

LE DROIT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

*Frank Marchand**

La réflexion de l'auteur porte sur les ajustements que se doit d'entreprendre le droit des télécommunications en Polynésie française pour s'adapter efficacement à l'ouverture à la concurrence et au développement des nouvelles technologies de l'information.

Il souligne qu'en dépit des difficultés qui découlent en Polynésie française de l'obligation faite aux autorités locales de respecter la contraignante procédure du vote des lois du pays, l'urgence commande néanmoins que ces réformes soient entreprises dans les plus brefs délais afin de permettre la libre circulation des idées et des informations dans ce qu'il considère être le respect de valeurs sociales fondamentales.

In this piece the author reflects on the various changes that the law on telecommunications in French Polynesia must undergo in order to adapt well to competition and the development of new information technologies. He emphasises that, in spite of the difficulties that French Polynesia experiences because of the obligation on local authorities to respect the restrictive voting procedures in the law of the country, necessity requires that reforms be undertaken in the shortest possible period in order to allow the free circulation of information and ideas in respect of basic social values.

I INTRODUCTION

Le droit des télécommunications¹, en Polynésie française, revêt une importance majeure non seulement pour les habitants y résidant mais aussi pour l'économie locale.

* Avocat au Barreau de Papeete. M Marchand a occupé les fonctions de Chef du service des postes et télécommunications de Polynésie française de 1997 à août 2004.

¹ Sur cette question voir également Philippe Neuffer «Autonomie et compétences en matière de postes et télécommunications» in L'autonomie en Polynésie française, RJP HS vol IV (2004), http://www.upf.pf/IRIDIP/RJP/RJP_HS04/Neuffer_RJP_HS04_2004-23.pdf.

Le droit des télécommunications a profondément évolué dans tous les pays développés depuis un quart de siècle: les deux maîtres mots de cette évolution sont la concurrence et les développements des nouvelles technologies.

Si l'on prend le cas de la France (à l'exception des territoires d'outre-mer (TOM), cette notion de TOM était en 1996 encore inscrite dans la Constitution), des changements très notables sont intervenus:

- de 1923 à 1990 l'administration des télécommunications était couplée avec l'administration des postes d'où les acronymes PTT, P et T, relevant de l'Etat, elle était régie par un budget annexe, les personnels étaient pour l'essentiel des fonctionnaires;
- de 1991 à l'an 2000, en moins de dix ans, cette administration d'Etat dotée de 150 000 fonctionnaires a pris le nom de France Télécom, elle s'est transformée en entreprise publique avec l'Etat comme unique actionnaire, pour devenir ensuite une entreprise majoritairement à capitaux privés, cotée en bourse.

Mais ce bouleversement n'est pas simplement réglementaire, il est aussi technique. Ainsi le rédacteur de ces lignes peut témoigner de la frilosité de France Télécom eu égard au développement d'internet, elle cherchait à persévérer dans le Minitel en parlant d'un Minitel à vitesse rapide.

Ce constat n'est pas simplement anecdotique, il témoigne de l'accélération prodigieuse des technologies, la règle de droit suit avec difficulté la vitesse de ces techniques. La Polynésie française n'a évidemment pas échappé à ce mouvement.

Les trois dernières lois statutaires ont donné lieu à des transferts de compétences de la part de l'Etat de plus en plus vastes dans le domaine des télécommunications:

- Ainsi la loi statutaire du 6 septembre 1984 a conféré à la Polynésie française, la compétence en matière de télécommunications intérieures. Ceci a eu pour effet de transformer l'office des postes et télécommunications (OPT) d'office d'Etat en office territorial en 1985, (délibération n° 85-1023 AT du 8 mars 1985 portant création de l'OPT). Cela a impliqué des conventions entre l'Etat et l'OPT afin de définir les compétences des uns et des autres.
- La loi statutaire du 12 avril 1996 a donné une nouvelle compétence à la Polynésie française, celle des télécommunications extérieures. Ceci a eu pour effet notamment d'une part de créer un service de réglementation, le service des postes et télécommunications (SPT) en décembre 1996 (délibération APF 96-141 APF du 5 décembre 1996); puis d'autre part de créer une société appelée Tahiti nui Télécom (filiale de France Télécom, de France câble et radio_ filiale de France Télécom _ et de l'OPT) chargée essentiellement du service public des télécommunications extérieures.

Enfin la loi statutaire du 27 février 2004 a précisé certaines notions dans le domaine des fréquences radioélectriques (voir infra II B).

La réglementation des télécommunications antérieure, au code des télécommunications de juin 2003, se révélait très tenue et très ancienne: elle se basait notamment sur un décret-loi datant du 27 décembre 1851 concernant le monopole et la police des lignes télégraphiques rendus applicables aux lignes téléphoniques par arrêté du Conseil d'Etat du 12 janvier 1894. Il fut promulgué par arrêté n°84 du 9 février 1929 publié au Journal officiel des établissements de l'Océanie. D'autres textes anciens constituaient le corpus juridique des télécommunications.

Aussi, compte tenu de cette situation souffrant d'un déficit réglementaire, il était nécessaire de mettre en place une réglementation des télécommunications codifiée.

Cette dernière ouvre modérément à la concurrence le marché des télécommunications, celle-ci nécessite des préalables indispensables (I). Malgré les compétences transférées à la Polynésie française, des ambivalences subsistent néanmoins avec les notions de communications électroniques et de réglementation des fréquences radioélectriques (II).

II LE CODE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS OUVRE LE MARCHÉ MODÉRÉMENT À LA CONCURRENCE (A), CETTE DERNIÈRE NÉCESSITE DES PRÉALABLES INDISPENSABLES (B)

A La délibération du 12 juin 2003 de l'assemblée de la Polynésie Française Cherche à Ouvrir le Secteur des Télécommunications à la Concurrence de Manière Modérée

Elle s'inspire en cela de l'exemple métropolitain lors de l'adoption de la loi de réglementation des télécommunications du 29 décembre 1990. Les secteurs ouverts à la concurrence sont les services de téléphonie mobile et la fourniture d'accès à Internet.

Mais en dehors de ces aspects particulièrement importants, cette délibération permet aussi de mettre fin à une absence réglementaire et de préciser certaines notions comme celle des télécommunications², elle régularise la notion de réseau indépendant qui n'existait pas juridiquement mais de facto.

2 «Article D.211

- 1° Télécommunication.

"On entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques.

2° Réseau de télécommunications.

"On entend par réseau de télécommunications toute installation ou tout ensemble d'installations assurant soit la transmission, soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunications ainsi que

1 Une régularisation des réseaux indépendants

Ainsi les réseaux qui utilisaient des matériels radioélectriques (tels que des appareils radio, hors téléphones portables) constituaient des réseaux indépendants sans qu'il y eût pour eux le moindre support juridique. Une réglementation a donc été mise en oeuvre sur ce sujet, il y a maintenant cinq ans, afin de régulariser l'existant et de protéger les intérêts de l'OPT, tout en permettant aux professionnels de pouvoir communiquer entre eux.

C'est pourquoi le code a établi la notion de groupe afin que des entreprises filiales et mères puissent avoir un réseau entre elles. La notion de groupement fermé d'utilisateur³ (GFU) n'a pas été insérée pour protéger les intérêts légitimes de l'OPT, car comment définir une communauté d'intérêt suffisamment stable: les habitants du grand Papeete constituent une communauté d'intérêt stable.

Toutefois, aujourd'hui avec le développement d'internet et donc les réseaux intranet, cette règle de droit paraît aujourd'hui obsolète, il conviendrait de la modifier dans un sens où la liberté soit de mise.

Une fois, cette observation importante formulée car montrant bien la vitesse des techniques et la lenteur de la règle de droit, le code des télécommunications permet l'ouverture du marché à d'autres opérateurs.

2 L'ouverture du marché

(a) du service de télécommunication mobile

L'expression employée de service de télécommunication mobile a été rédigée ainsi à dessein, L'expression téléphonie mobile n'était plus adaptée à la réalité du moment. Certes on sait ce que représente la téléphonie, elle correspond à une définition bien précise: L'article D 211 9° service téléphonique au public dispose «on entend par service téléphonique au public, l'exploitation commerciale pour le service public du transfert direct de la voix en temps réel entre des utilisateurs raccordés aux points de terminaison du réseau de télécommunications ouvert au public».

Ainsi la société Tikiphone, avant 2003, n'avait en droit que la possibilité d'offrir de la téléphonie mobile et non pas de la messagerie avec les Sms. Cette société proposait néanmoins ce service, on ne peut aller contre les nouveaux services. En revanche les textes ne suivaient ni la réalité technique et économique. Le terme service de télécommunication mobile fut donc retenu après de longues

l'échange des informations de commande et de gestion qui y est associé, entre les points de terminaison de ce réseau.»

3 La notion de GFU est entendue comme un groupe qui repose sur une communauté d'intérêt suffisamment stable pour être identifiée et préexistant à la fourniture de service de télécommunications. Cette définition fut celle du ministère des postes et télécommunications en métropole par l'intermédiaire de la direction générale des postes et télécommunications. Elle a été reprise par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) désormais Autorité des communications électroniques et des postes (ARCEP).

discussions, car il fallait tenir compte de ce qui se déroulait à l'époque mais aussi des évolutions technologiques futures.

Cette expression n'est pas allée sans une querelle d'interprétation des textes. Certains investisseurs potentiels ont essayé de prétexter qu'ils comprenaient cette expression «service mobile» pour ne pas avoir à investir dans un réseau mobile mais de proposer simplement du service, du style des «Mobile Virtual Network Operator» (MVNO). Rappelons que la pratique des MVNO est aujourd'hui courante en Europe, il s'agit pour un opérateur de service d'acheter des minutes en gros à un opérateur de réseau de mobile et de concurrencer ce même opérateur uniquement sur des services. Ces pratiques de MVNO n'étaient pas d'usage au moment de l'élaboration et de la rédaction du code. Sur le site internet de l'ART à l'époque, la question était évoquée mais uniquement pour l'avenir.

Il est clair que dans l'esprit des rédacteurs une telle revendication n'était pas acceptable, elle permet ainsi à l'investisseur de tenter d'échapper au droit d'accès (voir infra c))

En réalité, un opérateur de service de télécommunication mobile est obligé de proposer des services de télécommunications qui s'opèrent sur un terminal mobile (il est difficile de dire téléphone) mais aussi de mettre en place un réseau de télécommunication mobile. L'article D.212-9 prévoit que «l'opérateur public et les autres opérateurs de télécommunication, à l'exception de ceux qui ne fournissent que le service de procédure de rappel ou que l'accès à internet peuvent établir et exploiter des réseaux permettant d'offrir un service de télécommunication mobile.»

Il ne nous semble pas qu'il y ait la moindre ambivalence, au vu de la rédaction de cet article.

(b) l'ouverture pour les fournisseurs d'accès à internet

Le code des télécommunications ouvre également la fourniture d'accès à Internet, une définition en est donnée à l'article D.211 22° «on entend par fournisseur d'accès à internet, le fait pour un organisme d'offrir à ses clients d'accéder à internet. Le fournisseur d'accès à internet est l'opérateur de télécommunications qui effectue par ses moyens techniques propres ou ceux d'un tiers, la liaison avec un point d'échanges de données d'internet».

Il est rare qu'une telle définition soit donnée dans un code des télécommunications, par exemple le code des postes et communications électroniques de l'Etat laisse toute liberté dans ce domaine.

(c) une ouverture modérée sans doute remise en cause par la délibération dite du droit d'accès (délibération n°2003- 86 du 12 juin 2003)

Cette délibération votée en même temps que le code des télécommunications prenait exemple sur ce qui se déroulait en Europe avec les licences de troisième génération de mobile (Universal mobile telecom services UMTS) en apportant ainsi des recettes supplémentaires pour le budget de la Polynésie française. Les licences UMTS se fondaient sur le paiement d'utilisation des fréquences radioélectriques (voir II B)).

Tous les opérateurs de télécommunications ont eu à payer ce droit d'accès y compris les procédures de rétro appel⁴. Ce droit d'accès concerne notamment, au niveau des écots à payer, les nouveaux opérateurs voulant venir sur le marché du mobile (trois fois 500 millions de francs XPF) ou de l'internet (trois fois 220 millions de francs XPF). Le droit d'accès n'est pour la télécommunication fixe que de 280 millions de francs XPF.

On peut craindre que cette délibération intégrée au code des impôts ne soit illégale. Elle est sans doute contraire aux principes du droit de la concurrence issus tant des juridictions judiciaires qu'administratives, inspirées en cela par le juge communautaire. Cette réglementation fiscale est discriminatoire entre les différents types d'opérateurs. Elle est aussi disproportionnée eu égard aux chiffres d'affaires que pourrait avoir un opérateur entrant, elle constitue, selon nous une barrière à l'entrée. De plus on s'interrogera sur la nature juridique de ce droit d'accès, c'est une sorte d'échange d'un paiement contre une autorisation administrative d'une durée de neuf ans. Encore faut-il que la somme demandée soit en proportion de la durée de l'autorisation délivrée. Le fondement juridique nous paraît très ténu.

En outre, si le droit communautaire dérivé ne s'applique pas à la Polynésie française, il n'en reste pas moins que les principes dits constitutionnels de ce droit sont en revanche applicables sur le fenua.

La libre circulation des services, des capitaux, de même que la liberté d'établissement sont des principes fondateurs directement applicables dans le droit interne des Etats membres. Ces principes priment au cas où une loi, un règlement ou un acte administratif (en l'occurrence une délibération) seraient contraires à ces principes. Un requérant pourrait en demander sinon la nullité du moins la non-application à un juge national tenu de les écarter nonobstant les dispositions de son ordre constitutionnel, administratif ou juridique.

Même si les délais sont forclos, il est possible par le biais de l'exception d'illégalité de déférer cet impôt devant le juge administratif.

Le code des télécommunications présente l'avantage de pouvoir donner un socle juridique à des questions inhérentes à l'ouverture à la concurrence, comme le service public des télécommunications, la numérotation, l'interconnexion.

4 Des recours contentieux menés par un opérateur «dit de callback» ont abouti à la décision du 7 juin 2003 de la Cour administrative d'appel de Paris (CAA). Elle considère que le service de rétroappel ne constituait pas juridiquement un service de télécommunications. Curieusement, la CAA s'inspire du code de l'Etat et du droit communautaire pour mener son raisonnement juridique alors que ces derniers ne s'appliquent pas en l'espèce. Sans doute la technicité de la matière explique cette position du juge.

B Des Préalables à l'ouverture Effective à la Concurrence

Décider de l'ouverture à la concurrence suppose de résoudre des préalables afin de la rendre possible et ensuite effective. Avant l'adoption de la délibération du 12 juin 2003, il a fallu recourir à un certain nombre de processus.

1) Le premier préalable a consisté en l'an 2000 à demander une étude à un cabinet de consultants afin de savoir s'il était possible d'avoir plusieurs «opérateurs en téléphonie mobile» compte tenu de la taille du marché polynésien. Les conclusions de cette étude aboutissaient à préconiser l'ouverture à la concurrence sur «le marché du mobile», deux opérateurs semblant pouvoir vivre correctement.

2) Une fois cela établi, il a fallu également fixer la notion de service public des télécommunications en Polynésie française et de déterminer son coût pour le service public des télécommunications internes.

La notion de service universel, notion de droit communautaire, n'a pas été reprise ici, même si quant au champ d'application, il s'en rapproche fortement⁵; il convenait de connaître le coût du service public et de savoir si cela constituait une charge supportable ou non pour l'opérateur public. L'étude a montré que le coût du service public de l'OPT se trouvait dans la moyenne des opérateurs publics, malgré la spécificité géographique de la Polynésie française, toutes proportions gardées par ailleurs. Cela s'expliquait par le montant relativement élevé de l'abonnement à la téléphonie fixe qui permet de financer la péréquation géographique et de mutualiser ainsi les charges.

Sans doute, conviendrait-il d'actualiser l'étude menée voici plus de cinq ans, on relèvera que le code prévoit des procédures d'actualisation de ces coûts. A notre connaissance, ni l'OPT ni l'administration compétente n'ont mené une nouvelle évaluation⁶ (articles D. 213-10 et D. 213-11 du code).

5 Cela concerne les articles D. 213-2 à D. 213-6 du code consultable sur le site spt.pf.

6 Article D. 213-10

A la demande de l'opérateur public, eu égard aux justifications qu'il apporte, ou à la suite d'une évaluation initiée tous les trois ans par l'administration compétente, le conseil des ministres peut décider de compenser l'accroissement des coûts afférents à l'exécution du service public des télécommunications lorsque ces coûts mettent en cause durablement la continuité et la qualité même du service public dont il a la charge.

Article D. 213-11

La compensation éventuelle de l'augmentation des coûts afférents à l'exécution du service public des télécommunications peut être réalisée:

- soit par l'octroi des aides à l'investissement prévues par la réglementation en vigueur;
- soit par l'octroi de subventions d'équilibre financées par le budget de la Polynésie française, le cas échéant, dans le cadre d'un mécanisme de prélèvements obligatoires réalisés sur l'ensemble des opérateurs de télécommunication;

3) Il convenait d'étudier le plan de numérotation désormais géré par le service des postes et télécommunications, du fait de la demande de numéros par des opérateurs plus nombreux avec l'introduction de la concurrence. Plusieurs scénarii se présentaient, soit de gérer au mieux l'actuel plan de numérotation, soit de mener un nouveau plan de numérotation, passant de six chiffres à huit chiffres. La décision à prendre sur le sujet se révélait technique, économique et éminemment politique.

Une présentation exhaustive fut opérée par un cabinet de consultant, devant les acteurs, OPT et SPT, et le ministre en charge des télécommunications.

Ce dernier, au vu de l'exposé, analysant les scénarii et les implications en matière de coût, avec les avantages et les inconvénients, décida de maintenir le plan de numérotation actuel. Cela implique une gestion au mieux des numéros notamment avec l'arrivée d'un nouvel opérateur de service de télécommunication mobile, concurrent de la société Tikiphone.

4) Le dernier préalable et non le moindre consistait à établir un tarif de référence d'interconnexion qui est fixé par un arrêté du conseil des ministres. Ce tarif ainsi prévu indique aux opérateurs le coût de la téléphonie fixe, ceci afin de protéger le(s) nouvel(eaux) entrant(s). Une étude fut accomplie mais le tarif n'a jamais été arrêté, compte tenu des changements politiques intervenus depuis 2004. Il est valable deux ans.

Cette détermination du tarif de référence d'interconnexion s'inspire de ce qui était établi en métropole, France Télécom l'opérateur historique adresse au régulateur (L'ART) un catalogue d'interconnexion qui est approuvé par cette autorité (article L34- 8 du code des postes et télécommunications devenu aujourd'hui code des postes et des communications électroniques).

«Le catalogue comprend un ensemble de services permettant aux autres opérateurs d'établir différentes offres commerciales à leur client, ainsi que les tarifs de ces différents services. Il prévoit également les conditions dans lesquelles s'effectue l'interconnexion physique avec les opérateurs. Des conventions d'interconnexion, qui sont des contrats de droit privé négociés et signés entre les opérateurs, viennent ensuite déterminer au cas par cas les conditions précises de l'interconnexion de deux opérateurs entre eux. En cas d'échec des négociations, l'une ou l'autre des parties peut saisir l'ART pour régler le différend.» Extrait du site internet de l'ARCEP. C'est donc bien le régulateur qui donne, comme un chef d'orchestre, le la de la négociation contractuelle entre les opérateurs.

-
- soit par la révision partielle du contenu du service public des télécommunications;
 - soit par une révision des tarifs du service public des télécommunications,
 - ou par une combinaison des éléments exposés ci-dessus.

Pour la Polynésie française, il a été décidé par les autorités politiques, qu'il appartiendrait au conseil des ministres d'arrêter un tarif d'interconnexion (qui se substitue en l'occurrence au catalogue d'interconnexion).

En l'absence d'autorité de régulation, il est normal que ce soit l'autorité politique qui puisse décider du tarif et protéger ainsi par la transparence, le(s) nouvel(eaux) opérateur(s) avec la vérité de coûts sur l'interconnexion. Ceci ne revient évidemment pas mettre en cause la liberté contractuelle. Seule la loi permet de dire que ces conventions sont de droit privé.

La Polynésie française ne détient pas la compétence pour qualifier juridiquement le contrat. Cette observation est intéressante au point de vue institutionnel. En cas de contentieux, on peut raisonnablement penser que le juge qualifiera de lui-même la nature du contrat. Il se fondera sans doute sur les règles développées par l'Etat, si l'on se réfère à l'arrêt de la Cour administrative d'appel (CAA) de Paris du 7 juin 2007, déjà mentionné, sur le service de rétroappel international dit «callback».

Il est surprenant d'apprendre que des négociations ont lieu entre l'opérateur de téléphonie fixe et le nouvel entrant alors que le tarif de référence d'interconnexion, n'est toujours pas arrêté. Cela est nettement moins protecteur pour le nouvel entrant et non conforme au code.

Mais derrière ces préalables indispensables pour permettre la concurrence et l'arrivée de nouveaux opérateurs, se posent aussi pour la Polynésie française des questions de fond. Elles tiennent, on pourrait le croire à la sémantique, mais en réalité elles correspondent à des choses bien concrètes.

Il s'agit de la notion de télécommunication/ communication électronique et de la notion de réglementation des fréquences radioélectriques.

III DES AMBIVALENCES SUBSISTENT NÉANMOINS AVEC LES NOTIONS DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUE (A) ET DE RÉGLEMENTATION DES FRÉQUENCES RADIOÉLECTRIQUES (B)

A Télécommunication/Communication Électronique

La notion de télécommunication est décrite à l'article D. 211 1° et ne fait que reprendre la définition figurant dans le code des télécommunications Etatique depuis 1990 (cf. note de bas de page numéro 1).

Toutefois en 2004, du fait de la convergence entre l'audiovisuel et les télécommunications, les directives européennes ont abouti à une nouvelle notion qui est celle de communications électroniques.

La différence entre les deux définitions se trouve dans le champ d'application s'agissant des réseaux. Le terme de communication électronique intègre les réseaux câblés et les réseaux satellitaires.

Le ministre chargé de présenter le dossier devant le Parlement s'adressait ainsi: «grâce à la numérisation, les réseaux sont aujourd'hui capables de véhiculer des contenus et des services très variés relevant pour les uns des télécommunications et pour les autres de la communication audiovisuelle. Afin de tenir compte de ce rapprochement entre télécommunications et audiovisuel, les nouvelles directives européennes sur les communications électroniques définissent un cadre réglementaire harmonisé pour l'ensemble des réseaux de télécommunications et des réseaux utilisés pour la diffusion et la distribution des services de radio et de télévision regroupés sous l'appellation «de réseaux de communications électroniques», les services fournis sur ces réseaux restant soumis à des régimes distincts. Le projet de loi prend pleinement en compte cette convergence.»

Des articles du code des communications électroniques ont été étendus à la Polynésie française notamment en matière de fréquences radioélectriques, de sécurité ou de cryptologie qui reste des compétences dévolues à l'Etat.

Il est en revanche beaucoup plus choquant de voir que la notion de communications électroniques a été rendue applicable en Polynésie française (JOPF n°31 du 29/07/2004) en son article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2004 disposant que «le terme communications électroniques se substitue au terme télécommunication.»

La notion de communications électroniques ne peut s'insérer dans le droit positif de la Polynésie française: d'une part du fait des compétences contenues dans la loi statutaire et d'autre part parce que l'on voit mal intégrer une notion dans le dispositif juridique polynésien sans qu'elle reçoive la moindre définition. Ceci avait déjà été relevé lorsque le projet de loi sur les communications électroniques de 2003 avait été débattu devant l'assemblée de la Polynésie française. Il avait donné lieu à des avis défavorables.(délibération 2003-87 du 12 juin 2003 et délibération n°2003-120 APF du 28/08 /2003 portant avis de la Polynésie française sur le projet de loi rectifié sur les communications électroniques). Malheureusement aucune des propositions formulées auprès de l'Etat n'ont été comprises et par là retenues.

Comment une loi simple peut-elle aller à l'encontre d'une loi organique si l'on se réfère au principe de la hiérarchie des normes? De plus, la Polynésie française ne détient pas de compétences en matière d'audiovisuel, sous réserve de celles partagées prévues à l'article 31 de la loi de 2004.

La définition de cette expression «communications électroniques» précisée dans la loi (article L 32⁷ du Code des postes et communications électroniques de l'Etat) n'est pas applicable à la Polynésie française, cela en fait donc une coquille vide de sens.

7 Article L 32

1° Communications électroniques.

On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique.

Cette ambiguïté se révèle très problématique. En d'autres termes, la notion de télécommunication n'existe plus, les communications électroniques s'y substituent mais sans que les définitions figurant dans la loi ne soient applicables à la Polynésie française, eu égard à la loi organique. C'est un véritable imbroglio. Manifestement l'Etat n'a pas respecté la hiérarchie des normes.

Ce changement d'expression n'est pas acceptable juridiquement.

B La Réglementation des Fréquences Radioélectriques

Cette compétence demeure celle de l'Etat, toutefois il a fallu par l'expérience faire en sorte que les ambivalences soient dissipées notamment par le Conseil d'Etat.

Comme suite à un long contentieux, le Conseil d'Etat fut amené à préciser que les autorités de l'Etat n'étaient pas compétentes pour l'agrément des terminaux radioélectriques connectés à un réseau ouvert au public, de même pour la gestion opérationnelle des sites. (Arrêt du Conseil d'Etat 24 octobre 2001).

L'Etat n'est compétent que pour réglementer le spectre radioélectrique, de le gérer notamment par le tableau national de répartition des bandes de fréquences (TNBRF), et le contrôler afin d'éviter les brouillages et de vérifier que l'on tient compte des servitudes radioélectriques.

Par ailleurs, l'avis du Conseil d'Etat, pris à l'initiative de la Polynésie française, en date du 10 septembre 2002, vient préciser de manière très claire que le domaine public aérien, notamment son utilisation privative reste de la compétence de l'Etat. L'Etat étant propriétaire du domaine public aérien, là où passent les fréquences, est en droit de fixer le montant des redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques. Cela veut dire que l'Etat peut, s'il le souhaite, imposer aux opérateurs de services de télécommunication mobile des redevances au montant élevé, pouvant remettre en cause les plans d'affaires et l'économie générale des opérateurs.

Cette information est à retenir d'autant plus quand on sait que le code des impôts prévoit un droit d'accès pour les opérateurs (voir supra).

Enfin, la loi statutaire de 2004 vient consacrer légalement une pratique dans la gestion du spectre radioélectrique. Plusieurs administrations sont des autorités affectataires des fréquences

2° Réseau de communications électroniques.

On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage.

Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques: **les réseaux satellitaires**, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques **et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle.**

radioélectriques, figurant au TNBRF. Ainsi le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) assigne les fréquences relatives à la diffusion de radio ou de télévision, de même l'ARCEP assigne les fréquences pour les opérateurs de télécommunications (ou désormais de communications électroniques).

Jusqu'à la nouvelle loi organique, très curieusement, le TNBRF de l'époque prévoyait qu'un service de l'administration polynésienne, le SPT (ceci sans aucune base juridique, si ce n'est l'arrêté du Premier ministre approuvant le tableau) était l'affectataire pour assigner des fréquences radioélectriques dans le domaine des télécommunications. Cela aboutissait à l'hérésie juridique suivante: le chef de service signait par délégation de son ministre des autorisations dans un domaine où la Polynésie française n'avait pas compétence. On s'interrogera sur la validité juridique des autorisations ainsi délivrées, mais il était impossible de refuser d'assigner la moindre fréquence sur ce prétexte alors que figurant comme autorité affectataire des fréquences au TNBRF.

Fort de cette expérience, il a été introduit dans la nouvelle loi statutaire que dans la limite des compétences de la Polynésie française, le conseil des ministres assigne les fréquences radioélectriques et fixe les redevances de gestion des fréquences relevant de la compétence de la Polynésie française, conformément à l'article 91 6°) et 7°). En matière de redevance des fréquences radioélectriques, il existe trois catégories, celles de gestion, de contrôle et d'utilisation. Les deux dernières catégories, comme on s'en doute, relèvent de la compétence de l'Etat. Le conseil des ministres peut déléguer à son président ou au ministre détenant les attributions correspondantes le pouvoir d'assignation des fréquences radioélectriques selon l'article 92 11°) de la loi organique.

Ces nouveautés inscrites dans la loi organique permettent de gagner en clarté et de donner une véritable assise juridique pour les fréquences désormais assignées.

IV CONCLUSION

Le mythe de Pénélope n'est pas très éloigné, il faut chaque jour défaire et refaire la toile réglementaire.

Beaucoup de chantiers sont à édifier, ne serait-ce qu'un dépoussiérage du code des télécommunications, allant vers un régime moins administré et plus souple, par exemple pour les réseaux indépendants. Cette souplesse ainsi mise en place doit par symétrie renforcer le rôle régulateur du conseil des ministres. De grands doutes juridiques existent, quant à la compétence de la Polynésie française de se doter d'une autorité administrative indépendante.

La régulation ne pourra certainement que prendre plus d'ampleur avec l'arrivée d'un nouvel opérateur. De même les projets de câble sous-marins ne pourront qu'inciter des investisseurs à vouloir devenir opérateur de manière simple et non coûteuse (il conviendra de revoir le droit

d'accès). Au surplus, il faudra aussi réfléchir, aux conflits d'intérêts possibles⁸, les ministres (à un degré moindre les représentants de l'assemblée de Polynésie française) ne pouvant plus siéger au sein du conseil d'administration de l'OPT, du fait de la concurrence rendue effective. Le risque de poursuites pénales sur le fondement de la prise illégale d'intérêts (articles 432-12 et 432-13 du code pénal) devient patent. Il faudra absolument, afin de protéger les politiques, couper «le cordon ombilical» et penser à une nouvelle organisation, les pouvoirs ne pouvant être ainsi concentrés.

Enfin, une nouvelle écriture du code des télécommunications, du fait de la loi organique modifiée, implique de passer par la procédure de loi du pays, le nouveau code des télécommunications se décomposant en une partie L (loi du pays), D (délibération) et A (arrêté). Ces modifications seront lourdes à mettre en oeuvre juridiquement et présenteront, sans nul doute, des risques de contentieux d'origine politique, économique voire juridique.

Malgré toutes ces difficultés, l'influence du droit des télécommunications sur le devenir de la Polynésie française s'avère incontestable. Le travail urgent et indispensable à conduire nécessite des règles de droit cohérentes afin de permettre la libre circulation des idées et des informations dans le respect des valeurs sociales fondamentales.

8 Les ministres présents au conseil d'administration de l'OPT doivent défendre au mieux les intérêts de l'OPT, mais comme par exemple ils déterminent le tarif de référence d'interconnexion en conseil des ministres, les intérêts ainsi mis en cause risquent d'être très opposés. Le juge pénal est très strict ainsi «la participation, serait-elle exclusive de tout vote d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration au sens de l'article 432-12 du code pénal» (Cass crim, 14 novembre 2007 n°07-80).

