

INTERVENTIONNISME ET CONCURRENCE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE: L'ÉCONOMIE ADMINISTRÉE EST-ELLE UNE FATALITÉ?

*Antonino Troianiello**

La présente contribution a pour objet d'offrir au lecteur un panorama des principaux mécanismes juridiques régissant le système d'économie administré qui s'est constitué, en Polynésie française, dans le prolongement du Centre d'expérimentations nucléaires. La reconversion de cette économie en « vase clos », puissamment réfractaire aux libertés économiques et à la concurrence, paraît inexorable.

La crise que traverse actuellement la Polynésie française vient raviver les interrogations sur la pérennité du modèle économique fortement administré et dépendant des transferts de l'État mis en place dans le prolongement des activités du Centre d'expérimentations du Pacifique¹. Cette économie administrée a vu le jour dans un contexte où, sur le plan juridique et institutionnel, le *Fenua* est resté à l'écart du droit métropolitain qui, pour l'essentiel, ne s'y applique pas en vertu du principe dit de « spécialité législative ». L'affirmation constante de l'autonomie institutionnelle et le transfert massif de compétences qu'elle implique n'a fait qu'accroître cet isolement juridique.

La Polynésie française est dès lors restée à l'écart du tournant libéral qui eu lieu en métropole dans le milieu des années 80 sous l'impulsion d'Edouard Balladur alors ministre de l'économie et des finances du premier gouvernement de cohabitation. C'est en effet à cette période que la France entame une révolution

* Maître de Conférences en Droit Public, membre du Haut Conseil de la Polynésie Française. Conférence donnée le jeudi 3 février 2011 à l'Université de la Polynésie française dans le cadre du cycle « Savoirs pour tous ».

1 Cf *L'économie polynésienne post-CEP. Une dépendance difficile à surmonter, 1995-2003*, CEROM, 2004.

libérale et renonce à l'économie administrée. Outre un important mouvement de privatisations lié aux exigences européennes et qui ne sera jamais remis en cause par la suite, le gouvernement adopte la fameuse *ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence* (désormais intégrée dans le code de commerce) qui constitue le socle du droit national de la concurrence.

Sommairement, la concurrence peut être définie comme la situation dans laquelle se trouve un acteur économique par rapport aux autres lorsque, tout en faisant des profits, il peut rivaliser avec eux en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal. Il y a dès lors concurrence « déloyale » lorsqu'un opérateur met en œuvre certaines pratiques limitant l'accès au marché d'autres opérateurs. La concurrence implique donc: i) que la puissance publique s'abstienne de fausser le marché par sa propre intervention ii) mais aussi qu'elle garantisse l'exercice de la libre concurrence. La notion de régulation traduit cette dernière exigence.

Cette notion est apparue aux Etats-Unis, à la croisée des politiques d'administration publique et économique, lorsqu'il s'est agi de mettre en place des agences pour juguler les effets d'une concurrence anarchique. En France, au contraire, des autorités administratives indépendantes furent instituées afin de remédier à l'insuffisance de la concurrence. Depuis la fin des années 80, leur nombre ainsi que leurs prérogatives n'ont cessé de croître dans un contexte de rétrécissement du périmètre de l'intervention publique qui s'est manifesté sous divers aspects: vagues de privatisation, formatage à minima de la notion de service public, soumission de la quasi-totalité des activités administratives aux exigences du droit de la concurrence, soumission de la plupart des contrats publics à des principes libéraux, etc. En une trentaine d'années, le rôle de la puissance publique dans la sphère économique s'est trouvé redéfini autour de l'idée de régulation².

Nul besoin d'être un observateur averti pour constater que la Polynésie française est restée totalement imperméable à ce phénomène. L'essor des libertés économiques se trouve contrarié dans le cadre d'une économie administrée caractérisée d'une part, par un fort protectionnisme traditionnellement justifié par l'étroitesse et la fragilité des équilibres du marché et, d'autre part, par un interventionnisme très poussé. Ce constat conduit, sans esprit polémique, à s'interroger sur la manière dont une micro-collectivité comme la Polynésie

2 Sur cette notion qui a donné lieu à une abondante littérature, on peut notamment se reporter à B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2004.

française doit se positionner dans un contexte mondial où la norme est la libre concurrence: doit-elle rester imperméable à cette évolution? Le peut-elle vraiment et dans quelle mesure?

Ces questions ont moins vocation à déboucher sur une réponse que d'inviter chacun au débat et à la réflexion à partir d'un diagnostic de la situation qui se décompose en deux volets. Dans un premier volet, après avoir constaté la quasi-inexistence de réglementation en matière de droit de la concurrence en Polynésie française, on tentera d'expliquer ce phénomène en s'en tenant à un registre strictement juridique. Puis, dans un second volet, on approfondira le constat pour relever que la politique économique menée consiste en une administration en « vase clos » de l'économie polynésienne qui, en tant que telle, s'oppose au développement des libertés économiques.

I UN ORDRE JURIDIQUE REFRACTAIRE AUX LIBERTES ECONOMIQUES

En raison du principe de spécialité législative, soit les sources internationales ou nationales du droit de la concurrence ne sont pas applicables en Polynésie française, soit elles ne s'appliquent que de manière résiduelle. Si cette extension du droit de la concurrence en Polynésie française n'a pas eu lieu, c'est évidemment parce qu'elle n'a pas été souhaitée par les autorités locales. On en veut pour preuve la réticence de ces dernières, pourtant pleinement compétentes depuis 2004, à réglementer la concurrence.

A L'absence d'extension en Polynésie Française du Droit de la Concurrence

1 Les sources internationales

Les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) constituent l'une des premières sources du droit international économique. Ils ont succédé en 1995 aux accords du GATT créés au sortir de la seconde guerre mondiale. L'OMC, qui regroupe 140 Pays, promeut une action de lutte contre les discriminations commerciales et les pratiques restrictives comme, par exemple, le contingentement des importations, le dumping, les subventions et les aides à l'exportation, etc. Elle est dotée d'un organe de règlement des différends. Les Etats membres de l'OMC peuvent ainsi exercer un droit de recours et trancher leurs désaccords en recourant à une procédure d'arbitrage. Toutefois, il ressort clairement d'un arrêt de la Cour de Strasbourg du 12 décembre 1971 *International Fruit*, que les ressortissants des Etats membres du GATT ne peuvent se prévaloir de ces accords à l'appui d'un

recours juridictionnel³. On se situe en effet dans le cadre du droit international classique qui n'a pas d'effet direct dans le droit interne (contrairement au droit européen). La solution est exactement la même pour l'OMC. En métropole comme en Polynésie française, le juge administratif n'identifie pas de disposition au sein des accords de l'OMC dont les justiciables puissent se prévaloir directement⁴.

Le droit issu de l'Union européenne constitue la seconde pièce maîtresse du droit international économique. Son originalité tient au fait qu'il produit des effets directs au bénéfice des citoyens de l'Union européenne. Toutefois, il ne s'applique que de manière très limitée en Polynésie française, à la différence des départements d'outre-mer qui ont le statut de régions ultrapériphériques (RUP). A l'instar des autres Pays et territoires d'outre-mer (PTOM), la Polynésie française n'est en effet liée à l'Union européenne que par un régime d'association. Régi par les articles 198 à 204 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce régime d'association constitue un moyen terme entre l'intégration à l'Union et le régime appliqué aux pays tiers. Pour l'essentiel, il prévoit : i) le respect du principe de non discrimination en vertu duquel les marchandises provenant de l'Union européenne sont soumises aux mêmes droits de douane que les marchandises en provenance de métropole, droits nettement inférieurs à ceux acquittés par les pays tiers; en contrepartie, les importations en provenance des PTOM sont dispensées de droit de douane dans l'Union; ii) que les investissements financés par la communauté doivent être ouverts à l'ensemble des investisseurs communautaires susceptibles d'être intéressés; iii) le libre établissement des ressortissants et des sociétés de l'Union sous réserve des règles particulières qui pourront être adoptées à l'unanimité par les Etats-membres réunis au sein du Conseil comme le prévoit expressément l'article 203. C'est en application de cette dernière disposition que fut adoptée la décision d'association n° 2001/182/CE du 27 novembre 2001 relative à l'association des PTOM et de la communauté européenne. Récemment, le Conseil d'Etat a spectaculairement sanctionné la méconnaissance du principe général de non discrimination mentionnée au 2 b de l'article 45 de la décision d'association en déclarant illégale une « loi du pays » qui entendait limiter l'établissement d'opérateurs de téléphonie mobile étrangers en Polynésie française⁵. Toutefois, ce

3 CJCE 12 décembre 1972 *International Fruit Company*, rec. 1729.

4 Cf not TAP 20 mai 2003 *Sté Nippon Auto-Moto c. Polynésie française*, n° 00148; CE 30 mai 2007 *René Hoffer*, n° 251244.

5 CE, 2 février 2009 *Haut commissaire de la République en Polynésie française et société DIGICEL*, n° 343991, note A Troianiello, DA, avril 2011 (à paraître).

type de décision est rare et les effets du droit de l'Union européen restent marginaux en Polynésie française.

2 *Les sources nationales*

La réglementation métropolitaine de la concurrence n'est pas applicable en Polynésie française; en particulier la réglementation générale figurant au livre 4 du code de commerce intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » qui contient les dispositions issues de l'ordonnance précitée du 1^{er} décembre 1986, par la suite complétées. Cette réglementation de première importance prévoit notamment:

- Le principe de la liberté des prix (art. L 410-2).
- Des dispositions relatives à l'autorité de la concurrence (art. 410-1 et s.); en matière de pratique anticoncurrentielle, elle prend des décisions et, le cas échéant, des sanctions, susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Paris (section concurrence) et la Cour de cassation.
- Elle énumère, une série de pratiques anticoncurrentielles prohibées et sanctionnées pénalement (L 421-1 s.) telles que: le fait de limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence d'autres entreprises; le fait de « faire obstacle » à la fixation des prix par le libre jeu du marché; le fait de limiter ou contrôler la production, les débouchés, etc.; l'exploitation abusive d'une position dominante; la pratique des prix abusivement bas destinés à éliminer la concurrence;
- Une procédure de contrôle des concentrations (L 430-1 s.).
- Des dispositions destinées à assurer la transparence des prix vis-à-vis des consommateurs, mais également à assurer un équilibre des relations commerciales entre les professionnels. Ces dispositions, qui ont été constamment modifiées, sont initialement issues de la loi Galland votée en 1996 dans le but de réglementer les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. Elle interdit les prix « abusivement bas » pratiqués au détriment des fournisseurs et s'efforce de réglementer la pratique dite des « marges arrières ».

Pour l'essentiel, le droit national de la concurrence s'applique par le truchement des normes prétoriennes, c'est-à-dire des principes généraux du droit et des principes à valeur constitutionnelle. Certes, le Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat n'ont pas été jusqu'à ériger en tant que tel le principe de la libre concurrence, sans doute trop connoté sur le plan idéologique, mais leur jurisprudence ne lui a pas moins donné corps par la consécration de plusieurs

libertés économiques s'imposant aux normes polynésiennes en raison du rang supérieur qu'elles occupent vis-à-vis de ces dernières dans la hiérarchie des normes (cf. art. 176 III de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française).

Au plan constitutionnel, la consécration des libertés économiques reste mesurée. En outre, les libertés dont la valeur constitutionnelle est reconnue sont rarement pourvoyeuses d'effets juridiques directs parce qu'elles appellent généralement une conciliation avec d'autres principes à valeur constitutionnelle. Ainsi, par exemple, s'agissant de la liberté d'entreprendre qui s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle à l'occasion des nationalisations du début des années 80, le juge constitutionnel n'a eu de cesse de réaffirmer depuis qu'elle n'est ni générale ni absolue et qu'elle se concrétise dans le cadre de la loi⁶. Concrètement, à l'occasion de l'examen d'une loi, le Conseil constitutionnel exerce un « contrôle de proportionnalité » des atteintes à la liberté d'entreprendre. Le législateur dispose dès lors d'une latitude importante pour « aménager » cette liberté.

Bien avant que le Conseil constitutionnel ne consacre la liberté d'entreprendre, le Conseil d'Etat avait érigé en principe général du droit la « liberté du commerce et de l'industrie »⁷. Il est assez régulièrement fait application de ce principe général du droit en Polynésie française. Par exemple, dans une décision du 13 mai 1994, le Conseil d'Etat sanctionne une délibération qui portait une atteinte excessive à la profession de taxi⁸. Il a considéré que l'obligation faite aux titulaires d'une licence de taxi d'exercer leur fonction personnellement et de leur interdire de détenir plus d'une licence de taxi ou d'exercer une autre activité de transport terrestre, portait excessivement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

La sanction du principe de la liberté du commerce et de l'industrie est souvent appliquée en combinaison avec l'identification d'une rupture d'égalité; c'est-à-dire d'une rupture du principe d'égalité. Ainsi, par exemple, dans une *décision SETIL du 4 décembre 2003*⁹ la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé qu'était applicable en Polynésie française la *jurisprudence aéroport de Paris*¹⁰. Selon cette jurisprudence, qui paraît avoir été récemment remise en cause¹¹, lorsque le domaine

6 Cf not Décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, consid 13.

7 CE sect., 26 juin 1959 *Syndicat des ingénieurs conseils*, GAJA.

8 CE sect., 13 mai 1994 *Président de l'Assemblée de la Polynésie française*, n° 112409.

9 CAA Paris 4 décembre 2003 *SETIL*, AJDA 2005, p 200.

10 CE sect. 26 mars 1999, *Société Hertz-France et autres*, AJDA 1999, p 427.

11 Cf CE sect. 3 décembre 2010 *Ville de Paris et assoc. Paris Jean Bouin*, n° 2010-022272.

public est le siège d'activités concurrentielles, l'autorité qui délivre des autorisations d'occupation est tenue de les attribuer dans le cadre d'une procédure transparente.

La méconnaissance du principe de liberté du commerce et d'industrie a également été sanctionnée dans le cadre d'affaires mettant en cause la protection de monopoles locaux. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 7 juin 2007¹², la Cour administrative d'appel de Paris a confirmé la censure d'une délibération soumettant l'activité de « call-back » à autorisation préalable et à des droits très importants. Or, comme le rappelait le rapporteur public dans ses conclusions en première instance: « *Le principe général du droit qu'est la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à une réglementation des professions commerciales; mais encore faut-il que cette réglementation soit justifiée par un intérêt général reconnu, tel que la protection de la sécurité, de la santé publique, voire la moralisation de la profession.* »¹³

B L'absence de Réglementation Polynésienne du droit de la Concurrence

Bien que le levier monétaire et financier reste du ressort de l'Etat, les autorités polynésiennes disposent d'une compétence dans le domaine économique dont l'étendue est considérable. Elles sont pleinement compétentes en matière de droit commercial à la suite de la réforme statutaire du 27 février 2004¹⁴. Si tel était leur volonté, elles pourraient édicter une réglementation générale en matière de droit de la concurrence à l'instar de celle figurant dans le code de commerce. Il n'existe en effet que deux limites à cette compétence: d'une part, des contraintes statutaires qui empêcheraient la Polynésie de créer une autorité administrative indépendante en matière de concurrence; d'autre part, l'obligation de solliciter le concours de l'Etat dès lors qu'est en cause la « recherche et à la constatation des infractions »¹⁵. Mais

12 CAA Paris 11 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, n° 04PA03411.

13 Concl Lubrano sur TAP 15 juin 2004 SA *BD Multimedia*, n° 0300479.

14 C'est n'est qu'à compter de l'entrée en vigueur de ce statut que la compétence en matière de « principes fondamentaux de obligations civiles et commerciales » a été transférée à la Polynésie française (cf. art. 140). Auparavant, sa compétence en matière civile commerciale en la matière était limitée, ce qui l'empêchait, par exemple, de réglementer les concentrations d'entreprises. Dans un avis rendu sur ce point le 28 septembre 1999, le Conseil d'Etat conclut par la négative estimant que: « *l'édition d'une réglementation ayant pour objet de permettre le contrôle des concentrations d'entreprises dans des secteurs déterminés, par la limitation qu'elle est susceptible d'apporter à la liberté contractuelle, touche à la fois à la définition des règles de droit civil et des principes fondamentaux des obligations commerciales et relève ainsi de la seule compétence de l'Etat* ».

15 Elle l'a d'ailleurs fait en adoptant la loi du pays n° 2009-12 du 3 août 2009 relative à la recherche et à la constatation des infractions en matière économique.

force est de constater que la Polynésie française ne s'est guère emparée de sa compétence en matière de droit de la concurrence. Pire, depuis 2004 elle n'a jamais actualisé son code de commerce¹⁶. A bien y regarder, la seule avancée tangible en matière de concurrence résulte de la mise en œuvre de principes de la commande publique imposée par la révision statutaire du 7 décembre 2007.

1 La Polynésie française s'abstient de réglementer la concurrence

Il n'existe localement aucune réglementation générale relative à la concurrence du type de celle figurant dans le code de commerce. Cela se traduit par le fait que la plupart des comportements anticoncurrentiels ne peuvent être sanctionnés en Polynésie française. De même, lorsqu'on examine les réglementations sectorielles, on se rend compte que les principes destinés à permettre la concurrence sont quasi-inexistants et que, dans les rares cas où une réglementation existe, elle est généralement dépourvue d'effet comme le montre l'analyse des trois secteurs ci-après.

La situation de la grande distribution est emblématique de cette inefficacité. Il existe certes depuis 1994 une réglementation du type « loi Royer » sur l'implantation des grandes surfaces¹⁷. Mais, tout comme en métropole, cette réglementation qui laisse aux élus un pouvoir de décision déterminant au sein de la commission d'implantation des grandes surfaces, n'a pas été en mesure de limiter le phénomène de concentration de la grande distribution qui était déjà très avancé avant la mise en place de la réglementation. A cela s'ajoute le fait que le dispositif qui a vocation à encadrer l'essor de la grande distribution n'a pas vocation à limiter les phénomènes de concentration. En effet, la réglementation métropolitaine relative aux grandes surfaces ne contient pas de disposition spécifique en matière de concentration, sauf l'article L.752-10 du code de commerce qui concernait les seuls DOM et qui a été récemment abrogé¹⁸. A la suite de la crise guadeloupéenne, la

16 Ce qui, outre une modernisation souhaitable du droit des sociétés, aurait permis une mise à jour du droit des procédures collective dont l'urgence apparaît pressante.

17 L'article D. 212-2 du code des postes et télécommunications issu de la délibération de 2003 prévoit que « les autorités de compétences de la Polynésie française veillent (...) à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile, de fournisseur d'accès à Internet ou de fournisseur de procédure de rappel, au bénéfice des utilisateurs ».

18 Abrogé par l'article 102 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, cet article disposait: « Dans les départements d'outre-mer, sauf dérogation motivée de la commission départementale d'équipement commercial, l'autorisation demandée ne peut être accordée lorsqu'il apparaît qu'elle aurait pour conséquence de porter au-delà d'un seuil de 25% sur l'ensemble du département, ou d'augmenter, si elle est supérieure à ce seuil, la surface de vente totale des

question de la cherté de la vie outre-mer a ressurgi. Suite à quoi, saisie pour avis sur la situation de la grande distribution dans les DOM, l'autorité de la concurrence après avoir noté un écart de prix dépassant de 55 % celui de la métropole, préconisait une application plus rigoureuse de la répression des pratiques anticoncurrentielles¹⁹. Cette analyse est riche d'enseignement pour la Polynésie française où le caractère très avancé du phénomène de concentration donne à penser que l'instauration d'un dispositif *antitrust* aurait des effets quelques peu platoniques.

En dépit de l'ambition affichée depuis 2003, l'ouverture à la concurrence annoncée dans le secteur des télécommunications (internet, téléphonie mobile) peine à s'installer, et ce, aussi bien dans le domaine de la téléphonie mobile que de l'internet. Toutes ces activités demeurent à ce jour exercées par le groupe constitué autour de l'Office des postes et télécommunications (OPT) et de ses filiales qui n'ont aucun concurrent²⁰. De nombreux obstacles à l'émergence d'une concurrence effective subsistent en pratique, alors même que ces deux dernières années plusieurs autorisations ont enfin été attribuées aussi bien dans les secteurs de la téléphonie mobile que de l'internet. Les nouveaux entrants, souvent mal sélectionnés, peinent à démarrer leurs activités. Ils rencontrent des obstacles tenant, en particulier, aux droits d'accès très élevés, à la brièveté relative de la durée des licences, à des tarifs d'interconnexion que les autorités peinent à imposer à l'opérateur historique, etc. A ces éléments est venu se greffer une volonté de

commerces de détail à prédominance alimentaire de plus de 300 mètres carrés de surface de vente, que celle-ci concerne l'ensemble du projet ou une partie seulement, et appartenant:

1° Soit à une même enseigne;

2° Soit à une même société, ou une de ses filiales, ou une société dans laquelle cette société possède une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, ou une société contrôlée par cette société au sens de l'article L 233-3;

3° Soit contrôlée directement ou indirectement par au moins un associé exerçant sur elle une influence au sens de l'article L 233-16, ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun. »

19 Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

20 La filialisation de l'OPT suscite une controverse juridique après que la Chambre territoriale de comptes de la Polynésie française a considéré que l'article 30 de la loi statutaire réserve cette possibilité à la seule Polynésie française et non à ses établissements (observations définitives, séance du 2 septembre 2008, p. 3). La même réponse a été donnée par le haut conseil de la Polynésie française dans un avis n° 07/2010/HCPF du 16 mars 2010. Cependant, dans un avis n° 01-2010 du 12 août 2010, le tribunal administratif a considéré que les établissements publics de la Polynésie française pouvaient créer des filiales. Dans une réponse à une question écrite n° 91866 posée par M. Bruno Sandras publiée au JO du 28 décembre 2010, p. 14041, le ministère de l'outre-mer admet qu'une clarification de l'article 30 de la loi statutaire s'impose.

renforcer la limitation des investissements étrangers dans le secteur de la téléphonie mobile comme peut en attester la « loi du pays » récemment censurée par le Conseil d'Etat (voir *infra* n° 9).

Dans le secteur de l'énergie, l'absence de concurrence est encore plus patente. De fait, le concessionnaire du service public de l'énergie, non content de détenir le monopole de la distribution (tout à fait justifié au regard de son statut de concessionnaire de service public à ce titre), détient aussi de fait le quasi-monopole de la production d'énergie et assure son transport sur délégation d'une société d'économie mixte dont il est à la fois le seul actionnaire privé et le principal co-contractant. Autrement dit, faute de disposition destinée à limiter l'effet de position dominante, la production, le transport et la distribution d'énergie sont contrôlés par un seul et même opérateur. Ce phénomène de concentration critiquable a d'ailleurs été relevé par la Chambre territoriale des comptes de la Polynésie française²¹.

2 *La récente prise en compte des « principes de la commande publique »*

Ces principes sont au nombre trois: i) la liberté d'accès à la commande publique; ii) l'égalité de traitement des candidats; iii) la transparence des procédures. Issus du droit européen, ces principes qui poursuivent le double objectif de garantir une bonne gestion des deniers publics et d'assurer une concurrence effective entre les candidats, ont été repris par le droit national²² le Conseil constitutionnel allant jusqu'à leur reconnaître une valeur constitutionnelle²³. Ces principes, qui s'imposent pour certains contrats, notamment les marchés publics, les délégations de service public (DSP) et les contrats de partenariat, étaient déjà mis en œuvre au plan national (cf. *loi Sapin du 29 janvier 1993* pour ce qui est des délégations de service public (DSP) et du Code des marchés publics de 2004 pour ce qui est de marchés publics). C'est également pour mettre en conformité avec ces principes la vieille pratique des « contrats globaux » qu'ont été créés cette même année les contrats de partenariat.

Lors de la révision de 2007 la loi statutaire a été complétée par un article 28-1 imposant aux autorités polynésiennes un délai pour mettre en œuvre « les principes de la commande publique ». Deux « lois du pays » ont été adoptées le 7 décembre 2009 fixant, pour l'une, le cadre réglementaire des délégations de service public des communes, de leurs groupements et de leurs établissements publics et, pour l'autre,

21 Cf CTC Polynésie française, Rapport d'observations définitives, 29 novembre 2007 – Service public de l'électricité.

22 Avis du CE 29 juillet 2002 Société MAJ Blanchisseries de Pantin.

23 Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

celui des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics²⁴. La question de l'entrée en vigueur de ces textes n'a pas manqué de susciter un débat dont il est ressorti que les « principes de la commande publique » s'appliquaient avant même l'entrée en vigueur de ces deux « lois du pays ». Sanctionnant ce principe, un jugement du tribunal administratif de la Polynésie française en date du 25 juin 2010 a annulé la signature d'un avenant prolongeant la durée d'une concession de distribution d'électricité²⁵. Dans le même sens, un jugement du 7 décembre 2010 *Commune de Faa'a*²⁶ a précisé que le respect des principes de la commande publique s'imposait dans le cadre de l'attribution d'une concession aéroportuaire.

II L'ADMINISTRATION EN VASE CLOS DE L'ECONOMIE POLYNESIENNE

Les diverses études réalisées – notamment pas les chercheurs de l'Université de la Polynésie française – montrent que l'économie Polynésienne s'est constituée dans le sillage de l'après-CEP en Polynésie française comme une économie de rente fonctionnant grâce à un afflux de richesses en grande partie indépendant de la valeur ajoutée produite localement. Il en a résulté une dépendance extrême aux transferts de l'Etat, un secteur public hypertrophié ainsi qu'un secteur privé surprotégé qui prospère au détriment du pouvoir d'achat des ménages et de la compétitivité du secteur privé non protégé (tourisme, exportation, petit commerce, restauration, artisanat, etc.). Sur le plan des politiques publiques, cette situation se traduit par la mise en place de politiques publiques protectionnistes et interventionnistes.

A Protectionnisme

Les entreprises privées sont, pour la plupart, totalement dépendantes du marché intérieur et du contexte réglementaire local. La lecture du Journal Officiel de la Polynésie française est à cet égard édifiante: on y constate que l'activité économique est enserrée dans un maillage réglementaire extrêmement contraignant; au point que l'ouverture d'une banale « roulotte » est soumise à diverses autorisations administratives. Parallèlement, la réglementation locale s'avère extrêmement protectrice pour certaines activités. Certaines entreprises – du

24 Loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public des communes, et leurs groupements et de leurs établissements publics; Loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics.

25 TAP 1^{er} juin 2010, Valentina Cross, n° 0900476.

26 TAP 7 décembre 2010, Commune de Faa'a, n° 1000086.

secteur privé ou du secteur mixte - entretiennent une relation incestueuse avec la puissance publique et bénéficient d'une « surprotection » justifiée par l'idée qu'à défaut, tout développement de l'économie locale serait impossible compte tenu de l'étroitesse du marché qui compromet toute économie d'échelle. Il n'en reste pas moins que cette situation fausse la concurrence et aboutit à des prix excessifs grevant lourdement les charges des entreprises du secteur non protégé ainsi que le budget des ménages. On en donnera au moins trois illustrations.

1 Restrictions quantitatives à l'importation

La Polynésie française peut restreindre quantitativement les importations (art. 90, 8°), contingenter par voie d'appel d'offres d'importations de certaines denrées, fixer un programme annuel d'importation ou des restrictions à l'importation. Tel est l'objet de l'arrêté n° 861 CM du 22 juin 1999 qui fixe le régime d'importation des produits soumis au contrôle du commerce extérieur²⁷. Ce texte prévoit, à côté des « marchandises libérées », trois catégories de marchandises faisant l'objet de restrictions:

- Les « marchandises suspendues » d'importation, euphémisme pour dire « interdites ». Ces marchandises sont relativement nombreuses: il s'agit notamment de certains produits alimentaires transformés, charcuterie, mais également de certains poissons ou légumes frais ou surgelés, de certains produits ménagers, etc.
- Les marchandises placées sous le régime de l'appel d'offres avec monopole d'importation (il s'agit de 3 PPN: riz, farine, sucre) dont le juge administratif a confirmé la légalité si certains motifs d'intérêt général sont réunis (protection du marché local, baisse des prix). Il est ainsi admis que la baisse des prix concernant un produit essentiel pour l'économie locale peut justifier, dans certains cas, la mise en place d'un système d'adjudication avec d'importants monopoles à la clef²⁸, bien que ce type de dispositif donne parfois lieu à de retentissants contentieux comme la fameuse « guerre entre les importateurs de riz »²⁹.
- Les marchandises « non libérées » qui, soit font l'objet de quotas d'importation (la liste est très importante, on y trouve l'essentiel des produits

27 Arrêté n° 861 CM du 22 juin 1999 fixant le régime d'importation des produits soumis au contrôle du commerce extérieur.

28 TAP, 9 novembre 1998, Polynésie française c/ CMT.

29 CE, 30 décembre 2009, Morgan Vernex, n° 313281.

alimentaires frais ou surgelés: fruits et légumes, poulet, viande de porc), soit requièrent une licence d'importation.

Outre ces restrictions à l'importation, motivée par la volonté de protéger la production locale, les pouvoirs publics peuvent également édicter des interdictions de commercialisation fondées sur des motifs de santé publique qui ont un effet équivalent à une interdiction d'importation. C'est ce que le Pays a fait pendant plusieurs années en interdisant l'importation de la boisson Red bull, c'est ce qu'il a fait il y a quelques mois en interdisant l'importation des crevettes fraîches.

2 *Surprotection fiscale des entreprises locales*

Cette surprotection joue à un double niveau. En premier lieu, les entreprises locales de production bénéficient d'une exonération totale de droit de douane à l'importation pour un très grand nombre de produits destinés à être transformés localement. Tel est l'objet de la délibération n° 88-158 AT du 23 novembre 1988³⁰. Ce texte exonère en effet un grand nombre de matières premières (alimentaire, d'origine animale, graisse, minéraux, produits chimiques, encres, polymères, tôles, caoutchouc, etc.) En second lieu, les productions locales sont protégées par une « taxe de développement local » (TDL) dont le taux de 2 à 82 % pénalise les produits importés. Cette taxe, selon ses détracteurs, favorise le manque de compétitivité des productions locales et leur cherté. Il est vrai que dans certains cas, la protection est sans doute exagérée voire totalement injustifiée. On ne peut manquer de citer à cet égard, l'épisode de ce qu'on a appelé la « guerre des eaux minérales » qui s'est achevée par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 13 juin 2007 *Kim Fa*³¹. Dans cette affaire, la société requérante avait contesté avec succès devant la juridiction administrative une délibération soumettant les eaux minérales importées à la TDL. Or, cette taxe n'est normalement possible que pour autant qu'il y a nécessité de protéger les industries locales. Au cas particulier, le juge administratif a considéré qu'au regard tant de l'écart de prix que de la différence de qualité entre les eaux produites localement et les eaux minérales importées, cette protection ne se justifiait pas. La délibération a donc été censurée pour erreur manifeste d'appréciation.

30 Délibération n° 88-158 AT du 23 novembre 1988 portant suspension provisoire, dans le tarif douanier, du droit de douane et du droit fiscal d'entrée applicables à certaines matières premières importées par des entreprises locales de production et de transformation.

31 Cour administrative d'appel de Paris du 13 juin 2007 Société Kim Fa, n° 05PA04260.

3 *Réglementation des investissements étrangers*

C'est avec une grande constance que les autorités polynésiennes manifestent la préoccupation de contrôler les investissements étrangers. Depuis 1845, diverses dispositions se sont succédées dans le but de contrôler les transferts de propriétés et à empêcher les acquisitions foncières spéculatives étrangères. Cette préoccupation a toutefois progressivement dégénéré en une réglementation attrape-tout. Soucieux d'endiguer cette dérive, le Conseil constitutionnel avait déclaré inconstitutionnelles deux dispositions de l'article 28 de la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française qui soumettaient les transferts entre vifs de propriétés d'étrangers à une autorisation préalable du conseil des ministres assortie d'une éventuelle préemption³². Il n'en reste pas moins qu'une réglementation sur les investissements étrangers, qui est toujours en vigueur, fut adoptée: la délibération n° 96-141 APF du 21 novembre 1996 et son arrêté d'application³³. Cette réglementation soumet à un régime d'autorisation préalable, et ce, quel que soit leur importance, les investissements étrangers réalisés dans les trois secteurs suivants: i) l'immobilier; ii) la pêche, l'aquaculture, la nacre ou la perle; iii) l'audiovisuel et les télécommunications.

Hormis ces trois secteurs, les prises de participations étrangères sont soumises à un régime déclaratif dès lors qu'elles excèdent 20 % du capital ou des droits de vote des sociétés cotées en bourse ou 33,33 % du capital ou des droits de vote des sociétés non cotées en bourse. Pourtant, cette réglementation paraît avoir subrepticement réintroduit le dispositif censuré par le juge constitutionnel au motif qu'il conférait au conseil des ministres un trop large pouvoir discrétionnaire. La réglementation ne mentionne en effet aucun motif d'intérêt général justifiant un refus d'autorisation, alors même qu'il eût été aisé d'énumérer quelques motifs de refus comme, par exemple, les investissements dénués de caractère productif et réalisés dans une finalité purement spéculative. Sa régularité paraît donc discutable

32 Le juge constitutionnel entendait ainsi censurer « un régime discrétionnaire d'autorisation préalable à la réalisation d'opérations de transfert de propriété qui peuvent concerner des catégories de droits multiples, sans préciser les motifs se référant à des fins d'intérêt général sur lesquels le conseil des ministres devrait, sous le contrôle du juge, fonder sa décision; que ces autorisations, requises sous peine de nullité des opérations de cession en cause, comportent des limitations directes au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété; que de telles limitations revêtent un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen » (D n° 96-373 DC du 9 avril 1996, considérant n° 22).

33 Délibération n° 96-141 APF du 21 novembre 1996 portant réglementation des investissements étrangers en Polynésie française; Arrêté n° 285 CM du 17 mars 1997 portant application de la délibération n° 96-141 APF du 21 novembre 1996 portant réglementation des investissements étrangers en Polynésie française.

en ce qu'elle confère au conseil des ministres un pouvoir général et absolu dans la mise en œuvre d'une police administrative spéciale qui appelle normalement un encadrement strict. Au-delà du débat sur sa régularité, le principe même d'une réglementation des investissements étrangers paraît à maints égards anachronique, pour ne pas dire déconcertant, dans un contexte où la plupart des territoires isolés et dépourvus de ressources déploient des efforts considérables pour attirer les capitaux étrangers. Cette situation accentue le phénomène d'enclavement de l'économie polynésienne et sa dépendance vis-à-vis de la métropole.

B Interventionnisme

Devenue chronique depuis quelques années, l'instabilité politique compromet le rôle traditionnel des pouvoirs publics en tant que moteur de l'activité économique. Le grippage des mécanismes d'économie administrée traduit, pour reprendre l'oxymore cher à Jean-François Revel, une sorte d'« absolutisme inefficace ». Ce système ne fait toutefois pas l'objet d'une remise en cause car son maintien garantit la pérennité des intérêts du secteur privé « protégé » dont le poids économique est considérable. La multiplicité des prises de participation publique, le poids et la variété des mécanismes d'aides, l'importance des données réglementaires et fiscales sont tels qu'ils rendent d'ailleurs largement factice la ligne de démarcation des activités publiques et privées.

1 Multiplicité des prises de participation

Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur ce point qui fait l'objet d'une brûlante actualité. Le débat public s'est récemment focalisé sur les « satellites » de l'administration tant pour en dénoncer le nombre extravagant que pour en pointer la situation souvent déficitaire. C'est pourtant le législateur qui a encouragé ce mouvement en souscrivant à la thèse assez discutable que le statut d'autonomie du 27 février 2004 était un « outil de développement économique » confortant les possibilités d'interventionnisme. Outre la possibilité traditionnellement reconnue de créer des sociétés d'économie mixte (art. 29), il ouvre celle de créer des entreprises audiovisuelles (art. 25) et celle de participer au capital de sociétés privées pour un simple motif d'intérêt général (art. 30). On sait que cette dernière disposition a été créée pour faire pièce à des décisions de la Cour administrative d'appel de Paris déniaient à la Polynésie française le droit de prendre des participations dans des entreprises autres que des SEM³⁴. Il n'en reste pas moins que le risque d'une telle disposition est que, par son existence même, les pouvoirs publics aient du mal à

34 CAA Paris 7 octobre 2003 Gouvernement de la Polynésie française c. Haut commissaire de la République en Polynésie française, n° 02PA01472.

résister aux sollicitations d'entreprises locales à court de capitaux. De fait, à plusieurs reprises, la Polynésie française est intervenue pour recapitaliser des sociétés agonisantes.

2 Massivité des aides à l'économie

Les aides à l'économie constituent le deuxième outil de l'interventionnisme. Ces aides qui peuvent être directes (subventions) ou indirectes (exonérations fiscales, et notamment défiscalisation) sont pléthoriques. En effet, à la différence des autres collectivités de la République qui ne peuvent octroyer des aides que dans des conditions très étroites prévues par le Code général des collectivités territoriales, ou même de l'Etat qui doit rendre des comptes à la commission européenne, la Polynésie française dispose quant à elle des possibilités les plus larges en matière d'aides. Jusqu'à la révision statutaire de 2007, il n'existait qu'un faible encadrement en la matière et aucun contrôle de l'Assemblée de la Polynésie française. On imagine alors sans peine le rôle que la distribution d'aides a pu avoir sur un plan politique. Il en résulte un pullulement des aides sectorielles en tous genres et dans tous les secteurs de l'économie. La densité comme la diversité des aides est stupéfiante. Pour se limiter à un exemple, on dira que la Polynésie française va même jusqu'à verser des subventions aux mareyeurs pour couvrir leur risque de change à l'exportation ! Une telle systématisme des aides est évidemment de nature à susciter un réflexe d'assistanat malsain au point que l'obtention d'une aide devient souvent le préalable à toute initiative économique. Cet effet d'aubaine a notamment été avancé par les détracteurs de la défiscalisation locale qui est de loin le dispositif d'aide le plus original.

3 Une réglementation des prix en « trompe-l'œil »

La réglementation des prix constitue l'un des pivots de l'économie administrée. Par principe, la réglementation des prix est parfaitement justifiable dans certains cas. Ainsi, par exemple, en dépit du fait que la liberté des prix prévaut depuis 1986, l'Etat intervient sur les prix dans de nombreux domaines (médicaments remboursables, taxi, électricité, gaz, livres, accès aux infrastructures de réseaux, honoraires de certains officiers publics ministériels, etc). On peut même soutenir que lorsqu'un marché ne dispose pas d'une structure concurrentielle satisfaisante, le contrôle des prix constitue un outil d'intervention incontournable. Cet outil peut même constituer un outil de régulation, c'est-à-dire un levier nécessaire à l'émergence de la concurrence. Ainsi, par exemple, les marchés liés à des infrastructures de réseaux n'auraient jamais pu s'ouvrir à la concurrence sans un contrôle des tarifs d'accès aux infrastructures essentielles.

La compétence de la Polynésie française en matière de réglementation des prix est ancienne³⁵. D'ailleurs, la réglementation locale prévoit un encadrement ainsi qu'un contrôle des prix très poussé censé juguler l'accroissement de la cherté de la vie. Force est toutefois de constater que son efficacité est mitigée. Ainsi, une récente étude du CEROM montre qu'en mars 2010, le niveau général des prix à la consommation était globalement supérieur de 25,9 % en Polynésie française sur la base d'un panier (hors loyer) pondérant les habitudes de consommation polynésiennes et métropolitaines. Mais, si l'on prend en compte le panier de consommation métropolitain, le surcoût payé par les polynésiens est de 51 %. Ce chiffre croît considérablement pour les produits alimentaires et boissons non alcoolisées qui constituent près du quart du budget des ménages et coûtent 75 % plus chers qu'en métropole. Des écarts très considérables existent également en matière de transport, de télécommunications ou d'énergie.

Manifestement la réglementation ne suffit pas à endiguer le renchérissement des prix à la consommation. Et ce, bien qu'on ait accru considérablement le nombre de produits à prix réglementés qu'il s'agisse des produits de première nécessité (PPN) ou des produits de grande consommation (PGC)³⁶. L'efficacité de la réglementation des prix repose principalement sur la capacité de contrôle par l'administration de processus extrêmement complexes et souvent largement opaques qui concourent à la formation des prix. Malheureusement, les investigations poussées qui sont requises sont manifestement hors de portée d'un service administratif territorial. Au demeurant, les réglementations régissant la formation des prix sont d'une telle complexité qu'elles ne peuvent être mises en œuvre; par ailleurs, elles ne visent pas les processus de production. Les producteurs ne sont donc guère enclins à faire les efforts de productivité qui pourraient se répercuter à la baisse sur les prix. Dans le cas des PGC où la marge de commercialisation est fixée en pourcentage, la réglementation peut même inciter les producteurs locaux à accroître leur coûts de production afin d'augmenter leur marge, en connivence avec les distributeurs qui s'inscrivent dans cette même logique. La politique d'encadrement des prix est d'ailleurs largement déjouée par la pratique des « marges arrières ». On peut dès lors se demander si la réglementation des prix ne tient pas lieu de « trompe-l'œil »; au-delà d'un effet d'affichage destiné aux consommateurs, elle bénéficie dans certains cas presque exclusivement à la production locale.

35 CE 11 octobre 1989, SCI Brown Bulding, 84958.

36 Dans le cas des PPN comme des PGC il s'agit de mécanismes de limitation se bornant à fixer – selon le cas en valeur absolue ou en pourcentage – une marge de commercialisation maximale des produits sans fixer leur prix de vente. Cela explique que le prix d'un produit PPN ou PGC puisse varier d'un endroit à l'autre.

III CONCLUSION

L'économie polynésienne est à l'évidence malade de son administration. Un protectionnisme excessif a entraîné le développement de situations de position dominante dont les excès doivent être jugulés. Si elle est légitimée par la protection de l'emploi, la surprotection du secteur productif local est indiscutablement une cause de cherté de la vie pour les ménages et pour les entreprises; et ce, d'autant plus que l'efficacité de la politique d'encadrement et de contrôle des prix apparaît limitée. Par ailleurs, l'omniprésence de l'intervention publique fait obstacle au développement d'un secteur privé véritablement autonome. L'interventionnisme est tel, qu'en effet, la frontière du public et du privé est souvent faussée. L'ombre tutélaire de la puissance publique plane sur un énorme secteur privé « protégé » qui s'est souvent développé sous perfusion et n'a pas intérêt à voir le système d'économie administrée rediscuté. La reconversion de l'économie polynésienne exige pourtant une révolution de la relation entre les pouvoirs publics et les acteurs économiques. Afin d'accompagner cette reconversion, un organisme de régulation pourrait être institué, ce qui requiert une modification de la loi statuaire. Un tel outil n'a évidemment de sens que si la Polynésie française se dote simultanément d'un véritable droit général de la concurrence qui pourrait s'inspirer de celui figurant dans le code de commerce national et de dispositions sectorielles qui s'imposent dans plusieurs domaines (télécommunications, transports publics, énergie, grande distribution, etc.).