

Décision de la Cour administrative d'appel n° 22PA02955 du 07 août 2024

Cour d'appel de Paris

8ème chambre

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Pacific Mobile Télécom (PMT) a demandé au tribunal administratif de la Polynésie française d'annuler l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021 portant modification du code des postes et télécommunications en Polynésie française relatif à la détermination du tarif de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications et à la suppression du dispositif d'agrément des installateurs admis en télécommunications, en ce qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette des coûts.

Par un jugement n° 2100234 du 29 mars 2022, le tribunal administratif de la Polynésie française a fait droit à sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête et des mémoires enregistrés les 28 juin 2022, 20 décembre 2022 et 24 février 2024, la Polynésie française, représentée par la Selarl Groupavocats, demande à la cour :

1°) d'annuler ce jugement ;

2°) de rejeter la demande présentée par la société PMT devant le tribunal administratif de la Polynésie française ;

3°) de mettre à la charge de la société PMT la somme de 200 000 francs CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- c'est à tort que le tribunal a retenu, pour annuler l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021, le moyen tiré de ce que la Polynésie française, en excluant les achats de prestations d'itinérance de l'assiette des coûts réglementaires du tarif de référence d'interconnexion (TRI), aurait méconnu le principe de l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de téléphonie mobile ;

- l'exclusion des prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts du TRI est pertinente et conforme au respect du principe de l'exercice d'une concurrence effective et loyale ;

- à l'inverse, l'inclusion des prestations d'itinérance dans l'assiette réglementaire des coûts du TRI entraîne une charge pour l'opérateur ONATI et présente un caractère discriminant.

Par des mémoires en défense enregistrés le 14 novembre 2022 et le 5 février 2024, la société PMT, représentée par la Selarl Jurispol, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 500 000 F CFP soit mise à la charge de la Polynésie française au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que le moyen soulevé par la Polynésie française n'est pas fondé.

La requête a été communiquée à la société Onati et à la société Viti, qui n'ont pas produit d'observations.

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 ;
- 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 Mme Vrignon-Villalba,
- et les conclusions de Mme Bernard, rapporteure publique.

Une note en délibéré, présentée pour société Pacific Mobile Télécom, a été enregistrée le 26 juillet 2024.

Considérant ce qui suit :

1. La société Pacific Mobile Télécom (PMT) a demandé au tribunal administratif de la Polynésie française l'annulation de l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021 portant modification du code des postes et télécommunications en Polynésie française relatif à la détermination du tarif de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications et à la suppression du dispositif d'agrément des installateurs admis en télécommunications, en ce qu'il exclut de l'assiette réglementaire des coûts de l'opérateur de téléphonie mobile tout achat de prestations d'itinérance. Par un jugement du 29 mars 2022, dont la Polynésie française relève appel, le tribunal a fait droit à cette demande.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. Aux termes de l'article D. 212-2 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française, dans sa rédaction applicable au présent litige: " 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 ; ()

3. Par ailleurs, aux termes des dispositions du 18° de l'article D. 211-6 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française, dans sa rédaction applicable au présent litige : " () On entend par prestation d'itinérance, celle qui est fournie par un opérateur de service de télécommunication mobile à un autre opérateur de service de télécommunication mobile en vue de permettre l'accueil, sur le réseau du premier, des clients du second ". Aux termes de l'article D. 212-26 du même code : " () 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. "

4. Enfin, aux termes du 6° de l'article D. 211-6 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française, dans sa rédaction applicable au présent litige : " () On entend par interconnexion, les prestations réciproques offertes par deux opérateurs de réseaux ouverts au public qui permettent à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux, quels que soient les réseaux auxquels ils sont raccordés ou les services qu'ils utilisent. On entend également par interconnexion, les prestations d'accès au réseau offertes dans le même objet par un opérateur de réseau ouvert au public à un prestataire de service de télécommunication. ". Selon l'article LP.212-22 du même code : " Les titulaires d'une autorisation délivrée en application de l'Art. LP. 212-1 ont droit à l'établissement d'une interconnexion aux réseaux ouverts au public. L'interconnexion fait l'objet d'une convention entre les parties concernées. () ". L'article LP.212-22-1 du code dispose que : " Un tarif de référence d'interconnexion des réseaux ouverts au public est établi par le conseil des ministres pour chaque titulaire d'une autorisation. / Les informations nécessaires à l'établissement de ce tarif sont communiquées dans le respect du principe de protection du secret des affaires. / Un arrêté pris en conseil des ministres détermine les modalités d'élaboration et d'approbation du tarif ainsi que sa durée de validité. " Aux termes de l'article A. 212-22-1 du même code : " Un tarif de référence d'interconnexion des réseaux ouverts au public, prévu aux articles LP.212-22 et LP 212-22-1 du code présent code, est établi pour chaque opérateur de télécommunication. / Dans le cas de prestations réciproques offertes par deux opérateurs de réseau ouvert au public au sens des dispositions de l'article D.211 6°, le référentiel tarifaire comprend : - Le coût de la prestation de terminaison d'appel voix et/ou de SMS sur le réseau de télécommunication de l'opérateur, /- Les coûts supplémentaires induits pour l'établissement de l'interconnexion à son réseau incluant notamment : le coût des équipements et des liaisons de raccordement ". Selon l'article A.212-22-2 du code : " Le calcul des tarifs de référence d'interconnexion de l'opérateur public au titre de la terminaison d'appel voix et des prestations d'accès offertes est établi à l'initiative de l'opérateur public ou sur demande des autorités compétentes de la Polynésie française, aux frais de l'opérateur public. Ces frais sont intégrés au calcul du tarif de référence d'interconnexion. / L'opérateur public communique au service en charge des télécommunications le modèle technico-économique envisagé pour la détermination du tarif de référence d'interconnexion, ainsi que les paramètres de sa définition. / Le modèle technico-économique envisagé répond au modèle basé sur la méthodologie CMILT Bottom Up (coût incrémental à long terme). / Le modèle technico-économique est approuvé par arrêté pris en conseil des ministres après avis du comité consultatif des

télécommunications. / Après approbation, la validité du modèle technico-économique est maintenue tant que sa définition reste inchangée. ". L'article A.212-22-3 du code dispose : " Les tarifs de référence d'interconnexion de l'opérateur public au titre de la terminaison d'appel voix et des prestations d'accès offertes sont évalués par l'opérateur public selon le modèle technico-économique retenu dans les conditions de l'article A. 212-22-2. / L'opérateur public communique au service en charge des télécommunications, le résultat de cette évaluation ainsi que les informations et documents techniques et financiers ayant servi à cette évaluation. / Ces tarifs de référence d'interconnexion, valables deux ans, sont approuvés par arrêté pris en conseil des ministres après avis du comité consultatif des télécommunications quant à leur conformité au modèle technico-économique retenu et aux principes définis aux articles LP. 212-25 à LP. 212-25-2 du présent code. / Les tarifs de référence d'interconnexion sont applicables à compter de la date de leur publication au Journal officiel de la Polynésie française. " Aux termes de l'article A 212-22-9 de ce code : " Le tarif de référence d'interconnexion de l'opérateur de télécommunication autorisé à établir et exploiter un réseau ouvert au public de service de télécommunication mobile et/ou à fournir au public un service de télécommunication mobile respecte le principe de l'orientation des tarifs vers les coûts. / Les coûts sont calculés en considérant un opérateur efficient avec une approche prospective et une vision optimisée de la topologie existante du réseau. / L'opérateur doit transmettre, pour le calcul du tarif de référence d'interconnexion, un modèle réglementaire au service en charge des télécommunications. / Ce modèle doit respecter les spécifications suivantes : /1° L'opérateur produit son modèle selon la méthodologie CMILT bottom-up scorched nodes ; / 2° La rémunération des investissements se fait par une formule d'annuités constantes, et rémunérés par un coût moyen pondéré du capital déterminé par le service en charge des télécommunications ; /3° Les coûts d'exploitation intégrés dans le modèle se calculent sur la base d'une assiette de coûts pertinents. Les frais liés au calcul du tarif de référence d'interconnexion pris en charge par l'opérateur sont intégrés au calcul du tarif. ". Aux termes de l'article A.212-22-10 du code : " Le modèle doit adopter une approche CMILT Bottom-Up Scorched nodes visant à déterminer les coûts pertinents liés à un incrément d'un service, voix ou SMS, sur le réseau mobile. () ". Aux termes de l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications : " Sur l'assiette réglementaire des coûts : L'assiette des coûts comprend l'ensemble des coûts de réseau correspondant à la planification, la construction et l'exploitation du réseau, notamment les coûts d'équipement techniques et les taxes et redevances liées à l'utilisation du réseau. / Cette assiette comprend aussi les coûts liés à la production du modèle de l'opérateur. / Cette assiette doit exclure tout coût commercial ou tout achat de prestations d'interconnexion ou d'itinérance ainsi que les coûts joints et communs qui ne sont pas directement imputables au réseau. / Le service en charge des télécommunications peut ajouter une majoration à l'assiette des coûts d'exploitation relative à une quote-part des coûts communs hors réseau attribuables au coût de la terminaison mobile. / Le service en charge des télécommunications précise dans une documentation spécifique les modalités précédentes ". Et aux termes de l'article LP. 212-25-1 de ce code : " Les tarifs d'interconnexion respectent le principe de l'orientation des tarifs vers les coûts. / Un arrêté pris en conseil des ministres fixe les modalités d'application du présent article. / Le conseil des

ministres précise en outre la méthodologie du modèle technico-économique permettant de déterminer les tarifs. / Cette méthodologie peut évoluer selon le degré de maturité du marché polynésien des télécommunications dans l'optique d'une concurrence effective et loyale. "

5. Le tribunal, saisi par la société PMT, a jugé que les dispositions, citées au point 4 ci-dessus, de l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021 sont illégales en tant que les achats de prestations d'itinérance sont exclus de l'assiette réglementaire des coûts pertinents pris en compte pour le calcul des tarifs d'interconnexion. Toutefois, il ressort des pièces du dossier, et notamment des termes de l'avis n° 2020-A-02 du 17 juin 2020 rendu par l'autorité de la concurrence de la Polynésie française, que la Polynésie française a décidé, notamment, de revoir les règles de détermination des tarifs d'interconnexion. Elle a ainsi retenu, en cohérence avec le principe d'orientation des tarifs vers les coûts rappelé à l'article LP. 212-25-1 du code, une méthode dite incrémentale, dans laquelle ne sont pris en compte que les seuls coûts induits par les prestations techniques fournies par un opérateur de réseau au titre de la terminaison des appels en provenance d'un autre opérateur, et que l'opérateur concerné n'aurait donc pas supportés si le service d'interconnexion n'avait pas été fourni. Cela inclut donc uniquement, comme mentionné à l'article A. 212-22-1 du code, le coût de la prestation de terminaison d'appel voix et/ou de SMS sur le réseau de télécommunication de l'opérateur et les coûts supplémentaires induits pour l'établissement de l'interconnexion à son réseau incluant notamment le coût des équipements et des liaisons de raccordement. Les coûts exposés par un premier opérateur au titre des services d'itinérance qui lui sont fournis par un second opérateur n'étant pas des coûts induits par les prestations d'interconnexions à son réseau rendue par ce premier opérateur, c'est à juste titre qu'ils ont été exclus, comme non pertinents, de l'assiette réglementaire des coûts définie à l'article A. 212-22-12 du code.

6. Dès lors que les tarifs de référence d'interconnexion qui seront finalement proposés et arrêtés ne correspondent pas nécessairement aux tarifs théoriques déterminés par les modèles des opérateurs, cette exclusion ne porte pas, par elle-même, atteinte au principe de l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de téléphonie mobile. Il appartient en effet au service en charges des télécommunications, lorsqu'il propose les tarifs de référence d'interconnexion pour chaque opérateur de réseau à partir du tarif théorique calculé selon les modèles de ces opérateurs, et au conseil des ministres lorsqu'il les arrête, de s'assurer que ces tarifs sont de nature à préserver les conditions d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile, ce qui peut impliquer, ainsi que l'autorité de la concurrence de la Polynésie française le relève dans son avis précité, de conserver temporairement, pour tout ou partie des opérateurs, une asymétrie entre ces tarifs et, pour ce faire, le cas échéant, de s'écarter des tarifs théoriques s'ils ne permettent pas la réalisation de ces objectifs. Il leur appartient aussi de vérifier que les coûts liés à l'utilisation du réseau de l'opérateur public par d'autres opérateurs de service qui n'ont pas encore développé leur propre réseau dans une zone donnée ne soient pas facturés deux fois par l'opérateur public, au titre de l'itinérance d'une part et au titre de l'interconnexion d'autre part.

7. Dès lors, la Polynésie française est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de la

Polynésie française a accueilli le moyen tiré de ce qu'en excluant les achats de prestations d'itinérance de l'assiette des coûts réglementaires du tarif de référence d'interconnexion, elle aurait méconnu le principe de l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de téléphonie mobile pour annuler, dans cette mesure, l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications dans sa version issue de l'arrêté n°504 CM du 1er avril 2021.

8. Toutefois, il appartient à la cour administrative d'appel, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société PMT devant le tribunal administratif de la Polynésie française.

9. Il résulte de ce qui a été dit aux points 5 et 6 du présent arrêt que la société PMT n'est pas fondée à soutenir que les dispositions de l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021, en tant qu'elles excluent les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts pertinents pris en compte pour le calcul des tarifs d'interconnexion, méconnaîtraient les principes d'orientation des tarifs vers les coûts, d'objectivité, de transparence et de non-discrimination.

10. Il résulte de ce qui précède que la Polynésie française est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de la Polynésie française a annulé l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, dans sa version issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021, en tant qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion.

Sur les frais liés à l'instance :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la Polynésie française une somme que la société PMT réclame au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

12. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société PMT le versement à la Polynésie française de la somme la somme de 2 000 euros au titre de ces mêmes dispositions.

D É C I D E :

Article 1er : Le jugement du 29 mars 2022 du tribunal administratif de la Polynésie française est annulé.

Article 2 : La demande présentée par la société PMT devant le tribunal administratif de la Polynésie française et ses conclusions d'appel sont rejetées.

Article 3 : La société PMT versera à la Polynésie française la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié au président de la Polynésie française, au président de l'assemblée de la Polynésie française, à la société Pacific Mobile Telecom, à la société ONATI et à la société VISTI.

Copie en sera adressée au Haut-Commissaire de la République en Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 4 juillet 2024, à laquelle siégeaient :

- Mme Menasseyre, présidente de chambre,
- Mme Vrignon-Villalba, présidente-assesseur,

- Mme Mayer, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe de la cour, le 7 août 2024.

La rapporteure,

C. Vrignon-VillalbaLa présidente,

A. Menasseyre

Le greffier,

P. Tisserand

La République mande et ordonne au Haut-Commissaire de la République en Polynésie française 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.