Décision du Tribunal administratif n° 2100101 du 14 décembre 2021

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

I) Par une requête enregistrée le 29 mars 2021 sous le n°2100101, et un mémoire enregistré le 19 août 2021, la société Pacific Mobile Télécom, représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n°243 CM du 2 mars 2021 portant approbation pour l'année 2021 des tarifs de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications autorisés en Polynésie française prévu à l'article LP. 212-1 du code des postes et télécommunications en Polynésie française.

2°) d'enjoindre à la Polynésie française d'adopter de nouveaux tarifs d'interconnexion conformes aux articles D 212-22 et suivants du code des postes et télécommunications et, à défaut, conformes à l'article A 212-22-6 du même code ;

3°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 300 000 F CFP en application des dispositions de l'article L761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que : la décision de proroger des tarifs très supérieurs à la réalité du service est entachée d'une erreur de droit eu égard aux dispositions de l'article D 212-22 du code des postes et des télécommunications qui imposent une consultation effective des opérateurs et la prise en compte de leurs négociations commerciales ; elle a systématiquement déploré l'absence de révision de la partie du tarif de référence d'interconnexion relatif aux liaisons louées ; les tarifs retenus sont incompatibles avec les dispositions de l'article D 212-25 du code, privilégiant la société Onati par rapport à ses concurrents ; il appartenait à l'administration de rechercher une tarification orientée vers les coûts, de censurer des tarifs qui ne respectent pas les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination, qui génèrent des charges excessives pour les opérateurs utilisateurs et qui ne sont pas justifiés par des éléments techniques comptables précis ; l'administration, en application de l'article A 212-22-6 du code, aurait dû rechercher si les conditions concrètes d'exploitation devaient conduire à maintenir un tarif de référence particulièrement élevé malgré la hausse de la demande, et déterminer un tarif de référence d'interconnexion conformes aux principes du code des postes et des télécommunications ;

Par un mémoire enregistré le 31 mai 2021, la Polynésie française, qui demande la jonction des requêtes n°2100101 et 2100108, conclut à titre principal au rejet de la requête, et à titre subsidiaire, à ce que le tribunal fasse usage de son pouvoir de modulation des effets de sa décision dans le temps. Elle soutient que la requête n'est pas fondée.

Par un mémoire enregistré le 7 juin 2021, la société ONATI, représentée par la société d'avocats Magenta, qui demande la jonction des requêtes n°2100101 et 2100108, conclut à titre principal au rejet de la requête, à titre subsidiaire à la modulation des effets de la décision dans le temps, et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la requête n'est pas fondée. Par une ordonnance du 20 août 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 6 septembre 2021.

II) Par une requête enregistrée le 30 mars 2021, sous le n°2100108, et un mémoire enregistré le 9 juillet 2021, la société Viti, représentée par Me Mikou, demande au tribunal :

1°) d'annuler le II de l'article 2 de l'arrêté n°243 CM du 2 mars 2021 portant approbation pour l'année 2021 des tarifs de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications autorisés en Polynésie française prévu à l'article LP. 212-1 du code des postes et télécommunications en Polynésie française.

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 500 000 F CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que : la Polynésie française a manqué de transparence en s'abstenant de communiquer les coûts de l'opérateur public pour 2021 et de transmettre le débit de référence des liaisons louées ; le conseil des ministres s'est contenté de renouveler les tarifs de référence d'interconnexion de la société ONATI sans égard au respect des principes posés par l'article D 212-25 du CPT en l'absence de tenue d'une comptabilité analytique d'ONATI entre ses activités concurrentielles et les activités de délégation de gestion du service public des télécommunications ; la société ONATI en qualité d'opérateur de télécommunications et d'exploitation du service public des télécommunications, si elle facture aux autres opérateurs ne se facture rien à soi-même, ainsi cette organisation mise en œuvre par l'OPT avec la validation de la Polynésie française est de nature à méconnaitre le principe de non-discrimination ; le conseil des ministres a fixé les tarifs 2021 sans imposer à la société ONATI de faire auditer sa comptabilité analytique par un cabinet d'audit et sans publier les résultats de ce travail en méconnaissance des dispositions de l'article D 212-25 du CPT ; il appartient à la Polynésie française de démontrer que les tarifs 2021 sont orientés vers les coûts comme le prévoit l'article D 212-25 du CPT ; le fait de maintenir en 2021 le niveau des tarifs de 2019-2020 revient à lui imposer indument une charge excessive ; la Polynésie a commis un détournement de pouvoir dans le seul but de protéger l'opérateur public ONATI ; l'arrêté attaqué constitue une véritable entrave à l'exercice de la concurrence sectorielle, à la libre concurrence et à la liberté du commerce et à la concurrence effective et loyale.

Par des mémoires enregistrés le 1er juin 2021 et le 19 août 2021, la société Pacific Mobile Telecom (PMT) s'associe aux demandes de la SAS VITI et sollicite que ces deux affaires soient jointes.

Par un mémoire enregistré le 9 juin 2021, la Polynésie française, qui demande la jonction des requêtes n°2100101 et 2100108, conclut à titre principal au rejet de la requête, et à titre subsidiaire à ce que le tribunal fasse usage de son pouvoir de modulation des effets de sa décision dans le temps. Elle soutient que la requête n'est pas fondée. Par des mémoires enregistrés le 14 juin 2021 et le 4 août 2021, la société Onati, représentée par la société d'avocats Magenta, qui demande la jonction des requêtes n°2100101 et 2100108, conclut au rejet de la requête, à titre subsidiaire que soient modulés les effets de la décision dans le temps, et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que la requête n'est pas fondée. Par une ordonnance du 20 août 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 6 septembre 2021.

Vu l'arrêté attaqué et les autres pièces du dossier.

Vu : - la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ; - le code des postes et des télécommunications de la 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 M. Retterer, - les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique, - les observations de Me Quinquis, représentant la société PMT, celles de Me Mikou, représentant la société Viti, et M. Le Bon, représentant la Polynésie française. Une note en délibéré a été présentée pour la SAS Onati le 11 décembre 2021 dans le dossier 2100101.

Une note en délibéré a été présentée pour la SAS Onati le 11 décembre 2021 dans le dossier 2100108.

Considérant ce qui suit :

1. Par arrêtés du 8 avril 2019, les tarifs d'interconnexion de télécommunications ont été approuvés par le conseil des ministres de la Polynésie française pour les deux années 2019 et 2020. Alors que ces tarifs devaient faire l'objet de travaux de révision par chaque opérateur pour l'année 2021, le ministre en charge des télécommunications, en raison de la situation dégradée du secteur due à la covid-19, a proposé la reconduction pour l'année 2021 de l'ensemble de ces tarifs. Le ministre a alors organisé une consultation des opérateurs des télécommunications quant au calendrier de mise en place du nouveau cadre réglementaire relatif à la détermination des tarifs de référence d'interconnexion (TRI). Le comité consultatif des télécommunications (CCT) s'est réuni le 18 février 2020. Par courrier du 28 avril 2020, le directeur général de la société Pacific Mobile Telecom (PMT) donnait son accord pour reconduire les seuls tarifs d'interconnexion voix, mobile (TAM) et fixe (TRI), et non les lignes louées au titre de la téléphonie mobile. Par courrier du 29 avril 2020, la société Viti donnait son accord pour maintenir son tarif TAM et s'opposait à la reconduction des tarifs d'interconnexion des lignes louées. Par courrier du 19 mai 2020, la ministre compétente a indiqué que les opérateurs de télécommunications ont « émis un avis favorable quant au maintien des TRI actuels respectifs pour l'année 2020 ». Par courrier du 28 novembre 2020, la société PMT par le biais de son conseil a contesté avoir émis un avis favorable au sujet de la reconduction des tarifs des liaisons louées pour l'année 2021. Lors du comité consultatif des télécommunications du 3 mars 2021, les sociétés requérantes ont émis un avis défavorable sur le projet d'arrêté en conseil des ministres portant approbation pour l'année 2021 des tarifs de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunications. Par arrêté du 2 mars 2021, le président de la Polynésie française a arrêté en conseil des ministres, notamment, les tarifs de référence d'interconnexion des prestations d'accès offertes sur l'archipel de la Société. Les sociétés PMT et Viti contestent la légalité de ces dispositions prévues par cet arrêté.

Sur la jonction :

2. La requête n°2100101, présentée par la société PMT ainsi que la requête n° 2100108 présentée par la société Viti, présentent à juger des questions connexes. Il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

3. Aux termes de l'article D.212-2 du code des postes et des télécommunications : « 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 (…) au bénéfice des utilisateurs ». Aux

termes de l'article D. 212-22 du même code : « Il est établi, après avis du comité consultatif des télécommunications, par arrêté pris en conseil des ministres, un tarif interconnexion valable deux ans, des réseaux ouverts au public. Les titulaires d'une autorisation délivrée en application de l'Art. D-212-1 ont droit à l'établissement d'une interconnexion aux réseaux ouverts au public. / A cet effet, des négociations commerciales réunissent les parties prenantes à l'interconnexion pour parvenir, dans un délai maximum de trois mois, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, à la signature d'une convention d'interconnexion. / Celle –ci précise les modalités techniques, juridiques et financières de leur relation. /En cas d'accord des parties, cette convention est communiquée sans délai à l'administration compétente pour être approuvée par arrêté en conseil des ministres, en tant que cette convention répond bien aux dispositions des articles D. 212-23, D. 212-24 et D. 212-25. Si tel n'est pas le cas, le conseil des ministres notifie aux signataires les motifs de son désaccord en vue de la mise en conformité de la convention, au regard de la réglementation. En cas de désaccord entre les parties sur la conclusion de cette convention, l'administration compétente requiert de ces dernières leurs positions en vue de dégager sous un délai de deux mois les termes d'un accord amiable ; à défaut de réunion de celui-ci, le conseil des ministres fixe, sous un délai de deux mois, à compter du désaccord les termes de l'interconnexion ». Aux termes de l'article D. 212-25 de ce code : « Les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion respectent les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination. /Elles ne doivent pas conduire à imposer indûment aux opérateurs utilisant l'interconnexion des charges excessives. /Elles doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'administration compétente. /Les opérateurs fournissent l'interconnexion dans des conditions non discriminatoires y compris vis-à-vis de leurs propres services, filiales ou partenaires ». Aux termes de l'article A 212-22-1 du même code : « Un tarif de référence d'interconnexion des réseaux ouverts au public, prévu à l 'article D.212-22 du code des postes et télécommunications, est établi pour chaque opérateur de télécommunication. (...) / Dans le cas de prestations d'accès offertes par l'opérateur public au sens des dispositions de l 'article D. 211 6°, le référentiel tarifaire comprend à minima : - le coût de la fourniture d'une liaison louée, entre des points de connexion déterminés du réseau de l 'opérateur public ; -les coûts supplémentaires induits pour 1'établissement de 1'interconnexion au réseau de l 'opérateur public. / À ce titre, l'opérateur public fournit un référentiel tarifaire comprenant une offre technique et tarifaire de liaisons louées nécessaires à l'établissement de la prestation d'accès à son réseau de tout opérateur de télécommunication autorisé au sens de l'article D.212 du code des postes et télécommunications en Polynésie française afin de permettre à l'ensemble des utilisateurs de communiquer librement entre eux. /L'offre technique de liaisons louées définie à l'alinéa précédent permettant 1'interconnexion au réseau de l'opérateur public comprend: - les liaisons infra-iles et inter-iles sur l 'ensemble de la Polynésie française ; -la liaison entre la Polynésie française et le reste du monde. / L 'offre tarifaire de liaisons louées respecte les dispositions relatives au calcul du tarif de référence d'interconnexion fixées aux articles A.212-22-2 et A.212-22-3 du code des postes et télécommunications en Polynésie française ». Aux termes de l'article A 212-22-2 du même code : « le calcul du tarif de référence d'interconnexion est établi à l'initiative de l'opérateur ou sur demande des

autorités compétentes de la Polynésie française, aux frais de 1' opérateur. Ces frais sont intégrés au calcul du tarif de référence d'interconnexion. /L'opérateur communique à l'administration 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 présenté est approuvé par arrêté 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 ». Aux termes de l'article A 212-22-3 du même code : « Le tarif de référence d'interconnexion est évalué par l'opérateur fournissant l'interconnexion à son réseau (opérateur d'accueil), selon les modèles technico-économique retenu dans les conditions de l'article A 212.-22-2. / L'opérateur communique à l'administration en charge des télécommunications, le résultat de cette évaluation ainsi que les informations et documents techniques et financières ayant servi à cette évaluation. / En application du premier alinéa de l'article D. 212-22 le tarif de référence d'interconnexion, valable deux ans, est approuvé par arrêté en conseil des ministres après avis du comité consultatif des télécommunications quant à sa conformité au modèle technico-économique retenu et au respect des principes définis à l'article D. 212-25 du présent code ». Aux termes de l'article A 212-22-6 du même code : « Sur la base des principes définis à l'article D.212-25 du code, dans la mesure où un tarif de référence d'interconnexion n'a pas été présenté pour approbation en application des articles A.212-22-2 à A.212-22- 5, le conseil des ministres fixe, pour l'année civile en cours, le tarif de référence d'interconnexion applicable à l'opérateur sur la base d'une tarification orientée vers les coûts ».

4. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que lorsque le tarif de référence d'interconnexion des lignes louées visé à l'article D.212-22 du code des postes et des télécommunications n'a pas été présenté sur le modèle technico-économique envisagé pour l'année civile en cours et que ce tarif doit être approuvé par arrêté en conseil des ministres, il appartient à l'administration de vérifier que ce tarif de référence d'interconnexion, prenant en compte a minima le coût de la fourniture d'une liaison louée entre des points de connexion déterminés du réseau de l'opérateur public et les coûts supplémentaires induits pour 1'établissement de 1'interconnexion au réseau de l'opérateur public, respecte les principes de concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile, qu'il soit orienté vers les coûts, qu'il ne conduise pas à imposer indûment des charges excessives aux opérateurs utilisant l'interconnexion et que les conditions tarifaires respectent également les principes d'objectivité, de transparence et de non- discrimination.

5. Il ressort de l'arrêté attaqué et des pièces du dossier que la Polynésie française a décidé, en raison de la crise sanitaire tenant à l'épidémie de la covid-19 et en l'absence de présentation pour approbation en application des articles A.212-22-2 à A.212-22-5 des tarifs de référence d'interconnexion par les opérateurs, de reporter pour l'année 2021 les montants des tarifs d'interconnexion des lignes louées arrêtés pour les années 2029 et 2020. Toutefois, il lui appartenait de respecter les règles et principes du code des postes et des télécommunications susrappelées, sans que l'épidémie de la Covid-19 puisse

être regardée, ainsi qu'elle l'invoque, comme un cas de force majeure lui permettant de déroger à l'application de cette réglementation. Or, en l'espèce, l'administration ne justifie pas avoir vérifié, avant l'adoption de l'arrêté litigieux, que les tarifs de référence d'interconnexion des lignes louées pour l'année 2021 étaient orientés vers les coûts et qu'ils ne conduisaient pas à imposer indûment aux opérateurs utilisant l'interconnexion, des charges excessives, alors qu'il lui appartenait de le faire. De plus, en s'abstenant de procéder ainsi, l'administration n'a pas veillé à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile au bénéfice des utilisateurs. Il s'ensuit que ces principes et ces dispositions rappelés aux points 3 et 4 ont été méconnus. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes, le II de l'article 2 contesté de l'arrêté n°243 CM du 2 mars 2021, portant approbation pour l'année 2021 des tarifs d'interconnexion des prestations d'accès offertes par l'opérateur public ONATI sur l'archipel de la Société, dont les dispositions sont divisibles des autres dispositions de cet arrêté, doit être annulé.

Sur la demande de modulation des effets de l'annulation dans le temps : 6. L'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu. Toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation. Il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. 7. Dès lors que les tarifs de référence d'interconnexion ne sont valides que jusqu'au 31 décembre 2021 et qu'il n'est pas établi que les effets de l'annulation prononcée sont susceptibles d'avoir des conséquences manifestement excessives sur les conditions d'exploitation de l'activité de téléphonie mobile, ou sur d'autres intérêts, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions des parties défenderesses tendant à ce que le tribunal module les effets dans le temps de l'annulation des dispositions de l'arrêté en différant de six mois à compter de la notification du jugement les effets de l'annulation prononcée.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

8. Le présente jugement implique nécessairement d'enjoindre à la Polynésie française d'adopter de

nouveaux tarifs d’interconnexion pour l’année 2021. Par suite, il y a lieu d'enjoindre à la Polynésie française d’adopter de nouveaux tarifs de référence d’interconnexion 2021 dans un délai de quatre mois, à compter de la notification du présent jugement conformément aux principes énoncés dans le présent jugement.

Sur l’application de l’article L. 761-1 du code d e justice administrative : 9. Il y a lieu, dans les circonstances de l’espèce, de mettre une somme de 150 000 F CFP à la charge de la Polynésie française à verser à chaque société requérante au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les sociétés requérantes n’étant pas les parties perdantes, la société ONATI n’est pas fondée à demander qu’une somme soit mise à leur charge au titre de ces mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : L’article 2 – II de l’arrêté n°243 CM du 2 mars 2021 en tant qu’il porte approbation pour l’année 2021 des tarifs d’interconnexion des prestations d’accès offertes par l’opérateur public ONATI sur l’archipel de la Société est annulé.

Article 2 : Il est enjoint à la Polynésie française d’adopter de nouveaux tarifs de référence d’interconnexion au titre de l’année 2021, dans un délai de quatre mois, à compter de la notification du présent jugement conformément aux principes énoncés dans le jugement.

Article 3 : La Polynésie française versera à chacune des deux sociétés requérantes une somme de 150 000 F CFP au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : Le présent jugement sera notifié à la société Pacific Mobile Télécom, à la société Viti, à la Polynésie française et à la société ONATI.

Copie en sera délivrée au haut-commissaire de la République en Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 7 décembre 2021, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président, M. Retterer, premier conseiller, M. Graboy-Grobesco, premier conseiller,

Rendu public par mise à disposition au greffe le 14 décembre 2021.

La greffière,

D. Germain

La République mande et ordonne au haut-commissaire de la République en Polynésie française en ce qui le concerne ou à tous huissiers 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,