

Décision du Tribunal administratif n° 2200976 du 26 septembre 2023

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés le 14 novembre 2022 et le 20 février 2023, la société Pacific Mobile Télécom (PMT), représentée par la Selarl Jurispol, demande au tribunal dans le dernier état de ses écritures :

1°) de condamner la Polynésie française à lui payer la somme de 71 148 778 F CFP à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice en lien avec les modalités d'exécution du jugement du tribunal administratif n° 2100234 du 29 mars 2022 ;

2°) de mettre à la charge de la Polynésie française une somme de 300 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement du 29 mars 2022 qui a annulé 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 en tant qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion, est exécutoire de plein droit ;

- les nouveaux tarifs ont inclus les coûts de l'itinérance dans le calcul du tarif de la terminaison d'appel mobile (TAM) mais ont retenu ceux négociés en 2022 et non ceux qui étaient applicables au moment de l'adoption de l'arrêté du 1er avril 2021, ce faisant la Polynésie française a, par cette erreur de droit, commis une faute de nature à engager sa responsabilité ;

- en application de l'article A. 212-22-13 du code des postes et télécommunications, la documentation technique et les paramètres pris en compte pour être appliqués en 2022 doivent être ceux qui étaient en vigueur au 1er août 2021 ;

- la société PMT a, par courrier du 17 juin 2022, mis en demeure la DGEN d'établir les TRI en prenant en compte le dispositif du jugement du 29 mars 2022 dès lors que celui-ci précisait annuler l'article A. 212-22-12 du CPT en Polynésie dans sa version applicable au 1er avril 2021 en tant qu'il excluait, à cette même date, de l'assiette des coûts des tarifs de référence d'interconnexion les achats de prestations d'itinérance ; la Polynésie française en ne faisant pas droit à cette demande a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ;

- cette situation est à l'origine d'un préjudice qui peut être évalué en faisant la différence entre, d'une part, la rémunération qu'elle aurait dû percevoir en appliquant, pour le calcul de son tarif de terminaison d'appels mobiles, le tarif d'itinérance qui devait avoir cours en 2021 et, d'autre part, celui résultant de l'application du tarif déterminé en 2022.

- pour évaluer son préjudice, il convient de distinguer les périodes suivantes :

. du 1er janvier 2022 au 20 mai 2022 : le TRI est entaché d'un défaut de base légale ; pour déterminer le préjudice subi sur cette période, il convient de recalculer le TAM en y intégrant les frais de l'itinérance, sur la base du coût 2021 ; le préjudice subi au titre de la période allant du 1er janvier 2022 au 20 mai

2022 s'élève à 19 757 079 F CFP ;

. du 20 mai 2022 au 13 décembre 2022 : le tarif résulte de l'arrêté du 8 décembre 2022, lequel est illégal en tant qu'il prévoit son application de façon rétroactive, il convient d'intégrer au calcul les tarifs d'itinérance de l'année 2021 pour la totalité de l'année 2022 ; le préjudice peut être évalué à la somme de 35 998 222 F CFP ;

. à compter du 14 décembre 2022 : le TRI de la TAM est fixé par ledit arrêté du 8 décembre 2022, contesté par ailleurs par PMT ;

- pour la totalité du cycle 2022-2023, le préjudice subi par PMT peut être évalué à 75 148 778 F CFP ;
- pour évaluer le préjudice 2023, la société PMT s'est bornée à appliquer le taux d'évolution du marché en 2022 au trafic observé au 1er janvier 2023.

Par un mémoire enregistré le 26 janvier 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir que :

- l'annulation de l'article A. 212-22-12 du CPT l'a amenée à abroger les arrêtés ayant approuvé les TRI des opérateurs pour les années 2022 et 2023 des lors que ceux-ci n'avaient plus de base légale ; la société Viti a d'ailleurs sollicité l'abrogation de l'arrêté approuvant son tarif par courrier du 30 mars 2022, cette annulation a également eu pour effet de lancer de nouveaux travaux de calcul pour la détermination ses tarifs ;

- le cabinet Mazars a relevé que l'opérateur PMT avait retenu le coût de l'itinérance connu en 2021, alors que la société Viti avait retenu le coût de l'itinérance existant durant l'année 2022 ;

- par arrêté n° 2623 CM du 8 décembre 2022, le TRI de la société PMT a été fixé à compter du 20 mai 2022 ;

- il ressort de l'avis de l'Autorité polynésienne de la concurrence que la DGEN a choisi l'interprétation la plus conforme au droit mais également à la préservation d'une concurrence loyale et effective ;

- durant toute l'année 2022, les reversements des soldes d'interconnexion entre les différents opérateurs se sont poursuivis sur la base tarifaire des TRI abrogés ; ainsi l'existence du préjudice allégué n'est pas démontrée ;

- en application du jugement du 29 mars 2022, la Polynésie a abrogé les arrêtés litigieux par arrêté n° 685 CM du 12 mai 2022, cet arrêté est devenu définitif ; en application de cet arrêté, le tarif applicable entre le 1er janvier 2022 et le 20 mai 2022 reste le tarif prévu par l'arrêté n° 2807 CM du 9 décembre 2021 soit 5,35 F CFP la minute et 1 F CFP le SMS ; les reversements des soldes d'interconnexion entre les différents opérateurs se sont poursuivis sur cette base tarifaire pour le mois de janvier 2022 ; l'opérateur ONATI a pris en compte le montant de 28 216 700 117 F CFP pour le calcul du solde des interconnexions de cette période et effectué les reversements constatés ; la société requérante ne justifie pas d'un manque à gagner ni de la majoration d'un taux de découvert de 1,55 % ;

- pour la période postérieure à la date du jugement : par arrêté n° 2624 CM du 8 décembre 2022, un nouveau tarif a été approuvé, qui a pris en compte les coûts des prestations d'itinérance réels et constatés en 2022 et a ainsi fixé le TRI de la voix à 5,85 F CFP ;

- pour cette année, ce tarif a été rendu rétroactivement applicable à compter du 20 mai 2022, date

d'entrée en vigueur de l'arrêté n° 685 CM du 12 mai 2022 pour cette période allant du 20 mai 2022 au mois d'octobre 2022 ; l'écart mentionné par la requérante doit s'apprécier sur cette base tarifaire en lieu et place du tarif de 5,35 F CFP la minute ; de la même façon les reversements des soldes d'interconnexion ce sont poursuivis sur cette période, le taux de découvert appliqué par la société PMT de 1,55 % n'est pas justifié ; l'exécution du jugement du 29 mars 2022 n'implique pas la prise en compte des coûts d'itinérance connus en 2021 pour 2022.

Par ordonnance du 21 février 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 9 mars 2023.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 ;
- loi du pays n° 2009-21 du 7 décembre 2009 ;
- le code des postes et des télécommunications en 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, rapporteur,
- les conclusions de Mme Theulier de Saint-Germain, rapporteure publique,
- les observations de Me Gaymann représentant la société PMT et celles de M. A pour la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. À la demande de la société PMT, le tribunal a annulé, par jugement n° 2100234 du 29 mars 2022, l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française en tant qu'il exclut les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion (TRI). Dans les suites de ce jugement, la Polynésie française a, par arrêté n° 685 CM du 12 mai 2022, abrogé les arrêtés n° 2713 CM et 2807 CM du 9 décembre 2021, qui avaient fixé sur la base de l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française, les TRI des opérateurs de téléphonie mobile. De plus, elle a engagé différentes démarches afin de déterminer de nouveaux tarifs de référence d'interconnexion. Dans cette perspective, les sociétés PMT et Viti ont transmis à la DGEN le modèle technico-économique utilisé mis à jour avec l'intégration des coûts liés à l'achat des prestations d'itinérance, la documentation technique, économique, comptable et financière permettant de comprendre le réseau modélisé et les calculs effectués dans le modèle mis à jour et la fiche de restitution complétée. La Polynésie française a parallèlement mandaté un cabinet d'audit métropolitain afin de mettre à jour l'évaluation des TRI de ces deux opérateurs. Au terme de ce processus, la Polynésie française a proposé aux opérateurs de retenir pour l'année 2022 un TRI de 5,85 F CFP par minute et pour l'année 2023, de 6,16 F CFP par minute. Par un courrier du 1er septembre 2022, la société PMT a saisi le président de la Polynésie française d'une demande tendant à ce que le TRI soit fixé en prenant en compte les coûts d'itinérance connus durant l'année 2021 en précisant, qu'à défaut, elle s'estimerait fondée à demander à être indemnisée du préjudice financier résultant de la

prise en compte du tarif d'itinérance 2022 en lieu et place de celui en vigueur en 2021, eu égard à la baisse significative du coût de l'itinérance en 2022. L'Autorité polynésienne de la concurrence (APC), saisie pour avis par la Polynésie française, a estimé par un avis n° 2002-A-03 que la DGEN avait, pour réaliser sa proposition tarifaire 2022-2023, effectué une appréciation des tarifs des deux opérateurs conforme au principe d'une concurrence loyale effective. Par arrêté n° 2623 CM du 8 décembre 2022 pour la société PMT et par arrêté n° 2624 CM du 8 décembre 2022 pour la société Viti, les TRI proposés à l'approbation du conseil des ministres ont été approuvés. La société PMT, qui estime que le TRI aurait dû être calculé en fonction des tarifs de l'itinérance 2021 et non ceux révisés au premier semestre 2022, demande au tribunal, par la présente requête, de condamner la Polynésie française à l'indemniser du préjudice en résultant en lui versant la somme de 71 148 778 F CFP.

Sur la faute :

2. La société requérante estime, en premier lieu, qu'en faisant application, pour fixer son TRI 2022-2023 par arrêté 2807 CM du 9 décembre 2021, de l'article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications en Polynésie française, la Polynésie française a commis une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors que cette disposition ne prenait pas en compte le coût de l'itinérance. Ainsi qu'il a été dit au point 1, par jugement n° 2100234 du 29 mars 2022, le tribunal a annulé cet article A. 212-22-12 du code des postes et des télécommunications, dans sa version initiale, issue de l'arrêté n° 504 CM du 1er avril 2021, en tant qu'il excluait les achats de prestations d'itinérance de l'assiette réglementaire des coûts des tarifs de référence d'interconnexion, estimant que la Polynésie française ne pouvait sans méconnaître le principe d'une concurrence effective et loyale exclure le coût lié à l'itinérance de l'assiette d'évaluation des coûts des opérateurs de téléphonie. Par suite, la société requérante est fondée à soutenir qu'en raison de cette illégalité, la Polynésie française a commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

3. La société PMT soutient, en deuxième lieu, que l'arrêté n° 2623 CM du 8 décembre 2022, portant approbation du tarif de référence d'interconnexion de la terminaison d'appel mobile voix de la SAS PMT pour les années 2022-2023 suite au jugement du tribunal administratif de la Polynésie française du 29 mars 2022, est illégal dès lors qu'il rétroagit illégalement au 20 mai 2022 et prend, à tort, comme année de référence pour l'évaluer, le coût de l'itinérance 2022 et non celui connu à la fin de l'année 2021, alors même que le TRI, qui a fait l'objet du jugement du 29 mars 2021 avait été fixé sur la base des éléments produits en 2021. Toutefois, le jugement du 29 mars 2022 n'impliquait pas, en l'absence d'annulation des tarifs pour la période concernée, l'édiction de nouveaux tarifs tenant compte des conditions existantes au 1er avril 2021 et la Polynésie française pouvait légalement, afin de prendre en compte les motifs de ce jugement et régulariser la situation, donner un effet rétroactif à son arrêté du 8 décembre 2022 en prenant en compte la situation de droit et de fait existant au jour de l'entrée en vigueur de son acte et ainsi retenir le coût de l'itinérance constaté au 20 mai 2022. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que la Polynésie française a retenu la même année de référence pour l'ensemble des opérateurs. Dans ces conditions, et alors qu'en prenant en compte l'année 2022 comme année de référence pour évaluer le coût de l'itinérance, la Polynésie française n'a pas entaché sa décision d'une erreur de droit ou

d'appréciation, la société PMT n'est pas fondée à soutenir qu'en édictant l'arrêté précité du 8 décembre 2022, elle a commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

4. La circonstance que l'article A. 212-22-12 du codes des postes et des télécommunications en Polynésie française fasse obligation aux opérateurs de fournir, notamment, une " fiche de restitution, précisant l'ensembles des coûts d'exploitations et la rémunération des investissements de son activité mobile par service et par catégorie au service de la Polynésie française en charge des télécommunications, au plus tard le 1er août de la dernière année civile de validité du TRI, ne faisait pas obstacle à ce que la Polynésie française prenne en compte l'évolution du coût de l'itinérance pour fixer, le 8 décembre 2022, les TRI des opérateurs de téléphonie mobile. Aussi, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la méconnaissance de cette disposition par la Polynésie française est de nature à engager sa responsabilité.

Sur le préjudice :

En ce qui concerne la période allant du 1er janvier 2022 au 19 mai 2022 :

5. La société requérante demande à être indemnisée du préjudice financier résultant, d'une part, du fait que lui a été appliqué du 1er janvier 2022 au 20 mai 2022, date d'entrée en vigueur de l'arrêté n° 685 CM du 12 mai 2022, un TRI ne prenant pas en compte le coût de l'itinérance. Elle demande que la Polynésie française soit condamnée à lui verser la somme de 19 757 079 F CFP. En défense, la Polynésie française soutient que la société requérante ne justifie pas du taux de découvert qu'elle retient, ni n'établit la réalité de son préjudice dès lors que, pour l'évaluer, elle se limite à faire la différence entre le TRI, qui aurait dû être le sien en prenant en compte le coût de l'itinérance lié aux interconnexions avec les sociétés Onati et Viti sans toutefois prendre en compte les reversements effectués par les autres opérateurs qui ont utilisé son réseau. Si cette dernière circonstance est sans incidence dans sa relation avec la société Onati, dès lors que celle-ci n'a pas recours à l'itinérance, elle a nécessairement une incidence dans sa relation avec la société Viti. Il résulte, en outre, de l'instruction que la société requérante n'a pas pris en compte la baisse du coût de l'itinérance, alors même que celui-ci a fortement baissé en 2022. En effet, il résulte de l'instruction que le tarif fixe, qui était de 182 000 000 F CFP en 2021, est successivement passé le 20 janvier 2022 à 96 300 000 F CFP puis à 88 900 000 F CFP le 1er avril 2022. Le service voix, qui était quant à lui de 1,15 F CFP l'appel, est passé à 0,752 F CFP le 20 janvier 2022 et à 0,45 F CFP le 1er avril 2022. Dans ces conditions, la réalité du préjudice allégué n'étant ainsi pas démontrée, les conclusions indemnitaires présentées par la société PMT ne peuvent qu'être rejetées.

En ce qui concerne la période postérieure au 19 mai 2022 :

6. Il résulte de ce qui a été dit au point 3 que l'édition et l'application de l'arrêté du 8 décembre 2022 ne sont pas fautives. Par suite, la société PMT n'est pas fondée à demander une indemnisation en raison de sa mise en œuvre.

7. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions indemnitaires de la société PMT doivent être rejetées.

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

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la Polynésie française, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, au titre des frais exposés par la société PMT et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la société Pacific Mobile Télécom est rejetée.

Article 2 : Le présent jugement sera notifié à la société Pacific Mobile Télécom et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 12 septembre 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 26 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,