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 president,

Vous m'avez adressé le rapport d'observations définitives portant sur la gestion de l'Autorite 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 formulees 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 consideration.

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

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

« 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)

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.

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.

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