



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

L'Autorité polynésienne de la concurrence,

Vu la lettre du 24 novembre 2016, enregistrée le 1^{er} décembre 2016 sous le numéro 16/0026 F, par laquelle la société Haumani Sécurité a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Jurion Protection et Tahiti Vigiles dans le secteur de la surveillance et du gardiennage ;

Vu les livres II et VI du code de la concurrence et notamment son article LP 620-5 ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 19-DSA-001 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-002 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-003 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-004 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-005 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-006 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-007 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-008 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-009 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-010 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-011 du 29 mars 2019, n° 19-DSA-018 du 11 juillet 2019, n° 19-DSA-019 du 11 juillet 2019 ;

Vu la décision de déclasséement n° 19-DECR-015 du 11 avril 2019 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Jurion Protection et Tahiti Vigiles, par la partie saisissante Haumani sécurité et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision n° 2019-DP-28 portant délégation de pouvoirs à Monsieur Christian Montet ;

Le rapporteur, le rapporteur général par intérim, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés du groupe Jurion Protection et Tahiti Vigiles et celui de la partie saisissante Haumani sécurité, entendus lors de la séance de l'Autorité polynésienne de la concurrence du 14 novembre 2019 ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

L'Autorité polynésienne de la concurrence a été saisie par la société Haumani Sécurité de pratiques mises en œuvre par les sociétés Jurion Protection et Tahiti Vigiles dans le secteur de la surveillance et du gardiennage. La partie saisissante y dénonce le groupement formé entre les sociétés Tahiti Vigiles et Jurion Protection dans le cadre du marché public relatif aux prestations de gardiennage et de surveillance relevant des emprises du Ministère de la défense en Polynésie française, lancé par la Direction du Commissariat d'Outre-mer en Polynésie française (DICOM).

Les sociétés Tahiti Vigiles et Jurion Protection se sont vues notifier le grief d'avoir fait des offres à travers un groupement non justifié tant sur le plan technique que sur le plan économique. Cette pratique aurait eu pour objet de faire obstacle au libre jeu de la concurrence sur le marché concerné.

Toutefois, l'examen des conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure a révélé des irrégularités à différentes étapes de l'instruction de cette affaire. Plusieurs pièces du dossier laissent apparaître un lien de subordination entre le service d'instruction et le précédent collègue de l'Autorité, le rapporteur général demandant clairement des instructions au collègue sur « les suites à donner au dossier ». Les conditions d'impartialité nécessaires à la décision n'étant pas réunies, l'Autorité a constaté que la procédure était viciée.

De plus, l'Autorité, après avoir à maintes reprises indiqué dans des interventions et des documents publics que le droit de la concurrence est entré en vigueur en Polynésie française le 1^{er} février 2016, ne peut soutenir que les comportements d'entreprises antérieurs à cette date peuvent se voir appliquer rétroactivement les dispositions du code de la concurrence.

Au regard de la nullité de la procédure pour défaut d'impartialité et de l'inapplicabilité de la loi de la concurrence à l'époque de la constitution, il n'a pas été nécessaire pour l'Autorité d'examiner en détail le fond de l'affaire. Néanmoins, l'Autorité rappelle que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements en vue de répondre à un appel d'offre n'est pas illicite en soi. Ces groupements, qui peuvent avoir des effets pro- ou anticoncurrentiels, doivent le cas échéant être examinés au cas par cas.

Au terme de la présente décision, l'Autorité polynésienne de la concurrence décide donc qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, en application des dispositions de l'article LP 641-6 du code de la concurrence.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

SOMMAIRE

I.	CONSTATATIONS.....	4
A.	LA PROCEDURE.....	4
	1. <i>Les premières phases de la procédure.....</i>	4
	2. <i>Le report de la séance du 16 septembre 2019</i>	4
	3. <i>Conclusions complémentaires des parties et observations du commissaire du gouvernement, postérieures au 16 septembre 2019</i>	5
B.	LE SECTEUR D'ACTIVITE ET LES ACTEURS CONCERNES	6
	1. <i>Le secteur de la surveillance et du gardiennage</i>	6
	2. <i>Les principales entreprises du secteur et les entreprises concernées</i>	7
C.	L'APPEL D'OFFRES DE LA DICOM	8
D.	LES PRATIQUES CONSTATEES ET LE GRIEF NOTIFIE.....	9
II.	DISCUSSION	9
A.	SUR LA PROCEDURE.....	9
B.	SUR L'APPLICATION DANS LE TEMPS DU CODE DE LA CONCURRENCE.....	11
C.	SUR LE GRIEF NOTIFIE.....	12

I. CONSTATATIONS

1. Seront successivement présentés la procédure (A), le secteur d'activité et les acteurs concernés (B), les pratiques relevées et le grief notifié (C).

A. LA PROCEDURE

1. LES PREMIERES PHASES DE LA PROCEDURE

2. Par courrier en date du 24 novembre 2016, enregistré le 1^{er} décembre 2016, la société Haumani Sécurité a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Jurion Protection et Tahiti Vigiles dans le secteur de la surveillance et du gardiennage. Dans cette saisine, enregistrée sous le numéro 16/0026 F, Haumani Sécurité dénonce le groupement formé entre les sociétés Tahiti Vigiles et Jurion Protection dans le cadre du marché public relatif aux prestations de gardiennage et de surveillance relevant des emprises du Ministère de la défense en Polynésie française, lancé par la Direction du Commissariat d'Outre-mer en Polynésie française (ci-après la « DICOM ») en octobre 2015.
3. Par décisions du 1^{er} décembre 2016 et du 13 janvier 2017, le rapporteur général de l'Autorité polynésienne de la concurrence a désigné M. Sébastien Petit et M. Manoarii Legrand pour instruire et rapporter cette affaire.
4. Le 29 octobre 2018, le rapporteur général a désigné Mme Hélène Bonnet en remplacement de M. Sébastien Petit et de M. Manoarii Legrand.
5. Le 15 avril 2019, en application des dispositions de l'article LP 630-3 du code de la concurrence, une notification de griefs a été adressée aux sociétés Jurion Protection SARL (n° Tahiti 349 118, n° de R.C.S. de Papeete TPI 95 276 B) et Tahiti Vigiles SAS (n° Tahiti 297 911, n° de R.C.S. de Papeete TPI 94 64 B). Dans le délai de deux mois prévu à l'article LP 630-3 du code de la concurrence, le commissaire du gouvernement et les parties ont présenté leurs observations.
6. Un rapport leur a été adressé le 18 juillet 2019. À l'issue du délai imparti, le commissaire du gouvernement et les parties mises en cause ont présenté leurs observations. La partie saisissante a quant à elle indiqué avoir déjà fait valoir ses observations en réponse à la notification des griefs et qu'elle se rapportait expressément à ces dernières.

2. LE REPORT DE LA SEANCE DU 16 SEPTEMBRE 2019

7. La séance du collège de l'Autorité devant examiner le dossier n° 16/0026 F a été fixée au 16 septembre 2019, et les parties ainsi que le commissaire du gouvernement ont été convoqués à cette date.
8. Avant le début de la séance, les conseils des parties mises en cause ont présenté au président de l'Autorité des éléments ne figurant pas au dossier susceptibles de conduire, selon eux, à

une annulation de l'instruction réalisée dans cette affaire. Le président de l'Autorité a alors annoncé que la séance était reportée sine die.

3. CONCLUSIONS COMPLEMENTAIRES DES PARTIES ET OBSERVATIONS DU COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT, POSTERIEURES AU 16 SEPTEMBRE 2019

9. Le 17 septembre 2019, les sociétés Tahiti Vigiles et Jurion Protection ont déposé des conclusions complémentaires, faisant état de « graves irrégularités procédurales ». Ces conclusions mentionnaient l'existence d'une note, d'après eux litigieuse, que le rapporteur général de l'Autorité, aurait envoyée le 16 mai 2018 au collègue.
10. Les nouvelles observations ne contenaient cependant pas en annexe la note incriminée du rapporteur général. Le commissaire du gouvernement ainsi que les parties, aussi bien les mises en causes que la partie plaignante, ont demandé en vain que, si cette note existait, elle soit versée officiellement au dossier, d'autant plus que cette pièce avait été diffusée dans les médias.
11. C'est dans ce contexte que, leurs mandats venant à expiration, trois membres du collège ont été remplacés, alors que M. Christian Montet, nommé en janvier 2019, était reconduit, pour une durée restant à courir jusqu'au 30 septembre 2023². Une nouvelle séance devant examiner le dossier n° 16/0026 F a été programmée pour le 14 novembre 2019.
12. Par courriers enregistrés le 4 novembre 2019, les deux sociétés mises en cause ont alors demandé la récusation du président de l'Autorité polynésienne de la concurrence en arguant de « graves irrégularités procédurales », consistant en une violation de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, de nature à entacher de nullité l'ensemble des actes d'instruction. La société Jurion Protection produisait, au soutien de sa demande, des articles de presse censés révéler de possibles problèmes d'impartialité de l'Autorité et un nouvel extrait de la note du rapporteur général.
13. Par décision n° 2019-DP-28 du 5 novembre 2019, le président de l'Autorité s'est déporté et a délégué la présidence de la séance du 14 novembre à M. Christian Montet.
14. Le 12 novembre 2019, le commissaire du gouvernement a fait enregistrer de nouvelles observations, acceptées par le président de séance, conformément aux dispositions de l'article 141-3-02 du règlement intérieur de l'Autorité. Ces observations font état de l'existence d'un courrier adressé à l'Autorité le 6 novembre 2019 par le conseil de la société Tahiti Vigiles pour demander une nouvelle fois que la note du rapporteur général soit versée au dossier. Le commissaire du gouvernement indiquait que le conseil de la société Tahiti Vigiles « *faisant part de son incompréhension du refus manifeste de verser la pièce compromettante au dossier, l'a lui-même transmise au bureau de la procédure pour qu'elle soit enregistrée* ». Cette note du rapporteur général n'a pas été enregistrée par le bureau de la procédure. Le commissaire du gouvernement, mis en copie de ce message du conseil de la société Tahiti Vigiles, a finalement produit lui-même la note du rapporteur général du 16 mai 2018, en indiquant que si ses dernières observations complémentaires n'étaient pas enregistrées au dossier, il « *transmettrait personnellement, le jour de la séance, une copie de la note et des présentes observations à chacun des membres présents du collège, pour que la séance puisse se dérouler dans les meilleures conditions possibles, étant entendu que l'instruction a déjà été gravement et multiplement viciée* ». Les observations du commissaire du gouvernement,

² Arrêté n° 106 CM du 23 janvier 2019 portant modification de l'arrêté n° 1464 CM du 30 septembre 2015 modifié.

accompagnées de la note du rapporteur général, ont alors été officiellement enregistrées par le bureau de la procédure.

15. Durant la séance du 14 novembre 2019, la société Tahiti Vigiles a demandé que deux pièces nouvelles soient portées au dossier : 1) le rapport concluant à un non-lieu qu'aurait rédigé l'ancien rapporteur général adjoint, avant d'être déchargé du dossier n° 16/0026 F et 2) un échange de messages électroniques entre le président de l'Autorité, les membres du collège de l'époque, le rapporteur général et le rapporteur général adjoint. La société Tahiti Vigiles soutenait que cet échange de messages électroniques concernait la tenue d'une séance du collège le 31 mai 2018, au cours de laquelle des suites auraient pu être données aux demandes formulées dans la note du rapporteur général du 16 mai 2018 (cette note étant en pièce jointe des mails échangés).
16. Après une interruption de séance, le président de séance a décidé, en application de l'article 113-3-04 du Règlement intérieur de l'Autorité polynésienne de la concurrence, d'accepter la pièce concernant l'échange de messages électroniques entre le président de l'Autorité, les autres membres du collège et le service d'instruction, mais n'a pas retenu l'autre document, sa datation n'ayant pu être confirmée avec certitude.

B. LE SECTEUR D'ACTIVITE ET LES ACTEURS CONCERNES

1. LE SECTEUR DE LA SURVEILLANCE ET DU GARDIENNAGE

17. La présente affaire concerne un marché public relatif à des prestations de gardiennage et de surveillance, pour lequel un appel à candidature a été publié en octobre 2015 et dont la notification finale du marché aux attributaires date du 25 avril 2016.
18. Les activités de surveillance et de gardiennage, lorsqu'elles ne sont pas exercées par un service public administratif, représentent un sous-ensemble des activités privées de sécurité, ces dernières regroupant, selon le livre VI du Code de la sécurité intérieure dans ses dispositions applicables en Polynésie française, les activités privées de surveillance et de gardiennage, les activités de transport de fonds, les activités de protection physique des personnes et de protection des navires. Le secteur des activités privées de surveillance et de gardiennage fait l'objet d'une réglementation définie dans le cadre du Code de la sécurité intérieure. S'agissant de son livre VI, concernant spécifiquement les activités privées de sécurité, la partie législative de ce code est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2012, en remplacement de la loi du 12 juillet 1983 modifiée. La partie réglementaire correspondante est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014.
19. La demande en prestations de surveillance et de gardiennage émane à la fois du secteur privé (Électricité de Tahiti, grande distribution, centres commerciaux et magasins, hôtels, boîtes de nuit...) et du secteur public (Office des Postes et Télécommunications, Port autonome, Tahiti Nui Aménagement & Développement, Service du tourisme, Office Polynésien de l'Habitat, Centre Hospitalier de la Polynésie Française, Direction du Commissariat d'Outre-mer en Polynésie française, Université de la Polynésie française, Aéroport de Faaa, mairies...). La part de la demande privée dans la demande globale varie, selon les interlocuteurs, entre 45 % et 80 %. Les marchés publics seraient généralement plus conséquents en termes de besoins. La demande en prestations de surveillance et de gardiennage se décline également en demande de prestations récurrentes (pour lesquelles, dans le secteur public, des contrats d'un

an sont conclus, généralement renouvelables) et en demande de prestations ponctuelles, liées à des événements (concerts, soirées, salons...) ; cette dernière ne représenterait pas une part significative de la demande globale (environ 5 % selon les estimations).

20. Une prestation de surveillance et de gardiennage consiste en la mise à disposition, par l'offreur au demandeur, pour un certain volume d'heures, d'agents de surveillance et de gardiennage détenteurs d'une carte professionnelle. Les demandeurs peuvent cependant exprimer différents types de besoins, la prestation de surveillance et de gardiennage requise pouvant être « standard » ou davantage spécialisée, comme la possibilité, pour l'agent, d'intervenir en cas d'incendie.

2. LES PRINCIPALES ENTREPRISES DU SECTEUR ET LES ENTREPRISES CONCERNEES

21. En 2017, selon le répertoire territorial des entreprises de l'Institut de la Statistique de la Polynésie Française, les « activités de sécurité privée » (code NAF 8010Z) rassemblaient 70 entreprises, patentés ou associations en activité et employaient plus de 11 000 salariés, pour un chiffre d'affaires estimé global approchant 3 milliards de F CFP.
22. Au sein de cet ensemble « d'activités de sécurité privée », on peut identifier une quinzaine d'entreprises exerçant plus spécifiquement les « activités de surveillance et gardiennage ». Les acteurs les plus importants, notamment en termes d'effectifs, sont Jurion Protection (mise en cause) et Tahiti Vigiles (mise en cause), suivis de Haumani Sécurité (partie saisissante) et de Tahiti Protection, puis d'entreprises moins importantes parmi lesquelles Bora Bora Protection, COE, Dassec Sécurité, Nena, Pacific Elite, Ryan Protection, Robson, South Pacific Sécurité.
23. Selon la société Haumani Sécurité, le secteur de la surveillance et du gardiennage est « *de plus en plus concurrentiel. Le nombre d'entreprises est en croissance et le nombre de salariés en hausse. Le secteur est actuellement porteur car il semble que de nombreux magasins et établissements veulent ouvrir sur des périodes plus longues et notamment le samedi après-midi et le dimanche* ».
24. La présente affaire a concerné huit de ces entreprises, dont les chiffres d'affaires sont présentés par ordre décroissant dans le tableau suivant.

Acteurs	TAHITI VIGILES	JURION PROTECTION	HAUMANI SECURITE	TAHITI PROTECTION	JOHNSTON SECURITE	DASSEC	JAZZ SECURITE	RYAN PROTECTION
Chiffre d'affaires 2014 en millions de F CFP	[500 ; 550]	[400 ; 450]	[250 ; 300]	[150 ; 200]	[50 ; 100]	[0 ; 50]	[0 ; 50]	[0 ; 50]

25. Les trois premières sont les suivantes :
- la SAS Tahiti Vigiles, créée en 1994, est présente sur plusieurs îles. Elle fait partie du premier groupe de sécurité de Polynésie française, également composé des entreprises Tahiti Valeurs (transport de fonds), TTAS (société de télésurveillance et de vidéosurveillance), TBO (transport de fonds et caisse centrale interbancaire), Tahiti Sûreté (sûreté aéroportuaire), STES (société habilitée pour l'impression de chèquiers), Tahiti Accueil Service et TNSS (société de traitement des chèques). En 2015, le groupe comptait plus de 400 salariés dont 160 dédiés à Tahiti Vigiles ;
 - la SARL Jurion Protection, fondée en 1987 et rachetée en 2016 par son actuel gérant. En 2015, l'entreprise affichait un effectif de 169 personnes, dont 126 agents détenteurs d'une carte professionnelle et 34 en attente d'une formation de qualification professionnelle. Début janvier 2018, elle a indiqué compter 170 employés en contrat à durée indéterminée ;

- la SARL Haumani Sécurité, créée en 2005. Elle comptait 120 agents à temps plein en 2015 et 70 en 2017. Elle explique cette baisse d'effectif par la perte du marché de la surveillance et du gardiennage lancé par la DICOM, objet de la présente affaire, qui aurait par ailleurs réduit de moitié son chiffre d'affaires.

C. L'APPEL D'OFFRES DE LA DICOM

26. Les pratiques dénoncées par la saisissante concernent le marché public ouvert par la DICOM³ relatif à des « Prestations de gardiennage et/ou de la surveillance relevant des emprises du Ministère de la défense de Polynésie française », référencé « 27/15 DICOM PF du 10/08/2015 » et lancé en octobre 2015, qui renouvelle le précédent marché lancé en 2011.
27. Auparavant, la DICOM assurait en régie le gardiennage des différentes emprises militaires. Un premier appel d'offres avait été lancé en juillet 2011 et déclaré sans suite. Un nouvel appel d'offres avait alors été lancé en octobre 2011. Le marché comprenait trois lots « constitués par zone géographique ». L'attribution du marché reposait sur l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction de la pondération d'un critère de prix et d'un critère de valeur technique.
28. L'examen des offres avait conduit à retenir, pour les trois lots, l'offre de Haumani Sécurité, celle-ci se révélant au regard des critères d'attribution l'offre économiquement la plus avantageuse.
29. Un appel d'offres a été lancé en 2015 pour renouveler pour quatre années le marché attribué en 2011. La procédure était de type appel d'offres ouvert, à bons de commande sans minimum ni maximum⁴ en valeur ou en quantité. Sa durée initiale, à partir de la date de notification du marché, était d'un an, reconductible au maximum trois fois, la durée totale ne pouvant donc excéder quatre années. Les recours à la sous-traitance (y compris au moment de l'offre) et au groupement d'entreprises étaient par ailleurs autorisés.
30. L'avis d'appel à candidature a été publié le 13 octobre 2015 dans La Dépêche de Tahiti, les candidatures devant parvenir à la DICOM au plus tard le mercredi 18 novembre 2015 à 11h00. La lettre de candidature du groupement de Jurion Protection et Tahiti Vigiles signée de ces deux entreprises est datée du 26 octobre 2015.
31. Selon le rapport de présentation du marché établi le 30 mars 2016, neuf entreprises ont retiré le dossier d'appel à candidatures et sept dossiers de candidature ont été déposés : Jazz Sécurité, Ryan Protection, Haumani Sécurité, Dassec Sécurité, Tahiti Protection, Johnston Sécurité et le groupement solidaire Jurion Protection et Tahiti Vigiles (ci-après « le

³ Le directeur du commissariat d'outre-mer de Polynésie française est le représentant du pouvoir adjudicateur conformément à l'arrêté du 22 juin 2007 modifié portant désignation des personnes n'appartenant pas à l'administration centrale signataires des marchés publics et des accords-cadres au ministère de la défense.

⁴ Un marché à bons de commande est un marché à exécution successive conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Il peut être conclu sans maximum ni minimum, ce qui donne plus de liberté à l'acheteur public qui n'est plus tenu de garantir dès le départ un minimum de dépenses. Un acheteur peut ainsi effectuer des achats à caractère répétitif en organisant une seule procédure complète de mise en concurrence des fournisseurs potentiels. Les bons de commande sont ensuite émis sans négociation et déterminent la quantité des prestations ou des produits demandés. Ils peuvent préciser les caractéristiques de ces prestations à condition de ne pas modifier de manière substantielle les dispositions initiales du marché.

groupement »). Les sept candidatures ont été acceptées à l'issue d'une commission d'ouverture des plis qui s'est tenue le jeudi 19 novembre 2015.

32. Finalement, la DICOM a retenu l'offre du groupement comme économiquement la plus avantageuse pour les lots n° 1 à 6 et l'offre de Dassec Sécurité comme économiquement la plus avantageuse pour le lot n° 7. La notification du marché aux attributaires a eu lieu le 25 avril 2016.

D. LES PRATIQUES CONSTATEES ET LE GRIEF NOTIFIE

33. Le 26 octobre 2015, les sociétés Tahiti Vigiles et Jurion Protection ont présenté une offre sous forme de groupement.
34. Le 15 avril 2019, le grief suivant a été notifié aux sociétés mises en cause: « Il est fait grief aux sociétés Jurion Protection SARL (n° de Tahiti 349 118, n° de R.C.S. de Papeete TPI 95 276 B) et Tahiti Vigiles SAS (n° de Tahiti 297 911, n° de R.C.S. de Papeete TPI 94 64 B) d'avoir, pour les lots du marché public ouvert par la Direction du commissariat d'outre-mer de Polynésie française en 2015 et relatif à des prestations de gardiennage et/ou de la surveillance relevant des emprises du Ministère de la défense de Polynésie française, fait des offres à travers un groupement non justifié tant sur le plan technique qu'économique.
35. Cette pratique a eu pour objet de répartir entre ses membres les prestations de surveillance et de gardiennage, d'assécher la concurrence et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence au détriment de Direction du commissariat d'outre-mer de Polynésie française, acheteur public.
36. Elle s'est déroulée du 26 octobre 2015 (date à laquelle Jurion Protection et Tahiti Vigiles ont déposé, en groupement, leur lettre de candidature) au 25 avril 2016 (date de notification du marché aux attributaires). Elle a produit des effets et est susceptible de continuer à en produire jusqu'au 24 avril 2020, date d'échéance du marché en cours d'exécution. Cette pratique est prohibée par les dispositions de l'article LP 200-1 du code de la concurrence ».

II. DISCUSSION

A. SUR LA PROCEDURE

37. Aux termes de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».
38. L'article 6 §1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, applicable aux autorités administratives indépendantes (CEDH, 27 septembre 2011, n°43509/08, Menarini Diagnostics SRL / Italie, §38 à 45 ; CEDH, 27 février 1992, n°11598/85, société Stenuit / France, §51 à 67), garantit le droit à un procès équitable en disposant que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial* ».

39. Notamment, l'impartialité du Tribunal doit se manifester de manière objective, où il s'agit d'offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Il a notamment été jugé que « *l'appréciation objective [...] consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance* » (CEDH, 5e Sect. 11 juin 2009, Dubus S. A. c. France, req. n° 5242/04, §53 ; Cass. Com., 9 octobre 2001, béton de France).
40. Le respect de l'impartialité, garanti par l'article 6 §1 de la CESDH, suppose que l'autorité concernée soit en mesure de prendre une décision sans « pré-jugement ». C'est pourquoi il doit exister une stricte séparation entre les fonctions d'instruction et de décision (CEDH Didier c/ France, 27 août 2002, Req. n° 58188/00, Dubus SA c. France, 11 juin 2009, Req. n°5242/04 ; Cons. const. 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, Société Groupe Canal Plus et autres). Partant, le collège et le président de l'Autorité, en tant que formation de jugement et ayant le pouvoir de sanction, ne doivent pas interférer dans l'instruction, sauf à faire apparaître un doute sur son impartialité.
41. Le principe de séparation des fonctions est d'ailleurs rappelé dans l'article LP 630-2 du Code polynésien de la concurrence aux termes duquel « *l'instruction est menée en toute indépendance par le service d'instruction sous la direction du rapporteur général* ». L'article A. 610-2-4 complète le dispositif en énonçant que « (...) *le rapporteur général et les agents du service d'instruction (...) prennent l'engagement solennel d'exercer leurs fonctions en pleine indépendance, en toute impartialité et en conscience (...) notamment pendant l'instruction* ».
42. Compte tenu des éléments figurant au dossier, le collège ne peut que constater que le principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision a été violé, dans la mesure où cette instruction n'a pas été menée sous la seule autorité du rapporteur général.
43. En effet, les pièces du dossier laissent apparaître une subordination du rapporteur général au collège, le rapporteur général demandant clairement à ce dernier des instructions sur l'issue de l'affaire en cause et, selon ses propres termes, « sur la suite à donner à ce dossier ».
44. Dans la note du 16 mai 2018, le rapporteur général indique que le rapport du rapporteur général adjoint, alors encore en charge du rapport sur ce dossier, « *conclut à l'incompétence de l'Autorité pour sanctionner les pratiques et, d'autre part, à l'absence de pratiques anticoncurrentielles* ». Le rapporteur général souhaite alors « *connaître la position de principe du collège sur la question juridique de l'entrée en vigueur de la loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 (1) et sur les suites à donner à ce dossier compte tenu de l'impact sur la durée de la procédure (2)* ».
45. Le rapporteur général interroge plus loin le collège : « *Je suis donc très hésitante, compte tenu du contexte actuel au sein du service d'instruction et des délais que je m'étais engagée à tenir sur ce dossier (décision avant la fin de l'année 2018), sur la suite à donner à ce dossier :*
- *Faut-il que je laisse Sébastien Petit continuer dans sa démarche de non-lieu, au risque que vous décidiez d'un retour à l'instruction à l'issue du dossier ?*
 - *Faut-il que je demande à Sébastien Petit de revoir sa position en lui demandant de rédiger une notification des griefs, au risque qu'il maintienne sa position, et alors que je n'ai pas pu m'appropriier l'ensemble des pièces du dossier et donc avoir une position totalement éclairée ?*
 - *Faut-il que je substitue à Sébastien Petit un nouveau rapporteur sur ce dossier afin qu'un regard neuf soit porté sur la réalité de pratiques anticoncurrentielles alléguées ?*

En dehors d'une décision d'irrecevabilité, faute de compétence de l'Autorité, seule la première option permettrait d'aboutir à une décision avant la fin de l'année (si un retour à l'instruction n'est pas décidé), les deux autres décalant l'issue du dossier à 2019. » Le contenu de ces demandes laisse paraître non seulement des préoccupations de calendrier et de délais mais une orientation vers une position répressive, évoquant le non-lieu comme un « risque ». Il résulte de cette note que, bien qu'elle ait choisi de ne pas transmettre au collègue le document rédigé par le rapporteur alors en charge du dossier, le rapporteur général était pleinement conscient du risque de, selon ses propres termes, « *compromettre toute la procédure dans ce dossier* ».

46. Suite à cette demande, le président de l'Autorité a alors interféré de manière active dans l'instruction en procédant à une demande d'audition du premier rapporteur ayant envisagé de conclure au non-lieu. Dans un message électronique daté du jeudi 24 mai 2018, à 15h09, le président de l'Autorité écrit au rapporteur général adjoint alors en charge du dossier : « (...) *Le collège de l'Autorité réuni ce matin en séance administrative a décidé de t'auditionner sur la gestion du dossier 16/0026 F Sté Haumani Sécurité, le jeudi 31 mai 2018 à 8h30 dans la salle des séances* ». Alors qu'il a refusé cette convocation « *en vertu de la séparation entre instruction et jugement* », le président de l'Autorité lui répond dans un message électronique du jeudi 24 mai 2018 à 16h27 : « (...) *La séparation entre instruction et jugement et le fait que tu travailles sous l'autorité du rapporteur général, n'est pas opposable à la volonté du collège de t'auditionner sur la gestion de ce dossier. Une telle réunion a d'ailleurs eu lieu puisque tu cites toi-même dans ton mail du 16/02/18 des extraits du relevé de décisions de la réunion à laquelle tu as participé. Ce qui ne posait pas de problème à cette date. Le collège à qui des informations avaient été données sur la gestion de ce dossier et que se trouve aujourd'hui avec une proposition différente réitère donc sa demande d'audition sur la conduite du dossier 16/0026F Sté Haumani Sécurité. Il souhaite en outre faire le point sur d'autres dossiers dont la prévision d'arrivée à échéance le concerne.* »
47. Le président de l'Autorité, seul à même d'établir l'ordre du jour au regard de l'article A.610-1, 5° du code de la concurrence, est parvenu à organiser une réunion du collège de l'Autorité en présence du rapporteur général adjoint le jeudi 31 mai 2018 à 8h30, soit une semaine après cet échange de messages électroniques. Par la suite, le rapporteur général adjoint a été dessaisi du dossier, celui-ci étant ultérieurement confié à un autre rapporteur. La note du rapporteur général, les convocations adressées par le président de l'Autorité au rapporteur chargé de l'affaire et la chronologie des faits caractérisent la confusion entre les fonctions d'instruction et de décision.
48. Ces éléments de faits créent un doute raisonnable sur la procédure, où se sont succédées une proposition de non lieu, puis une notification de griefs dans des conditions pouvant faire craindre un pré-jugement, dès lors que les membres du collège, ayant le pouvoir de sanction, ont interféré de manière active dans l'instruction, portant atteinte au principe d'impartialité.
49. Au regard de tous ces éléments, il résulte que la procédure a été viciée.

B. SUR L'APPLICATION DANS LE TEMPS DU CODE DE LA CONCURRENCE

50. Le code polynésien de la concurrence, créé par la loi du pays n° 2015-2 du février 2015 relative à la concurrence, dont l'objectif est de promouvoir la concurrence et de favoriser l'efficacité du fonctionnement de l'économie polynésienne, comportait à l'origine des dispositions relatives à son entrée en vigueur, énoncées en deux temps, la première phrase visant « les dispositions de la loi » de manière générale, la seconde phrase visant

spécifiquement l'Autorité chargée d'appliquer le droit de la concurrence, alors totalement nouveau.

51. Au regard de la nature répressive de ce droit, une attention particulière doit être portée à son application dans le temps, comme l'a d'ailleurs observé le Conseil de la concurrence métropolitain dans plusieurs de ses rapports. Plus particulièrement, le rapport pour 2004 soulignait la nécessité d'appliquer strictement le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive (p. 255).
52. Or, les dispositions du texte polynésien ont été présentées par l'Autorité comme entrant en vigueur au moment de la mise en place effective de celle-ci. C'est d'ailleurs ainsi que ces dispositions ont été comprises initialement.
53. Dans un article de presse, le président de l'Autorité polynésienne de la concurrence affirmait : *« L'autorité est en place puisque les membres du collège sont nommés, la rapporteur générale est nommée et au moins un rapporteur est en fonction, donc le droit de la concurrence en Polynésie est entré en vigueur au 1^{er} février 2016 »*.
54. C'est, en outre, la même date qui était retenue par la décision n°16-SC-01 du 13 septembre 2016. En son §28, est énoncé que le code de la concurrence est : *« entré en vigueur au 1^{er} février 2016 »*. La généralité de la formulation laisse entendre que c'est l'ensemble du code de la concurrence qui est entré en vigueur au 1^{er} février 2016, sans faire état d'une quelconque distinction selon les parties du code de la concurrence.
55. Vont également dans ce sens les rapports annuels de l'Autorité de la concurrence, publiés, et le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-157 du 9 février 2017, également publié (dans lequel il est expressément indiqué que *« la loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 portant création du code de la concurrence de la Polynésie française est entrée en vigueur le 1^{er} février 2016 »*).
56. Or, le principe d'intelligibilité du droit a été consacré comme objectif à valeur constitutionnelle. Ce principe permet notamment de veiller à ce que les sujets de droit soient prémunis d'interprétations équivoques, contradictoires ou ambiguës.
57. Dans ces conditions, le justiciable ne peut que légitimement considérer que la date d'entrée en vigueur du code de la concurrence est le 1^{er} février 2016. En effet, ces affirmations émanent d'un pouvoir officiel qui, conformément à l'article A. 610-1 10° du code de la concurrence, *« représente l'Autorité dans tous les actes de la vie civile »*.
58. Il résulte de ce qui précède que le droit polynésien de la concurrence, issu de la loi de pays n° 2015-2 du 23 février 2015, est entré en vigueur le 1^{er} février 2016.
59. En conséquence, le code de la concurrence ne peut être appliqué au groupement des entreprises Jurion Protection et Tahiti Vigiles constitué pour répondre le 26 octobre 2015 à l'appel d'offres restreint lancé par la DICOM.

C. SUR LE GRIEF NOTIFIÉ

60. L'Autorité polynésienne de la concurrence rappelle que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements en vue de répondre à un appel d'offre n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet pro-concurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive.

61. Ces groupements peuvent, à l'inverse, avoir un effet anti-concurrentiel, s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente anti-concurrentielle de prix ou de répartition de marchés. L'absence de nécessité technique et économique de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anti-concurrentiel, mais ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère qui dépend de l'appréciation des situations au cas par cas.
62. Dans le cas d'espèce, l'Autorité se bornera à observer que rien ne permet de conclure que le groupement ait fait obstacle au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché concerné. Il n'est pas allégué que le groupement ait empêché une réelle concurrence entre les sept soumissionnaires à l'appel d'offres de 2015. Le groupement a proposé une offre compétitive qui lui a permis d'emporter le marché, avec un avantage tarifaire clair par rapport à l'offre de la société Haumani Sécurité, titulaire du marché précédent (l'offre de Haumani se situant à près de 10% au-delà de celle du groupement).

DÉCISION

Article unique : Au vu de ce qui précède, les conditions de l'interdiction au titre de l'article LP 200-1 du code polynésien de la concurrence ne sont pas réunies en l'espèce, compte tenu tant de l'inobservation de la séparation des fonctions d'instruction et de décision que de l'inapplicabilité du code de la concurrence aux fait dénoncés. De ce fait, aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'ayant été établie, il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, en application des dispositions de l'article LP. 641-6 du code de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Hélène Bonnet, *rapporteur* et en présence de Mathieu Pujuguet, *rapporteur général par intérim*, par M. Christian Montet, *président de séance*, Mme Aline Baldassari, M. Youssef Guenzoui et M. Michel Paoletti, *membres*.

Le président de séance,

Christian Montet