Décision du Tribunal administratif n° 2400179 du 12 novembre 2024

Tribunal administratif de Polynésie française
1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 30 avril et 25 juillet 2024, la société Pacific Mobile Télécom (PMT), représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 2452 CM du 26 décembre 2023, portant renouvellement de l'autorisation lui conférant la qualité d'opérateur de téléphonie mobile et l'autorisant en conséquence à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir au public des services de télécommunications mobiles en ce qu'il fixe en annexe un calendrier de déploiement d'un réseau de télécommunications physique à l'article A.4 du cahier des charges ;

2°) d'annuler l'article A.4 du cahier des charges figurant en annexe de l'arrêté susvisé ;

3°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le cahier des charges arrêté le 29 décembre 2023 visant à la contraindre à déployer un réseau physique sur tout le territoire de la Polynésie française, y compris dans les zones peu denses et à imposer un rythme soutenu de déploiement, s'avère contraire aux travaux réalisés ainsi qu'aux avis et décisions rendus par l'Autorité polynésienne de la concurrence ;

- il ne saurait être accepté que les usagers des archipels éloignés puissent continuer à être l'otage des décisions de l'opérateur historique (Onati), tandis que les opérateurs privés souffriraient d'une forme de précarité en se voyant imposer des décisions d'interruption ou de coupure d'itinérance au motif de l'existence d'un cahier des charges imposant une obligation de déploiement physique du réseau ;

- il ne résulte d'aucun texte ni d'aucun principe qu'une " concurrence par les infrastructures " soit mise en œuvre entre les opérateurs ; une telle course à l'équipement est un non-sens sur le plan écologique, paysager, économique, financier, et concurrentiel ;

- l'article A.4 du cahier des charges, dans sa version actuelle, tel que figurant en annexe de l'arrêté n° 2452 CM du 26 décembre 2023, revient en une décision unilatérale de l'administration qui se révèle entachée d'une erreur d'appréciation ainsi que d'une erreur de droit ; il eût été plus cohérent d'indiquer que la couverture des îles pouvait en tant que de besoin être assurée au moyen de l'itinérance.

Par un mémoire, enregistré le 3 juillet 2024, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que les arguments et moyens présentés dans la requête ne sont pas fondés.

Par une ordonnance du 30 juillet 2024, la clôture de l'instruction a été fixée au 23 août 2024.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;

- le code des postes et des télécommunications en Polynésie française ;

- l'arrêté n° 2127 CM du 23 novembre 2010 ;

- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Graboy-Grobesco, premier conseiller,

- les conclusions de M. Boumendjel, rapporteur public,

- les observations de Me Quinquis pour la société Pacific Mobile Télécom et celles de M. A représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. Depuis l'arrêté n° 2127 CM du 23 novembre 2010, la société Pacific Mobile Télécom (PMT) est autorisée, en qualité d'opérateur, à exploiter un réseau de télécommunications mobile à l'enseigne Vodafone. Cette société a sollicité, le 24 juillet 2023, le renouvellement de son autorisation d'exploitation et, par un arrêté n° 2452 CM du 26 décembre 2023, le président de la Polynésie française a renouvelé la qualité d'opérateur de téléphonie mobile de la société Pacific Mobile Télécom l'autorisant, pour une durée de douze ans, à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir au public des services de télécommunications mobiles. Par un courrier du 9 février 2024, la société requérante a toutefois demandé au président de la Polynésie française de retirer l'article A.4 du cahier des charges annexé à l'arrêté susvisé du 26 décembre 2023 relatif au " réseau de télécommunications " ou, à défaut, de modifier ledit cahier des charges en indiquant que la couverture des îles autres que Tahiti, Moorea, Bora Bora, Raiatea et Huahine, pourra intervenir au moyen d'une convention d'itinérance avec la société Onati ou tout autre opérateur. Le silence de l'administration sur cette demande a fait naître une décision implicite de rejet dont la société Pacific Mobile Télécom doit être regardée comme demandant l'annulation ainsi que de celle de l'arrêté susmentionné du 26 décembre 2023 en tant que cet acte fixe en annexe un calendrier de déploiement d'un réseau de télécommunications physique à l'article A.4 du cahier des charges.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. D'une part, aux termes de l'article LP. 212-1 du code des postes et des télécommunications (CPT) en Polynésie française : " Dans les conditions prévues par les dispositions du présent code, les autorisations d'établir et d'exploiter un réseau ouvert au public ou de fourniture au public d'un service de télécommunication sont accordées par arrêté pris en conseil des ministres ". Selon l'article LP. 212-10 de ce code : " I - L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunications sont soumis à autorisation conformément aux dispositions de l'article D. 212-1 du présent code (). / II - Six mois au moins avant la date de son expiration, le titulaire de l'autorisation adresse au ministre chargé des télécommunications une demande motivée de renouvellement de son autorisation. Un arrêté pris en conseil des ministres fixe les modalités d'application du présent alinéa. / III - L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunications sont soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Polynésie française et notamment au respect des règles énoncées ci-après : (). / Les règles mentionnées ci-dessus constituent les clauses types du cahier des charges de

l'opérateur. Elles sont complétées de clauses particulières selon la nature et les caractéristiques du réseau et de services de l'opérateur. Un arrêté pris en conseil des ministres définit les clauses particulières et notamment celles relatives à la nature, aux caractéristiques et à la zone de couverture du service, et au calendrier de déploiement du réseau ".

3. Selon l'article A 212-10-6 de ce code : " () II - Les arrêtés d'établissement et d'exploitation d'un réseau de télécommunication ouvert au public et/ou de fourniture du service de télécommunication au public sont délivrés par le conseil des ministres. Ils sont accompagnés d'un cahier des charges précisant les droits et obligations de l'opérateur. Les engagements pris par l'opérateur, dans son dossier de demande, sont repris comme obligations de son autorisation. / III - Dans le cas d'une autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau ouvert au public nécessitant l'assignation de fréquences radioélectriques, l'arrêté en conseil des ministres précise expressément que l'autorisation ne devient effective que si l'opérateur obtient l'autorisation d'utilisation des fréquences nécessaire à l'établissement du réseau ; auquel cas, le cahier des charges est approuvé en conseil des ministres. / En tout état de cause, l'autorisation devient caduque dans le délai de vingt-quatre mois si l'opérateur n'obtient pas l'autorisation d'utilisation des fréquences radioélectriques nécessaires à l'établissement de son réseau ". Selon l'article A. 212-10-7 de ce même code : " I. En application des dispositions de l'Art. D.212-10, II, le ministre chargé des télécommunications notifie aux titulaires d'autorisations, deux ans au moins avant la date de leur expiration, les conditions de renouvellement ou les motifs d'un refus de renouvellement. Ces conditions doivent s'inscrire dans le cadre juridique en vigueur au moment du renouvellement. / Le ministre chargé des télécommunications vérifie notamment que les prescriptions du cahier des charges sont dûment respectées par l'opérateur autorisé. Les autorisations, si elles sont renouvelées, ainsi que les cahiers des charges, sont modifiées en conséquence. / Le renouvellement doit intervenir dans l'année qui précède la date d'expiration de l'autorisation. II. À la demande de l'opérateur, un renouvellement peut intervenir dans la période allant d'un an (1 an) à trois ans (3 ans) précédant la date d'expiration de l'autorisation Cette demande devra être motivée notamment par des considérations inhérentes à la pérennisation de l'exploitation. III. Le renouvellement d'un arrêté d'établissement et d'exploitation d'un réseau de télécommunication ouvert au public et/ou de fourniture du service de télécommunication au public est délivré par le conseil des ministres. Il est accompagné d'un cahier des charges précisant les droits et obligations de l'opérateur, sans préjudice de la durée restante de l'autorisation dont il bénéficie. / Les conditions de renouvellement doivent s'inscrire dans le cadre juridique en vigueur au moment du renouvellement. Les autorisations, si elles sont renouvelées, ainsi que les cahiers des charges, sont modifiées en conséquence ".

4. L'article D. 212-2 du même code des postes et télécommunications en Polynésie française dispose que : " Les autorités compétentes de la Polynésie française veillent : () 2° A l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile de fournisseur d'accès à Internet ou de fournisseur de procédure de rappel, au bénéfice des utilisateurs ; 3° A la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion des réseaux notamment de service de télécommunication mobile qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer

librement entre eux, ainsi qu'à l'égalité des conditions de la concurrence dans le domaine du service de télécommunication mobile ()". Aux termes de l'article D. 212-26 du code précité : " () Dans les cas suivants, il peut être imposé à l'opérateur de service de télécommunication mobile de faire droit à une demande raisonnable de prestation d'itinérance faite par un autre opérateur de service de télécommunication mobile : a) Lorsque la prestation d'itinérance s'effectue entre deux opérateurs de service de télécommunication mobile autorisés en Polynésie française, il peut leur être imposé, dans un but d'intérêt général, de conclure une convention en la matière ; b) Un opérateur de service mobile de télécommunication qui souhaite offrir à ses abonnés une prestation d'itinérance en Polynésie française a droit à la conclusion d'une telle convention. En cas d'accord des parties, intervenu dans le délai de deux mois à compter de la date de demande, cette convention est communiquée à l'administration compétente. En cas de désaccord sur la conclusion de cette convention, l'administration compétente requiert des parties leurs positions en vue de dégager les termes d'un accord amiable ; à défaut de réunion de celui-ci, dans un délai raisonnable, le conseil des ministres fixe par arrêté les termes de l'itinérance. ".

5. Il résulte de l'avis n° 2023-A-02 du 24 juillet 2023 de l'autorité polynésienne de la concurrence (APC) relatif à " la détermination des conditions de déploiement et de financement des réseaux de télécommunications dans les îles peu denses de la Polynésie française ", points 32 et suivants, que : " La question de la couverture par un réseau à haut débit (mobile et internet fixe) du territoire des différents archipels qui forment la Polynésie française, dont certains sont à la fois éloignés et peu peuplés, est cruciale et a été considérée comme prioritaire par le schéma directeur d'aménagement numérique (SDAN) de 2017. Or, il est sans doute illusoire que plusieurs opérateurs mobiles soient en mesure de parvenir à l'équilibre économique en déployant leur propre réseau sur l'ensemble du territoire, sauf au prix de tarifs très élevés pour les consommateurs. Aussi, la question se pose de la mise en commun des infrastructures de couverture. Pourtant, le cadre réglementaire polynésien impose toujours le déploiement de tous les opérateurs sur tous les archipels. Cette situation paraît décorrélée de toute logique économique. L'Autorité a déjà, dans différents avis, eu l'occasion de se prononcer sur la question de la détermination de zones denses, dans lesquelles serait possible une concurrence entre les opérateurs par les infrastructures, et de zones peu denses, où seraient privilégiée une concurrence limitée aux services. () En outre, plusieurs dossiers contentieux ont fait ressortir les difficultés rencontrées par les opérateurs les plus récents, PMT-Vodafone et Viti-Ora, pour accéder au réseau déployé par Onati dans les archipels éloignés, posant la question, d'une part, de la nécessité de dupliquer les réseaux des différents opérateurs sur l'ensemble du territoire polynésien, et, d'autre part, de la nécessité de contrôler les tarifs proposés par Onati pour l'accès à son réseau. () sur la zone de carence de l'initiative privée, imposer à tout opérateur d'investir massivement dans un réseau physique coûteux sans perspectives de revenus pour les couvrir n'est pas justifié. () La reconnaissance d'une zone de carence de l'initiative privée implique en premier lieu de modifier le plan de déploiement des infrastructures de PMT et Viti en excluant ces zones. () Or, dès la mise en service du câble, Onati a déployé son propre réseau 4G dans l'ensemble des ces îles, sans se poser la question des alternatives à

un tel déploiement, telles que la mutualisation des réseaux. Onati a d'ailleurs bénéficié - a posteriori - pour ce déploiement d'une importante subvention du Pays de près de 250 MF. () il devient désormais complexe d'envisager a posteriori d'autres modalités de déploiement que l'itinérance pour en permettre l'accès aux opérateurs alternatifs. En effet, si en théorie, un partage des infrastructures 4G est toujours possible, il doit faire, avant son déploiement, l'objet de négociations, afin d'en déterminer les modalités financières et techniques (zones de couverture, qualité du service proposé, modalités du partage et notamment du partage ou non des fréquences). Une fois le réseau déployé, il devient plus délicat de procéder à un tel partage, car le réseau a été déployé sans tenir compte des besoins des concurrents. Onati a ainsi placé ses concurrents devant le fait accompli et il n'existe plus vraiment d'autre choix que d'y réguler les prestations d'itinérance. ".

6. La société requérante, qui a été autorisée pour une durée de douze années, par arrêté du 26 décembre 2023, à fournir des services de télécommunications mobiles, fait valoir qu'elle n'est pas en mesure de satisfaire aux conditions prévues en matière de déploiement de réseau tel que prescrit à l'article A.4 du cahier des charges annexé à l'arrêté susmentionné, relatif à " l'établissement et l'exploitation d'un réseau de télécommunication permettant la fourniture au public d'un service d'accès à internet ". Cet article dispose notamment que l'opérateur s'engage à respecter " au minimum le calendrier de déploiement ci-après " concernant 25 îles éloignées en zones peu denses pour la période de 2027 à 2036. La société Pacific Mobile Télécom soutient que les dispositions du cahier des charges qu'elle conteste sont contraires aux travaux et aux avis rendus par l'APC et que les usagers des archipels éloignés n'ont pas à subir les conséquences de la situation actuelle.

7. Ainsi que le fait valoir la société Pacific Mobile Télécom en se référant expressément à l'avis susmentionné de l'APC en date du 24 juillet 2023, et au regard de l'ensemble des éléments versés aux débats, la prescription imposée à PMT par la Polynésie française tenant au fait de dupliquer le réseau physique d'infrastructures de téléphonie mobile en particulier dans les îles éloignées mentionnées à l'article A.4 du cahier des charges annexé à l'arrêté au titre de la période 2027 à 2036, aurait notamment pour conséquence, compte tenu du coût de l'investissement correspondant, de renchérir les coûts et les tarifs de télécommunications au détriment des usagers, sans garantie d'une meilleure qualité de service, alors que la solution du recours à une convention d'itinérance conclue entre l'opérateur historique, Onati, dont le réseau physique est présent, et un opérateur alternatif tel que PMT apparaît manifestement plus adaptée pour une couverture des îles et archipels éloignés et les zones ainsi qualifiées de " peu denses " de Polynésie française. Ainsi que le précise également l'avis précité de l'APC, l'opérateur historique Onati a bénéficié d'une subvention du pays d'environ 250 MF, pour l'ensemble du déploiement de son propre réseau 4G dans les archipels éloignés et zones de carence de l'initiative privée et il ne ressort pas des pièces du dossier que PMT aurait accès à un financement public éventuel. Par ailleurs, le principe opposé en défense de développement d'une " concurrence par les infrastructures " susceptible de justifier le déploiement d'un nouveau réseau physique, ne procède d'aucune disposition réglementaire ou principe applicable et ne peut utilement être invoqué par l'autorité administrative. Dans ces conditions, alors même que des études récentes sur le sujet sont en

cours de finalisation s'agissant de la faisabilité d'un déploiement dans les archipels éloignés, la société Pacific Mobile Télécom est fondée à soutenir que l'article A.4 du cahier des charges annexé à l'arrêté n° 2452 CM du 26 décembre 2023 est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il fixe un calendrier de déploiement prévisionnel d'un réseau de télécommunications physique, pour les îles mentionnées au titre de la période 2027 à 2036. Cet article A4 ne peut être regardé en revanche comme étant entaché d'une telle erreur manifeste d'appréciation ou d'erreur de droit, faute notamment d'avoir imposé pour ces îles un recours à l'itinérance, s'agissant des îles de Tahiti, Moorea, Bora Bora, Huahine, Tahaa, Maupiti et Raiatea pour lesquelles le déploiement prévisionnel est prévu pour la période actuelle 2024 à 2026 eu égard à la densité de population présente à l'année sur ces îles et à leur taux important de fréquentation touristique régulière.

8. Il résulte de ce qui précède que la société requérante est fondée à demander l'annulation de la décision du rejet de sa demande et de l'arrêté susmentionné du 26 décembre 2023 en tant que cet acte fixe en annexe un calendrier de déploiement prévisionnel d'un réseau de télécommunications physique à l'article A.4 du cahier des charges pour les îles mentionnées au titre de la période 2027 à 2036.

Sur les frais liés à l'instance :

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 150 000 F CFP à verser à la société Pacific Mobile Télécom au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : La décision portant rejet de la demande de la société Pacific Mobile Télécom et l'arrêté susvisé du 26 décembre 2023, en tant que cet acte fixe en annexe un calendrier de déploiement prévisionnel d'un réseau de télécommunications physique à l'article A.4 du cahier des charges, pour les îles mentionnées au titre de la période 2027 à 2036, sont annulés.

Article 2 : La Polynésie française versera à la société Pacific Mobile Télécom la somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la société Pacific Mobile Télécom et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 15 octobre 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

Mme Busidan, première conseillère,

M. Graboy-Grobesco, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 12 novembre 2024.

Le rapporteur,

A. Graboy-Grobesco

Le président,

P. Devillers La greffière,

D. Oliva-Germain

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

Pour expédition,

Un greffier,