

Décision du Tribunal administratif n° 2300182 du 30 janvier 2024

Tribunal administratif de Polynésie française

1ère Chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 12 mai 2023 et des mémoires enregistrés les 8 août et 1er septembre 2023, la société par actions simplifiée (SAS) Viti, représentée par la Selarl Tiki Legal, demande au tribunal :

1°) d'annuler la décision par laquelle la ministre en charge de l'économie numérique a implicitement rejeté sa demande tendant à obtenir la modification de son calendrier de déploiement prévu au cahier des charges de son autorisation d'exercer l'activité d'opérateur de téléphonie mobile ;

2°) d'enjoindre à la Polynésie française de faire droit à sa demande de modification dans un délai de 30 jours à compter de la notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 1 000 000 F CFP par jour de retard ;

3°) subsidiairement d'enjoindre la Polynésie française de réexaminer sa demande dans un délai de 30 jours à compter de la notification du jugement à intervenir, sous astreinte de 1 000 000 F CFP par jour de retard ;

4°) de mettre à la charge de la Polynésie française la somme de 800 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;

- la décision attaquée est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ; son cahier des charges prévoit un déploiement sur les îles de Tahiti et Moorea en juin 2019, de Bora Bora juin 2020, de Raiatea en juin 2021, de Huahine en juin 2022, de TahaA en juin 2023, de Maupiti en juin 2024 ; au mois de mars 2023, elle n'a été en mesure de développer son réseau que sur les îles de Tahiti et de Moorea ; son agrément peut lui être retiré par la Polynésie française à tout moment malgré ses investissements ; l'opérateur public, qui s'était engagé dans la convention d'itinérance à fournir une prestation jusqu'à la date à laquelle Viti est tenue de couvrir l'île en cause conformément aux dispositions de l'arrêté n° 1185 CM du 5 juillet 2018, peut y mettre fin ; par courrier du 29 décembre 2022 l'opérateur public a accepté de maintenir sa prestation d'itinérance à son bénéficiaire pour l'année 2023 ;

- sa demande de modification est justifiée par le comportement de l'opérateur public, qui a tardé à signer la convention d'itinérance et a instauré, à compter de l'année 2019, des tarifs d'itinérance prohibitifs, obérant sa capacité d'investissement ; elle est dans l'attente de la décision de la Polynésie française sur le modèle de couverture des zones peu denses en Polynésie française ;

- les tarifs communiqués par l'opérateur Onati ont totalement modifié ses prévisions d'activité et ses charges, l'opérateur public a mis en place un tarif forfaitaire fixe pour le service d'itinérance de 190 000 000 F CFP ; après négociation, Onati a accepté une remise de 75 % de ce tarif forfaitaire fixe pendant un an ; compte tenu du tarif fixé, le lancement commercial n'a pas pu avoir lieu avant la fin de l'année 2019 ; la crise sanitaire du Covid 19 a également bloqué le lancement commercial, qui n'a pu avoir lieu

qu'au mois de juin 2020 ; elle n'a donc réellement débuté son activité commerciale que deux années après l'obtention de son agrément, justifiant ainsi un report de deux ans de ses obligations de déploiement ; par ailleurs, ce tarif forfaitaire fixe l'a contrainte à abandonner son programme de déploiement pour faire face aux coûts de l'itinérance ; le coût qu'a représenté l'itinérance, 135 000 000 F CFP sur trois ans, correspond très exactement au montant de l'investissement pour déployer 3 sites sur les îles de Bora Bora, Raiatea et Huahine (9 * 15 000 000 par site) ;

- la société Viti a saisi l'autorité polynésienne de la concurrence dès le 29 novembre 2021 pour dénoncer un abus de position dominante par l'opérateur public ; cette autorité a enjoint, à titre conservatoire, à la société Onati de lui proposer une offre tarifaire pour l'accès à l'itinérance en matière de voix et de SMS dans les îles des archipels éloignés afin de permettre l'exercice d'une concurrence effective ;

- il est aujourd'hui acquis que la concurrence par les infrastructures est économiquement impossible à mettre en place en Polynésie française ; la DGEN a lancé en 2019 des études pour définir des zones denses dans lesquelles tous les opérateurs auraient l'obligation de déployer un réseau de couverture et les zones peu denses dans lesquelles les opérateurs pourraient utiliser le réseau de couverture de l'opérateur public dans le cadre d'une itinérance régulée ; l'étude réalisée par le cabinet Analysis Mason a conclu que 5 îles pouvaient être considérées comme des zones denses : Tahiti, Moorea, Bora Bora, Raiatea et Tahaa ; une seconde étude présentée a conclu que seulement 4 îles pouvaient être classées en zone dense : Tahiti, Moorea, Bora Bora et Raiatea ; d'ores et déjà l'obligation de déploiement de Viti dans les îles doit être suspendue ;

- cette décision porte atteinte au principe d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs ; le refus de la Polynésie vise à protéger les intérêts du groupe OPT et donc indirectement les intérêts financiers de la Polynésie française ; l'égalité de traitement entre opérateurs impose que la Polynésie française fasse droit à sa demande de modification du cahier des charges alors que la société PMT a obtenu un report de ses obligations de 3 années sur Bora Bora, de 4 années sur Raiatea et de 5 années sur Huahine, Tahaa et Maupiti ;

- la Polynésie française qui est à la fois régulateur du secteur des télécommunications, et indirectement opérateur de téléphonie mobile est dans une situation de conflit d'intérêts voir d'emprise réglementaire comme l'a relevé l'autorité polynésienne de la concurrence dans son avis du 22 septembre 2017 ; en refusant de faire droit à la demande de modification du cahier des charges, la Polynésie française permet à l'opérateur public de décider de son avenir et conserve la possibilité de suspendre voir de lui retirer son agrément d'opérateur de téléphonie mobile ;

- l'injonction de faire droit à sa demande de modification du cahier des charges apparaît la mesure la plus appropriée ; il apparaît que le délai de 30 jours est également suffisant pour permettre à la Polynésie française de prendre cette mesure ; le montant de l'astreinte correspond très exactement à celui fixé par le président du tribunal administratif aux termes du jugement du 12 juin 2018.

Par un mémoire enregistré le 4 juillet 2023, la Polynésie française conclut au rejet de la requête.

Elle fait valoir :

- à titre principal que la requête est irrecevable dès lors que contrairement à ce que soutient la société

requérante sa demande n'a pas été implicitement rejetée mais réservée dans l'attente de la finalisation du nouveau modèle de couverture des zones denses et peu denses ; seules les décisions défavorables doivent mentionner les voies et délais de recours, en l'espèce la Polynésie française n'a pas refusé de faire droit à la demande de la société requérante mais l'a informée de l'état d'instruction de celle-ci ; l'acte en litige, qui vise à informer son auteur que sa demande est en cours d'instruction, ne présente pas de caractère décisive et ne constitue pas un acte faisant grief ;

- la Polynésie française confirme sa volonté de modifier les cahiers des charges des opérateurs à l'issue des travaux et lorsque la segmentation du territoire en zone dense et peu dense sera finalisée ;

- aucun des moyens soulevés n'est fondé.

Par ordonnance du 2 août 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 18 août 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 celles de M. A, représentant la Polynésie française.

Considérant ce qui suit :

1. La SAS Viti, immatriculée en 2009, a été agréée en qualité de fournisseur d'accès internet et d'opérateur de téléphonie mobile. Par courrier du 2 janvier 2023, elle a saisi la ministre de l'éducation, de la modernisation de l'administration, en charge du numérique d'une demande de modification du cahier des charges qui lui est applicable dans son activité d'opérateur de téléphonie mobile. Elle a ainsi demandé, d'une part, que son calendrier de déploiement de réseau soit modifié afin que celui-ci fixe une couverture de Bora Bora pour 2026 et de Raiatea en 2027 et, d'autre part, de réserver la situation des autres îles dans l'attente des travaux menés pour déterminer ses obligations s'agissant des zones peu denses. Par courrier du 7 mars 2023, la ministre en charge du numérique lui indiquait que sa demande était en instruction par la direction générale de l'économie numérique, jusqu'à la finalisation du nouveau modèle de couverture. Par la présente requête, la SAS Viti, estimant que cette réponse de la ministre constitue un rejet implicite de sa demande, demande au tribunal d'en prononcer l'annulation.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. En vertu de l'article 1 de l'arrêté n° 1185 CM du 5 juillet 2018 conférant à la société Viti la qualité d'opérateur de télécommunications et l'autorisant en conséquence à établir et exploiter un réseau ouvert au public et à fournir au public des services de télécommunications mobiles : " La qualité d'opérateur de télécommunications mobiles est conférée à la société Viti. / À ce titre, la société Viti est autorisée à établir et exploiter un réseau de télécommunications ouvert au public et à fournir au public

des services de télécommunications mobiles ". Selon l'article 2 de ce même arrêté : " La présente autorisation est délivrée pour une durée de douze ans ". Aux termes de l'article 3 de ce même arrêté : " Les conditions de renouvellement de l'autorisation sont celles définies à l'article LP. 212-10 du code des postes et des télécommunications ".

3. D'une part, aux termes de l'article LP. 212-1 du code des postes et des télécommunications (CPT) : " Dans les conditions prévues par les dispositions du présent code, les autorisations d'établir et d'exploiter un réseau ouvert au public ou de fourniture au public d'un service de télécommunication sont accordées par arrêté pris en conseil des ministres ". Selon l'article LP. 212-10 de ce code : " I - L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunications sont soumis à autorisation conformément aux dispositions de l'article D. 212-1 du présent code (). / II - Six mois au moins avant la date de son expiration, le titulaire de l'autorisation adresse au ministre chargé des télécommunications une demande motivée de renouvellement de son autorisation. Un arrêté pris en conseil des ministres fixe les modalités d'application du présent alinéa. / III - L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de télécommunications sont soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Polynésie française et notamment au respect des règles énoncées ci-après : (). / Les règles mentionnées ci-dessus constituent les clauses types du cahier des charges de l'opérateur. Elles sont complétées de clauses particulières selon la nature et les caractéristiques du réseau et de services de l'opérateur. Un arrêté pris en conseil des ministres définit les clauses particulières et notamment celles relatives à la nature, aux caractéristiques et à la zone de couverture du service, et au calendrier de déploiement du réseau ".

4. Selon l'article A 212-10-6 de ce code : " () II - Les arrêtés d'établissement et d'exploitation d'un réseau de télécommunication ouvert au public et/ou de fourniture du service de télécommunication au public sont délivrés par le conseil des ministres. Ils sont accompagnés d'un cahier des charges précisant les droits et obligations de l'opérateur. Les engagements pris par l'opérateur, dans son dossier de demande, sont repris comme obligations de son autorisation. / III - Dans le cas d'une autorisation d'établissement et d'exploitation d'un réseau ouvert au public nécessitant l'assignation de fréquences radioélectriques, l'arrêté en conseil des ministres précise expressément que l'autorisation ne devient effective que si l'opérateur obtient l'autorisation d'utilisation des fréquences nécessaire à l'établissement du réseau ; auquel cas, le cahier des charges est approuvé en conseil des ministres. / En tout état de cause, l'autorisation devient caduque dans le délai de vingt-quatre mois si l'opérateur n'obtient pas l'autorisation d'utilisation des fréquences radioélectriques nécessaires à l'établissement de son réseau ". Selon l'article A. 212-10-7 de ce même code : " I. En application des dispositions de l'Art. D.212-10, II, le ministre chargé des télécommunications notifie aux titulaires d'autorisations, deux ans au moins avant la date de leur expiration, les conditions de renouvellement ou les motifs d'un refus de renouvellement. Ces conditions doivent s'inscrire dans le cadre juridique en vigueur au moment du renouvellement. / Le ministre chargé des télécommunications vérifie notamment que les prescriptions du cahier des charges sont dûment respectées par l'opérateur autorisé. Les autorisations, si elles sont renouvelées, ainsi que les cahiers des charges, sont modifiées en conséquence. / Le renouvellement doit intervenir dans

l'année qui précède la date d'expiration de l'autorisation. II. À la demande de l'opérateur, un renouvellement peut intervenir dans la période allant d'un an (1 an) à trois ans (3 ans) précédant la date d'expiration de l'autorisation Cette demande devra être motivée notamment par des considérations inhérentes à la pérennisation de l'exploitation. III. Le renouvellement d'un arrêté d'établissement et d'exploitation d'un réseau de télécommunication ouvert au public et/ou de fourniture du service de télécommunication au public est délivré par le conseil des ministres. Il est accompagné d'un cahier des charges précisant les droits et obligations de l'opérateur, sans préjudice de la durée restante de l'autorisation dont il bénéficie. / Les conditions de renouvellement doivent s'inscrire dans le cadre juridique en vigueur au moment du renouvellement. Les autorisations, si elles sont renouvelées, ainsi que les cahiers des charges, sont modifiées en conséquence ".

5. D'autre part, aux termes de l'article D. 212-2 du même 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. La société requérante, qui a été autorisée pour une durée de douze années par arrêté du 5 juillet 2018 à fournir des services de télécommunications mobiles, fait valoir qu'elle n'est pas en mesure de satisfaire aux conditions prévues en matière de déploiement de réseau. Elle soutient, d'une part, que le démarrage de son activité a été retardé par l'opérateur public, qui a tardé à signer une convention d'itinérance et a instauré des tarifs d'itinérance prohibitifs et, d'autre part, que le modèle retenu en Polynésie française d'une concurrence par les infrastructures est en passe d'être modifié pour les zones peu denses. Toutefois, ces seules circonstances ne sont pas de nature à établir l'illégalité de la décision qu'elle conteste. Dans ces conditions, et alors qu'il ressort clairement des écritures de la Polynésie française qu'elle n'envisage pas de mettre fin de façon anticipée à son agrément, qui court jusqu'en 2030, d'opérateur en téléphonie mobile, et qu'elle attend pour se déterminer sur ce calendrier le résultat d'études sur la faisabilité d'un déploiement dans les archipels éloignés, la Polynésie française n'a pas, en refusant de faire droit à la demande de la société Viti, entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation.

8. Si la société requérante soutient que l'action de la Polynésie française vise à protéger les intérêts de l'opérateur public, elle ne produit aucun élément de nature à établir le détournement de pouvoir allégué.

9. Par ailleurs, le courrier du 7 mars 2023 aux termes duquel la ministre de l'éducation, de la modernisation de l'administration, en charge du numérique a, notamment, informé la requérante que les travaux engagés sur le modèle de couverture des zones denses/peu denses seront menés à terme et que les conclusions en résultant auront un impact sur le cahier des charges des différents opérateurs, n'a aucun effet sur l'acte l'autorisant à exercer son activité d'opérateur de téléphonie mobile et n'a ni pour

objet ni pour effet d'encadrer son activité ou plus globalement le marché de la téléphonie mobile. Par suite, la société Viti n'est pas fondée à soutenir que cette décision porte atteinte au principe d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs.

10. La circonstance que la Polynésie française soit à la fois régulateur et opérateur de téléphonie, au demeurant contestée en défense par la Polynésie française, est également sans incidence sur la légalité de la décision attaquée.

11. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la requête, les conclusions à fin d'annulation, par suite celles à fin d'injonction, doivent être rejetées.

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

12. 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 Viti 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 société Viti et à la Polynésie française.

Délibéré après l'audience du 16 janvier 2024, à laquelle siégeaient :

M. Devillers, président,

M. Graboy-Grobescio, premier conseiller,

M. Boumendjel, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 30 janvier 2024.

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°2300182