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

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.