# Décision du Tribunal administratif n° 2100234 du 29 mars 2022

Tribunal administratif de Polynésie française

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 juin 2021, et des mémoires enregistrés les 19 novembre et 22 décembre 2021, la société Pacific Mobile Télécom (PMT), représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal :

1°) 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 ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 300 000 F CFP en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que : les dispositions de l'arrêté attaqué excluent le coût d'itinérance et d'interconnexion de l'assiette des coûts pour la détermination du tarif de référence d'interconnexion, ce qui la lèse dans la mesure où ces coûts représentent une part non négligeable de ses coûts incompressibles ; l'opérateur public qui a bénéficié de l'aide de la puissance publique n'a pas recours au mécanisme de l'itinérance ; il ne serait pas rationnel d'investir pour le déploiement d'un réseau parallèle à celui du groupe public Office des postes et Télécommunications (OPT) dans les îles les moins peuplées ; le service vendu par PMT doit nécessairement avoir recours à l'itinérance et à l'interconnexion avec le réseau de son concurrent ; une concurrence effective et loyale impose donc d'intégrer le coût de ces prestations d'itinérance dans l'assiette des coûts des opérateurs alternatif à Onati ; à défaut, elle ne répercute pas ces prix et finance l'opérateur public à qui elle doit acheter ces prestations, créant une distorsion de concurrence ; l'exclusion de ces coûts est discriminant ; en excluant une partie non négligeable des coûts, l'arrêté ne peut être regardé comme de nature à orienter les tarifs vers les coûts et ne respecte pas les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination ; il y a concurrence déloyale dès lors que le dispositif réglementaire maintient la capacité de l'opérateur de déterminer les coûts des prestations laissées à la charge de ses concurrents et auxquels elle n'est pas assujettie ; l'arrêté est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il ne réintègre pas une part des frais d'itinérance acquittés par les opérateurs dans l'assiette réglementaire des coûts comme le proposait dans son avis l'autorité polynésienne de la concurrence ; l'opérateur historique bénéficie ainsi d'une double rémunération pour une même prestation, l'une au travers du tarif d'itinérance facturé, l'autre à travers le prix de gros facturé au TAM à l'opérateur alternatif ; elle est obligée de vendre son service en dessous des coûts de production dès lors que l'arrêté querellé lui interdit de répercuter le coût d'itinérance dans son TAM.

Par un mémoire enregistré le 23 septembre 2021, la Polynésie française, conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que la requête n'est pas fondée.

Par des mémoires en intervention enregistrés le 6 décembre 2021 et le 7 janvier 2021, la SAS Onati,

conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 120 000 F CFP en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
Elle soutient que la requête n'est pas fondée.
Par une ordonnance du 22 décembre 2021, la clôture de l'instruction a été fixée au 7 janvier 2022.
Une note en délibéré, enregistrée le 21 mars 2022, a été produite pour la société ONATI.
Une note en délibéré, enregistrée le 21 mars 2022, a été produite pour la Polynésie française.
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 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, rapporteur,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Quinquis, représentant la société requérante, celles de Me Algan représentant la société Onati et celles de Mme A... représentant la Polynésie française.
Considérant ce qui suit :
1. La société Pacific Télécom demande 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.
Sur l'intervention volontaire de la société Onati :
2. La société Onati justifie d'un intérêt suffisant pour former une intervention volontaire au soutien du mémoire en défense de la Polynésie française, dès lors que l'annulation des dispositions contestées de l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, demandée par la société requérante, est susceptible de porter atteinte à ses intérêts économiques. Par suite, son intervention est admise.
Sur les conclusions à fin d'annulation :
3. Aux termes de l'article D. 211-6 du code des postes et des télécommunications : « (...) 18° Prestation d'itinérance / 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. 212-2 de ce code : « 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

(…) ». 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 (…) ». 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 ». 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. (…) ». Aux termes de l'article A 212-22-10 du même 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 ». 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. (…) / 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 ».

4. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, d'une part, le coût d'achat de prestations d'itinérance est exclu de l'assiette réglementaire des coûts pour la détermination du tarif de référence d'interconnexion des opérateurs de télécommunication mobile et que, d'autre part, ce tarif de référence d'interconnexion doit respecter les principes de concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de télécommunication mobile et d'orientation des tarifs vers les coûts.

5. La société requérante soutient notamment que les dispositions précitées de l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications excluent les coûts d'itinérance de l'assiette des coûts pour la détermination du tarif de référence d'interconnexion et lèsent ainsi ses intérêts dans la mesure où ces

coûts représentent une part non négligeable de ses coûts incompressibles. La société requérante indique qu'une concurrence effective et loyale dans le secteur en cause impose d'intégrer les coûts de ces prestations d'itinérance dans l'assiette réglementaire des coûts des opérateurs alternatifs à Onati. Selon elle, l'exclusion de ces coûts la contraint de vendre son service à un prix inférieur aux coûts de production réels supportés, dès lors qu'elle ne peut facturer son tarif à un prix qui les intègre. Son manque à gagner lèse ainsi ses intérêts sans que cette atteinte ne soit justifiée par la Polynésie française, qui régule ce secteur. Elle ajoute que l'exclusion d'une partie non négligeable des coûts méconnait de la même façon le principe d'orientation des tarifs vers les coûts.

6. La société requérante fonde son argumentation sur l'avis n°2020-A- 02 du 17 juin 2020 de l'autorité polynésienne de la concurrence (APC). Cette autorité y énonce que la modélisation choisie par la Polynésie française en matière de téléphonie mobile présente un avantage concurrentiel pour Onati qui va pouvoir « intégrer les couts de couverture » et « les investissements consentis par l'opérateur public dans les îles éloignées, selon la topologie existante du réseau, y compris lorsque celle-ci n'est pas optimale en matière de couverture ou de technologie ». L'autorité précise que cette modélisation « pénalise les opérateurs dont la couverture du réseau est faible, d'autant plus que les dépenses qu'ils acquittent en matière d'itinérance, qui visent précisément à compenser les coûts de couverture des îles éloignées par l'opérateur public, sont pour leur part exclues de l'assiette des coûts retenue par l'arrêté. Il en résulte concrètement que seul l'opérateur historique peut imputer le coût de couverture des archipels à son tarif de TAM (terminaison d'appel mobile) ». L'autorité poursuit en indiquant que cette modélisation « a des effets sur les prix de détail et pénalise les clients des opérateurs concurrents de l'opérateur historique ». L'assiette des TAM devrait alors, selon cette autorité, intégrer le coût d'itinérance, dès lors que « le coût de l'itinérance apparait comme un coût de réseau, au même titre que si l'opérateur client avait développé son propre réseau ». L'autorité propose de modifier le modèle prévu par l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, lequel « devrait réintégrer à l'assiette des coûts une part des frais d'itinérance acquittés par les opérateurs concurrents d'Onati ».

7. Il ressort des pièces du dossier que la Polynésie française a, en la matière, choisi le modèle CMILT Bottom-Up scorched nodes, visant à déterminer les coûts pertinents liés à un incrément d'un service sur le réseau mobile. La Polynésie française indique avoir opté, dans le cadre de ce modèle, pour une concurrence par les infrastructures, incitant les nouveaux opérateurs à investir dans leur propre réseau sur tous les marchés. Ainsi, et afin de favoriser cette concurrence par l'innovation, les coûts de l'itinérance ont été exclus de l'assiette réglementaire du tarif.

8. La société PMT, pour critiquer l'exclusion de ces coûts, produit une analyse financière, non sérieusement contestée, indiquant que dans les zones peu denses où elle supporte un coût d'itinérance, son coût de production réel de services voix et SMS est supérieur « au prix de la TAM (TRI) ».

9. D'une part, il ne ressort d'aucun texte réglementaire, document ou étude produit à l'instance que l'exclusion des coûts d'itinérance dans l'assiette réglementaire des coûts a pour objectif, ainsi qu'il est invoqué par la Polynésie française, d'assurer une concurrence par l'innovation en incitant les opérateurs

à construire des infrastructures sur chaque marché et donc d'assurer une concurrence effective et loyale notamment entre PMT et Onati, notamment dans les zones peu denses ou sur les marchés peu rentables.

10. D'autre part, les circonstances invoquées selon lesquelles la Polynésie française a mis à la disposition de la société requérante d'importantes ressources radioélectriques à forte valeur économique, des exonérations fiscales et lui a fait bénéficier de défiscalisation locale, en contrepartie de quoi PMT devait s'engager selon son cahier des charges à construire des infrastructures, alors que l'arrêté n°581 CM du 4 mai 2011 permet notamment à l'opérateur d'établir une convention d'itinérance en tant que besoin, ne justifient pas que l'exclusion contestée de ces coûts d'itinérance de l'assiette réglementaire permette d'assurer le respect des principes cités au point 4. Si la Polynésie française expose que l'intégration des coûts d'itinérance dans l'assiette réglementaire aurait pour effet d'inciter PMT à ne plus déployer son réseau, portant atteinte au principe de concurrence effective et loyale vis-à-vis de l'opérateur historique Onati, d'une part, elle ne l'établit pas, et d'autre part, elle ne conteste pas sérieusement que le déploiement d'un réseau dans les îles peu peuplées, eu égard notamment au coût de l'investissement, contraindrait PMT de vendre son service TAM à un prix inférieur aux coûts de production réels supportés en méconnaissance du principe de la concurrence effective et loyale qu'elle entend défendre. De même, la Polynésie française se borne à alléguer, sans l'établir que PMT bénéficiant par l'inclusion des coûts d'itinérance, de l'utilisation du réseau d'Onati sans aucun surcoût, imposerait à ce-dernier une charge excessive.

11. En outre, la société Onati soutient de son côté que l'article A 212-22-1 du code précité exclut le prix de la prestation d'itinérance dès lors que « le TRI couvre les coûts du réseau propre de l'opérateur ». Toutefois, à supposer même que, si l'on exclut la possibilité de regarder le coût d'itinérance comme un coût de réseau, cet article puisse être interprété comme confirmant la volonté de la Polynésie française d'exclure les coûts d'itinérance de l'assiette réglementaire du tarif de référence d'interconnexion, cette circonstance ne permet cependant pas d'empêcher de regarder cette exclusion comme étant susceptible de porter atteinte au principe de la concurrence effective et loyale. De même, si elle allègue qu'inclure le montant de l'itinérance dans les coûts de réseau de PMT conduirait à permettre à cette entreprise de lui refacturer le coût d'itinérance, ce qui serait déloyal et déstabiliserait le modèle fragile de péréquation mis en œuvre, elle ne produit aucune analyse comptable et financière de nature à l'établir.

12. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la Polynésie française ne justifie ni du caractère non pertinent du coût d'itinérance au titre des coûts liés à l'incrément du service d'interconnexion sur le réseau mobile, au sens de l'article A 212-22-10 du CPT, ni, ainsi, de l'exclusion du coût d'itinérance de l'assiette réglementaire du tarif d'interconnexion, alors qu'il lui appartient de veiller précisément à ce que l'exercice de la concurrence soit effective et loyale entre, d'une part, l'opérateur qui a la maîtrise de l'infrastructure essentielle qu'est le réseau, et d'autre part, l'opérateur de service qui ne l'a pas. Dans ces conditions, la Polynésie française, en excluant les achats de prestations d'itinérance de l'assiette des coûts réglementaires du tarif de référence d'interconnexion, doit être regardée comme ayant

méconnu le principe de l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de service de téléphonie mobile.

13. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que l'article A 212-22-12 du code des postes et des télécommunications doit être annulé en tant qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code d e justice administrative : 14. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 150 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les conclusions présentées par la société ONATI, à ce même titre, contre la société requérante, qui n'est pas la partie perdante, ne peuvent, en tout état de cause, qu'être rejetées.

DECIDE :

Article 1er : L'intervention de la SAS Onati est admise.

Article 2 : 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 est annulé en tant qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion.

Article 3 : La Polynésie française versera une somme de 150 000 F CFP à la société requérante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le conclusions de la SAS Onati présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

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

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

Délibéré après l'audience du 15 mars 2022, à laquelle siégeaient :

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

Rendu public par mise à disposition au greffe le 29 mars 2022.

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,