

Décision du Tribunal administratif n° 2200830 du 12 septembre 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 19 octobre 2022, la société par actions simplifiée (SAS) Viti, représentée par la Selarl Mikou, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision du 4 octobre 2022 par laquelle la ministre en charge du numérique a rejeté sa demande tendant à ce que les textes d'application permettant la mise en œuvre de la portabilité soient adoptés au plus tard le 2 novembre 2022 ;

2°) d'enjoindre à la Polynésie française d'adopter les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité en Polynésie française, notamment en adoptant l'arrêté visé par l'article LP. 212-20 devenu l'article LP. 212-23 du code des postes et des télécommunications dans un délai de trois mois suivant la notification du jugement à intervenir ou tout autre délai fixé par le tribunal, le tout sous astreinte de 1 000 000 F CFP par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 400 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la Polynésie française n'a pas pris les mesures d'application prévues par l'article LP. 212-20 du code des postes et télécommunications, qui visent à assurer la portabilité des numéros et fixent les sanctions encourues par les opérateurs qui s'y opposent ;
- il a été jugé que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, il a également été jugé qu'une abstention prolongée de prendre les mesures d'application s'assimile à un refus de satisfaire à l'obligation d'édicter ces mesures d'application ;
- en s'abstenant de prendre la ou les mesures d'application prévues par l'article LP. 212-20 du code des postes et des télécommunications alors qu'elle l'avait saisie d'une demande en ce sens, la Polynésie française a entaché sa décision d'une erreur de droit ;
- cette décision est également entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, en effet le conseil des ministres est en situation de compétence liée pour édicter les mesures réglementaires que nécessitait la loi du pays afin que celle-ci puisse s'appliquer ;
- l'abstention de la Polynésie française d'édicter les mesures nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité vise en réalité à favoriser la société Onati, filiale à 100 % de l'établissement public, afin de conforter sa position sur le marché des télécommunications en Polynésie française ;
- la décision en litige méconnaît le principe d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs, alors qu'en métropole il a fallu seulement trois mois à l'autorité compétente pour adopter les mesures d'application (sous forme de lignes directrices), en Polynésie française dix années après l'adoption de cette obligation, aucune mesure d'application n'a encore été prise ; la seule réponse apportée à sa demande par la ministre en charge du numérique est d'inviter les opérateurs à se rencontrer alors

même qu'elle a constaté l'incapacité des opérateurs à se réunir pour mettre en œuvre la portabilité ; cette réponse, ne vise en réalité qu'à retarder encore l'effectivité de la portabilité en Polynésie ;

- l'annulation de cette décision impliquera nécessairement qu'il soit enjoint à la Polynésie française d'édicter les mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité en Polynésie française dans un délai de trois mois suivant le jugement à intervenir.

Par un mémoire et des pièces complémentaires enregistrés le 24 décembre 2022 et le 27 juin 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle soutient :

- à titre principal que la requête est irrecevable dès lors que la Polynésie française a fait droit à la demande de la requérante en informant qu'elle engageait des réunions de travail avec les opérateurs afin d'avancer sur ce chantier et permettre l'adoption dans les meilleurs délais d'un projet de texte fixant l'ensemble des modalités de mise en œuvre de la portabilité des numéros mobiles et en lui indiquant une mise en œuvre à la fin de l'année 2022 ; la société requérante ne justifie pas d'un intérêt à agir contre cet acte qui lui est favorable ;
- à titre subsidiaire qu'aucun des moyens soulevés n'est fondé ;
- s'agissant du délai de trois mois proposé par la société Viti, la ministre des télécommunications s'est engagée à prendre les mesures nécessaires dès que possible et la mise en œuvre effective de portabilité se fera bien au cours de l'année 2023 ;
- s'agissant du délai de l'astreinte, à ce stade le délai de trois mois semble trop court et se heurte aux disponibilités des opérateurs.

Par une ordonnance du 24 décembre 2022, la clôture de l'instruction a été fixée au 16 janvier 2023.

Vu 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. Boumendjel,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Mikou, pour la société Viti et de Mme A, représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Viti, immatriculée en 2009, a été agréée en qualité d'opérateur de téléphonie mobile en 2018. Par courrier du 2 septembre 2022, elle a saisi le conseil des ministres de la Polynésie française d'une demande afin qu'il adopte les dispositions nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité dans un délai de deux mois, soit au plus tard le 2 novembre 2022. Par courrier du 4 octobre 2022, la ministre en charge du numérique lui a indiqué qu'il ne lui était pas possible d'adopter les textes réglementaires dans le délai demandé. Par la présente requête, la SAS Viti demande au tribunal

d'annuler cette décision et d'enjoindre à la Polynésie française de prendre les dispositions réglementaires nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité sous trois mois.

Sur la fin de non-recevoir opposé par la Polynésie française :

2. La Polynésie française oppose en défense l'absence d'intérêt à agir de la société Viti à l'encontre d'une décision qui lui est favorable. Elle estime que contrairement à ce que soutient la société requérante, elle n'a pas refusé d'édicter les mesures demandées.

3. Il ressort des pièces du dossier, notamment de la demande préalable du 2 septembre 2022, que la société requérante a saisi la ministre de l'éducation et de la modernisation de l'administration en charge du numérique d'une demande tendant à ce que l'arrêté en conseil des ministres prévu par l'article LP. 212-20 du code des postes et télécommunications soit édicté dans un délai de deux mois. Dans ces conditions, et alors même qu'il ressort de la décision attaquée du 4 octobre 2022 que l'autorité en charge du numérique a fait part de son accord de principe quant à la mise en œuvre effective de la portabilité en Polynésie française, en s'abstenant de prendre cet arrêté dans le délai demandé, ni même au demeurant dans les mois qui ont suivi, la Polynésie française ne peut être regardée que comme ayant rejeté la demande dont elle était saisie et la décision opposée fait donc bien grief à la requérante. Par ailleurs, compte tenu de l'intérêt que présente la portabilité des numéros pour un opérateur téléphonique, en particulier lorsqu'il est dernier entrant sur le marché, la Polynésie française n'est pas fondée à soutenir que la société Viti n'a pas intérêt à agir contre cette décision.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

4. La société Viti soutient qu'en rejetant sa demande tendant à ce qu'il édicte les dispositions réglementaires nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité, le ministre en charge des postes et télécommunications a entaché sa décision d'une erreur de droit.

5. D'une part, aux termes de l'article LP. 212-20 du code des postes et des télécommunications : " () / Le Président de la Polynésie française ou le ministre ayant reçu délégation à cet effet attribue aux opérateurs des préfixes et des numéros ou blocs de numéros, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, moyennant une redevance fixée par arrêté pris en conseil des ministres, destinée à couvrir les coûts de gestion et le contrôle de son utilisation. / Les conditions d'utilisation de ces préfixes, numéros ou blocs de numéros ne peuvent être protégées par un droit de propriété industrielle ou intellectuelle. Ils sont incessibles et ne peuvent faire l'objet d'un transfert. / Les opérateurs sont tenus de proposer à un tarif raisonnable à leurs abonnés les offres permettant à ces derniers de conserver leur numéro non géographique mobile, lorsqu'ils changent d'opérateur tout en demeurant en Polynésie française. Les opérateurs prévoient les dispositions nécessaires dans les conventions d'accès et d'interconnexion, à des tarifs reflétant les coûts correspondants. / Les offres mentionnées à l'alinéa précédent doivent permettre à l'abonné qui le demande de changer d'opérateur tout en conservant son numéro. La demande de conservation du numéro, adressée par l'abonné à l'opérateur auprès duquel il souscrit un nouveau contrat, est transmise par ce dernier à l'opérateur de l'abonné. / Le délai de portage ne peut excéder cinq jours ouvrables, sous réserve de la disponibilité de l'accès, sauf demande expresse de l'abonné. Sans préjudice des dispositions contractuelles relatives aux

durées minimales d'engagement, le portage effectif du numéro entraîne de manière concomitante la résiliation du contrat qui lie cet opérateur à l'abonné. / Tout retard ou abus dans la prestation de conservation du numéro donne lieu à indemnisation de l'abonné. / Un arrêté en conseil des ministres précise les modalités d'application des deux alinéas précédents ".

6. D'autre part, aux termes de l'article D. 212-2 du code des postes et 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 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 ".

7. L'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect d'engagements internationaux de la France y ferait obstacle. Lorsque, comme en l'espèce, une loi du pays renvoie elle-même à un arrêté en conseil des ministres du gouvernement de la Polynésie française la détermination de certaines mesures nécessaires à cette application, cet arrêté doit intervenir dans un délai raisonnable.

8. Il est constant que l'arrêté prévu au dernier alinéa de l'article LP. 212-20 du code des postes et télécommunications cité au point 5 n'a pas été édicté.

9. Il ressort des pièces du dossier que l'obligation posée au cinquième alinéa de l'article LP. 212-20 du code des postes et des télécommunications vise à imposer aux opérateurs de proposer à un " tarif raisonnable " à un abonné, qui a décidé de changer d'opérateur, la possibilité de conserver le numéro de téléphone qu'il lui avait été attribué par son précédent opérateur. Cette obligation a été introduite par la loi du pays n° 2013-4 du 14 janvier 2013. Ainsi, au 2 septembre 2022, plus de neuf années s'étaient écoulées entre l'entrée en vigueur de cette disposition et la demande de la société requérante. Si la Polynésie française soutient que cette situation satisfaisait les opérateurs de télécommunications, cette circonstance, à la supposée avérée, et au demeurant contredite par le présent recours, n'est pas de nature à fonder légalement son refus, alors au surplus que l'obligation prescrite visait non pas à assurer la protection des opérateurs de téléphonie mais à faciliter l'exercice d'une concurrence effective entre eux en facilitant le passage des abonnés d'un opérateur à un autre. Dans ces conditions, et alors que le délai écoulé susmentionné de plus de neuf années ne peut être regardé comme raisonnable, la société Viti est fondée à soutenir qu'en rejetant sa demande, le ministre en charge des télécommunications a méconnu l'obligation visée au point 7.

10. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la décision du 4 octobre 2022 par laquelle le ministre en charge du numérique a rejeté la demande de la société Viti tendant à ce que les textes d'application permettant la mise en œuvre de la portabilité soient adoptés au plus tard le 2 novembre 2022 doit être annulée.

Sur les conclusions à fin d'injonction sous astreinte :

11. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative : " Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution. / La juridiction peut également prescrire d'office cette mesure ". Aux termes de l'article L. 911-3 du même code : " La juridiction peut assortir, dans la même décision, l'injonction prescrite () d'une astreinte () dont elle fixe la date d'effet ".

12. L'annulation de la décision refusant de prendre les dispositions réglementaires nécessaires à l'application des septième et huitième alinéa de l'article LP. 212-20 du code des postes et télécommunications, implique nécessairement que soit ordonnée l'édition de ces dispositions. Il y a lieu dès lors, dans les circonstances de l'espèce, d'enjoindre à la Polynésie française de prendre les dispositions réglementaires nécessaires à la mise en œuvre effective de la portabilité avant le 1er janvier 2024 et, eu égard au délai particulièrement long qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur de l'article LP. 212-20 du code des postes et des télécommunications, d'assortir cette injonction d'une astreinte de 200 000 F CFP par jour de retard à compter du 1er janvier 2024.

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

13. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 150 000 F CFP au titre des frais exposés par la société Viti et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : La décision du 4 octobre 2022 par laquelle la ministre en charge du numérique a rejeté la demande de la société Viti tendant à ce que les textes d'application permettant la mise en œuvre de la portabilité soient adoptés au plus tard le 2 novembre 2022 est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la Polynésie française d'édicter les mesures réglementaires prévues à l'article LP. 212-20 du code des postes et des télécommunications avant le 1er janvier 2024 sous astreinte de 200 000 F CFP par jour de retard au-delà de cette date.

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

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à la SAS Viti et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 29 août 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 12 septembre 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°2200830