Chambre territoriale des comptes
Polynésie française

RAPPORT D'OBSERVATIONS DÉFINITIVES ET SES RÉPONSES

AUTORITÉ POLYNÉSIENNE DE LA CONCURRENCE

Exercices 2015 à 2020

Le présent document, qui a fait l'objet d'une contradiction avec les destinataires concernés, a été délibéré par la chambre le 28 janvier 2021.

BP 331 - 98713 PAPEETE TAHITI - Téléphone : 40 50 97 10 - Télécopie : 40 50 97 19
Email : polynesiefrancaise@crtc.ccomptes.fr ■ www.ccomptes.fr

AVANT-PROPOS

Le présent rapport d'observations définitives, une fois délibéré, est adressé aux représentants légaux des collectivités ou organismes contrôlés afin qu'ils apportent, s'ils le souhaitent, une réponse qui a vocation à l'accompagner lorsqu'il sera rendu public. C'est un document confidentiel réservé aux seuls destinataires, qui conserve un caractère confidentiel jusqu'à l'achèvement de la procédure contradictoire. Sa divulgation est donc interdite, conformément à l'article L. 272-47 du code des juridictions financières.

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE 3
RECOMMANDATIONS 5
INTRODUCTION 6
1 UNE RÉFORME AMBITIEUSE 9
1.1 Un cheminement juridique complexe 9
1.1.1 Trois projets de loi conçus entre 2011 et 2015 9
1.1.2 Des préalables au démarrage de l'APC satisfaits début 2016 13
1.2 Un droit de la concurrence encore en maturation 14
2 UNE GOUVERNANCE À CONSOLIDER 16
2.1 Un organisme doté de l'autonomie fonctionnelle 16
2.2 L'absence de stratégie formalisée 17
2.3 Un règlement intérieur et des lignes directrices aboutis 19
2.4 La garantie du respect des règles de déontologie 20
2.4.1 Les procédures internes 20
2.4.2 Le fonctionnement du collège 24
2.5 L'activité et la mesure de la performance sont à développer 26
2.5.1 Un dispositif de mesure à affiner 26
2.5.2 Examen et présentation de l'activité 29
2.5.3 Une efficience qui semble perfectible 32
2.6 Un dialogue mature avec le Pays à inventer 38
2.7 Des partenariats extérieurs à mieux encadrer et à davantage valoriser 41
3 UNE QUALITÉ DE GESTION SATISFAISANTE 43
3.1 Un cadre règlementaire évolutif 43
3.1.1 Une organisation comptable et budgétaire définie par le Pays 43
3.1.2 Des documents budgétaires et financiers exhaustifs 45
3.2 Un suivi financier et budgétaire organisé 46
3.2.1 Des tableaux de bord financiers adéquats 46
3.2.2 Un circuit de la dépense clairement établi 46
3.3 Une situation financière à stabiliser 47
3.3.1 Les dotations versées par le Pays 47
3.3.2 Des dépenses essentiellement dédiées aux frais de personnel jusqu'en 2019 49
3.3.3 Des excédents financiers à résorber 52
4 UN STATUT DES PERSONNELS EN PARTIE ORIGINAL 54
4.1 Approche quantitative 55
4.1.1 Un effectif cible fixé à 13 agents permanents 55
4.1.2 Un taux de renouvellement élevé 56
4.1.3 Une masse salariale composée de salaires individuels comparativement attractifs 58
4.2 Cartographie des emplois 59
4.2.1 Des statuts d'origines variées 59
4.2.2 La priorité à l'emploi local, une tentative mise en difficulté 59

4.3 Les salaires versés aux personnels nommés sur emplois permanents 61
4.3.1 La situation de l'ancien président 61
4.3.2 Une situation reprise en partie pour les autres personnels 64
4.3.3 Des compléments de rémunération systématiques 66
4.4 Le dispositif des frais de mission 70
4.5 Un suivi RH peu développé 72
4.5.1 Des bilans sociaux absents 72
4.5.2 Le suivi de la sécurité et de la santé au travail délaissé 73
4.6 La gestion des personnels reprise par le Pays depuis 2020 73
ANNEXES 76

SYNTHÈSE

La loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015 qui porte création du code de la concurrence, a prévu l'installation d'une autorité administrative indépendante, un objet juridique inédit en Polynésie française. La règlementation locale lui a confié de nombreux leviers d'actions, sans toutefois lui offrir la personnalité morale, comme en droit commun. L'autorité polynésienne de la concurrence (APC) a ainsi la capacité juridique d'ordonner ses dépenses et ses recettes, de signer des contrats, d'ester en justice, et de recruter et administrer elle-même la quasi-totalité de ses personnels.

Dans ce contexte, l'APC, qui a démarré progressivement ses activités à partir de 2016, est parvenue rapidement à instituer un pilotage financier et budgétaire de ses ressources. A ce titre, cet organisme a des résultats cumulés qui peuvent permettre d'envisager une diminution de son enveloppe budgétaire versée par le Pays, ce qui ne manquera d'advenir, ce dernier ayant désormais la gestion du personnel de l'APC. En outre, ses procédures internes d'achats ont été définies, et elle s'est fixée pour cible un effectif de 13 agents permanents, objectif qu'elle a réussi à respecter.

Pour être en mesure d'exercer correctement ses attributions en matière de concurrence, l'APC a arrêté des procédures de travail étoffées, dites lignes directrices, ainsi qu'une charte de déontologie étendue qui a permis de déterminer les conditions règlementaires de prévention des conflits d'intérêts pouvant intervenir parmi les membres de son collège et parmi ses personnels. Au regard des premières décisions de justice rendues, ces précautions sont nécessaires, l'APC ayant été confrontée à des procédures portant sur ce sujet. La Chambre formule ici deux recommandations.

La Chambre relève par ailleurs que l'APC a des résultats perfectibles en matière de performance.

Son service de l'instruction a en effet pâti de l'absence d'une stratégie de contrôle formalisée. Ce handicap a conduit l'APC à ne pas suffisamment s'affirmer dans l'une de ses missions centrales, qui consiste en la recherche, l'identification et la sanction d'infractions au code de la concurrence. Même si la Chambre convient de la difficulté de l'exercice surtout lorsqu'une institution se créée, l'Autorité n'a déclenché que deux autosaisines en quatre années dans ce domaine.

Plus généralement, la productivité apparente globale de l'APC est décroissante sur la période. Cette situation ne peut d'ailleurs pas être justifiée ni par sa seule création récente, ni par un effet qualité, souvent évoqué, qui l'emporterait sur l'effet volume. Un parangonnage avec sa consœur de Nouvelle-Calédonie est de nature à valider ce constat. Cette dernière, sur un périmètre certes différent, enregistre une production annuelle supérieure et une présence certaine dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, alors qu'elle n'a démarré ses activités qu'en mars 2018 et qu'elle devrait donc se retrouver dans une situation (au moins quantitative) moins favorable.

Pourtant, l'APC n'a pas ménagé ses efforts pour mobiliser et conserver en son sein de la compétence de qualité, en particulier grâce à une forte proportion d'emplois de niveau supérieur dans son organigramme, de rémunérations que la Chambre estime attractives, et la possibilité de détachements de longue durée. Elle a ainsi pu attirer des cadres expérimentés, dont certains sont issus de l'autorité de la concurrence métropolitaine et de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Jusqu'à la reprise de gestion administrative des personnels par le Pays début 2020, l'APC a reçu en effet carte blanche pour fixer les conditions règlementaires d'emploi, à l'exception de l'ancien président. La situation de ce dernier a été définie par un arrêté pris en conseil des ministres. L'essentiel des agents a ainsi bénéficié d'une prime au moins égale à 480 000 F CFP par an, démarquant l'APC de la majorité des services du Pays qui sont eux dépourvus de régime indemnitaire.

Malgré cette attractivité financière, les nombreux départs de personnels observés au cours de la période ont obligé à un renouvellement accéléré et parfois subi des effectifs. Cette rotation élevée a contrarié la possibilité de capitaliser dans le temps les compétences en interne, et le remplacement indispensable des nombreux départs s'est révélé mécaniquement coûteux. Les frais de déménagement pour l'accueil d'agents métropolitains ont atteint un total cumulé sur la période de 11,6 MF CFP. En outre, parmi les sept agents bénéficiaires de la formation professionnelle organisée à Paris en 2016 au sein de l'autorité de la concurrence métropolitaine, seuls deux d'entre eux sont encore en activité fin 2019 alors même que cette session de formation a représenté un coût de 7,6 MF CFP en frais de mission.

La situation statutaire ad hoc dont a bénéficié le personnel devrait s'éteindre progressivement, le Pays ayant pris la décision de reprendre la gestion administrative des agents de l'APC à l'intérieur du statut général de la fonction publique territoriale. Cette réforme, entamée en 2018, a en effet produit ses premiers effets depuis le 1er janvier 2020. Ainsi, le président de l'APC ne maîtrise plus le tableau budgétaire des effectifs, pouvoir confié désormais à l'Assemblée de la Polynésie française.

L'autonomie fonctionnelle dont a bénéficié l'APC se trouve ainsi réduite. Il en résulte que cette liberté de gestion octroyée entre 2016 et 2019 pour développer une activité dynamique et sereine n'a pas été mise à profit.

Dans ces conditions, l'APC n'a pas d'autre choix que de mobiliser ses équipes autour d'une stratégie de contrôle volontariste qu'elle doit définir et formaliser rapidement, élément structurant qu'elle doit déployer dans le cadre d'un partenariat équilibré avec le Pays.

RECOMMANDATIONS

Recommandation n°1 : Dès 2021, formuler et communiquer une feuille de route à vocation stratégique, assortie de programmes prévisionnels annuels d'investigation et de production.

Recommandation n°2 : Définir et suivre des indicateurs de performance à l'échelle de l'APC, à communiquer dans le rapport d'activité au titre des exercices 2020 et suivants.

Recommandation n°3 : Dès 2021, procéder, de concert avec le Pays, à tous les ajustements nécessaires en matière de déontologie.

Recommandation n°4 : Dès 2021, demander à chaque membre de l'APC soumis à cette obligation, de fournir au président une pièce justifiant du dépôt de leur déclaration individuelle de patrimoine auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

Recommandation n°5 : Dès 2021, produire et conserver dans un registre les procès-verbaux de l'intégralité des séances du collège.

Recommandation n°6 : Définir et mettre en place une méthode de décompte incontestable et explicitée de l'activité à compter de l'exercice 2020.

Recommandation n°7 : Dès 2021, se mettre en conformité au regard des dispositions applicables du code du travail, notamment en matière de prévention des risques professionnels.

INTRODUCTION

Le code de la concurrence n'a vu le jour en Polynésie française que récemment. Il résulte principalement de la promulgation de la loi du Pays n°2015-2 du 23 février 2015. Ce code contient en particulier un Livre VI « L'autorité polynésienne de la concurrence » qui en fixe les modalités de mise en place et de fonctionnement.

En 2011, la collectivité de la Polynésie française s'est ainsi engagée dans la conduite d'une réforme ambitieuse, qui revêt trois aspects tout à fait innovants : un texte de régulation économique, une Autorité en charge de formuler des avis, de contrôler et éventuellement de sanctionner les entreprises en infraction, et pour aider à son impartialité, un statut inédit localement, celui d'autorité administrative indépendante.

Cette forme juridique originale a été rendue possible par la mise en œuvre de l'article 30-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, article inséré en 2011[1] et modifié en 2019[2].

L'objet de l'APC est de détecter et de sanctionner les pratiques anti-concurrentielles. Il s'agit donc pour cette Autorité de traiter de contentieux en matière d'atteinte à la libre concurrence.

Par ailleurs, l'APC se prononce sur les concentrations entre plusieurs entreprises, ainsi que sur les projets de création ou d'extension de surfaces commerciales.

Enfin, elle est amenée à rendre des avis en matière de concurrence et de régulation des marchés, en particulier sur saisine du président de la Polynésie française concernant tout projet de loi du Pays, de délibération, d'arrêté ou d'instruction, mais également sur l'initiative du président de l'Assemblée de la Polynésie française, de toute proposition de loi du Pays ou de projet de délibération.

L'APC, pour être en capacité de conduire ses missions, a bénéficié entre 2015 et 2019 de la part du Pays d'une dotation moyenne annuelle d'un montant de 187 MF CFP.

[1] Cf. la loi organique n°2011-918 du 1er août 2011 - art. 8, relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française.

[2] La loi n°2019-706 du 5 juillet 2019 introduit les dispositions suivantes : « Il détermine le régime budgétaire et comptable de l'autorité administrative indépendante, dans le respect des garanties fixées au deuxième alinéa du présent I. II. -Nul ne peut être désigné membre d'une autorité administrative indépendante si, au cours de l'année précédant sa désignation, il a exercé les fonctions de président ou de membre du gouvernement de la Polynésie française ou le mandat de représentant à l'assemblée de la Polynésie française. III.-Les comptes de l'autorité administrative indépendante sont présentés au contrôle de la Chambre territoriale des comptes. Ils sont communiqués à l'assemblée de la Polynésie française et au président de la Polynésie française.

Contrôles précédents de la Chambre et de la Cour des comptes

L'APC ayant été créée en 2015, il s'agit du premier contrôle effectué par la chambre territoriale des comptes.

En revanche, la Cour des comptes a conduit le contrôle de la gestion des autorités administratives indépendantes de droit commun, dont l'autorité nationale de la concurrence, sur le thème des politiques et pratiques de rémunération. Le rapport publié en décembre 2017 a mis en exergue la nécessité d'améliorer la qualité de leur autocontrôle, contrepartie nécessaire à une autonomie de gestion accrue suite à la mise en œuvre de la Loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017 [3].

Procédure

Dans le cadre de son programme annuel de travail 2019 défini par l'arrêté n°2018-04 du 29 novembre 2018, et en application de l'article LO. 272-6 du code des juridictions financières, la Chambre territoriale des comptes de la Polynésie française a procédé au contrôle des comptes et de la gestion de l'APC, sur les exercices 2015 à 2020.

Par ailleurs, par courrier postérieur en date du 25 février 2019, le président du gouvernement a demandé au président de la Chambre d'engager le contrôle des comptes et de la gestion de l'APC.

Un avis confirmant sa compétence a été rendu par le Procureur financier près la Chambre le 13 mars 2019. La loi organique n°2004-192, modifiée le 5 juillet 2019, est venue confirmer dans son point III la compétence de la Chambre sur cet organisme.

L'ancien président de l'APC, M. Jacques MEROT, en sa qualité d'ordonnateur, a été informé de l'ouverture du contrôle par un courrier individuel en date du 2 mai 2019. L'entretien de début de contrôle a eu lieu le 4 juin 2019. Au total, 24 entretiens individuels ont été conduits au cours de l'instruction. Ces rendez-vous ont intéressé notamment les huit membres du collège.

L'entretien de fin de contrôle a eu lieu le 4 février 2020 avec l'ancien président de l'APC, en présence du président de la Chambre, conformément aux dispositions de l'article L. 272-61 du code des juridictions financières.

Lors de ses séances du 14 février 2020 et du 6 août 2020 portant sur le rapport d'instruction ainsi qu'un rapport complémentaire, la Chambre a formulé ses observations provisoires.

Ce rapport a été adressé le 21 août 2020 à l'ancien président, qui en a accusé réception le 27 août 2020. Des extraits lui ont également été adressés le 21 août 2020, en tant que tiers mis en cause. Ce dernier a demandé un report de délai pour communiquer sa réponse, délai qui lui a été accordé jusqu'au 6 novembre 2020. Par une réponse datée du 29 octobre 2020, enregistrée le 30 octobre 2020 au greffe de la juridiction, il a par ailleurs sollicité une audition qui s'est tenue le 10 novembre 2020.

[3] Loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes et loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

Le rapport d'observations provisoires a également été adressé le 21 août 2020 au président par intérim en fonction, M. Christian MONTET, qui l'a réceptionné le même jour. Il a adressé une réponse datée du 29 septembre 2020, enregistrée le même jour au greffe de la juridiction. Ce dernier a sollicité une audition qui s'est tenue à la juridiction le 18 novembre 2020.

Enfin, le rapport provisoire complet a été adressé le 21 août 2020 au président de la Polynésie française, M. Edouard FRITCH, en qualité de tiers mis en cause, qui l'a réceptionné le même jour. Il a adressé une réponse datée du 20 octobre 2020, enregistrée le même jour au greffe de la juridiction.

Des extraits du rapport d'observations provisoires ont été adressés le 21 août 2020 respectivement à M. X et Mme Y, membres du collège, en tant que tiers mis en cause. M. X a adressé une réponse le 24 août 2020, complétée le 21 septembre 2020. Ces envois ont été enregistrées respectivement le 24 août 2020 et le 21 septembre 2021 au greffe de la juridiction. Mme Y n'a pas répondu.

Des extraits du rapport provisoire ont également été adressés le 21 août 2020 à Mme l'ancienne rapporteure générale, en tant que tiers mis en cause. Cette dernière a adressé une réponse datée du 26 octobre 2020, enregistrée le même jour au greffe de la juridiction.

Des extraits du rapport provisoire ont enfin été adressés le 21 août 2020 à Mme la présidente de l'Autorité calédonienne de la Concurrence, en tant que tiers mis en cause, qui a adressé une réponse datée du 12 octobre 2020, enregistrée le 13 octobre 2020 au greffe de la juridiction.

La Chambre a délibéré lors de sa séance du 28 janvier 2021. Les observations définitives reproduites ci-après ont été notifiées aux ordonnateurs successifs de l'Autorité polynésienne de la concurrence ainsi qu'au Président de la Polynésie qui ont usé de leur droit de réponse dans le délai d'un mois imparti à l'article L 272-66 du code des juridictions financières.

1 UNE RÉFORME AMBITIEUSE

La situation budgétaire tendue et les difficultés de trésorerie qui ont pesé sur la collectivité de la Polynésie française à la fin des années 2000, l'ont conduit à négocier en 2011 avec l'État, les conditions et les modalités de décaissement attachées à un prêt de l'agence française de développement – AFD, pour un montant de 4,9 Mds F CFP. Ce protocole prévoyait un plan de redressement, assorti d'un objectif général de réforme de la politique économique conduite par la collectivité. Cette ambition a été déclinée au travers de plusieurs objectifs opérationnels, dont celui de favoriser, dès 2011, la concurrence et la régulation des monopoles. Il était question précisément de créer, au cours du 2nd semestre de la même année, une « autorité indépendante en matière de concurrence, d'énergie, de télécommunications », et d'instaurer un droit de la concurrence.

En 2011, cette réforme n'a pas été menée à son terme comme prévu initialement dans le plan de redressement.

En 2014, le président du Pays a réitéré, dans un nouveau plan de relance, des objectifs et un contenu identiques au plan précédent en matière de stimulation de la concurrence locale (mesure 40).

Ces engagements politiques successifs ont abouti entre 2015 et 2016 à la promulgation d'un code de la concurrence et au démarrage d'une autorité polynésienne de la concurrence.

1.1 Un cheminement juridique complexe

1.1.1 Trois projets de loi conçus entre 2011 et 2015

La loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, qui définit en particulier les compétences et les institutions de la Polynésie française, a été modifiée en 2011, de façon à ce que la collectivité, qui est déjà dotée de la compétence économique, soit pourvue de la capacité juridique de créer des autorités administratives indépendantes (AAI)[4]. Apparaît ainsi dans la loi organique statutaire de 2004 l'article *30-1* :

> *«. - La Polynésie française peut, pour l'exercice de ses compétences, créer des autorités administratives indépendantes, pourvues ou non de la personnalité morale, aux fins d'exercer des missions de régulation dans le secteur économique.*

[4] Par la loi organique n°2011-918 du 1er août 2011 - art. 8, relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française.

> *« L'acte prévu à l'article 140 dénommé "loi du Pays" créant une autorité administrative indépendante en définit les garanties d'indépendance, d'expertise et de continuité. » Il peut lui attribuer, par dérogation aux dispositions des articles 64, 67, 89 à 92 et 95, un pouvoir réglementaire ainsi que les pouvoirs d'investigation, de contrôle, de recommandation, de règlement des différends et de sanction, strictement nécessaires à l'accomplissement de ses missions. »*

Cette réforme s'est inscrite depuis 2011 dans un calendrier ponctué d'à coups.

Ainsi, la première étape est très rapide, entre le moment où intervient la modification de la loi statutaire évoquée précédemment, et un premier projet de texte qui entend répondre aux objectifs inscrits dans le plan de redressement adopté quelques semaines plus tôt. Alors que la loi statutaire est modifiée le 1er août 2011, le projet de création d'un droit de la concurrence est présenté par le Pays au Conseil économique social et culturel[5] le 23 août 2011[6].

Pour autant, le projet ne prend pas en compte le nouvel article 30-1, en faisant l'impasse sur la création de l'AAI dans le dispositif : « Le présent projet a été construit sans l'intervention d'une autorité administrative indépendante (AAI) dotée de pouvoirs d'enquête et de sanctions dans la mesure où la loi organique ne le permet pas actuellement. »[7]

En excluant la formule juridique possible d'une AAI, pour proposer, de facto, l'instruction des dossiers par l'administration du Pays, ce projet s'écarte des modalités prévues dans le plan de redressement produit en 2011, ce que regrette d'ailleurs le CESC dans son avis rendu le 23 septembre 2011[8].

Par lettre n° 7009/PR du 17 novembre 2011, le Président de la Polynésie française a tout de même transmis à l'Assemblée de la Polynésie française le projet de loi du Pays en l'état. La commission des affaires économiques, du tourisme, de l'agriculture, de la mer et des transports examine ce projet et l'adopte le 24 novembre 2011. Le rapport de la commission, enregistré le 25 novembre 2011[9] rappelle, comme le CESC précédemment, que la loi statutaire du 1er août 2011 a introduit la possibilité règlementaire pour la collectivité de créer une AAI et que :

« *le présent projet a été conçu sans l'intervention d'une telle autorité administrative pour laisser au juge pénal le soin de prononcer des sanctions en cas d'ententes ou d'abus de position dominante.*

Ceci étant, en fonction du nombre de dossiers qu'aura à traiter la juridiction pénale, il pourra alors être envisagé de créer une telle AAI (…) »

[5]Renommé depuis le 5 juillet 2019 conseil économique, social, environnemental et culturel, suite à la modification des articles 147 et suivants de la loi organique n°2004-192.

[6] Lettre de saisine n°5112 PR du 23 août 2011.

[7] Cf. les dispositions finales du projet de loi.

[8] Avis n°111-2011.

[9] Rapport n°151-2011.

Inscrit à l'ordre du jour de la séance du 1er décembre 2011, l'examen du texte est reporté le 12 décembre 2011 par l'assemblée « du fait du nombre important de dossiers ». Il faut attendre la séance du 10 mai 2012 pour qu'il soit à nouveau inscrit. Il est alors aussitôt renvoyé en commission[10] pour réexamen, dans le but de « reprendre les discussions avec toutes les forces vives de notre Pays, et en particulier avec les consommateurs et les entreprises » et l'organisation « d'une séance de travail avec des experts, des représentants des organisations patronales et des consommateurs ».

Cette réunion de travail, tenue le 23 mai 2012, a permis une nouvelle fois de relever l'absence dans le projet d'une AAI.

Le 13 août 2012, le projet est examiné à nouveau en commission, qui l'adopte, après avoir entériné plusieurs amendements proposés par le gouvernement et par des représentants de l'assemblée. Certains amendements proposent la création d'une autorité administrative indépendante. Le rapport produit par la commission[11] indique en effet que ses membres ont « estimé que seule une AAI, de par ses compétences, pouvait garantir l'effectivité du droit de la concurrence que le présent texte prévoit de mettre en place. C'est ainsi que par amendement, la commission en charge des affaires économiques a créé une nouvelle entité administrative, dotée de la personnalité morale (…). Pour être pleinement opérationnelle, cette Autorité de la concurrence de la Polynésie française devra se doter, en plus des règles classiques de fonctionnement et de composition, de garanties d'indépendance, d'expertise et de continuité. Ces règles feront l'objet d'une loi du Pays ultérieure et de ses textes subséquents. »

Ainsi, l'article LP 3 modifié par amendement créé cette autorité et lui attribue « un pouvoir règlementaire ainsi que les pouvoirs d'investigation, de contrôle, de recommandation, de règlement des différends et de sanction (…). En revanche, l'article LP 31 ajouté renvoie, pour la création de cette AAI, à une autre loi « portant organisation et fonctionnement » de ladite autorité.

Le rapport de la commission du 5 septembre 2012 est inscrit à l'ordre du jour de la séance du 4 octobre 2012, qui le rejette le lendemain. Les débats tenus à l'assemblée mettent notamment l'accent sur la nécessité, ou non, de créer un droit de la concurrence concomitamment à la mise en place d'une autorité de la concurrence, sans pouvoir trancher sur cette question.

Un nouveau projet de loi est annoncé publiquement par le gouvernement en septembre 2013. Il entend le mettre en œuvre courant 2014. Ce dernier contient trois Livres (« Du droit de

[10] Comme précédemment, la commission des affaires économiques, du tourisme, de l'agriculture, de la mer et des transports.

[11] Rapport n°79-2012 du 5 septembre 2012.

la concurrence », « de l'autorité polynésienne de régulation de la concurrence », et des « dispositions diverses »). Il est présenté au CESC le 5 septembre 2013[12]. Dans son exposé des motifs, le gouvernement indique d'emblée que « La mise en place du droit de la concurrence en Polynésie française est différée ou contrecarrée depuis plus de dix ans. (…). » et que « Hormis de rares mesures de libéralisation sectorielle, comme celle intervenue en 2003 dans le secteur des télécommunications, le droit de la concurrence n'existe pas en Polynésie française où prévaut un fort niveau d'interventionnisme. Tant bien que mal les pouvoirs publics s'efforcent de juguler la cherté de la vie par une règlementation des prix (…). Ce modèle de développement reposant sur une administration dirigiste de l'économie doit être réformé ».

Plus loin dans son exposé, le gouvernement présente les deux composantes de son projet de réforme, que le CESC reprend dans son avis[13] :

- « l'adoption d'un ensemble de règles du droit de la concurrence visant à garantir le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie au sein d'une économie de libre marché.

- la création d'une Autorité Administrative Indépendante, organisme garantissant l'efficacité du droit de la concurrence, présidé par un magistrat et doté d'un service instructeur autonome. »

Ce projet de loi de Pays n'a pourtant jamais été soumis à l'Assemblée de la Polynésie française.

Quelques mois plus tard, le processus est relancé, mais cette fois, le gouvernement entend proposer une architecture juridique construite sur la base de trois piliers.

Le 19 mai 2014, le président du Pays saisit, selon la procédure d'urgence, le CESC pour avis. Dans le projet, il y est indiqué que le Livre IV « La transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées » fera l'objet d'une loi de Pays spécifique.

Le 27 mai, le CESC se prononce sur ce texte[14], et rend une nouvelle fois un avis favorable.

Le 28 mai 2014[15], le président de Pays transmet pour examen à l'Assemblée de la Polynésie française le projet de loi de Pays. Le rapport établi indique que la dernière tentative a échoué en 2012, « en raison notamment de l'absence de certains éléments fondamentaux (…) tels que la création d'un dispositif relatif au contrôle des concentrations et l'instauration d'une autorité administrative indépendante de la concurrence ».

C'est le 25 juin 2014 que les représentants à l'Assemblée de la Polynésie française adoptent ce premier pilier. Cette loi définit la majeure partie du code de la concurrence (Livres I, II, III, et VI).

Le 4 juillet 2014[16], le président de Pays transmet à l'APF un projet de loi de Pays portant règlementation des pratiques commerciales, en vue de créer le Livre IV du code de la

[12] Lettre n°5232 PR.
[13] Avis n°152-2013 du 3 octobre 2013.
[14] Avis n°7 du 27 mai 2014.
[15] Lettre n°2731/PR du 28 mai 2014.
[16] Lettre n°3603/PR du 4 juillet 2014.

concurrence. Ce second pilier est adopté par l'assemblée le 27 novembre 2014. Il est publié pour information au JOPF du 5 décembre 2014.

La loi de Pays n°2015-2 qui correspond au premier pilier adopté le 25 juin 2014 n'est cependant promulguée que le 23 février 2015[17].

Le Livre IV adopté le 27 novembre 2014 est en fin de compte intégré au code de la concurrence par la promulgation de la loi de Pays n°2015-4 du 14 avril 2015 portant règlementation des pratiques commerciales. Cette loi est entrée en vigueur le jour de sa promulgation, hormis les obligations découlant de ses articles LP. 410-6, LP. 410-7 et LP. 410-8, pour lesquelles les professionnels concernés ont disposé d'un an pour s'y conformer[18], soit jusqu'au 14 avril 2016.

Le livre V, qui correspond au troisième pilier, a pour objet de fixer les conditions de contrôles exercés par l'APC. Aucun projet de loi n'a été présenté à l'Assemblée de la Polynésie française lors de l'instruction.

1.1.2 Des préalables au démarrage de l'APC satisfaits début 2016

La loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence crée dans le même temps un droit de la concurrence et une autorité administrative indépendante. Le livre VI contenu dans cette loi en fixe les règles d'organisation, de compétences, de fonctionnement et de procédure.

Cette loi a fixé deux conditions suspensives au démarrage effectif de l'APC :

- Des arrêtés pris en conseil des ministres doivent déterminer, à titre provisoire, et jusqu'à la constitution de l'APC, les règles relatives à son installation et à son fonctionnement (Article LP. 3 2°). Ces mesures demeurent jusqu'à l'adoption, par l'APC, de son règlement intérieur[19]. Cette première condition est ainsi elle-même assortie d'un prérequis, celui de l'adoption d'un règlement intérieur.
- Au moins trois membres du collège de l'APC parmi cinq doivent être nommés, dont son président, ainsi que son rapporteur général et un agent instructeur (Article LP. 3 1°) ;

L'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 entend satisfaire à la première condition, en rappelant dans son article 1er qu'il est applicable jusqu'à la constitution de l'autorité et l'adoption de son règlement intérieur.

Le président et les autres membres du collège doivent être nommés par arrêté pris en conseil des ministres (article LP. 610-2).

C'est ainsi que l'arrêté n° 913 du 9 juillet 2015 nomme M. Jacques MÉROT, président de section de chambre régionale des comptes, premier président de l'APC, avant d'être modifié sur un point de procédure par l'arrêté n°1047 CM vu précédemment. Quatre membres du

[17] Notamment à cause d'un recours : Cf. la Décision n°383507 du Conseil d'État du 22 décembre 2014.
[18] Cf. l'article LP. 2 de la loi de Pays n° 2015-4 du 14 avril 2015.
[19] Cf. l'article L.P. 610-11 de la loi de Pays.

collège sont ensuite désignés par arrêté le 30 septembre 2015[20], sur proposition de l'ancien président de l'APC. Gwenaëlle NOUET, première rapporteure générale, est nommée le 15 janvier 2016, par arrêté pris le 23 décembre 2015[21].

Le 13 janvier 2016, l'APC adopte, par délibération, son premier règlement intérieur[22].

Quant à la dernière condition, celle de recruter au moins un agent instructeur, ce sont en pratique deux agents qui sont nommés simultanément le 1er février 2016.

Dès lors, les trois conditions suspensives ont pu être levées le 1er février 2016, rendant applicable à partir de cette date, le livre VI du code de la concurrence.

L'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015, qui constitue la partie règlementaire de la loi de Pays n°2015-2 précitée, inclut des dispositions relatives à l'organisation, aux attributions, et aux procédures (articles 610-1 à 640-9) afférentes à l'APC. Cet arrêté n'a pu dès lors entrer en vigueur que le 1er février 2016.

L'APC a ainsi commencé à exister juridiquement une année après la promulgation de la loi mais cinq ans après l'inscription de ce projet au calendrier des réformes à engager.

1.2 Un droit de la concurrence encore en maturation

Certaines attributions de l'APC relèvent de la compétence de l'État en matière de droit pénal, d'organisation judiciaire et de procédures contentieuses[23]. Ainsi, l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017[24], ratifiée en 2018, vient fixer le cadre des pouvoirs d'enquête renforcés de l'APC et des voies de recours à l'encontre de ses décisions.

Nonobstant les changements significatifs à propos des règles de droit régissant le budget et la gestion du personnel présentés par ailleurs dans le présent rapport, les attributions de l'APC énumérées dans le code de la concurrence ont évolué.

En 2018, la Polynésie française a décidé de modifier le code de la concurrence par la loi du Pays n° 2018-31 du 9 août 2018. L'ancien président de l'APC a indiqué lors de l'instruction que ce projet de réforme a été développé sans qu'il y soit associé, et que « cette évolution du

[20] Arrêté CM n°1464 CM.

[21] Arrêté CM n°2110 CM.

[22] Délibération n°2016-DC-01 du 13 janvier 2016 relative à l'adoption du règlement intérieur de l'Autorité polynésienne de la concurrence.

[23] Cf. l'article 14-2° de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.

[24] Étendant et adaptant à la Polynésie française certaines dispositions du livre IV du code de commerce relatives aux contrôles et aux sanctions en matière de concurrence. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n°2018-643 du 23 juillet 2018 relative aux contrôles et aux sanctions en matière de concurrence en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie. Le décret n° 2018-880 du 11 octobre 2018 a été pris pour l'application des articles 10 et 11 de l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017 relatifs aux recours contre les décisions de l'autorité polynésienne de la concurrence.

droit de la concurrence a consisté à réduire les moyens d'intervention de l'autorité polynésienne de la concurrence en supprimant les dispositions correspondant à la loi Lurel en droit national et qui sont aussi présentes dans le code de commerce calédonien :

- La prohibition des droits exclusifs à l'importation ;
- La recherche, le constat et la sanction de l'abus de dépendance économique ;
- L'examen de situations pouvant donner lieu à des préoccupations de concurrence commandant éventuellement le prononcé d'injonctions structurelles. »

Selon lui, ces manques ont été de nature à impacter défavorablement l'activité et l'efficience de l'APC ;

Il a également apporté comme complément d'information que certains des outils juridiques mis à sa disposition nécessitaient la mise en œuvre de procédures complexes et lourdes, ce qu'a confirmé, en phase contradictoire, l'actuel président par intérim notamment en matière de concentrations pour lesquelles, « une procédure simplifiée », comme cela existe en métropole, serait souhaitable.

Le président du Pays conteste la position de l'ancien ordonnateur sur le sens de la réforme du code de la concurrence en 2018, en justifiant son bien-fondé par la prise en compte de recommandations formulées à l'occasion d'un colloque de personnes faisant selon lui autorité. Il cite deux aménagements du texte initial, l'introduction de la clémence qui permettrait de détecter les ententes les plus graves, et les seuils d'application du contrôle des concentrations et du contrôle des surfaces commerciales. Le président du Pays a ajouté que « des travaux destinés à amender les dispositions du code de la concurrence sont en cours entre l'APC et le Pays notamment pour compléter les pouvoirs d'investigation, simplifier les procédures de concentration et d'autorisation des surfaces commerciales. L'adoption des textes idoines devrait intervenir à la session administrative de l'année 2021. »

La Chambre sera attentive à ces évolutions qui semblent voulues par les ordonnateurs successifs ainsi que par le Pays.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

En 2011, l'introduction d'un droit de la concurrence en Polynésie française a été déclarée par le Pays comme un objectif à atteindre dans l'année. Cette ambition s'est inscrite dans la droite ligne des mesures prévues dans le plan de redressement que la collectivité avait adopté à la même époque. Dans les faits, la réalisation de cet objectif s'est étalée sur plusieurs années.

Le droit de la concurrence a été conçu par le Pays comme un levier de développement économique pour lutter contre la vie chère. Il s'agit alors selon la collectivité de moderniser l'action publique en remplaçant un dispositif interventionniste par une mécanique nouvelle composée d'un droit spécialisé et d'une instance indépendante de contrôle et de sanction, l'APC.

Ce projet de réforme a démarré effectivement en 2011 par la modification par le Parlement de la loi organique portant autonomie de la Polynésie française, et dans le même temps, par un premier projet de loi de Pays présenté par le gouvernement local.

Cependant, c'est seulement après trois tentatives que la collectivité de la Polynésie française est parvenue à promulguer en 2015 deux lois de Pays instituant un droit local de la

concurrence. Le Livre VI du code qui porte organisation de l'autorité polynésienne de la concurrence a été rendu applicable à partir du 1er février 2016.

2 UNE GOUVERNANCE À CONSOLIDER

2.1 Un organisme doté de l'autonomie fonctionnelle

Le projet de lois de Pays annoncé en septembre 2013 prévoyait expressément de doter l'autorité de la concurrence de la personnalité morale. Le texte adopté le 23 février 2015 est resté en revanche silencieux sur ce point. Il s'en suit que l'autorité polynésienne de la concurrence est en l'état des textes en vigueur une autorité indépendante sans personnalité morale.

La Polynésie française s'est ainsi alignée sur le droit national qui a abouti au fil des ans à la mise en place des Autorités Administratives Indépendantes (AAI) sans personnalité morale. Ce choix a des conséquences sur le mode de fonctionnement de l'APC, et notamment concernant les relations entre celle-ci et le Pays.

Ainsi, le président de l'APC, le rapporteur général, tout comme les membres du collège, sont nommés par le gouvernement par arrêté. Leurs devoirs et leurs obligations sont en outre définis dans la même forme.

Le principe de l'absence de personnalité morale empêche en théorie l'APC d'être pourvue notamment d'un patrimoine, d'agir en justice, et de conclure tout type de contrats.

Pourtant, en pratique, l'APC a été configurée sur le modèle national des AAI, le principe d'autonomie fonctionnelle l'emportant. A ce titre, le président de l'APC a reçu par la loi le pouvoir d'agir en justice[25]. Cette Autorité bénéficie également d'une autonomie de gestion certaine, puisque son président s'est vu doté de la qualité d'ordonnateur[26]. Il lui est permis d'acquérir en son nom des immobilisations, et donc de constituer un patrimoine. Au surplus, le président a reçu la qualité d'autorité de nomination (Cf. notamment le 2° de l'article 610-1 de l'arrêté n°1347 CL du 10 septembre 2015). Ainsi, l'APC a établi son règlement intérieur[27], qui *« fixe notamment les dispositions régissant son personnel permanent (…)*[28] ».

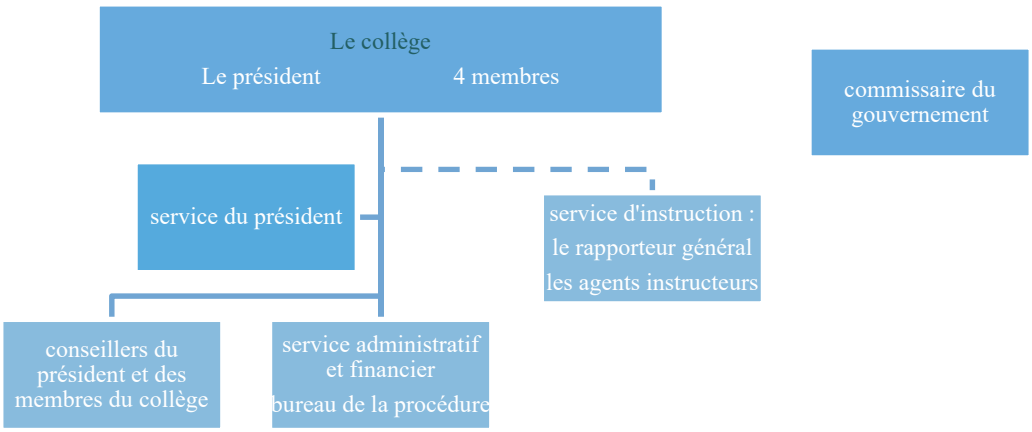
[25] Cf. l'article L. 610-7 de la loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015.
[26] Cf. l'article L. 610-8 de la loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015.
[27] Cf. l'article L. 610-11 de la loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015.
[28] Cf. l'article A. 610-6 de l'arrêté n°1347 CL du 10 septembre 2015.

2.2 L'absence de stratégie formalisée

Le code de la concurrence dispose que le président organise et coordonne l'activité de l'Autorité et est doté de pouvoirs importants tels que nommer les agents sur la plupart des emplois, établir l'ordre du jour des séances du collège, être à l'initiative des règles internes de gestion (règlement intérieur notamment) et d'instruction (lignes directrices), évaluer la performance des agents qui relèvent de sa responsabilité[29]. Ces dispositions placent le président dans le rôle de garant de la continuité et de l'efficacité de l'action de l'APC.

La particularité qui prévaut dans l'organisation de l'APC est la présence d'un service d'instruction, composé d'agents assermentés dans les conditions prévues à l'article 809-II du code de procédure pénale. Les agents de ce service sont placés sous l'autorité du rapporteur général, et non pas celle du président. Le code de la concurrence dispose que le rapporteur général propose au président la nomination des agents d'instruction (rapporteurs). Le rapporteur général anime et contrôle l'activité, confie l'instruction d'une affaire à un ou plusieurs rapporteurs, s'assure de la qualité des notifications des griefs, et de tous les documents d'instruction. Cette « *instruction est menée en toute indépendance par le service d'instruction sous la direction du rapporteur général* »[30]. Enfin, le règlement intérieur dispose que le rapporteur général évalue annuellement les agents placés sous son autorité.

Organigramme n° 1 : Organisation générale de l'APC



Source : CTC d'après les organigrammes produits par l'APC

Le règlement intérieur confirme ainsi la répartition des rôles en matière d'évaluation et de mesure de la performance. Le président a la responsabilité d'évaluer la performance produite par les agents de l'APC, hormis ceux qui sont en charge de l'instruction, qui sont évalués par le rapporteur général. C'est donc à ce dernier de fixer la trajectoire en matière d'investigations et de production.

La mesure de la performance repose classiquement sur une batterie d'indicateurs d'évaluation, qui ont pour vocation de mesurer l'écart obtenu entre les objectifs initiaux et les

[29] Cf. la décision n°2016-DP-07 du 3 mars 2016.
[30] Cf. l'article LP. 630-2.

résultats de production constatés. La formulation d'objectifs suppose une feuille de route annuelle, voire pluriannuelle, sous la forme d'un plan de charge et d'un calendrier prévisionnel.

Pour justifier de ces outils stratégiques, l'ancien ordonnateur de l'APC a présenté un plan de communication, abouti, ainsi qu'un programme de son service, ces deux documents ayant été élaborés en 2018. Ces éléments, au vu de leurs contenus, ne sauraient constituer un plan stratégique ni pour l'APC en général, ni pour le service de l'instruction en particulier.

Dès lors, la Chambre considère que l'APC n'a pas formalisé au cours de la période sous revue une feuille de route en matière d'instruction, adossée à des indicateurs exprimés sous la forme d'objectifs cibles annuels et pluriannuels.

En réponse aux observations provisoires, l'ancien ordonnateur a fait valoir que « la difficulté réside dans la rédaction d'un tel document. Des personnels indélicats peuvent les diffuser à l'extérieur. » La Chambre estime que cet argument qui soulève la question de difficultés managériales ne peut pas justifier cette insuffisance.

A cause de l'absence d'une telle stratégie formalisée, l'APC s'est placée dans l'impossibilité d'évaluer elle-même sa performance.

Ces deux manques que constituent l'absence de stratégie formalisée et d'outils d'évaluation, sont à l'origine de dysfonctionnements développés dans la suite du rapport (Cf. notamment le § 2.5.).

La séparation entre la présidence et le collège, d'une part, et l'instruction, d'autre part, ne saurait faire obstacle, avec les aménagements et les précautions qui s'imposent, à la formalisation d'une stratégie d'action à l'échelle de l'APC entre le président et le rapporteur général.

Même, si la Chambre a conscience des limites de toute comparaison, elle estime qu'à l'instar de la pratique développée par l'autorité de la concurrence nationale, l'APC doit établir ses priorités thématiques et opérationnelles, qui seraient par la suite à décliner sous la forme de programmes de travail internes. A ce titre, le président et le rapporteur général sont invités à construire un outil de mesure de la performance, adapté à la taille et à la nature de l'activité de l'APC. Une opération de parangonnage avec des organismes comparables serait utile pour l'aider au bon déroulement de ces démarches.

Dès lors, la Chambre formule les deux recommandations suivantes :

Recommandation n°1 : Dès 2021, formuler et communiquer une feuille de route à vocation stratégique, assortie de programmes prévisionnels annuels d'investigation et de production.

Recommandation n°2 : Définir et suivre des indicateurs de performance à l'échelle de l'APC, à communiquer dans le rapport d'activité au titre des exercices 2020 et suivants.

En réponse aux observations provisoires, l'ancienne rapporteure générale a indiqué qu'une stratégie de contrôle existait, mais que sa formalisation n'est intervenue qu'en fin de période. Celle-ci aurait été fixée et suivie individuellement pour chaque rapporteur à compter

de 2018 au moyen de comptes-rendus d'entretien début 2019 qui incluent des objectifs 2018 et 2019. Elle a ajouté avoir établi depuis 2017 un tableau de bord permettant un suivi du plan de charge et de la performance des rapporteurs.

Cependant, la Chambre, au vu des dernières pièces transmises par celle-ci, confirme son constat initial. En effet, les objectifs décrits dans les fiches individuelles d'entretien ne consistent qu'en une affectation de dossiers par agent, et comportent une mention identique pour chaque rapporteur qui correspond d'ailleurs à la mission générale de l'APC : « traiter des dossiers de concentration, de surface commerciale et/ou des avis. ». Le tableau de bord communiqué se limite quant à lui à un calendrier de suivi d'activité. Ces deux éléments opérationnels, s'ils ont le mérite d'exister, sont encore éloignés d'une stratégie formalisée.

Le président par intérim a indiqué que « pour ce qui concerne les structures de marché, concentrations et évolution des surfaces commerciales, l'activité de l'APC dépend strictement des dossiers qui lui sont soumis et dont il est impossible d'évaluer à l'avance l'importance quantitative annuelle.

« Pour ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, l'activité de l'Autorité dépend également aussi largement des saisines telles que les définit l'article LP 620-5 (…).

« Certes, comme le souligne le rapport, le même article ajoute une possibilité d'auto-saisine pour des pratiques anticoncurrentielles, sur proposition du rapporteur général. Cependant disposer d'un dossier permettant une auto-saisine suppose une enquête préalable (…) Or, le code de la concurrence ne prévoit pas les pouvoirs d'enquête appropriés. En l'état actuel des textes, une telle auto-saisine n'est pas impossible, mais elle est difficile. Ce point fait partie des projets de discussion avec le Pays pour un toilettage des textes dans les mois à venir. Enfin l'auto-saisine est également possible en cas d'inexécution d'engagements, mais cela suppose donc aussi un dossier préalable ». La Chambre est consciente de ces difficultés et note avec intérêt qu'une telle procédure, qu'elle encourage, existe mais doit être facilité par le biais de discussions avec le Pays. C'est pour la juridiction un des éléments de l'activité future de l'APC.

Sinon, le président par intérim a ajouté qu'il entend renforcer la communication « par tous les moyens (site internet, guides, conférences…) sur les objectifs stratégiques de l'APC, sur ses actions et sur ses résultats ». En outre, il estime qu'il est nécessaire, s'agissant des objectifs stratégiques, de « définir des critères plus larges incluant d'autres éléments comme le travail de pédagogie et d'information, l'amélioration des pratiques d'instruction et de décision, et d'autres encore telles que les études ex post des actions de l'APC et de l'appréciation de son activité par les entreprises et les consommateurs ».

La Chambre ne peut là encore qu'encourager les voies d'amélioration envisagées.

2.3 Un règlement intérieur et des lignes directrices aboutis

La loi de Pays du 23 février 2015[31] a imposé à l'APC l'adoption d'un règlement intérieur, document qui a pour vocation de formaliser son organisation.

[31] Cf. son article LP. 610-11.

Le premier règlement intérieur a ainsi été adopté le 13 janvier 2016 par délibération du collège[32], publiée au journal officiel de la Polynésie française le 22 janvier 2016. Il s'agit de la première délibération prise par l'APC. Ce calendrier est conforme aux conditions posées par l'article LP. 3 de la loi précitée.

Le contenu cible de ce règlement intérieur est précisé par l'article A. 610-6 de l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015. Ce document « fixe notamment les dispositions régissant son personnel permanent et les modalités de son fonctionnement administratif ». Par ailleurs, l'APC a fait le choix, en complément des mesures d'organisation interne relatives aux personnels et aux membres, d'y inclure les lignes directrices au sens de l'article LP. 630-1 de la loi du 23 février 2015. Ces lignes directrices précisent le champ et les procédures d'intervention, elles sont opposables par toute personne intéressée.

Le règlement intérieur a été remanié suite à la modification du code de la concurrence intervenue en 2018[33] qui introduit en effet deux évolutions majeures.

La partie relative à la gestion des emplois est supprimée. Les attributions reçues initialement par l'APC concernant le recrutement, la carrière, et les rémunérations sont renvoyées au statut général de la fonction publique territoriale. Seuls sont conservés dans le règlement intérieur les droits et obligations du personnel permanent. Ensuite, la publication au JOPF du règlement intérieur est soumise désormais à une formalité obligatoire préalable, celle de son *homologation* par le conseil des ministres.

Dans ces conditions, l'APC a adopté le 6 décembre 2018 son règlement intérieur modifié par délibération n°2018-DC-14. L'*homologation* telle que prévue est intervenue le 23 janvier 2019[34].

2.4 La garantie du respect des règles de déontologie

2.4.1 Les procédures internes

2.4.1.1 La prévention des conflits d'intérêt

L'APC, en tant qu'Autorité dotée de pouvoirs d'investigation et de sanction[35], doit prendre les mesures adéquates pour prévenir tout risque de conflit d'intérêt. A cet égard, la Chambre rappelle que le conflit d'intérêt peut être défini comme toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

[32] Délibération n°2016-DC-01.

[33] Par la loi de Pays n°2018-31 du 9 août 2018, et son article LP. 17.

[34] Par l'arrêté n°000107/CM.

[35] A la différence des projets présentés par les entreprises en matière de concentrations ou de création et d'extension de surfaces commerciales qui font l'objet d'une autorisation administrative de conformité, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est à visée répressive.

Les rapports, au terme de la procédure d'instruction, sont examinés par le collège qui rend à l'issue des décisions[36]. L'article 630-5 de la loi du Pays du 23 février 2015 dispose que les séances du collège ne sont pas publiques, et que seules les parties, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement peuvent y assister. Le rapporteur général peut y présenter des observations. Le collège, hors la présence du rapporteur général et du commissaire du gouvernement, statue par la suite en formation de délibéré soumis au principe du secret.

En conséquence de ce qui précède, la répartition des responsabilités telle qu'elle est envisagée dans les textes, conduit à un fonctionnement de l'APC en deux pôles : le collège qui inclut le président, qui s'apparente à une formation de jugement, et celui de l'instruction dirigé par le rapporteur général, qui doit agir en toute indépendance et garantir ainsi sa neutralité.

Le président et le rapporteur général doivent en conséquence être très attentifs à la nature des relations qui existent entre les deux pôles et à l'intérieur de chacun d'eux, afin de garantir au mieux la préservation de l'APC de tout conflit d'intérêt.

Le contexte dans lequel évolue l'APC et son rôle justifient cette extrême rigueur. A ce titre, sur les trois premières décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge de cassation, deux ont soulevé la question de l'impartialité de l'APC.

2.4.1.2 Les dispositions écrites

Le code de la concurrence[37] fixe notamment comme garantie que « Tout membre de l'Autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient d'acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. » De plus, « Aucun membre de l'Autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées ».

Des dispositions écrites ont été prises très tôt par l'APC elle-même afin de prévenir les conflits d'intérêts qui pourraient entraver son bon fonctionnement.

C'est ainsi qu'une charte de déontologie a été, dans un premier temps, annexée au règlement intérieur adopté le 13 janvier 2016[38] par le collège de l'APC.

Sur cet aspect, un arrêté pris en conseil des ministres devait définir les obligations des membres du collège, par application du III-V. de l'article LP. 610-3 de la loi du Pays du 23 février 2015. L'ancien président de l'APC a indiqué que la charte de déontologie a été rédigée par l'APC dès lors que le gouvernement n'a pas produit un tel arrêté. Ce n'est que récemment que l'arrêté n°2337 CM du 16 novembre 2018 a posé les principes et modalités en matière de déontologie, en reprenant d'ailleurs l'intégralité de la charte de déontologie pour l'insérer dans la partie règlementaire du code de la concurrence[39].

Ces dispositions distinguent les personnels permanents des membres du collège.

---

[36] Article n°143-01 initialement en 2016, renuméroté 113-3-01 du règlement intérieur : « Les avis et décisions de l'Autorité sont pris par le collège qui se réunit en formation plénière ou en formation restreinte ».

[37] Article LP 610-3. (Remplacé, Lp n° 2018-31 du 9/08/2018, art. LP 14).

[38] Cf. les articles A 610-2 et suivants de l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015, et son annexe V.

[39] Cf. l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015 modifié.

En premier lieu, tous les agents de l'APC sont soumis aux dispositions de la charte de déontologie. Le règlement intérieur leur impose de signer ce document[40]. La procédure a été organisée individuellement sur le mode déclaratif[41].

Les contraintes fixées dans le règlement intérieur sont plus étendues lorsqu'il s'agit des agents en charge de l'instruction, que sont le rapporteur général, son adjoint, et les rapporteurs. Ils doivent en effet lors de leur entrée en fonction, d'une part, signer « une déclaration sur l'honneur dans laquelle ils prennent l'engagement solennel d'exercer leurs fonctions en pleine indépendance, en toute impartialité et en conscience, ainsi que de respecter le secret professionnel, notamment pendant l'instruction[42] », et d'autre part, communiquer au président de l'APC, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'ils détiennent ou qu'ils ont détenus au cours des cinq années précédant cette date.

En outre, cette vérification doit intervenir au cas par cas selon les affaires à traiter. Ainsi, lorsque le rapporteur général envisage de désigner un rapporteur pour l'examen d'une affaire, celui-ci lui déclare sur l'honneur qu'il estime ne pas se trouver en situation de conflit d'intérêts (Article 112-02 RI).

En second lieu, des dispositions spécifiques s'appliquent aux membres du collège.

C'est le sens d'un ensemble de modalités contenues dans la loi du 23 février 2015, relatives aux incompatibilité de fonctions et de mandats politiques[43] qui intéressent aussi les membres du collège de l'APC.

Le dispositif de prévention est déclaratif comme précédemment, ainsi « Tout membre de l'Autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient d'acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique[44]. » Le président est donc le garant du respect des principes de déontologie à l'APC.

Le règlement intérieur reprend le dispositif de déclaration sur l'honneur à l'entrée en fonction des membres, qui doivent signer la charte de déontologie. Cette charte inclut un modèle de déclaration sur l'honneur applicable aux membres et aux rapporteurs attestant qu'ils ont pris connaissance de la charte elle-même, ainsi que des textes applicables en matière de transparence[45] et d'incompatibilités et qu'ils s'engagent à en respecter les prescriptions

[40] Article 327-1-01 RI. : « Les personnels de l'Autorité, même stagiaires ou temporaires, signent la charte de déontologie (…). Ils s'engagent à respecter les obligations qu'elle contient et en particulier, les dispositions relatives au secret professionnel, à l'obligation de discrétion, au devoir de réserve, aux activités incompatibles et au conflit d'intérêt. »

[41] Extrait de l'article A. 610-2-4. Du règlement intérieur modifié par l'arrêté n° 2337 CM du 16/11/2018, art. 24) : « II - Lors de leur entrée en fonctions, les personnels de l'Autorité communiquent au président de l'Autorité, s'il y a lieu, la liste des intérêts qu'ils détiennent, directement ou par personne interposée, et des fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans une activité économique, des mandats dont ils sont ou ont été titulaires au sein d'une personne morale et des intérêts qu'ils ont détenus au cours des cinq années précédant cette date. »

[42] Cf. l'article 327-2-01 du règlement intérieur défini en 2016, confirmé par l'arrêté n° 2337 CM du 16/11/2018.

[43] Cf. les articles LP. 610-3 et suivants dans la version initiale, regroupés depuis le 09/08/18 dans le seul article LP. 610-3.

[44] Cf. le III de l'article LP. 610-3 de la loi du 23 février 2015 dans sa version initiale, repris tel quel dans le II du même article depuis le 09/08/2018 - Lp n° 2018-31 du 9/08/2018.

[45] La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 (articles 4, 11-I-6° et 35 notamment) relative à la transparence de la vie publique était susceptible d'application directe en Polynésie française.

(Annexe 7 du règlement intérieur). De plus, un modèle de déclaration d'intérêts est prévu à l'annexe 8 du même document.

Par ailleurs, le règlement intérieur rappelle que les membres sont soumis aux dispositions de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Ainsi, *« Le président et les membres du collège adressent au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration exhaustive, exacte et sincère de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts, établies dans les conditions prévues par la loi. »*

Cette déclaration de patrimoine est regardée comme complémentaire aux déclarations de conflits d'intérêt.

La loi précitée a été modifiée par la loi du 11 décembre 2016[46] qui a levé l'obligation de déclaration pour le président et les membres de l'APC. Cependant, la loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018 a réintroduit l'obligation de déclaration de patrimoine et d'intérêts[47]auprès de la haute Autorité précitée.

Or, l'ancien ordonnateur, dans le cadre de l'instruction, a indiqué que selon lui la déclaration de patrimoine est de la responsabilité individuelle de chaque membre, et que dès lors il n'a pas à s'assurer du respect de cette obligation déontologique.

Ainsi, il a réitéré sa position dans sa réponse aux observations provisoires, et que « la déclaration de patrimoine n'intéresse pas le président. Il n'a d'ailleurs aucun moyen de contrôle. Aucune disposition ne lui impose de s'assurer que la démarche a été remplie. D'ailleurs, en fin de mandat, une déclaration de patrimoine doit être faite. Mais personne n'a à le contrôler. »

La Chambre estime au contraire, que le président, au vu de l'objet et des responsabilités particulières de l'APC, a un rôle prééminent à jouer en tant que garant de l'intégrité de tous les membres, y compris de lui-même, en s'assurant de la réalité des déclarations de leurs intérêts et de leur patrimoine.

A cet égard, la vérification effectuée en 2020 par la Chambre auprès de la Haute Autorité de la Transparence de la Vie Publique (HATVP) concernant les quatre membres du collège en fonction à compter du 25 septembre 2019 et l'ancien président, a permis de constater l'absence de déclaration de la part de deux membres du collège auprès de celle-ci. La HATVP a informé en effet ne détenir aucune des deux déclarations au nom de Mme Y., et ne pas avoir reçu la déclaration d'intérêts de la part de M. X., en poste du 23 septembre 2019 au 20 mai 2020 et depuis démissionnaire. En réponse aux observations provisoires, M. X. a indiqué avoir adressé en son temps la déclaration d'intérêts à l'APC, ayant la « certitude que la transmission serait assurée par elle. Ayant constaté dans votre rapport que ce n'avait pas été le cas, j'ai rempli ce document figurant sur le site de la Haute Autorité, à laquelle j'ai également déclaré ma démission de membre de l'Autorité polynésienne. » Mme Y. n'a pas adressé de réponse sur ce point.

[46] Cf. la loi n °2016-1691 du 9 décembre 2016.

[47] La loi n° 2018-643 du 23 juillet 2018, étendant et adaptant à la Polynésie française certaines dispositions du livre IV du code de commerce relatives aux contrôles et aux sanctions en matière de concurrence, ajout à l'article 11 de la loi 2013-907 d'un 6° bis A.

Ces éléments confirment bien la nécessité, pour le président de l'APC, d'adopter les plus hautes exigences en matière de respect des règles de déontologie.

En conséquence, la Chambre formule les recommandations suivantes :

Recommandation n°3 : Dès 2021, procéder, de concert avec le Pays, à tous les ajustements nécessaires en matière de déontologie.

Recommandation n°4 : Dès 2021, demander à chaque membre de l'APC soumis à cette obligation, de fournir au président une pièce justifiant du dépôt de leur déclaration individuelle de patrimoine auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

En réponse aux observations provisoires, le président par intérim a indiqué que « en matière de déontologie et d'impartialité, la mise en conformité correspondant aux recommandations n°3 et n°4 est déjà largement réalisée (sauf pour ce qui concerne l'aspect relevant des compétences du Pays) et bien au-delà ».

La Chambre ne peut qu'encourager la poursuite d'un tel mouvement.

2.4.2 Le fonctionnement du collège

L'article LP. 610-1 du code de la concurrence dispose que « Sauf disposition législative contraire, les missions confiées à l'Autorité sont exercées par le collège ».

Dans cet esprit, le collège est une formation de délibéré mais également il est appelé à se réunir, même s'il n'est pas un conseil d'administration, pour traiter collectivement de certaines affaires de gestion de l'APC.

2.4.2.1 Un rendu-compte des séances et des débats à améliorer

Les membres du collège, hormis le président, ont pour la première fois été nommés le 30 septembre 2015, pour un mandat de quatre années, soit un terme fixé au 30 septembre 2019 (5 arrêtés CM ont modifié la composition dudit collège).

La première séance a eu lieu le 22 octobre 2015.

Les conditions de quorum, fixées par l'article LP. 610-5 de la loi du 23 février 2015, ont été à chaque fois respectées au vu des feuilles de présence examinées.

L'APC distingue à raison les séances traitant des questions de concurrence (formation de délibéré), de celles qui portent sur les aspects d'organisation et de gestion. Dans le premier format, le collège s'est réuni à 42 reprises entre octobre 2015 et juin 2019. L'APC a fixé dans son règlement intérieur les formalités obligatoires de déroulement de ces séances, dont la

production d'un procès-verbal[48]. L'APC a été en mesure de communiquer tous les procès-verbaux lorsqu'il s'agit de sa formation de délibéré.

En revanche, hormis les délibérations budgétaires, seuls deux relevés de décisions sur un total de 37 séances dites *administratives* ont été produits en cours d'instruction par l'ancien ordonnateur concernant le collège dans son second format. Un relevé de décision du collège, daté du 16 février 2018, mais non signé, a été communiqué en fin d'instruction par l'ancien président.

Pourtant, l'article 210-01 du règlement intérieur précise que « les actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement de l'Autorité sont : - Les délibérations du collège des membres de l'Autorité (…).

Au regard de l'importance de certains enjeux, tels que le vote du budget, ou encore le rapport annuel d'activité, il est indispensable de pratiquer une lecture extensive de l'article 210-01 précité, de façon à ce que l'APC assure le suivi de ses séances, et puisse à l'avenir justifier de la tenue de présentations complètes des informations et de débats en son collège. La production et la conservation de procès-verbaux de réunion sous la forme de compte-rendu des débats, archivés dans un registre composé de pages numérotées sans discontinuité, cotées et paraphées par les membres présents offre ce type de garantie.

En conséquence, la Chambre formule la recommandation suivante :

Recommandation n°5 : Dès 2021, produire et conserver dans un registre les procès-verbaux de l'intégralité des séances du collège.

En réponse aux observations provisoires, le président par intérim a indiqué que « Il est d'ores et déjà procédé à la tenue d'un registre des procès-verbaux de l'intégralité des séances du collège », permettant ainsi la mise en œuvre de la recommandation n°5.

2.4.2.2 Le régime des vacations

Une indemnité de vacation a été prévue à l'article A 610-2[49] du code de la concurrence, qui a renvoyé au règlement intérieur de l'APC le soin d'en fixer les modalités d'attribution. Conformément à l'article 310-05 du RI[50], l'ancien président de l'APC a fixé le montant horaire de l'indemnité de vacation[51], à 10 000 F CFP.

Ces dispositions du règlement intérieur ont, à nouveau, été abrogées par la loi du Pays 2018-31 du 9 août 2018 portant modification de la partie législative du code de la concurrence et l'arrêté n°2337 CM du 16 novembre 2018 portant modification de la partie "Arrêtés" du code de la concurrence.

Depuis, l'indemnisation de vacation des membres du collège est régie par les dispositions de la délibération n°2018-100 du 13 décembre 2018 portant diverses mesures applicables aux personnels des autorités administratives indépendantes de la Polynésie

[48] Cf. son article 143-08.
[49] Cf. l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015.
[50] Article 310-05 du règlement intérieur en vigueur du 13 janvier 2016 au 5 décembre 2018.
[51] Décision 2016-DC-04 du 23 février 2016.

française, qui a repris in extenso, dans sa section II à l'article 13, les dispositions initialement prévues au règlement intérieur de l'APC.

L'ancien président a indiqué que le montant des vacations est plafonné à 600 000 F CFP par an. Dans la pratique et à la date du présent rapport, les montants individuels n'ont jamais atteint ce plafond.

2.4.2.3 Nomination des membres

Les conditions réglementaires de recrutement des membres, hormis le président, ont évolué récemment. Dans la version initiale de la partie règlementaire du code de la concurrence[52], le président de l'APC en avait l'initiative. A cet effet, il proposait la nomination des membres au gouvernement, qui formalisait par la suite la décision par un arrêté pris en conseil des ministres. Depuis la modification intervenue le 16 novembre 2018, c'est le conseil des ministres qui effectue le choix des membres, avant que le président de l'APC n'émette un avis[53] sur l'arrêté.

C'est dans ces conditions nouvelles que le collège a été renouvelé le 1er octobre 2019.

Le choix des membres du collège tel qu'il a été organisé depuis 2015, soit de l'initiative du président de l'APC, soit depuis 2019, par la décision du gouvernement, mériterait un équilibre renforcé dans la gouvernance. A cet égard, la Chambre estime qu'il serait opportun que la règlementation puisse habiliter l'Assemblée de la Polynésie française à se prononcer en séance plénière après débat public, sur l'ensemble des nominations des membres du collège, dont le président. Cette formule pourrait par ailleurs s'appliquer au rapporteur général pour mieux garantir son indépendance vis-à-vis du Pays et du président de l'APC.

2.5 L'activité et la mesure de la performance sont à développer

2.5.1 Un dispositif de mesure à affiner

L'APC doit établir chaque année un rapport d'activité qui est à transmettre au président de la Polynésie française ainsi qu'au président de l'Assemblée de la Polynésie française[54].

Les informations relatives à l'activité de l'APC sont communiquées via son site Internet, outil mis en ligne dès 2016. Ce support numérique est ouvert au grand public sans restriction d'accès, et permet de télécharger les productions tels que les avis et les décisions ainsi que les rapports d'activité successifs.

Cet effort de transparence va dans le bon sens et la Chambre encourage cette pratique.

En revanche, des réserves peuvent être formulées à propos de la qualité du dispositif de mesure et de communication.

---

[52] Cf. l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015, son article A 610-1-1°.
[53] Cf. l'arrêté n° 2337 CM du 16/11/2018, art. 18.
[54] Cf. l'article LP. 610-9 de la loi du 23 février 2015.

Le principe retenu par la Chambre pour effectuer le décompte de l'activité est celui arrêté depuis 2016 par l'APC dans ses rapports d'activité, à savoir que cette dernière considère que chaque affaire compte pour un, quel que soit le degré de complexité des dossiers.

Également, la Chambre, comme l'APC, répartissent la production entre les trois missions pour correspondre à l'esprit du code de la concurrence : la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (*décisions*), les *autorisations* administratives préalables aux opérations de concentration et de surfaces commerciales, et les *avis* portant sur des projets de textes.

En dépit du partage de vue sur ces deux points méthodologiques, la vérification par la Chambre des statistiques produites par l'APC en matière d'activité s'est révélée laborieuse. Le recollement entre les listes nominatives de dossiers et les tables statistiques élaborées par la Chambre, a nécessité un volume de travail significatif anormal. Cela ne concerne, en effet, qu'une production totale inférieure à 50 dossiers répartis sur quatre années.

Les résultats du décompte conduit par la Chambre ont par la suite été rapprochés de ceux communiqués par l'APC dans ses rapports d'activité relatifs aux exercices 2016 à 2018, le rapport d'activité de l'exercice 2019 n'étant pas disponible à la date de rédaction du présent rapport.

La production au sens de la Chambre enregistrée entre 2016 et 2018 inclus est de 35 avis et décisions, contre 47 *affaires closes* selon l'APC. L'écart est significatif (34%).

Tableau n° 1 : Données de production déclarées dans les rapports d'activité et dénombrées par la Chambre

	2016	2017	2018	total:
avis	2	12	7	21
autorisations	7	8	6	21
décisions	3	1	1	5
production totale dans les rapports d'activité:	12	21	14	47
production totale arrêtée par la Chambre:	10	14	11	35

Source : CTC d'après données APC

Pour parvenir à un tel résultat, la Chambre ne retient dans son décompte que les décisions (pratiques anticoncurrentielles, surfaces commerciales et concentrations) et les avis rendus, en cela elle s'écarte de la méthode pratiquée par l'APC dans ses bilans d'activité[55]. L'APC en effet, a pour habitude d'incorporer sans distinction, sous la dénomination *affaires/opérations/avis clos*, les décisions et avis rendus, les lettres de désistement (4), les lettres de rejet (6), et les lettres de confort (3). Ce parti pris n'est pourtant pas systématique. A été relevé dans les deux derniers rapports d'activité (2018 et 2019), dans la rubrique intitulée *les chiffres clés*[56], un décompte des avis et décisions qui correspond à la méthode arrêtée par la Chambre. La Chambre ne peut qu'inviter l'APC à s'en tenir à une seule méthode de décompte.

[55] Cf. à titre d'illustration, le bilan de l'activité au 31 décembre 2018 à la page 25 du rapport 2018.
[56] Cf. la page 7 du rapport 2018.

Par ailleurs, le protocole de calcul suivi doit être explicité dans les commentaires accompagnant les données publiées dans les rapports d'activité, pour permettre à chaque lecteur d'apprécier en toute connaissance de cause le niveau de production, ce qui n'a pas été le cas. Il semble toutefois que le dernier rapport d'activité 2019 produit en 2020 tende vers cet objectif, ce que la Chambre ne peut qu'encourager.

Sur cet aspect de production de données, il serait souhaitable que l'APC effectue une action de parangonnage avec des organismes comparables dans la zone Pacifique (NC,NZ par exemple) afin de déterminer quelles sont les bonnes pratiques en la matière.

La Chambre n'infirme pas la difficulté de l'exercice mais estime qu'il présente un intérêt malgré les différences pouvant exister entre les systèmes.

En conséquence, la Chambre formule la recommandation suivante :

Recommandation n° 6 : Définir et mettre en place une méthode de décompte incontestable et explicitée de l'activité à compter de l'exercice 2020.

En réponse aux observations provisoires, l'ancienne rapporteure générale a indiqué que « ne décompter que les décisions et avis rendus revient à attribuer une valeur différente aux autres dossiers clos alors que ces derniers ont aussi nécessité un travail d'instruction (notamment les désistements). A mon sens, l'analyse de l'activité d'une autorité de la concurrence ne peut pas faire l'économie de la prise en compte de la complexité des dossiers, cette dernière dictant la durée d'instruction. En outre, ne pas tenir compte de l'activité d'enquête du service d'instruction, obère une partie, certes confidentielle mais réelle, de l'activité. »

La Chambre entend cette argumentation. Elle rappelle, cependant, que le principe du décompte d'un pour un qu'elle a adopté, correspond à la méthode pratiquée par l'APC dans ses rapports d'activité. Que de plus, c'est parce qu'elle a constaté au cours de l'instruction des difficultés dans le décompte de la production, qu'elle a été conduite à créer un outil de mesure développé dont l'ambition est d'apporter davantage de facilité de lecture. Sur l'évaluation qualitative, la Chambre n'a pu que constater sa faiblesse dans les documents de l'Autorité. Cette démarche, plus complexe par nature qu'une projection et un suivi quantitatifs, pourra venir enrichir l'évaluation actuelle, ce qui suppose toutefois de la part de l'APC de formaliser une stratégie complète, (Cf. les recommandations n°1 et 2).

La méthode utilisée dans le présent rapport doit naturellement être améliorée par la suite par l'APC, c'est le sens même de la recommandation n°6.

L'ancien président a indiqué pour sa part, en réponse au rapport d'observations provisoires, que « les désistements, rejets ou confort nécessitent une activité du service d'instruction qui peut être importante, en particulier quand le désistement arrive tardivement ou la lettre de confort est établie après étude. Par ailleurs, une partie de l'activité du service d'instruction n'est connue que de la rapporteure générale. Elle seule peut savoir le niveau de ressources mobilisées en fonction de l'activité (enquêtes préalables ne donnant pas nécessairement dans l'immédiat lieu à dossier formalisé). Dans les rapports d'activité 2018 et 2019, l'APC a pris le parti de reprendre les modalités de décompte de la chambre pour éviter

toute polémique. Le décompte de l'activité n'en est pas plus juste. Il est différent en fonction du parti pris. » Enfin, que les dossiers sans décisions « représentent une charge de travail importante. Elle est souvent aussi importante voire parfois plus que le travail nécessaire à une décision formelle. »

La Chambre, sans sous-estimer l'importance de la charge de travail parfois nécessaire pour l'instruction de dossiers qui n'aboutissent pourtant pas sur une décision, estime que ce complément d'information confirme une fois de plus la nécessité pour l'APC de prendre les meilleures précautions de transparence de l'information dans ce domaine.

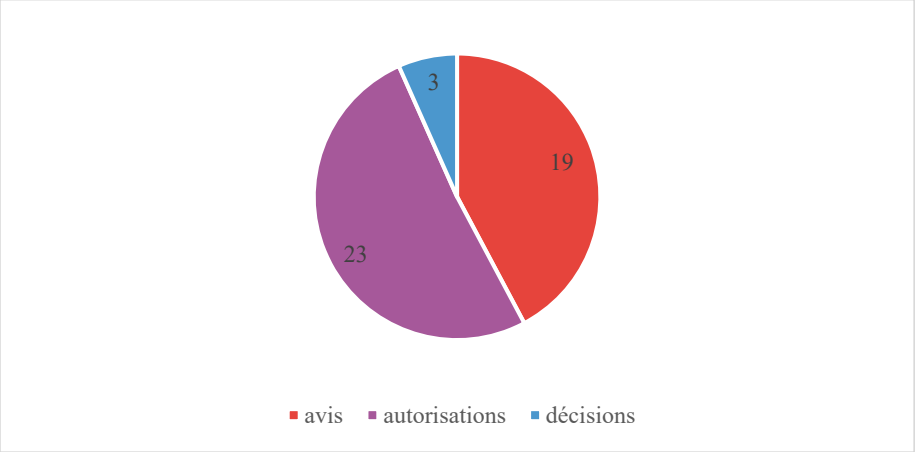
A cet égard, le président par intérim a indiqué que la recommandation n°6 a été suivie dès la rédaction du rapport provisoire en 2019, et qu'elle sera poursuivie.

La Chambre ne peut qu'encourager l'Autorité à consolider cette démarche.

2.5.2 Examen et présentation de l'activité

Sur les 45 dossiers produits entre 2016 et 2019, seulement trois relèvent de pratiques anticoncurrentielles, soit 6,7 % du total, les avis et les autorisations constituent l'activité dominantes.

Graphique n° 1 : Production cumulée totale répartie par métier entre 2016 et 2019 inclus[57]



Source : CTC d'après traitement CTC et données brutes APC

2.5.2.1 La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

L'APC peut engager des procédures contentieuses en cas de manquements supposés ou avérés de la part d'entreprises qui pourraient porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

Cette activité est organisée règlementairement selon quatre procédures (Cf. les articles LP. 620-5 et 620-6), pour lesquelles il convient de distinguer au principal les cas de saisines et d'autosaisines qui sont pour ces derniers à l'initiative de la rapporteure générale. Les atteintes

[57] La production de l'APC constatée depuis 2016 est présentée dans le détail dans l'annexe du présent rapport.

graves et immédiates donnent lieu à la mise en œuvre d'une procédure parallèle, sous la forme de mesures conservatoires (Cf. l'article LP 641-1). Dans un souci de traçabilité, il est admis par la Chambre que ces mesures conservatoires soient considérées pour le décompte comme des productions à part entière, à l'identique d'une *décision au fond*, car les deux procédures peuvent intervenir à un moment différent.

Les décisions au fond peuvent prendre la forme d'injonctions et/ou de sanctions pécuniaires, avec ou sans astreintes, ou bien aboutir à une acceptation d'engagements de la part de l'entreprise mise en cause, ou bien aboutir au prononcé d'un non-lieu.

Une sanction pécuniaire peut, depuis 2018[58], faire l'objet d'un avis de clémence permettant d'accorder à la société mise en cause une exonération totale ou partielle. Enfin, une entreprise plaignante qui a saisi l'Autorité peut décider de se rétracter en cours d'instruction, et dans ce cas une « lettre de désistement » est produite.

Entre 2016 et 2019 inclus, le décompte opéré par la Chambre fait apparaître 13 nouvelles affaires enregistrées, dont deux résultant d'une autosaisine de l'APC. Cinq lettres de désistement ont été reçues au cours de cette même période. L'APC a rendu au total trois décisions, dont une procédure de mesure conservatoire ayant abouti à une procédure d'engagement. Il restait donc, au 31 décembre 2019, cinq dossiers en cours d'instruction.

2.5.2.2 Les concentrations et les surfaces commerciales

L'APC autorise, ou pas, dans le cadre d'une instruction administrative préalable, des opérations de concentration, selon trois procédures (Cf. les articles LP. 310-4, 310-6 et 310-7-1). Par ailleurs, elle se prononce au moyen d'une procédure unique sur des projets d'agrandissement ou de création de surfaces commerciales (Cf. l'article LP. 320-3).

Le code de la concurrence qualifie ces autorisations administratives de « décisions ». Pour les différencier de celles rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles, et ainsi supprimer tout risque de confusion, elles sont regroupées dans le décompte sous la dénomination « autorisations ».

Par ailleurs, dans certains cas bien précis, la rapporteure générale peut produire des « lettres de confort » mentionnant que l'opération n'est pas notifiable au sens du droit de la concurrence, pour garantir la sécurité juridique des entreprises concernées.

Après décompte, 26 nouvelles affaires ont été enregistrées entre 2016 et 2019 inclus. Trois lettres de confort ont été produites au cours de cette même période et l'APC a rendu au total 23 autorisations. Il ne restait donc, au 31 décembre 2019, pas de dossiers en cours d'instruction.

2.5.2.3 Les avis

L'APC est chargée d'exercer une fonction consultative, et rend pour cela des « avis », ou bien formule des « lettres de rejet » lorsqu'elle estime que l'objet de la saisine est trop éloigné des questions de concurrence, ou lorsqu'un avis rendu précédemment a déjà abordé le sujet mentionné dans la nouvelle demande.

Il n'y a pas moins de sept procédures envisagées par le code de la concurrence, ce qui est source de complexité aussi bien pour les autorités saisissantes que pour l'APC. Six d'entre

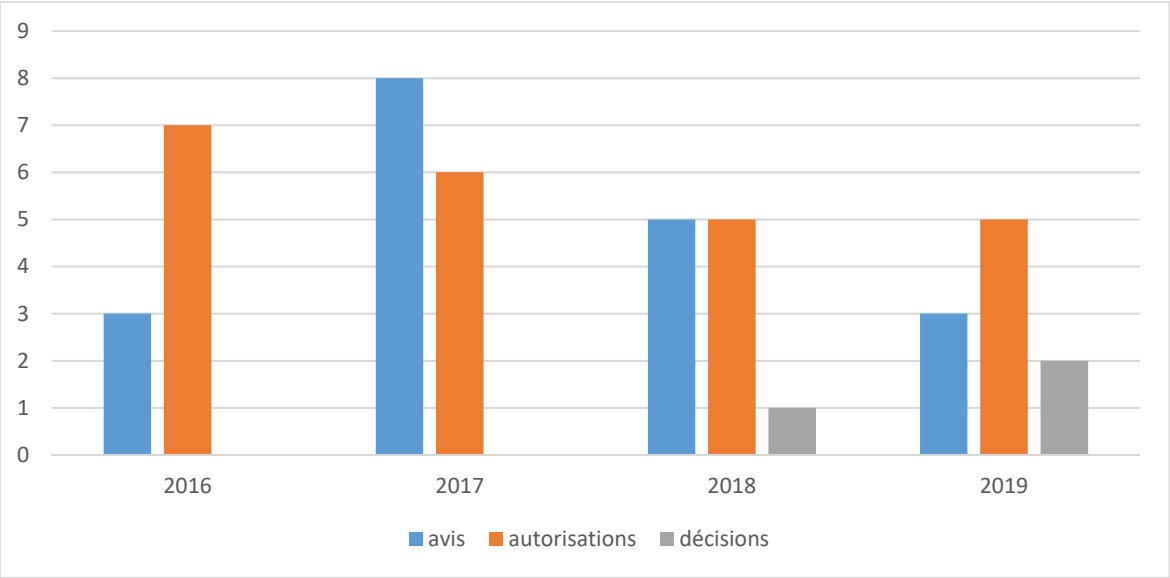
[58] Cf. la Lp n° 2018-31 du 09/08/2018, art. LP 22-V.

elles concernent des avis facultatifs, et sont à l'initiative soit du président du gouvernement, soit du président de l'Assemblée de la Polynésie française, ou soit de certaines juridictions. Il est prévu un seul cas de saisine obligatoire de la part des autorités du Pays (Cf. les articles LP 620-1 I à IV, LP. 620-2 et 620-3). Ces procédures sont assorties de délais qui s'imposent à l'APC, de 15 jours, en cas d'urgence à un mois.

L'APC a la faculté de s'autosaisir, en vue de formuler des recommandations au Pays (Cf. l'article LP 620-4).

Entre 2016 et 2019 inclus, 24 saisines et cinq autosaisines ont été décomptées. L'APC a émis huit lettres de rejet, et a produit 19 avis, dont quatre issus d'autosaisine. Il restait donc deux avis en cours au 31 décembre 2019.

Graphique n° 2 : Production répartie par métier et par année



Source : CTC d'après traitement CTC et données brutes APC

2.5.2.4 L'observatoire des concentrations

Le code de la concurrence dans sa version initiale promulguée en 2015 a prévu la mise en place par l'APC d'un *observatoire des concentrations* (Cf. l'article LP 630-1 II). Il s'agissait de produire et de diffuser sous la forme d'un rapport annuel, une information sur l'état de la concentration de l'économie polynésienne par secteur économique. Selon l'ancien président de l'APC, cette mission se justifiait en présence d'une petite économie ultramarine en voie de concentration continue.

Dans ce contexte, un rapport a été établi en 2016 et un autre en 2017. Ces documents sont téléchargeables sur le site internet de l'APC. L'ancien président de l'APC a indiqué que l'établissement de ce rapport annuel sur l'état de la concentration était une tâche lourde pour l'Autorité et mobilisait également fortement les entreprises. Cependant, il a estimé que cet observatoire s'avérait fort utile.

Pour autant, le Pays a pris l'initiative en 2018 de supprimer l'observatoire des concentrations[59].

La Chambre estime cependant que le principe d'un observatoire des concentrations avait son utilité, et qu'il serait préférable d'imaginer des modalités et des périodicités de recueil de l'information adéquates (bisannuelles par ex.), de façon à créer un équilibre entre le besoin de disposer de données pertinentes et à jour, et celui de solliciter avec mesure les entreprises concernées.

En réponse aux observations provisoires, l'ancien président a indiqué qu'il partage l'avis de la Chambre sur l'utilité de la démarche de collecter l'information auprès des entreprises, sinon « elle risque d'être perdue ».

A l'opposé, le président par intérim a indiqué qu'un observatoire des concentrations « ne peut se révéler intéressant que pour les concentrations non contrôlables (seuils non atteints) et représente une charge administrative, lourde et pénalisante pour les entreprises et pour l'Autorité elle-même. Un tel observatoire n'existe d'ailleurs pas en métropole (…). »

De son côté, le président du Pays considère que l'observatoire n'est pas un outil adéquat à la détection des abus ou des dérives, et qu'il représente une surcharge de travail pour les entreprises, tout en confirmant que l'APC doit étudier les « conditions spécifiques de chaque marché ». C'est la notion d'observatoire sur les concentrations qui est précisément contestée.

La Chambre confirme sur le fonds son constat initial, et que dans l'hypothèse où le Pays continue à ne pas être doté d'une équipe d'enquêteurs (Cf. le point 2.5.3.2), il est indispensable que l'APC mobilise en amont de ses travaux d'investigation, des capacités internes d'observation des marchés locaux, formalisé ou pas sous la forme d'un *observatoire*, l'important étant de garantir un accès équilibré aux informations.

Cette répartition des attributions en matière d'observation, de traitement, et d'investigation entre l'APC et le Pays parait d'ailleurs à clarifier davantage dans le droit positif local.

2.5.3 Une efficience qui semble perfectible

Faute d'objectifs de production formalisés par l'APC, la Chambre a estimé le niveau de productivité de l'APC sur la période 2016 à 2019 inclus.

L'ancien président a indiqué en réponse au rapport provisoire que « On peut difficilement avoir un objectif de production lorsque l'origine est presque exclusivement la saisine externe. Tous les dossiers soumis à délai sont rendus dans les délais. Seules les affaires de PAC, sans délais, longues à traiter, sont encore un stock. »

[59] Cf. la loi du Pays n°2018-31 du 9 août 2018 portant modification du code de la concurrence.

La Chambre constate que c'est bien là un des problèmes de l'APC sur la période, à savoir celui de ne pas avoir assez porté la réflexion sur la dynamisation de sa production. Une stratégie active de contrôle lui aurait ainsi permis de traiter davantage d'affaires issues de ses propres enquêtes pour être moins dépendante des saisines externes. Malgré toutes les difficultés d'une démarche proactive, que la Chambre ne peut ignorer, elle était cependant souhaitable dans un domaine où tout était à construire.

L'ancien président a ajouté au cours de son audition que « La Chambre ne peut pas exclusivement apprécier l'activité de l'APC à partir d'une évaluation quantitative. Une approche qualitative est indispensable. Elle aurait permis de mettre en exergue les réussites de l'Autorité en matière d'amélioration de la concurrence dans nombre de secteurs (téléphonie, transports maritimes, mécanismes d'importation, produits de premières nécessité, approvisionnement en hydrocarbures, entreprises du BTP, médicaments). Il faut signaler également l'important travail de promotion et de diffusion du droit de la concurrence en Polynésie française. Ce travail dit d'*advocacy* a été structuré par un plan d'action 2017-2019. C'est un des leviers permettant notamment de favoriser les saisines de l'APC. Il a consisté en l'organisation auprès des entreprises, du grand public et des autorités locales d'événementiels sous la forme de séminaire, de sessions de formations, et par la mise à disposition de supports d'information. L'APC a bénéficié pour tout cela de l'appui de l'international competition network (ICN). »

Sans minimiser l'importance et la nécessité des actions de communication au moment du démarrage de l'APC et de la portée d'une seule appréciation qualitative, la Chambre estime que cet organisme, désormais en phase de maturité, ne peut plus s'abstenir de développer des objectifs de production.

2.5.3.1 Une productivité apparente en décroissance continue

La productivité apparente a été calculée en retenant comme quotient la production totale annuelle constatée qui correspond aux affaires clôturées par un avis, une autorisation, ou une décision, rapportée à l'effectif exprimé en équivalent temps plein présent au sein du service de l'instruction. Ces effectifs qui ont été communiqués par l'APC incluent les rapporteurs en exercice, ainsi que la rapporteure générale et son adjoint en poste à l'époque, ces deux cadres dirigeants ayant confirmé en entretien avoir participé régulièrement aux travaux d'instruction.

Il résulte de ce calcul que la productivité apparente de l'APC connaît depuis 2016, toute activité confondue (contentieux, autorisations et avis), une trajectoire mal orientée, (- 26 %).

La Chambre comprend que cette approche non centrée sur la qualité de l'activité peut être considérée comme partielle. Cependant, toute activité intellectuelle financée sur deniers publics doit aussi être appréciée avec des bases quantitatives.

Tableau n° 2 : Calcul de la productivité apparente du service de l'instruction de l'APC

	2016	2017	2018	2019
production totale (1)	10	14	11	10
ETP instruction (2)	5,29	8,00	6,79	6,92
productivité = (1) / (2)	1,9	1,8	1,6	1,4

Source : CTC d'après les données APC

En réponse aux observations provisoires, l'ancien président indique que le dénominateur qui inclut l'emploi de la rapporteure générale et de son adjoint produit un effet de minoration de la productivité.

Même en prenant en compte cette objection, la Chambre rappelle que quel que soit l'effectif retenu pour le dénominateur, la pente de la courbe de la productivité apparente qui constitue le fondement de l'observation, reste en tout état de cause défavorablement orientée.

De son côté, l'ancienne rapporteure générale a indiqué que « utiliser la production totale de l'APC sans mesure qualitative des dossiers traités, rend peu compte de la réelle productivité de l'APC. (…) or, si le nombre de productions a baissé de 2017 à 2019, les dossiers traités sont de plus en plus qualitatifs puisque des dossiers contentieux ont été audiencés par le Collège de l'APC en 2018 (1) mais surtout en 2019 (3) et que l'instruction de plusieurs avis sectoriels sur auto-saisine a été mené à son terme (2 en 2019). » Elle a joint à sa réponse une table dans laquelle la production est pondérée de 1 à 3 selon le niveau de complexité, pour ainsi prendre en compte, selon elle, l'effet qualité.

La Chambre constate que la méthode arithmétique proposée revient de façon univoque à majorer mécaniquement la production totale, étant donné que le dossier le plus simple est déjà comptabilisé à 1 et que les autres sont pondérés au-dessus de 1. Une approche plus équilibrée et réaliste aurait nécessité de pondérer les dossiers simples en-dessous de 1.

2.5.3.2 La nécessité d'un parangonnage

Toute institution, fut-elle récente, a besoin de situer son action dans un contexte plus large même si la Chambre est consciente des limites d'un tel exercice.

La Chambre a conduit pour les besoins de l'instruction cette opération de parangonnage. L'efficience de l'APC a ainsi été appréciée au regard des résultats observés par l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), seule autre autorité de la concurrence d'un territoire français du Pacifique Sud et d'existence plus récente que l'APC. Rien n'empêche l'APC d'établir à l'avenir un tel parangonnage avec des autorités australiennes, néo-zélandaises ou autres. Ce serait même une démarche à encourager.

L'ACNC, installée depuis mars 2018, a produit début 2019 un premier rapport d'activité, et a communiqué ses résultats au titre de l'exercice de 2019 (consultables sur le site internet de cet organisme).

Bien que forcément différente, l'ACNC ressemble en effet à l'APC sur un certain nombre de points. Les effectifs en volume et l'organigramme ressemblent en particulier à ceux observés en Polynésie française. Les compétences sont donc proches, dans une économie insulaire où un droit de la concurrence a été récemment promulgué.

Lors de l'entretien de fin de contrôle, l'ancien président de l'APC a contesté cette méthode comparative estimant que les contextes locaux respectifs sont trop différents pour pouvoir valider totalement cette démarche :

En premier lieu, s'agissant des compétences confiées aux deux autorités, l'ancien président a indiqué en effet que le champ d'action règlementaire de sa consœur calédonienne est à la fois plus large et moins contraignant, notamment à cause de seuils moins élevés, et que les dossiers traités y sont moins complexes dans l'ensemble, favorisant mécaniquement une production en nombre.

La Chambre note que s'agissant des seuils, ceux-ci sont quasiment comparables en matière de surface commerciale et légèrement en faveur de l'APC (300 m2 en Polynésie française contre 350 m2 en Nouvelle-Calédonie). Cette différence ne concerne donc que les projets de concentration où les seuils sont plus bas en Nouvelle-Calédonie, entrainant de facto un nombre d'affaires potentiellement plus élevé. Cependant, l'APC avait toutes les capacités de s'emparer de la question des seuils pour demander au Pays, conformément aux dispositions du code de la concurrence[60], à modifier la règlementation, ce qu'elle s'est abstenue de faire dans ce domaine.

En second lieu, l'ancien président a critiqué l'idée de dresser un comparatif sur le nombre d'avis, au motif que l'ACNC serait saisie plus souvent par le gouvernement calédonien.

La différence observée du nombre de saisines pour avis, 23 reçues en Nouvelle-Calédonie en 2018 sur 10 mois, contre une moyenne de 6,25 en Polynésie française (25 en quatre années), pourrait en effet expliquer l'écart d'activité constaté entre les deux autorités.

La Chambre rappelle cependant que l'APC a la faculté, via la procédure d'autosaisine prévue dans le code de la concurrence au titre de l'article LP. 620-4, de formuler des avis, qui donnent lieu à recommandations en vue de l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. Sa dépendance vis-à-vis du Pays sur ce type d'activité n'est donc que relative.

La Chambre entend l'argument lié à la difficulté d'une telle procédure. Elle rappelle que lors de son démarrage en 2016, l'APC a fait le choix de s'emparer elle-même de cinq dossiers au titre de l'article LP. 620-4. Cette politique initiale plutôt dynamique semble s'être rapidement essoufflée.

[60] Cf. l'article LP. 620-4.

En effet, le calendrier d'attribution aux rapporteurs de ces cinq affaires a pris du temps. La dernière attribution ne date seulement que de 2018. Il en résulte un délai de clôture étiré dans le temps. Le premier de ces dossiers a été terminé en novembre 2017 (distribution des médicaments), le second en mai 2018 (transports aériens internationaux), le troisième en avril 2019 (réglementation sur le fonctionnement concurrentiel des marchés de produits de première nécessité), et le quatrième a abouti en septembre 2019 (mécanismes d'importation et de distribution en Polynésie française). Le dernier dossier est toujours en cours d'instruction en janvier 2020.

En troisième lieu, l'ancien président de l'APC a contesté l'idée de dresser un comparatif sur le nombre de décisions contentieuses, la complexité des affaires et donc la durée d'instruction qui en découle n'étant pas non plus comparables.

La Chambre rappelle que l'APC a arrêté elle-même dans ses décomptes annuels d'activité[61] le principe qu'un dossier vaut pour une production, quel que soit son niveau de complexité. La démarche qu'elle a elle-même établie valide de fait le décompte quantitatif au détriment du biais qualitatif.

A cet égard, les résultats du décompte de l'activité ne sont pas favorables à l'APC lorsque sont considérées les productions contentieuses des deux autorités. Sans que la chambre ne porte de jugement sur le travail opéré par l'ACNC qui ne relève pas de son ressort (et donc de sa compétence), elle constate[62] que dès 2019, soit une année après son démarrage, l'ACNC a statué à cinq reprises sur des pratiques anticoncurrentielles supposées, et a rendu parmi celles-ci deux décisions assorties de sanctions ou d'engagements.

L'APC a pourtant disposé de leviers d'action dans ce domaine qui relèvent de sa propre politique de contrôle : le code de la concurrence offre la possibilité au rapporteur général de proposer au collège de se saisir d'office de faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles[63].

Or, elle a peu mobilisé cette voie. Elle a engagé de sa propre initiative deux dossiers au contentieux en quatre années, le premier en 2017, et le second en 2019.

Ce type de démarche active suppose un travail organisé de veille et d'investigations efficaces en amont.

L'ancien président de l'APC a indiqué sur cet aspect que l'administration du Pays n'est pas dotée d'une équipe d'enquêteurs. Cette carence s'est soldée par l'absence d'investigations en amont de la part du Pays sur des pratiques anticoncurrentielles, empêchant de repérer les comportements infractionnels, et de communiquer par la suite ces dossiers à l'APC pour prononcer les sanctions correspondantes. Il rappelle que la situation est différente de la métropole où les directions générales de la concurrence, services de l'État, alimentent par leurs recherches l'autorité de la concurrence métropolitaine.

[61] Cf. tous les rapports d'activité antérieurs à celui de l'exercice 2019 paru en 2020.

[62] Sur la base des documents aimablement fournis par l'ACNC mais disponibles sur le site Internet de l'organisme.

[63] Cf. l'article LP. 620-5 de la loi du 23 février 2015.

Sur cet aspect, l'APC a pourtant fait le choix, dès 2016, de se doter de compétences internes pour conduire ce type d'investigations sur le terrain. L'ancien président a convenu lors de l'instruction que l'APC a éprouvé des difficultés à développer cette mission pour des raisons d'organisation interne. Cet écueil est notamment confirmé par la rareté des déplacements de terrain au vu de la très faible utilisation du véhicule de service, acquis à l'origine pourtant pour cela[64].

La Chambre rappelle que l'absence d'une stratégie de contrôle formalisée, comme elle l'a observée par ailleurs dans le rapport, a constitué un obstacle sérieux à l'élaboration d'un programme d'enquêtes efficace, en ne formalisant pas au sein du service d'instruction les priorités de travail.

En considérant les résultats globaux, l'ACNC a rendu en 2018, soit sur une période de 10 mois, 15 autorisations, auxquelles viennent s'ajouter 10 avis et deux recommandations. La production totale a donc atteint 27 dossiers en 2018. Le décompte de l'activité constatée en 2019 fait apparaître pour l'ACNC cinq décisions, 13 autorisations, et six avis.

La différence de périmètre réglementaire n'a qu'une faible incidence, seul en effet un dossier a dû être retiré du décompte de la production calédonienne. Il s'agit d'une décision prise en matière de pratiques restrictives de concurrence, une compétence qui n'existe pas dans le code de la concurrence polynésien. L'ACNC a donc produit un total de 24 dossiers en 2019.

En réponse aux observations provisoires, la présidente de l'ACNC a confirmé que le champ de compétence est effectivement plus large en Nouvelle-Calédonie qu'en Polynésie française, et que dans le domaine des concentrations et du commerce de détail, « il est exact que les seuils de notification donnant lieu à décision de l'ACNC sont beaucoup plus bas qu'en Polynésie française et conduisent mécaniquement à rendre un nombre de décision plus important que l'APC mais il n'est pas exact d'en déduire que « les dossiers traités y sont moins complexes dans l'ensemble ». (…) « Il convient donc de retraiter les chiffres de l'ACNC les avis rendus sur les mesures de régulation de marché et les décisions relatives aux PRC. A la suite de ces retraitements, l'ACNC a rendu 26 avis et décisions en 2018 et 23 en 2019 correspondant au champ de compétence de l'APC. » Pour calculer la productivité, la présidente indique que le tableau des effectifs en 2018 et en 2019 du service d'instruction est de 7 et non pas de 8.

Dans ces conditions, au regard de son décompte initial, la Chambre constate que la productivité à l'ACNC est supérieure en 2018 et identique l'année suivante. A cet égard, avec la même méthode de comptage et de retraitement, la Chambre prend note que la tendance identifiée en 2018 et en 2019 se confirme l'année suivante : avec un effectif porté à 8 instructeurs en 2020, la productivité apparente atteint 3,7 dossiers rendus au 12 octobre 2020, et ce, malgré la crise sanitaire (30 productions hors PRC).

Il résulte de ces décomptes que l'APC enregistre une productivité apparente bien inférieure à sa consœur calédonienne.

[64] Le relevé kilométrique du véhicule transmis indique 2112 km en 2016, 831 km en 2017, 231 km en 2018 et 221 km en 2019.

Tableau n° 3 : Calcul de la productivité apparente de l'ACNC et de l'APC

	2018 (10 mois d'activité)	2019
production totale ACNC (1)	26	24
ETP instruction ACNC (2)	7	8
productivité ACNC = (1) / (2) :	3,7	3,0
productivité APC	1,6	1,4

Source : CTC d'après les données APC

Dans l'hypothèse où malgré toutes les précautions méthodologiques prises, des réserves devraient s'imposer sur le procédé retenu, l'écart significatif obtenu en fin de compte entre les deux autorités permet cependant de conclure à des marges de manœuvre encore importantes pour l'APC.

La Chambre rappelle qu'il est de la responsabilité du président et du rapporteur général de mettre en place les conditions adéquates pour remédier à cette situation.

En réponse aux observations provisoires, le président du Pays a indiqué qu'en matière d'investigations il confirme « les difficultés rencontrées par l'APC à développer cette mission pour des raisons d'organisation interne », et que « depuis l'entrée en vigueur du code de la concurrence, ce sont les agents habilités en matière de pratiques anticoncurrentielles du service de l'instruction de l'APC qu'il appartient de les relever et de les constater. Les agents assermentés de la Direction générale des affaires économiques ne peuvent intervenir que dans le cadre de l'application des seules dispositions du livre IV du code de la concurrence sur le « faux » ou « petit » droit de la concurrence » (article LP 430-1). « Il précise que selon lui que le service d'instruction de l'APC est loin d'être sous-doté en ressources. Sa taille est d'ailleurs comparable à celle du service d'instruction de l'autorité de concurrence calédonienne, qui a pourtant également en charge l'application du « petit droit » de la concurrence. »

Pour terminer sur ces aspects de parangonnage, la présidente de l'Autorité calédonienne de la concurrence a indiqué que, si pour 2018 aucune amende n'a été prononcée, le montant total des amendes en 2019 et 2020 (au 12 octobre) a atteint 38,1 MF CFP. Au total, en 2020, l'ACNC a infligé des amendes à hauteur de 54 MF CFP dont 20 MF pour des pratiques anticoncurrentielles et 34 MF pour des pratiques restrictives de concurrence.

2.6 Un dialogue mature avec le Pays à inventer

L'APC bénéficie de certaines garanties d'indépendance, dont celle-ci : « Dans l'exercice de leurs attributions, le président et les autres membres du collège ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité »[65].

[65] Cf. L'article LP. 610-1 de la loi du 23 février 2015.

Effectivement, l'ancien président de l'APC a indiqué n'avoir reçu, de la part du Pays, ni d'aucune autre autorité, d'instruction sous quelque forme que ce soit.

L'APC agit donc, comme il convient, en lieu et place du pouvoir exécutif dans le cadre des missions qui lui ont été confiées : constater et sanctionner si nécessaire des pratiques anticoncurrentielles, autoriser ou non des opérations de concentration ou de surfaces commerciales, et formuler des avis sur des projets de loi ayant une portée économique dans le domaine de la concurrence.

Pour autant, le respect du principe d'indépendance de l'APC n'impose ni à celle-ci, ni au Pays, un isolement de l'un vis-à-vis de l'autre.

D'ailleurs, le code de la concurrence a institué des obligations de transparence qui imposent à l'APC de communiquer régulièrement avec le Pays.

Ainsi, l'APC doit établir chaque année un rapport public annuel, à transmettre au président de la Polynésie française ainsi qu'au président de l'Assemblée de la Polynésie française[66]. Ces rapports, comme observé supra, ont bien été produits et transmis dès 2016, année de démarrage effectif de l'APC.

En outre, l'APC doit adresser au gouvernement de la Polynésie française, lors de l'élaboration du projet de budget du Pays, une proposition relative aux crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions[67]. L'APC a transmis effectivement ses propositions budgétaires annuelles depuis 2015. Le dialogue de gestion entre l'APC, bénéficiaire des crédits, et le Pays, financeur, doit intervenir en amont de façon à parvenir à un montant de dotation partagé. Or, cela n'a pas été systématiquement le cas, puisque les propositions budgétaires de 2016 n'ont pas été retenues par le Pays, de telle sorte que l'APC a dû se prononcer à nouveau sur son budget pour le réviser à la baisse. Cette relation budgétaire ne semble avoir trouvé son point d'équilibre qu'à partir de 2017 (Cf. le point 3.3.1.) même si tout n'apparaît à ce jour pas encore réglé.

[66] Cf. l'article LP. 610-9 de la loi du 23 février 2015.
[67] Cf. L'article LP. 610-8 de la loi du 23 février 2015.

Par ailleurs, un commissaire du gouvernement a été nommé par arrêté du Président de la Polynésie française auprès de l'APC[68], pour répondre à l'obligation posée par le code de la concurrence. Pourtant, ce n'est qu'en juin 2018, soit près de deux années après la mise en place de l'APC, que le Pays a satisfait à cette prescription qu'il s'était imposé à lui-même[69]. Dès lors, le Pays n'a pas rempli son obligation pendant deux années, s'empêchant au cours de cette période, d'ailleurs essentielle pour l'APC qui démarrait ses activités, de faire valoir ses intérêts fondamentaux.

Le commissaire du gouvernement peut assister aux séances de l'APC qui ne sont pas publiques mais il ne peut pas être présent aux délibérés, qui sont eux soumis au principe du secret[70]. Les procès-verbaux des séances tenues depuis sa nomination indiquent que celui-ci a participé à la plupart des séances.

Par ailleurs, l'ancien président de l'APC n'a pas transmis de pièces pour justifier de la production du commissaire du gouvernement malgré la demande de la Chambre. En cours d'instruction, ce dernier a transmis pour sa part un total de huit avis qu'il a produits depuis sa nomination.

En réponse, l'ancien président a indiqué qu'il n'a pas transmis les pièces demandées à cause d'une mauvaise compréhension de sa part au questionnement de la Chambre.

Sur cet aspect, le commissaire du gouvernement a indiqué ne pas avoir été destinataire systématiquement de la part de l'APC des dossiers relatifs aux projets d'avis, et qu'il a donc été placé dans l'impossibilité de formuler ses observations sur les dossiers concernés. Ce défaut aurait été régularisé selon lui depuis début 2020 par l'APC. Il a convenu toutefois que ces dossiers sont par ailleurs disponibles au secrétariat général du gouvernement.

Enfin, l'ancien président de l'APC a indiqué avoir formulé une proposition de collaboration au gouvernement afin d'associer en amont les services de la Polynésie française dans l'objectif de mieux prendre en compte les aspects du droit de la concurrence. Il a précisé sur ce point qu'une communication en conseil des ministres a été faite en ce sens le 3 octobre 2017. Depuis, le projet serait resté en l'état.

Il a ajouté qu'il n'existait pas de dialogue de gestion entre le gouvernement et l'APC.

En réponse aux observations provisoires, le président du Pays a indiqué que la communication faite le 3 octobre 2017 « ne porte nullement sur l'objet indiqué (par l'ancien président de l'APC) (…). Le président de l'APC n'a jamais transmis officiellement au gouvernement de demande pour que le code de la concurrence (…) soit modifié (...) contrairement à l'autorité calédonienne. »

Face à ces difficultés constatées entre l'APC et le Pays, la Chambre estime nécessaire que les deux parties établissent les éléments d'un partenariat constructif. Un équilibre est certainement à rechercher entre, d'une part, le respect indispensable du principe d'indépendance de l'APC, et d'autre part, alimenter des échanges technique et politique. Cet équilibre subtil mais nécessaire à l'efficacité de l'action publique, ne peut être obtenu que par un dialogue apaisé.

[68] Cf. L'article LP. 610-2 de la loi du 23 février 2015.
[69] Cf. l'arrêté n° 845 PR du 27 juin 2018.
[70] Cf. L'article LP. 630-5 de la loi du 23 février 2015.

2.7 Des partenariats extérieurs à mieux encadrer et à davantage valoriser

L'article LP. 620-11 du code de la concurrence intitulé « *Appui technique d'autres autorités de la concurrence* » donne la capacité à l'APC de « solliciter l'appui et l'expertise technique d'une autre autorité (…). Son président « signe toute convention » en la matière[71]. Il en découle que l'APC peut engager des actions de coopération technique avec les seules autorités de la concurrence.

Ces dispositions ont donné lieu à différents types de conventions conclues avec l'autorité de la concurrence métropolitaine. La convention-cadre signée le 23 juillet 2015, et renouvelée le 2 mai 2018 par les deux parties, distingue les actions d'assistance technique des études techniques, qui pour ces dernières, peuvent donner lieu à rémunération de l'autorité nationale.

Par ailleurs, l'ancien président de l'APC a indiqué avoir participé à deux réseaux internationaux, en indiquant que ces activités concernent surtout *l'International competition network* – ICN, et de façon plus marginale, le réseau *RegulaE.Fr*.

Il s'agit donc de la part de l'APC d'une lecture extensive de la possibilité règlementaire qui lui est donnée de coopérer, l'ICN et RegularE.Fr n'étant pas des autorités de la concurrence à proprement dit au sens de l'article LP. 620-11 précité, mais de regroupements internationaux d'autorités de la concurrence.

La Chambre estime qu'il incombera au Pays, sur possible saisine de l'APC, de modifier ou non le code de la concurrence après avoir dressé un bilan de la situation.

RegulaE.Fr est le réseau francophone des régulateurs de l'énergie. La réunion qui a permis le lancement de ce réseau s'est tenue à Paris le 28 novembre 2016 à l'invitation de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) française. Ce partenariat regroupe dix-sept autorités de régulation africaines, canadiennes et européennes, et l'APC, qui a la qualité, à sa demande, de membre associé, étant donné que celle-ci n'est pas autorité de régulation de l'énergie en Polynésie française.

Les relations avec le réseau de l'ICN dont l'APC est adhérente depuis mars 2017 sont plus étroites. Les travaux de l'ICN consistent essentiellement en la participation à des groupes de travail tout au long de l'année. L'ancien président de l'APC a indiqué ne participer sur place qu'à la réunion annuelle et pour le reste des travaux, les échanges se font par messagerie électronique.

L'ancien président a également indiqué qu'il ne rédige pas de compte rendu formalisé de ses participations. L'absence de procès-verbaux du collège, lorsqu'il se réunit hors formation de jugement, ne permet pas non plus de justifier d'échanges internes à l'APC sur les questions de coopération internationale. Cette observation tend ainsi à confirmer la recommandation n°5 de la Chambre.

L'ancien président a indiqué en réponse aux observations provisoires que « Il n'est donc nul besoin que le gouvernement de la Polynésie réglemente en la matière. Ce serait là, en cas de refus d'autoriser, une atteinte à l'indépendance de l'Autorité dans l'exercice de ses missions. »

Pour sa part, le président du Pays a indiqué que l'avenant à la convention-cadre signée le 2 mai 2018 n'a pas été porté à sa connaissance, et qu'il lui paraît que cet accord relèverait de

[71] Cf. le 7° de l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015.

l'article 169 et suivants de la loi organique 2004-192 portant autonomie de la Polynésie française.

Dès lors, la Chambre renouvelle son invitation à ce que les deux parties veillent à établir une relation équilibrée et respectueuse.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

Le code de la concurrence, dans son livre VI, a configuré l'APC sur le modèle de droit commun des autorités administratives indépendantes. Sans personnalité morale, celle-ci dispose pourtant de leviers d'action importants tels qu'un budget propre, la capacité d'ester en justice, se constituer un patrimoine, nommer et gérer ses effectifs (cette gestion ayant été transférée au Pays en 2020)

L'APC a mis à profit cette autonomie fonctionnelle pour formaliser des règles internes étendues, dont une charte de déontologie, un règlement intérieur et des lignes directrices en matière de concurrence. Cependant, l'APC n'a pas tiré avantage pleinement comme elle aurait dû le faire des marges de manœuvres significatives dont elle disposait.

Par ailleurs, faute de compte-rendu de réunion, la traçabilité des débats au sein de son collège a manqué pour ses séances dites administratives.

Sans méconnaître de possibles obstacles inhérents à la mise en place de ce nouvel organisme, l'absence d'une stratégie de contrôle formalisée a pu expliquer en partie une performance en retrait au cours de la période sous revue.

L'examen de l'activité enregistrée depuis 2016 a permis en effet d'observer une productivité apparente du service de l'instruction en décroissance continue. Cette situation ne peut être justifiée ni par la création récente de l'APC, ni par le degré de complexité des dossiers. Au-delà des précautions méthodologiques d'usage et nécessaires, la comparaison avec sa consœur de la Nouvelle-Calédonie n'est pas favorable. Fait marquant supplémentaire, la recherche et la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles a été sous-investi. Seulement deux autosaisines dans ce domaine d'action sont à inscrire à son actif depuis 2016.

3 UNE QUALITÉ DE GESTION SATISFAISANTE

3.1 Un cadre règlementaire évolutif

3.1.1 Une organisation comptable et budgétaire définie par le Pays

Le cadre budgétaire, comptable et financier applicable à l'APC a été mis en place en 2015, lors de l'adoption du code de la concurrence par l'Assemblée de la Polynésie française et concomitamment, par la modification de la délibération organisant la règlementation budgétaire, comptable et financière de la Polynésie française[72].

Mais bien que de création récente, cette règlementation budgétaire relative à l'APC a déjà connu des évolutions significatives, dès 2016[73].

La loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence dispose à l'article LP 610-8 que, s'agissant du budget de l'APC, elle «propose au Gouvernement de la Polynésie française, lors de l'élaboration du projet de budget du Pays, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Ces crédits, qui assurent le bon fonctionnement de l'Autorité correspondent à une dotation spécifique et sont inscrits au budget général de la Polynésie française. Ils constituent une dépense obligatoire. Le président de l'Autorité est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'Autorité. ».

En parallèle, la délibération n°2015-35 APF du 2 juillet 2015 et la loi du Pays n°2016-36 du 17 novembre 2016 sont venues modifier la délibération n°95-205 AT du 23 novembre 1995 portant adoption de la réglementation budgétaire, comptable et financière de la Polynésie française et de ses établissements publics pour y insérer les dispositions particulières à l'APC.

Ces textes ont donc posé les bases des obligations réciproques de la collectivité de la Polynésie française et de l'APC en matière budgétaire.

Ainsi, pour ce qui concerne la collectivité, il a été ajouté à l'article 10 de la délibération budgétaire que « les charges de la Polynésie française comprennent :

- Les dépenses nécessaires au fonctionnement (…) de l'Autorité polynésienne de la concurrence ;
- La dotation globale d'investissement de l'Autorité polynésienne de la concurrence ; »

L'article 50-2 précise que *« le budget de l'Autorité polynésienne de la concurrence est alimenté en ressources par :*

[72] Loi de Pays n°2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence et délibération n°2015-35 APF du 2 juillet 2015 relative la réglementation budgétaire, comptable et financière de la Polynésie française.

[73] Loi de Pays n°2016-36 du 17 novembre 2016.

- *La dotation spécifique pour le fonctionnement, inscrite comme dépense obligatoire au budget de la Polynésie française ;*
- *En tant que de besoin, une dotation globale d'investissement inscrite au budget de la Polynésie française ; »*

Les dispositions initiales prises en 2015 en faveur de l'APC prévoyaient que l'Assemblée de la Polynésie française arrête chaque année les comptes de l'APC et que celle-ci établit un compte administratif.

Toutefois, la loi de Pays de 2016-36 précitée a reconsidéré ce schéma.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 32 comporte désormais un alinéa numéro 7 précisant que le compte administratif de la collectivité de la Polynésie française se compose *« d'un tableau général relatif à l'Autorité polynésienne de la concurrence présentant, par chapitre en recettes et en dépenses, tous les résultats définitifs de l'exercice passé »*. Ce même article indique dans son dernier alinéa que les dispositions relatives à l'établissement d'un compte administratif « ne s'appliquent pas à l'Autorité polynésienne de la concurrence. ».

En outre, l'essentiel de l'organisation de l'APC en matière de prévision et d'exécution budgétaire a été ajouté à la délibération n°95-205 AT du 23 novembre 1995, aux articles 50-1 à 50-6, par la délibération n°2015-35 APF du 2 juillet 2015.

Il y est notamment prévu que *« les propositions budgétaires de l'Autorité polynésienne de la concurrence sont présentées en la forme du budget de la Polynésie française »* (article 50-4) et que le projet de budget, adopté par l'APC, *« est transmis, accompagné d'un rapport explicatif, au Président de la Polynésie française au plus tard le 15 octobre »*. Par ailleurs, ces propositions budgétaires doivent respecter « la nomenclature des comptes de la Polynésie française » (article 50-5). De même, en matière d'exécution budgétaire, les opérations de l'APC « sont exécutées selon les modalités prévues pour le budget de la Polynésie française ».

Enfin, le livre II de la délibération 95-205 AT relatif aux dispositions comptables applicables à la collectivité et à ses institutions et établissements publics a été étendu à l'APC, avec deux particularités.

- à l'article 73-1, il a été stipulé que « le contrôle préalable sur l'engagement des dépenses n'est pas applicable à la gestion de l'Autorité polynésienne de la concurrence ».
- il a été précisé que « *(…) le président de l'Autorité polynésienne de la concurrence » est ordonnateur « du budget de l'Autorité polynésienne de la concurrence conformément aux dispositions de la loi statutaire et du code de la concurrence* » (article 160).

Il ressort des éléments qui précèdent que l'organisation budgétaire, comptable et financière de l'APC est calquée sur celle de la collectivité de la Polynésie française avec toutefois trois exceptions majeures, qui en font un objet original à l'intérieur de la sphère administrative territoriale :

- Les comptes ne sont pas approuvés par l'APF, et la production d'un compte administratif n'est pas requise. En lieu et place, un tableau général relatif à l'APC présentant, par chapitre en recettes et en dépenses, tous les résultats définitifs de l'exercice passé, est joint au compte administratif de la collectivité ;
- Le président de l'APC est ordonnateur du budget de l'autorité ;
- Le contrôle des dépenses engagées (CDE), service de la collectivité, n'intervient pas dans le circuit de la dépense de l'APC.

Ces règles participent à l'indépendance de l'organisme

3.1.2 Des documents budgétaires et financiers exhaustifs

Pour ce qui concerne les documents de préparation budgétaire, la procédure d'élaboration prévue par les textes n'a été mise en place qu'en 2016, année de premier exercice véritable, pour la construction du budget 2017.

Le législateur local a souhaité que le projet de budget de l'APC, approuvé par les membres réunis en collège, soit transmis au président de la Polynésie française accompagné d'un rapport explicatif avant le 15 octobre de chaque année. Ce budget fait l'objet d'une dotation de fonctionnement inscrite comme dépense obligatoire au budget de la Polynésie française et d'une dotation globale d'investissement, en tant que de besoin.

La loi organique a précisé en outre, dans son article 185-1, que « le président de la Polynésie française dépose le projet de budget de la Polynésie française sur le bureau de l'Assemblée de la Polynésie française au plus tard le 15 novembre ».

La transmission préalable du projet de budget de l'APC doit ainsi permettre à la collectivité d'intégrer les besoins de financement de l'APC dans son propre projet de budget.

Par courrier du 27 août 2015, une demande de dotation présentant le budget prévisionnel 2016 a bien été adressée par l'ancien président de l'APC au vice-président de la collectivité, mais le collège de l'APC, dont les membres ont été nommés, postérieurement, en septembre 2015[74], n'a donc pas été en mesure d'approuver ce premier projet de budget.

A partir de la construction budgétaire de 2017, les demandes de dotation accompagnées d'un rapport de présentation, correspondant aux projets de budgets approuvés par les membres de l'APC, ont été adressés par l'ancien président de l'APC au président de la collectivité, conformément aux articles LP 610-8 du code de la concurrence et 50-4 de la réglementation budgétaire, comptable et financière de la collectivité. Elles ont été transmises dans les délais impartis, bien avant l'échéance prévue par les textes, respectivement les 9 septembre 2016, 17 août 2017 et 27 juillet 2018, pour les projets de budget 2017, 2018 et 2019.

Les délibérations du collège de l'APC relatives à l'adoption définitive du budget sont systématiquement intervenues quelques jours après celles de l'Assemblée de la Polynésie française approuvant le budget général de la Polynésie française.

Pour ce qui concerne l'exécution budgétaire, les comptes administratifs ont été produits par l'APC et chacun adopté par délibération de son collège pour les années 2015 à 2018, bien que cette obligation ait été supprimée dès 2016 par la loi de Pays n°2016-36 du 17 novembre 2016. Cette même loi a prévu qu'un tableau général présentant les résultats de l'APC soit annexé au compte administratif de la collectivité dès l'exercice 2016[75]. Les délibérations prises

[74] Arrêté n°1464 CM du 30 septembre 2015 portant nomination de Mme Maiana Bambridge, MM. Jean-Christophe Lau, Florent Venayre et Julien Vucher-Visin en qualité de membres de l'Autorité polynésienne de la concurrence.

[75] Cf. le III de l'article LP. 5 III de la loi de Pays n°2016-36, qui ajoute un 7° à l'article 32 de la délibération n°95-205 AT du 23 novembre 1995.

par l'APC relatives au compte de gestion et au compte administratif de l'exercice 2016 et 2017 ont bien été transmises au gouvernement (bordereau d'envoi du 31 mai 2017).

3.2 Un suivi financier et budgétaire organisé

3.2.1 Des tableaux de bord financiers adéquats

L'APC a mis en place des tableaux de bord de suivi interne de l'exécution budgétaire dès 2015.

Ces tableaux de bord reprennent les informations essentielles à la conduite du pilotage de la dépense : les crédits ouverts aux budgets, les crédits consommés à la date de suivi, et les prévisions de consommation en fin d'exercice.

L'ancien président de l'APC a précisé que compte tenu du caractère récurrent de plus de 90% des dépenses de fonctionnement, constituées de charges de personnel, de contrats d'entretien et de maintenance, de frais de télécommunications et de charges d'amortissement, les tableaux de bord ont été établis *a minima* par semestre. Et *« en tant que de besoin, un état ponctuel d'exécution budgétaire est réalisé préalablement à des dépenses nouvelles »*.

3.2.2 Un circuit de la dépense clairement établi

Selon les textes adoptés par le Pays, le circuit interne de la dépense de l'APC est en tout point identique à celui de la collectivité de la Polynésie française, exception faite du contrôle des dépenses engagées (cf. supra).

En effet, l'ordonnateur, après s'être assuré de la disponibilité des crédits budgétaires, procède à l'engagement juridique de la dépense puis certifie le service fait et enfin émet le mandat qu'il transmet au comptable public de la collectivité pour paiement.

Pour ce faire, l'APC dispose du même logiciel d'information financière que la collectivité de la Polynésie française, Poly-GF. La traçabilité des opérations apparaît donc de même niveau au sein de l'APC que celle en vigueur au sein de la collectivité.

Par ailleurs, l'APC se fonde sur les règles communes de la commande publique par la mise en concurrence systématique des fournisseurs avant tout achat de biens ou de services.

La Chambre estime ainsi, à partir des informations qui lui ont été communiquées, que le circuit de la dépense, sur les aspects étudiés que sont les tableaux de bord et le respect des principes de la commande publique, ont été correctement organisés depuis 2016. Toutefois, la sécurité des achats effectués dans le cadre de procédures formalisées, certes rares en nombre au regard de la taille modeste de l'APC, sera aussi du ressort du contrôle de légalité par l'État des pièces de marchés, fixé par la loi organique n°2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, modifiée le 5 juillet 2019.

3.3 Une situation financière à stabiliser

L'analyse porte sur la période de 2015 à 2018 inclus. Les données relatives à l'exercice 2019 apparaissent, même si les résultats comptables sont au jour du délibéré, encore provisoires.

3.3.1 Les dotations versées par le Pays

Le périmètre des dépenses, qui fixe le montant des recettes a été identique sur l'essentiel de la période sous revue. En effet, de 2016, première année de plein exercice, à 2019 inclus, le cadre règlementaire qui détermine les enveloppes financières est constant, ce qui n'est plus le cas depuis le 1er janvier 2020. Depuis cette date, les dépenses de personnel de l'APC sont réglées directement par le budget général de la Polynésie française, venant donc diminuer à due concurrence les recettes de l'Autorité.

Ainsi, la dotation de fonctionnement versée par la Polynésie française à l'APC est passée de 70,7 MF CFP en 2015, année de création de l'Autorité, à 185 MF CFP en 2019. La dotation attendue en 2020 n'est en revanche plus que de 17 MF CFP pour prendre en compte cette reprise directe de la gestion du personnel.

Tableau n° 4 : Recettes de fonctionnement, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Dotation de fonctionnement	70,71	160,00	185,00	185,00	185,00
Autres produits		0,13	1,31	1,07	0,15
Total produits courants	**70,71**	**160,13**	**186,31**	**186,07**	**185,15**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

Mais, bien qu'en forte augmentation dans un contexte de mise en place de la structure, la dotation a été, dès 2016, appréciée, par son ancien président, comme insuffisante au bon fonctionnement de l'organisme.

En effet, alors qu'il avait estimé le besoin à 215,8 MF CFP en année pleine dans le projet de budget 2016[76], la collectivité n'a inscrit dans son propre budget primitif que 150 MF CFP de dotation.

Cette situation a été dénoncée par l'ancien président de l'APC dans un courrier du 10 mars 2016 adressé au président de la Polynésie française : *« la procédure d'adoption du budget 2016 de l'Autorité n'a pas respecté le processus décrit [par les textes], garant de l'indépendance de 1'Autorité »* et de poursuivre *« la dotation d'un montant de 150 MF CFP inscrite arbitrairement dans le projet de budget de la Polynésie française et finalement votée par l'Assemblée de Polynésie française ne permet absolument pas de satisfaire les besoins de l'Autorité pour accomplir ses missions dans de bonnes conditions »*. A l'issue de ce courrier, une demande de dotation complémentaire de 35 MF CFP en fonctionnement a été sollicitée.

[76] Lettre du président de l'APC au vice-président de la Polynésie française du 27 août 2015 présentant les éléments du budget de l'APC pour l'exercice 2016.

Cette demande n'a pas été suivie que partiellement par la collectivité qui a octroyé, en juin 2016, une dotation complémentaire de 10 MF CFP à l'occasion de la modification de son budget général[77].

Au total, la dotation de l'exercice 2016 s'est donc élevée à 160 MF CFP.

En revanche, à partir de l'exercice 2017, il semble que les différences d'appréciation entre l'APC et le Pays se soient apaisées. Les dotations de fonctionnement inscrites au budget de la collectivité et versées à l'APC ont été en concordance avec les projets de budget arrêtés par l'Autorité. Elles se sont établies à 185 MF CFP.

Par ailleurs, les demandes de dotations en matière d'investissement ont été satisfaites sur l'ensemble de la période, 30 MF CFP[78] en 2015, puis 3 MF CFP en 2017.

Tableau n° 5 : Recettes d'investissement, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Dotations		30,00	3,00	-	-
Amortissements des immobilisations		-	3,30	3,59	3,87
Recettes d'investissement	**-**	**30,00**	**6,30**	**3,59**	**3,87**

Source : CTC d'après les données de l'APC

Ces dotations en investissement sont revêtues d'un caractère particulier en comptabilité, car à la différence des subventions d'investissement[79], elles ne font pas l'objet d'une affectation précise et ne sont pas amortissables. Ces dotations sont inscrites au passif du bilan de l'organisme et viennent conforter de manière pérenne les capitaux propres. L'examen du passif de l'APC permet de confirmer la conformité des écritures.

Tableau n° 6 : Capitaux propres, en MF CFP

Passif net	2015	2016	2017	2018	2019
Dotations d'investissement		30,00	33,00	33,00	33,00
Report à nouveau		46,63	61,33	64,89	55,34
Résultat de l'exercice	46,63	14,70	3,56	- 9,55	- 18,60
Total capitaux propres	*46,63*	*91,33*	*97,89*	*88,34*	*69,74*

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

[77] Délibération n°2016-46 APF du 14 juin 2016 portant modification n°2 du budget général de la Polynésie française pour l'exercice 2016.

[78] Bien que la collectivité ait inscrit cette dotation en 2015, le mandatement n'a été sollicité par l'APC qu'au cours de l'exercice 2016.

[79] Les subventions d'investissement obéissent au principe de spécialité des crédits et sont amortissables.

3.3.2 Des dépenses essentiellement dédiées aux frais de personnel jusqu'en 2019

3.3.2.1 Les charges courantes

Les charges courantes sont passées de 24 MF CFP en 2015 à 204 MF CFP en 2019. La période de forte croissance de 2015 à 2017 est due à la mise en place de la structure et au recrutement des personnels.

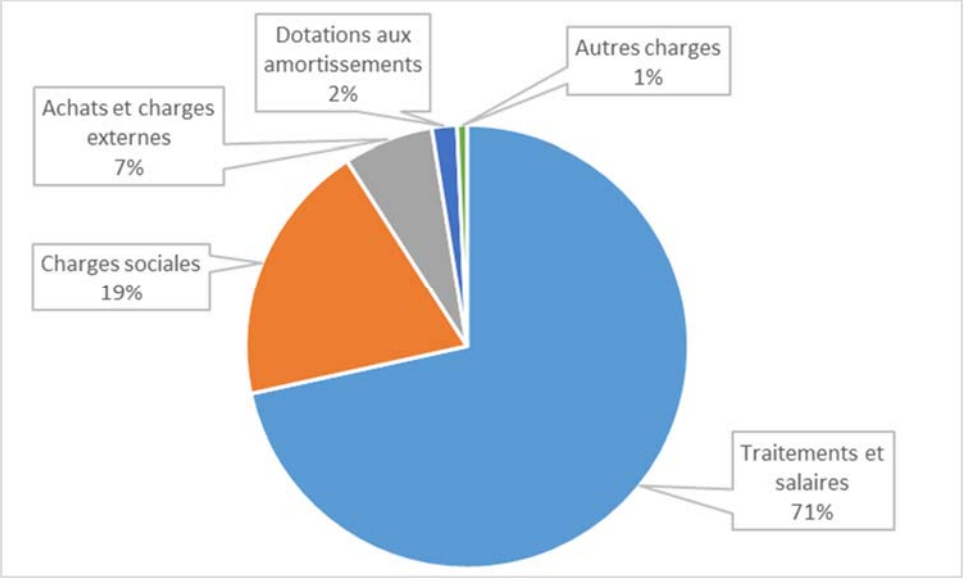
Tableau n° 7 : Charges courantes, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Traitements et salaires	15,74	99,21	138,50	139,98	139,23
Charges sociales	2,58	23,12	29,28	37,80	37,22
Achats et charges externes	5,76	17,68	8,37	12,85	12,93
Impôts et taxes			0,08		-
Dotations aux amortissements			3,30	3,59	3,87
Autres charges		5,42	2,78	1,41	2,07
Total charges courantes	**24,08**	**145,43**	**182,31**	**195,62**	**195,32**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

Sans surprise au regard de la vocation de l'APC, la répartition des charges de fonctionnement laisse apparaître une forte prépondérance des dépenses de personnel. Elles représentent entre 2017 et 2019, années de plein exercice, 90% des charges de fonctionnement courantes. Une analyse détaillée des effectifs et de l'évolution de la masse salariale figure infra au point 4.1.3.

Graphique n° 3 : Répartition des charges de fonctionnement courantes en 2018



Source : CTC d'après les comptes de gestion

Hors dépenses de personnel, les charges courantes ont donc représenté 10% des dépenses entre 2017 et 2019.

Elles se composent essentiellement de frais liés aux déplacements, à des prestations de conseil et à l'indemnisation des membres du collège auxquels il faut ajouter les dotations aux amortissements.

Les frais de transport, les indemnités de mission et les frais de déménagement des personnels métropolitains ont représenté en moyenne 6,3 MF CFP par an de 2015 à 2019, soit en cumul, 31,4 MF CFP. Un plus haut a été atteint en 2016 avec 14,7 MF CFP essentiellement lié au déplacement en métropole des personnels et des membres de l'APC, afin de participer à une session de formation à l'autorité de la concurrence, considérée comme préalable nécessaire à l'activité de l'APC.

Tableau n° 8 : Frais liés aux déplacements des personnels et des membres du collège, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Frais de transport	2,69	5,18	1,16	1,68	1,45
Indemnités de mission	0,64	5,34	0,52	0,81	0,73
Frais de déménagement personnels métro	1,96	4,17		1,12	3,91
Total	**5,28**	**14,69**	**1,69**	**3,61**	**6,09**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019).

En effet, en 2016, l'ensemble des membres du collège, soit quatre personnes, et les effectifs à temps plein, y compris l'ancien président, soit huit personnes, ont suivi une formation assurée par l'Autorité de la concurrence à Paris. Le coût du voyage, frais de transport aérien et indemnités de déplacement, s'est élevé à 7,6 MF CFP, soit un peu plus de 630 KF CFP par personne. Ce coût, bien que conséquent, apparaît comme maîtrisé au regard des coûts moyens[80] engagés par la collectivité pour la formation continue de certain de ses agents en métropole[81] : 688 KF CFP pour un agent de l'ARASS, 709 KF CFP par agent à la direction de l'agriculture (DAG) ou encore 1 230 KF CFP par agent à la DMRA.

La prise en charge du transport et des frais de déménagement des personnels recrutés en métropole pèse aussi sur ces dépenses courantes avec près de 2,4 MF CFP engagés au cours de la période pour le transport de six agents et près de 7,3 MF CFP engagés pour leur déménagement.

Au cours de la période, l'ancien président a également effectué plusieurs déplacements à Paris liés notamment à la mise en place de l'APC et à sa participation aux réunions de l'ICN, pour un montant global, frais de transport et indemnités de mission, de 5,7 MF CFP. En 2019,

[80] Le coût moyen par agent calculé est égal aux frais de transport et aux indemnités de mission rapportés au nombre d'agents concernés, hors frais de formation.

[81] Direction générale des ressources humaines - bilan de formation 2018 page 13.

les indemnités de mission, hors transport, versées à l'ancien président, ont représenté 643 200 F CFP.

Des dépenses de prestations de conseil et de publicité ont été réalisées au cours des exercices 2016 pour 601,5 KF CFP et en 2018 pour 4,2 MF CFP. En 2016, il s'agit essentiellement de deux missions réalisées par des personnels de l'autorité nationale de la concurrence : d'abord une mission d'assistance au recrutement des personnels de l'APC, puis une mission de mise en place d'un logiciel de gestion interne.

En dernier lieu, l'indemnisation de vacation des quatre membres non permanents du collège, dont les modalités d'attribution sont décrites au point 2.4.2, a représenté un peu plus de 9 MF CFP sur la période, soit une dépense moyenne de 2,3 MF CFP par an, hors 2015.

Tableau n° 9 : Indemnisation des membres du collège, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Indemnisation des membres du collège	0,19	2,87	2,52	1,52	2,07

Source : données APC

Au total, l'ensemble des charges courantes a représenté, hors dépenses de personnel, environ 18,6 MF CFP par an entre 2016 et 2019.

3.3.2.2 Des dépenses d'investissement induites par le démarrage de l'activité

S'agissant des dépenses d'investissement, elles ont atteint 34,6 MF CFP sur la période 2015 à 2019.

Tableau n° 10 : Dépenses d'investissement, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Aménagement installation		1,08	-	-	0,11
Matériel de transport		4,46	-	-	-
Matériel informatique		20,36	2,04	0,96	0,71
Matériel mobilier de bureau		2,29	0,54	0,40	-
Matériel téléphonie		0,87	-	0,43	-
Concessions et droits similaires, brevets					0,32
Dépenses d'investissement	**-**	**29,06**	**2,58**	**1,78**	**1,14**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

Elles ont été essentiellement consacrées à l'acquisition d'un système d'information indépendant et sécurisé, notamment l'achat et l'installation de serveurs informatiques et d'unités centrales.

Le second poste de dépenses a concerné l'achat en 2016 de deux véhicules moyen de gamme[82] pour un total de 4,5 MF CFP.

[82] Une Renault Captur neuve et une Hyundai i20 d'occasion. Le modèle Hyundai a depuis été mis à disposition du Pays.

Le reste des dépenses est constitué par l'aménagement des locaux laissés à disposition par le Pays, en vue notamment de leur sécurisation compte tenu de la présence de documents sensibles, et à l'équipement en matériel de bureau et bureautique.

Un inventaire physique détaillé est tenu par l'APC, chaque matériel étant identifié par un numéro d'immobilisation et assortie d'une durée d'amortissement comptable. Cet inventaire fait également état de mobilier laissé à disposition par la collectivité dans les locaux affectés à l'APC. Ce mobilier, portant ou non des numéros d'identification du service des moyens généraux (SMG), n'est logiquement ni valorisé ni amortie dans les comptes de l'APC.

3.3.3 Des excédents financiers à résorber

Bien que n'ayant pas vocation à réaliser des bénéfices, les quatre premières années d'exercices se sont soldées par la constitution d'un excédent cumulé de 36,7 MF CFP en section de fonctionnement et de 9,2 MF CFP en section d'investissement.

Cela indique que contrairement aux positions initiales de l'ancien président de l'APC (Cf. le point 3.3.1.), les dotations du Pays ont été suffisantes.

Tableau n° 11 : Résultats annuels et cumulés, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019	Total 2015 à 2019
Produits de fonctionnement	70,71	160,13	186,31	186,07	185,15	788,37
Charges de fonctionnement	24,08	145,43	182,75	195,62	203,75	751,63
Résultats de fonctionnement	**46,63**	**14,70**	**3,56**	**- 9,55**	**- 18,60**	**36,74**
Recettes d'investissement	-	30,00	6,30	3,59	3,87	43,76
Dépenses d'investissement	-	29,06	2,58	1,78	1,14	34,57
Résultats d'investissement	**-**	**0,94**	**3,71**	**1,80**	**2,73**	**9,19**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

Cette situation résulte d'une sous consommation des dotations octroyées au cours des deux premiers exercices : des dépenses réalisées de 24 MF CFP pour une dotation de 70,7 MF CFP en 2015, et 145,4 MF CFP consommés contre 160 MF CFP en 2016. L'exécution budgétaire 2017 a été plus équilibrée, permettant de ramener le résultat annuel de fonctionnement à 3,6 MF CFP.

En revanche, les exercices 2018 et 2019 ont été déficitaires. Le résultat cumulé excédentaire a donc décru d'autant. Cette dernière tendance permet de résorber petit à petit les excédents accumulés.

Le bilan financier de l'APC confirme dès lors l'aisance financière actuelle. Ainsi, les capitaux propres, alimentés par les dotations d'investissement, non amortissables, le report à nouveau et le résultat de fonctionnement de l'année, se sont établis à plus de 69 MF CFP au 31 décembre 2019.

Tableau n° 12 : Bilan au 31 décembre 2019, en MF CFP

	Actif net		Passif net	
Immobilisations incorporelles	0,32		33,00	Dotations d'investissement
Immobilisations corporelles	23,05		55,34	Report à nouveau
Immobilisations financières	-	-	18,60	Résultat de l'exercice
Total actifs fixes	*23,37*		*69,74*	*Total capitaux propres*
Actifs circulants	-		-	Dettes fournisseurs
Trésorerie	46,37		-	Dettes fiscales et sociales
Total actif	**69,74**		**69,74**	**Total passif**

Source : CTC d'après les données provisoires

Il en résulte une trésorerie disponible de 46 MF CFP au 31 décembre 2019.

Ce niveau de fonds de roulement et de trésorerie apparaît comme abondant au regard d'une part, de l'activité de l'APC *a priori* non sujette à des dépenses imprévues, et d'autre part, à son mode financement par dotations de fonctionnement dont le versement est mensualisé.

Or, ce schéma financier qui se distingue par l'allocation d'une dotation annuelle est bouleversé depuis le 1er janvier 2020. En effet, la dotation à percevoir est diminuée du coût des frais de personnels (90% des charges de fonctionnement courantes jusqu'en 2019), les salaires des emplois permanents étant désormais payés directement par le Pays sur son budget.

Dans ces conditions renouvelées, la Chambre invite l'APC à poursuivre ses efforts de pilotage budgétaire, (Cf. 3.2.1.), de façon à ramener progressivement son fonds de roulement à un maximum de deux mois d'activité. La maîtrise des dépenses de fonctionnement et le calcul adapté, au cours des trois prochains exercices, du montant de la dotation annuelle de fonctionnement, devraient permettre d'atteindre dans un délai raisonnable l'équilibre des comptes. C'est un enjeu pour l'APC mais également pour le Pays.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

La règlementation dans le domaine financier et budgétaire relève principalement de deux textes du Pays. La délibération n°95-205 AT relative aux dispositions comptables applicables à la collectivité a été modifiée en 2016 pour y inclure l'APC, et le code de la concurrence adopté en 2015 a défini des principes de gestion. Le cadre règlementaire a été adapté par le Pays, pour être en cohérence avec le principe d'autonomie fonctionnelle et d'indépendance de cette nouvelle Autorité.

L'APC a su tirer profit de cette situation en se dotant des outils internes de pilotage et de suivi adéquats. Il en résulte une qualité de gestion satisfaisante, même si les dotations qu'elle a demandées au Pays ont dépassé ses besoins réels, de sorte que l'Autorité enregistre fin 2019 un excédent cumulé de 46 MF CFP. Cette situation va être amenée à évoluer, par la réduction drastique du budget, liée à la reprise des frais de personnel par le Pays à compter du 1er janvier 2020. Dès lors, la dotation annuelle versée par le Pays qui a atteint 185 MF CFP entre 2017 et 2019, a été mécaniquement réduite depuis, pour atteindre 17 MF CFP[83] en 2020.

[83] Cf. la délibération n°2020-DC-1 du 7 février 2020 portant adoption du budget de l'APC pour l'exercice 2020.

L'ancien président a indiqué en réponse aux observations provisoires que l'APC n'a pas demandé de dotations supérieures à ses besoins annuels, tout en confirmant que « Elle était sur la voie de résorption de ses excédents » et que « il serait désormais utile de suggérer au Pays de ne pas accorder de dotation à l'APC en 2022 et 2023 pour résorber son excédent qui ne pourra pas l'être naturellement ou alors au prix de dépenses très supérieures et injustifiées. »

La Chambre prend note de la rigueur suggérée par l'ancien président pour les exercices à venir.

Par ailleurs, ces éléments confirment bien l'analyse initiale de la Chambre sur l'existence d'un excédent cumulé, dû nécessairement à des dotations reçues supérieures aux besoins réels de l'APC au cours des premiers exercices. L'action de correction en 2022 et en 2023 que l'ancien président préconise pour l'avenir aurait pu tout à fait être mise en place sous son mandat.

4 UN STATUT DES PERSONNELS EN PARTIE ORIGINAL

Le code de la concurrence promulgué en février 2015 a défini les premiers éléments de l'organisation de l'APC.

Ainsi, l'article LP 610-1 indique que « les missions confiées à l'Autorité sont exercées par le collège » et que celui-ci est composé « de cinq membres, dont un président, nommés par arrêté pris en conseil des ministres » (article LP 610-2). Puis l'article LP 610-6 précise que l'APC est également pourvue d'un service d'instruction composé d'agents « qui assurent les fonctions de rapporteur » placés « sous l'autorité du rapporteur général ».

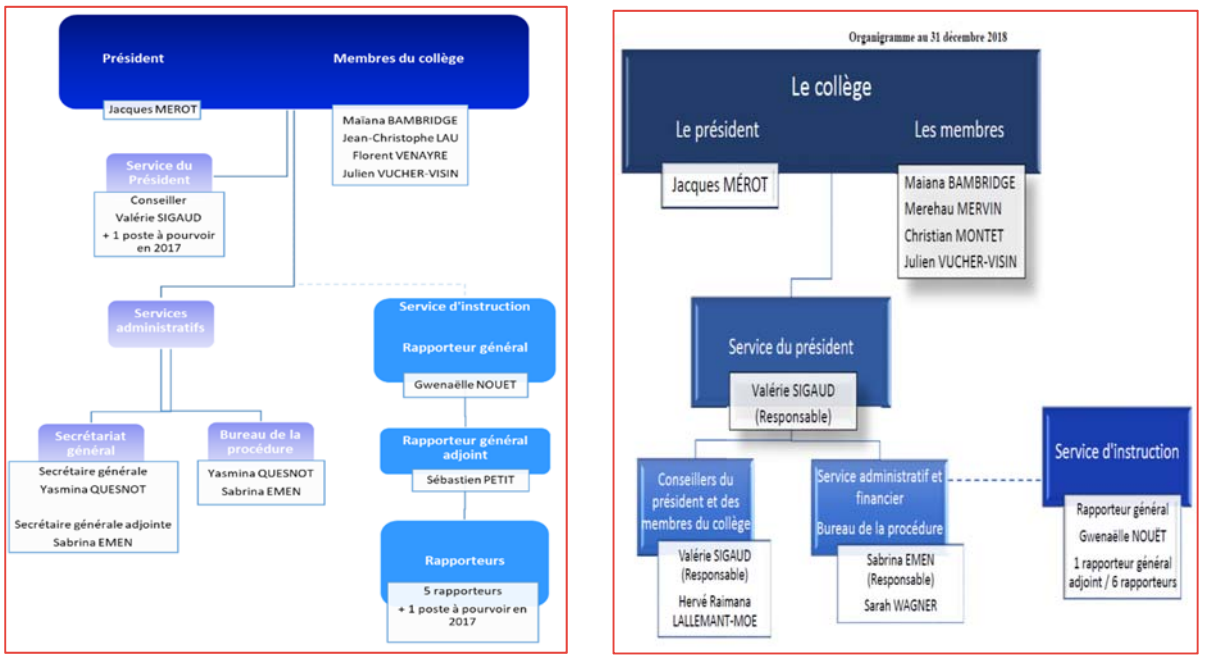
Mais ce n'est que dans la partie « arrêté » du code de la concurrence, adopté en septembre 2015, qu'apparaît la possibilité pour le président de l'APC de nommer « les agents autres que ceux exerçant des fonctions au service d'instruction » (article A 610-1 2°).

Les textes ont donc reconnu que l'activité de l'APC devait s'organiser autour d'un collège, soutenu par des agents placés sous l'autorité du président, avec à leur côté un service d'instruction dirigé par un rapporteur général.

Un premier organigramme a été mis en place en 2016, composée de trois services : le « service d'instruction » rattaché au rapporteur général, le « service du président », et les « services administratifs », fonctions dites support, directement rattachés au président.

Ce schéma a été revu en décembre 2017. Les « services administratifs » et le « service du président » ont été regroupés sous la coupe d'un « service du président » avec à sa tête un responsable.

Graphique n° 4 : Organigramme au 31 décembre 2016 et au 31 décembre 2018



Source : APC

L'organigramme se présente donc sous la forme voulue par les textes en vigueur, à savoir :

- Un collège composé de cinq membres, dont le président ;
- Un service du président, placé sous son autorité, regroupant les fonctions de conseillers du président et des membres du collège, le service administratif et financier, ainsi que le bureau de la procédure ;
- Un service d'instruction, placé sous l'autorité du rapporteur général.

4.1 Approche quantitative

4.1.1 Un effectif cible fixé à 13 agents permanents

En février 2016[84], les membres du collège de l'APC avaient estimé à 13, y compris son président, l'effectif permanent nécessaire à l'accomplissement normal des missions de l'APC.

Comme l'illustre le tableau ci-dessous, cet objectif de recrutement a été atteint début 2017, grâce à une croissance rapide des effectifs en 2016 : composée seulement du président et d'une secrétaire fin 2015, les effectifs de l'APC sont passés à 11 personnes en 2016 et à 13 à partir de 2017.

[84] Délibération n°2016-DC-04 du 18 février 2016 relative à l'adoption de l'organigramme cible pour 2016 de l'APC.

Les premiers recrutements au service de l'instruction ont été effectués dans l'ordre instauré par les textes : l'ancienne rapporteure générale le 15 janvier 2016, son adjoint le 15 février 2016, puis les premiers instructeurs à partir du mois de mars 2016.

L'organigramme publié au JOPF décrit les emplois créés à l'APC, mais sans préciser expressément la catégorie hiérarchique A, B, C ou D pour chacun. Parallèlement, un document unique d'organisation et de gestion (D.U.O.G.) a été établi et transmis en novembre 2015 à la présidence du Pays, mais il n'a jamais été mis à jour depuis. Il ressort de l'examen de ce document que les postes ouverts relevaient des catégories A et B. En effet, à l'exception de l'emploi d'adjoint au secrétaire général, l'ensemble des postes sont des postes de catégorie A. Les fiches de postes diffusées par la direction générale des ressources humaines du Pays ont comporté dans leurs modèles l'identification du niveau de responsabilité.

En revanche, la catégorie hiérarchique n'apparaît pas explicitement, à tort, dans les fiches de poste transmises par l'APC au SEFI[85] ou diffusées sur son propre site internet.

Tableau n° 13 : Effectifs par services en cours d'année

	2015	2016	2017	2018	2019
Service du président et du collège	1	2	3	3	3
Secrétariat général	1	1	1	1	1
Bureau de la procédure	0	1	1	1	1
Service d'instruction	0	7	8	8	8
Effectif physique total	**2**	**11**	**13**	**13**	**13**
Effectif équivalent temps plein - ETP	**1,18**	**8,71**	**12,66**	**11,29**	**11,67**

Source : APC

Si, en terme d'effectif, la situation semble stable depuis 2017, en revanche, l'examen des flux de personnel révèle un taux de renouvellement du personnel élevé.

4.1.2 Un taux de renouvellement élevé

Le nombre de départs des personnels constatés en 2018 et en 2019 a été élevé. Neuf agents ont ainsi quitté la structure sur un total de 13. Les causes des départs sont certes variées, mais peuvent également traduire un dissensus soit entre les agents soit avec la direction. Les départs sont majoritairement liés à des démissions (4), mais également au non renouvellement de détachement ou assimilé (2), et enfin une réussite à un concours (1).

Le taux de renouvellement[86] a ainsi atteint près de 70% depuis 2018.

[85] Service de l'emploi, de la formation et de l'insertion professionnelle.

[86] Nombre d'employés ayant quitté volontairement ou non la structure, hors départs à la retraite et congés maternité, divisé par l'effectif total.

Tableau n° 14 : Entrées et sorties des effectifs

		2015	2016	2017	2018	2019
Réduction des effectifs permanents au 31/12/n	Service du Pdt et du collège				1	1
	Secrétariat général				1	1
	Service d'instruction		1		3	2
	Total sorties	**0**	**1**	**0**	**5**	**4**
Augmentation des effectifs permanents au 31/12/n	Service du Pdt et du coll	1	1	1	1	0
	Secrétariat général	1	1		1	1
	Service d'instruction		8	1	3	0
	Total entrées	**2**	**10**	**2**	**5**	**1**

Source : APC

Le service d'instruction, dont la gestion du personnel est placée sous l'autorité directe de l'ancienne rapporteure générale, est particulièrement touché avec six départs sur un effectif de huit, soit un renouvellement de 75%.

Quatre rapporteurs ont quitté ce service sur la période. Le non renouvellement du détachement du rapporteur général adjoint en février 2019, dont le poste a été supprimé, a précédé le départ anticipé de quelques mois de l'ancienne rapporteure générale en octobre 2019. Seuls deux rapporteurs recrutés en 2016 sont encore présents dans les effectifs au 1er janvier 2020.

En complément, la responsable du service du président, dont le détachement a été renouvelé en 2019 pour une durée de trois ans a quitté l'Autorité cette même année. Une nouvelle rapporteure générale a été nommée le 15 janvier 2020[87].

Lorsque sont considérés en particulier le temps nécessaire pour capitaliser sur des compétences techniques par nature, et le coût des formations (Cf. les frais de mission infra) inhérents à chaque recrutement, la succession accélérée des personnels s'avère pénalisante pour l'action de l'APC. Les salaires pratiqués, plutôt attractifs au regard de la situation de bon nombre de services du Pays, n'ont pas permis de juguler cette érosion des effectifs.

En réponse aux observations provisoires, l'ancien président a indiqué que « Au 1er mai 2020, 3 rapporteurs recrutés en 2016 sur 6 sont encore présents (50 %), et 2 personnels du service du président sur 4 (50 %) : soit une durée de fonction de 3,5 à 4 ans (comparable aux personnels de l'État possiblement affectés pour 4 ans). A la fin 2020, trois agents sur 13 auront été présents près de 5 ans (soit 23 %). On peut aussi relever que 5 agents sur 8 du SI (soit 62, 5 %) ont été présents, entre 2016 et 2020, pendant une durée de 3 à 4 ans.

La Chambre ne partage pas l'essentiel de cette présentation.

D'une part, le président par intérim a indiqué que deux cadres en charge de l'instruction ont quitté l'APC en 2020.

[87] Cf. l'arrêté n°1661 CM du 8 juillet 2019.

D'autre part, si effectivement, la durée de service des agents est un indicateur, il est nécessaire de prendre en compte le nombre de recrutements conduits entre 2016 et 2019 pour apprécier le taux de renouvellement. S'agissant du service de l'instruction, ce ne sont pas six, mais 11 recrutements de rapporteurs auxquels s'ajoute celui de la rapporteure générale qui sont intervenus entre 2015 et 2019. En outre, si deux personnels du service du président sont restés en fonction entre 3,5 à 4 ans, sept recrutements ont été effectués sur la période. Ce rappel des éléments confirme bien le constat d'un taux de renouvellement élevé des personnels.

4.1.3 Une masse salariale composée de salaires individuels comparativement attractifs

Entre 2015, année de création de l'APC, et 2019, la masse salariale[88] est passée de 15,7 MF CFP à 140 MF CFP (ce qui correspond au recrutement inhérent à la création de la structure). Dans le même temps, les cotisations sociales patronales ont représenté 2,6 MF CFP en 2015 et 37 MF CFP en 2019, ce qui correspond à la montée en puissance normale de l'organisme.

Tableau n° 15 : Masse salariale et cotisations sociales patronales, en MF CFP

	2015	2016	2017	2018	2019
Rémunération brute FE	15,34	43,87	54,30	54,93	67,38
Rémunération brute FPT	-	14,37	20,49	12,92	6,51
Rémunération brute ANT	0,40	40,96	63,71	72,13	65,34
Total masse salariale	**15,74**	**99,21**	**138,50**	**139,98**	**139,23**
Versement CAS pensions FE	2,47	10,71	12,57	17,59	19,48
Cotisations CPS FPT	-	3,96	4,72	4,26	1,80
Cotisations CPS ANT	0,11	8,45	11,99	15,95	15,94
Total cotisations patronales	**2,58**	**23,12**	**29,28**	**37,80**	**37,22**
Total charges de personnel	**18,32**	**122,33**	**167,79**	**177,78**	**176,45**

Source : CTC d'après les comptes de gestion (2015 à 2018) et données provisoires (2019)

En 2019, en calculant le rapport entre la masse salariale et les effectifs, la rémunération brute moyenne individuelle se situait à près de 898 000 F CFP par mois. Au 31 décembre 2019, cinq rémunérations brutes mensuelles, sur un total de 13 (soit 38,5% des rémunérations), étaient servies sur une base supérieure à 1 MF CFP.

Ces échelles hautes de salaires per capita sont d'abord liées à la combinaison entre l'application de dispositions règlementaires relatives au calcul des traitements qui sont appliquées par l'APC, et le recours à des niveaux élevés de qualification. Ainsi, sur ce dernier aspect, 85% des effectifs relevaient en 2019 des grilles indiciaires de la catégorie A ou A+ de la fonction publique.

Pour autant, ce haut niveau de rémunération n'a pas empêché le fort taux de renouvellement constaté et décrit supra.

[88] La masse salariale est calculée à partir des rémunérations brutes et des primes versées au cours d'un exercice, en excluant les cotisations patronales.

Ces coûts sont également expliqués par les compléments de rémunération servis (cf. point 4.3 infra).

En réponse aux observations provisoires, l'ancien président de l'APC a indiqué que « L'APC est d'ailleurs le seul organisme à détailler publiquement les rémunérations de ses personnels. » et que « En 2018, la moyenne de salaire de ceux qui sont partis était inférieure à 500 000 F CFP », ce qui infirmerait le constat d'un lien entre hauts salaires et renouvellement.

La Chambre rappelle dans une appréciation générale que compte tenu de la distribution des salaires, ceux qui sont proches de 500 000 F CFP par mois sont à considérer comme élevés et donc attractifs, et que le taux de renouvellement élevé a touché en particulier le service de l'instruction, pierre angulaire du travail de l'Autorité, où la moyenne arithmétique des salaires a atteint en janvier 2019 un montant net mensuel de 896 069 F CFP.

4.2 Cartographie des emplois

4.2.1 Des statuts d'origines variées

La Chambre a recensé quatre situations statutaires différentes pour un effectif de 13 personnels :

- Les agents titulaires de la fonction publique territoriale de la Polynésie française en position de détachement ;
- Les fonctionnaires de l'État en position de détachement ;
- Les agents de l'autorité de la concurrence métropolitaine en position de congé mobilité ;
- Les autres agents recrutés sur contrat de droit public en tant qu'agents non titulaires de la fonction publique (ANT).

Tableau n° 16 : Répartition des effectifs par statut

	2015	2016	2017	2018	2019
Fonctionnaires FPT détachés sur contrat de droit public		3	3	1	1
Fonctionnaires Etat détachés sur contrat de droit public	1	3	3	6	5
Personnel de l'autorité de la concurrence nationale		3	3	3	3
Personnel de droit public en CDD	1	2	4	3	4

Source : APC

4.2.2 La priorité à l'emploi local, une tentative mise en difficulté

Si une forme d'équilibre entre les effectifs relevant des différents statuts des agents présents au sein de l'APC existait en 2016 et 2017, les fonctionnaires de l'État en position de

détachement ou bien les cadres issus de l'autorité de la concurrence métropolitaine y sont largement majoritaires en 2018 et en 2019. Ce changement est la résultante du recrutement de trois nouveaux fonctionnaires de l'État qui viennent s'ajouter aux trois déjà présents, et dans le même temps, deux fonctionnaires issus de la fonction publique territoriale de la Polynésie française ont quitté les effectifs, passant ainsi de trois à un seul en 2018. En 2019, l'APC ne compte plus d'agent titulaire de la fonction publique de la Polynésie française. Cette situation peut être amenée à évoluer.

Sur cet aspect, l'ancien président de l'APC a indiqué qu'il a entendu poursuivre deux objectifs principaux, à savoir privilégier les recrutements de personnels locaux, et disposer majoritairement de personnels compétents et opérationnels immédiatement pour assurer les missions. Or, il s'est avéré très tôt que la poursuite simultanée de ces deux objectifs s'avèrerait difficile. Pour ce qui concerne les services du président et du collège dont les missions ne sont pas aussi spécialisées que celles du service d'instruction, le recours à des recrutements de proximité a permis de satisfaire en grande partie l'objectif d'emploi local. En revanche, la constitution équilibrée du service d'instruction avec quatre personnels expérimentés « senior », dont un rapporteur général et un rapporteur général adjoint, pour quatre personnels « junior », mais disposant des prérequis nécessaires, n'a pas fonctionné.

Le président de l'APC a précisé que sa stratégie a donc été révisée à compter de 2018. Elle a consisté, selon lui à doter l'APC d'une équipe expérimentée en capacité de former au maximum une à deux personnes à la fois dotée d'une solide formation initiale mais sans expérience en droit de la concurrence. Ensuite, à l'occasion des départs, un nouveau personnel inexpérimenté devrait être intégré à l'équipe dans la limite d'un par an. Il a ajouté que la réglementation nouvelle apparue en 2019[89] ne permet plus d'envisager de capitaliser sur l'expérience puisque les nominations de personnels contractuels sont limitées à une durée de quatre ans, renouvelable une fois. Il ne peut donc plus y avoir de progression de carrière dans les fonctions pour un agent local sans expérience.

En réponse aux observations provisoires, l'ancien président a complété ses propos en indiquant que « Ce qui n'a pas fonctionné, c'est que face au manque de personnels titulaires de la FPT (fonction publique territoriale), l'APC a dû rechercher des jeunes ayant des prérequis en termes de formation, mais sans expérience et à la recherche d'une situation professionnelle stable. D'où les départs ultérieurs de ces jeunes vers des postes stables. Dès lors, l'APC s'est tournée vers des compétences disponibles localement (agrégé d'économie, expert-comptable, avocats) et extérieurs formés au droit de la concurrence (ADLC, DGCCRF). » et qu'en outre « la limitation de durée de service à l'APC peut en effet être un obstacle à la progression de personnels recrutés localement dans des fonctions d'encadrement ou de direction de la structure. »

Le président par intérim a indiqué en réponse aux observations provisoires lors de son audition que des recrutements sont en cours dans le service d'instruction, avec une priorité donnée à des personnels polynésiens qualifiés.

La Chambre estime qu'une telle démarche, lorsque cela est possible, doit être favorisée

[89] Avec l'entrée en vigueur de la loi de Pays n° 2019-12 du 18 avril 2019.

4.3 Les salaires versés aux personnels nommés sur emplois permanents

Le statut des personnels permanents, ce qui exclut les membres du collège, qui sont eux rémunérés à la vacation, est défini par un ensemble complexe de textes, résultante de la combinaison des dispositions contenues dans le code de la concurrence qui a porté création et organisation de l'APC, d'arrêtés pris en conseil des ministres, de modalités définies par l'APC elle-même, et depuis le 1er janvier 2020, par l'application du statut général de la fonction publique de la Polynésie française.

4.3.1 La situation de l'ancien président

La loi de Pays portant définition du code de la concurrence prévoyait dans sa version initiale de 2015[90] qu'un dispositif provisoire devait être défini par arrêtés pris en conseil des ministres. Ces arrêtés devaient ainsi fixer les règles relatives à l'installation et au fonctionnement de l'APC, et demeuraient en vigueur jusqu'à l'adoption par l'APC de son règlement intérieur.

Le contenu de ce règlement intérieur a d'ailleurs été précisé par l'article A.610-6 de l'arrêté n°1347 CM du 10 septembre 2015. Il devait ainsi déterminer les « dispositions régissant son personnel permanent et les modalités de son fonctionnement administratif ».

Il en résulte qu'en prévoyant l'extinction de ses arrêtés dès lors que le règlement intérieur était adopté par l'APC, le Pays a consacré le principe de l'autonomie de gestion de cette Autorité. Cette doctrine est confirmée par ailleurs par un changement concernant le détachement du président. En effet, ce dernier, président de section de chambre régionale des comptes, a d'abord été détaché auprès de la Polynésie française[91], avant d'être détaché directement auprès de l'APC (Cf. l'arrêté n°1047 du 5 août 2015 ainsi que l'arrêté pris à la même date par le Premier ministre[92]).

L'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 a également fixé ses conditions de rémunération

Cet arrêté a été pris, notamment, sur le fondement de la délibération n°98-145 APF du 10 septembre 1998[93], bien que l'intéressé soutienne que son emploi pouvait être assimilé a minima à un emploi fonctionnel, voire bénéficier d'un régime unique s'agissant d'une Autorité indépendante. Si la Chambre peut, au regard du poste occupé et de la structure dirigée, entendre cette position, celle-ci n'est cependant pas exacte en droit. En effet, cette argumentation ne saurait être recevable au vu de la rédaction de l'arrêté précité qui ne prévoit en aucun cas les deux exceptions fixées dans l'article 1er de la délibération, correspondant à la situation d'emploi

[90] Cf. le 2° de l'article LP. 3 de la loi du 23 février 2015.
[91] Par l'arrêté CM n°913 du 9 juillet 2015.
[92] Cf. l'arrêté NOR CPTX1517507A.
[93] Cf. l'article 3 de la délibération n°98-145 APF du 10 septembre 1998 applicable aux fonctionnaires civils et militaires en position de détachement auprès du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics.

fonctionnel ou de cabinet. Faute d'avoir pris cette précaution, l'article 3 de la délibération, qui ne peut que s'appliquer au cas d'espèce, fixe expressément les modalités de calcul de la rémunération pouvant être octroyée, sans ouvrir d'alternative : « L'administration d'accueil fixe la rémunération servie aux fonctionnaires détachés auprès d'elle d'après les seuls éléments figurant dans la fiche financière fournie par l'administration d'origine retraçant les émoluments de ce fonctionnaire s'il servait en métropole. Ces éléments sont affectés du coefficient de majoration en vigueur pour les fonctionnaires de l'Etat, soit 1,84. »

Or, l'arrêté en cause indique en son article 6 que la rémunération de l'ancien président est composée non pas d'une, mais de trois éléments.

En cela, cet arrêté s'écarte du principe posé par la délibération n°98-145 APF qui ne prévoit qu'une seule composante dans le cas d'un détachement d'un fonctionnaire exerçant en métropole, qui correspond à son traitement d'origine majoré par un coefficient défini par la loi.

Il résulte de ce qui précède que le principe de hiérarchie des normes n'a pas été respecté par le Pays, un arrêté ne pouvant pas emporter dérogation à une délibération, le premier ayant été pris en conseil des ministres, la seconde ayant été votée par l'Assemblée de la Polynésie française.

L'étude des pièces comptables des premiers salaires versés à l'ancien président de l'APC a permis de confirmer que la première composante du salaire reçu est bien le montant brut du traitement total, affecté du coefficient de majoration défini par la règlementation[94].

Sur ce bulletin figurent également les deuxième et troisième composantes déterminées par l'arrêté n°1047 CM, qui consistent en une indemnité de responsabilité de 20% assise sur la rémunération majorée (première composante), à laquelle est ajoutée une indemnité de logement de 10% du montant correspondant à l'addition de la rémunération majorée et de l'indemnité de responsabilité pour peu que l'intéressé ne soit pas propriétaire du bien loué.

Le principe d'octroyer des primes en sus de la rémunération majorée ne correspond pas au droit commun appliqué par la Polynésie française, qui ouvre en effet aux seuls personnels de santé et de recherche, la possibilité de bénéficier de rémunérations complémentaires sous la forme de primes[95]. Ce n'est pas le cas ici concernant le président de l'APC, dont l'emploi, certes élevé, peut être cependant assimilé à ceux de la filière administrative.

Il en résulte que l'indemnité de responsabilité, deuxième composante du salaire de l'ancien président, s'écarte du statut territorial applicable à un personnel détaché.

L'indemnité de logement, troisième composante, se distingue également du régime de droit commun qui prévaut pour les agents en détachement dans les services de l'État en Polynésie française, repris dans la délibération n°98-145 (cf. son article 13). Le régime classique appliqué est en effet défini par le décret n°67-1039 du 29 novembre 1967 modifié[96], qui pose le principe d'une prime calculée aux frais réels correspondant au montant du loyer payé et justifié par une quittance. Concernant l'ancien président de l'APC, il s'agit d'une somme établie au prorata du salaire, de près de 200 000 F CFP par mois. Il faut ajouter comme anomalie l'absence partielle de contrepartie et de pièce justificative, puisque l'arrêté en cause

[94] Prévue par le décret du 23 juillet 1967 et l'arrêté du 12 février 1981.

[95] Cf. l'article 3 de la délibération n°98-145 APF du 10 septembre 1998 applicable aux fonctionnaires civils et militaires en position de détachement auprès du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics.

[96] Modifié par le décret n°85-1237 du 25 novembre 1985, dont les modalités de calcul apparaissent dans la circulaire n°B-2^{E}-132 du 4 décembre 1986.

n'exige aucune justification de loyer de la part du bénéficiaire. Cette prime dite de logement, n'en a, en fin de compte, que le nom. Selon la Chambre, elle constitue plutôt un outil, avec la seconde composante, permettant de majorer le revenu, en vue de parvenir à un salaire cible, négocié en 2015 entre le Pays et le futur président de l'APC.

En réponse aux observations provisoires et suite à la demande la Chambre au cours de son audition, l'ancien président a produit comme pièces justificatives un bail à usage d'habitation et l'état des lieux d'entrée signés le 25 juillet 2015 ainsi qu'une demande de congés de son bail qu'il a rédigée le 19 septembre 2020. Il a indiqué ne pas être en possession de la moindre quittance de loyer sur toute la période concernée.

La mise en place de ce régime ad hoc a abouti, par le cumul des trois composantes, au versement d'un salaire net mensuel avant CST de 2,28 MF CFP. L'ancien président de l'APC a ainsi bénéficié à partir de juillet 2015[97] d'un gain de revenu substantiel par rapport à son salaire antérieur de Président de section de chambre régionale des comptes (bien supérieur à la simple application du coefficient de majoration). L'intéressé allègue qu'il s'agit, selon lui, de l'équivalent de la rémunération de président de chambre régionale et territoriale des comptes, situation qu'il justifie en particulier par son inscription sur la liste d'aptitude de président. Au-delà de l'inexactitude du propos, la Chambre rappelle qu'une telle liste ne correspond qu'à une liste de candidats déclarés aptes ; qu'elle ne vaut pas recrutement (ou certitude d'être recruté) ; qu'à ce titre, cette inscription n'ouvre règlementairement aucun droit à avantages supplémentaires notamment en matière de rémunération ; qu'au surplus, après son départ de l'APC, il a été réintégré le 25 octobre 2020 dans son administration d'origine à son grade initial (président de section de chambre régionale des comptes).

Son salaire a été porté à 2,4 MF CFP à partir du 1er avril 2016, suite à la prise en compte, par l'APC du changement d'échelon dans son corps d'origine intervenu à la même date. L'APC a ainsi repris les dispositions de l'article 3 – alinéa 5, de la délibération n°98-145.

En conséquence, l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 est venu affirmer un double principe technique. L'APC échappe en majeure partie au périmètre statutaire territorial pour son président de l'époque, et pour y parvenir, celle-ci a reçu la capacité de composer elle-même ses règles de gestion de l'ensemble de ses personnels permanents au travers de son propre règlement intérieur.

Cet arrêté, comme observé supra, a prévu, en son article 1er, de cesser de produire l'ensemble de ses effets dès lors que l'APC a adopté son règlement intérieur.

Le premier règlement intérieur a été adopté le 13 janvier 2016 par délibération du collège[98], publiée au journal officiel de la Polynésie française le 22 janvier 2016. Or, l'article 400-04 exclut de ce même règlement, deux domaines, celui de la rémunération du président et le délai de son mandat. En complément, l'article 322-02 dudit règlement renvoie à un arrêté pris en conseil des ministres pour définir la rémunération du président, afin, selon ce dernier, d'éviter, à raison, tout conflit d'intérêt entre son rôle de rédacteur du règlement intérieur et sa qualité de bénéficiaire.

Ce dispositif réglementaire n'a pas vu le jour comme prévu : l'arrêté tel qu'envisagé par le règlement intérieur à propos du président n'a pas été adopté par le gouvernement par la suite.

[97] Date de son détachement.
[98] Délibération n°2016-DC-01.

Ce vide juridique créé par l'absence de texte a laissé les dispositions de l'article 6 de l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 en matière de rémunération poursuivre de facto leurs effets.

Cette situation a été corrigée par un rattrapage opéré par l'APC elle-même, suite à la révision de son règlement intérieur, qu'elle a adopté le 24 mars 2016. D'une part, un nouvel article 400-04 confirme que les articles 6 et 8 de l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 continuent à produire leurs effets. D'autre part, un nouvel article 322-02-1 reprend in extenso les dispositions initiales définies dans l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 concernant les modalités de calcul de la première composante de la rémunération du président.

La loi de Pays n°2018-31 du 9 août 2018, et son article LP. 17, comme observé supra, réduit le champ d'application du règlement intérieur, qui ne définit plus les conditions de rémunération des personnels. La délibération n°2018-100 du 13 décembre 2018 [99], complétée par la loi de Pays n°2019-12 du 18 avril 2019[100], intègre en effet les personnels de l'APC au statut général de la fonction publique de la Polynésie française.

Lorsque sont considérés l'article LP.4 de la loi de Pays n°2018-31 du 9 août 2018 ainsi que la loi de Pays n°2019-12 du 18 avril 2019, ces nouvelles modalités ne s'appliquent cependant pas aux agents recrutés avant le 9 août 2018, qui sont maintenus dans leurs droits initiaux.

L'ancien président de l'APC recruté en juillet 2015 et en fonction lors du déroulement de l'‘instruction, a bénéficié ainsi d'un régime particulier jusqu'au terme de son mandat[101].

En revanche, à droit constant, son-sa successeur-e devrait, concernant ses conditions de rémunération, être soumis-e au statut général de la fonction publique de la Polynésie française. A ce titre, les textes récents[102] concernant la rémunération des présidents d'AAI basées en France métropolitaine ne citent que l'Autorité de la Concurrence (et non l'APC) dont le périmètre d'action, les moyens consacrés et les enjeux ne sont pas comparables à ceux rencontrés en Polynésie française. De plus, aucune disposition n'est prévue pour leur application outre-mer.

4.3.2 Une situation reprise en partie pour les autres personnels

L'APC est composée « d'un service d'instruction, composé d'agents de l'administration, affectés pour trois ans renouvelables ». Ces agents sont placés sous l'autorité d'un rapporteur général nommé pour quatre ans par arrêté pris en conseil des ministres, renouvelable une fois dans ses fonctions[103].

[99] Portant diverses mesures applicables aux personnels des autorités administratives indépendantes.

[100] Portant diverses mesures applicables aux personnels des autorités administratives indépendantes.

[101] Cf. l'article LP4. De la loi du Pays n°201-12 du 8 avril 2019 portant diverses mesures applicables aux personnels des AAI.

[102] Cf. le décret n°2020-173 du 27 février 2020 et son arrêté d'application pris le même jour.

[103] Cf. l'article LP. 610-6 de la loi du 23 février 2015 dans sa version initiale.

L'ancienne rapporteure générale a été nommée le 15 janvier 2016, par arrêté pris le 23 décembre 2015[104]. Le 13 janvier 2016, l'APC adopte, par délibération, son premier règlement intérieur[105]. Deux agents sont nommés le 1er février 2016.

La combinaison de l'article LP. 610-11 de la loi du 23 février 2015 et des articles A610-1 et A-610-6 de l'arrêté n°1347 CM du 5 août 2015 renvoie à un règlement intérieur qui détermine « les dispositions régissant le personnel permanent », préparé par le président, et adopté par le collège.

Sur cet aspect, la Chambre estime que le pouvoir donné aux membres du collège de déterminer dans le règlement intérieur les modalités de rémunération du rapporteur général, de son adjoint, et des rapporteurs, n'était pas de nature à garantir leur pleine indépendance.

A première vue, le règlement intérieur prévoit une situation particulière pour les personnels issus de l'autorité de la concurrence métropolitaine en comparaison de celle des autres personnels.

Pour les premiers, les modalités de calcul de leur rémunération, lorsqu'ils sont en position de détachement depuis la métropole sont à l'identique celles mises en place pour l'ancien président de l'APC, à savoir qu'elle « comprend la rémunération versée ou égale à celle qui était versée par l'autorité de la concurrence métropolitaine à laquelle s'applique, dans les mêmes conditions, le coefficient de majoration en vigueur pour les fonctionnaires de l'État prévu par l'article 3 de la délibération n° 98-145 APF du 10 septembre 1998.[106] »

L'examen des fiches financières et des bulletins de salaire indique que la méthode mathématique retenue par l'APC pour ces personnels est identique à celle appliquée à l'ancien président concernant la première composante de son salaire : le traitement, versé par l'administration d'origine, a servi d'assiette au coefficient de majoration, pratique qui respecte donc les dispositions de la délibération 98-145 susvisée.

Concernant le reste du personnel[107], le règlement intérieur indique que « la rémunération de ces personnels, lorsqu'ils sont fonctionnaires, est déterminée dans les mêmes termes que s'ils servaient dans l'administration de la Polynésie française. » Cette différence entre l'ancien président et l'ancienne rapporteure générale, et les autres personnels, s'agissant de la première composante, n'est qu'apparente lorsqu'est considérée la situation des fonctionnaires de l'État ou en provenance de l'Autorité de la concurrence. En effet, l'application du statut général de la Polynésie française renvoie de toute façon à la délibération 98-145 déjà citée. L'APC en revanche se distingue du statut général du Pays en octroyant des primes à l'ensemble de ses agents.

[104] Arrêté CM n°2110 CM du 23 décembre 2015.

[105] Délibération n°2016-DC-01 du 13 janvier 2016 relative à l'adoption du règlement intérieur de l'Autorité polynésienne de la concurrence.

[106] Cf. l'article 322-04 du règlement intérieur.

[107] Qui sont le rapporteur général adjoint, les rapporteurs, les conseillers, le secrétaire général et son ou ses adjoints chargés de la gestion administrative et financière et de la procédure.

4.3.3 Des compléments de rémunération systématiques

4.3.3.1 Un dispositif d'évaluation individuel tardif

Le principe de conduire une évaluation des personnels exerçant au sein de l'APC a été institué par le règlement intérieur dans sa version initiale du 22 janvier 2016, à l'article 322-4, en lien étroit avec la possibilité règlementaire d'octroyer une indemnité de performance fixée par le président : « A la rémunération des personnels peut s'ajouter une indemnité de performance individuelle et collective ainsi que de sujétions spéciales fixée par le président de l'Autorité, par référence à la grille de l'article 3 de la délibération n° 97-153 APF du 13 août 1997 sans qu'elle puisse excéder celle du groupe 30. Un dispositif d'évaluation sera institué ».

Cette dernière mention a rapidement été modifiée, dès le mois de mai 2016[108], en ces termes : « Les modalités d'application, comportant notamment un dispositif d'évaluation, seront précisées par décision du président de l'Autorité polynésienne de la concurrence ».

Pour autant, le dispositif d'évaluation n'a été mis en œuvre par l'ancien président de l'APC que tardivement, suite à la décision[109] portant ouverture de la campagne d'évaluation des personnels pour l'année 2018. La Chambre relève, à titre anecdotique, que cet acte administratif est signé mais n'est pas daté.

La première campagne d'évaluation été menée du 1er janvier au 28 février 2019 (article 2) par l'ancienne rapporteure générale pour ce qui concerne les agents du service d'instruction, et par l'ancien président pour les conseillers et les agents du bureau de la procédure (article 3).

L'ancien président de l'APC a, au moyen de fiches, conduit l'évaluation des agents placés sous sa responsabilité, pour les exercices 2016, 2017, et 2018, alors même que le principe de l'évaluation est annuel.

Si l'ancien président allègue en réponse aux observations provisoires un manque de formalisme qui ne remettrait pas en cause le respect des principes de l'évaluation, la Chambre rappelle qu'au contraire, l'entretien annuel doit être justifié par un compte-rendu signé par les deux parties, l'évaluateur et l'agent concerné qui atteste par ce moyen qu'il a pris connaissance du document notifié, et lui ouvrant droit à un délai pendant lequel il peut en demander la révision. Il s'agit donc dans le cadre de la procédure d'évaluation annuelle d'une formalité essentielle.

Cette gestion à rebours est la confirmation d'un fonctionnement anormal en matière d'évaluation des personnels, pratique que n'a d'ailleurs pas suivie l'ancienne rapporteure générale dans son service à l'époque.

Cette différence d'approche entre l'ancien président et l'ancienne rapporteure générale a provoqué une inégalité de traitement entre les agents en matière d'évaluation individuelle. Il en résulte par ailleurs que seuls les rapporteurs présents en début d'année 2019 ont pu bénéficier d'une évaluation sur l'exercice 2018. Les agents du service d'instruction ayant quitté l'APC plus tôt n'ont jamais bénéficié d'une évaluation. C'est le cas de trois rapporteurs qui ont quitté l'APC au cours de l'année 2018, mais également du rapporteur général adjoint, alors que le temps nécessaire était suffisant, son départ ayant eu lieu le 14 février 2019.

---

[108] Délibération n°2016-DC-08 relative à la modification du règlement intérieur de l'APC.
[109] Décision n°2018-DP-45.

Le président et le rapporteur général sont donc invités, chacun en ce qui les concerne, à porter à l'avenir une attention toute particulière sur la régularité des campagnes d'évaluation dont ils ont la responsabilité.

4.3.3.2 Des compléments de rémunération systématisés

Les primes et les indemnités versées aux personnels de l'APC sont liées au statut et au lieu de résidence d'origine des personnels, ainsi qu'en fonction de l'emploi qu'ils occupent.

En premier lieu, l'arrêté n°1047 CM publié en 2015 stipulait à l'article 4 que « les fonctionnaires de l'État détachés et les personnels recrutés en métropole pour exercer au sein de l'APC bénéficient, dans les mêmes termes, des dispositions prévues aux articles (…) 14 à 16 de la délibération n°98-145 APF du 10 septembre 1998[110] ». Les articles 14 à 16 définissent les modalités d'octroi de l'indemnité d'éloignement servie au fonctionnaire détaché auprès du territoire pendant les deux premiers séjours éventuels de deux ans.

Ces dispositions ont été reprises dans le règlement intérieur de l'APC à l'article 324-01, en restreignant toutefois le bénéfice de cette indemnité « aux fonctionnaires de la fonction publique métropolitaine dont la résidence se situe hors de la Polynésie française à la date de leur détachement » et au rapporteur général non fonctionnaire.

En réponse à cette observation, l'ancien président de l'APC a indiqué que « L'APC a restreint ensuite le bénéfice de l'IE en estimant qu'elle se justifiait pour la RG de par les motifs qui ont présidé à sa création. L'indemnité d'éloignement devait inciter les personnels de métropole à s'expatrier afin que les services des collectivités d'outre-mer puissent bénéficier des compétences spécifiques. Or, c'est particulièrement le cas de l'APC qui ne pouvait recruter une telle compétence que dans le vivier restreint des RGA de l'ADLC (une dizaine de personnels fonctionnaires ou contractuels quasi statutaires). »

Le coût total cumulé des indemnités d'éloignement versé au 31 décembre 2019 représente 20,7 MF CFP net, après remboursement de 2,97 MF CFP au payeur du Pays.

L'ancien président de l'APC, fonctionnaire recruté en métropole en juillet 2015 pour une durée de six ans non renouvelable, a bénéficié de cette indemnité d'éloignement pour sa première période de deux ans, 2015-2017, et pour une deuxième période, 2017-2019. Le droit à l'indemnité pour les personnels affectés sans limitation de durée dans une collectivité d'outre-mer ou en Nouvelle-Calédonie n'est ouvert que pour deux périodes de deux ans. Si les trois premiers versements n'appellent pas à commentaire, la quatrième fraction payée le 16 septembre 2019, sur demande de l'ancien président, a méconnu les dispositions règlementaires en vigueur à cette date.

En effet, le 2° de l'article 2 de la loi n°50-772 du 30 juin 1950 fixe comme principe que cette indemnité est « versée pour chaque séjour administratif, moitié avant le départ et moitié à l'issue du séjour ». Dès lors, la seconde fraction ne peut être versée qu'après son retour effectif,

[110] Relative au régime applicable aux fonctionnaires civils et militaires en position de détachement auprès du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics : cette délibération renvoie au décret n°96-1028 du 27 novembre 1996, qui fixe les règles applicables pour l'indemnité d'éloignement, prévue au 2° de l'article 2 de la loi n°50-772 du 30 juin 1950.

et non pas systématiquement après quatre années, comme le confirme la jurisprudence constante du Conseil d'État[111].

Suite à la demande du payeur du 20 janvier 2020, l'APC a émis un titre daté du 31 décembre 2019 pour rembourser l'indemnité d'éloignement de l'ancien président au titre de la deuxième fraction du second séjour (2,97 MF CFP).

Par ailleurs, l'ancienne rapporteure générale, non fonctionnaire recrutée en métropole en janvier 2016, a également pu prétendre au bénéfice de cette indemnité à quatre reprises. Pour autant, le dernier versement a bien été versé à l'issue de son séjour, et calculé au prorata temporis, conformément aux dispositions règlementaires. Ce cadre a quitté l'APC le 14 octobre 2019 et a reçu l'équivalent de 79% de la fraction soit l'équivalent de 9,5 mois de service fait.

Enfin, parmi les autres personnels, deux cadres recrutés en métropole pour exercer à l'APC fin décembre 2018 et en juin 2019 ont bénéficié de cette indemnité au titre de la première fraction à leur arrivée.

Tableau n° 17 : État détaillé des versements de l'indemnité d'éloignement

	1er séjour				2ème séjour			
	1ère fraction IE		2ème fraction IE		1ère fraction IE		2ème fraction IE	
LISTE DU PERSONNEL	MONTANT NET EN XPF	DATE DE VERSEMENT	MONTANT NET EN XPF	DATE DE VERSEMENT	MONTANT NET EN XPF	DATE DE VERSEMENT	MONTANT NET EN XPF	DATE DE VERSEMENT
M. M	2 873 506	10/12/2015	2 974 590	06/07/2017	2 974 590	08/08/2017	2 974 588	2020
Mme N	2 230 142	21/03/2016	2 253 548	26/04/2018	2 253 548	26/04/2018	1 740 370	09/12/2019
M. C	2 137 181	06/06/2019						
M. V	1 298 416	12/12/2018						

Source : données APC

En second lieu, des indemnités ont été prévues en lien avec les fonctions occupées.

Hormis l'ancien président de l'APC qui bénéficie, comme vu supra, des primes prévues par la collectivité dans l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015, les autres personnels perçoivent des compléments de rémunération fixés par l'APC.

En vertu d'une convention particulière entre l'autorité de la concurrence - ADLC et l'APC[112] définissant les conditions d'accueil de l'ancienne rapporteure générale à l'APC, ainsi que certaines dispositions du règlement intérieur[113], celle-ci a bénéficié d'une indemnité de responsabilité correspondant à 240 fois la valeur du point d'indice de la fonction publique de la Polynésie française.

[111] Le Conseil d'État a précisé dans l'arrêt Joubert du 20 avril 1998 que « le maintien dans un territoire au-delà d'une durée égale à deux séjours réglementaires ne saurait ouvrir droit à une nouvelle indemnité d'éloignement ». En outre, il considère que la seconde fraction doit être versée à l'issue du séjour afin de couvrir les charges afférentes au retour (CE du 31 mars 1999. Belin c/ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie).

[112] Convention particulière du 15 janvier 2016.

[113] Article 322-03-IV du RI en vigueur en janvier 2016.

Cette indemnité a été réévaluée, après seulement quatre mois d'activité et deux mois de présence sur le territoire, à 270 fois la valeur du point d'indice[114], soit au total 271 350 F CFP par mois[115]. De fait, cette majoration a eu en pratique vocation à compenser le coût supplémentaire imprévu de charges sociales lors du recrutement (étant ainsi décorellée d'une quelconque référence au niveau de responsabilité), permettant in fine le maintien du salaire net.

L'ancien ordonnateur a indiqué en réponse au rapport provisoire que cet ajustement est la correction d'une erreur de calcul faite initialement.

La Chambre, si elle entend cet argument, ne peut que rappeler que toute indemnité ne peut avoir pour objet que ce pourquoi elle a été créée et non permettre l'ajustement par rapport à un salaire « cible ».

Par ailleurs, les autres personnels peuvent bénéficier d'une indemnité fixée par le président de l'APC ou par le rapporteur général. Celle-ci est composée de trois parts, indemnité de sujétions spéciales (ISS), performance individuelle (PI) et performance collective (PC). C'est le règlement intérieur qui en a édicté les règles, par référence à la délibération n°97-153 APF du 13 août 1997 portant attribution d'une indemnité de sujétions spéciales à certains personnels de l'administration de la Polynésie française et des établissements publics de la Polynésie française

Mis en œuvre à partir de mars 2016[116], le texte prévoyait que l'ISS était versée « à l'ensemble des personnels, à l'exception du président, de la rapporteure générale et des rapporteurs-formateurs bénéficiant d'un congé de mobilité ». Mais dès août 2016[117], seuls l'ancien président et l'ancienne rapporteure générale restaient exclus du dispositif, les rapporteurs issus de l'ADLC pouvant désormais prétendre à ces indemnités.

Après examen des sommes mensuelles octroyées, ce dispositif de compléments de rémunération appelle à plusieurs remarques.

La part ISS octroyée varie selon les emplois de 20 500 F CFP à 106 000 F CFP par mois.

En revanche, les composantes IPC et PI ont été systématiquement versées sur la base d'un montant identique pour l'essentiel des bénéficiaires, soit 10 000 F CFP par mois pour chaque indemnité, en l'absence de campagne d'évaluation entre 2016 et 2018. La campagne d'évaluation conduite au début de l'année 2019 n'a pas davantage permis de moduler ces primes. Dès lors, ces primes de performance constituent essentiellement un outil de majoration des salaires.

En réponse aux observations provisoires, le président par intérim a complété cette observation en indiquant que « Les indemnités de sujétion spéciales (ISS) qui étaient attribuées de manière systématique vont désormais entrer dans le cadre normal des ISS attribuées dans la fonction publique du Pays (voir la délibération du collège du 12 août 2020) pour ce qui concerne les nouveaux personnels recrutés. »

Les sommes en jeu ont été significatives au cours de la période sous revue.

---

[114] Délibération 2016-DC-08 du 3 mai 2016.

[115] Arrêté n°267 CM du 10 mars 2016 fixant la valeur du point d'indice à 1005 F CFP à partir du 1er septembre 2016.

[116] Décision n°2016-DP-07 du 3 mars 2016.

[117] Décision n°2016-DP-23 du 7 juillet 2016.

Ainsi, de 2015 à 2019, près de 21 MF CFP d'indemnités ont été versées au personnel de l'APC.

Ces indemnités ont représenté un complément individuel de rémunération d'environ 40 000 F CFP par mois en 2016 et 2017, exception faite du rapporteur général adjoint qui bénéficiait d'une indemnité de 60 000 F CFP par mois.

En décembre 2017, à la faveur d'une réorganisation du service du président, deux agents ont obtenu une revalorisation très importante de ces indemnités[118] qui sont passées à 65 000 F CFP par mois pour l'un (+ 62,5% d'augmentation) et à 123 500 F CFP pour l'autre (+208% d'augmentation).

Une légère revalorisation a été opérée en juillet 2018, l'indemnité de base passant de 40 000 F CFP à 40 500 F CFP par mois, et pour les fonctions particulières de responsable du service du président et du rapporteur général adjoint, respectivement de 123 500 F CFP à 126 000 F CFP, et de 60 000 F CFP à 63 000 F CFP par mois.

Ces primes, hormis la situation de l'ancien président, représentent en 2019 une moyenne individuelle annuelle de 602 850 F CFP (de 405 000 F CFP à 1 386 000 F CFP). La même année, ces indemnités ont représentés un coût total pour l'APC de 6 MF CFP.

Par délibération de décembre 2018[119], la collectivité de la Polynésie française a inclus dans son texte relatif à l'attribution d'une indemnité de sujétions spéciales, la possibilité pour les AAI de les mettre également en place. Depuis cette date, le fondement juridique de ces indemnités n'est donc plus à rechercher dans le règlement intérieur de l'APC mais dans les dispositions statutaires du Pays. Comme par le passé, la liberté d'appréciation en la matière est laissée à l'APC. En effet, l'article 3 de la délibération précitée précise que « l'attribution de l'indemnité de sujétions spéciales et son montant sont arrêtés (…) pour les personnels des autorités administratives indépendantes, par l'organe décisionnel compétent ».

En revanche, le régime indemnitaire du Pays devenu applicable au personnel de l'APC recruté à partir du 1er janvier 2020, supprime la possibilité d'octroi d'une prime à la performance.

4.4 Le dispositif des frais de mission

Des conditions particulières d'indemnisation des déplacements et des frais de mission des membres de l'APC ont été prévues par la collectivité[120], qui se distinguent de celles qui prévalent dans la fonction publique de la Polynésie française.

L'article 5 de l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 a prévu en effet que le président de l'APC bénéficiait, pour ses déplacements hors du territoire, d'une prise en charge du coût réel du voyage aérien en classe affaires, et d'une indemnité de déplacement journalière forfaitaire

[118] Décision n°2017-DP-27 et n°2017-DP-29 du 24 novembre 2017 portant attribution d'indemnité de sujétions spéciales au responsable du service du président et du collège et au secrétaire général.

[119] Délibération n°2018-100 APF du 13 décembre 2018.

[120] Cf. l'arrêté n°1047 CM du 5 août 2015 relatif à l'installation et au fonctionnement de l'APC.

égale à 40 fois la valeur du point d'indice de la fonction publique, ramenée à 32 fois pour les missions à l'intérieur de la Polynésie française, y compris sur l'île de Tahiti. Pour les autres membres et agents de l'APC, les voyages hors du territoire sont à effectuer en classe économique. L'indemnité de déplacement forfaitaire est de 30 000 F CFP par jour, ramenée à 15 fois la valeur du point d'indice de la fonction publique pour les missions à l'intérieur de la Polynésie française, mais hors Tahiti.

Ces modalités de remboursement des frais de mission ont été intégralement reprises dans le règlement intérieur de l'APC en vigueur jusqu'à fin 2018.

L'ancien président a indiqué qu'en ce qui « concerne le choix du niveau d'indemnisation des missions du président, le choix du gouvernement a été d'appliquer les dispositions de l'arrêté n° 28 CM du 2 juillet 2004 fixant le montant et les conditions d'attribution des indemnités pour frais de mission à allouer aux membres du gouvernement de la Polynésie française

La Chambre estime, étant donné les marges de manœuvre laissées à l'APC, qu'il aurait été de meilleure gestion qu'elle utilise cette liberté en prévoyant plutôt un remboursement des frais d'hébergement et de repas en tenant compte de frais réels justifiés sur facture, limités par un plafond modéré de coût unitaire par type de dépense.

Les dispositions contenues dans le règlement intérieur ont été abrogées par la loi de Pays 2018-31 du 9 août 2018[121]. Les personnels de l'APC sont désormais soumis aux dispositions générales de la fonction publique de la Polynésie française.

En effet, la délibération n°2018-100 du 13 décembre 2018 portant diverses mesures applicables aux personnels des autorités administratives indépendantes de la Polynésie française est venue modifier les textes applicables aux fonctionnaires de la Polynésie française, notamment la délibération n°2008-20 APF du 5 juin 2008, fixant les conditions et les modalités de règlements des frais occasionnés par les déplacements des agents publics des services et établissements publics administratifs, pour y inclure les personnels de l'APC.

Désormais, l'indemnité journalière forfaitaire est fixée à 30 000 F CFP[122] pour les missions des agents à l'extérieur du territoire. Pour les tournées à l'intérieur de la Polynésie française, dans une île autre que celle de la résidence administrative de l'agent concerné, l'indemnité est fixée en points d'indice[123]. Elle est plafonnée à un maximum de 21 points d'indice par 24 heures de déplacement soit 21 105 F CFP compte tenu de la valeur actuelle du point d'indice de la fonction publique de Polynésie française fixée à 1 005 F CFP.

En conclusion, s'agissant des déplacements du président de l'APC, la nouvelle réglementation voulue par la collectivité est moins favorable pécuniairement que celle qui était initialement prévue en 2015. A l'inverse, les autres personnels de l'APC bénéficient d'une indemnisation majorée lorsqu'ils sont en déplacement en Polynésie française.

L'ancien président a indiqué qu'en ce qui concerne les modalités de remboursement de ses frais de mission que « l'APC n'a jamais appliqué pour le président, à sa demande, l'attribution de frais de mission pour les délais de route à l'aller et au retour comme prévu par

[121] Portant modification de la partie législative du code de la concurrence et l'arrêté n°2337 CM du 16 novembre 2018 portant modification de la partie "Arrêtés" du code de la concurrence

[122] En vertu de l'article 1er de l'arrêté n° 774 CM du 4 juillet 2008 portant application 11 de la délibération n° 2008-20 APF du 5 juin 2008.

[123] Article 9 de la délibération n° 2008-20 APF du 5 juin 2008 : 3 points d'indice pour un repas, 6 points pour deux repas, 15 points pour une nuit, 21 points pour 24 heures, 5 points pour un aller-retour en transport lagonnaire et 10 points en transport inter-iles.

les textes, ni pour les week-ends lorsqu'il y en avait un compris dans la période de mission. » Il a ajouté en outre que « Le différentiel de coût de la prise en charge des frais de mission (10 000 F par jour) est compensé par l'absence de prise en charge des délais de route (2 fois 30 000F = 6 jours de prise en charge de frais de mission.

4.5 Un suivi RH peu développé

4.5.1 Des bilans sociaux absents

Depuis sa création, l'APC n'a pas établi de bilans sociaux ou un équivalent.

Le code de la concurrence, dans sa version d'août 2018[124], a donné obligation à l'APC d'annexer à son rapport annuel (article LP 610-9) quelques informations sociales tels que « le nombre des emplois rémunérés ainsi que leur répartition présentée :

- par corps ou métier ;
- par catégorie ;
- par position statutaire pour les fonctionnaires. »

Le rapport d'activité relatif à l'exercice 2018 contient bien l'annexe dont le contenu correspond aux nouvelles prescriptions de la loi. Les rémunérations, hormis celle du président, y sont anonymisées. L'APC a donc satisfait à cette nouvelle obligation même si le président du Pays a indiqué dans sa réponse aux observations provisoires « qu'il aura fallu pas moins de deux correspondances du président de la Polynésie française pour que le rapport d'activité de l'année 2018 respecte les nouvelles dispositions du code de la concurrence en la matière. »

Le rapport d'activité de 2018 a été publié au journal officiel de la Polynésie française du 26 août 2019.

Si cette annexe au rapport annuel constitue une première ébauche d'un bilan social, de nombreuses informations manquent encore telles que, pour n'en citer que quelques-unes, la pyramide des âges et la répartition des effectifs hommes – femmes, ou encore des données sur les congés et les absences.

Sur cet aspect, l'APC ne tient pas de tableaux de bord internes de gestion des ressources humaines, l'empêchant d'alimenter le contenu d'un bilan social ou son équivalent.

La Chambre estime donc qu'un bilan social, adapté à l'effectif, regroupant l'ensemble des données chiffrées permettrait de bénéficier d'une vision globale de la situation sociale de l'APC. Ces informations pourraient utilement être présentées dans le rapport annuel discuté en son collège.

[124] LP n°2018-31 du 9 août 2018 portant modification de la partie législative du code de la concurrence.

4.5.2 Le suivi de la sécurité et de la santé au travail délaissé

À la création de l'APC en 2015, le code du travail dans sa version de l'époque s'appliquait, sur certains aspects, à tous les emplois, y compris les fonctionnaires. Ce n'est qu'en mai 2018, que ce code exclut notamment les agents de droit public, à l'exception des règles en matière de santé, d'hygiène et de sécurité au travail, qui continuent donc à concerner tous les emplois publics et privés quelle que soit la qualité de l'employeur[125].

Les dispositions obligatoires relatives à la santé au travail prévoient notamment la rédaction d'un document unique d'évaluation des risques professionnels –DUERP[126]. Cette obligation de sécurité n'a pas été satisfaite par l'APC. L'ancien président a indiqué que les travaux engagés n'ont pas dépassé le stade de la simple réflexion, et que ce travail « sera poursuivi en 2020 notamment à la faveur d'un renforcement des ressources humaines au service du président du collège. »

L'ancien président a indiqué en réponse aux observations provisoires que la rédaction d'un DUERP « paraît bien formel ».

Cependant, la Chambre rappelle que la prévention des risques est un point important dans la gestion et la protection du personnel, notamment en matière de risques psycho-sociaux depuis 2020 liés à des situations d'isolement produites par le confinement et le télétravail à une époque marquée par la pandémie de la COVID-19, et que de toute manière, l'APC, même organe indépendant, doit respecter les dispositions du code du travail lorsqu'il s'applique.

En conséquence, la Chambre formule la recommandation comme suit :

Recommandation n°7 : Dès 2021, se mettre en conformité au regard des dispositions applicables du code du travail, notamment en matière de prévention des risques professionnels.

En réponse aux observations provisoires, le président par intérim a indiqué que « La mise en conformité au regard des dispositions du code du travail, notamment en matière de risques professionnels (…) sera très prochainement mise en œuvre.

La Chambre prend acte de cet engagement.

4.6 La gestion des personnels reprise par le Pays depuis 2020

Le règlement intérieur de l'APC a organisé jusqu'à fin 2018 les conditions statutaires d'emploi des personnels, hormis son président, dont les modalités ont été définies par arrêté. Cette situation a abouti à la mise en place d'un régime ad hoc vis-à-vis de la sphère territoriale, comme observé précédemment dans le présent rapport.

Ce schéma créé entre 2015 et 2016 par la combinaison des dispositions contenues dans le code de la concurrence, ses arrêtés d'application pris en conseil des ministres, et le règlement

[125] Cf. la loi de Pays n°2018-22 du 4 mai 2018 modifiant le code du travail de la Polynésie française.
[126] Cf. les articles LP 4221-1 et suivants du code du travail.

intérieur, se distingue également par le pouvoir donné, d'une part, aux ministres de nommer le président et le rapporteur général, et d'autre part, aux membres du collège de déterminer les modalités de rémunération du rapporteur général, de son adjoint et des rapporteurs.

A cet égard, le Pays a pris la décision de réformer ce schéma.

Aux termes de la loi de Pays n°2018-31 du 9 août 2018, le règlement intérieur a été amputé de sa partie gestion du personnel. Ainsi le statut des personnels de l'APC cesse d'être original pour être intégré à celui de la Polynésie française. Encore faut-il que les textes et les formalités associées qui installent les passerelles entre les deux statuts existent.

La délibération n°2018-100 APF du 13 décembre 2018 fixe ainsi plusieurs mesures qui tendent à intégrer les agents de l'APC dans le giron règlementaire du Pays. Pour autant, la Chambre relève que l'ancien président de l'APC, lorsque sont considérés les articles 9 et 10 de la délibération susvisée, tient un rôle d'autorité de nomination, au même titre que le président du Pays, s'agissant des nominations des lauréats des concours de catégorie A et B. Cette double compétence vient en contradiction avec certaines dispositions de la loi organique n°2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française qui retient, à raison, comme seule autorité de nomination le président du Pays. Cette incohérence doit être corrigée rapidement.

Par la suite, la loi de Pays n°2019-12 du 18 avril 2019 a posé certains principes et modalités dans la même matière. Ce texte n'est applicable que depuis le 22 octobre 2019, une fois purgé le contentieux pesant sur ce texte[127]. Néanmoins, les agents recrutés par l'APC avant la date d'application de la loi, conservent leurs régimes particuliers jusqu'au terme de leur affectation[128].

Il résulte des textes précités que l'Assemblée de la Polynésie française a reçu par la loi la compétence de créer les emplois budgétaires de l'APC, à l'identique des emplois de l'administration territoriale.

Il a donc été nécessaire d'inscrire dans le tableau des effectifs budgétaires de la Polynésie française les 13 emplois existants de l'APC. Il s'est agi d'une écriture administrative et budgétaire, qui permet de payer les emplois de l'APC sur le budget général de la collectivité, ce qui vient diminuer d'autant la dotation qu'elle verse à cette Autorité. À salaires et effectifs constants, le coût pour la collectivité doit rester identique.

Dans ce contexte, le gouvernement a proposé à l'Assemblée de la Polynésie française la création des 13 emplois à l'occasion du vote de son budget général au titre de l'exercice 2020[129]. Ces emplois sont par défaut, pourvus par des agents titulaires.

Lorsque les emplois de fonctionnaires ne peuvent pas être pourvus, l'APC, comme la collectivité, peut recruter des agents non titulaires. C'est la raison pour laquelle le

[127] Cf. la décision du tribunal administratif de la Polynésie française n°1900035 lue le 22 octobre 2019.
[128] Cf. L l'article LP. 4 de la loi de Pays n°2019-12.
[129] Cf. la page 3, point A.2.b. du rapport relatif au projet de délibération approuvant le budget général de la Polynésie française pour l'exercice 2020.

gouvernement a également proposé de modifier la délibération les concernant en intégrant le cas des agents non titulaires recrutés par l'APC[130].

Ces projets de délibération ont été adoptés le 10 décembre 2019 par les représentants de l'assemblée.

Ainsi, depuis le 1er janvier 2020, les services du Pays assurent la gestion des carrières des agents de l'APC (dossiers individuels des agents, fiches de paie, salaires). Sur ce point, la Chambre estime que ce transfert est venu délester l'organisme de tâches administratives, et doit lui permettre de mieux se concentrer sur son cœur de métier. L'indépendance de l'APC ne peut pas être remise en cause à cette occasion, pour peu que le Pays maintienne une séparation stricte entre le recrutement, qui doit rester du ressort du président de l'Autorité, et la nomination, prérogative règlementaire du président du Pays.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

Par la volonté du législateur local, l'indépendance fonctionnelle de l'APC s'est notamment manifestée dans la version initiale du code de la concurrence et de ses textes d'application, par la création d'un statut spécifique de son personnel. En vertu de ce principe, un arrêté a fixé un régime ad hoc favorable à l'ancien président en matière de rémunération, régime repris en partie pour le reste du personnel dans un règlement intérieur validé par son collège.

Sur certains aspects de gestion du personnel, l'APC a été plutôt efficace, comme le respect de l'organigramme et de l'effectif cible. Sur d'autres points, l'APC aurait gagné à être plus vigilante, en établissant des bilans sociaux adéquats à partir de tableaux de suivi qui ont également manqué. Par ailleurs, une action managériale adaptée aurait sans doute permis de limiter un rythme élevé de renouvellement de ses personnels.

Depuis 2018, le Pays a engagé des réformes successives du droit positif en matière de gestion du personnel de l'APC, pour en assurer l'administration à compter du 1er janvier 2020.

[130] Délibération n°2004-15 APF du 22 janvier 2004 relative aux agents non titulaires des services, des autorités administratives indépendantes et des établissements publics administratifs de la Polynésie française.

ANNEXES

Annexe n° 1. Statistiques de production 77
Annexe n° 2. Réponse de M. Christian MONTET, Président par intérim de l'Autorité polynésienne de la concurrence 78
Annexe n° 3. Réponse de M. Jacques MEROT, Ancien Président de l'Autorité polynésienne de la concurrence 91
Annexe n° 4. Réponse de M. Edouard FRITCH, Président de la Polynésie française 98

Annexe n° 1. **Statistiques de production**

Les avis et les lettres de rejet

	2016				2017				2018				2019			
	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/16: Nbre d'avis	production au 31/12/16: Nbre de lettres de rejet	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/17: Nbre d'avis	production au 31/12/17: Nbre de lettres de rejet	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/18: Nbre d'avis	production au 31/12/18: Nbre de lettres de rejet	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/19: Nbre d'avis	production au 31/12/19: Nbre de lettres de rejet
avis = (1) + (2) + (3)	**9**	**6**	**3**	**0**	**10**	**4**	**8**	**4**	**6**	**3**	**5**	**2**	**4**	**2**	**3**	**2**
saisines LP 620-1, I Pdt PF ou Pdt APF	2	0	2	0	5	0	2	3	0	0	0	0	0	0	0	0
saisines LP 620-1, II Pdt PF	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
saisines LP 620-1, III Pdt PF	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
saisines LP 620-1, III Pdt APF	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
saisines LP 620-1, IV Pdt PF	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
saisines LP 620-3 juridictions	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
(1) Sous-total saisines facultatives	**2**	**0**	**2**	**0**	**5**	**0**	**2**	**3**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
saisines LP 620-2, I Pdt PF ou Pdt APF	2	1	1	0	5	0	5	1	6	0	4	2	4	1	1	2
(2) Sous-total saisines obligatoires	**2**	**1**	**1**	**0**	**5**	**0**	**5**	**1**	**6**	**0**	**4**	**2**	**4**	**1**	**1**	**2**
(3) Sous-total autosaisines pour avis LP 620-4	**5**	**5**	**0**	**SO**	**0**	**4**	**1**	**SO**	**0**	**3**	**1**	**SO**	**0**	**1**	**2**	**SO**

Source : CTC d'après données de l'APC

Les autorisations administratives

	2016				2017				2018				2019			
	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/16: Nbre de décisions	Nbre de lettres de confort au 31/12/16	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/17: Nbre de décisions	Nbre de lettres de confort au 31/12/17	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/18: Nbre de décisions	Nbre de lettres de confort au 31/12/18	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/19: Nbre de décisions	Nbre de lettres de confort au 31/12/19
autorisations administratives préalables	**9**	**1**	**7**	**1**	**6**	**0**	**6**	**1**	**7**	**1**	**5**	**1**	**4**	**0**	**5**	**0**
opérations de concentration LP 310-4 + LP 310-6	6	1	5	0	6	0	6	1	1	0	1	0	2	0	2	0
dont nbre d'examens approfondis demandés par Pdt PF (LP 310-7-1)									0	0	0	0	0	0	0	0
surfaces commerciales (LP 320-3)	3	0	2	1	0	0	0	0	6	1	4	1	2	0	3	0

Source : CTC d'après données de l'APC

L'activité contentieuse

décisions contentieux PAC	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/16: Nbre de décisions	Nbre de lettre de désistement au 31/12/16	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/17: Nbre de décisions	Nbre de lettre de désistement au 31/12/17	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/18: Nbre de décisions	Nbre de lettre de désistement au 31/12/18	nbre de dossiers nouveaux	stock en cours au 31/12	production au 31/12/19: Nbre de décisions	Nbre de lettre de désistement au 31/12/19
Total:	9	8	0	1	3	8	0	3	0	7	1	0	1	5	2	1
Sous-total saisines pratiques anticoncurrentielles LP 620-5	6	6	0	0	1	6	0	1	0	6	0	0	0	4	2	1
Sous-total autosaisines pratiques anticoncurrentielles LP 620-5	0	0	0	0	1	1	0	0	0	1	0	0	1	1	0	0
Sous-total saisines saisines LP 620-6 Pdt PF	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Sous-total saisines mesures conservatoires LP 641-1	3	2	0	1	1	1	0	2	0	0	1	0	0	0	0	0

Source : CTC d'après données de l'APC

Annexe n° 2. **Réponse de M. Christian MONTET, Président par intérim de l'Autorité polynésienne de la concurrence**

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES
DE POLYNÉSIE FRANÇAISE
29 AVR. 2021
2021-143
COURRIER ARRIVÉE

POLYNESIE FRANÇAISE
Autorité Polynésienne de la Concurrence

Le Président par intérim
N° 2021/078/APC

Papeete, le 29 avril 2021

à
Monsieur Jean-Luc Le Mercier,
Président de la Chambre territoriale des comptes de Polynésie française (CTC)

Objet : Observations au rapport définitif de la CTC

Monsieur le Président,

Nous vous remercions pour la transmission du rapport définitif de la CTC sur les exercices 2016-2020 de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC) reçu le 30 mars 2021.

Je vous prie de trouver ci-joint à ce courrier, nos observations finales à annexer au rapport précité pour sa publication.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma parfaite considération.

Autorité Polynésienne
de la concurrence
Le président par intérim

Christian MONTET
Président par intérim

BP. 27 - 98713 Papeete / Bâtiment du Gouvernement – rez-de-chaussée - Avenue Pouvana'a a O'opa
Tél. : 40 50 49 00 – Fax : 40 50 49 12 - Mail : autorite@autorite-concurrence.pf; Site internet : *www.autorite-concurrence.pf*

Christian MONTET
Président par intérim de l'Autorité polynésienne de la Concurrence (APC)

Observations sur le rapport de la Chambre Territoriale des Comptes (CTC) relatif à l'Autorité polynésienne de la concurrence (Exercices 2015-2020)

1. Le rapport définitif de la CTC a été remis à l'APC le 30 mars 2021. Il vient conclure un travail engagé depuis plusieurs années. Un rapport provisoire avait été remis le 21 août 2020. Des réponses avaient été apportées le 29 septembre, suivies d'une audition le 18 novembre 2020, à la demande du président par intérim de l'APC, au cours de laquelle un plan d'action stratégique avait été présenté à la Chambre.
2. L'Autorité note avec satisfaction que de nombreux points présentés en réponse et lors de l'audition ont été intégrés (I). Néanmoins, malgré cela, la présentation annoncée comme devant couvrir l'exercice 2020 omet singulièrement le cataclysme qui a frappé l'institution, avec la démission d'office du président Jacques Mérot, laquelle est venue sanctionner des atteintes à l'exigence d'impartialité du président ainsi qu'à son devoir d'assurer un fonctionnement collégial de l'Autorité Administrative Indépendante (AAI) (II). On ne peut d'ailleurs que s'étonner de l'utilisation par la CTC de l'expression : « au terme de son mandat » (p. 66 par exemple) dès lors qu'elle pourrait laisser penser que M. Mérot est arrivé naturellement à la fin de son mandat, alors même que son départ a été en réalité provoqué par une procédure de démission d'office. Par ailleurs, l'Autorité souhaite attirer l'attention sur un certain nombre de désaccords de fond importants avec la CTC sur l'activité, ses plans d'action et la mesure des performances (III).

I. Un rapport encourageant pour l'Autorité polynésienne de la concurrence

3. L'Autorité se réjouit de voir l'intérêt manifesté par la CTC pour le bon fonctionnement de cette institution. Le rapport est le produit d'une activité de « contrôle des comptes et de la gestion de l'APC, sur les exercices 2015 à 2020 ». Dans ses remarques introductives rappelant les raisons d'être de l'APC et l'histoire de sa création ainsi que dans ses recommandations en matière de gestion, la Chambre montre l'importance attachée à cette AAI, en tant qu'organisme essentiel au bon fonctionnement d'une économie de marché, même dans ses dimensions insulaires.
4. Certaines recommandations invitent à une meilleure définition des objectifs stratégiques de l'APC et à une amélioration de ses performances, objectif évidemment partagé par le collège. D'autres recommandations suggèrent d'améliorer la gouvernance et le respect des règles déontologiques, ce dont l'APC a en effet grand besoin après les manquements observés durant la précédente gouvernance.
5. Les changements opérés dès la prise de fonction du président par intérim sont évoqués dans le rapport comme des projets et sont encouragés. Il en est ainsi de la stratégie, des liens de coopération avec le Pays, de la tenue de procès -verbaux de toutes les séances du collège, de la modernisation du site internet et de la communication, des efforts de recrutement local réactivé depuis 2020. En revanche, il est dommage que tout ce qui a déjà été réalisé à partir de la mise en place de la nouvelle gouvernance en août 2020 ne soit reconnu qu'au titre de projets, alors que l'année 2020 fait officiellement partie des exercices contrôlés.

6. Le rapport souligne l'importance du respect des règles déontologiques, en particulier en matière d'impartialité de l'institution. Cependant, le problème majeur en ce domaine est seulement évoqué de manière furtive au travers de la formule : « …sur les trois premières décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge de cassation, deux ont soulevé la question de l'impartialité de l'APC ». Il est vrai que que certains défauts de gouvernance liés au comportement de l'ancien président sont traités de manière sévère, en particulier dans la partie 4.3 sur les rémunérations des personnels, au premier chef celle du président lui-même. En revanche et de manière surprenante, cette même sévérité ne se retrouve pas pour les problématiques d'impartialité de l'ancien président, étant entendu que contrairement à ce qu'affirme le rapport il n'y a plus depuis la mi 2020 aucune réserve au sujet « de l'appréciation souveraine du juge de cassation ». Comme nous allons le voir ci-dessous le traitement des défaillances en matière de déontologie souffre de nombre d'éléments :
   - l'omission du dossier « n° 2019-PAC-01 du 22 août 2019 relative à des pratiques du groupe Wane mises en œuvre dans la commercialisation de boissons » (annulé) ;
   - et notamment des décisions de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation sur la suspicion légitime du président de l'APC dans cette affaire, ainsi que de la procédure de démission d'office de M. Mérot survenue le 3 août 2020, à la demande unanime des membres du collège.
7. Enfin, l'Autorité se réjouit de la mention faite en fin de rapport sur la nécessité, afin de respecter l'indépendance de l'APC, que le transfert au Pays depuis le 1er janvier 2020 de la gestion des carrières des agents de l'Autorité se fasse toujours dans le respect d'une séparation stricte entre le recrutement, qui doit rester du ressort du président de l'Autorité et la nomination, prérogative du Président de la Polynésie française.

II. Le traitement ambigu et incomplet de l'année 2020, omettant la démission d'office de l'ancien président

8. Comme cela est rappelé ci-dessus, le rapport couvre les exercices 2015 à 2020 et a été délibéré le 28 janvier 2021. On peut lire dans différents passages du document que l'année 2020 est couverte tandis que dans d'autres elle ne l'est pas du tout. Ainsi à la page 27, il est énoncé : « le rapport d'activité de l'exercice 2019 n'étant pas disponible à la date de rédaction du présent rapport ». Or, ce rapport est disponible depuis juin 2020. De même, à la page 48, peut-on lire : « Les données relatives à l'exercice 2019 apparaissent, même si les résultats comptables sont au jour du délibéré encore provisoires ». Or, les comptes de 2019 sont définitifs depuis un an.
9. Cette couverture imparfaite de l'année 2020 ne peut toutefois pas expliquer pourquoi le rapport passe totalement sous silence l'évènement, pourtant unique pour une AAI au sein de la République française, de la démission d'office du président Jacques Mérot. Si le rapport de la CTC ne portait que sur le contrôle des comptes, cette omission pourrait se justifier. Mais le rapport présente de longs développements sur la gouvernance à améliorer, sur le respect nécessaire des règles de déontologie, sur le fonctionnement du collège et sur la performance et l'efficience de l'institution. Or, la démission d'office de M. Mérot, pour les atteintes répétées aux règles en matière d'impartialité et pour les conséquences de ces comportements en matière de fonctionnement de la collégialité et de la réputation de l'institution a fait éclater au grand jour des dysfonctionnements ayant eu un impact considérable sur les performances de l'APC.

10. Outre un blocage du fonctionnement de l'Autorité, du fait d'atteintes graves à la collégialité, comme le révèle la rédaction par le seul président du rapport 2019, alors que le rapport annuel devrait être l'émanation du collège dans son ensemble (voir sur ce point le communiqué rectificatif au rapport public 2019 du 12 août 2020), la démission d'office est venue sanctionner notamment le comportement du président précédent dans deux dossiers de PAC : le dossier dit du gardiennage d'une part et le dossier dit des frigos d'autres part.
11. Concernant le dossier du gardiennage, le président Mérot avait dû se déporter après l'annonce par les avocats des parties mises en cause dans cette affaire du fait qu'ils affirmaient détenir des éléments prouvant une communication explicite entre l'instruction, le président et le collège anciennement composé. Lors de la séance, ces éléments ont été révélés et le collège n'a pu faire autrement que décider de prononcer un non-lieu, en novembre 2019 dans cette affaire dont l'instruction avait été irrémédiablement viciée. Ce dossier a été le premier acte d'un processus qui conduisit à la démission d'office le 3 août 2020. Le rapport est pourtant silencieux sur l'ensemble des points susmentionnés.
12. Dans le même temps, et durant toute l'année 2020 s'est déroulée la saga judiciaire de l'affaire des frigos, dont la chronologie, y compris pour des décisions désormais définitives, se déroule durant la période de contrôle.
13. Rappelons cette chronologie concernant en premier lieu la requête en suspicion légitime du président Mérot au sujet de cette affaire :
    - 1er février 2019, requête en suspicion légitime du groupe Wane devant la Cour d'appel de Paris (CAP) ;
    - 1er mars 2019, requête jugée irrecevable par ordonnance du président de la CAP ;
    - Pourvoi en cassation du groupe Wane sur cette décision ;
    - Tenue, malgré les risques encourus de la séance du collège sur l'affaire des frigos le 16 juillet 2019 ;
    - Arrêt de la cour de cassation du 4 juin 2020 cassant l'ordonnance du président de la CAP et renvoi de l'affaire devant la même juridiction autrement composée ;
    - 29 juillet 2020, une nouvelle ordonnance du président de la CAP déclare recevable la requête en suspicion légitime du fait du manque d'impartialité du président Merot et renvoie le dossier des frigos devant l'Autorité nationale de la concurrence (ADLC) aux fins de statuer.

    Ce rappel chronologique montre que dès le milieu de l'exercice 2020, couvert par la CTC, la jurisprudence avait de façon définitive caractérisé le défaut d'impartialité du président de l'APC justifiant la suspicion légitime dans l'affaire des frigos. Ces faits, graves et avérés ont provoqué le renvoi de l'affaire devant l'ADLC, et, un peu plus tard la confirmation de l'annulation pure et simple de la seule décision de sanction prise par l'APC (arrêt du 21 janvier 2021 de la CAP, dont la Chambre a pu avoir connaissance avant le délibéré de son rapport), n° 2019-PAC-01 du 22 août 2019 relative à des pratiques du groupe Wane mises en œuvre dans la commercialisation de boissons. Quelle que soit l'issue de l'affaire des frigos, actuellement dans les mains de la CAP, après le rejet pour incompétence de l'ADLC, le comportement du président Jacques Mérot dans cette affaire, surtout concomitamment à l'affaire également ratée du gardiennage, méritait dans le rapport une attention plus grande que les deux phrases laconiques et sibyllines à la page 21 du rapport.

14. A l'oubli par le rapport de la CTC des décisions de justice, aujourd'hui définitives, sur la suspicion légitime, s'ajoute celui concernant la jurisprudence relative à la suspension des sanctions prononcées contre le groupe Wane décidées par l'APC lors de cette séance désormais nulle et non avenue. La chronologie en est plus simple. Après la décision de condamnation du 22 août 2019 infligeant aux sociétés de distribution du groupe Wane une amende de 235 millions de F Cfp pour abus de position dominante, ces dernières ont fait appel de la décision et demandé la suspension de la sanction. On est alors bien avant les décisions définitives qualifiant les manquements à l'impartialité. Néanmoins, les errements du président et le caractère aberrant de ses comportements étaient tels que la cour d'appel de Paris a fait droit à la demande de suspension au motif « qu'il ressort des pièces du dossier que des éléments précis permettent d'émettre des doutes sur la pleine impartialité de monsieur Jacques Mérot, Président de l'APC ; qu'il est constant qu'il s'est exprimé publiquement et dans les médias et à plusieurs reprises sur la situation du groupe Wane au cours de l'instruction par l'APC en tenant des propos dépourvus de neutralité ; qu'il n'est pas contesté qu'il a fourni une attestation écrite dans le cadre d'un litige prud'homal en faveur d'un cadre qui s'opposait au groupe Wane ; qu'il a refusé de se déporter lors de l'audience de plaidoirie devant l'APC du 16 juillet 2019, malgré les recommandations du commissaire du gouvernement et la demande du Conseil du Groupe Wane ; qu'une procédure concernant une requête en suspicion légitime le concernant est toujours en cours; qu'ainsi il ressort de ces éléments que la décision de l'APC du 22 août 2019 présente un risque sérieux d'annulation fondé sur le défaut d'impartialité du collège ».
15. En raison du pourvoi en cassation de l'APC, cet arrêt a pu apparaître comme non définitif. Mais l'issue de la procédure sur la suspicion légitime rappelé ci-dessus ne laissait plus place au doute dès juillet 2020.
16. Toutes ces péripéties judiciaires se déroulant au cours de l'année 2020, en principe couverte par le contrôle de la CTC, il est surprenant que le rapport n'y ait pas prêté attention. En effet, les décisions de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation ont eu un impact direct sur la performance de l'APC en conduisant à l'annulation de la décision des frigos, mais aussi un impact indirect en qualifiant des comportements constitutifs d'atteintes sérieuses à l'impartialité ou du moins à l'apparence d'impartialité indispensable dans une démocratie. Il en est résulté une atteinte grave à l'image et à la crédibilité de l'institution pourtant nécessaires à sa mission comme le souligne d'ailleurs le rapport dans les passages sur la déontologie. Ce sont ces décisions de justice, jointes à la décision n° 2019-PAC-02 du 26 novembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la surveillance et du gardiennage, qui ont constitué les fondements de la demande de démission d'office présentée par le collège en juillet 2020 et finalement acceptée par le président du Pays le 31 juillet 2020.
17. Au total, les conséquences de ces manquements gravissimes du président au principe d'impartialité ont eu pour conséquence :
    - Dans l'affaire du gardiennage, une décision de non-lieu pour non-respect de la séparation entre l'instruction et le collège, ce qui mettait en évidence des dysfonctionnements majeurs au sein de l'Autorité ;
    - Dans l'affaire des frigos, une annulation de la décision de sanction d'un abus de position dominante après diverses décisions de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation ;
    - Une perte de crédibilité de l'Autorité et une atteinte grave à sa réputation, attestée par le nombre et la qualité des articles de doctrine parus sur la situation de l'APC en France et à l'étranger ;

- Une situation désastreuse au sein du collège à partir de la décision gardiennage et durant les mois qui ont précédé la démission d'office, ce qui a entraîné la perturbation de son fonctionnement, l'annulation de plusieurs réunions et la non tenue dans les délais d'une séance sur un avis demandé par le président de la Polynésie française (avis sur les formations au permis de conduire).

18. Pourtant, le rapport souligne à juste titre l'importance d'une bonne gouvernance, en particulier d'un strict respect des règles déontologiques au premier chef par le président de l'institution lui-même. Le bon fonctionnement des règles de collégialité constitue également une condition de succès de l'Autorité, mais il passe par un leadership exemplaire du président. Or l'APC a connu en ce domaine la succession d'évènements la plus calamiteuse qui puisse survenir pour une telle institution. C'est en effet la première fois dans toute l'histoire du droit de la concurrence en France que des sanctions pécuniaires lourdes sont suspendues, puis annulées, pour des raisons de manquements du président d'une Autorité aux règles de déontologie. C'est également une première de voir une décision de l'Autorité annulée pour raison de suspicion légitime pesant sur son président. C'est enfin la toute première fois qu'un président d'AAI subit - de la part de son collège unanime - une demande de démission d'office. Cela fait beaucoup pour une Autorité devant faire appliquer un droit nouveau dans un territoire insulaire comme celui de la Polynésie française.

Déontologie.

19. Alors que, comme cela vient d'être exposé ci-dessus, le rapport passe à côté du cataclysme qui a frappé l'APC depuis l'affaire du gardiennage (novembre 2019) jusqu'à la démission d'office, début août 2020, la section 2.4 du document soulève des questions largement hypothétiques de conflits d'intérêt (en fait essentiellement un oubli temporaire des déclaration d'intérêts et de patrimoine de deux membres du collège), qui n'ont jamais entraîné la moindre difficulté pratique pour l'APC, ni *a fortiori* affaibli ses performances, sa crédibilité ou sa réputation.
20. Par voie de conséquence, les recommandations n°3 et n°4 en matière de déontologie sont focalisées sur ces problèmes de conflits d'intérêt, alors que les errements qui ont miné l'Autorité du fait des manquements du président aux devoirs d'impartialité ne donnent lieu à aucune recommandation. L'APC a choisi, seule, de tirer tous les enseignements de l'expérience et des erreurs passées afin que celles-ci ne se reproduisent plus. Tous les efforts ont été faits pour que l'image de l'institution soit restaurée et que la visibilité de l'impartialité soit totale, à l'instar du plan stratégique et de la Charte des valeurs adoptés par le collège de l'APC le 3 mars 2021.

Fonctionnement du collège.

21. De la même façon, le passage du rapport invitant à un meilleur fonctionnement du collège ne retient que la tenue de procès-verbaux de toutes les séances (recommandation n°5), y compris les séances administratives les moins importantes. Or, la question essentielle concernant le fonctionnement du collège est celle du respect de la collégialité dans les décisions, grandement mis à mal durant les mois de crise avant la procédure formelle de démission d'office du président. Les exemples sont nombreux des manquements à la collégialité. Le plus visible concerne la publication unilatérale du rapport 2019 par le président sans que le collège n'ait été consulté et encore moins ait été invité à participer de près ou de loin à sa rédaction. C'est pourquoi,

lors du changement de gouvernance en août 2020, un correctif a dû être rédigé par le collège et validé dans une séance ad hoc.

22. On notera enfin concernant le traitement ambigu et incomplet de l'année 2020 que les changements intervenus dans la gouvernance de l'APC depuis le remplacement de M. Mérot le 3 août 2020 sont évoqués comme des déclarations d'intention faites par le président par intérim. Comme cela a été dit (voir I ci-dessus) l'Autorité se réjouit des encouragements apportés par la Chambre aux changements accomplis et aux transformations engagées. Cependant, étant donné que le contrôle est présenté comme ayant porté sur l'exercice 2020 en entier, il est regrettable que l'effectivité des changements déjà réalisés ne soient pas reconnus.
23. Il en est ainsi, par exemple, des relations apaisées avec le Pays dont la nécessité est longuement développée à la section 2.6 du rapport. Il est vrai que ce passage porte un regard critique sur la relation conflictuelle entre l'Autorité et le Pays, largement alimentée par le comportement et les erreurs de l'ancien président. Néanmoins, depuis août 2020, « le partenariat constructif » souhaité par la Chambre entre l'APC et le Pays a été solidement établi, sans pour autant porter atteinte à l'indépendance de la première. Ce « dialogue mature avec le Pays », pour reprendre les termes du rapport, peut être illustré dans trois domaines : gestion des ressources humaines ; coopération avec les ministères et l'administration économique ; toilettage des textes avec un objectif d'efficacité accrue.
24. Concernant la gestion des ressources humaines, les premiers pas suivant la réforme de 2019 donnant au Pays la gestion des carrières se sont faits de manière conflictuelle, au point qu'au moment du départ de l'ancien président, le blocage du dialogue avec le Pays avait conduit à ce que plusieurs conflits individuels soient portés devant le tribunal administratif. Tous ces conflits ont finalement pu être résolus sans contentieux dans le cadre du dialogue constructif retrouvé avec le Pays. La question de la gestion des ressources humaines, notamment des recrutements et des évolutions de carrière des agents reste un sujet complexe à traiter avec le Pays, dans le respect de l'indépendance nécessaire de l'Autorité et de l'efficacité de l'organisation. Mais les progrès importants accomplis lors la deuxième moitié de 2020 étaient vérifiables par la Chambre.
25. La coopération avec les ministères et les services administratifs économiques a été grandement renforcée. La complémentarité entre l'APC et la Direction Générale des Affaires Économiques (DGAE) dans le domaine de la régulation de la vie économique a été mise en valeur, grâce à une communication plus régulière et des appuis réciproques adaptés. La DGAE signale à l'APC certaines pratiques susceptibles de qualifications anticoncurrentielles, tandis que l'APC éclaire les entreprises et les consommateurs sur les compétences de la DGAE dans les domaines voisins de la concurrence que sont les relations fournisseurs-distributeurs (« pratiques restrictives verticales ») ou le droit de la consommation. À l'égard des ministères, un dialogue plus constructif a été mis en place, engendrant en amont une meilleure compréhension des domaines où l'APC peut être saisie pour avis, puis en aval une meilleure coopération lors de l'instruction du dossier et surtout *in fine* un suivi plus attentif des recommandations fournies dans les avis. Ce fut le cas lors des avis sur les télécommunications et sur l'énergie électrique en 2020 comme présenté dans le communiqué de janvier 2021. La coopération engagée avec le Pays est parfaitement illustrée par la première visite protocolaire du Président du Pays et du ministre de l'Économie, le lundi 30 novembre 2020.
26. Enfin, concernant les textes en vigueur, aussi bien dans la partie législative que dans la partie réglementaire et le règlement intérieur de l'APC, un vaste travail de toilettage a été lancé afin d'assurer à la fois une plus grande efficacité de l'institution et une

simplification des notifications obligatoires pour les entreprises en matière de contrôle des concentrations et des aménagements commerciaux. Ce travail d'amélioration des textes, sans toucher aux articles essentiels définissant les missions de l'Autorité, devrait être finalisé dans le courant de l'année 2021. Il est en partie reconnu, au travers d'une déclaration du président par intérim, à la fin de la section 1 du rapport. On peut seulement regretter que cela soit fait dans un passage reprenant des déclarations de l'ancien président sur la réforme du code de la concurrence opérée en 2018, présentée par lui comme ayant « impactée défavorablement l'activité et l'efficience de l'APC ». Il n'en est rien et le président par intérim n'a en aucun cas confirmé que la lourdeur et la complexité des procédures aurait un tel impact négatif sur les performances de l'Autorité. En réalité, le toilettage des textes et la simplification des procédures qui va en découler constitueront surtout une amélioration de l'efficacité d'ensemble du système, en tout premier lieu pour les entreprises devant notifier des opérations dont on voit très vite qu'elles ne vont pas soulever de sérieux problèmes de concurrence.

III. De profonds désaccords fondamentaux subsistent en raison d'une imparfaite compréhension des missions de l'APC

27. On peut relever dans le rapport certains points révélant de la part de la CTC une connaissance encore imparfaite de l'activité d'une autorité de concurrence. C'est le cas par exemple à la page 33, lorsque la Chambre invite l'APC à mettre en œuvre une « stratégie active de contrôle » afin de traiter davantage d'affaires issues de ses propres enquêtes. Il y a ici une confusion entre la compétence décisionnelle ex ante de l'APC, et sa compétence répressive ex post. La première concerne le contrôle exercé sur les changements de structure des marchés, sous l'effet soit de concentrations, soit de croissance interne de l'activité commerciale (ce dernier point constituant une mission spécifique pour une autorité de concurrence, uniquement en vigueur à notre connaissance en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française) ; la seconde concerne la sanction des pratiques anticoncurrentielles. Seule la première compétence peut être considérée comme accordant un pouvoir de contrôle préalable faisant suite à des notifications obligatoires pour les entreprises concernées dès que les seuils de contrôle sont atteints ou dépassés. La compétence contentieuse s'exerce à partir des plaintes d'entreprises ou d'associations de consommateurs. Contrairement aux situations permettant un contrôle sur pièces, elle ne peut être mise en œuvre qu'à la suite d'une veille concurrentielle lorsque celle-ci fait apparaître des indices multiples, précis et convergents d'infractions anticoncurrentielles. Tout au plus peut-on envisager, comme cela est déjà pratiqué, de mettre en œuvre des enquêtes sectorielles afin d'évaluer le bon fonctionnement de la concurrence dans le secteur en question et de faire apparaître d'éventuelles présomptions de pratiques anticoncurrentielles. Ce n'est que dans le cas où des indices forts de PAC sont révélés qu'une procédure plus active est envisageable. Compte tenu du caractère quasi juridictionnel d'une autorité de concurrence dans le cadre de sa compétence contentieuse, toute auto-saisine est exceptionnelle et ne peut intervenir que dans les conditions précisées par le Conseil constitutionnel.
28. En page 17, malgré les remarques déjà faites par écrit sur la version provisoire du rapport, sont reproduites deux erreurs : la première attribuant au président l'initiative des règles d'instruction au travers de lignes directrices, alors que les méthodes d'instruction sont définies par le rapporteur général et son équipe et la seconde faisant apparaître dans l'organigramme n°1 le commissaire du gouvernement comme un

élément de l'organisation générale de l'APC alors qu'il est invité à représenter le Pays dans certaines séances mais ne fait pas partie de l'APC.

29. Concernant le comptage des productions de l'APC, le découpage proposé par la Chambre entre avis, autorisations et décisions ne saurait être pertinent car les « autorisations », qui peuvent d'ailleurs être des refus, sont elles-mêmes des décisions par opposition aux avis. La qualification adéquate est donc plus exactement celle d'avis, de décisions préalables en matière de structures (concentrations et aménagements commerciaux) et de décisions contentieuses en matière de PAC.
30. Mais les remarques précédentes peuvent être considérées comme des détails, alors que des désaccords plus fondamentaux subsistent avec la Chambre concernant 1) la suppression de l'observatoire des concentrations, 2) le souhait portant sur la définition d'une feuille de route et d'un plan d'action annuel, 3) les critères d'évaluation des performances et le parangonnage avec d'autres autorités de concurrence.

Observatoire des concentrations.

31. Dans sa version initiale promulguée en 2015 le code de la concurrence prévoyait la mise en place d'un observatoire des concentrations. Comme le rappelle le rapport : « il s'agissait de produire et diffuser sous la forme d'un rapport annuel, une information sur l'état de la concentration de l'économie polynésienne par secteur économique. » Le rapport souligne que « selon l'ancien président de l'APC, cette mission se justifiait en présence d'une petite économie ultramarine en voie de concentration continue (sic) ».
32. Cet observatoire a effectivement été mis en place dès la première année de fonctionnement de l'APC et a donné lieu à la publication de deux rapports annuels, en 2016 et en 2017. Cependant, la réalisation de ces rapports annuels nécessitait de mobiliser une information importante, en particulier sur les chiffres d'affaires, auprès de toutes les entreprises de la Polynésie française dont le CA annuel dépasse 500 millions de F Cfp. Ce travail mobilisait des ressources de l'APC et surtout constituait pour les entreprises une préoccupation évidente et une surcharge de travail, pour une utilité au mieux faible et discutable.
33. L'APC a expliqué lors des réponses au rapport provisoire que la suppression de cet observatoire lors de la réforme du code de la concurrence conduite par le Pays en 2018 était pleinement justifiée. En réalité aucun usage des rapports existants ne peut valablement être envisagé. La façon dont sont conçues les mesures de concentration est grossière et sans lien direct avec la délimitation des marchés que l'Autorité effectue lors d'un dossier de contrôle des structures, ou lors d'une affaire d'abus de position dominante par exemple. Les indices présentés dans les rapports de 2016 et 2017 sont construits sur la base d'une définition de secteurs correspondant aux nomenclatures administratives des comptables de l'ISPF ou des douanes, très différents par nature des indices calculés par une autorité de concurrence après délimitation d'un marché pertinent. Au mieux ce qu'il reste de cet observatoire démontre que les secteurs de l'économie polynésienne sont assez fortement concentrés, ce que tout le monde sait depuis longtemps. Aucun autre usage de ces données n'est possible.
34. En revanche, lorsque l'APC est confrontée à un dossier de contrôle des structures ou d'abus de position dominante, des délimitations de marchés sont effectuées pour l'instruction de l'affaire et des indices de concentration pertinents peuvent en résulter. Il n'y aucune raison de perturber la vie des entreprises pour obtenir des données en dehors de ces affaires de contrôle des structures de marché ou de pratiques anticoncurrentielles.

35. Concernant le soutien réaffirmé de l'ancien président de l'APC à ce défunt observatoire des concentrations, on notera qu'il ne s'agit aucunement « d'une mission » attribuée aux autorités de concurrence. A notre connaissance aucune autorité ne se livre à ce genre d'exercice. Enfin, l'affirmation de l'ancien président selon laquelle la Polynésie française serait « une petite économie ultramarine en voie de concentration continue » n'a pas le moindre fondement statistique.

Feuille de route et plan d'action annuel.

36. La recommandation n°1 du rapport invite l'APC, dès 2021, à « formuler et communiquer une feuille de route à vocation stratégique, assortie de programmes prévisionnels annuels d'investigation et de production ». L'Autorité reconnaît avec la Chambre le besoin de définir des objectifs stratégiques afin de guider son action et d'évaluer ensuite ses performances au regard de ces objectifs. Toutefois, il ne parait ni réalisable, ni même souhaitable d'élaborer des « programmes prévisionnels annuels d'investigation et de production ».
37. Il est en effet impossible de définir à l'avance combien de notifications obligatoires de concentrations ou de changements en matière d'aménagements commerciaux vont être déposées durant l'année à venir. Or l'APC doit répondre par des décisions d'autorisations, de refus ou parfois d'engagements complexes à ces notifications obligatoires. Nul ne peut savoir à l'avance à quel niveau d'activité le service d'instruction va se trouver mobilisé sur ces dossiers.
38. L'APC a également l'obligation de répondre dans un délai limité aux demandes d'avis provenant du Pays sur des questions parfois complexes de nature à mobiliser plusieurs rapporteurs pendant plusieurs semaines. Comme pour le contrôle des structures de marché, les activités observées durant les années précédentes ne permettent pas de prévoir sérieusement les ressources que l'Autorité devra affecter à ces activités durant les mois à venir.
39. Concernant les PAC, comme cela a été expliqué en réponse au rapport provisoire, le nombre de plaintes reçues peut varier d'un mois à l'autre, d'une année à l'autre, d'une manière tellement importante qu'aucune prévision sérieuse n'est possible non plus pour ce type d'activités.
40. S'il est vrai par ailleurs qu'en l'absence de plaintes durant une certaine période, l'APC peut être amenée à lancer des enquêtes sectorielles, il convient de rappeler qu'aucune procédure contentieuse ne peut être déclenchée sans des preuves d'infractions ou à tout le moins le constat d'une multiplicité d'indices convergents et sérieux de risques anticoncurrentiels. L'APC n'a pas la possibilité de lancer des contrôles des entreprises de manière discrétionnaire, la présomption d'innocence étant un principe constitutionnel en matière d'infractions économiques comme en droit pénal commun.
41. De plus, compte tenu de la petite taille de l'économie de la Polynésie française, de tels programmes annuels « d'investigation et de production » seraient difficiles à justifier et à tenir sans donner l'impression de vouloir cibler quelques entreprises en particulier.
42. Comme le collège l'a établi depuis son communiqué rectificatif d'août 2020, les priorités stratégiques du moment, particulièrement après la crise de gouvernance vécue en 2019-2020, se résument par les quatre grands axes suivants : 1) sélection des actions susceptibles d'avoir le plus grand impact ; 2) création d'un climat de confiance et de respect autour de l'institution ; 3) recherche d'une amélioration constante des ressources humaines; 4) recherche de méthodes de travail et de procédures efficientes.
43. La recherche de l'impact maximal de l'action de l'Autorité (axe 1) passe par l'affectation et la réaffectation des ressources au fur et à mesure de l'évolution du

nombre et de l'importance des saisines auxquelles l'institution se trouve confrontée. Elle passe également par le choix du type d'intervention et de résolution des problèmes : sanctions, mais aussi engagements, injonctions à cesser des pratiques contractuelles, voire simples recommandations. La proposition de solutions innovantes et créatives fait partie de cette recherche d'impact maximal de l'action de l'Autorité.

44. Même si ces grands axes stratégiques apparaissent difficiles à quantifier sous la forme d'un programme annuel ou pluriannuel de production, un des enjeux pour l'Autorité doit consister à définir des critères d'évaluation de la performance dans tous ces domaines.

Évaluation des performances

45. Une fois les objectifs stratégiques clairement définis, l'APC doit se trouver en mesure de mesurer si ces objectifs sont atteints, ou du moins d'évaluer le degré de progression dans le sens de l'objectif.
46. La première des choses peut consister en une vérification permanente de la clarté suffisante des objectifs, de leur compréhension à l'extérieur de l'institution et du suivi qui en est fait à l'intérieur de l'institution elle-même.
47. Il faut ensuite définir une sorte de « carte de score » (selon le terme de M. William Kovacic, ancien président de la *Federal Trade Commission*). Il doit être clair que les critères quantitatifs concernant le nombre de cas traités (PAC, contrôles des concentrations, contrôles des surfaces commerciales, avis) ne sauraient suffire à représenter fidèlement la qualité des performances de l'APC. Ce type d'activité sous-estime le rôle d'autres interventions moins spectaculaires ou médiatiques, mais tout aussi importantes, comme les actions de communication, de formation, voire de simple information. Par ailleurs, ces objectifs quantitatifs risquent d'inciter à une « politique du chiffre ». Enfin, les affaires qui peuvent marquer en profondeur le paysage concurrentiel ne sont pas nécessairement les plus importantes par le volume, ni les plus spectaculaires pour les médias ou l'opinion publique. Nous devons donc définir des critères plus larges incluant d'autres éléments comme le travail de pédagogie et d'information, l'amélioration des pratiques d'instruction et de décision, et d'autres encore telle que des études « ex post » des actions de l'APC et de l'appréciation de son activité par les entreprises et les consommateurs.
48. Il est vraisemblable, comme le soutient le rapport, que l'efficience de l'Autorité puisse être améliorée, pour de multiples raisons, notamment le processus d'apprentissage du travail du service d'instruction, mais aussi et surtout de plus nombreuses sollicitations extérieures de la part des acteurs de la vie économique et politique du Pays.
49. Il convient cependant de modérer le diagnostic trop sombre de la Chambre lorsqu'il est affirmé au point 2.5.3.1 que l'on observerait « une productivité apparente en décroissance continue ». Cette conclusion se fonde seulement sur l'évolution d'un indice de productivité apparente du service d'instruction, défini comme le rapport de la production annuelle totale de ce service sur l'équivalent à temps plein (ETP) pour la même année de l'effectif de rapporteurs, y compris le rapporteur général. Or cet indice ne présente pas de garantie de fiabilité, car s'il est vrai que le dénominateur du ratio est bien défini, en revanche le numérateur résulte d'une addition, sans aucune pondération, d'éléments très disparates. Sont ainsi comptés chacun pour une unité un avis sans fort enjeu concurrentiel et une décision de PAC ayant nécessité des mois ou des années d'instruction. Par ailleurs, contrairement à la norme d'un ratio de productivité, la valeur portée au numérateur ne dépend pas seulement de celle portée au dénominateur. Ainsi, en 2020, le service d'instruction a « produit » un avis complet sur des problèmes de

concurrence dans le secteur de la formation au permis de conduire, mais cela ne peut être valablement compté comme une production dès lors que le collège ne l'a jamais validé en raison de la crise exacerbée qu'il traversait au moment de procédure de démission d'office de l'ancien président. Cette perte d'efficience était liée aux manquements du président et non à une insuffisance de travail du service d'instruction. L'indicateur ne révèle dans ce cas pas une faible productivité de ce service, comme cela est indiqué, mais une faible productivité du président.

50. Mais même en admettant, pour les besoins de la discussion, la validité de cet indicateur, il n'est pas exact qu'il traduit une baisse continue de la productivité de l'APC. En 2020, comme en atteste le bilan provisoire publié par le collège en début d'année 2021 (mais qui avait été préalablement mis à la disposition de la CTC), et si l'on s'en tient aux productions transparentes pour le public, après avis ou décision du collège, ce sont 9 productions qu'il faudrait compter sur la ligne (1) du tableau n°2.
51. Au dénominateur du ratio de productivité, on doit porter le nombre représentant l'ETP pour cette année. Le service d'instruction comprenait au total 7 membres durant les 5 premiers mois de l'année, puis seulement 5 membres sur les 7 mois restants. Cela donne un ETP de 5,83 (c'est-à-dire 7 x 5/12 + 5 x 7/12). C'est donc le nombre 5,83 qu'il faut porter en ligne (2) du tableau pour l'année 2020.
52. Cela donne finalement pour la productivité du service d'instruction : (1) / (2) : 9/5,83 soit 1,54. Il s'agit donc d'une productivité supérieure à celle ainsi mesurée pour 2019. Loin d'observer une décroissance continue de productivité, on observe au contraire une croissance (de 1,4 à 1,54) entre 2019 et 2020, et cela pour une année particulièrement difficile à la fois du fait de la crise sanitaire et de la crise interne de l'APC. Une seule observation est évidemment insuffisante pour en déduire une tendance, mais cela infirme au moins la « décroissance continue » annoncée dans le rapport.
53. Sur la base des productions réalisées à ce jour (25 avril 2021) et des dossiers en cours ou en voie de traitement, la production de 2021 devrait au moins atteindre 14 unités avec un service d'instruction de 6 personnes sur les 4 premiers mois de l'année et 7 personnes sur les 8 mois restants, soit un ETP de 6,67. Il devrait en résulter, si les prévisions se réalisent, une productivité voisine de 2,1, soit le niveau le plus élevé depuis la création de l'APC. Il s'agirait bien alors d'une orientation nettement à la hausse de la productivité du service d'instruction.
54. Il y a cependant d'autres façons plus rigoureuses de montrer l'amélioration de l'efficience de l'APC. Il faut pour cela inclure d'autres critères et construire « une carte de score » plus complète, incluant par exemple la durée d'examen des dossiers, l'efficacité accrue dans le traitement des dossiers les plus simples, la qualité du travail accompli, notamment pour ce qui concerne les risques de renvois devant les juridictions de recours.

Parangonnage.

55. Dans la perspective d'améliorer l'efficience de l'institution, l'Autorité partage le point de vue de la Chambre sur l'intérêt de pratiquer un parangonnage (« benchmarking ») systématique avec d'autres autorités dans le monde. Le parangonnage que l'Autorité commence à développer est celui défini de manière générale comme « un processus continu de recherche, d'analyse comparative, d'adaptation et d'implantation de meilleures pratiques pour améliorer les processus dans une organisation ». Cela doit conduire à l'élaboration d'indicateurs chiffrés de performance : qualité, productivité, rapidité et délais de production.

56. En revanche, s'il est vrai qu'il peut être tentant de comparer les performances de l'APC à celles de sa voisine océanienne de Nouvelle-Calédonie (ACNC), étant donné les similitudes de taille et de structure industrielle et commerciale des deux territoires, il s'agit là en réalité d'une fausse « bonne idée ». Comme cela a été dit par plusieurs commentateurs du rapport provisoire, le législateur a confié à l'Autorité de Nouvelle-Calédonie le soin de piloter non seulement le droit antitrust (dit aussi « grand droit de la concurrence ») mais encore le droit des pratiques restrictives de concurrence (dit « petit » ou « faux » droit de la concurrence). Il en résulte une activité importante en matière de sanctions de non-respect des délais de paiement par exemple, qui n'appartiennent pas au domaine de l'antitrust et qui sont traitées en Polynésie française par la DGAE. On pourrait certes « nettoyer » les productions de l'ACNC de ces éléments qui n'entrent pas dans le domaine d'action de l'APC, mais il faudrait alors aussi retrancher du dénominateur les ETP consacrés à ces activités. Cette tâche paraît extrêmement complexe pour une espérance de résultat peu fiable.
57. De façon plus générale, ces comparaisons de quantités produites n'ont pas beaucoup de sens lorsqu'on les réalise entre différentes autorités nationales. Il existe en effet de nombreux éléments d'idiosyncrasie dans le traitement des affaires d'un pays à un autre. William Kovacic utilise le terme de labels (« brands ») pour qualifier les particularismes de telle ou telle autorité nationale de concurrence, cela dépendant des différences culturelles, politiques, juridiques, économiques, même si les règles du droit antitrust y sont fondamentalement identiques. La personnalité des présidents et des collèges (ou « boards ») des différentes autorités est aussi avancée par William Kovacic pour expliquer ces différences de « labels » nationaux.
58. C'est à la suite d'un parangonnage avec l'autorité canadienne que l'APC étudie les possibilités de réduire sensiblement les délais moyens de traitement des contrôles des concentrations. C'est après un parangonnage similaire avec diverses autorités dans le monde que le traitement des procédures informelles de pré-notification des dossiers de concentrations devrait également faire l'objet d'une recherche accrue d'efficacité, notamment dans le cadre des dossiers donnant lieu à notifications simplifiées dans le cadre de la révision prochaine du code polynésien de la concurrence.

Conclusion.

59. Si l'APC ne peut que souscrire à un certain nombre de recommandations de la CTC, comme le prouve d'ailleurs pleinement l'activité de l'Autorité après le changement de gouvernance du 3 août 2020 (indicateurs de performance, charte de déontologie, collaboration avec les autorités publiques polynésiennes, etc.), il est cependant particulièrement regrettable que la Chambre ait occulté tout ce qui concerne les questions de manquements aux règles d'impartialité de l'ancien président depuis l'affaire du gardiennage jusqu'à la démission d'office de celui-ci courant 2020, alors même que ce document est censé couvrir cette période. Ceci décrédibilise une grande partie de ce rapport.

Annexe n° 3. **Réponse de M. Jacques MEROT, Ancien Président de l'Autorité polynésienne de la concurrence**

Jacques MEROT
Ancien président
De l'Autorité polynésienne de la concurrence

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES
DE POLYNÉSIE FRANÇAISE
2021-145
30 AVR. 2021
COURRIER ARRIVÉE

Le 29 avril 2021

Monsieur le président
de la Chambre territoriale des comptes
Polynésie française

Objet : réponse au rapport d'observations définitives de la chambre territoriale des comptes (art. L. 272-66 CJF)

Monsieur le président,

Vous m'avez adressé le rapport d'observations définitives portant sur la gestion de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC) depuis sa création, au terme d'une procédure de près de 24 mois.

Je prends bonne note de ces observations et forme le vœu que les recommandations formulées soient utiles à ceux qui auront à les mettre en œuvre.

Le rapport d'observations définitives appelle cependant de ma part la réponse que vous trouverez en annexe.

Je vous prie de croire, Monsieur le président, en l'expression de ma parfaite considération.

Jacques MEROT

Annexe : observations en réponse au rapport d'observations définitives de la chambre territoriale des comptes Polynésie française.

Les observations suivent le plan du rapport.

1. UNE GOUVERNANCE À CONSOLIDER

Sur la déontologie

L'APC a été malheureusement confrontée à des contentieux articulés, de manière excessive, autour de la théorie des apparences pour mettre en cause d'éventuels conflits d'intérêts et défaut d'impartialité, savamment organisés, et entretenus par une médiatisation soutenue.

La réalité du fonctionnement de l'APC était fort heureusement bien différente. L'APC a comme vous l'avez observé un dispositif de précautions déontologiques nécessaire et suffisant. Elle l'a scrupuleusement respecté. La séparation entre le collège et l'instruction a été vécue de manière stricte, contrairement à ce que certains ont voulu faire accroire. Les relations nécessaires pour le fonctionnement de l'organisme entre la rapporteure générale et le président ne doivent pas être confondues avec une immixtion de l'un dans les prérogatives de l'autre. Le parangonnage auquel vous semblez conseiller de recourir, ce qui est au demeurant le cas, le montrerait.

Dès lors, les recommandations faites par la chambre renforçant supposément le dispositif de précautions déontologiques nécessaires ne semblent pas de nature à amélioration du fonctionnement sur ce point. Elles n'apporteront aucune garantie de préservation des conflits d'intérêts puisque ce n'est pas là et de cette manière qu'ils, le cas échéant, se manifesteraient.

Comme l'a observé la chambre les membres du collège de 2015 à 2019 ont rempli leurs obligations déclaratives à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) ; ce qu'elle n'a pas mentionné, c'est qu'ils ont volontairement œuvré, en coopération avec la HATVP pour faire adapter les applications informatiques à la déclaration individuelle depuis la Polynésie française. Il n'y aurait donc pas dû y avoir de difficultés pour les nouveaux membres choisis et nommés par le gouvernement. D'autant moins qu'ils ont été informés et assistés pour remplir leurs obligations qui ne peuvent être réalisées que personnellement sur l'application informatique dédiée.

Par ailleurs, les obligations de déclaration des membres de l'APC auprès de la HATVP ayant changé au cours de la période, l'Autorité polynésienne de la concurrence a systématiquement demandé et obtenu l'établissement d'une déclaration d'intérêts aux membres qui y ont été nommés. Seule la déclaration d'intérêts est utile pour définir la participation ou non d'un membre ou un instructeur à un dossier. La déclaration de patrimoine poursuit d'autres finalités.

Sur l'activité de l'APC

La formalisation d'un programme de contrôle

La chambre observe que l'APC n'a pas formalisé sa stratégie dans un document et défini un programme annuel d'investigation et de production. Elle en fait d'ailleurs sa première recommandation, en demandant à l'APC de formuler, dès 2021, et de communiquer (à qui ?) une feuille de route.

Cela ne signifie pas que l'APC n'ait pas discuté et arrêté une stratégie d'action. Celle-ci a porté notamment sur la diffusion du droit de la concurrence comprenant des actions de sensibilisation et de pédagogie, de vulgarisation et de formation (« advocacy »). Certaines étaient d'ailleurs réalisées en commun avec l'Autorité de la concurrence calédonienne. Le premier collège a aussi discuté et décidé de l'orientation générale de l'activité sur la base notamment de l'observatoire des concentrations. La mise

217

en œuvre de ces orientations générales relevait ensuite, en droit et dans la pratique, de la seule décision de la rapporteure générale.

Si on peut recevoir l'observation que le programme d'action de l'APC n'a pas été suffisamment formalisé, l'APC n'est cependant pas en mesure de programmer ses « contrôles » comme le fait la chambre, par référence semble-t-il à sa propre pratique. L'origine des affaires traitées par l'APC est, aux termes du code de la concurrence, d'origine externe. C'est d'ailleurs le cas aussi dans les autorités de concurrence française et calédonienne. Dès lors, faire de la formalisation d'un programme de travail, entendu comme la programmation des « contrôles », la condition de l'efficacité de l'action de l'APC est une impasse.

L'idée qu'une planification d'un programme de « contrôles » pourrait dynamiser l'action de l'APC en matière de pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante et pratiques concertées illicites) est erronée. L'auto-saisine brandie à plusieurs reprises dans le rapport ne peut pas être la solution miraculeuse à un renforcement de la mission contentieuse. En effet, les spécialistes de la matière ont tenté, en vain visiblement, de montrer à la chambre en quoi le droit de la concurrence au fond comme dans ses procédures ne permet pas en Polynésie française de développer significativement l'apport de dossiers par la voie de l'auto-saisine. Celle-ci ne peut intervenir qu'à la marge. Le parangonnage, si prisé par la chambre, montre la faible importance numérique dans les autres autorités de concurrence française et calédonienne de cette origine des dossiers.

Dès lors le postulat que la formalisation d'un programme de contrôles garantirait la performance de l'action de l'APC est inopérant.

Les réformes indispensables pour favoriser l'activité

Toutefois, force est de constater que l'action de l'Autorité n'a pas été, n'est pas et ne sera pas à la hauteur de ce que les Polynésiens sont en droit d'attendre aussi longtemps que ne seront pas satisfaites les évolutions suivantes :

- **Modifier le droit de la concurrence afin d'élargir les possibilités de saisine de l'Autorité.** La réflexion pourrait porter sur la saisine en matière consultative (élargissement des possibilités de saisines à d'autres personnes que le seul gouvernement et marginalement le président de l'assemblée de la Polynésie française), sur les autorisations (réforme des seuils et adjonction de critères pour définir les opérations notifiables afin de mieux suivre les opérations de concentration au profit de grandes entreprises sur certains marchés) et en matière de pratiques anticoncurrentielles (rétablissement de la prohibition des droits exclusifs à l'importation, de l'abus de dépendance économique et d'examen des situations dominantes soulevant des préoccupations de concurrence).
- **Compléter et simplifier les procédures,** La réflexion devrait porter sur une réforme du droit de la concurrence dans ses aspects procéduraux afin d'accélérer le traitement des dossiers et ainsi renforcer l'efficience de l'APC.
- **Continuer à sensibiliser (« advocacy ») et à former les acteurs du droit de la concurrence** pour espérer amener les entreprises à se saisir du code de la concurrence afin de faire valoir leurs droits et les accompagner dans les procédures.

La chambre a relevé que l'ancien président n'avait pas saisi le gouvernement pour faire évoluer les seuils des notifications des opérations de concentrations. Elle a omis de mentionner que ledit président de l'APC n'avait même pas été informé et encore moins consulté sur la réforme du code en 2018. Des propositions de réforme du fond comme des procédures ont été faites au cours de mon mandat. Les représentants à l'assemblée de la Polynésie française les avaient reçues et même rendues publiques. Le vice-président a aussi été sollicité, à de nombreuses reprises, en vain, pour examiner un projet d'évolution du code de la concurrence préparé par l'APC.

On rappellera surtout que dès 2015, le président de l'APC a œuvré tant auprès des services de l'Etat comme de la Polynésie française pour que des textes soient pris en matière d'investigations. L'Etat a pris une ordonnance en la matière en 2017, ratifiée en 2018. Le Chapitre V du code de la concurrence intitulé

3/7

« les contrôles » est toujours désespérément vide de dispositions malgré l'incitation forte du Conseil d'Etat, qu'il y soit remédié au plus tôt.

Sans ces réformes, le nombre d'affaires traitées par l'APC relevant de sa mission relative aux pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) et des autorisations (concentrations et surfaces commerciales) ne dépendra que de l'initiative des acteurs économiques, aujourd'hui peu active. Et la procédure d'auto-saisine ne permet pas d'entrer de façon contraignante dans les entreprises sans indices comme on décide d'un contrôle d'un organisme administratif.

Activité qualitative

Indépendamment des divergences au terme d'un décompte besogneux de l'activité, les données quantitatives de décisions et avis rendus ne sont que la partie visible de l'activité. Une appréciation des effets des décisions ou avis aurait mérité d'être à minima esquissée.

Les Polynésiens ont en effet bénéficié de l'action de l'Autorité dans toutes ses missions, renforçant ou préservant la concurrence dans différents secteurs économiques.

Les décisions en matière de téléphonie (PMT/VINI), de transports interinsulaires ou d'hôtellerie ont eu des conséquences positives pour les consommateurs et pour les entreprises de secteurs économiques fortement dominés. De même, dans le secteur du BTP, l'évolution des comportements, devrait bénéficier à la dépense publique des collectivités de Polynésie française, à l'économie polynésienne et à l'emploi.

Dans sa mission consultative, l'APC a rendu des avis, de sa propre initiative ou sur saisine, sur les mécanismes d'importation et de distribution, les PPN, la filière porcine, l'attribution des licences de téléphonie, l'approvisionnement en hydrocarbures, la distribution de médicaments... Ces avis dont la prise en compte incombe au gouvernement auraient permis si les recommandations formulées avaient été plus largement suivies d'améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés et, partant, de faire baisser les prix. Certains avis tendaient à faire baisser les dépenses publiques et donc corollairement la recherche de recettes, au bénéfice in fine des consommateurs/contribuables.

L'activité « Advocacy » étonnamment absente du rapport

L'appréciation de l'activité de l'APC ne contient rien sur son action en matière d'*advocacy*.

Or, l'*advocacy* fût une activité de premier plan pour l'APC (plan stratégique 2017 et 2018-2019). En effet, priorité a été donnée au développement par tous moyens de la sensibilisation au concept de concurrence dans un territoire où depuis toujours l'économie est administrée, où l'on considère que le marché est fini et que la seule préoccupation est de le partager ou non (définition d'un nombre d'acteurs par exemple). Il a fallu et il faut encore expliquer que la protection des situations acquises doit progressivement laisser la place à la concurrence permettant de remettre en cause des situations de rentes qui renchérissent le coût de la vie pour tous les Polynésiens et en particulier les plus pauvres d'entre eux, et qu'il faut libérer l'innovation en particulier dans les secteurs où la Polynésie bénéficie d'un avantage comparatif.

Pour cela, l'APC a mis sur pied une campagne de sensibilisation à la concurrence par des spots radios et télévisuels et déclinée sur les réseaux sociaux.

Elle a aussi relayé systématiquement les décisions et avis qu'elle a rendus par des messages grand public à l'aide d'infographies. Elle a aussi rencontré régulièrement les opérateurs économiques, les représentants du monde économique et social (CESEC, MEDEF, CPME, organisations syndicales et association des consommateurs TE TIA ARA)

4/7

L'APC a investi dans la formation et l'information des publics extérieurs (autorités publiques, entreprises, étudiants et grand public). Elle a aussi œuvré pour une meilleure collaboration entre l'APC et les services du pays afin qu'ils intègrent au plus tôt la préoccupation de concurrence dans l'élaboration de leurs textes normatifs.

L'APC a notamment mis sur pied une formation de 100 heures « Pratiquer le droit de la concurrence » à destination des juristes d'entreprises, des chefs d'entreprises et des avocats. C'est elle qui a proposé d'organiser cette formation avec la CCISM et de l'élargir à l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie avec le concours de la CCI ce territoire. Cette formation a connu un grand succès et un fort retentissement en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie grâce au volontarisme des autorités de concurrence de développer la connaissance du droit de la concurrence.

L'Autorité a orienté sa participation au sein de l'International competition network (ICN) vers le groupe advocacy working group (AWG). Les échanges et les documents existants à l'ICN, ont facilité l'élaboration d'une stratégie pour mettre en œuvre sa mission d'advocacy et ainsi contribuer au développement de la connaissance du droit de la concurrence en Polynésie française. L'APC a entretenu des relations avec les autorités voisines, aussi suivies que nécessaires.

En synthèse, la mission d'advocacy qui découle des autres missions a été incontestablement une priorité pour l'APC, nouvelle autorité de concurrence. On forme le vœu que cette sensibilisation deviendra progressivement un vecteur de saisine de l'Autorité. Il ne doit pas être exclu non plus que cette action de sensibilisation commence à modifier des comportements sans même que l'APC initie des procédures. C'est certes un résultat difficile à mesurer mais néanmoins réel, sur la base de témoignages rapportés.

Sur les relations avec le pays

L'APC a demandé, en vain, à de nombreuses reprises à rencontrer le vice-président pour faire évoluer le code de la concurrence.

Il s'est agi dans un premier temps de demander à compléter le code en particulier en ce qui concerne les dispositions procédurales relatives aux contrôles. L'Etat et la Polynésie française ont été associées à la rédaction de l'ordonnance de 2017 et à sa ratification en 2018. Malheureusement, il n'a pas été donnée suite par le gouvernement de la Polynésie française au nécessaire complément du code de la concurrence, en particulier son chapitre V- *Les contrôles*, malgré la recommandation du Conseil d'Etat.

L'APC avait en effet préparé un projet visant à modifier et simplifier les procédures devant l'Autorité. Aucune suite n'a été donnée. Il semblerait que ce projet puisse aujourd'hui être repris. Il serait heureux que cette initiative aboutisse.

Une démarche avait aussi été faite en ce qui concerne la procédure consultative afin de mieux prendre en compte les préoccupations concurrentielles dans le processus d'élaboration de la réglementation. Une communication en conseil des ministres a d'ailleurs été faite. Malheureusement aucune suite concrète du gouvernement n'a été donnée à cette initiative de l'Autorité.

Enfin, à titre anecdotique, si l'APC n'a pas transmis les observations de la commissaire du gouvernement, c'est tout simplement qu'elle attendait des précisions de la chambre sur cette transmission qui ne lui ont pas été données. La demande de la CTC n'a pas été réitérée.

2. UNE QUALITÉ DE GESTION SATISFAISANTE.

La chambre met l'accent dans cette partie sur les excédents financiers à résorber. C'est bien l'action que j'ai menée sur la période. Ces excédents sont presqu'exclusivement le fait de la dotation de l'année 2015. Celle-ci n'avait pas été demandée par l'APC et pour cause, elle n'était pas constituée. J'ai, de ma propre initiative, conseillé au Pays de reprendre environ la moitié de cette dotation. Ce qui fût fait.

5/7

L'excédent restant permettait de sécuriser la situation financière de l'Autorité sur la durée dans la mesure où les dotations annuelles n'étaient pas assurées en 2016 et peut-être les exercices suivants. Évidemment à postériori, il est plus aisé de dresser les constats qu'en temps réel de l'action.

Au cours des quatre exercices suivants, les résultats ont été globalement équilibrés. L'excédent avait commencé à diminuer et aurait continué dans cette voie si la gestion des personnels n'avait pas été reprise par la collectivité.

3. STATUT DES PERSONNELS EN PARTIE ORIGINAL

La chambre consacre des développements importants au statut des personnels. Ces derniers ont été détachés à l'Autorité. Ils ne relevaient donc pas directement de l'administration de la collectivité. Les textes avaient d'ailleurs été modifiés par la Polynésie française pour autoriser le détachement de ses personnels à l'APC.

L'Autorité a pris soin de définir dans son règlement intérieur les règles applicables à son personnel. Elles sont à quelques éléments près, fixées par référence aux règles applicables dans la fonction publique territoriale. Celles relatives au président ont été définies par le gouvernement de la Polynésie française.

Sur les rémunérations

A niveau de qualification égale, les rémunérations des personnels sont comparables à celles des fonctionnaires de l'Etat détachés en Polynésie française ou dans l'administration de la collectivité de Polynésie française et pour les personnels contractuels, selon les usages en cours au sein de l'administration de la collectivité. Celle du président, fixée par le gouvernement est comparable à celle des fonctionnaires de même niveau en fonction en Polynésie française dans l'administration de l'Etat. La chambre reconnaît d'ailleurs que « au regard du poste occupé et de la structure dirigée », le niveau de rémunération pour un tel poste fonctionnel pouvait être admis. La situation du président dans son administration d'origine, à l'époque du détachement, justifiait les conditions retenues. Il est dès lors superflu de reconsidérer les choses six ans plus tard, hors contexte, et d'utiliser à mauvais escient ses explications.

Les compléments de rémunération sous forme d'indemnités de sujétions spéciales et de performance étaient destinés à prendre en compte leur implication dans la mise sur pieds de ce nouvel organisme dans un contexte nouveau. Certes le dispositif d'évaluation a tardé à se mettre en place. Ces compléments de rémunération ont été mis en œuvre par référence aux dispositifs en vigueur dans la collectivité pour ce qui concerne les sujétions spéciales et dans les mêmes conditions. Par ailleurs, ces compléments n'ont pas l'ampleur connue dans certaines directions de l'administration territoriale.

Sur le recrutement local

L'APC a voulu, comme le souhaitaient les institutions du Pays qu'un recrutement local soit effectué, notamment de jeunes. Cette orientation a bien été initiée. Mais compte du recrutement sous statut contractuel des jeunes recrutés et de leur recherche légitime d'une situation stable, ils n'ont pas été remplacés à l'identique. La technicité de la matière nécessitait un investissement de plus long terme. Ce qui a conduit à réorienter le recrutement tout en conservant l'idée d'intégrer des jeunes Polynésiens mais à un rythme mieux calibré.

Les développements de la chambre sur le turn-over à l'APC sont contestables. La chambre, au prix de calculs alambiqués, mentionne le ratio qui convient au maintien de ses observations provisoires. La réalité est qu'au 1er mai 2020, trois rapporteurs sur six recrutés en 2016 sont encore présents (soit 50 %) et deux personnels sur quatre du service du président le sont aussi (soit à nouveau 50 %). La durée de fonction de 3,5 à 4 ans est comparable à celle des personnels de l'Etat, par exemple, affectés en Polynésie française pour quatre ans. Elle est aussi conforme à la durée de détachement de hauts-fonctionnaires dans les juridictions financières. Enfin, elle est conforme à ce que connaissent les autres autorités de concurrence, nationale ou néo-calédonienne.

617

Les développements de la chambre relatifs aux frais de déménagement, à la formation initiale et aux frais de mission peuvent difficilement être entendus comme critiques dès lors qu'ils sont calqués soit sur les règles applicables aux fonctionnaires de l'Etat détachés en Polynésie française, soit sur les règles applicables dans l'administration territoriale, soit initiés et modifiés par le Pays pour ce qui concerne les frais de mission sans que l'APC ou son président n'ait été consultés.

Enfin les observations relatives au suivi RH sont bien notées. On relèvera cependant que le taux d'absentéisme à l'APC était extrêmement bas, inférieur à 1%.

***

Le contrôle de la CTC aurait gagné à être programmé simultanément à celui de la politique de concurrence de la Polynésie française. Il aurait ainsi permis d'examiner les impacts de cette politique de la Polynésie française sur l'exercice des missions de l'Autorité polynésienne de la concurrence.

Il ressort de cet examen de gestion, que la matrice d'analyse correspondant à un organisme durablement installé a été appliqué à un organisme se mettant en place, sans coopération locale active, dans le contexte particulier de la Polynésie française. Une meilleure prise en compte des éléments de contradiction formulés par l'APC aurait sans doute permis de mieux asseoir les observations formulées dans ce rapport.

Enfin, si par construction le contrôle est réalisé à postériori, il ne dispense pas de tenir compte pour apprécier l'action d'un organisme de comprendre et prendre en compte le contexte du temps de l'action.

Jacques MEROT

7/7

Annexe n° 4. **Réponse de M. Edouard FRITCH, Président de la Polynésie française**

POLYNESIE FRANÇAISE

Le Président

CHAMBRE TERRITORIALE DES COMPTES DE POLYNÉSIE FRANÇAISE
30 AVR. 2021
2021-198
COURRIER ARRIVÉE

N° : 02985 / PR

Papeete, le 30 AVR. 2021

à

Monsieur le Président de la Chambre territoriale des comptes

Objet : Notification des observations définitives relatives au contrôle des comptes et de la gestion de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC)

Réf. : Courrier n° 2021-122 du 30 mars 2021 reçu le même jour par la Présidence de la Polynésie française

Monsieur le Président,

Par courrier du 30 mars 2021, reçu par les services de la Polynésie française le même jour, le Président de la Chambre territoriale des comptes (CTC) transmet le rapport d'observations définitives relatives au contrôle des comptes et de la gestion de l'Autorité polynésienne de la concurrence (APC).

Un délai d'un mois, soit jusqu'au 30 avril, est imparti pour formuler des remarques éventuelles.

J'ai l'honneur de vous informer que ce rapport appelle de ma part les observations qui suivent.

En pp. 14-15 du rapport, la CTC semble épouser la présentation de M. Mérot, selon laquelle la réforme du code de la concurrence réalisée en août 2018 aurait eu pour conséquence, voire pour ambition, de réduire les pouvoirs de l'APC. Le gouvernement tient à rappeler qu'il n'en est absolument rien :

- Les droits exclusifs d'importation peuvent toujours être sanctionnés par les dispositions du code de la concurrence actuel, dans la mesure où ils présentent des effets anticoncurrentiels. Charge à l'APC de le démontrer comme c'est le cas pour toute autre pratique anticoncurrentielle.
- La sanction de l'abus de dépendance économique a été supprimée dans la mesure où elle présentait des effets pervers importants : renforcement massif de l'intégration verticale et diminution de l'approvisionnement sur les marchés amont, risquant de présenter à terme des difficultés pour certains producteurs ou importateurs locaux.
- Le mécanisme de l'injonction structurelle existe toujours en droit polynésien de la concurrence en étant subordonné dorénavant à l'existence d'une faute préalable. Le Conseil d'Etat a lui-même reconnu que cette disposition était plus en phase avec les principes généraux du droit.

Par ailleurs, s'agissant de cette question, l'affirmation selon laquelle les évolutions du droit « *ont été de nature à impacter défavorablement l'activité et l'efficience de l'APC* », est totalement inexacte puisque aucun dossier relevant de l'un trois points ci-dessus n'a été ouvert dans les deux années et demi où cela était possible.

Le gouvernement avait également précisé dans ses observations précédentes que la clarification des seuils de contrôlabilité des opérations de concentration et d'aménagement commercial apportée par la réforme de 2018 était nécessaire suite aux erreurs commises par l'APC préalablement à l'occasion des contrôles indus de deux opérations : HNA/Wane en matière de concentration et Easy market Prince Hinoi pour les surfaces commerciales.

Enfin, le rapport note que le projet de loi de 2018 s'était inspiré de « *recommandations formulées à l'occasion d'un colloque de personnes faisant [selon le gouvernement] autorité* ». Le gouvernement de la Polynésie française tient à préciser qu'il se garde d'évaluer les compétences en matière de droit de la concurrence. A cet égard enfin, le rapport indique que le président de l'APC n'aurait pas été associé au projet de réforme, ce qui vient contredire les éléments précédents, puisque ce dernier était un participant officiel du colloque dont il est question.

En p. 21, il est indiqué que « *sur les trois premières décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles, sous réserve de l'appréciation du juge de cassation, deux ont soulevé la question de l'impartialité de l'APC* ». Il semble utile de préciser que le troisième dossier consiste en une procédure d'engagements, et donc non susceptible *a priori* d'être entaché de défauts d'impartialité.

Par ailleurs, la référence à la cour de cassation est inadaptée. La décision « gardiennage » n° 2019-PAC-02 n'a pas fait l'objet d'un recours. Il s'agit donc d'une décision définitive. Quant à la décision « des frigos » n° 2019-PAC-01, elle a été annulée le 4 juin 2020 par la cour de cassation elle-même, précisément dans le cadre de procédure en suspicion légitime lancée par les mises en cause contre M. Mérot. Le défaut d'impartialité est donc bien relevé par la cour de cassation elle-même.

En p. 26, s'agissant de la nomination des membres du collège, le gouvernement tient à préciser que la loi du pays du 23 février 2015 indiquait la compétence du conseil des ministres. Aucune consultation préalable du président de l'APC n'était prévue. A la suite d'échanges avec M. Mérot, les arrêtés d'application ont autorisé le président à formuler des propositions de nomination dès septembre 2015.

Pour autant, il a ensuite été observé des vacances de poste assez longues lorsque certains membres du collège ont dû être remplacés. La modification du texte a permis depuis des nominations plus rapides (et notamment de nommer un 5ème membre en remplacement d'une démission ayant eu lieu mi-2018). Par ailleurs, la question de la partialité de l'ancien collège relevé dans la décision gardiennage (2019-PAC-02) montre bien que l'adoption d'une procédure de nomination permettant de renforcer l'indépendance des membres à l'égard du président, et donc de favoriser la collégialité, n'était pas inutile. A l'inverse, les nominations effectuées depuis, d'un universitaire et d'une magistrate, présentent assurément les garanties d'indépendance requise à l'égard du gouvernement

En page 32, la Chambre considère que l' « Observatoire des concentrations » dont la suppression est actée par l'Assemblée de la Polynésie française en 2018, avait son utilité.

La suppression avait également pour objectif d'alléger la charge administrative inutile que cette disposition faisait porter sur les entreprises polynésiennes. Par ailleurs, le suivi en temps réel des parts de marché des entreprises polynésiennes ne saurait constituer un outil de détection de pratiques anticoncurrentielles supposées. La suppression de l'observatoire des concentrations ne peut

donc être considérée comme un affaiblissement du pouvoir et de l'efficacité de l'APC. Elle participe au contraire à une meilleure affectation des ressources de l'Autorité. Il sera également fait remarquer que jamais l'APC n'a montré qu'elle avait utilisé à profit les informations recueillies par l'observatoire.

En page 37, il est indiqué que l'ancien président de l'APC a indiqué qu'en matière de recherche et de constat des pratiques anticoncurrentielles, l'APC ne pouvait pas s'appuyer, à la différence de la métropole, sur une équipe d'enquêteurs (DGCCRF). Le Pays a en effet fait le choix de doter l'APC de compétences internes pour les pratiques anticoncurrentielles, tandis que les agents de la DGAE sont en charge du « petit droit » de la concurrence (livre IV du code de la concurrence). Pour autant, les dotations de l'APC, en l'espèce, ne semblent pas devoir être remises en question. En tout état de cause, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dispose d'effectifs similaires (tout en assurant elle-même la mission du « petit droit »). Le faible nombre d'investigations menées sur le terrain, comme l'a soulevé la Chambre, la très faible utilisation du véhicule de service, semble donc dès lors relever bien sûr d'un problème d'organisation interne que de missions ou de dotations mal définies.

Telles sont les observations qu'appelle de la part du Gouvernement le rapport d'observations définitives que vos services ont transmis le 30 mars dernier et qu'il m'importe de porter à votre connaissance.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.

Edouard FRITCH

Les publications de la chambre territoriale des comptes
de la Polynésie française
sont disponibles sur le site :

https://www.ccomptes.fr/fr/ctc-polynesie-francaise

Chambre territoriale des comptes de la Polynésie française

BP 331 - 98713 PAPEETE TAHITI
Téléphone : 40 50 97 10
Télécopie : 40 50 97 19

polynesiefrancaise@crtc.ccomptes.fr