

AVIS N°2024-A-06 DU 02 SEPTEMBRE 2024

RELATIF À UNE DEMANDE D'AVIS SUR L'EFFET DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 BIS DU CODE DES DOUANES AU REGARD DE LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE

L'Autorité polynésienne de la concurrence,

Vu la lettre du 02 août 2024, enregistrée le 07 août 2024, sous le numéro 24/0023 A, par laquelle le Président de la Polynésie française a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence (ci-après « **l'Autorité** ») pour avis facultatif sur l'effet de l'application de l'article 41 bis du code des douanes au regard de la concurrence économique ;

Vu le code de la concurrence, et notamment son article LP. 620-1 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur général adjoint, le rapporteur général, les représentants de l'Institut de la Statistique de la Polynésie française (ci-après « **ISPF** ») et les représentants du Mouvement des Entreprises de France en Polynésie française (ci-après « **MEDEF Polynésie** ») ayant été entendus sur le fondement des dispositions de l'article LP. 630-5 du code de la concurrence lors de la séance du 02 septembre 2024 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. La présente demande d'avis sollicite la position de l'Autorité concernant l'effet d'une éventuelle abrogation de l'article 41 bis du code des douanes au regard du droit de la concurrence polynésien.
2. Le 1er alinéa de cet article dispose que « *[s]ont tenus au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, les agents de douanes ainsi que toutes personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou de leurs attributions à intervenir dans l'application de la législation des douanes* ».
3. Cette disposition est héritée de l'article 59 bis du code national des douanes qui prévoit également que les agents des douanes sont tenus à une obligation de secret professionnel sous peine de sanctions pénales.
4. Le secret professionnel auquel sont soumis les agents des douanes leur interdit de divulguer les informations confidentielles dont ils pourraient avoir connaissance dans le cadre de leurs fonctions, telles que les données individuelles d'entreprise portant sur un flux de commerce extérieur (valeur, tonnage, pays de provenance ou de destination).
5. En conséquence, les informations confidentielles fournies à l'administration des douanes, soit dans le cadre des procédures douanières, soit à l'occasion d'un contrôle, sont protégées par l'article 41 bis du code des douanes polynésien et par l'article 59 bis du code national des douanes sur le territoire métropolitain. Ces deux articles renvoient à la même sanction pénale issue de l'article 226-13 du code pénal qui prévoit que la révélation d'une information à caractère secret « *par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».
6. Il n'est dérogé à cette règle stricte que dans des cas exceptionnels prévus par le code des douanes. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article 41 bis précise que le président de la Polynésie française peut autoriser le service des douanes à déroger à cette interdiction de communication de certaines informations, mais seulement au profit des « *administrations ou services de l'Etat ou du territoire ou à l'Institut d'émission d'outre-mer qui, par leur activité, participent aux missions de service public d'ordre budgétaire, économique ou fiscal auxquelles concourt la direction régionale des douanes* ».
7. L'Autorité attire l'attention sur cet encadrement juridique trop lacunaire pour une dérogation qui peut engendrer des conséquences importantes en termes de droit de la concurrence. Aussi, elle recommande de renforcer le cadre juridique de cette dérogation afin qu'elle repose sur des éléments plus transparents et objectifs, prenant notamment en compte la réglementation en matière de droit de la concurrence.
8. De manière alternative, il pourrait être envisagé la création d'un comité du secret statistique et douanier en Polynésie française chargé, en lieu et place du directeur des douanes, d'autoriser de manière dérogatoire la diffusion de certaines données douanières ne respectant pas les conditions détaillées plus loin, lorsqu'un intérêt statistique le justifierait.
9. Notamment sur la base de l'article 41 bis précité, la Direction régionale des Douanes de la Polynésie française (ci-après « **DRPF** ») et l'ISPF ont signé le 3 février 2020 une convention n°4/2020/ISPF permettant la transmission, l'exploitation et la diffusion des données statistiques douanières (ci-après la « **convention DRPF-ISPF** »). L'objet de cette convention est de fixer les règles qui régissent la transmission de ces données douanières à l'ISPF, leur exploitation et leur diffusion par l'ISPF.

10. Les informations concernées par la convention proviennent des déclarations en douane enregistrées dans le système F.E.N.I.X. par la DRPF lors du dédouanement des marchandises à l'importation et à l'exportation. Ces données concernent toutes les opérations du commerce extérieur effectuées sur l'ensemble du territoire douanier de la Polynésie française. Ces données fournies par les services douaniers sont par la suite traitées par l'ISPF et alimentent une base de données statistiques, pour en tirer des indicateurs d'échanges de marchandises avec les autres pays. Les données statistiques douanières offrent donc un certain nombre d'indicateurs relatifs aux flux de marchandises, en importations comme en exportations de la Polynésie française.
11. Par ailleurs, ces données statistiques douanières sont également disponibles au public, sous certaines conditions. Selon l'ISPF, l'institut traite plus de 4 000 demandes par an lui parvenant d'administrations, de collectivités locales, d'entreprises, de journalistes, d'associations ou de particuliers afin de valoriser les informations statistiques qu'elle détient¹.
12. Dans le cadre de la diffusion des données statistiques, la convention DRPF-ISPF prévoit un certain nombre de règles de diffusion statistique. L'article 5 de la convention prévoit des restrictions de diffusion qui prévalent à ce jour pour la communication des données douanières hors administrations :
- « [t]oute diffusion statistique par l'ISPF satisfera aux conditions cumulatives suivantes :*
- 1) L'information statistique doit concerner au moins trois opérateurs pour un résultat donné ;*
- 2) Aucun opérateur ne doit participer à hauteur de plus de 85 % du résultat. ».*
13. Depuis cette convention, la diffusion des données douanières, à l'export et à l'import, doit respecter les conditions cumulatives énoncées, engendrant une réorganisation subite des entreprises qui avaient l'habitude de bénéficier de ces informations.

Recommandations :

- 1. Renforcer le cadre juridique permettant au directeur régional des douanes en Polynésie française de diffuser, de manière dérogatoire, certaines informations normalement protégées au titre de la convention DRPF – ISPF, notamment eu égard aux règles du droit de la concurrence ;**
- 2. Subsidiairement, envisager l'établissement d'un comité du secret statistique et douanier en Polynésie française afin d'autoriser de manière dérogatoire la diffusion de certaines données douanières ne respectant pas les conditions cumulatives de l'article 5.1, lorsqu'un intérêt statistique justifierait cette dérogation aux règles de diffusion.**

¹ Site internet de l'ISPF, <https://www.ispf.pf/ispf/presentation>.

II. ANALYSE CONCURRENTIELLE

14. Lorsqu'elle est saisie pour avis sur un texte législatif, l'Autorité s'attache à évaluer dans quelle mesure les dispositions de ce texte restreignent ou améliorent le fonctionnement concurrentiel du secteur concerné. Comme elle a déjà eu l'occasion de le rappeler, « *un marché dont le fonctionnement est concurrentiel alloue de manière optimale les ressources disponibles, maximise le bien-être des consommateurs et stimule la compétitivité du secteur concerné, en favorisant l'innovation, la baisse des prix, la diversification de l'offre, et la hausse de la qualité des biens et des services. La concurrence est un facteur d'efficacité productive et allocative.* »². Néanmoins, la concurrence ne constitue pas une fin en soi ; elle est un outil au service de cette efficacité économique.
15. Les textes normatifs répondent très fréquemment à des préoccupations d'intérêt général plus larges que la concurrence et dessinent une intervention des pouvoirs publics qui impacte le fonctionnement de l'économie. Le rôle de l'Autorité est, dans ces circonstances, d'informer le gouvernement et l'assemblée de la Polynésie française des effets sur la concurrence de l'intervention publique envisagée, et de leur recommander le cas échéant, les mesures à prendre pour parvenir à concilier les objectifs d'intérêt général et l'efficacité économique.
16. La présente demande d'avis sollicite l'avis de l'Autorité sur les effets d'une abrogation de l'article 41 bis du code des douanes au regard de la concurrence économique.
17. À cet égard, il peut être rappelé que la saisine de l'Autorité au titre de l'article LP. 620-1 du code de la concurrence n'a pas pour objet de réaliser un examen précontentieux d'une pratique potentiellement anti-concurrentielle. En conséquence, les développements réalisés dans le cadre du présent avis ne sauraient en rien préjuger de l'appréciation que l'Autorité pourrait porter sur des faits identiques ou comparables, dont elle pourrait être ultérieurement saisie dans le cadre d'un contentieux.
18. Similairement, le présent avis ne saurait en aucune façon être interprété comme valant exemption d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, en application de l'article LP. 200-5 du code de la concurrence.
19. Dès lors, l'Autorité s'attachera à analyser si l'abrogation éventuelle de l'article 41 bis du code des douanes serait susceptible de permettre une diffusion de données statistiques douanières plus détaillées (**A.**). L'analyse se portera ensuite sur la question de savoir si une diffusion de données douanières plus détaillées par l'ISPF serait susceptible d'avoir des effets négatifs sur la dynamique concurrentielle des marchés polynésiens (**B.**).

² Voir notamment l'avis n° 2024-A-04 du 30 mai 2024 portant sur un projet de loi du pays relatif à la régulation sectorielle en matière d'énergie.

A. L'IMPACT D'UNE ABROGATION DE L'ARTICLE 41 BIS SUR LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL ET STATISTIQUE

20. Aux termes de l'article 63 du code des douanes, « [t]outes les marchandises importées ou exportées doivent faire l'objet d'une déclaration en détail leur assignant un régime douanier ». L'ensemble des marchandises importées ou exportées en Polynésie française font donc l'objet d'un certain nombre de formalités douanières, dont une déclaration en douane aux autorités douanières.
21. À ce titre, la DRPF recueille les données individuelles relatives à l'ensemble des marchandises importées ou exportées en Polynésie française. Les données individuelles des déclarations en douane par la DRPF lors du dédouanement des marchandises à l'importation et à l'exportation sont ensuite transmises à l'ISPF, conformément à la convention DRPF – ISPF, afin d'alimenter une base de données statistiques, pour en tirer des indicateurs d'échanges de marchandises. Les données statistiques douanières offrent donc un certain nombre d'indicateurs relatifs aux flux de marchandises, en importations comme en exportations de la Polynésie française.
22. La loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ne mentionne pas spécifiquement que la compétence en matière de douane est une compétence retenue par l'Etat français en Polynésie française. Comme souligné lors de son audition, la DRPF exerce des missions de nature régaliennne relevant de la compétence de l'Etat ainsi qu'un certain nombre de missions qui relèvent de la compétence de la Polynésie Française, dans le cadre d'une convention de mise à disposition entre l'Etat et le Pays³. La convention a pour objet de définir les conditions dans lesquelles le service des douanes est mis à la disposition du territoire pour lui permettre d'exercer les attributions qui relèvent de la compétence du Pays.
23. Pour autant, il apparaît que la compétence du Pays pour abroger l'article 41 bis du code des douanes est source d'interrogations. Pour l'Autorité, à qui il n'appartient pas de se prononcer sur la répartition des compétences, il convient de souligner qu'une éventuelle révision ou abrogation de cet article n'épuise en réalité pas la question relative aux conditions de diffusion des données statistiques douanières par l'ISPF.
24. En effet, le secret professionnel auquel sont astreints les agents des douanes, constitue la traduction concrète de l'exigence de l'administration d'assurer la protection de la vie privée ou la protection des secrets d'affaires des entreprises, principes à valeur constitutionnelle, lors de collectes de données confidentielles. En conséquence, une abrogation de l'article 41 bis du code des douanes, prévoyant l'obligation de secret professionnel des agents des douanes, serait un motif très probable de censure par le juge administratif ou constitutionnel. Du fait de la valeur constitutionnelle de la protection du secret des affaires, et plus largement du droit à la vie privée, une suppression pure et simple du secret professionnel des agents douaniers prévu par l'article 41 bis du code des douanes apparaît inenvisageable.
25. Par ailleurs, même dans l'hypothèse où le secret professionnel des agents des douanes serait aboli, il doit être relevé que les agents de la statistique publique sont soumis à la même obligation de secret professionnel, qui leur interdit la communication d'informations confidentielles dont ils sont dépositaires au titre de leurs missions ou fonctions. Le secret professionnel des agents de la statistique publique est également sanctionné par l'article L. 226-13 du code pénal français.

³ Convention n° 85-001 du 10 janvier 1985 relative à la mise à disposition du territoire de la Polynésie française du service des douanes.

26. L'activité statistique de l'ISPF se base sur les données individuelles des différents entreprises importatrices et exportatrices, qui ne peuvent être obtenues qu'auprès des entreprises concernées elles-mêmes, ces données ne constituant qu'une matière première permettant de fabriquer les agrégats qui deviendront la production statistique. Une fois les données douanières transmises à l'ISPF, ces données continuent à être protégées contre toute utilisation individuelle de ces dernières.
27. Au secret professionnel des agents de la statistique publique s'ajoute le secret statistique, qui vient renforcer la protection des données douanières. Le secret statistique émane notamment de l'article 6 de la loi n°51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, applicable en Polynésie française⁴. La loi n°51-711 prévoit une interdiction de communication des « *renseignements individuels d'ordre économique ou financier* » avant un délai de 25 ans, « *sauf décision de l'administration des archives, prise après avis du comité du secret statistique* ». Comme le souligne l'Institut National de la Statistique et des Études Économiques (ci-après « **INSEE** »), le secret statistique « *interdit strictement la communication de données individuelles ou susceptibles d'identifier les personnes, issues de traitements à finalités statistiques, que ces traitements proviennent d'enquêtes ou de bases de données* »⁵. Le Conseil d'Etat a notamment eu l'occasion d'indiquer que le secret statistique s'applique autant aux données individuelles qu'aux résultats agrégés obtenus à partir de celles-ci, dès lors que ces résultats agrégés pourraient permettre leur réidentification⁶.
28. Il apparaît que la confidentialité des données collectées par les services douaniers et transmises à l'ISPF est particulièrement bien protégée sur le plan légal du fait, d'une part, de la protection de ces informations par le secret professionnel des agents des douanes et des agents des statistiques publiques, et, d'autre part, par le secret statistique de l'ISPF. À ceci s'ajoute l'article 5.1 de la convention ISPF - DRPF qui autorise la diffusion de données douanières agrégées sous réserve des conditions cumulatives suivantes :
- L'information statistique doit concerner au moins de trois opérateurs pour un résultat donné ; et
 - Aucun opérateur ne doit contribuer à elle seule à plus de 85 % au résultat.
29. Plus généralement, il peut être indiqué qu'à ces deux types de protection s'ajoute le secret des affaires que le code de la concurrence polynésien vient également protéger, à l'instar du code de commerce de l'Hexagone, à ses articles LP. 630-4 et 630-4-1. Les agents de l'Autorité sont ainsi soumis au même régime de sanction que ceux de l'ISPF et de la DRPF (art. 226-13 du code pénal). En droit de la concurrence, l'objectif du secret des affaires est notamment d'éviter de créer une transparence du marché qui faciliterait l'adaptation des comportements des

⁴ Ce secret statistique est également protégé au niveau européen et irrigue les droits nationaux afférents : art. 338 du TFUE et Chapitre V du règlement n°223/2009 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2009 relatif aux statistiques européennes et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n°1101/2008 relatif à la transmission à l'Office statistique des Communautés européennes d'informations statistiques couvertes par le secret, le règlement (CE) n°322/97 du Conseil relatif à la statistique communautaire et la décision 89/382/CEE, Euratom du Conseil instituant un comité du programme statistique des Communautés européenne.

⁵ Site INSEE, <https://www.insee.fr/fr/information/1300624>

⁶ Voir la décision n° 472883 Conseil d'État du 31 mai 2024, considérant 6 : « *Il s'ensuit que la publication en ligne de données statistiques issues des renseignements individuels protégés par le secret statistique en application de l'article 6 de la loi du 7 juin 1951 n'est possible, avant l'expiration des délais mentionnés par cette loi et quel que soit le niveau d'agrégation de ces données, qu'à la condition que les personnes physiques ou morales auprès desquelles les renseignements individuels ont été collectés, qui constituent les unités statistiques d'observation de l'enquête en cause, ne puissent pas être identifiées, directement ou indirectement, compte tenu de tous les moyens qui pourraient raisonnablement être utilisés par un tiers ayant accès aux données ainsi diffusées* ».

concurrents. En effet, « *la transparence peut être un obstacle à la concurrence, une certaine dose d'incertitude étant requise pour un jeu normal de l'économie de marché, chaque entreprise doit déterminer de manière autonome la stratégie qu'elle entend suivre [...]. C'est ce qui explique l'interdiction de certaines pratiques « concertées » [...] et des échanges d'informations qui, en accroissant la transparence du marché, annihilent cette incertitude* »⁷.

30. D'ailleurs, étant soumise au même niveau de protection des données que l'ISPF et la DRPF, l'Autorité estime qu'elle devrait également pouvoir bénéficier des données statistiques les plus précises afin de faciliter et éclairer au mieux ses décisions et avis.
31. En conséquence, s'il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur la compétence du Pays pour abroger ou modifier l'article 41 bis du code des douanes, l'Autorité relève que la problématique soulevée par la saisine de l'Autorité, relative aux conditions de diffusion des données statistiques douanières par l'ISPF, dépasse la question d'une éventuelle abrogation de l'article 41 bis du code des douanes.

L'Autorité décide donc de recentrer le présent avis sur l'impact d'un assouplissement des conditions de diffusion de données statistiques douanières prévues à l'article 5.1 de la convention ISPF – DRPF.

Recommandation :

- 3. Inclure l'Autorité dans la liste des organismes publics autorisés à recevoir les données statistiques détaillées, afin de faciliter et éclairer ses travaux, étant rappelé que ses agents sont soumis au secret professionnel, à l'instar de ceux de la DRPF et de l'ISPF.**

B. L'IMPACT DE LA DIFFUSION DES DONNÉES DOUANIÈRES SUR LA CONCURRENCE

32. L'Autorité est notamment invitée à se prononcer sur les effets d'une diffusion plus large des données statistiques douanières que les conditions actuelles prévues dans la convention DRPF-ISPF. Après un rappel des principes applicables aux échanges d'informations en matière de droit de la concurrence (1.), il sera fait mention de certains risques concurrentiels identifiés par l'Autorité quant à une diffusion plus large des données douanières (2.).

1. CADRE GENERAL D'ANALYSE

33. Le libre exercice du jeu de la concurrence repose sur l'autonomie de chaque entreprise dans la définition de sa politique commerciale et sur un degré d'incertitude suffisant de chaque opérateur quant à la stratégie commerciale adoptée par ses concurrents. La concurrence suppose en effet que chaque entreprise sur le marché détermine son comportement de manière autonome, sans connaître avec certitude le comportement de ses concurrents. Un échange

⁷ <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/transparence>

d'informations peut devenir illicite dès lors qu'il augmente de manière artificielle la transparence du marché.

34. Bien que l'Autorité ait conscience de la nécessité de données statistiques pour faciliter le pilotage des entreprises, certains échanges d'informations stratégiques entre entreprises peuvent conduire à affaiblir la capacité des entreprises à définir des politiques commerciales de manière unilatérale et indépendante, du fait d'une transparence excessive de marché. Cette transparence peut favoriser la mise en place d'un équilibre collusif, équilibre collusif d'autant plus probable que le marché est constitué d'un faible nombre d'acteurs.
35. En particulier, les échanges d'information peuvent favoriser la coordination, même tacite, des comportements des différents opérateurs (par un alignement de leurs prix ou des produits et prestations de service offertes, une répartition des marchés par exemple) en permettant ou en facilitant la surveillance mutuelle des acteurs du marché. Une transparence accrue permettant d'identifier, voire d'anticiper les changements de comportement des concurrents et d'adapter de manière très réactive son propre comportement et fausse ainsi le jeu de la concurrence, au détriment notamment d'entrants potentiels et des consommateurs.
36. Dans ses lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, la Commission européenne a précisé « [qu'un] *échange d'information peut (...) constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence* »⁸.
37. Selon ces mêmes lignes directrices, les effets sur la concurrence d'un échange d'informations doivent être analysés à partir de deux séries de critères, dont la liste n'est pas exhaustive, qui concernent, d'une part, les conditions économiques qui prévalent sur le marché (notamment transparence, degré de concentration, symétrie de la situation des entreprises) et, d'autre part, les caractéristiques des informations échangées (notamment leur caractère agrégé ou individualisé, leur ancienneté ou la fréquence des échanges)⁹.
38. Dans un arrêt *John Deere*, le Tribunal de première instance a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles un échange d'informations est susceptible d'accroître la transparence sur le marché, de lever l'incertitude sur le comportement des concurrents et d'altérer la concurrence qui subsiste entre les opérateurs : « *la généralisation, entre les principaux offreurs (...) d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, tel le marché en cause (voir, ci-dessus, point 52), et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques. En effet, dans une telle hypothèse, la mise en commun régulière et rapprochée des informations relatives au fonctionnement du marché a pour effet de révéler périodiquement, à l'ensemble des concurrents, les positions sur le marché et les stratégies des différents concurrents* »¹⁰.
39. L'Autorité de la concurrence métropolitaine (ci-après « **AdIC** ») a notamment eu l'occasion d'indiquer que l'enregistrement, à des fins statistiques, par une organisation professionnelle de

⁸ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, paragraphe 61.

⁹ *Ibid.*, paragraphes 75 et 76.

¹⁰ Arrêt du TPI du 27 octobre 1994, *John Deere Ltd / Commission des Communautés européennes*, aff. T-35/92, paragraphe 51.

l'ensemble des contrats passés par ses membres, devait répondre à un certain nombre de préconisations de l'AdIC. En particulier, cette dernière a souligné qu'il est « *uniquement admis qu'un organisme professionnel puisse diffuser des informations en matière de coûts ou de prix sous forme de mercuriales ou d'indices, c'est-à-dire des données passées, anonymes et suffisamment agrégées pour exclure l'identification d'un opérateur* »¹¹. À l'occasion d'un avis 23-A-06, l'AdIC a eu l'occasion d'indiquer que « [l]orsque les données sont agrégées, le niveau d'agrégation doit (...) être suffisant pour qu'il soit impossible d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents, en particulier dans les secteurs oligopolistiques »¹².

40. L'exigence d'autonomie dans la définition de la politique commerciale conduit à proscrire tout particulièrement l'échange de données stratégiques futures, et notamment celles relatives aux éléments entrant dans l'élaboration des mécanismes de prix (y compris les volumes et leurs évolutions par exemple)¹³.
41. Dans le cadre de leur pratique décisionnelle respective, les autorités de concurrence considèrent généralement que les échanges d'informations sont d'autant plus susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels lorsqu'ils portent sur des données stratégiques, récentes et individuelles (ou trop peu agrégées) entre concurrents.
42. S'agissant de l'échange de données passées, selon leur ancienneté le partage d'informations entre concurrents relatives à la structure et au niveau des coûts peut favoriser des collusions tacites, ou des ententes anticoncurrentielles. Les critères pris en considération sont généralement le caractère public ou confidentiel des informations partagées, leur caractère stratégique ou de secret d'affaires, leur degré d'ancienneté (c'est-à-dire leur proximité ou non avec les derniers résultats connus), ainsi que leur niveau d'agrégation.
43. Les échanges d'informations entre entreprises sont donc, dans certains cas, susceptibles d'être considérés comme des pratiques concertées contraires aux dispositions de l'article LP. 200-1 du code de la concurrence relatif à la prohibition des ententes.
44. Il peut être également rappelé que tous les échanges d'informations entre entreprises ne sont pas bien évidemment susceptibles d'être considérés comme des pratiques anticoncurrentielles. En effet, certains échanges d'informations peuvent avoir des effets pro-concurrentiels permettant aux entreprises d'améliorer leur efficacité grâce à une meilleure connaissance du marché, notamment grâce à la réalisation d'agrégats de données à des fins statistiques sur un secteur donné. Une large diffusion de ces informations peut également faciliter l'entrée de nouveau concurrent sur un marché donné et améliorer l'information des clients finals.
45. Le caractère pro-concurrentiel ou anticoncurrentiel relève, dès lors, d'une analyse au cas par cas, en fonction d'un ensemble de critères, tels que la nature des informations échangées, les caractéristiques du système d'échange, ainsi que la structure du marché considéré.

¹¹ Avis n° 11-A-14 du 26 septembre 2011 relatif à un accord interprofessionnel du secteur viticole (vins de la région de Bergerac), paragraphe 40.

¹² Avis n° 23-A-06 du 30 mai 2023 relatif à la mise en place d'un dispositif de suivi de l'évolution des coûts pour les matériaux de construction, paragraphe 76.

¹³ Notamment Cour de justice de l'Union européenne, 19 mars 2015, aff. C-286/13 *Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe* ; et Tribunal, 24 septembre 2019, aff. T-105/17 *HSBC Holdings plc e.a. / Commission européenne*.

2. RISQUES CONCURRENTIELS IDENTIFIES

46. Comme indiqué *supra*, l'article 5.1 de la convention ISPF-DRPF prévoit que les données douanières statistiques agrégées doivent répondre à deux conditions cumulatives pour être diffusées, à savoir :
- L'information statistique doit concerner au moins de trois opérateurs pour un résultat donné ; et
 - Aucun opérateur ne doit contribuer à elle seule à plus de 85 % au résultat.
47. Il s'agit de conditions de diffusion de données statistiques inspirées par la politique de diffusion de l'INSEE en France métropolitaine. La condition relative aux trois opérateurs est tirée d'une décision du 13 juin 1980 du directeur général de l'INSEE et la condition relative à une entreprise représentant plus de 85% du total a été définie par le Comité de coordination des enquêtes statistiques, prédécesseur du Conseil National de l'Information Statistique le 7 juillet 1960.
48. Une telle limite à la publication des données agrégées par l'ISPF et l'INSEE constitue la matérialisation du secret statistique, qui a essentiellement pour fonction de garantir la confidentialité d'informations individuelles, qu'elles soient relatives à des personnes physiques ou morales. L'objectif de ces conditions de diffusions des données statistiques vise à éviter que des acteurs du secteur puissent réindividualiser les données statistiques agrégées publiées par l'ISPF ou l'INSEE en déterminant, à partir des données en leur possession, les données individuelles des autres entreprises concernées par une donnée agrégée.
49. Afin d'empêcher cette ré-individualisation des données, il peut également arriver à l'INSEE de durcir les conditions de diffusion de certaines données statistiques, en abaissant par exemple le seuil de 85 % à 50 %, en raison d'effets de dominance d'entreprises sur certaines familles de produits¹⁴.
50. Les règles d'agrégation et d'anonymisation mises en place par la convention DRPF-ISPF conduisent ainsi à limiter la capacité de diffusion de certaines données douanières, même agrégées, par l'ISPF afin d'éviter toute divulgation d'informations individuelles confidentielles des entreprises concernées.
51. Dans ce cadre, il convient d'évaluer l'impact d'une diffusion plus large des données statistiques douanières visées par la convention DRPF-ISPF, au regard de la dynamique concurrentielle des marchés concernés.
52. Afin de comprendre la nature de ces données, il peut être fait mention de la nomenclature douanière qui constitue l'élément structurant les données statistiques diffusées par l'ISPF.
53. Dans le cadre de ses statistiques relatives au commerce extérieur de la Polynésie française, l'ISPF a adopté le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises, (ci-après « **SH** »), une nomenclature de marchandises élaborée par l'Organisation Mondiale des Douanes.
54. Le SH permet d'identifier et de codifier les marchandises dans le cadre des échanges commerciaux internationaux et sert notamment à l'élaboration des tarifs douaniers. Au sein de ce système, les marchandises sont classées notamment en fonction de l'origine naturelle, du matériau de fabrication ou encore leur usage principal.
55. En Polynésie française, le SH se décline avec deux chiffres au-delà des six premiers chiffres du code international et totalise environ 6600 positions. L'ensemble forme un système gigogne à

¹⁴ Voir à cet égard, avis 23-A-06 précité, paragraphe 71.

emboîtement : SH2 – SH4 – SH6 – SH8 pour respectivement 2, 4, 6 et 8 positions¹⁵. Ce classement SH constitue l'un des éléments structurant de la diffusion des données du commerce extérieures par l'ISPF.

56. Il s'agit d'informations qui peuvent atteindre un niveau de détail très important renseignant sur les importations en quantité (en unité ou en poids), en prix, par provenance géographique (par pays), et par période (année, trimestre ou mois), d'une catégorie de produits très étroite, une fois arrivé au niveau le plus fin de la nomenclature.
57. À titre d'illustration, il pourrait être cité la catégorie SH19, qui regroupe l'ensemble des « préparations à base de céréales, de farines, de féculs ou de lait ; pâtisseries » (SH19), qui permet ensuite d'isoler l'ensemble des « pâtes alimentaires, même cuites ou farcies (de viande ou d'autres substances) ou bien autrement préparées, telles que spaghetti, macaroni, nouilles, lasagnes, gnocchi, ravioli, cannelloni ; couscous, même préparé » (SH1902). La nomenclature douanière offre la possibilité d'isoler les catégories de produits à encore deux niveaux en distinguant les pâtes alimentaires « non cuites ni farcies ni autrement préparées », avec œufs (SH190211), sans œufs (SH190219) avec farces de viande « ou d'autres substances, même cuites ou autrement préparées » (SH190220) ou encore pâtes alimentaires, cuites ou autrement préparées (à l'exclusion des pâtes alimentaires farcies (SH190230) et enfin les couscous, préparé ou non (SH190240).
58. Au sein de la catégorie pâtes alimentaires, « farcies de viande ou d'autres substances », (SH190220), la nomenclature permet de distinguer à nouveau entre :
 - Les raviolis, cannellonis et assimilés à la viande (plus de 20%) en boîtes métalliques (SH19022010) ;
 - Les raviolis, cannellonis et assimilés à la viande (plus de 20%) en conteneurs non métalliques (SH19022020) ; et
 - Les pâtes alimentaires farcies, « même cuites ou autrement préparées » à l'exclusion des raviolis, cannellonis et assimilés à la viande (SH19022090).
59. Le niveau de détail pouvant être obtenu par les opérateurs économiques dans le cadre de la nomenclature douanière est donc particulièrement fin. L'individualisation des données agrégées apparaît alors relativement aisée à réaliser pour les entreprises destinataires de ces données en l'absence de conditions de diffusion fixées par l'ISPF.
60. La question de savoir si des données douanières ne répondant pas aux conditions de l'article 5.1 doivent être considérées comme des informations sensibles au regard du droit de la concurrence n'est pas de nature à recevoir une réponse générale et absolue de la part de l'Autorité.
61. Compte tenu de la diversité des données douanières transmises et de la particularité de chaque secteurs concernés, l'Autorité pourrait être amenée à prendre une position différente sur le caractère sensible d'une information douanière donnée selon le secteur en cause et l'impact que pourrait avoir l'assouplissement des conditions de diffusion des données douanières sur la dynamique concurrentielle.
62. Il conviendrait donc de réaliser une analyse au cas par cas afin de déterminer, au regard de chaque marché concerné, si la publication de données douanières ne respectant pas les conditions de diffusion posées à l'article 5.1 seraient susceptibles de faciliter une trop grande transparence de marché susceptible de favoriser les comportements collusifs. L'Autorité n'est

¹⁵ Site Internet de l'ISPF, <https://data.ispf.pf/bases/Repertoires/CommerceExterieur/Nomenclatures/SH.aspx>.

pas en mesure de fournir une telle analyse, marché par marché, dans le cadre du présent projet d'avis.

63. Il peut toutefois être noté que la diffusion de données douanières, ne respectant pas les conditions posées à l'article 5.1, serait susceptible de constituer des informations sensibles au regard du droit de la concurrence sur des marchés où les importations et/ou les exportations pourraient constituer un paramètre de concurrence important. Ces informations pourraient typiquement devenir une donnée concurrentielle clé dans certains secteurs dont la structure est caractérisée par un oligopole et sur lesquels les coûts des entreprises reposeraient largement sur l'importation de marchandises.
64. Dans de telles conditions, la diffusion de données douanières insuffisamment agrégées permettrait de suivre les importations en volume et en valeur de manière quasiment en temps réel (au mois près) dans le cadre de produits très étroitement définis. Cette information pourrait permettre à certaine entreprise d'estimer de manière fidèle le niveau d'activité de chacun de ses concurrents pris individuellement.
65. La connaissance d'une composante majeure de la stratégie commerciale et/ou des coûts des entreprises en cause serait de nature à remplacer l'incertitude concurrentielle et à dévoiler au moins pour partie la stratégie commerciale des entreprises en cause. Dans son avis n°23-A-06, l'AdlC a eu l'occasion d'indiquer qu'un « *partage d'informations sur les coûts est susceptible de faciliter la coordination, tout d'abord, parce qu'en connaissant les coûts des uns et des autres, les concurrents peuvent mieux parvenir à trouver un accord sur une stratégie commune à mettre en place* »¹⁶.
66. Pour l'Autorité, les conditions de diffusion posées à l'article 5.1 de la convention IRPF-DRPF ne créent pas d'obstacles cruciaux dans le cadre du pilotage et de l'élaboration d'orientations stratégiques pour les entreprises. En effet, l'évaluation, par chaque entreprise, de ses propres performances vis-à-vis du reste du marché ne nécessite que des données agrégées sur le secteur. En particulier, les pratiques de '*benchmarking*', visant à comparer les performances d'une entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas susceptible de justifier l'échange d'informations permettant d'identifier les données individuelles des concurrents. Une suppression de cet article 5.1 serait *a contrario* de nature à potentiellement compromettre certains secrets d'affaires et informations commercialement sensibles d'entreprises concernées par une diffusion de données douanières aisément individualisables par les opérateurs du secteur.
67. Comme indiqué précédemment, la convention DRPF - ISPF se base sur des conditions de diffusion établies en France métropolitaine par l'INSEE. Or, la Polynésie est une « *petite économie insulaire* », caractérisée par son insularité et son éloignement des principaux marchés, comme l'Autorité a déjà eu l'occasion de le noter¹⁷. L'économie polynésienne est également fréquemment caractérisée par une concentration importante des entreprises actives dans un secteur donné et un nombre restreint d'opérateurs (oligopoles). En conséquence, la garantie de la confidentialité des données douanières individuelles militerait plutôt pour un durcissement des conditions de diffusion plutôt qu'un assouplissement de ces dernières à des niveaux inférieurs à la France métropolitaine.
68. Similairement, l'Autorité attire l'attention des entreprises sur les difficultés soulevées par la possibilité de demander communication de leurs données individuelles sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 5.2 de la convention DRPF-ISPF, aux fins de réalisation de statistiques

¹⁶ Avis 23-A-06 précité, paragraphe 78.

¹⁷ Voir, à cet égard, avis n° 2019-A-02 du 19 septembre 2019 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution en Polynésie française, paragraphe 28.

douanières par les organisations patronales. S'il est loisible à ces dernières de réaliser des études statistiques agrégées, il convient toutefois de rappeler que ces études doivent être réalisées dans le respect du droit de la concurrence. À cet égard, il peut être rappelé que l'AdIC a eu l'occasion d'indiquer que « [l]a diffusion de statistiques de ventes individualisées est susceptible d'être lourdement sanctionnée par l'Autorité. Dans un tel cas de figure, les organismes qui les diffusent sont susceptibles d'engager leur responsabilité, mais également celle de leurs membres »¹⁸.

69. Autrement dit, l'organisme qui publierait des informations statistiques trop précises, qui permettraient une ré-individualisation des données de marché, pourrait être considéré comme un facilitateur, certes tiers, dans le cadre d'une entente. Il serait ainsi également lourdement sanctionné par l'Autorité.
70. Dans ces conditions, il n'apparaît pas envisageable d'abroger purement et simplement les conditions de diffusion de la donnée statistique douanière, telle que prévues par l'article 5.1 de la convention DRPF et ISPF.
71. Similairement, l'assouplissement des conditions de diffusion des données statistiques douanières fixées à l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF ne paraît pas opportun, à la fois au regard du droit légitime des entreprises à protéger leurs secrets d'affaires et de l'impact potentiellement négatif sur l'animation concurrentielle de certains marchés qui souffriraient d'une trop grande transparence du fait de cette diffusion. En conséquence, partager l'information insuffisamment agrégée sur les importations et les exportations de ces entreprises, est susceptible de supprimer l'incertitude des politiques commerciales entre concurrents et de fausser le jeu normal de la concurrence.
72. L'Autorité attire par ailleurs l'attention des pouvoirs publics sur le fait que les opérateurs publics et parapublics en possession de données douanières protégées doivent garantir des restrictions de diffusion au moins équivalentes aux conditions de l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF. C'est particulièrement le cas lorsque d'autres acteurs que la DRPF, publics ou privés, détiennent des informations susceptibles d'entrer dans la catégorie des informations protégées, à l'instar du port autonome et du système Fetia.
73. Dans certains cas toutefois, il apparaît envisageable de déroger aux règles de diffusion prévues à l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF afin de permettre de réaliser des statistiques plus fines sur certains aspects présentant un intérêt statistique. Sur le modèle du Comité du secret statistique en métropole, il pourrait être envisagé l'établissement d'un comité du secret statistique et douanier en Polynésie française, réunissant des représentants de l'ISPF et de la DRPF, afin d'autoriser de manière dérogatoire la diffusion de certaines données douanières qui ne respecteraient pas les conditions cumulatives de l'article 5.1, lorsqu'un intérêt statistique justifierait cette dérogation aux règles de diffusion, et sous réserve du respect des principes du droit de la concurrence en matière d'échange d'informations sensibles. Un point d'attention particulier devra donc être porté aux risques au regard du droit de la concurrence de la diffusion dérogatoire de ces données.

¹⁸ AdIC, *Les Essentiels – Les organismes professionnels*, paragraphe 200.

Recommandations :

- 4. Maintenir les conditions actuelles de diffusion des données statistiques douanières fixées à l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF, afin de respecter les différentes réglementations afférentes : i) secret professionnel des agents des douanes, ii) secret professionnel des agents de l'ISPF, iii) secret statistique applicable à l'ISPF, iv) protection du secret des affaires tel qu'il résulte du droit de la concurrence et, v) autres règles du droit de la concurrence ;**
- 5. S'assurer que tous les opérateurs publics et parapublics en possession de données douanières protégées, soient soumis et/ou garantissent des restrictions de diffusion au moins équivalentes aux conditions de l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF.**

Délibéré sur le rapport de M. Frédéric Paillusson, *rapporteur général adjoint*, et l'intervention de Mme Sophie Bresny, *rapporteur général*, par Mme Johanne Peyre, *présidente*, Mme. Ingrid Izquierdo, MM. Enzo Silvestro et Pierre Frébault, *membres titulaires*.

La présidente

Johanne Peyre

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS

- 1. Renforcer le cadre juridique permettant au directeur régional des douanes en Polynésie française de diffuser, de manière dérogatoire, certaines informations normalement protégées au titre de la convention DRPF – ISPF, notamment eu égard aux règles du droit de la concurrence ;**
- 2. Subsidiairement, envisager l'établissement d'un comité du secret statistique et douanier en Polynésie française afin d'autoriser de manière dérogatoire la diffusion de certaines données douanières ne respectant pas les conditions cumulatives de l'article 5.1, lorsqu'un intérêt statistique justifierait cette dérogation aux règles de diffusion ;**
- 3. Inclure l'Autorité dans la liste des organismes publics autorisés à recevoir les données statistiques détaillées, afin de faciliter et éclairer ses travaux, étant rappelé que ses agents sont soumis au même niveau de protection des données que ceux de la DRPF et de l'ISPF ;**
- 4. Maintenir les conditions actuelles de diffusion des données statistiques douanières fixées à l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF, afin de respecter les différentes réglementations afférentes : i) secret professionnel des agents des douanes, ii) secret professionnel des agents de l'ISPF, iii) secret statistique applicable à l'ISPF, iv) protection du secret des affaires tel qu'il résulte du droit de la concurrence et, v) autres règles du droit le concurrence ;**
- 5. S'assurer que tous les opérateurs publics et parapublics en possession de données douanières protégées, soient soumis et/ou garantissent des restrictions de diffusion au moins équivalentes aux conditions de l'article 5.1 de la convention DRPF-ISPF.**