

Décision du Tribunal administratif n° 2200359 du 06 juin 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

Président DEVILLERS

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 23 août 2022, complétée par un mémoire enregistré le 16 novembre 2022 la société Pacific Mobile Télécom, représentée par la SAS Bredin Prat, demande au tribunal :

1) d'annuler la décision implicite, ensemble la décision expresse du 23 août 2022, par laquelle le directeur général de l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française (OPT) a partiellement rejeté sa demande tendant à la communication des documents suivants concernant la délégation de service public conclue le 18 juin 2019 entre l'OPT et la SAS Onati :

- la délibération de l'OPT n° 08-2019/OPT du 4 avril 2019 modifiée ;
- la convention de délégation de service public signée par l'OPT et Onati le 18 juin 2019 ;
- l'avenant à la convention de délégation de service public, signé le 22 juillet 2020 ;
- l'inventaire valorisé des biens constitutifs de la délégation (biens de retour / biens de reprise);
- le rapport annuel visé par l'article LP.22 de la loi de pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 pour les années 2017, 2018, 2019 et 2020 ;
- le catalogue des services publics, service de base et services obligatoires et leurs arrêtés afférents en conseil des ministres ;

2) d'enjoindre au directeur général de l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française de procéder à cette communication dans un délai d'un mois à compter du jugement à intervenir, sous astreinte de 60 000 FCFP par jour de retard ;

3) de mettre à la charge de l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française la somme de 600 000 FCFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la décision attaquée est entachée d'un défaut de motivation ;
- la décision attaquée est entachée d'erreur de droit ; les documents sollicités constituent tous des documents administratifs soumis, dès leur signature, au droit d'accès institué par le livre III du code des relations entre le public et l'administration ;
- le respect du secret des affaires protégé par les dispositions de l'article L. 311-6 du même code ne saurait justifier le moindre refus de communiquer mais uniquement l'occultation, dans le document transmis, des informations ou mentions éventuellement couvertes par ce secret ;
- le non-lieu partiel opposé par l'OPT n'est pas fondé ; certains des documents n'ont pas été transmis à la requérante dans une version complète, tel est le cas des annexes 1 et 2 de la convention de délégation de service public et de l'avenant à cette convention signé le 22 juillet 2020 ; elle s'étonne vivement qu'à ce jour, après plusieurs années d'exécution, l'OPT et le délégataire de service public n'aient établi aucun inventaire valorisé des biens constitutifs de la délégation et que le délégataire de service public n'ait réalisé aucun rapport pour rendre compte de l'exécution du service public qui lui a été confié ; à titre subsidiaire le tribunal constatera, dans les motifs de sa décision, que ces documents

n'existent pas ;

- pour l'avenant à la convention de délégation de service public et les deux annexes de la convention, les mentions occultées ne sont pas protégées par le secret en matière commerciale et industrielle ; la société Onati exploite ce service public à l'abri de toute concurrence et le secret des affaires doit s'apprécier de manière particulièrement stricte ; les stipulations relatives au " périmètre des missions déléguées " au sein de l'article 2 de l'avenant portent par hypothèse sur l'objet même des missions de service public confiées par l'OPT à Onati, et sont par nature insusceptibles d'être couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle, ce alors que l'article 5 qu'il complète de la convention n'est pas occulté ; de même des stipulations relatives au " principe de transparence " au sein de l'article 3 de l'avenant, qui a pour objet de remplacer l'article 6 de la convention ; de même des stipulations relatives aux " mises à disposition " qui ont été insérées dans le paragraphe 11.8 de la convention de délégation de service public, en vertu de l'article 4 de l'avenant et qui sont relatives à l'exploitation du service public ; de même des informations contenues dans la liste des biens mis à disposition figurant dans l'annexe 2 de la convention de délégation de service public qui ne sont pas davantage couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle ;

- pour les annexes à la convention de délégation de service public ; dans l'annexe 1, relative aux biens transférés par l'OPT au délégataire, il a occulté, pour l'intégralité des biens transférés, l'ensemble des informations relatives à la base d'amortissement des biens et à leurs valeurs non comptables ; pour l'annexe 2 relative aux biens mis à disposition du délégataire l'OPT a caché, pour l'intégralité des biens mis à disposition d'Onati, l'ensemble des informations relatives aux montants HT des biens (colonne " montant ht "), à l'amortissement des biens (colonnes " durée amort ", " base amort", " amort ant ", " amort exe "), à leurs valeurs non comptables (colonnes " vnc fin exe " et " vnc au 31.12.18 recalculée ") et à une date obscurément décrite par cet acronyme : " MSE/SCE " ; ces éléments figurent dans les annexes de la convention de délégation de service public et, à ce titre, font partie du contenu même de cette convention ; ces éléments ne se rapportent pas à la situation financière du délégataire de service public ni d'ailleurs à celle du délégant, mais concernent directement l'exploitation du service public des télécommunications ;

Par des mémoires en défense enregistrés les 24 octobre 2022 et 6 février 2023, l'Office des postes et télécommunications de Polynésie française, représenté par la société d'avocats Aramis, conclut :

- au non-lieu à statuer s'agissant des documents dont la société Pacific Mobile Télécom (PMT) a obtenu communication ;
- au rejet du surplus des conclusions de la requête de la société Pacific Mobile Télécom au titre des documents qui ne lui ont pas été communiqués ;
- à ce que soit mise à la charge de la société Pacific Mobile Télécom la somme de 600 000 F CFP à lui verser sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'OPT a transmis à la société PMT, par une lettre du 23 août 2022, les documents suivants : la délibération n° 08-2019/OPT du 4 avril 2019 modifiée par la délibération n° 07-2020/OPT du 18 août

2020, la convention de délégation de service public signée le 18 juin 2019 ; l'avenant à la convention de délégation de service public signé le 22 juillet 2020 ; la liste des biens transférés à la SAS Onati (annexe 1 de la convention de délégation de service public) et la liste des biens mis à la disposition de cette société (annexe 2 de la convention de délégation de service public communiquée dans sa version modifiée par l'avenant du 22 juillet 2020), dans leur version intégrale, à l'exception des éléments comptables et financiers de nature à révéler la stratégie de Onati (et du groupe OPT) en matière d'investissement et de financement, qui sont couverts par le secret en matière commerciale et industrielle : la société PMT a déjà donné quitus au groupe OPT de la réponse à ses demandes devant le juge judiciaire ;

- aucune demande de communication des motifs de la décision implicite attaquée n'a été formulée par la requérante dans le délai de recours contentieux ; en tout état de cause, les motifs de non-communication des documents ont été portés à la connaissance de la requérante par la lettre du 23 août 2022 ;

- la décision n'est entachée d'aucune erreur de droit ; l'inventaire valorisé des biens distinguant les biens de retour et les biens de reprise de la délégation : ce document n'a pas, à ce jour, été établi par l'OPT et la SAS Onati ; l'existence matérielle de ce document n'est pas établie ; pour le rapport annuel du délégataire, l'article LP. 22 visé de la loi de Pays 2009-21 du 7 décembre 2009 n'est pas applicable en application de l'article LP. 28 de ladite loi et par ailleurs les parties ont renoncé à la confection d'un tel rapport initialement prévu à l'article 30 de la convention de délégation de service public ; l'inventaire valorisé des biens et le rapport annuel du délégataire ne sont pas des " documents administratifs communicables au titre du droit d'accès aux documents administratifs " puisque leur existence matérielle n'est pas établie ; le catalogue des services publics figure dans le cahier des charges de l'OPT approuvé par l'arrêté n° 64 CM du 22 janvier 2016, accessible au public sur le site officiel " Lexpol " (<http://lexpol.cloud.pf/LexpolAfficheTexte.php?texte=461426etidr=436etnp=10>) ;

- Onati exerce certaines missions dans le champ ouvert à la concurrence, en utilisant pour partie des biens qui ont pu lui être confiés dans le cadre de la DSP ; les biens mis à disposition de Onati (annexe 2 de la DSP) et ceux lui étant transférés (annexe1 à la DSP) ne portent donc pas que sur la fourniture du service public délégué et cette situation justifie dès lors une protection particulière du secret industriel et commercial ; le code des postes et télécommunications garantit, pour le calcul du tarif de référence d'interconnexion, la confidentialité de ces données, qui relèvent du secret des affaires ;

- pour l'annexe n° 1 relative aux biens transférés, seules ont été occultées les colonnes qui se rapportent aux données comptables et financières, relevant en réalité toutes d'un tableau d'amortissement et sont de nature à révéler la stratégie d' Onati (et du groupe OPT) en matière d'investissement et de financement ; la divulgation de ces informations porterait, en l'espèce, préjudice à Onati dans le cadre de l'activité exercée en concurrence avec PMT ;

- pour l'avenant à la convention de délégation de service public, les trois passages occultés au sein des articles 2 (" périmètre des missions déléguées "), 3 (" principe de transparence ") et 4 (" mise à disposition ") portent sur des investissements dits " structurants " dont la réalisation n'est pas confiée à

la société Onati dans le cadre de la DSP ; les éléments relatifs à ces missions non déléguées révèlent la stratégie et l'organisation financière et commerciale du groupe OPT ;

Par une ordonnance du 10 mars 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 27 mars 2023 à 11 h (locale).

Vu :

- la décision attaquée ;
- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- le code des relations entre le public et l'administration et notamment son article L 553-2 ;
- 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. Devillers, président,
- les conclusions de Mme Theulier, rapporteur public,
- les observations de Me Tang, représentant l'OPT.

Considérant ce qui suit :

1. L'article L. 300-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose que : " Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des titres Ier, III et IV du présent livre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.". Aux termes de l'article L. 300-2 du même code : " Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions codes sources et décisions. () ". L'article L. 311-1 du même code dispose que : " Sous réserve des dispositions des articles L. 311-5 et L. 311-6, les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 sont tenues de publier en ligne ou de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande, dans les conditions prévues par le présent livre ". Aux termes de l'article L. 311-6 du même code, dans sa rédaction applicable à la décision attaquée : " Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / - dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles () ". L'article L. 311-7 du même code dispose que : " Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application des articles L. 311-5 et L. 311-6 mais qu'il est possible d'occulter ou de disjointre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions. ".

2. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de contrôler la régularité et le bien-fondé d'une décision de refus de communication de documents administratifs sur le fondement des dispositions des articles L. 311-1 et L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration. Pour ce faire, par exception au principe selon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicton, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue.

Sur la communication de documents administratifs :

En ce qui concerne la délibération de l'OPT n° 08-2019/OPT du 4 avril 2019 modifiée :

3. Il n'est pas contesté que l'OPT a transmis à la société PMT, par une lettre du 23 août 2022, la délibération n° 08-2019/OPT du 4 avril 2019, telle que modifiée par la délibération n° 07-2020/OPT du 18 août 2020. Il n'y a donc plus lieu de statuer sur ces conclusions.

En ce qui concerne la convention de délégation de service public signée par l'OPT et Onati le 18 juin 2019 :

4. L'OPT a transmis à la société PMT, par une lettre du 23 août 2022, la convention de délégation de service public signée le 18 juin 2019. La société PMT oppose toutefois que les annexes 1 et 2 de cette convention ont été transmises avec une occultation excessive de données, non protégées par le secret des affaires, soit, dans l'annexe 1 relative aux biens transférés par l'OPT au délégataire, l'ensemble des informations relatives à la base amortissable et la valeur nette comptable de chacun des biens transférés. Pour l'annexe 2 relative aux biens mis à disposition, sont occultées les informations relatives aux montants hors taxes, à l'amortissement des biens et à leur valeur nette comptable. L'OPT n'est toutefois pas fondé à soutenir que la transmission de ces données financières et comptables est de nature à porter atteinte au secret en matière commerciale d'une façon pouvant être préjudiciable pour le délégataire Onati, notamment en ce qui concerne la détermination des tarifs d'interconnexion. Les informations occultées ne concernent en effet pas les comptes du délégataire mais uniquement la valorisation des biens transférés et mis à disposition dans le cadre de la délégation de service public. Ces informations ne peuvent donc être regardées comme concernant la stratégie commerciale d'Onati et ne sont donc pas couvertes par le secret des affaires.

En ce qui concerne l'avenant à la convention de délégation de service public, signé le 22 juillet 2020 :

5. Il en va de même, en ce qui concerne l'avenant du 22 juillet 2020, dès lors que les données occultées des stipulations relatives au " périmètre des missions déléguées ", au " principe de transparence " et aux " mises à disposition ", relatives à des investissements réalisés par l'OPT afférents aux missions non déléguées, ont pour objet de préciser le périmètre de la délégation de service public ainsi que les conditions de mise à disposition particulière de certains biens nécessaires à la réalisation des missions de service public délégué. Ces éléments apparaissent donc également communicables.

En ce qui concerne l'inventaire valorisé des biens constitutifs de la délégation (biens de retour / biens de reprise) et le rapport annuel visé par l'article LP.22 de la loi de pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009

pour les années 2017, 2018, 2019 et 2020 :

6. Il ressort des pièces du dossier que ces documents n'ont pas été réalisés et que cette demande est sans objet.

En ce qui concerne le catalogue des services publics, service de base et services obligatoires et leurs arrêtés afférents en conseil des ministres :

7. Il ressort des pièces du dossier que ces documents ont fait l'objet d'une diffusion publique sur le site officiel " Lexpol et ne relèvent donc plus du champ d'application de l'obligation de communiquer résultant des dispositions visées au point 1.

8. Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée doit être annulée en tant qu'elle décide les occultations visées aux points 4 et 5.

Sur l'injonction :

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'enjoindre à l'OPT de communiquer à la société PMT les mentions occultées des annexes 1 et 2 et de l'avenant à la convention de délégation de service public dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent jugement, sans qu'il soit nécessaire d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Sur les frais liés au litige :

10. Aux termes de l'article L.761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. ".

11. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'OPT une somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par la société PMT et de rejeter les conclusions de l'OPT présentées sur ce fondement.

D E C I D E :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction sous astreinte présentées par la société PMT concernant la communication de la délibération n° 08-2019/OPT du 4 avril 2019 modifiée et de la convention de délégation de service public.

Article 2 : Le refus de communiquer les mentions occultées des annexes 1 et 2 et de l'avenant à la convention de délégation de service public est annulé.

Article 3 : Il est enjoint à l'OPT de communiquer à la société PMT les mentions occultées des annexes 1 et 2 et de l'avenant à la convention de délégation de service public dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent jugement.

Article 4 : L'OPT versera une somme de 150 000 FCFP à la société PMT au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Pacific Mobile Télécom, à l'Office des postes et télécommunications et à la SAS Onati. Copie en sera délivrée à la Polynésie française.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 6 juin 2023.

Le président, Le greffier,

P. Devillers M. A

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 conforme,

Un greffier,

N°2200359