

AUTONOMIE ET COMPÉTENCES EN MATIÈRE DE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

par Philippe T. NEUFFER*

Mettre en relief l'évolution de la compétence en matière de postes et télécommunications en Polynésie française et la particularité de son exercice par les autorités centrales et polynésiennes est l'objectif de cet article.

En effet, il s'agit d'une compétence qui a été progressivement octroyée à la Polynésie française après avoir été exercée de façon conjointe avec l'Etat. Enfin elle risque soit de revenir dans le champ de compétence de l'Etat soit d'être à nouveau exercée en commun dans les années à venir, sous l'effet de l'évolution technologique.

C'est bien là que réside l'intérêt de cette étude ; analyser l'évolution du partage de cette compétence et des outils par lesquels elle peut être exercée conjointement par l'Etat et une collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie.

Si la notion d'autonomie n'a été consacrée que récemment par la Constitution de la cinquième République, elle n'a toujours pas de définition. L'article 74 de la Constitution utilise ce terme pour différencier les collectivités d'outre-mer entre elles. Celles disposant de l'autonomie ayant une organisation administrative différente des autres⁴¹⁵.

Juriste au secrétariat général du gouvernement, chargé du contentieux administratif de la Polynésie française.

⁴¹⁵ Notamment celles qui intègrent ce type de collectivités à la suite d'un changement institutionnel proposé par les autorités centrales et accepté par la population. Cela sera le cas pour Saint-Barthélemy et Saint-Martin puisque la grande majorité des électeurs de ces deux îles dépendant du département de la Guadeloupe, a voté en faveur de l'évolution institutionnelle vers le statut de collectivité d'outre-mer, en répondant massivement « oui » à la question qui leur était posée dans le cadre du référendum organisé par le Président de la République, conformément aux dispositions de l'article 72-4 de la

Destinés au départ à identifier la Polynésie et permettre le maintien de certains « acquis » issus du projet de loi constitutionnelle de 1999, les alinéas 8 à 11 de cet article ne sont toujours d'aucun secours pour définir l'autonomie, « concept magique dans la mesure où il ne met en œuvre que des moyens symboliques »⁴¹⁶, « qui laisse la doctrine relativement perplexe »⁴¹⁷.

On pourrait néanmoins s'accorder aujourd'hui pour considérer que cette notion désigne l'organisation institutionnelle de celle des collectivités d'outre-mer qui bénéficie des dispositions fixées aux alinéas 8 à 11 de l'article 74 de la Constitution (contrôle juridictionnel spécifique du Conseil d'Etat sur certains actes de l'assemblée délibérante ; modification par cette institution d'une loi déclassée par le Conseil constitutionnel ; mesures favorables à la population portant atteinte à certains principes constitutionnels ; participation à l'exercice de compétences régaliennes).

Dans l'esprit commun, on entend l'autonomie au sens matériel et fonctionnel, c'est le contenu autant que le contenant.

L'idée exprimée par ce concept est que l'Etat partage avec une de ses collectivités territoriales la compétence de réglementer certains domaines.

Or le mot partager est doté de plusieurs sens dont deux sont intéressants : d'une part il désigne le fait de diviser en parts et, d'autre part, il signifie le fait d'avoir en commun. S'agissant d'organisation institutionnelle, ce qui fait l'objet du partage en parts ou en commun, c'est le pouvoir de réglementer voire de légiférer.

Ainsi, on entend essentiellement le concept d'autonomie au regard du principe de la répartition des compétences entre l'Etat et la collectivité. La doctrine la plus avisée s'est toujours évertuée à analyser et disséquer les techniques employées pour opérer cette répartition, assez inhabituelle dans le cadre d'un Etat unitaire.

Constitution.

⁴¹⁶ A. Moyrand « Le statut du territoire de Polynésie française : bilan de 10 ans d'application 1984-1994 », Dir. J-Y Faberon, *Economica – PUAM*, Paris, 1996, p. 148.

⁴¹⁷ M. Joyau « De l'autonomie des collectivités territoriales française : essai sur la liberté du pouvoir normatif local », *LGDJ – EJA – M.J.*, Paris 1998, p. 2.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

En revanche peu de propos ont été consacrés à l'exercice en commun d'une compétence par les autorités étatiques et celles d'une collectivité territoriale. Or dans de nombreux domaines, l'Etat et une collectivité d'outre-mer sont amenés à collaborer, donc à partager une compétence⁴¹⁸.

Les postes et télécommunications sont aussi intéressantes pour cela. Le sujet de cette étude sera donc limité à la mise en relief de l'exercice en commun des compétences liées à ce secteur dans le cadre de l'autonomie (2), après avoir mis en exergue leur évolution (1).

I – L'ÉVOLUTION DES COMPÉTENCES

Un peu à l'image des institutions politiques, les services publics vont acquérir progressivement leur autonomie au lendemain de la seconde guerre mondiale et à la veille du mouvement de décolonisation.

A - AUTONOMIE, DÉCENTRALISATION ET SERVICE PUBLIC

Si l'on s'accorde avec la pensée de Gaston Jèze, « pour savoir s'il y a service public proprement dit, il faut rechercher si telle a été la volonté des gouvernants »⁴¹⁹.

Or très tôt l'acheminement du courrier et des télécommunications a été considéré comme une activité de service public. L'exercice de cette activité a été confié de manière monopolistique, pour des raisons de sécurité, à un service central ; l'administration des postes télégraphes et téléphones.

⁴¹⁸ L'exemple le plus récent s'observe au travers des modalités du transfert des compétences de l'une vers l'autre des personnes publiques. C'est le cas pour certains pans de la navigation maritime qui relèvent désormais de la compétence de la Polynésie française, mais qui continuent à être exercés provisoirement par un service d'Etat ou encore pour ce qui concerne l'accueil des mineurs délinquants sur décision judiciaire qui est encore assuré par un service de l'administration polynésienne alors qu'il relève de l'Etat.

⁴¹⁹ G. Jèze « Les principes généraux du droit administratif », tome 2, Dalloz 3^e édition, Paris, 2004.

C'est d'ailleurs un bureau de poste qui a eu l'honneur d'inaugurer la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de faute de service⁴²⁰ lié à son mauvais fonctionnement.

Cette gestion centralisée du service a perduré outre-mer jusque vers la fin des années 50. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'exploitation des réseaux de télécommunications ouverts à la correspondance publique qui assuraient les liaisons intérieures et extérieures des différents territoires de l'Union française était encore effectuée par l'administration métropolitaine des postes, télégraphes et téléphones (déc. n° 46-2290 du 16 octobre 1946, JOEFO du 15 mars 1950, p. 97 et s.) qui disposait quand même de services centraux et locaux.

Au lendemain des évènements d'Indochine du Maroc et de la Tunisie, la volonté des gouvernants était de doter, ce qu'il était d'usage d'appeler la France d'outre-mer, d'une nouvelle organisation institutionnelle. En matière de services publics, cette volonté s'est traduite par une véritable décentralisation et déconcentration technique.

L'adoption de la loi-cadre Defferre a permis l'introduction en Polynésie française, par le biais de la procédure des décrets-lois, d'une organisation institutionnelle que l'on a pu qualifier d'autonomie politique (Luchaire 1966). Elle a aussi eu des conséquences sur le mode de gestion de certains services publics dont celui des postes et télécommunications.

En effet, l'article 3 de la loi n° 56-619 du 23 juin 1956, autorisait le gouvernement à procéder à une réforme des services publics dans les territoires d'outre-mer. Celle-ci devait tendre « à la définition d'une part, des services d'Etat chargés de la gestion des intérêts de l'Etat et d'autre part, des services territoriaux chargés de la gestion des intérêts des territoires, ainsi qu'à la répartition des attributions entre ces services » (JOPF 15 août 1957, p. 434).

C'est ainsi que le service des postes et télécommunications a été réorganisé par décret n° 56-1229 du 3 décembre 1956 (JOEFO 31 décembre 1956, p. 644 et s.). Il était prévu d'une part, que le service relevant du ministère de la France d'Outre-mer serait érigé en « office administratif central doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière (Art. 1^{er} al. 1^{er}) » et d'autre part que, dans les établissements

⁴²⁰ CE 3 février 1911, *Anguet*, p. 146.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

français de l'Océanie⁴²¹, comme dans d'autres territoires, ce service serait érigé en Office local des postes et télécommunication. Ce dernier constituerait un établissement public local, à caractère industriel et commercial doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière (Art. 1^{er} al. 2).

Du point de vue de l'organisation institutionnelle, le décret n° 57-812 du 22 juillet 1957 opérait, dans les établissements français d'Océanie, un large partage des compétences avec notamment la possibilité pour les assemblées territoriales des collectivités intéressées, de modifier des dispositifs antérieurs de nature législative et réglementaire entrant dans leur champ de compétence (Art. 42).

C'est donc sous l'empire de la Constitution de la IV^{ème} République qu'un tel dispositif a été introduit. Il ne sera consacré que 46 ans plus tard, par la Constitution de la V^{ème} République (art. 74 al. 9). La loi statutaire du 22 février 2004 reprend des dispositions identiques aux articles 11 et 12.

Malheureusement, les autorités centrales ayant très vite considéré ces avancées statutaires comme une « erreur sur laquelle il a fallu revenir quelques années plus tard »⁴²², sont revenues sur cette organisation à travers une ordonnance du 23 décembre 1958.

Si les institutions politiques ont eu à souffrir de ce retour sur compétence, il n'en a pas été de même pour le service des postes et des télécommunications.

La double réorganisation qui aboutissait au niveau local à une véritable déconcentration technique n'a pas été remise en cause. La compétence en matière de postes et télécommunications relevait de l'Etat jusqu'en 1984.

⁴²¹ Article 1^{er} du décret n° 57-622 du 15 mai 1957, JOEFO du 30 juin 1957 p. 346.

⁴²² Lettre de P. Messmer à J-M Regnault le 19 juin 1995, citée par J. Page *in* « Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer », PUAM, Aix-En-Provence, 2001, p. 83.

B - LE SERVICE DES POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

Jusqu'en 1977, l'Etat s'était réservé l'exclusivité de la réglementation en la matière. L'assemblée territoriale était néanmoins consultée pour « l'homologation des tarifs postaux et des taxes téléphoniques et télégraphiques du régime intérieur, ainsi que de l'établissement, l'aménagement, l'équipement et l'entretien des réseaux téléphoniques et télégraphiques et du service radio-électrique intérieurs » ainsi que le prévoyait le décret n° 57-812 (art. 49-5°).

Cette procédure de consultation est intéressante puisqu'elle fait participer la collectivité au processus de création de la loi. Dénoncée comme une « simple formalité qu'il suffirait à voir accomplie pour être dans les règles »⁴²³, cette consultation a pris une forme particulière depuis la réforme constitutionnelle de mars 2003, qui en a fait une véritable obligation constitutionnelle. En effet, l'article 74 précise que le statut d'une collectivité d'outre-mer doit prévoir les conditions de cette consultation pour des dispositions réglementaires ou législatives « comportant des dispositions particulières à la collectivité ».

Il peut d'ailleurs être déduit du 11^{ème} considérant de la décision n° 2003-474 DC rendu par le Conseil constitutionnel le 17 juillet 2003, qu'un défaut de consultation d'une institution d'une collectivité d'outre-mer pourrait affecter une loi d'un vice de procédure.

A compter de la loi du 12 juillet 1977, l'article 62 précise que l'Etat est compétent en matière de « communications extérieures (... postes et télécommunications) » et maintient tout en l'étendant l'exigence de la consultation de l'assemblée territoriale (art. 47-*e*).

Cette dernière disposition permet de confirmer que la Polynésie française ne bénéficiait pas à cette époque de compétence effective en matière de communication intérieure. Ce sera l'apport de la loi de 1984.

L'article 3-3° de la loi n° 84-420 du 6 septembre 1984 dispose que l'Etat est compétent en matière de « communications extérieures en matière de (...) postes et télécommunications ». Pour ce qui concerne la consultation obligatoire en matière de « modifications des tarifs postaux

⁴²³ G. Sem « Introduction au statut juridique de la Polynésie française », DDOM, Papeete, 1996, p. 69.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

et des taxes téléphoniques, télégraphiques et radioélectriques du régime international », celle-ci relève de la compétence du conseil des ministres.

L'assemblée territoriale se retrouve donc compétente pour fixer le régime local des postes et télécommunications.

Des dispositifs réglementaires prévoyaient la possibilité de coordonner l'action de chacune des deux personnes publiques par le biais de conventions.

La loi organique du n° 96-312 cantonne les compétences de l'Etat en la matière aux « liaisons et communications gouvernementales de défense et de sécurité » (art. LO 6-3°) et précise que le conseil des ministres « approuve les tarifs des taxes et redevances appliquées par l'Office des postes et télécommunications » (art. LO 28-19°).

La loi organique du 27 février 2004 ne modifie pas substantiellement ce partage mais précise que le conseil des ministres « approuve les tarifs des taxes et redevances appliquées en matière de postes et télécommunications relevant de la Polynésie française » (art. LO 91-5°).

En revanche, l'article 31 ouvre un nouveau champ possible de compétence en prévoyant que la Polynésie française pourra participer à l'exercice des compétences de l'Etat en matière de « communication audiovisuelle » (4°) et de « services financiers des établissements postaux ». Il convient de signaler à ce titre qu'une ordonnance du 22 juillet 2004, fixe le régime applicable aux services financiers des offices des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française (JOPF 12 août 2004, p. 2672).

Ainsi on observe un élargissement des compétences de la Polynésie française en matière de postes et télécommunications depuis 1984. Cette extension s'est accentuée depuis 1996 et connaît un regain avec le statut de 2004.

Néanmoins les juridictions administratives ont dû intervenir pour préciser l'étendue de la compétence de la Polynésie française sous l'empire de la loi statutaire de 1996 et sous la pression de l'évolution technologique.

La Haute juridiction avait considéré que la loi statutaire instituait une compétence générale en matière de télécommunication aux autorités de la Polynésie française limitée à celle de l'Etat en matière de « réglementation des fréquences radioélectriques » (Art. LO 6-3°). Ainsi la Polynésie française pouvait réglementer « l'évaluation de conformité de l'ensemble des équipements terminaux de télécommunications

Philippe T. NEUFFER

destinés à être ouvert au public, sous réserve de ceux de ces équipements qui utilisent des fréquences radioélectriques (à l'époque la téléphonie mobile ou « vini », aujourd'hui les technologies Wi-fi et Bluetooth), de respecter la réglementation du spectre radio-électrique édictée par l'Etat »⁴²⁴.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de loi organique n° 2004-192 du 29 février 2004, ne relève formellement de la compétence de l'Etat que les « liaisons et communications gouvernementales ou de sécurité en matière de postes et télécommunications » (art. LO 14-4°).

Ce qui revient à dire que tout ce qui ne touche pas les communications militaires et celles relevant du Premier ministre, ressortit désormais à la compétence de la Polynésie française.

C'est sans compter avec l'évolution des « nouvelles technologies de l'information et de la communication » qui rendront encore nécessaire un exercice en commun de certaines compétences.

II – L'EXERCICE EN COMMUN DES COMPÉTENCES

En matière de postes et télécommunications en Polynésie, la question de compétence se pose à l'égard du maître du service et de la personne chargée d'exécuter le service appelé opérateur.

Jusqu'à la loi statutaire de 1984, l'Etat était exclusivement compétent pour réglementer tant l'activité que les conditions d'exercice. Puis à compter de cette loi, cette compétence a été partagée avec le territoire jusqu'à être résiduelle avec l'entrée en vigueur de la loi statutaire de 2004.

Dès 1957, le monopole de l'exercice de l'activité d'opérateur des postes et télécommunications a été confié à un établissement public de nature industrielle et commerciale ; l'Office des postes et télécommunications.

La première marque de l'exercice commun de cette compétence réside dans cet établissement. La seconde est augurée par ce que l'on nomme la « convergence des technologies ».

⁴²⁴ CE – Section, 10^e et 7^e SSR – avis n° 197782 du 7 octobre 1998.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

A. – L'EXERCICE EN COMMUN PAR L'INTERMÉDIAIRE D'UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC

L'Office des postes et télécommunication de la Polynésie française exerce un monopole de plus en plus controversé. Or la remise en cause de ce monopole va poser la question de l'ouverture à la concurrence et de la régulation de cette concurrence.

1. - La création et l'organisation du service

Plusieurs faits marquants suivent l'entrée en vigueur de la loi statutaire de 1984. Le premier partage de compétences qu'elle institue en matière de postes et télécommunications sera suivi d'une réforme organique de l'établissement chargé de « l'exploitation du service public des postes et télécommunications » et de « l'exercice des monopoles postal, télégraphique et téléphonique » (art. 7-a), déc. n° 57-1229).

Le décret n° 85-1482 du 31 décembre 1985 (JOPF NS 4 janvier 1986, p. 11) classe l'office des postes et télécommunications créé par délibération n° 85-1023 du 8 mars 1985 pour exploiter le fonctionnement du service des postes télécommunications, comme service public, ce qui lui permet d'exercer les compétences de l'Etat en la matière. Ces dernières sont d'ailleurs énumérées en annexe du décret.

L'intégration d'un établissement public industriel et commercial créé par délibération de la Polynésie française, dans le service public d'Etat lui permettra d'exercer aussi des compétences qui relèvent de l'Etat. Une liste annexée au décret fixe en effet la liste des compétences que l'Etat conserve.

Cet exercice en commun de compétences, implique une nécessaire coordination qui sera assurée par une convention.

Les conventions prévues par les lois statutaires, constituent des instruments privilégiés en matière d'exercice de compétences. S'agissant de convention de coopération verticale, le Conseil constitutionnel a validé le recours à cette technique dans le droit fil des décisions sur les lois de décentralisation et de planification du début des années 80.

Saisi d'un déféré contre une loi approuvant une convention fiscale entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a considéré, qu' « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses

collectivités territoriales de la République »⁴²⁵. Il précise même qu'« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'Etat d'une part, et des collectivités territoriales d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi ».

En revanche des interrogations subsistent sur la force des obligations nées de ces contrats, à l'instar des contrats de plan. Pour ces derniers, le Conseil d'Etat a considéré qu'ils n'emportaient « aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit (CE n° 169557 du 25 octobre 1996, Association Estuaire-Ecologie)⁴²⁶.

Il n'en demeure pas moins que le contrat entre personnes publiques portant sur les compétences de ses auteurs est « une des conséquences de la personnalisation, de la reconnaissance au profit des collectivités publiques d'une personnalité juridique autonome »⁴²⁷.

Le recours à la technique contractuelle est prévu dans les lois statutaires depuis 1977, au titre de l'aide technique et financière (Art. 69 et 70, Loi 1977). En matière de postes et télécommunications le renvoi à de telles conventions entre l'Office des postes et télécommunications et l'Etat, pour l'exercice des compétences que ce dernier conservait au titre de la loi statutaire de 1996 a été censuré par le Tribunal administratif de Papeete⁴²⁸.

Considéré par le législateur dérivé, d'industriel et commercial, l'Office des postes et télécommunications de la Polynésie française a été également le centre d'un débat juridictionnel qui a amené la juridiction administrative locale à hésiter sur sa nature juridique⁴²⁹, avant de se

⁴²⁵ Décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983.

⁴²⁶ Pour une étude de la question appliquée à la Polynésie française, cf. Ph. NEUFFER « Le contrat de ville de l'agglomération de Papeete – *Te hono a te mau oire piri ia Papeete* », mémoire soutenu à l'Université française du Pacifique dans le cadre de la maîtrise en droit, sous la direction de monsieur le professeur Y. Gautier, Pirae, septembre 1997.

⁴²⁷ Jean-David Dreyfus « Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques », Ed. L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris 1997, p. 194.

⁴²⁸ TA Papeete, n° 97-35, *Etat*, 22 avril 1997.

⁴²⁹ TA Papeete n° 1077 et 1200, *Martin*, 22 novembre 1988.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

ranger à l'interprétation du Tribunal des Conflits⁴³⁰ dans une affaire relative aux service postal⁴³¹.

Ces deux dernières affaires confirment le caractère industriel et commercial de l'établissement en charge des postes et télécommunications et ses conséquences dans les rapports entre le service et ses usagers qui relèvent du droit privé.

A ces contentieux, suivront d'autres qui révéleront une forme de contestation de gestion du service tout en clarifiant le partage des compétences entre l'Etat et la Polynésie française.

2. - Un monopole contesté

Le monopole de l'Office des Postes et télécommunications de la Polynésie française est souvent contesté notamment en matière de télécommunications. Encore récemment, la presse se faisait l'écho de revendications d'acteurs politiques et privés visant à obtenir une baisse des tarifs, à une ouverture de ces activités à la concurrence⁴³² d'opérateurs privés⁴³³.

Ces récriminations sont exprimées surtout au regard des tarifs pratiqués qui semblent justifiés par le phénomène de péréquation qui est une application stricte du principe d'égalité des usagers du service public⁴³⁴. Il oblige l'opérateur à mettre en place une tarification unique sur l'ensemble du territoire. Dans les zones urbanisées des bénéfices considérables sont dégagés. Ils permettent de financer et d'amortir l'équipement et le fonctionnement des zones rurales et éloignées de Papeete.

Seul un monopole permet d'assurer une telle péréquation.

Dans une affaire faisant suite à l'entrée en vigueur de la partie du code des postes et télécommunications relative aux télécommunications,

⁴³⁰ TC n° 02648, *OPT de Nouvelle-Calédonie*, 17 juin 1991, p. 464.

⁴³¹ TA Papeete n° 96-15 et 96-120, *Jourdan*, 10 décembre 1996.

⁴³² Agence Tahitienne de Presse, dépêche du 30 août 2004 « Ouverture à la concurrence pour l'OPT : les verts et le tahoeraa prennent position », T.M.

⁴³³ Les Nouvelles de Tahiti, 31 août 2004, Entretien avec le président du Conseil d'administration de « Mara telecom », A.H.

⁴³⁴ Ce principe consacré très tôt (CE Ass. 1^{er} avril 1938, *Société l'Alcool dénaturé*, Rec. p. 337) connaît des exceptions (CE Ass. 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. p. 479).

le Tribunal administratif de Papeete a précisé que l'activité de « Call-back »⁴³⁵ ne relevait pas du monopole de l'Office des postes et télécommunications⁴³⁶.

Ces contestations visent le monopole de l'Office des Postes et télécommunications de la Polynésie française et les tarifs appliqués par cet opérateur. Elles avaient amené la Polynésie française à réaménager le monopole en ouvrant, sous conditions, à la concurrence certaines activités relevant des postes télécommunications. C'est ainsi que dès 1999, le monopole postal de l'opérateur public n'en était déjà plus un car des dérogations étaient ouvertes au profit d'autres opérateurs (Délibération n° 99-90 APF du 27 mai 1999, art. D 112-9).

De même la téléphonie mobile et les activités de call-back ont été ouvertes à la concurrence, moyennant certes un droit d'accès jugé sans lien avec son objectif, à savoir vérifier « la capacité technique ou financière à faire face durablement aux obligations résultant des conditions économiques de l'activité »⁴³⁷.

Seuls la téléphonie fixe et les activités liées aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (internet) relèvent encore d'un monopole confié à l'opérateur public ou sa filiale.

Cette ouverture progressive des activités de postes et télécommunications pose le problème du rôle de régulateur de ce secteur qui pourrait être exercé par la puissance publique, ce qui impliquerait une nouvelle coordination de l'Etat et de la Polynésie française.

La régulation est le processus par lequel un système trouve un équilibre⁴³⁸. Dans un système économique capitaliste, cette régulation se fait spontanément sur les marchés concurrentiels par le mécanisme de la loi de l'offre et de la demande alors que dans un système socialiste, elle se fait de manière commandée par le plan qui détermine prix et quantités produites et consommées.

La régulation polynésienne oscille entre ces deux systèmes.

⁴³⁵ Définie par la juridiction comme « la fourniture au public d'un service de rappel ».

⁴³⁶ TA Papeete, n° 0300479, *SA BD Multimedia*, 15 juin 2004.

⁴³⁷ TA Papeete, précité note précédente.

⁴³⁸ Economie-Droit « Vocabulaire, théorie et concepts », Techniplus, Ed. Casteilla, Paris 2002, p. 125.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

C'est sous l'impulsion de « l'école de Chicago » des années 60 que les relations entre l'Etat et le marché ont été discutées. Ces « nouvelles théories économiques » ont remis en cause les méthodes de l'intervention publique dans l'économie.

La pensée du professeur et juge Richard A. Posner, un des pères fondateurs de l'analyse économique du droit, est à cet égard des plus intéressante⁴³⁹. Ainsi par exemple considère-t-il que la théorie de la séparation des pouvoirs est une extension de l'analyse économique du monopole, en ce que, destinée à prévenir la concentration de tous les pouvoirs aux mains d'un même individu ou groupe d'individus, elle correspond avant tout à une recherche d'efficacité. Pour cet auteur, le monopole public, mis en place et garanti par une réglementation, s'avère plus coûteux que le monopole privé, qui résulte de l'acquisition sur le marché par une firme d'un pouvoir de monopole sans intervention de l'Etat. Ses analyses qui ont contribué, dans ce domaine à évaluer l'efficacité des législations antitrust, s'attachent à déterminer le montant optimal de réglementation et visent les pratiques anticoncurrentielles des firmes sur le marché.

Au regard des services publics, la régulation consiste à organiser l'ouverture de la concurrence de services en réseaux fournis par des entreprises publiques dans le cadre de monopoles réglementés par l'Etat ou les collectivités publiques. La coexistence dans un même secteur de missions d'intérêt général assurées par un seul opérateur et d'activités en situation concurrentielle nécessite en effet une action publique spécifique qui parvienne à concilier deux principes apparemment contradictoires⁴⁴⁰.

Il en ressort que la régulation, qui désigne « l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre », regroupe « l'ensemble des règles et des institutions qui permettent la vie en société en garantissant un certain ordre public »⁴⁴¹

En France hexagonale, l'ouverture à la concurrence du marché des activités jusque là réservées au monopole de l'Etat, s'est effectuée sous

⁴³⁹ Pour une étude synthétique et claire de sa pensée, cf. S Harnay et A Marciano « Richard A. POSNER : l'analyse économique du droit », Ed. Michalon, Coll. Le bien commun, Paris, 2003.

⁴⁴⁰ <http://www.vie-publique.fr>.

⁴⁴¹ B. du Marais « Droit public de la régulation économique », Ed. Dalloz-Sirey, Coll. Amphi, Paris 2004, pp. 2 et 484.

la pression du droit communautaire, appliqué par les juridictions de l'ordre administratif. Ces dernières opéraient un contrôle des textes instituant un monopole, au regard des dispositions du Traité sur l'Union européenne instituant des règles en matière de concurrence et les rendant applicables aux entreprises publiques⁴⁴².

La tâche de surveiller la mise en place d'une concurrence saine donc de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles a été confiée à une autorité administrative indépendante, le conseil de la concurrence⁴⁴³. En Polynésie française, ce choix n'a pas été fait car en matière de concurrence et d'organisation du marché, la question se pose de savoir qui de l'Etat ou de la Polynésie française est compétent pour régler ces domaines. Enfin, il convient de préciser que le droit communautaire de la concurrence ne s'y applique pas.

Réglementer la concurrence implique la mise en place d'instruments de coercition. En effet, la concurrence ne peut pas être totalement libre au risque d'être sauvage. C'est dire que la « libre concurrence » favorise la constitution de marchés monopolistiques et oligopolistiques nocifs pour l'économie en ce qu'ils accentuent la crise, le chômage et l'inflation. Ainsi, il convient de prévoir des mécanismes visant à empêcher les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché⁴⁴⁴.

Or cela implique de réglementer des domaines tels que le droit des contrats, la procédure contentieuse pénale civile et administrative. Ces domaines relevaient de la compétence exclusive de l'Etat jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi organique du 27 février 2004. Depuis, la répartition des compétences a évolué qui permet au pays de réglementer le droit des contrats.

Pour sa part, la Polynésie française a décidé dès 1996 de se doter d'un service administratif des postes et télécommunications qui « assiste le gouvernement dans la mise en œuvre des compétences relatives à la

⁴⁴² CE, n° 130503, *CAMIF*, 29 juillet 1994 et n° 129727, *Letierce*, 1^{er} juin 1994.

⁴⁴³ Pour une présentation succincte et claire, *cf.* O. Gohin « Institutions administratives », LGDJ, 4^e édition, Paris 2002, p. 257 et s.

⁴⁴⁴ G. Vlachos « Droit public économique français et communautaire », Armand-Colin - Masson Ed., Paris 1996, p. 291.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

régulation du secteur des postes et télécommunications dans la limite des pouvoirs dévolus à la Polynésie française »⁴⁴⁵. La prudence de la rédaction laisse à penser que, comme dans beaucoup de domaines, l'incertitude demeure quant à la personne publique compétente.

Le service « intervient aussi dans la préparation de textes réglementant le domaine des postes et télécommunications, ainsi que dans celle des actes ou conventions y afférents ».

Ainsi, la contradiction entre la réglementation et la régulation de ce secteur est-elle réglée par la fusion de ces missions au sein d'un même service administratif. Ce dernier n'intervient qu'à titre consultatif en matière réglementaire mais doit néanmoins demeurer « dans le cadre des orientations retenues et des objectifs fixés par le gouvernement »⁴⁴⁶.

On peut regretter que la compétence en matière de régulation soit conservée par la puissance publique qui dispose aussi de la tutelle sur les opérateurs. Mais la rédaction de l'article D 212-2 du code des postes et télécommunications permet de prendre la mesure de l'évolution, timide mais réelle, de la puissance publique dans ce domaine.

En revanche, il importe de souligner que les problèmes de compétences que pose la réglementation, par l'Etat, des nouvelles technologies de l'information et de la communication figurent parmi les préoccupations de ce service⁴⁴⁷. Or ce domaine, qui relève plus des télécommunications, va connaître de nombreux développements dans l'avenir.

De fait, la question de l'encadrement des nouvelles technologies de l'information et de la communication constitue une question émotionnelle et juridique. La conjugaison de ces deux éléments en fait un enjeu politique considérable qui trouve à s'exprimer sur le terrain de la revendication autonomiste mais qu'il importe de replacer dans le contexte juridique.

⁴⁴⁵ Délibération n° 96-147 APF du 5 décembre 1996 portant création du service des postes et télécommunications, art. 2, JOPF du 19 décembre 1996, p. 2208.

⁴⁴⁶ Arrêté n° 74 CM du 23 janvier 1997 précisant les attributions et l'organisation du service des postes et télécommunications, art. 1^{er} al. 9, JOPF 6 février 1997, p. 229.

⁴⁴⁷ Entretien avec monsieur Frank MARCHAND, chef de ce service, le 26 août 2004.

B. - LA REMISE EN CAUSE PAR L'ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE DU PARTAGE DES COMPÉTENCES ET LA NÉCESSITÉ D'UN EXERCICE EN COMMUN

Dès la fin de l'année 2001, les autorités de la Polynésie française avaient eu l'occasion d'attirer l'attention du Gouvernement de la République sur les risques d'empiètement sur les compétences polynésiennes, que comportaient les dispositions du projet de loi sur la société de l'information⁴⁴⁸.

Ce sont pratiquement les mêmes critiques qui ont été apportée par la même autorité sur le projet de loi sur la confiance en l'économie numérique, une fois de plus en vain⁴⁴⁹.

Ces analyses n'ont malheureusement pas suffi à empêcher le législateur simple d'intervenir dans des domaines relevant de la compétence de la Polynésie française, aux termes des lois organiques.

Le problème posé est celui de la convergence qui remet en cause l'acception classique du partage des compétences et oblige à revoir les modalités de ce partage.

1. - Le phénomène de convergence et la protection des droits de l'Homme

La notion de convergence a été abordée, au regard des enjeux économiques, par la commission européenne vers la deuxième moitié des années 90. Elle est explicitée dans le « Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation - Vers une approche pour la société de l'information » (COM (97) 623).

En substance, l'institution prédisait que la société de l'information était en passe de devenir une réalité et que ce phénomène était alimenté par le changement rapide des technologies qui transformait les industries

⁴⁴⁸ Délibération n° 2001-170 APF du 4 novembre 2001 relative à l'avis de l'assemblée de la Polynésie française sur le projet de loi sur la société de l'information, JOPF 18 novembre 2001, p. 2640.

⁴⁴⁹ Délibération n° 2003-24 du 6 février 2003 APF portant avis de l'assemblée de la Polynésie française sur le projet de loi pour la confiance et la sécurité dans l'économie numérique, JOPF 20 février 2003, p. 385.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

de l'information. Pour elle, la nature et la vitesse de cette transformation pouvaient lancer de nouveaux défis à ceux qui sont chargés de la politique de réglementation.

L'un des facteurs les plus importants que cette institution identifiait en était l'utilisation accrue par divers secteurs, notamment par les secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, de technologies similaires. Les signes de cette convergence s'étaient multipliés ces dernières années avec le développement de l'internet et avec la capacité de plus en plus forte des réseaux existants à transmettre à la fois des services de télécommunications et des services de radiodiffusion. Le phénomène de la convergence étant relativement nouveau à l'époque de la rédaction du livre vert, un grand nombre d'opinions différentes s'étaient exprimées au sujet de ses incidences sur la société et l'activité économique.

Il était néanmoins communément admis que les développements dans les secteurs de l'électronique numérique et du logiciel créaient le potentiel technologique pour une nouvelle approche de la diffusion et de la consommation des services d'information.

Face à ce discours précurseur mais qui s'est transformé en leitmotiv mondial dont la Polynésie française n'a pas été épargnée, rares ont été les voix qui se sont élevées pour mettre en garde l'opinion publique et les acteurs politiques contre l'inflation technologique au regard notamment de la communication entre êtres humains et du principe d'égalité face à la technologie⁴⁵⁰.

Néanmoins, il devient évident que la technologie offre aujourd'hui la possibilité pour le détenteur d'un ordinateur connecté à l'internet, de bénéficier tout à la fois d'une correspondance privée électronique par le biais du courrier électronique mais aussi et dans le même temps, d'un « chat » et d'un site musical. Ainsi sont réunies sur un seul et même support, de la communication électronique et audiovisuelle.

Cette technologie ouvre donc un champ des plus vastes en matière réglementaire. Qu'il s'agisse de communication audiovisuelle ou par voie électronique, l'évolution des techniques de l'information amène aussi un débat juridique mais qui, en matière d'autonomie polynésienne, est récurrent : qui de l'Etat ou de la Polynésie française est compétent ?

⁴⁵⁰ D. Wolton « Internet et après ? Une théorie critique des nouveaux médias », Flammarion, Paris, 2000, pp. 100 et suivantes.

Le droit européen des droits de l'Homme distingue deux formes de communication selon qu'elle relève de la sphère publique et privée. Ainsi, il a été interprété que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales protégeait le droit pour l'individu, au respect de sa correspondance orale (télécommunication) ou écrite (correspondance) des ingérences de l'Etat⁴⁵¹. L'article 10 protège quant à lui le droit à l'information, lequel recouvre les informations produites délibérément dont celles des programmes de radio-télévisions. A ce titre, il a été jugé que les mesures destinées à limiter la réception par une société de programmes télévisés provenant d'un satellite de communication portent atteinte au droit à l'information⁴⁵².

La Cour européenne des droits de l'Homme a considéré la vidéo-surveillance comme une activité publique à partir du moment où il y a captation des images dans un lieu public, que les données visuelles sont enregistrées, mémorisées et font l'objet d'une divulgation publique⁴⁵³.

Le droit européen des droits de l'Homme rappelle donc que ce domaine relève aussi et peut-être avant tout des libertés publiques. Loin de l'aspect purement technique, il semble en effet que les communications électroniques, terminologie qui remplace la télécommunication, doivent s'envisager sous l'angle de la sécurité, tout comme l'a été la question du service postal à son époque.

Dans ces conditions, l'on conçoit mieux les raisons qui ont poussé l'Etat à régir les communications électroniques en Polynésie française, en l'espace de deux mois⁴⁵⁴, et en empiétant sur les compétences de la Polynésie française ou en opérant un nouveau partage de compétences.

Or les choses paraissaient pourtant claires : la communication audiovisuelle appartient à l'Etat (Art. 6-12° loi statutaire de 1996) et la loi statutaire de 2004 n'a pas modifié en cela, la répartition des

⁴⁵¹ CEDH *Taylor-Sabori c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 2002 pour les télécommunications ; CEDH *Messina c/ Italie*, 26 février 1993.

⁴⁵² CEDH *Autronic AG C/ Suisse*, 22 mai 1990.

⁴⁵³ CEDH *Peck c/RU*, 28 janvier 2003.

⁴⁵⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JOPF 1^{er} juillet 2004, p. 2223 et n° 2004-669 du 9 juillet 2004, relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF 10 juillet 2004, p. 12483.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

compétences (Art. 14-12°). Au contraire, elle prévoit même la possibilité pour la Polynésie française une association de la Polynésie française à la politique de communication audiovisuelle (par le biais d'une convention) et une procédure de consultation (Art. 25).

En dehors de ce champ de compétence et celui de la réglementation des fréquences radioélectriques, seule la Polynésie française peut intervenir.

Or la loi sur la confiance en l'économie numérique intègre la communication publique (Internet ou télématique) en ligne dans la communication audiovisuelle alors que jusqu'à présent elle relevait des télécommunications (sous l'empire de la loi statutaire de 1996). Il en est de même pour les dispositions relatives au droit civil et aux principes fondamentaux des obligations commerciales qui relèvent depuis cette année, du domaine de compétence de la Polynésie française.

Ce bouleversement de la répartition des compétences résulte du déplacement des lignes entre les notions antérieures de télécommunication, télématique et audiovisuelle et celles actuellement en vigueur (communications électroniques, communication au public par voie électronique, communication au public en ligne) comme le fait à juste titre remarquer le commentateur aux cahiers du Conseil constitutionnel de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, en introduction à sa note. Les sages de la rue Monpensier n'ont malheureusement pas saisi cette occasion pour relever d'office l'empiètement de compétence.

C'est dire aussi que la protection de l'autonomie, par la reconnaissance de la spécificité financière de la Polynésie française par exemple, ne semble pas encore constituer un moyen d'ordre public en contentieux constitutionnel français⁴⁵⁵.

Cet état du droit en matière de répartition de compétences peut se révéler une source de conflit à l'avenir. Comment les anticiper et les résoudre ?

2. - L'exercice en commun des compétences ou la défense de l'autonomie

Défendre l'autonomie au regard des empiètements tout en privilégiant une réflexion sur l'exercice réel des compétences sont les deux pistes à

⁴⁵⁵ Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004.

explorer. Pour ce faire, il conviendrait de faire usage des nouvelles dispositions de protection des compétences polynésiennes et d'envisager un exercice commun de certaines compétences.

Les articles 11 et 12 de la loi organique du 27 février 2004 prévoient un système de protection qui distingue selon qu'il s'agit de dispositions législatives ou réglementaires entrées en vigueur avant ou après la loi statutaire.

L'article 11 prévoit qu'une loi, une ordonnance ou un décret, entré en vigueur dans la collectivité avant le 12 mars 2004 peut être modifié dans les conditions fixées par la loi. Ainsi, selon la nature de l'acte à prendre, une saisine de l'autorité compétente, préalablement à toute opération, doit être effectué, afin que celle-ci propose des projets dans ce sens.

L'article 12 prévoit un dispositif qui permet à la Polynésie française de modifier une disposition législative introduite postérieurement, à l'entrée en vigueur de la loi statutaire, après qu'elle ait été déclassée par le Conseil constitutionnel.

Ainsi utilisant ces outils qu'offre la loi statutaire, qui supposent bien évidemment une initiative réglementaire, la Polynésie française pourrait modifier des dispositions qui portent atteinte à ses compétences.

Dans le même temps, il conviendra d'aller au-delà de la simple revendication statutaire et envisager aussi cette question au regard de la réalité de l'exercice de cette compétence. Cette démarche implique de repenser le système de répartition des compétences, c'est dire qu'il suppose une nouvelle forme de relations entre l'Etat et la Polynésie française, donc une vision renouvelée de l'autonomie.

Réserve faite de l'article 189 qui confie à un établissement public polynésien, exerçant dans un domaine de compétence relevant de la Polynésie française (l'Institut de la Statistique de la Polynésie française), de nouvelles compétences relevant de l'Etat et sous l'autorité de monsieur le haut-commissaire de la République en Polynésie française, il semble qu'aucune autre disposition ne prévoit expressément les modalités d'exercice en commun d'une compétence.

Or une des difficultés que pose la loi statutaire, c'est de n'envisager qu'une répartition matérielle des compétences. Celle-ci aboutit à une impasse ou à des difficultés contentieuses lorsque le domaine en cause ne peut faire l'objet que d'un exercice conjoint du fait de l'évolution des technologies.

AUTONOMIE POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

Dans les domaines de la communication électronique et audiovisuelle, qu'il s'agisse des réseaux, des services et des opérateurs, il est hautement souhaitable que les autorités s'accordent pour qu'une politique cohérente soit dégagée et appliquée.

C'est en substance le contenu de la décision de la Cour d'arbitrage belge au sujet de la répartition de compétence dans ces matières entre l'Etat fédéral et les communautés (états fédérés)⁴⁵⁶. La Cour estime que la « convergence des secteurs de radiodiffusion sonore et télévisuelle d'une part et des télécommunications d'autre part conduit à une déspecialisation de l'infrastructure et des réseaux et à la création de nouveaux service ne répondant plus aux définitions classiques de la diffusion et des télécommunications ».

Elle précise que « les développements récents ont pour effet que les matières de la radiodiffusion et de la télévision d'une part et des télécommunications d'autre part, ne peuvent plus être limitées à l'aide de critères techniques tels que l'infrastructure sous-jacente, les réseaux ou les terminaux, mais bien sur la base de critères de contenu et de critères fonctionnels ».

La Cour dit enfin que le « droit communautaire implique qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications des médias et des technologies, tous les réseaux et services doivent relever d'un même cadre réglementaire. Au cas où plusieurs autorités réglementaires existent au sein d'un Etat membre, les directives imposent aux Etats membres de se charger de la coopération dans les sujets d'intérêt commun ».

En insistant sur le principe de la coopération, elle en assure la sanction en considérant qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur de télécommunication, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences.

Cette leçon donnée par le droit comparé, particulièrement pertinent en l'espèce, devrait amener à un rapprochement entre l'Etat et la Polynésie française pour un exercice commun de la compétence en matière de communication électronique et audiovisuelle.

Les principes de proportionnalité et de subsidiarité peuvent guider la réflexion. Les moyens sont ceux déjà développés à savoir par un établissement commun et enfin la voie conventionnelle.

⁴⁵⁶ Arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004.

Philippe T. NEUFFER

La participation ne saurait trouver à s'appliquer car les télécommunications ne figurent pas sur la liste des matières pouvant faire l'objet de la participation. Seuls les services financiers ont été envisagés.

Il ne reste plus qu'une volonté politique se dégage de part et d'autre des personnes publiques dans ce sens. Cette volonté politique passe par une nouvelle lecture de l'autonomie.

*

Au-delà du problème de répartition des compétences ou de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences, se pose celui de la capacité de l'établissement polynésien à faire face à des situations qui entraînent d'importants moyens financiers et des connaissances technologiques.

Transmettre en même temps par l'intermédiaire des fréquences radioélectriques, le son et l'image, constitue un exemple de ces difficultés dont la solution a été recherchée dans le cadre d'un accord avec la société Alcatel en septembre 2004. Celui-ci prévoirait la mise en service, à titre gratuit, provisoire et expérimental, d'un nouveau système de communication en matière de téléphonie mobile qui succèderait aux systèmes GSM et GPRS, le système universel de télécommunication mobile (UMTS). Il permettrait d'effectuer de la communication électronique (téléphonie mobile, SMS, Internet) et audiovisuelle (visioconférence, télévision).

Cette initiative d'ouvrir la porte du marché polynésien à une société qui a des vues sur la région Asie-Pacifique⁴⁵⁷, laisse à penser que l'opérateur public polynésien ne dispose pas de la ressource nécessaire pour exploiter cette nouvelle technologie.

Elle pose aussi la question de la régulation de la concurrence du marché polynésien des communications électroniques.

⁴⁵⁷ http://www.alcatel.com/lead/asia_lifestyle.htm