

## Décision du Tribunal administratif n° 2200289 du 07 février 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 5 juillet 2022 et des mémoires enregistrés les 22 septembre et 4 novembre 2022, Mme E C, représentée par la Selarl MLDC, demande au tribunal dans le dernier état de ses écritures :

1°) a titre principal, d'annuler l'arrêté n° 654/CM du 6 mai 2022 portant modification de la partie " Arrêtés " du code de la concurrence, subsidiairement d'annuler les dispositions suivantes de l'arrêté n° 654/M du 6 mai 2022 portant modification de la partie " Arrêtés " du code de la concurrence :

- le I al.1 et les 2°, 5°, 7°, 8° et 9° du I de l'article 16 modifiant l'article A. 610-1 du code de la concurrence ;

- l'article 17 modifiant l'article A. 610-1-2 du code de la concurrence ;

- l'article 20 modifiant l'article A. 610-2-2 du code de la concurrence ;

- l'article 25 modifiant l'article A. 610-5 du code de la concurrence ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 400 000 F CFP au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en sa qualité de rapporteure générale de l'Autorité polynésienne de la concurrence, elle a intérêt à agir contre une réglementation portant sur le fonctionnement de cette autorité, en particulier contre les dispositions qui modifient les relations entre le service d'instruction et la présidence de l'autorité ; le rapporteur général perd le droit de proposer de nommer les rapporteur et le pouvoir disciplinaire, en outre même si la disposition critiquée ne vise pas expressément le rapporteur général : l'organisation des séances, les règles internes et le règlement intérieur l'affectent ; l'arrêt du conseil d'Etat " Damasio " du 28 mai 1971, reconnaît l'intérêt à agir d'un justiciable lorsque l'acte attaqué l'affecte dans des conditions suffisamment spéciales certaines et directes ;

- son licenciement n'a aucune incidence sur le présent recours ;

- le conseil des ministres est incompétent pour régler le fonctionnement de l'Autorité polynésienne de la concurrence ; l'article 90 de la loi organique liste les matières qui relèvent du conseil des ministres : l'organisation de l'autorité administrative de la concurrence n'en fait pas partie ;

- les articles 16, 18 et 25 sont entachés d'illégalité comme pris en méconnaissance de la répartition des compétences définie par l'article 30-1 de la loi statutaire du 27 février 2004.

- l'article 16 modifiant l'article A. 610-1 méconnaît la séparation des fonctions ;

- selon le 2° de cet article 16, le président est garant de la discipline pour tous les agents et de la continuité de l'action de l'autorité : cette disposition ne distingue pas selon que l'agent fait ou non partie du service instruction, il est contraire au principe de la séparation des fonctions de poursuite et de jugement posé par le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat et la cour européenne des droits de l'homme pour garantir le procès équitable ; il est incompatible avec le cadre juridique retenu par la loi

polynésienne (article LP 610-6) et ne prend pas en compte la loi française sur le statut des autorités administratives indépendantes (article 16 de loi n°2017-55 du 20 janvier 2017)

- selon son 5°, le président propose, après avis conforme du rapporteur général, la nomination des agents exerçant des fonctions au service d'instruction : cette disposition est contraire à l'article L.P 610-6 al.2, qui dispose que les rapporteurs sont recrutés par l'autorité sur proposition du rapporteur général ;
- selon le 7°, le président établit l'ordre du jour des séances, en fixe la date et convoque les personnes qui seront présentes et détermine la formation et la composition du collège en séance : cette modulation de la composition du collège n'est pas prévue par l'article LP. 610-2 du code de la concurrence ;
- selon son 8°, le président fixe les règles internes relatives à l'organisation de l'Autorité ; cette disposition méconnaît l'article LP 610-11, en ce qu'elle exclut le collège pour déterminer les règles internes de fonctionnement de l'Autorité polynésienne de la concurrence ;
- selon le 9°, le président propose le projet de règlement intérieur et ses éventuelles modifications et procède à sa transmission au conseil des ministres ; il méconnaît les dispositions de l'article LP. 610-11, lequel prévoit l'approbation du règlement intérieur par le collège avant sa transmission au conseil des ministres ;
- l'article 17 modifiant l'article A. 610-1-2 élargit les possibilités de siéger à distance en autorisant non seulement la visioconférence mais la participation par tout autre moyen de télécommunications : cette disposition n'est pas suffisamment précise et encourage la nomination de membres sans lien avec la Polynésie française ;
- l'article 20 modifie l'article A. 610-2-2, il prévoit la participation des suppléants à l'éventuelle séance de démission d'office d'un membre du collège ou du président de l'Autorité polynésienne de la concurrence ; un membre suppléant ne doit pouvoir siéger que dans l'hypothèse où un membre titulaire serait absent ou empêché, par exemple à la suite d'un départ ;
- l'article 25 modifiant l'article A. 610-5 et restreint illégalement les prérogatives du rapporteur général en introduisant une liste limitative de prérogatives, laquelle ne comporte plus la mention selon laquelle le rapporteur général propose au conseil des ministres de nommer les agents exerçant des fonctions au service instruction.

Par des mémoires, enregistrés les 1er septembre et 17 octobre 2022, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir à titre principal que la requête est irrecevable et subsidiairement qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par ordonnance du 10 novembre 2022, la clôture de l'instruction a été fixée au 28 novembre 2022 à 11h00 (heure locale).

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code de la concurrence ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. F,
- les conclusions de Mme D de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Millet pour Mme C et celles de M. B pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Le conseil des ministres a adopté, le 6 mai 2022, l'arrêté n° 654 CM portant modification de la partie " arrêtés " du code de la concurrence. Mme C, qui exerçait les fonctions de rapporteure générale au sein de l'Autorité polynésienne de la concurrence avant son licenciement, demande au tribunal d'annuler cet arrêté.

Sur la fin de non-recevoir :

2. En principe les agents publics ne peuvent, pas plus que leurs syndicats ou associations, contester les mesures d'organisation du service n'affectant pas leurs conditions d'emploi ou de travail ou ne portant pas atteinte à leur statut ni à leurs prérogatives ou à celles du corps auxquels ils appartiennent.

3. Selon l'article 16 alinéa 1 de l'arrêté contesté du 6 mai 2022 : " Le président de l'Autorité est responsable de l'organisation et du fonctionnement de l'institution et prend toutes dispositions nécessaires à cet effet. () ". Aux termes du 8° du même article : " Le président fixe les règles internes relatives à l'organisation de l'Autorité ". Ce pouvoir, dont dispose tout chef de service, ne peut être regardé comme affectant les conditions d'emploi ou de travail de la requérante ou portant atteinte à son statut ou à ses prérogatives. Par suite, en l'absence d'intérêt à agir contre ces dispositions, les conclusions à fin d'annulation présentée par Mme C sont irrecevables et doivent être rejetées.

4. Aux termes du 2° de l'article 16 de l'arrêté attaqué du 6 mai 2022 : le président de l'Autorité " est garant de la discipline pour tous les agents et de la continuité de l'action l'Autorité ". La requérante soutient que cette disposition confère au président de l'Autorité un pouvoir disciplinaire sur l'ensemble des agents, y compris les membres du service instruction et le rapporteur général. Toutefois, dès lors que les agents de l'Autorité polynésienne de la concurrence relèvent soit du statut de la fonction publique de la Polynésie française, issu de la délibération n° 95- 215 AT du 14 décembre 1995, soit de la 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, le pouvoir disciplinaire appartient soit à l'autorité investie du pouvoir de nomination en application de l'article 25 de la délibération du 14 décembre 1995 soit à l'autorité investie du pouvoir de procéder au recrutement en application de l'article 13 de la délibération du 22 janvier 2004. Aussi, l'arrêté précité ne peut être regardé comme transférant le pouvoir disciplinaire, qui appartient au président de la Polynésie française, au président de l'Autorité. Ainsi, cette disposition doit être regardée comme se bornant à conforter le pouvoir général d'organisation du service appartenant au président en application des dispositions citées au point 3. Mme C, en sa qualité de rapporteur général, ne disposait d'aucune prérogative en la matière, et ne justifie au demeurant pas que cette disposition porte atteinte

à son statut ou à ses prérogatives ou affecte ses conditions d'emploi et de travail. Par suite, faute de justifier d'un intérêt à agir suffisant contre la légalité de cette disposition, les conclusions qu'elle présente à ce titre sont irrecevables et doivent être rejetées.

5. Selon le 7° de ce même article 16 le président " établit l'ordre du jour des séances, en fixe la date, convoque les personnes qui seront présentes, et détermine la formation et la composition du collège en séance ; ". Cette disposition relative à l'organisation des réunions du collège, qui ne dispose au demeurant que d'une seule formation, ne porte par elle-même pas atteinte aux prérogatives ou au statut du rapporteur général de cette Autorité, ni n'affecte ses conditions d'emploi ou de travail. Par suite, faute d'intérêt à agir, les conclusions dirigées contre cette disposition sont irrecevables.

6. Aux termes du 9° de l'article 16 de l'arrêté du 6 mai 2022 en litige, le président " propose le projet de règlement intérieur et ses éventuelles modifications et procède à la transmission au conseil des ministres ( ) ". Si la requérante soutient que cette disposition est illégale en tant qu'elle a pour effet de supprimer l'approbation du règlement intérieur par le collège de l'Autorité, elle ne soutient ni même n'allègue qu'une telle modification porte atteinte aux prérogatives du rapporteur général ou affecte ses conditions d'emploi et de travail. Par suite, les conclusions qu'elle présente à ce titre sont irrecevables.

7. L'article 17 de l'arrêté du 6 mai 2022 modifie les dispositions de l'article A. 610-1-1 du code de la concurrence, lequel est relatif à la tenue des séances de l'autorité polynésienne de la concurrence en recourant à des moyens de télécommunication audiovisuelle. Il en facilite le recours et prévoit que les membres du collège, qui participent à la séance par des moyens de visioconférence ou tout autre moyen de télécommunication permettant l'identification des participants et garantissant leur participation effective, sont prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Les conclusions dirigées contre cette disposition, qui ne porte atteinte ni aux prérogatives de la requérante ni à ses conditions d'emploi ou de travail, doivent être rejetées, en l'absence d'intérêt à agir de Mme C.

8. L'article 20 de l'arrêté contesté modifie l'article A. 610-2-2 du code de la concurrence. Cette disposition du code de la concurrence encadre la démission d'office d'un membre du collège de l'Autorité. La requérante, rapporteure générale, n'est pas membre du collège de l'Autorité polynésienne de la concurrence. Par suite, faute d'intérêt à agir contre cette disposition, les conclusions à fin d'annulation que Mme C présente sont irrecevables et doivent être rejetées.

9. La requérante a, en revanche, en sa qualité de rapporteure générale, d'une part, intérêt à agir contre l'article 25 de l'arrêté du 6 mai 2022, qui supprime le premier alinéa de l'article A. 610-5 du code de la concurrence en vertu duquel le rapporteur général propose la nomination des rapporteurs du service d'instruction, d'autre part, également eu égard à ses fonctions, elle a intérêt à agir contre le 5° de l'article 16 de cet arrêté aux termes duquel : " le président de l'Autorité polynésienne de la concurrence propose, après avis conforme du rapporteur général, la nomination des agents exerçant des fonctions au service d'instruction. En effet, ces deux dispositions modifient les prérogatives du rapporteur général, en supprimant son pouvoir de proposition auprès du conseil des ministres et en transférant ce pouvoir de proposition au président de l'Autorité. Les conclusions à fin d'annulation que la requérante présente à l'encontre de ces deux dispositions sont par suite recevables.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

10. Aux termes de l'article 30-1 de la loi organique du 27 février 2004 : " I. - 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. 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 (). "

11. Ces dispositions de l'article 30-1 de la loi organique du 27 février 2014 habilite l'assemblée de la Polynésie, agissant par la voie d'une " loi du pays ", tant à créer une autorité administrative indépendante, chargée de veiller au libre jeu de la concurrence et au bon fonctionnement du marché en Polynésie française, qu'à investir cette autorité de pouvoirs dérogeant à la répartition des compétences déterminée par la loi organique et à fixer les règles d'organisation et de fonctionnement de cette autorité

12. Par ailleurs, Aux termes de l'article LP. 610-6 du code de la concurrence : " I - L'Autorité polynésienne de la concurrence dispose d'un service d'instruction, placé sous l'autorité d'un rapporteur général nommé pour quatre ans par arrêté pris en conseil des ministres après avis du collègue de l'Autorité. Il peut être renouvelé une fois dans ses fonctions. "

13. Mme C soutient que le 5° de l'article 16 et l'article 25 de l'arrêté du 6 mai 2022 portent atteinte au principe de séparation des fonctions. En vertu du 5° de l'article 16 de l'arrêté du 6 mai 2022, qui modifie l'article A. 619-1 du code de la concurrence, le président de l'Autorité " propose, après avis conforme du rapporteur général, la nomination des agents exerçant des fonctions au service d'instruction ". En outre, l'article 25 de ce même arrêté modifie l'article A. 610-5 du code de la concurrence et supprime, ainsi qu'il a été dit au point 9, la mention selon laquelle le rapporteur général propose la nomination des rapporteurs du service instruction.

14. Les modifications introduites, qui affectent les prérogatives respectives du président de l'Autorité et du rapporteur général, en conférant au premier un pouvoir de proposition sur avis conforme du second, sont susceptibles de porter atteinte aux garanties d'indépendance de l'Autorité polynésienne de la concurrence. Or, dès lors qu'en application de l'article 30-1 de la loi organique du 27 février 2014, seul le législateur du pays est compétent pour définir les garanties d'indépendance accordées à une autorité administrative indépendante, les modifications de ces garanties ne peuvent résulter que d'une loi de pays. Par suite, Mme C est fondée à soutenir que le conseil des ministres ne pouvait pas, sans méconnaître l'article 30-1 de la loi organique du 27 février 2014, modifier le processus de recrutement des membres du service instruction de l'Autorité polynésienne de la concurrence.

15. Selon l'article 25 de l'arrêté en litige du 6 mai 2022 : " I le rapporteur général anime et contrôle l'activité du service d'instruction. Il veille ainsi : 1° à ce que les rapporteurs effectuent des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits concernés par l'instruction des affaires dont il

devra confier l'examen, 2° à la qualité des notifications de griefs, des rapports et autres actes d'instruction effectuée par les rapporteurs, 3° au traitement des dossiers dans des délais raisonnables. / II En cas d'absence ou d'empêchement, le rapporteur général est remplacé (). / Le rapporteur général peut aussi déléguer sa signature à un rapporteur/en cas de vacance du poste de rapporteur général, un intérim est assuré par () / III il présente au collège le bilan annuel d'activité du service instruction, dans le respect du service de l'instruction. ".

16. Mme C soutient que cette disposition a pour effet de limiter les prérogatives du rapporteur général aux seules hypothèses qui y sont visées. Toutefois, alors que cette disposition doit être combinée avec l'article LP. 610-6 de la concurrence, lequel place le service instruction sous son autorité, l'arrêté précité doit nécessairement être regardé comme venant illustrer les missions principales du rapporteur général sans pour autant les limiter. Mme C n'est donc pas fondée à soutenir que l'article 25 cité au point précédent limite les prérogatives du rapporteur général et porte ainsi atteinte au principe de séparation des fonctions.

17. Il résulte de tout ce qui précède que le 5° de l'article 16 et l'article 25 de l'arrêté attaqué du 6 mai 2022, en tant qu'ils suppriment pour le rapporteur général le pouvoir de proposer au conseil des ministres de la Polynésie française la nomination des agents et rapporteurs du service instruction, doivent être annulés.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

18. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par Mme C et non compris dans les dépens.

**D E C I D E :**

Article 1er : L'article 16 de l'arrêté du 6 mai 2022, en ce qu'il modifie la rédaction du 5° de l'article A. 610-1 du code de la concurrence donnant au président le pouvoir de proposer la nomination des agents exerçant des fonctions au sein de l'instruction, et l'article 25 en tant qu'il supprime, pour le rapporteur général, le pouvoir de proposition des rapporteurs du service de l'instruction, sont annulés.

Article 2 : La Polynésie française versera à Mme C une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à Mme E C et à la Polynésie française.

Copie en sera délivrée au haut-commissaire de la République en Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 24 janvier 2023, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 7 février 2023.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

Le président,

P. Devillers Le greffier,

M. A

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition,

Un greffier,

N°2200289