

Décision du Tribunal administratif n° 2200387 du 25 avril 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 8 septembre et 23 décembre 2022, la SAS Pacific Mobile Telecom (PMT), représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal :

1°) d'annuler l'arrêté n° 1180 CM du 6 juillet 2022 approuvant l'attribution d'une subvention d'investissement de 249 913 254 F A en faveur de la SAS Onati en vue du déploiement de la 4 G dans les archipels éloignés (AE) ;

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

Elle soutient que :

- la société Onati bénéficie d'avantages exorbitants auxquels ses concurrents n'ont pas accès : le financement par l'Etat de la connexion par le câble sous-marin Natitua à hauteur de 715 990 460 F A ; un dispositif d'aide à la connexion des entreprises ; une aide à la connexion pour les personnes physiques pouvant aller jusqu'à 50 000 F A ; réciproquement elle s'est vue refuser une subvention pour le développement de certaines infrastructures au motif que sa qualité de personne morale de droit privé y faisait obstacle ;

- le bénéfice d'une subvention pour le déploiement de ses infrastructures et le raccordement de ses abonnés constitue un avantage difficilement conciliable avec les principes de libre concurrence ;

- l'arrêté en litige méconnaît l'article 9 de la loi du Pays n° 2017-32 : en versant une subvention d'équipement à Onati au motif que les opérateurs alternatifs pouvaient bénéficier de ses équipements dans le cadre d'une itinérance alors même que les tarifs de cette prestation n'étaient pas régulés, la Polynésie française a entaché sa décision d'une erreur d'appréciation et méconnu le principe de concurrence loyale et effective entre les opérateurs ;

- par lettre du 1er août 2022, l'administration lui a reproché de ne pas suffisamment respecter ses obligations de déploiement dans les archipels éloignés (AE), la Polynésie française prône la mise en place d'un tarif d'itinérance afin de réguler celui-ci ; la mise en place de cette régulation pourrait justifier la subvention d'équipement or la Polynésie française n'a pas retenu cette solution et soutient que chaque opérateur est tenu de développer un réseau en propre en vertu d'un principe de concurrence par les infrastructures ; elle soutient néanmoins qu'elle peut subventionner l'opérateur historique dès lors que celui-ci est tenu de proposer des conventions d'itinérance à ses concurrents ;

- Onati refuse toute itinérance pour la data dans les AE depuis plusieurs années (cf. Décision APC PAC n° 2021-1), aucun accord n'a pu être trouvé entre les opérateurs sur les tarifs d'itinérance proposés en raison, notamment, de l'opacité des coûts supportés réellement par Onati ;

- le mécanisme de subventions retenu par la Polynésie française renforce le monopole de fait d'Onati ;

- des solutions alternatives auraient pu être mises en place : un appel à la concurrence pour le déploiement de nouveaux sites 4G dans les archipels éloignés où la séparation des infrastructures et

l'opérateur ;

- l'arrêté attaqué méconnaît l'article 19 de la loi du pays n° 2017-32 : l'annexe à la convention de financement n'est pas suffisamment précise et ne permet pas d'apprécier la consistance des investissements subventionnés ; si le déploiement de la technologie 4G répond à une politique d'intérêt général alors cet objectif implique que les opérateurs puissent utiliser un réseau 4G financé par des fonds publics ;

- l'article LP. 22 de la loi du pays n° 2017-32 est méconnu : la subvention octroyée par la Polynésie française porte sur un programme d'investissements qui a en partie déjà été réalisé et qu'Onati exploite depuis plusieurs années ;

- l'article D. 212-2 3° du code des postes et télécommunications, qui impose aux autorités compétentes de la Polynésie française de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs de services de télécommunications mobiles a été méconnu : Onati, qui est l'opérateur dominant, a fait du déploiement de son réseau, hérité du monopole de l'OPT, un argument commercial ; Onati ne libère pas l'accès aux infrastructures 4G à ses concurrents ; cette subvention ne s'accompagne d'aucune contrepartie en termes d'itinérance.

Par un mémoire enregistré le 28 novembre 2022, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient que :

- Onati est le seul opérateur engagé dans le déploiement d'un réseau mobile 4G dans ces archipels et ce déploiement s'est fait pour partie sur les fonds propres de cette société, c'est pour la partie qu'elle n'envisageait pas de couvrir que la Polynésie a décidé de lui accorder la subvention en litige ; PMT et Viti ne souhaitent pas déployer un réseau mobile sur ces îles, la société PMT a d'ailleurs sollicité un moratoire sur ses propres obligations ;

- Onati propose une offre d'accès à son réseau 4G sur ces archipels, qui prend en compte la subvention dont elle a bénéficié, le refus de souscrire est lié au fait que le service de données 4G sur ces archipels n'est pas déterminant pour l'exercice de leurs activités ;

- l'autorité polynésienne de la concurrence a rejeté, dans sa décision n° 2021-PAC-01, la demande présentée par la société PMT visant à faire baisser à titre conservatoire le tarif de l'interconnexion (l'instruction au fond est en cours) ;

- les opérateurs peuvent également saisir la DGEN en cas de désaccord sur les conditions de tarification de l'itinérance locale ;

- l'annexe de l'arrêté mentionne bien l'état récapitulatif des estimations des dépenses relatives au projet d'investissement, établi sur la base des devis reçus : les dépenses relatives au projet, tel qu'il a été produit à l'autorité compétente, sont estimées à 249 913 254 F A réparties à parts égales entre 2022 et 2023 ; l'article 6 de l'arrêté prévoit, en outre, que le versement de la subvention est subordonné à la justification de la réalisation du projet d'investissement et de la conformité de ses caractéristiques avec celles visées par arrêté ;

- le projet d'investissement vise le déploiement de 46 nouveaux sites mobiles 4G 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 Polynésie française entend permettre aux utilisateurs de ces archipels éloignés la possibilité d'accéder à un réseau 4G ; aucune atteinte à la libre concurrence ne peut résulter de l'intensification du réseau dans les îles concernées, alors que les sociétés Viti et PMT disposent chacune d'un réseau et commercialisent leurs offres de téléphonie mobile et qu'Onati propose à ses concurrents une solution d'itinérance ; le refus de la société requérante de souscrire à cette offre est lié au prix, qu'elle juge trop élevé, mais ce prix est lié à la circonstance que ces zones sont coûteuses à couvrir et structurellement déficitaires ; aucun avantage concurrentiel ne saurait résulter de cette subvention 4 G.

Par un mémoire enregistré le 18 janvier 2023, la société Onati, représentée par la société d'avocats Magenta, conclut au rejet de la requête et à ce que la société PMT soit condamnée à lui verser la somme de 300 000 F A au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la subvention en litige est la première dont elle bénéficie pour son activité de téléphonie mobile ; activité qu'elle a toujours développée sur ses fonds propres ;

- pour assurer la desserte des îles de Tahiti, Moorea, Bora Bora, Raiatea et Huahine, la société PMT s'appuie sur le réseau mobile d'Onati par le biais d'une convention d'itinérance, elle vient d'ailleurs de conclure, le 9 janvier 2023, une convention d'itinérance avec Onati actant une baisse des prix de l'itinérance pour la desserte des archipels éloignés (AE) ;

- la subvention a été octroyée au regard de l'existence d'une situation objective témoignant du fait qu'elle était la seule entreprise à avoir déployé un réseau mobile sur les archipels éloignés ; PMT a encore récemment confirmé ne pas souhaiter déployer son réseau mobile dans les archipels éloignés ; elle est la seule à supporter un déficit pour les services concurrentiels proposés dans les archipels éloignés ;

- elle propose conformément à l'article D. 212-26 du code des postes et télécommunications de Polynésie françaises une offre d'itinérance permettant à ses concurrents d'accéder à son réseau mobile dans les archipels éloignés ;

- à la demande de précisions, formulée par PMT, sur la baisse des tarifs de couverture et des tarifs incrémentaux data dans les archipels éloignés, elle a précisé, le 23 novembre 2022, que cette baisse était en lien avec l'intégration de la subvention d'investissement octroyée par le Pays pour couvrir cette zone et à la baisse des coûts de collecte ; PMT a indiqué qu'avant d'accepter toute offre du service data en itinérance prendre contact avec sa direction technique pour étudier les modalités d'intégration de cette évolution dans son système ;

- alors même que ce tarif de prestations n'est pas régulé, elle détermine sur la base de ses coûts jacents, en annexe trois de la convention d'itinérance conclue entre les parties, la structure tarifaire des services d'itinérance objet de la convention qui reflète la réalité des coûts de production : cette offre est fondée sur un montant fixe d'accès à la zone d'itinérance concernée pour la voix et le SMS et un taux variable à l'unité consommée pour les services voix et SMS ; son tarif repose sur des allocations

pertinentes entre les coûts liés à la seule couverture du réseau et ceux liés aux seuls usages, d'où un tarif de couverture et un tarif de service ; le tarif de couverture pour l'accès au réseau 4 G est passé de 170,9 M A en 2022 à 62,2 M A soit une baisse de 66 % ; ce tarif est inférieur à celui souscrit par PMT (71,5 M A) pour les autres îles : il ne représente que 0,14 % du chiffre d'affaires et 2,05 % du résultat de la société PMT en 2020 ;

- le réseau de téléphonie mobile ne relève pas du service public confié à l'OPT, elle a développé son réseau sur ses fonds propres ;

Par une ordonnance du 18 janvier 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 3 février 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. D,

- les conclusions de Mme C de Saint-Germain, rapporteure publique,

- les observations de Me Quinquis, pour la société PMT et celles de M. B, représentant la Polynésie française.

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 a attribué une subvention d'investissement de 249 913 254 F A afin de financer le déploiement de 46 antennes de téléphonie mobile sur différentes îles de ces archipels éloignés. Par la présente requête, la société PMT demande au tribunal d'annuler cet arrêté.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. La société Pacific Mobile Telecom soutient, en premier lieu, que la subvention accordée méconnaît l'article LP. 19 de la loi du pays du 2 novembre 2017. Elle estime que la convention de financement ne permet pas d'apprécier la consistance des investissements subventionnés et que l'intérêt général commande que le réseau financé par la subvention de la Polynésie française bénéficie à tous les opérateurs de manière non discriminatoire.

3. Aux termes de l'article LP. 19 de la loi du pays du 2 novembre 2017 : " Dans les conditions définies ci-après, il peut être accordé une subvention en vue de la réalisation de projets d'investissement matériel ou immatériel pour la mise en œuvre d'une politique d'intérêt général, ou pour financer un programme d'investissement ou l'ensemble des dépenses d'investissement du bénéficiaire. () ".

4. Il ressort des pièces du dossier que la subvention dite 4G finance le déploiement de 46 nouvelles antennes 4G dans des zones que la société Onati n'envisageait pas de desservir eu égard à leur faible rentabilité. Il s'ensuit que l'octroi de cette subvention, qui vise à permettre aux usagers domiciliés dans ses archipels de pouvoir accéder au service de télécommunications poursuit une finalité d'intérêt général. La circonstance que la Polynésie française n'ait pas subordonné l'attribution de cette subvention à des accords d'itinérance, afin de garantir l'accès à des opérateurs alternatifs à ce réseau 4G, n'est pas de nature à caractériser une méconnaissance de l'article LP. 19 de la loi du pays du 2 novembre 2017, cité au point précédent. Par suite, ce moyen doit être écarté.

5. La société requérante soutient, en deuxième 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. "

6. La société PMT relève que le câble sous-marin Natitua est utilisé depuis plusieurs années et que la 4G est commercialisée dans plusieurs îles. Toutefois, il ressort des pièces du dossier que la subvention vise à financer, ainsi qu'il a été dit, le déploiement de 46 nouvelles antennes 4G. La Polynésie française établit 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.

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

8. 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. "

9. Il ne résulte pas de cette disposition l'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 dossier que la société requérante entendait déployer sa propre boucle locale dans ses archipels, la société PMT 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.

10. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation de l'arrêté n°1180 CM du 6 juillet 2022 doivent être rejetées.

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

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

12. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Pacific Mobile Telecom la somme que demande la SAS Onati 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 Pacific Mobile Telecom est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la SAS Onati au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Pacific Mobile Telecom, 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,