G. et Jenny F. (dir.), 2018, *Pour une réforme du droit de la concurrence*, Rapport du Club des juristes, Commission *ad hoc*, Janvier.