



AVIS N° 2024-A-07 DU 01 OCTOBRE 2024

RELATIF À TROIS PROJETS DE LOI DU PAYS PORTANT MODIFICATION DE LA LOI DU PAYS N° 2009-21 DU 7 DÉCEMBRE 2009 RELATIVE AU CADRE RÉGLEMENTAIRE DES DÉLÉGATIONS DE SERVICE PUBLIC DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS ET DU CODE DES POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS

L'Autorité polynésienne de la concurrence,

Vu la lettre du 03 septembre 2024, enregistrée le 05 septembre 2024, sous le numéro 24/0026 A, par laquelle le Président de la Polynésie française a saisi l'Autorité polynésienne de la concurrence (ci-après « **l'Autorité** ») pour avis sur trois projets de loi du pays portant modification du cadre réglementaire des Délégations de Service Public (ci-après une ou des « **DSP** »), de la Polynésie française et de ses établissements publics et du Code des Postes et Télécommunications (ci-après le « **CPT** ») ;

Vu le code de la concurrence, et notamment son article LP. 620-1 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur général, le rapporteur, le conseiller technique du président de la Polynésie française et les représentants de la Direction Générale de l'Économie Numérique (ci-après « **DGEN** ») entendus sur le fondement des dispositions de l'article LP. 630-5 du code de la concurrence lors de la séance du 1^{er} octobre 2024 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. LE CONTEXTE

1. Avant de décrire les projets de loi du pays soumis à l'examen de l'Autorité (B), il convient de rappeler le contexte dans lequel s'inscrit la présente demande d'avis (A).

A. LA JUSTICE ADMINISTRATIVE A REMIS EN CAUSE LA PROCÉDURE DE GRÉ A GRÉ DANS L'ATTRIBUTION DES DSP PAR L'OPT

1. LA LOI DU PAYS N° 2009-21 DU 7 DÉCEMBRE 2009

2. La loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 prévoit les modalités de passation et d'exécution des DSP de la Polynésie française et de ses établissements publics et mentionne qu'en règle générale de tels contrats ne peuvent être conclus qu'après une procédure de publicité et de mise en concurrence.
3. Toutefois, les alinéas 2 à 5 de l'article LP. 28 de la loi du pays n° 2009-21 prévoient que, par exception, un établissement public peut confier une DSP de gré à gré à l'une de ses filiales.
4. Ces dispositions avaient été introduites par la loi du pays n° 2018-42 du 27 décembre 2018 dans le but de prévoir, pour de tels contrats, la mise en œuvre d'un régime de quasi-régie (également appelé régime « *in-house* ») dispensant l'établissement public considéré de réaliser une mise en concurrence pour déléguer à l'une de ses filiales les services publics dont il a la charge. Ces dispositions avaient ainsi pour objet de soustraire de l'ensemble du cadre réglementaire normalement applicable à ce type de contrats (en particulier les règles de publicité et de mise en concurrence) les DSP attribuées par les établissements publics à leurs filiales.
5. Comme l'indique le porteur du texte, « *bien qu'elles aient une portée générale puisqu'applicables à tous types de secteurs, ces dispositions visaient plus particulièrement le secteur des postes et des télécommunications afin de permettre à l'opérateur public, chapeauté par l'établissement public - Office des postes et télécommunications [...], de faire face aux nouveaux défis qui se présenteraient à lui dans ses différents secteurs d'activité (secteur postal, services financiers, services de télécommunications) en confiant à ses filiales dédiées les services publics en cause* »¹.
6. Ainsi, l'objectif de la filialisation de ces activités était de garantir le maintien des missions de service public et d'intérêt général dont l'établissement public Office des postes et télécommunications (ci-après « **OPT** »), tel que défini aux articles LP. 311-1 et LP. 311-2 du CPT, a la charge et qui sont essentielles pour le territoire polynésien².
7. Pour rappel, l'OPT est l'opérateur public historique de la Polynésie française chargé du courrier postal, des télécommunications et des services financiers de base. Il a le statut d'établissement public à caractère industriel et commercial³. À ce titre, l'OPT exerce des missions de service

¹ Demandes d'avis n° 005555, n° 005553 et n° 005551 du 3 septembre 2024 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications.

² *Ibid.*

³ <https://groupe.opt.pf/>.

public mais aussi, via ses filiales, des activités commerciales entrant dans la sphère concurrentielle telle que la fourniture de l'accès à internet⁴.

8. **Le secteur des télécommunications** - Depuis 2019, les services des télécommunications téléphoniques et de l'accès à internet, filaires comme mobiles, mais également les activités de déploiement et de gestion du réseau, à destination des autres opérateurs comme des consommateurs finaux, relèvent d'une filiale unique à 100%, la SAS Onati (ci-après « **Onati** »), créée le 5 novembre 2018, dont l'associé unique est l'OPT. Ce dernier demeure en monopole légal sur les infrastructures filaires et les télécommunications extérieures.
9. Plusieurs lois du pays⁵ ont rendu possible cette opération. L'OPT et Onati ont ainsi conclu :
 - un traité d'apport partiel d'actifs le 31 décembre 2018 par lequel l'OPT a apporté à Onati l'ensemble de sa branche d'activités de télécommunications. Ce traité a pris effet le 1^{er} janvier 2019 ;
 - une convention de DSP le 31 décembre 2018 actant le transfert de la gestion du service public des télécommunications à Onati⁶.
10. Ainsi, si l'OPT a conservé la propriété juridique des infrastructures essentielles, en revanche, il a délégué leur gestion à Onati, qui a, par ailleurs, également la charge d'exercer une activité ouverte à la libre concurrence sur le marché de détail des services de téléphonie mobile et d'accès à internet. Onati peut donc en pratique agir sur l'activité monopolistique en exécution de la convention de DSP en même temps que sur l'activité concurrentielle.
11. **Le secteur postal** - Fare Rata est une filiale à 100% de l'OPT, qui compte 483 agents et gère 87 bureaux de poste en Polynésie française⁷.
12. Fare Rata est notamment habilité à exercer⁸ des missions de services public et d'intérêt général telles que le service public du courrier, la contribution, par son réseau de points de contact, à l'aménagement et au développement du territoire, mais également des activités concurrentielles telles que la commercialisation et l'exploitation de services financiers et toutes activités de collecte, de tri, de transport et de distribution d'envois postaux, de courriers sous toutes ses formes, d'objets et de marchandises qui ne relèvent pas du service public du courrier.
13. Les sociétés Onati et Fare Rata sont ainsi, d'une part, chargées à la fois de missions de service public dans le cadre de DSP confiées de gré à gré par l'OPT, et assurent également des missions d'intérêt général. D'autre part, elles exercent des activités commerciales complémentaires et connexes soumises à la libre concurrence (par exemple des services de téléphonie mobile ou d'accès à internet pour Onati ou la distribution de services de paiement pour Fare Rata).
14. Onati et Fare Rata sont actuellement les seuls opérateurs à assurer une desserte totale de l'ensemble du territoire polynésien, tant pour les missions de service public dont ils sont en charge que pour leurs autres activités commerciales pour lesquelles ils sont en concurrence avec d'autres acteurs économiques.

⁴ Rapport n° 133-2018 de Madame Dylma ARO sur le projet de loi du pays ayant débouché sur l'adoption de la loi du pays n° 2018-42 du 27 décembre 2018, page 2.

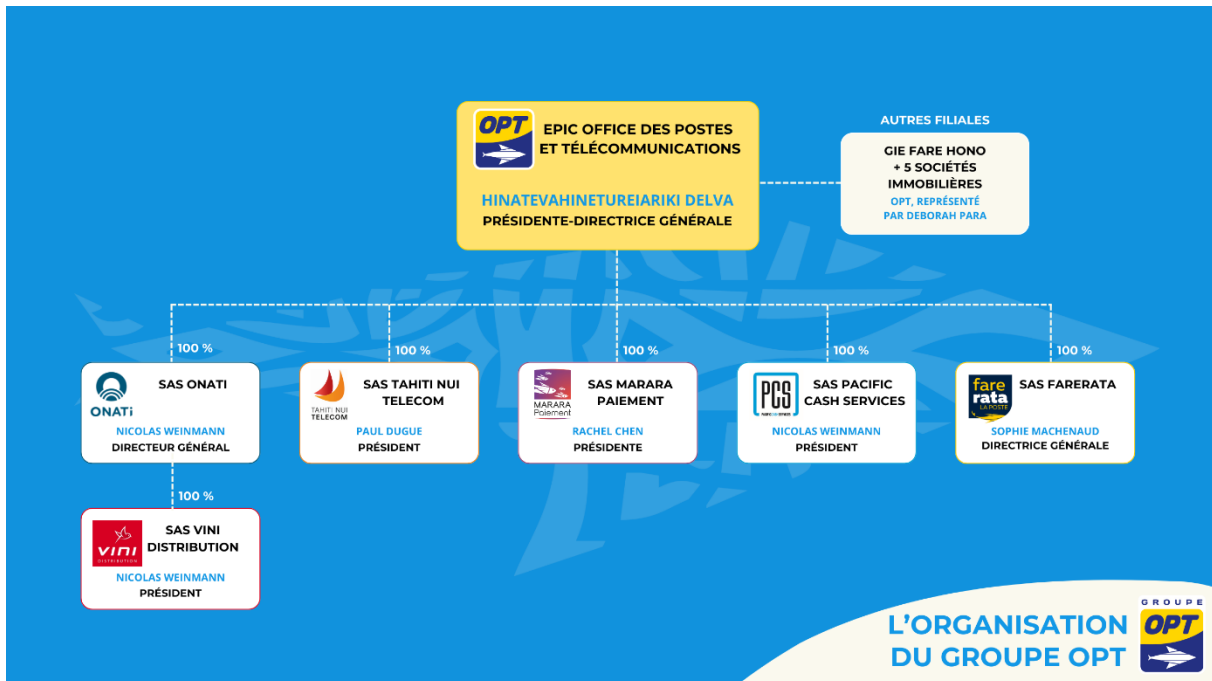
⁵ Loi du pays n° 2018-37 du 28 novembre 2018 et loi du pays n° 2018-42 du 27 décembre 2018.

⁶ Une nouvelle convention a été conclue le 18 juin 2019, annulant et remplaçant celle datant du 31 décembre 2018.

⁷ <https://www.farerata.pf/fr/p/qui-sommes-nous>.

⁸ <https://lexpol.cloud.pf/LexpolAfficheAnnonceDetail.php?t=32131>.

15. Sur ce dernier point, l’Autorité rappelle l’existence de demandes d’accès à des activités sous DSP de la part d’opérateurs en concurrence avec Onati en aval, afin d’étendre leur desserte, notamment dans les zones peu denses.



Source : site internet du groupe public OPT⁹

2. LA DÉCISION DU CONSEIL D’ÉTAT EN DATE DU 29 DÉCEMBRE 2023

16. À la suite d’un contentieux engagé par Pacific Mobile Telecom (ci-après « **PMT** ») à l’encontre des alinéas 2 à 5 de l’article LP. 28 de la loi du pays n°2009-21, le Conseil d’État, sur renvoi du Tribunal administratif de Polynésie française, a, par une décision du 29 décembre 2023¹⁰, jugé que ces dispositions méconnaissent, en raison de leur généralité, les principes constitutionnels de liberté d’accès à la commande publique et d’égalité de traitement des candidats applicables en matière de commande publique¹¹.
17. Dans le cadre de ce contentieux, la Polynésie française avait notamment fait valoir que cette dérogation se justifie par la configuration particulière du territoire. En effet, celle-ci justifierait,

⁹ <https://groupe.opt.pf/organisation/le-groupe-opt>

¹⁰ CE, 29 décembre 2023, *Société Pacific Mobile Télécom* n° 488288

¹¹ Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats trouvent leur fondement constitutionnel dans plusieurs textes fondamentaux en droit français, applicables en Polynésie française. En particulier, ces principes sont déduits de la DDHC de 1789, qui fait partie du bloc de constitutionnalité. Le principe de liberté d'accès à la commande publique découle de l'article 6 de la DDHC, qui énonce que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Ce texte garantit une égalité de traitement entre les citoyens, y compris en matière de commande publique, en assurant l'accès non discriminatoire aux marchés publics. Le principe d'égalité de traitement des candidats est également à l'article 1 de la DDHC qui dispose que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » Il impose à l'autorité publique de garantir une égalité de traitement entre les différents candidats à l'attribution d'un marché public, en respectant des critères objectifs et transparents. Ces principes sont également consacrés par la jurisprudence du **Conseil constitutionnel**, qui a rappelé dans plusieurs décisions que les règles de la commande publique doivent respecter les **principes constitutionnels d'égalité** et de **transparence** (par exemple, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003).

selon le Pays, que les établissements publics polynésiens conservent la maîtrise, par l'intermédiaire de leurs filiales, des services publics assurant l'« interconnexion » entre les îles de l'archipel puisque la gestion de ces services publics serait insuffisamment rentable pour des opérateurs privés. Toutefois, le Conseil d'État a considéré que « *de telles affirmations très générales, et au demeurant peu étayées, ne sont pas de nature à établir que, par les spécificités de leur statut, seules les filiales des établissements publics pourraient assurer la gestion déléguée des services publics dont ces derniers ont la charge, quelle que soit l'activité en cause* »¹².

18. Tirant les conclusions de cette décision du Conseil d'État, le Tribunal administratif de Polynésie française a, par un jugement du 25 juin 2024¹³, annulé la décision implicite du président de refus d'abroger les dispositions précitées et lui a enjoint de convoquer le conseil des ministres pour arrêter un projet de loi du pays abrogeant ces dispositions dans un délai de deux mois à compter de la notification du jugement.
19. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les présents projets de loi du pays, qui tendent à la modification du CPT de Polynésie française afin de créer un régime de quasi-régie adapté dispensant l'OPT de réaliser une mise en concurrence pour déléguer les services publics dont il a la charge à l'une de ses filiales.
20. À cet égard et pour rappel, s'il n'appartient pas à l'Autorité d'effectuer un contrôle de légalité des projets de textes normatifs qui lui sont soumis, il lui appartient en revanche d'apprécier les conséquences concurrentielles de ces projets de loi du pays.
21. Ainsi, lorsqu'elle est saisie pour avis sur un ou plusieurs projets de textes, l'Autorité s'attache non seulement à évaluer dans quelle mesure les dispositions de ces textes restreignent ou améliorent le fonctionnement concurrentiel du ou des secteur(s) concerné(s), mais est également force de propositions et émet des recommandations afin de rendre le(s) texte(s) soumis à son examen le(s) plus pro-concurrentiel(s) possible(s).

B. LES PROJETS DE LOI DU PAYS SOUMIS À EXAMEN VISENT LE MAINTIEN D'UNE PROCÉDURE DE GRÉ A GRÉ

1. RAPPEL DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

22. Les règles de la commande publique reposent sur des principes fondamentaux qui visent, notamment, à limiter les dépenses publiques et à protéger les intérêts des contribuables. Ces principes, qui sont de nature constitutionnelle, ont pour objectif de garantir une gestion rigoureuse, transparente et efficace des fonds publics.
23. Les principes qui régissent la commande publique en France sont énoncés dans le Code de la commande publique et trouvent leur fondement dans plusieurs textes constitutionnels, notamment le **principe d'égalité devant les charges publiques**, garanti par l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Ces principes incluent :

¹² *Op. cit.*

¹³ Décision du Tribunal administratif de Polynésie française, n° 2300126 du 25 juin 2024.

- **la liberté d'accès à la commande publique** : tous les opérateurs économiques doivent pouvoir accéder librement aux marchés publics, sans discrimination ;
 - **l'égalité de traitement des candidats** : les candidats doivent être traités de manière équitable, garantissant une concurrence loyale ;
 - **la transparence des procédures** : les décisions doivent être prises de manière transparente pour prévenir la corruption et les abus de pouvoir.
24. L'appel d'offres est la règle en matière de commande publique car il garantit une gestion rigoureuse des deniers publics, protégeant ainsi les contribuables¹⁴. Le recours à la régie directe ou à la quasi-régie est une exception, autorisée lorsque l'offre privée est défailante¹⁵ ou lorsque l'autorité publique doit exercer un contrôle étroit sur la prestation ou l'entité exécutante¹⁶.

1.1. Primauté de l'appel d'offres dans les commandes publiques

25. Le recours à l'appel d'offres constitue la règle générale pour l'attribution des marchés publics, permettant de garantir que les ressources publiques sont utilisées de manière efficace. Cette procédure, qui repose sur les principes mentionnés ci-dessus, est prévue pour assurer une mise en concurrence efficace entre les entreprises et ainsi garantir que l'autorité publique obtienne le meilleur rapport qualité-prix pour les biens, services ou travaux qu'elle souhaite acquérir, au bénéfice des contribuables.
26. **Protection des contribuables** : il s'agit de prévenir les dérives financières liées à l'octroi direct de contrats à des prestataires sans mise en concurrence, ce qui pourrait se faire au détriment des intérêts des contribuables.
27. **Principe de rigueur budgétaire** : l'appel d'offres garantit un usage plus rigoureux et plus transparent des deniers publics, minimisant les risques de surcoût et d'inefficience dans la réalisation des projets financés par l'argent public. En effet, en favorisant la concurrence par l'appel d'offres, les autorités publiques sont en mesure de faire jouer les mécanismes de marché pour limiter les coûts, la concurrence entre les entreprises permettant généralement d'obtenir des propositions à des prix plus bas, ce qui se traduit par une réduction de la dépense publique.
28. Recourir à une procédure d'appel d'offres est généralement préférable pour les contribuables pour les raisons suivantes :
- **maximisation de la concurrence** : cela permet à un large éventail d'entreprises de proposer leurs services, favorisant ainsi une meilleure qualité des offres à des prix compétitifs ;
 - **réduction des coûts publics** : la mise en concurrence permet d'optimiser les coûts, limitant ainsi le gaspillage des fonds publics ;
 - **transparence et lutte contre la corruption** : l'appel d'offres, en étant une procédure ouverte et transparente, réduit les risques de favoritisme ou de collusion, protégeant ainsi l'intérêt général et les finances publiques.

¹⁴ CJUE, 19 juin 2008, Aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*.

¹⁵ CE Ass, 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, n°275531.

¹⁶ CJUE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* ; CJUE, 11 janvier 2005, Aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH*.

1.2. Régie directe et quasi-régie : des exceptions à l'appel d'offres

29. Si l'appel d'offres est la règle, le **recours à la quasi-régie** ou à la **régie directe** constitue une exception, permise dans des circonstances spécifiques. La quasi-régie est une situation dans laquelle l'autorité adjudicatrice confie l'exécution d'une mission publique à une entité qu'elle contrôle fortement.
30. La **régie** et la **quasi-régie** sont deux modalités d'organisation de la commande publique, mais elles se distinguent par le degré d'implication directe de l'autorité publique et par la relation entre celle-ci et l'entité exécutante.

1.2.1. La régie directe

31. La régie directe désigne une forme d'organisation dans laquelle une autorité publique, comme une collectivité territoriale ou un établissement public, assure directement un service public en interne, sans faire appel à une entité externe. La gestion est assurée par l'administration elle-même, avec ses propres moyens humains, matériels et financiers.
32. Les caractéristiques de la régie directe sont les suivantes :
 - **gestion directe** : l'autorité publique contrôle et gère elle-même l'ensemble des activités relatives au service concerné (ex. : gestion d'un réseau d'eau potable par une commune) ;
 - **aucun contrat externe** : il n'y a pas de recours à un prestataire extérieur ou à une autre entité distincte juridiquement ;
 - **personnel public** : les agents chargés de la gestion du service sont directement employés par l'autorité publique, souvent avec un statut de fonctionnaire ou assimilé.
33. La régie directe présente les avantages et inconvénients suivants :
 - **avantage** : la régie permet à l'autorité publique d'exercer un contrôle total sur le service, assurant ainsi la continuité et la qualité de ce dernier ;
 - **inconvénient** : cela peut entraîner des coûts élevés et une lourdeur administrative, car l'autorité publique doit assumer la totalité des charges liées à la gestion du service.

1.2.2. La quasi-régie

34. La quasi-régie est une forme de DSP dans laquelle l'autorité publique confie l'exécution d'un service à une entité extérieure juridiquement distincte, mais qu'elle contrôle étroitement. L'entité cocontractante, bien que juridiquement indépendante, fonctionne comme une « extension » de l'autorité publique.
35. La quasi-régie présente les caractéristiques suivantes :
 - **entité distincte mais contrôlée** : la gestion du service est confiée à une entité distincte juridiquement de l'autorité publique, comme une société publique locale ou une autre structure, mais sur laquelle l'autorité publique exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exercerait sur ses propres services ;

- **critère des 80 %** : l'entité en quasi-régie doit réaliser plus de 80 % de son activité pour l'autorité adjudicatrice qui la contrôle. Ce critère garantit que l'entité est essentiellement dédiée à la mission publique et ne s'engage que marginalement sur le marché concurrentiel ;
- **contrat sans appel d'offres** : contrairement aux contrats avec des prestataires privés, la quasi-régie permet de passer un contrat sans appel d'offres formalisé, car il ne s'agit pas à proprement parler d'une délégation à un tiers mais plutôt d'une gestion « interne » par une entité juridiquement distincte.

36. La quasi-régie présente les avantages et inconvénients suivants :

- **avantage** : la quasi-régie combine un certain degré d'externalisation tout en permettant à l'autorité publique de garder un contrôle très fort sur l'entité qui exécute le service ;
- **inconvénient** : bien que la quasi-régie échappe aux règles strictes de mise en concurrence, elle peut être critiquée si elle est mal encadrée, car elle limite la concurrence, ce qui pourrait mener à une gestion moins efficiente à long terme.

Différences principales entre régie et quasi-régie

Critère	Régie	Quasi-régie
Nature de l'entité	Service géré directement par l'autorité publique	Entité juridiquement distincte, mais contrôlée par l'autorité publique
Personnel	Agents publics	Personnel de l'entité cocontractante
Mode de gestion	Gestion directe par l'administration	Gestion déléguée à une entité externe, sous contrôle public étroit
Recours à l'appel d'offres	Non nécessaire (aucun contrat externe)	Non nécessaire, car l'entité est contrôlée par l'autorité publique
Proportion d'activité	L'autorité gère la totalité du service	L'entité doit réaliser plus de 80 % de son activité pour l'autorité publique

37. En résumé, la **régie** implique une gestion directe par l'autorité publique, tandis que la **quasi-régie** repose sur une entité extérieure juridiquement distincte, mais qui reste sous un contrôle étroit de cette même autorité. La régie est un modèle purement interne, alors que la quasi-régie introduit une forme d'externalisation limitée tout en préservant un contrôle public fort.

1.3. Quand peut-on recourir à la quasi-régie ?

38. Le recours à la quasi-régie est possible dans des circonstances où l'appel d'offres ne serait pas pertinent ou impossible. Ces situations peuvent inclure :

- **la défaillance de l'offre privée** : lorsqu'il n'existe pas de prestataires privés capables de fournir un service ou un bien dans des conditions satisfaisantes. Par exemple, dans des secteurs spécialisés où peu d'entreprises sont présentes, ou dans des situations

géographiques difficiles (zones rurales ou éloignées), l'offre privée peut être insuffisante ou inadaptée ;

- **la nécessité de garder un contrôle public fort** : lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite garder un contrôle strict sur la prestation ou sur la structure, par exemple pour des questions de sécurité ou de continuité du service public, la quasi-régie peut être une solution adaptée.
39. Les règles du droit de la commande publique encadrent l'attribution d'un marché ou d'une concession par une collectivité ou un organisme public, par des obligations de publicité et de mise en concurrence des candidats.
40. Ainsi, le régime de quasi-régie permet à un pouvoir adjudicateur (par exemple un établissement public) de conclure un contrat de gré à gré avec un opérateur économique lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont satisfaites¹⁷ :
- le pouvoir adjudicateur exerce sur l'opérateur concerné un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
 - cet opérateur réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées soit par le pouvoir adjudicateur qui le contrôle, soit par d'autres personnes morales que celui-ci contrôle ; et,
 - cet opérateur ne compte pas de capitaux privés à son capital (à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée).
41. Ces critères visent à éviter qu'une entité bénéficiant de cette dérogation participe largement au marché concurrentiel tout en échappant aux procédures de mise en concurrence. Le fondement de ces critères, transposables en droit polynésien, vise donc à **éviter de créer des distorsions de concurrence**, en conférant un avantage indu.
42. S'agissant en particulier de la deuxième condition tenant à ce que le cocontractant du pouvoir adjudicateur réalise plus de 80% de son activité pour ce dernier, ce critère repose sur un principe fondamental visant à préserver la concurrence, tout en reconnaissant des situations spécifiques où un pouvoir adjudicateur peut établir une relation privilégiée avec une entité contrôlée ou en partenariat étroit.
43. En Polynésie française, le cadre juridique relatif aux marchés publics et à la quasi-régie s'inspire largement des principes européens en matière de commande publique¹⁸.

¹⁷ CJCE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* ; CJCE, 6 avr. 2006, Aff. C-410/04, *ANAV* ; CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736.

¹⁸ Décret n° 1608 CM du 24 novembre 2011 relatif à la passation des marchés publics en Polynésie française ; loi du pays n° 2017-14 du 13 juillet 2017 portant modification du Code polynésien des marchés publics (notamment principe de réalisation de l'essentiel de l'activité pour l'autorité publique) ; délibération n° 2019-40 APF du 4 juillet 2019 relative aux marchés publics en Polynésie française : cette délibération traite des conditions d'application des marchés publics en Polynésie française, y compris les exceptions pour les marchés de quasi-régie. Elle s'aligne sur les principes du droit européen, en particulier la directive 2014/24/UE, qui introduit la règle des 80 % pour les entités en quasi-régie. Bien qu'elle ne mentionne pas directement ce pourcentage, elle reprend les grands principes européens relatifs à la quasi-régie et à l'obligation de réaliser l'essentiel de l'activité pour l'autorité publique. Bien que la jurisprudence en matière de marchés publics en Polynésie française ne soit pas aussi développée que celle de l'Hexagone ou de l'Union européenne, certaines décisions des juridictions locales s'inspirent des principes du droit européen pour encadrer la quasi-régie. Notamment : Tribunal administratif de Polynésie française, décision n° 1800132 du 27 novembre 2018 ; décision n° 2200398 du 18 octobre 2022 ; décision n° 2400019 du 16 juillet 2024.

44. Cette exigence repose principalement sur les fondements suivants :
- **préserver l'équité du marché** : en limitant la part d'activité que l'entité peut réaliser pour d'autres clients que l'autorité adjudicatrice, on s'assure qu'elle ne profite pas de sa position privilégiée pour concurrencer des entreprises qui, elles, doivent se soumettre aux règles strictes de la commande publique ;
 - **encadrer les partenariats publics-privés** : le critère permet d'éviter que les autorités publiques passent des contrats avec des entités contrôlées, tout en les laissant s'engager librement sur le marché concurrentiel. Cela évite un mélange des genres entre service public et activité commerciale qui peut nuire à la concurrence ;
 - **exercer un contrôle étroit et disposer d'un lien de subordination** : si l'entité exerce plus de 80 % de son activité pour l'autorité adjudicatrice, cela prouve que cette entité est fortement subordonnée à celle-ci et n'a pas une autonomie économique telle qu'elle pourrait fausser la concurrence avec d'autres acteurs du marché.
45. Le critère des 80 % permet ainsi de garantir que l'entité cocontractante dans un contrat de quasi-régie est essentiellement dédiée aux besoins de l'autorité adjudicatrice. En limitant son activité pour d'autres clients, ce critère empêche que des avantages concurrentiels injustes soient accordés à cette entité et assure que le principe de concurrence équitable est respecté dans le cadre des marchés publics.
46. Le seul constat d'une dépendance à l'égard du pouvoir adjudicateur ne suffit pas à qualifier les prestations faisant l'objet du contrat de quasi-régie.
47. En effet, ce n'est que lorsque le rapport organique qui unit le pouvoir adjudicateur à son cocontractant se double d'une quasi-exclusivité de la fourniture des prestations au profit du premier, que le cocontractant est considéré comme totalement lié à celui-ci et que les prestations peuvent être comparées à celles dont disposeraient l'acheteur en recourant à ses propres ressources internes.
48. La condition est considérée comme satisfaite dès lors que l'entité concernée exerce plus de 80% de son activité dans le cadre de l'exécution des tâches confiées par le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.
49. Dès lors, en intervenant sur le marché, en tant qu'opérateur économique, alors même qu'il bénéficie d'un droit spécial ou exclusif du fait de la DSP, en ayant été soustrait au jeu de la concurrence, l'opérateur dédié fausserait cette dernière. Cette intervention sur le marché doit donc être limitée. Si l'entité consacre une partie de son activité à des tiers, ces prestations doivent ainsi revêtir un caractère marginal¹⁹.
50. Dans le cas inverse, elle retrouverait une liberté d'action contraire à l'idée de prolongement administratif de la personne publique. Ainsi et conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, seule une « *diversification purement accessoire* » peut être admise²⁰.
51. Ces trois conditions servent de ligne directrice pour l'Autorité dans l'analyse des projets de loi du pays instaurant en Polynésie française un régime de quasi-régie « adapté ».

¹⁹ CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA c/ Comune di Busto Arsizio*, Aff. C-340/04, pt. 63.

²⁰ CE Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736.

2. LES PROJETS DE LOI DU PAYS SOUMIS A EXAMEN VISENT L'INSTAURATION EN DROIT POLYNÉSIEN D'UN RÉGIME DE QUASI-RÉGIE « ADAPTÉ »

52. Afin de se conformer au jugement précité du Tribunal administratif de Polynésie française, tout en tenant compte des spécificités du secteur des télécommunications en Polynésie française, un premier projet de loi du pays²¹ prévoit l'abrogation des alinéas 2 à 5 de l'article LP. 28 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des DSP de la Polynésie française et de ses établissements publics (**Article LP. 2**).
53. Ce projet de loi du pays vient aussi modifier le dernier alinéa de l'article LP. 1 de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 en précisant le régime de droit commun, mais aussi en prévoyant un régime dérogatoire applicable au secteur des postes et des télécommunications qui serait directement régi par des dispositions du CPT.
54. Ainsi, le dernier alinéa de l'**article LP. 1** de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 est remplacé par l'alinéa suivant, ainsi rédigé :
- « Les dispositions de la présente « loi du pays » s'appliquent aux délégations de services public de la Polynésie française et de ses établissements publics, à l'exception de celles conclues par l'Office des postes et télécommunications et ses filiales dans le secteur des postes et télécommunications qui sont régies par les dispositions du code des postes et télécommunications. »*
55. De plus, deux projets de loi du pays²² sont envisagés pour introduire en droit polynésien un régime de quasi-régie permettant de déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence dans le secteur des télécommunications d'une part et dans le secteur postal d'autre part.
56. **Le secteur des télécommunications** - Après l'article LP. 312-2 du CPT, il est inséré les dispositions suivantes :
- « Section II - Dans le secteur des télécommunications*
- Article LP. 312-3. -*
- 1 - Dans le secteur des télécommunications, l'établissement public - Office des postes et télécommunications est autorisé à attribuer directement à l'une de ses filiales, après agrément du gouvernement notamment sur son étendue et ses modalités, la gestion du service public dont il a la responsabilité dès lors que :*
- 1° L'établissement public - Office des postes et télécommunications détient la totalité du capital de ladite filiale ;*
- 2° L'établissement public - Office des postes et télécommunications exerce sur ladite filiale, dont il nomme les dirigeants et membres des organes de gouvernance, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;*
- 3° Ladite filiale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre :*

²¹ Demande d'avis n° 005551 du 3 septembre 2024 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications.

²² Demandes d'avis n° 005555 et n° 005553 du 3 septembre 2024 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications.

- a) des missions qui lui sont confiées par l'établissement public - Office des postes et télécommunications, lesquelles figurent expressément dans les statuts de ladite filiale ;
- b) des activités complémentaires de fourniture de services d'accès à internet et de téléphonie mobile nécessaires à l'exercice et au maintien des missions visées au point a) dans les zones peu denses ;
- c) des activités connexes de fourniture de services d'accès à internet et de téléphonie mobile en dehors des zones peu denses, en ce qu'elles permettent, au travers de l'utilisation des moyens relevant des missions de service public qu'elles financent, de maintenir la péréquation tarifaire desdites activités sur l'ensemble du territoire de la Polynésie française.

II - Au sens du présent article, les zones peu denses sont définies comme les zones dans lesquelles aucun autre opérateur que la filiale ou l'établissement public - Office des postes et télécommunications n'a déployé son propre réseau.

III - La délégation doit être limitée dans sa durée. Celle-ci est déterminée par le conseil d'administration de l'établissement public - Office des postes et télécommunications, en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. »

57. **Le secteur postal** - Après l'article D. 311-4 du code des postes et télécommunications, il est inséré les dispositions suivantes (**Article LP. 3**) :

« Chapitre II - Délégation de service public de l'établissement public - Office des postes et télécommunications à l'une de ses filiales

Article LP. 312-1. - Le présent chapitre déroge aux dispositions de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics dans le secteur postal et des télécommunications.

Section I - Dans le secteur postal

Article LP. 312-2. - Dans le secteur postal, l'établissement public - Office des postes et télécommunications est autorisé à attribuer directement à l'une de ses filiales, après agrément du gouvernement notamment sur son étendue et ses modalités, la gestion du service public dont il a la responsabilité dès lors que :

1° L'établissement public - Office des postes et télécommunications détient la totalité du capital de ladite filiale ;

2° L'établissement public - Office des postes et télécommunications exerce sur ladite filiale, dont il nomme les dirigeants et membres des organes de gouvernance, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

3° Ladite filiale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre :

- a) des missions qui lui sont confiées par l'établissement public - Office des postes et télécommunications, lesquelles figurent expressément dans les statuts de ladite filiale ;
- b) des activités connexes exercées au travers de l'utilisation des moyens relevant des missions de service public qu'elles financent et qui permettent ainsi de fournir, au

travers de son réseau de points de contact, des services de proximité à des tarifs abordables sur l'ensemble du territoire de la Polynésie française. »

58. Ainsi, les projets de loi du pays prévoient que l'OPT peut confier les missions de service public en matière de poste et de télécommunications à des opérateurs dédiés dont il détiendrait l'intégralité du capital social et sur lesquels il exercerait une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes (*i.e.* Onati et Fare Rata). Les projets de loi du pays excluent toute possibilité de détention du capital social de l'opérateur dédié par des capitaux privés, y compris celle sans capacité de contrôle ou de blocage.
59. Enfin, les projets de loi du pays introduisent un assouplissement du deuxième critère tenant à l'exercice par l'opérateur dédié de 80% de son activité dans le cadre de tâches confiées par l'OPT. Ils prévoient, pour la détermination desdits 80%, de prendre en compte également – sans en définir précisément les contours – les activités complémentaires et connexes des opérateurs dédiés, à savoir celles exercées sur des marchés concurrentiels. Cette différence fondamentale avec le régime de quasi-régie métropolitain sera au cœur de l'analyse concurrentielle exposée ci-après.

II. ANALYSE CONCURRENTIELLE

60. Lorsqu'elle est saisie pour avis sur un texte législatif, l'Autorité s'attache à évaluer dans quelle mesure les dispositions de ce texte restreignent ou améliorent le fonctionnement concurrentiel du secteur concerné. Comme elle a déjà eu l'occasion de le rappeler, « *un marché dont le fonctionnement est concurrentiel alloue de manière optimale les ressources disponibles, maximise le bien-être des consommateurs et stimule la compétitivité du secteur concerné, en favorisant l'innovation, la baisse des prix, la diversification de l'offre, et la hausse de la qualité des biens et des services. La concurrence est un facteur d'efficacité productive et allocative.* »²³. Néanmoins, la concurrence ne constitue pas une fin en soi ; elle est un outil au service de cette efficacité économique.
61. Les textes normatifs répondent très fréquemment à des préoccupations d'intérêt général plus larges que la concurrence et dessinent une intervention des pouvoirs publics qui impacte le fonctionnement de l'économie. Le rôle de l'Autorité est, dans ces circonstances, d'informer le gouvernement et l'Assemblée de la Polynésie française des effets sur la concurrence de l'intervention publique envisagée, et de leur recommander le cas échéant les mesures à prendre pour parvenir à concilier les objectifs d'intérêt général et d'efficacité économique.
62. La présente demande sollicite l'avis de l'Autorité sur les effets du cadre réglementaire instaurant en Polynésie française un régime de quasi-régie « adapté » dans le secteur postal et dans le secteur des télécommunications.
63. Bien que les justifications apportées par le pays reposent sur des motifs d'intérêts généraux liés aux caractéristiques géographiques (notamment s'agissant des archipels éloignés), techniques, fonctionnelles et économiques du secteur des télécommunications et du secteur postal en Polynésie française, il convient de rappeler les règles de financement des services publics visant

²³ Voir notamment l'avis 2024-A-06 sur l'effet de l'application de l'article 41 bis du code des douanes à l'égard de la concurrence économique.

notamment à préserver une concurrence saine (A) avant d'analyser le régime de quasi-régie « adapté » envisagé au regard des principes de concurrence (B). Enfin, la durée trop vague de la DSP (C) et l'absence de régulateur indépendant (D) introduisent des incertitudes et des risques de partialité qui doivent être évités.

A. LA FINALITÉ POURSUIVIE EST CONTRAIRE AUX PRINCIPES DE FINANCEMENT DES SERVICES PUBLICS ET DES RÈGLES DE CONCURRENCE

1. LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS DE SERVICE PUBLIC NE DOIT PAS AVOIR RECOURS AUX REVENUS ISSUS D'ACTIVITÉS CONCURRENTIELLES

64. L'Autorité conçoit la nécessité, pour le pays et son établissement public OPT, de conserver la maîtrise, à travers un opérateur dédié, de l'établissement et l'exploitation de réseaux de télécommunication, compte tenu notamment des spécificités territoriales et géographiques de la Polynésie française, de considérations liées à la souveraineté numérique du territoire et du rôle vital du service des télécommunications dans le développement du territoire et de la politique d'aménagement du territoire.
65. Selon le porteur des textes et le contenu des projets soumis à examen, les activités de service public des opérateurs public Onati et Fare Rata sont déficitaires, du fait notamment du déploiement et de la gestion des réseaux, et leurs activités en concurrence doivent contribuer à les financer. Ces activités visent donc, selon le porteur des textes, à garantir la pérennité, sur un plan économique et technique, des activités de service public et, dans le même temps, d'en baisser les coûts et donc les tarifs. Autrement dit, les activités commerciales soumises à concurrence, seraient nécessaires au financement des activités de service public.
66. Or, comme il l'a été rappelé *supra* et par l'Autorité à de multiples reprises²⁴, en matière de **financement des services publics**, il est essentiel de distinguer entre les **activités de service public *stricto sensu*** et les **activités commerciales** en concurrence menées par l'opérateur public. Ces deux types d'activités doivent être séparés, tant sur le plan comptable que financier, afin d'éviter les **distorsions de concurrence** et de garantir la transparence dans l'utilisation des ressources publiques.
67. Les **activités de service public** doivent être financées par des ressources spécifiques, souvent issues de la **taxation**, des **redevances publiques**, ou d'autres **sources publiques** allouées à cet effet. En revanche, les activités commerciales **menées par l'opérateur public dans un secteur soumis à la concurrence ne doivent pas être utilisées pour financer ses activités de service public**. Cela reviendrait à utiliser les profits générés par des activités concurrentielles pour soutenir une mission publique, ce qui pourrait fausser la concurrence et introduire des **subventions croisées** injustifiées. Par ailleurs, cela pourrait créer des incitations à protéger les activités concurrentielles notamment lorsqu'elles reposent sur un accès à des infrastructures qui relèvent de services publics de façon à engendrer des profits supplémentaires.

²⁴ Cf. notamment l'avis n° 2017-A-02 du 22 septembre 2017 relatif à l'octroi par le gouvernement d'autorisations de fournir des services de télécommunications aux sociétés Viti et Pacific Mobile Telecom ; avis n° 2024-A0-03 du 29 avril 2024 portant sur un projet de loi du pays portant modification du code des postes et télécommunications en Polynésie française.

68. Le **financement des activités de service public** doit reposer sur des ressources spécifiques et **transparentes**, sans avoir recours aux revenus issus d'activités concurrentielles. La mise en concurrence est indispensable pour assurer l'égalité de traitement et garantir que les fonds publics sont utilisés de manière efficiente.

2. LE RECOURS A LA QUASI-RÉGIE EST UNE EXCEPTION QUI DOIT DEMEURER TRÈS ENCADRÉE

69. Comme il l'a été rappelé, un contrat de quasi-régie est une exception à l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des procédures formalisées de mise en concurrence pour attribuer des contrats publics. Afin d'éviter de conférer un avantage concurrentiel indu à l'entité attributaire qui entraînerait des distorsions de concurrence, le recours à une telle exception est, et doit être, très encadré.
70. À cette fin, la jurisprudence tant européenne que nationale²⁵ a fixé des conditions d'application cumulatives précises et strictes (voir *supra*). Pour rappel, en matière de **quasi-régie**, le critère des 80 % impose que l'entité cocontractante réalise l'essentiel de son activité pour l'autorité adjudicatrice qui la contrôle (voir *supra*). Le calcul des 80 % concerne non seulement les **activités principales** directement liées à la mission confiée par l'autorité publique, mais peut également inclure des **activités connexes et complémentaires**.
71. **La question est alors de savoir quelles activités peuvent être considérées comme connexes ou complémentaires, et dans quelle mesure des activités commerciales soumises à concurrence pourraient être prises en compte dans le calcul du seuil de 80%.**

2.1. Le principe de distinction entre mission publique et marché concurrentiel

72. En quasi-régie, les activités connexes ou complémentaires doivent être étroitement liées à la **mission principale** confiée par l'autorité publique, qui est souvent d'intérêt public. Les activités qui sont en concurrence directe sur un marché commercial sont, en principe, **exclues** du calcul des 80 % parce qu'elles ne sont pas dédiées à la satisfaction des besoins de l'autorité publique, mais à la clientèle privée.
73. Les critères ci-dessous sont d'interprétation stricte. Les activités connexes et complémentaires, bien qu'elles puissent inclure certaines formes de commerce limitées et directement liées à la mission, doivent toujours être subordonnées à la mission principale de service public²⁶. Cela signifie que si une activité commerciale commence à occuper une part trop importante de l'activité de l'entité, cela remet en cause son statut de quasi-régie et nécessite une mise en concurrence.

²⁵ CE, 29 décembre 2023, *Société Pacific Mobile Télécom* n°488288, précité.

²⁶ CJCE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* ; CJUE, 11 janvier 2005, Aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH.*; CJCE, 6 avr. 2006, Aff. C-410/04, *ANAV*.

2.2. Le cas des activités commerciales soumises à concurrence

2.2.1 Une exclusion de principe

74. Les activités purement commerciales, c'est-à-dire celles qui sont en concurrence directe avec d'autres acteurs privés sur le marché et qui ne sont pas nécessaires pour remplir la mission publique, sont en principe exclues de l'assiette de calcul des 80 %. Leur inclusion violerait l'esprit de la règle, qui est de préserver la concurrence et de s'assurer que l'entité n'agit pas comme un opérateur commercial classique tout en bénéficiant de la dérogation à la mise en concurrence.
75. Une attention particulière doit donc être portée à leur proportion pour ne pas fausser la qualification de quasi-régie et éviter un contournement des règles de concurrence. Pour rappel en effet, le critère des 80 % et son fondement à valeur constitutionnelle visent à s'assurer que l'entité en quasi-régie n'opère pas de manière significative sur le marché concurrentiel, au-delà de la mission publique pour laquelle elle est principalement dédiée, afin précisément d'empêcher des distorsions de concurrence.

2.2.2 Des exceptions très limitées

76. Il peut y avoir des cas très spécifiques où certaines activités commerciales, bien que soumises à la concurrence, pourraient être incluses dans l'assiette de calcul des 80 % :
- **liens directs avec la mission publique**²⁷ : si l'activité commerciale est intrinsèquement liée à la mission principale confiée par l'autorité publique, elle pourrait être considérée comme complémentaire. Par exemple, si une entité gérant un réseau de télécommunications public fournit un service de télécommunications commercial (ex. : offre de bande passante excédentaire) à des entreprises privées, cette activité pourrait être acceptée si elle est complémentaire à la mission principale et représente une part marginale de l'activité ;
 - **activités accessoires**²⁸ : l'activité commerciale doit rester accessoire par rapport à l'activité principale pour l'autorité publique. Elle ne doit pas devenir une source de revenu ou une part d'activité principale pour l'entité, sinon elle risquerait de violer les critères de la quasi-régie ;
 - **la fourniture de services à des infrastructures publiques critiques**²⁹ : si les services commerciaux sont dédiés exclusivement à des **usages publics spécifiques** (par exemple, la connexion des bâtiments publics ou le réseau téléphonique utilisé par la police ou les services d'urgence), cela pourrait être interprété comme un service complémentaire à la mission publique ;

²⁷ CJUE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* ; CJUE, 11 janvier 2005, Aff. C-26/03, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH c/ Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*.

²⁸ CJUE, 29 novembre 2012, Aff. C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno* ; CJUE, 8 septembre 2016, Aff. C-402/15, *Concessioni Autostradali Venete - CAV SpA c/ ANAS SpA*.

²⁹ CJUE, 13 juin 2013, Aff. C-386/11, *Piipenbrock* ; Directive 2014/24/UE, article 12.

- **la fourniture dans des zones non couvertes³⁰** : si l'entité en quasi-régie opère dans des zones géographiques où il n'y a pas d'offre privée suffisante (zones rurales ou éloignées), la fourniture de services commerciaux pourrait alors être considérée comme complémentaire à la mission publique pour combler une carence du marché privé. Cependant, cela doit rester une exception liée à des circonstances précises de **défaillance du marché privé**.

2.2.3 Cas particulier de la défaillance du marché privé

77. La **défaillance du marché privé** se produit lorsqu'aucun acteur privé ne parvient à fournir efficacement un bien ou service, en raison de barrières économiques ou d'infrastructures insuffisantes. Cela justifie parfois l'intervention publique pour pallier ces insuffisances.
78. Dans le cas où des **activités soumises à concurrence** sont intégrées dans la base de calcul des 80 % en raison d'une **carence de l'initiative privée**, il est important de **limiter la part de l'activité prise en compte** à celle effectivement réalisée dans ces territoires.
79. Pour rappel en effet, lorsque des **activités en concurrence** sont dans ce cas incluses dans le calcul des 80 % pour justifier une quasi-régie, c'est parce que le marché privé est **défaillant** dans certaines zones, comme les archipels éloignés. Ce manque d'offre privée justifie alors que l'entité en quasi-régie prenne en charge ces activités pour garantir un **service public essentiel**.
80. Toutefois, cette justification ne s'applique que là où la carence privée est avérée. Ainsi, les activités réalisées dans des territoires où il n'y a **pas de carence** du marché privé, et où des opérateurs concurrents sont présents, **ne peuvent pas être prises en compte** dans la base de calcul de l'assiette des 80 %, car cela fausserait la logique de la quasi-régie et nuirait à la concurrence.
81. Dès lors, pour respecter le principe de quasi-régie et éviter une **distorsion de concurrence**, il faut limiter le calcul des 80 % aux **activités réalisées dans les zones où l'initiative privée fait défaut**. Cela implique le respect des conditions suivantes³¹ :
 - **limitation géographique** : seules les activités exercées dans les territoires identifiés comme étant en situation de carence doivent être incluses dans la base de calcul. Cela permet de garantir que la quasi-régie répond bien à un **besoin public spécifique** en l'absence de concurrents privés ;
 - **proportionnalité** : si une entité opère à la fois dans des zones où il y a une carence et dans d'autres où il y a une concurrence privée, seules les **activités** correspondant aux zones de carence peuvent être comptabilisées. Par exemple, **dans le cadre d'une activité postale ou de télécommunications, seules les opérations dans les territoires non desservis par d'autres acteurs pourraient être incluses**.
82. Il est donc essentiel de **limiter** la part de l'activité en concurrence prise en compte dans les 80 % aux seules zones où le **marché privé est défaillant**. Cela garantit que l'exception de quasi-

³⁰ CJUE, 22 mai 2003, Aff. C-340/99, *Commission c/ France* ; CJUE, 24 juillet 2003, Aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*.

³¹ CJUE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* ; CJUE, 8 mai 2019, Aff. C-51/18, *In-House Providing* ; CJUE, 24 juillet 2003, Aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg* ; directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, article 12 ; directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, article 15.

régie est bien utilisée pour répondre à un besoin public spécifique dans des zones mal desservies, sans perturber la concurrence dans les territoires où des opérateurs privés sont présents.

2.3. La notion d'activités connexes et complémentaires

83. Les activités connexes et complémentaires pouvant entrer dans l'assiette de calcul des 80 % en quasi-régie, sont celles qui, tout en étant liées à l'activité principale pour l'autorité publique, sont essentielles au service public principal et directement liées à son bon fonctionnement, telles que :

- Dans le secteur des télécommunications³² :
 - **la maintenance et gestion d'infrastructures réseau**, telles que les antennes relais, les câbles ou la fibre optique, peut être considérée comme complémentaire à la fourniture de services de télécommunications à l'autorité publique ;
 - **le support ou les services techniques** nécessaires au bon fonctionnement des infrastructures et des services de télécommunications fournis à l'autorité publique peuvent être inclus dans cette catégorie ;
 - **la gestion de la sécurité des réseaux et des données** pourrait également être qualifiée de complémentaire si elle est essentielle pour assurer la qualité et la sécurité du service principal ;
 - **le développement de services numériques** : des services annexes comme la gestion de services numériques complémentaires (*cloud computing*, hébergement de données) peuvent aussi entrer dans cette définition si ces services sont nécessaires au bon fonctionnement du service de télécommunications fourni à l'autorité publique.
- Dans le secteur postal³³ :
 - **les services de paiement** peuvent être considérés comme connexes ou complémentaires aux activités postales lorsqu'ils sont liés à l'activité traditionnelle de distribution de courrier ou de gestion de flux financiers. Par exemple, les **services financiers basiques** tel le traitement des **paiements de factures** ou des **mandats postaux** (transfert d'argent via des bureaux de poste) peuvent être considérés comme complémentaires à

³² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, article 12 ; CJCE, 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, *Teckal* ; CJUE, 13 novembre 2008, Aff. C-324/07, *Coditel Brabant* ; règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016 (RGPD) ; directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, sur la sécurité des réseaux et des systèmes d'information (directive NIS) ; CJUE, 11 janvier 2005, Aff. C-26/03, *Stadt Halle*.

³³ CJUE, 13 décembre 2007, Aff. T-226/04, *Italie c/ Commission* ; CJUE, 2 juillet 2009, Aff. T-102/07, *Deutsche Post c/ Commission* ; CJUE, 13 septembre 2007, Aff. C-456/05, *Poste Italiane SpA c/ Ministero delle Comunicazioni* ; CJUE, 16 décembre 2010, Aff. C-399/08, *Deutsche Post DHL contre Commission européenne* ; CJUE, 12 septembre 2013, Aff. T-447/10, *La Poste c/ Commission* ; CJUE, 27 mars 2012, Aff. C-209/10, *Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet* ; directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, modifiée par la directive 2008/6/CE, sur les services postaux dans le marché intérieur ; directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, sur les services de paiement ; directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil, du 16 avril 2014, relative à la facturation électronique dans les marchés publics.

la mission publique de service postal, car ils s'inscrivent dans l'historique des **services postaux universels** destinés à fournir un accès aux services financiers, notamment pour les populations éloignées des services bancaires traditionnels. De même, si l'opérateur postal assure la **distribution de pensions ou d'allocations sociales**, ces services peuvent également être considérés comme une activité complémentaire au service postal, car ils facilitent le lien entre les citoyens et l'administration ;

- **la gestion logistique, le transport et la livraison de colis** (e-commerce notamment) peuvent être considérés comme des activités complémentaires aux services postaux traditionnels, dans la mesure où elles font partie de l'évolution naturelle de la demande postale, *a fortiori* avec l'essor du commerce en ligne ;
- **les services bancaires postaux** fournis par des institutions comme la Banque Postale dans l'Hexagone (ou ses équivalents dans d'autres pays) peuvent être considérés comme complémentaires aux activités postales, car ils répondent à un besoin d'inclusion financière, souvent en zones rurales ou pour des populations vulnérables ;
- **les services d'assurance**, notamment ceux liés à l'envoi de colis ou au transport de biens, peuvent être considérés comme une extension naturelle des services postaux. Par exemple, l'assurance pour la perte de courrier ou de colis entre dans ce cadre ;
- **les services numériques** : le développement des services numériques, tels que la **gestion de courriers électroniques sécurisés** ou des **services de cloud** (stockage sécurisé de données pour les entreprises ou les particuliers), peut aussi être considéré comme complémentaire aux services postaux, dans un contexte où les courriers physiques et électroniques cohabitent ;
- **les services de proximité**, comme la vente de timbres, d'enveloppes, ou encore la distribution de formulaires administratifs, sont traditionnellement liés à l'activité postale et peuvent être considérés comme complémentaires, car ils facilitent l'accès aux services publics pour les citoyens.

B. LES « ADAPTATIONS » INTRODUITES PAR LES PROJETS DE LOI DU PAYS DANS LE SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS ET LE SECTEUR POSTAL

1. DANS LE SECTEUR DES TÉLÉCOMMUNICATIONS : LES CONDITIONS NE SONT PAS REUNIES POUR INCLURE LES SERVICES COMMERCIAUX DANS LE CALCUL DES 80%

84. Les « adaptations » prévues par les projets de loi du pays visent à inclure certains services commerciaux dans l'assiette de calcul du seuil des 80%, afin de permettre la conclusion de contrats de quasi-régie avec Onati et Fare Rata (voir *infra*), pour leur confier des DSP de gré à gré, sans mise en concurrence préalable, évitant la procédure par appel d'offres.

85. Selon le projet de loi du pays de l'espèce, Onati exerce à ce jour environ 45% de son activité dans le cadre des missions de service public confiées par l'OPT, et 43 % de son activité dans le cadre d'activités complémentaires et connexes à ces missions de service public réalisées au travers des infrastructures du service public. Enfin, selon les informations fournies par l'OPT à la DGEN sur la base des relevés comptables de 2022, Onati réalise 12% de ses activités sur des marchés concurrentiels considérés comme n'étant pas connexes ou complémentaires à ses missions de service public.
86. Les projets de loi du pays soumis à examen ne précisent pas de manière exhaustive ni ne donnent une définition claire des activités connexes et complémentaires qui auraient vocation à entrer dans l'assiette de calcul des 80%. Néanmoins, les textes précisent qu'en feraient partie les activités « *telles que la fourniture d'accès internet et des services de téléphonie mobile* » réalisés par Onati.
87. Le porteur du texte avance comme justification différentes considérations d'intérêt général liées aux caractéristiques géographiques, techniques, fonctionnelles et économiques du secteur des télécommunications en Polynésie française.
88. Selon la DGEN, « *dans la mesure où les missions d'intérêt général, ainsi que les activités complémentaires et connexes (telles que la fourniture d'accès internet et des services de téléphonie mobile) assurées par l'une des filiales de l'établissement public OPT concourent, sur les plans financier, technique et opérationnel, à l'amélioration des conditions de fourniture des missions de service public au profit de l'ensemble des usagers, le critère de chiffre d'affaires est assoupli par un élargissement de l'assiette prise en compte pour le calcul du pourcentage de 80%* »³⁴.

1.1. Les services de téléphonie mobile et d'accès à Internet soumis à concurrence sont en principe exclus du champ des activités connexes ou complémentaires

89. S'agissant plus spécifiquement des services de fourniture d'accès internet et des services de téléphonie mobile, il s'agit d'activités soumises à la concurrence. Par conséquent, leur inclusion dans le cadre des activités connexes ou complémentaires dans un contrat de quasi-régie doit être soumise à une appréciation très stricte.
90. Ces services sont déjà commercialisés et fournis par des opérateurs privés sur un marché ouvert à la concurrence. Dès lors, ils ne peuvent pas être considérés comme des activités connexes ou complémentaires dans le cadre du calcul des 80 % en raison, d'une part, du risque de **distorsion de concurrence** : l'entité en quasi-régie qui fournirait des services disponibles sur le marché concurrentiel (comme la téléphonie mobile ou l'accès à Internet), bénéficierait d'une position privilégiée en raison de sa relation avec l'autorité publique tout en étant active sur un marché concurrentiel, engendrant un risque de distorsion de la concurrence, contraire aux principes de la commande publique. D'autre part, les services de téléphonie mobile et d'accès à Internet, bien qu'utiles pour la mission publique, sont des services **génériques** que l'on peut obtenir

³⁴ Demandes d'avis n° 005555, n° 005553 et n° 005551 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications.

auprès de divers prestataires privés. Il ne s'agit donc pas d'une activité spécifiquement liée à la mission de service public et la demande d'avis n'a fourni aucun élément pour étayer un tel lien.

1.2. L'exception de défaillance du marché privé ne peut être invoquée en l'espèce

91. Le porteur du texte avance la circonstance de défaillance du marché privé dans les zones non denses pour justifier l'inclusion des services de téléphonie mobile et de fourniture d'accès Internet dans les activités connexes et complémentaires à prendre en compte dans le calcul des 80%. Selon ce dernier, l'opérateur dédié, en plus de ses missions de service public, poursuit une mission d'intérêt général propre essentielle qui consiste à fournir au travers de son réseau des services de fourniture d'accès internet et de téléphonie mobile – aux mêmes conditions tarifaires et de service que sur le reste du territoire – dans les zones dites non denses (archipels éloignés essentiellement) où il existe une carence de l'initiative privée.
92. Or, pour rappel, la **défaillance du marché privé** se produit lorsqu'aucun acteur privé ne parvient à fournir efficacement un bien ou service, en raison de barrières économiques ou d'infrastructures insuffisantes.
93. Cependant, **il n'y a pas défaillance lorsque le manque de concurrence est causé par une barrière artificielle imposée par l'opérateur public**, et non par une incapacité intrinsèque des entreprises privées à entrer sur le marché. Le refus d'accès à une infrastructure essentielle contrôlée par une filiale d'un opérateur public ou l'obligation faite aux concurrents de déployer leur propre infrastructure peuvent être constitutifs de barrière artificielle³⁵. L'intérêt commercial d'opérer dans les zones peu denses peut tenir en la capacité d'offrir une couverture globale, les services en zones peu denses servant alors de levier aux ventes en zones denses. Une argumentation de vente en ce sens pourrait étayer le caractère artificiel de telle barrières.
94. À cet égard, l'Autorité note qu'il est inséré un **Article LP. 312-3. I** qui définit les zones peu denses comme « *les zones dans lesquelles aucun autre opérateur que la filiale ou l'établissement public - Office des postes et télécommunications n'a déployé son propre réseau* ».
95. L'Autorité considère qu'une telle définition vient renforcer le caractère de barrière artificielle, susceptible de fausser le jeu concurrentiel. L'Autorité rappelle l'existence de demandes en cours émanant d'opérateurs concurrents d'accéder aux infrastructures dans ces zones et renvoie à ses analyses et recommandations précédemment émis, visant précisément à supprimer l'obligation faite aux opérateurs de déployer leur propre infrastructure dans les zones peu denses. Ces recommandations s'inscrivent dans la logique de favoriser l'accès aux infrastructures existantes pour éviter les coûts inutiles et promouvoir une concurrence saine entre les opérateurs, tout en préservant les ressources et l'environnement³⁶.

³⁵ Avis n° 2017-A-02 du 22 septembre 2017 relatif à l'octroi par le gouvernement d'autorisations de fournir des services de télécommunications aux sociétés Viti et Pacific Mobile Telecom, notamment § 189.

³⁶ Avis n° 2017-A-02 du 22 septembre 2017 relatif à l'octroi par le gouvernement d'autorisations de fournir des services de télécommunications aux sociétés Viti et Pacific Mobile Telecom, notamment § 189 ; avis n° 2020-A-02 du 17 juin 2020 sur un projet de loi du pays portant modification du code des postes et télécommunications (détermination du tarif de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications mobiles et suppression du dispositif d'agrément des installateurs admis en télécommunications) § 225 ; avis n° 2023-A-02 du 24 juillet 2023 sur la détermination des conditions de déploiement et de financement des réseaux de télécommunications dans les îles peu denses de la Polynésie française § 52.

96. Eu égard à ce qui précède, en l'espèce, le porteur des textes n'apporte pas la justification nécessaire à démontrer un manque de concurrence dû à une défaillance du marché privé.
97. En conséquence, **l'Autorité considère que les conditions ne sont pas réunies pour prendre en compte les activités commerciales d'Onati (fourniture de l'accès à Internet et services de téléphonie mobile) dans l'assiette de calcul du seuil des 80%.**
98. En tout état de cause, l'Autorité rappelle que la part de l'activité en concurrence qui aurait pu être prise en compte dans les 80 % si les conditions de la défaillance du marché privé avaient été réunies, aurait été **limitée** aux seules zones où le **marché privé** aurait été considéré comme **défaillant**. Cette limitation garantit en effet que l'exception de quasi-régie est bien utilisée pour répondre à un besoin public spécifique dans des zones mal desservies, sans perturber la concurrence dans les territoires où des opérateurs privés sont présents.

2. DANS LE SECTEUR POSTAL : LES ÉLÉMENTS FOURNIS SONT INSUFFISANTS POUR SE PRONONCER EN FAVEUR OU EN DÉFAVEUR DE L'INCLUSION DE SERVICES COMMERCIAUX DANS LE CALCUL DES 80%

99. Les projets de loi du pays soumis à examen introduisent également dans le secteur postal un assouplissement du calcul du critère tenant à l'exercice par l'opérateur dédié (en l'espèce Fare Rata) de 80% de son activité dans le cadre de tâches confiées par l'OPT.
100. Selon le projet de loi du pays soumis pour avis, Fare Rata exerce à ce jour environ 70% de son activité dans le cadre des missions confiées par l'OPT, et 20 % de son activité dans le cadre des activités complémentaires et connexes à ces missions réalisées au travers des infrastructures du service public (dont l'utilisation est donc rémunérée par ces activités complémentaires et connexes). Enfin, selon les informations fournies par l'OPT à la DGEN sur la base des relevés comptables de 2022, Fare Rata réalise 10% de ses activités sur des marchés concurrentiels considérés comme n'étant pas connexes ou complémentaires à ses missions de service public.
101. Selon le porteur du texte, « *[d]ans la mesure où les missions d'intérêt général, ainsi que les activités complémentaires et connexes (telles que la fourniture des services de paiement dans les zones non bancarisées) assurées par l'une des filiales de l'OPT concourent, sur les plans financier, technique et opérationnel, à l'amélioration des conditions de fourniture des missions de service public au profit de l'ensemble des usagers, le critère de chiffre d'affaires est assoupli par un élargissement de l'assiette prise en compte pour le calcul du pourcentage de 80%»³⁷.*
102. Dans le même esprit que pour le secteur des télécommunications, le porteur de texte soutient que les différentes considérations d'intérêt général liées aux caractéristiques géographiques (notamment s'agissant des archipels éloignés), techniques, fonctionnelles et économiques du secteur postal en Polynésie française justifient un assouplissement du deuxième critère, et ce d'autant que les activités complémentaires et connexes précitées participent à la bonne exécution des missions de service public³⁸.
103. Il précise que : (i) les missions réalisées pour l'établissement public par sa filiale en charge desdites missions présentent des résultats structurellement déficitaires que les activités

³⁷ Demandes d'avis n° 005555, n° 005553 et n° 005551 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications.

³⁸ La mise en œuvre de ces missions est effectuée au travers d'un réseau de 87 bureaux de poste repartis sur l'ensemble de la Polynésie française.

complémentaires et connexes financent ; (ii) l'opérateur dédié participe concrètement, au travers de ses activités journalières, aux politiques publiques d'aménagement du territoire, de désenclavement des îles éloignées et de développement économique ; (iii) le développement du numérique engendre une transformation profonde des usages et du paysage concurrentiel sur tous les marchés ; (iv) si la dématérialisation croissante des échanges va de pair avec l'essor du e-commerce, l'augmentation des volumes de marchandises à livrer ne compense pas pour autant les flux de courrier, qui diminuent de façon structurelle et inexorable.

104. Selon le porteur du texte, « *l'opérateur dédié doit donc nécessairement développer des activités complémentaires et connexes pour poursuivre sa contribution active à ces politiques publiques locales en tenant compte des évolutions des usages et des besoins des populations, y compris celles situées dans les zones les plus éloignées* »³⁹.
105. L'Autorité renvoie à ses développements *supra* sur les activités connexes et complémentaires qui peuvent entrer dans la base de calcul du seuil des 80%, et notamment sur le principe de distinction entre mission publique et marché concurrentiel.
106. Comme pour le secteur des télécommunications, les projets de loi du pays soumis à examen ne précisent pas de manière exhaustive ni ne donnent une définition claire des activités connexes et complémentaires qui auraient vocation à entrer dans l'assiette de calcul des 80% pour Fare Rata en matière postale. Néanmoins, les textes précisent qu'en feraient partie les activités « *telles que la fourniture des services de paiement dans les zones non bancarisées* ».
107. Ici encore il est important de rappeler que, même si une activité est complémentaire ou connexe, elle ne doit pas représenter une part trop importante de l'activité globale, notamment dans le cadre d'une **quasi-régie**. En effet, ces activités doivent rester **subordonnées** à la mission principale de service public de l'opérateur postal (voir *supra* les analyses et explications développées dans le secteur des télécommunications) afin d'éviter un risque de distorsion de concurrence.
108. Des services purement commerciaux et fortement concurrentiels, comme des offres bancaires complexes, pourraient être considérés comme **non complémentaires** si leur poids dépasse celui des activités postales classiques.
109. Le manque de précisions des éléments fournis ne permet pas à l'Autorité de se prononcer sur la nature des activités connexes et complémentaires de Fare Rata qui pourraient en l'espèce entrer dans la base de calcul des 80% ni sur leur périmètre.
110. En tout état de cause, l'Autorité rappelle que la part de l'activité en concurrence prise en compte dans les 80 % devra être **limitée** aux seules zones où le **marché privé est défaillant**, afin de garantir que l'exception de quasi-régie est bien utilisée pour répondre à un besoin public spécifique dans des zones mal desservies, sans perturber la concurrence dans les territoires où des opérateurs privés sont présents (voir *supra*).

³⁹ Demande d'avis n° 005553 portant modification de la loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics et du code des postes et télécommunications, page 5.

C. LA LIMITATION DE LA DURÉE DE LA DSP EST TROP VAGUE ET INTRODUIT UNE INCERTITUDE

111. Les projets de loi du pays soumis à examen prévoient de limiter la durée du contrat de délégation en quasi-régie « *à la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* ». Selon le porteur du texte, « *une telle disposition permettra de dresser un bilan du fonctionnement du secteur des télécommunications et de prendre en compte l'évolution des usages et des technologies notamment sur les modalités de fonctionnement du groupe public OPT composé de l'OPT et ses filiales* ».
112. L'Autorité souligne que selon le périmètre de ce qui sera pris en compte au titre des « installations mises en œuvre », une telle modalité peut résulter en une durée sans cesse prolongée et donc indéterminée. Tel serait par exemple le cas si les extensions, améliorations, renouvellement, entretiens des infrastructures, etc. venaient à entrer dans la notion d'installations mises en œuvre.

D. L'ABSENCE DE RÉGULATION INDÉPENDANTE INTRODUIT UN RISQUE DE PARTIALITÉ

113. Comme souligné par l'Autorité à de multiples reprises dans ses précédents avis⁴⁰, aujourd'hui, la régulation de droit commun est attribuée au Conseil des ministres qui assure donc à la fois un rôle en matière de réglementation (projets de loi du pays et arrêtés), un rôle de régulateur sectoriel, tout en étant partie prenante au sein de l'OPT, dont notamment Onati est une filiale (les membres du gouvernement sont majoritaires au sein de son conseil d'administration).
114. Ce cumul actuel des fonctions de réglementation et de régulation impacte négativement le fonctionnement concurrentiel et les incitations à investir dans le secteur des télécommunications de la Polynésie française, et est de nature à porter atteinte à l'intégrité du fonctionnement des pouvoirs publics dans le secteur.
115. L'Autorité de concurrence est cantonnée pour sa part à des avis purement consultatifs, ou à la procédure contentieuse (ententes et abus de position dominante). Celle-ci peut certes conduire à sanctionner les entreprises à l'origine de pratiques anti-concurrentielles, mais il s'agit d'une procédure *ex post*, qui peut donc intervenir trop tard pour rétablir la concurrence selon les mérites dans un marché en cours de structuration, et ne peut se substituer dans le domaine des économies de réseau en voie d'ouverture, à une régulation indépendante *ex ante*, qui permettrait de lever ces différents écueils.
116. Par ailleurs, en matière de commande publique, le principe d'impartialité est un principe général du droit qui s'impose au pouvoir adjudicateur comme à l'autorité administrative⁴¹. Le Tribunal administratif de Polynésie française a eu l'occasion de rappeler que « *ce principe implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat. L'existence d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure d'attribution du marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat. Eu égard à sa nature, la*

⁴⁰ Notamment avis n° 2024-AO-03 du 29 avril 2024 ; avis n° 2023-A-06 du 15 décembre 2023 ; avis n° 2023-A-02 du 24 juillet 2023 ; avis n° 2023-A-01 du 17 mai 2023.

⁴¹ Décision du Tribunal administratif de Polynésie française n° 2400019 du 16 juillet 2024.

méconnaissance du principe d'impartialité est par elle-même constitutive d'un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat, sans qu'il soit besoin de relever une attention de la part du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat »⁴².

117. Confier la mission de régulation du secteur des télécommunications de la Polynésie française à une entité indépendante est une solution suffisante pour résoudre ces problèmes. Dans son fonctionnement, cette entité devra être indépendante et disposer de pouvoir de coercition, de ressources humaines et techniques à la mesure de la complexité de la tâche, et être soumise au contrôle du juge.

III. RECOMMANDATIONS

1. **Renoncer à l'exception de quasi-régie et procéder par appel d'offres.** L'Autorité considère qu'aucun élément ne justifie une dérogation à la procédure par appel d'offres qui reste la solution à privilégier en matière de DSP.
2. **Séparer les entités investies d'une mission de service public (type gestion des infrastructures) et les entités (commerciales) actives sur les marchés en concurrence.** L'Autorité recommande encore une fois vivement de restructurer les filiales du Groupe OPT, Onati et Fare Rata, afin de garantir une étanchéité entre les activités exercées au titre des conventions de DSP dans le secteur des télécommunications et le secteur postal et celles exercées sur les marchés concurrentiels en Polynésie française. La séparation des activités au sein d'Onati et de Fare Rata ne devrait pas simplement être comptable et financière mais *a minima* fonctionnelle, voire aboutir à la création de deux entités totalement distinctes et autonomes.
3. ***A minima*, procéder à une séparation comptable et financière de ces activités au sein des filiales de l'OPT, Onati et Fare Rata.** Seule une telle séparation permettra un contrôle nécessaire des activités de service public d'une part et, d'autre part des activités commerciales soumises à concurrence. Un tel contrôle garantit le respect des règles de concurrence et des règles de la commande publique.
4. **Instituer un régulateur indépendant chargé de la régulation sectorielle regroupant le secteur des postes et des télécommunications et doté de pouvoirs de contrôle, de pouvoirs décisionnaires (autorisations individuelles d'exercer, de régler des différends entre opérateurs, etc.) et de moyens et garanties d'indépendance et d'expertise.** Comme rappelé régulièrement depuis 2017 dans de multiples avis auxquels elle renverra⁴³, l'Autorité recommande de confier la régulation des secteurs postaux et

⁴² *Ibid.*

⁴³ Voir notamment avis n° 2017-A-02 relatif à l'octroi par le gouvernement d'autorisations de fournir des services de télécommunications aux sociétés Viti et Pacific Mobile Télécom, paragraphes 320 et suivants ; avis n° 2023-A-02 du 24 juillet 2023 sur la détermination des conditions de déploiement et de financement des réseaux de télécommunications dans les îles peu denses de la Polynésie française, paragraphes 140 et 155. Voir aussi les avis mentionnés à la note n°27.

des télécommunications à un régulateur indépendant. Elle considère que la mise en œuvre de cette recommandation relève désormais de l'urgence eu égard aux évolutions locales des secteurs postal et des télécommunications.

5. **De manière subsidiaire, renforcer le cadre juridique de la dérogation (*i.e.* le régime de quasi-régie « adapté ») en clarifiant et en identifiant les activités connexes et complémentaires qui ont vocation à entrer dans l'assiette de calcul du seuil des 80%.**
6. **limiter la prise en compte, dans le seuil des 80%, des activités en concurrence aux seules situations de carence de l'initiative privée, à la fois dans leur nature et dans leur périmètre.**
7. **Encadrer la mise en œuvre d'un éventuel contrat de quasi-régie en (i) délimitant clairement les contours des DSP et en (ii) conditionnant la conclusion de ce contrat de quasi-régie à la séparation comptable et financière, au sein de l'opérateur dédié, des activités de service public et des activités commerciales, afin d'assurer un contrôle nécessaire du respect des principes de concurrence et des règles de la commande publique. L'autorité recommande de définir clairement le périmètre des conventions de DSP en créant respectivement, pour le secteur des postes et des télécommunications, un catalogue des services publics qui préciserait *a minima* et de manière précise la nature et le périmètre des prestations concernées. Un régulateur indépendant permettrait de mieux assurer le respect de ces principes.**
8. **Modifier et clarifier la limitation de durée de la DSP afin qu'elle soit déterminée et ne pas la faire reposer sur des éléments qui introduisent des risques d'évolutions et d'incertitudes (une interprétation large qui prendrait en compte les évolutions, améliorations, entretiens, etc., futurs reviendrait notamment à repousser la durée de manière indéterminée).**
9. **Modifier la définition des zones peu denses : Supprimer la définition des zones peu denses par référence aux « zones dans lesquelles aucun autre opérateur que la filiale ou l'établissement public - Office des postes et télécommunications n'a déployé son propre réseau ». Introduire une définition des zones peu denses par référence au critère objectif de la densité de la population.**

Délibéré sur le rapport de M. Maxime Hebling, *rapporteur*, et l'intervention de Mme Sophie Bresny, *rapporteur général*, par Mme Johanne Peyre, *présidente*, Mme. Ingrid Izquierdo, M. Enzo Silvestro, *membres titulaires*, MM. Henri Piffaut et Vivien Terrien, *membres suppléants*.

La présidente

Johanne Peyre