

Décision du Tribunal administratif n° 2200350 du 25 avril 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 9 août et 29 novembre 2022, la SAS Viti, représentée par la Selarl Mikou, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 1180 CM du 6 juillet 2022 approuvant l'attribution d'une subvention d'investissement en faveur de la SAS Onati en vue du déploiement de la 4G dans les archipels éloignés ;
2°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 500 000 F CFP en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'acte attaqué méconnaît l'article LP. 3 de la loi du pays n° 2017-32 du 2 novembre 2017 : la demande de subvention a été présentée par le directeur général de la société Onati alors qu'elle aurait dû être présentée par le président de la SAS ;

- l'article LP. 5 de la loi du pays n° 2017-32 a été méconnu : la demande est parvenue le 23 août 2021, de sorte qu'au 23 février 2022 elle avait été implicitement rejetée en application de cette disposition ; la Polynésie française ne pouvait pas octroyer à cette société la subvention sollicitée alors qu'elle n'établit pas avoir demandé des pièces complémentaires avant le 23 octobre 2021 ;

- l'article LP. 22 a été méconnu : la subvention a été accordée alors même que la société bénéficiaire disposait déjà d'un réseau 4G aux îles Marquises, ainsi le projet d'investissement avait déjà commencé à être exécuté avant que la subvention ne lui soit attribuée ; la Polynésie française ne produit pas une liste précise des 46 sites 4G financés ; il est établi par les pièces produites que par exemple, sur l'île de Hao un site 4G avait été déclaré mis en service le 26 juin 2020, sur l'île de Rangiroa 2 sites 4G devaient être déployés en 2022 alors que deux sites ont été mis en service le 31 janvier 2020, sur l'île de Nuku Hiva la subvention vise à permettre de déployer trois sites alors que deux sites avaient été mis en service le 12 mars 2020 ;

- l'acte attaqué méconnaît l'obligation pesant sur les autorités compétentes de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs de services de télécommunications mobiles en application du 2° de l'article D. 212-2 du code des postes et des télécommunications : la subvention accordée va lui permettre d'améliorer la qualité de sa couverture dans plusieurs îles des archipels éloignés ; cette subvention est particulièrement importante et représente environ 25 % du chiffre d'affaires de l'un de ses concurrents ; cette subvention ne se justifie pas, alors que celle-ci dispose d'une capacité économique et financière lui permettant d'accorder des baisses tarifaires significatives sur ses abonnements ; elle vient favoriser l'opérateur public ; si cette société a effectivement offert la possibilité aux concurrents d'accéder au réseau 4G, les tarifs d'itinérance dans les archipels éloignés sont fixés à des niveaux tels qu'ils rendent la souscription à son service impossible ; l'autorité polynésienne de la concurrence a d'ailleurs relevé que ces tarifs étaient susceptibles de permettre à l'opérateur historique de dépasser ses concurrents dans les îles concernées par la saisine ; la société Viti a dû suspendre le

service dans les archipels éloignés (celui-ci représentait 89 millions de F CFP) ;

- cette subvention intervient dans un contexte budgétaire particulièrement défavorable pour la Polynésie française ce qui l'oblige à recourir de façon significative à l'endettement alors en outre que la Polynésie française est confrontée à un déficit important de la CPS ; cette subvention a été accordée à un opérateur qui dispose de réserves financières d'environ 27 milliards de F CFP au 1er janvier 2019 et peut donc parfaitement financer sur ses fonds propres l'amélioration de son réseau dans les archipels éloignés.

Par des mémoires enregistrés les 9 novembre et 17 décembre 2022, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- l'arrêté en litige est également contesté par la société Pacific mobile Telecom, ces deux requêtes ayant le même objet, le tribunal prononcera la jonction de ces deux procédures ;
- l'OPT est l'unique associé de la SAS Onati, cette SASU peut alors désigner une personne habilitée à la représenter ; selon l'article 12.4 des statuts de la société ONATI : " le directeur général est investi des mêmes pouvoirs que le président pour agir en toute circonstance au nom de la société " ; le directeur général pouvait donc légalement représenter la société ;
- le délai de six mois dont se prévaut la société requérante ne court qu'à compter du jour où le dossier est réputé complet ; en l'espèce la complétude est intervenue le 31 janvier 2022 ; il suit de là que le délai de six mois n'était pas arrivé à son terme lorsque l'arrêté en litige a été édicté le 6 juillet 2022 ;
- le projet d'investissement vise le déploiement de 46 nouveaux sites mobiles dans les archipels des Marquises, des Australes, et des Tuamotu selon une répartition fixée par l'arrêté en litige ; ainsi, contrairement à ce que soutient la société requérante la subvention en litige ne méconnaît pas l'article LP. 22 de la loi du pays n° 2017-32 ;
- la présente subvention ne vise pas à favoriser l'opérateur historique mais à permettre un accès à la 4G aux usagers installés dans les archipels éloignés ; aucune atteinte à la concurrence ne peut résulter de la densification du réseau 4G d'Onati sur ces archipels, dès lors qu'il est le seul opérateur à proposer ce service ; cet opérateur propose à ses concurrents une offre d'itinérance 4 G, qu'ils ont au demeurant déclinée, dans les archipels éloignés permettant à ces opérateurs d'utiliser son réseau mobile et permettre ainsi un accès au service 4G pour leurs clients ; la comparaison du montant de la subvention avec le chiffre d'affaires de la société Viti ou le résultat n'est pas pertinent dès lors que celui-ci doit s'analyser au regard des coûts du projet d'investissement, fondé comme le rappelle l'arrêté en litige sur la base de devis fournis par Onati ; les autres opérateurs, qui ont décliné l'offre d'itinérance sur les archipels éloignés, conduisent Onati à devoir assumer seule les coûts d'investissement et d'exploitation spécifique à ce réseau mobile dans des conditions déficitaires (de l'ordre du milliard de francs F CFP)
- la politique tarifaire de la société Onati est sans incidence sur la pertinence et la légalité de l'arrêté en litige ; la baisse des prix pratiqués concerne à la fois les zones denses mais également les zones moins denses dans lesquelles elle est la seule à investir et où elle supporte déjà un déficit important ; l'obligation d'assurer une concurrence effective et loyale entre les opérateurs n'est donc pas méconnue ;

le projet d'investissement en litige revêt un intérêt public déterminant concourant à l'intérêt général ; cette subvention s'inscrit également dans le cadre du plan de relance de la Polynésie française visant à renforcer la résilience des acteurs économiques polynésiens et à accélérer la transformation économique ;

La société Onati, qui a été destinataire de la présente procédure, n'a pas produit de mémoire en défense.

Par une ordonnance du 22 décembre 2022, la clôture de l'instruction a été fixée au 3 janvier 2023.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- la loi du pays n° 2017-32 du 2 novembre 2017 définissant les conditions et critères d'attribution des aides financières, des avances et prêts et d'octroi des garanties d'emprunt aux personnes morales autres que les communes ;
- le code des postes et des télécommunications ;
- 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. C,
- les conclusions de Mme B de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Mikou, pour la société Viti et de M. A, représentant la Polynésie française.

Une note en délibéré, enregistrée le 3 avril 2023, a été produite pour la SAS Viti.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Onati, filiale à 100 % de l'office des postes et télécommunication (OPT), exerce les activités d'opérateur de téléphonie fixe et mobile ainsi que de fournisseur d'accès à internet, elle gère également les infrastructures de télécommunications dont elle a la charge en sa qualité de délégataire de service public. Elle détient 70 % des parts du marché de la téléphonie mobile avec un réseau qui couvre l'intégralité des îles habitées de la Polynésie française. Deux autres opérateurs, qui représentent 30 % de ce marché, interviennent également : d'une part, la société Pacific Mobile Telecom (PMT), qui exploite son propre réseau de télécommunications mobiles sous l'enseigne Vodafone depuis le 17 juin 2013 sur les îles de Tahiti, Moorea, Bora-Bora, Raiatea et Huahine et recourt à l'itinérance pour desservir les autres îles ; d'autre part, depuis 2020, la société Viti propose également des offres de téléphonie mobile et a recours à l'itinérance. La société Onati est la seule à avoir déployé un réseau et à proposer une offre de téléphonie mobile sur les archipels éloignés, pour la couverture desquels aucun accord d'itinérance n'avait été passé avec les autres opérateurs. Par arrêté n° 1180 CM du 6 juillet 2022, la Polynésie française lui a attribué une subvention d'investissement de 249 913 254 F CFP afin de financer le déploiement de 46 antennes de téléphonie mobile sur différentes îles de ces archipels éloignés. Par la présente requête, la société Viti demande au tribunal d'annuler cet arrêté.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. La société Viti soutient, en premier lieu, que l'arrêté attaqué a été pris en méconnaissance de l'article LP. 3 al. 2 de la loi du pays du 2 novembre 2017 aux termes duquel : " Les demandes de subventions sont formulées auprès de l'autorité compétente par le représentant légal de la personne morale de droit privé ou l'organe dirigeant de l'établissement public. ".

3. Il ressort des pièces du dossier, notamment de l'article 12.4 des statuts de la société " Onati ", que le directeur général est investi des mêmes pouvoirs que le président pour agir en toute circonstance au nom de la société. Dans ces conditions, et alors qu'il est constant que la demande de subvention dont a été saisie la Polynésie française a été signée par le directeur général de la société Onati, la société requérante n'est, en tout état de cause, pas fondée à soutenir que la demande de l'entreprise était irrégulière.

4. La société requérante soutient, en deuxième lieu, que la Polynésie française ne pouvait pas allouer une subvention qu'elle avait implicitement refusée. Elle se prévaut de l'article LP. 5 de la loi du pays du 2 novembre 2007, en vertu duquel toute demande de subvention qui n'a pas donné lieu à décision attributive dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le dossier est réputé complet, est implicitement rejetée.

5. Toutefois, à supposer même qu'une décision implicite de rejet serait intervenue, cette circonstance, au demeurant contestée par la Polynésie française, ne ferait pas obstacle à ce que l'autorité administrative fasse expressément droit à la demande dont elle avait été saisie. Par suite, ce moyen doit être écarté comme inopérant.

6. La société requérante soutient, en troisième lieu, que l'attribution de la subvention méconnaît l'article LP. 22 de la loi du 2 novembre 2017 aux termes duquel : " Aucune subvention ne peut être attribuée si le projet d'investissement a connu un commencement d'exécution avant la date à laquelle le dossier de demande de subvention est déclaré complet conformément aux dispositions des articles LP. 4 et LP. 5. "

7. La société Viti relève que le câble sous-marin Natitua est utilisé depuis plusieurs années, que la 4G est commercialisée dans plusieurs îles et que la subvention accordée finance le déploiement d'antennes déjà installées et mises en service. Toutefois, il ressort des pièces dossier que la subvention vise à financer le déploiement de 46 nouvelles antennes 4G. En outre, la Polynésie française, qui produit la liste des différents sites concernés, démontre par les pièces qu'elle produit que la subvention accordée n'a ni pour objet ni pour effet de financer des équipements préexistants. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que l'arrêté attaqué méconnaît l'article LP. 22 de la loi du 2 novembre 2017.

8. La société requérante soutient, en quatrième lieu, qu'en octroyant la subvention litigieuse, la Polynésie française a manqué à son obligation, posée à l'article D. 212-2 du code des postes et des télécommunications, de veiller à une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de services de télécommunications mobiles et de fournisseur d'accès internet.

9. Aux termes de l'article D. 212-2 du code des postes et télécommunications : " Les autorités compétentes de la Polynésie française veillent : 1° A la fourniture du service public des télécommunications par l'opérateur public et au respect des services qui lui sont réservés ; 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 ; 4° Au respect par les opérateurs de télécommunications de services de procédure de rappel des dispositions contenues dans le présent code ; 5° Au respect par les opérateurs de télécommunication du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis ; 6° A encourager l'utilisation partagée entre les opérateurs des installations mentionnées au chapitre 1er du titre III. "

10. Il ne résulte pas de cette disposition d'obligation pour la Polynésie française, à l'occasion de l'octroi de la subvention contestée, accordée dans un objectif d'intérêt général, d'imposer à son bénéficiaire d'ouvrir son réseau aux opérateurs alternatifs ou concurrents en concluant avec ces derniers, dans certaines conditions, des conventions d'itinérance, qui relèvent d'une démarche distincte assortie, le cas échéant, d'un contrôle par les institutions et juridictions compétentes. En outre, dès lors qu'il est constant que le bénéficiaire de cette subvention est le seul opérateur de téléphonie mobile à avoir déployé son réseau dans ces zones peu denses, l'octroi de la subvention litigieuse n'apparaît pas, par lui-même, de nature à fausser la concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile. Dans ces conditions, et alors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la société requérante entendait déployer sa propre boucle locale dans ses archipels, la société Viti n'est pas fondée à soutenir qu'en accordant à la société Onati la subvention en litige, la Polynésie française a méconnu son obligation de veiller à une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de téléphonie mobile.

11. La société requérante soutient en dernier lieu que l'attribution de cette subvention caractérise un mauvais usage des deniers publics. Elle estime que la société Onati dispose de fonds propres suffisants pour lui permettre d'améliorer son réseau dans les archipels éloignés alors que la Polynésie française connaît une situation financière difficile. Toutefois, en attribuant cette subvention, la Polynésie française entend permettre aux citoyens polynésiens domiciliés dans ces archipels éloignés d'accéder aux télécommunications mobiles et poursuit ce faisant, ainsi qu'il a été dit, un objectif d'intérêt général concourant, en outre, à sa politique d'aménagement du territoire. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en concourant au déploiement de la 4G dans les archipels éloignés, la Polynésie française a fait, en tout état de cause, un mauvais usage des deniers publics.

12. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation de l'arrêté n° 1180 CM du 6 juillet 2022 approuvant l'attribution d'une subvention d'investissement en faveur de la SAS Onati en vue du déploiement de la 4G dans les archipels éloignés doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

13. 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, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société Viti demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la société Viti est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Viti, à la SAS Onati et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 28 mars 2023, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 25 avril 2023.

Le rapporteur,

M. Boumendjel

Le président,

P. Devillers 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 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,

N°2200350