

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 1800175

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE
EN NOUVELLE-CALEDONIE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. Quillévére
Président rapporteur**

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie**

**M. Schnoering
Rapporteur public**

**Audience du 13 septembre 2018
Lecture du 25 septembre 2018**

Vu la procédure suivante :

Par un déféré enregistré le 12 juin 2018 et un mémoire enregistré le 7 septembre 2018, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie demande au tribunal administratif :

1°) d'annuler la délibération n° 53-A/2017 du conseil d'administration de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT) du 13 décembre 2017 et les statuts de la SAS OFFRATTEL joints à la délibération ;

2°) d'annuler la décision implicite de rejet du recours gracieux présenté par le haut - commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie.

Il soutient que :

- le déféré est recevable ; les conséquences juridiques de l'annulation sollicitée de la délibération du 13 décembre 2017 sont sans effet sur les conclusions présentées à l'appui du déféré de l'Etat ;

- il résulte de l'article 53 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie que l'OPT, établissement public de la Nouvelle-Calédonie ne peut pas détenir plus de 50 % du capital d'une société privée ;

- la condition relative à la gestion d'un service public ou d'un service d'intérêt général est remplie dès lors que la société OFFRATTEL a pour objet la fourniture d'accès internet qui constitue une activité de service public ;

- il résulte des dispositions combinées des articles 53 de la loi organique et de l'article L. 233-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie que la participation de l'OPT, établissement public, doit être comprise entre 10 et 50 % ; les statuts de la société

privée OFFRATEL approuvés par la délibération du 13 décembre 2017 font de l'OPT l'actionnaire majoritaire d'une société privée, voire son actionnaire unique dans un second temps ; il résulte aussi clairement des débats parlementaires qu'une personne publique ne peut pas détenir plus de 50 % du capital d'une société gérant une activité d'intérêt général si celle-ci n'est pas une société d'économie mixte ; l'ensemble des travaux parlementaires conforte l'analyse selon laquelle il faut entendre par « peuvent participer » prendre des participations au sens de l'article L. 233-2 du code de commerce ;

- la participation de l'établissement public ne saurait être majoritaire ; les travaux préparatoires de l'article 20 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 confortent cette analyse ;

- la proportion maximale du capital susceptible d'être détenue par les collectivités territoriales dans les établissements de crédit ou les sociétés de financement est fixée à 50 % ;

- il n'y a jamais eu de volonté ni du législateur ni de la jurisprudence d'autoriser la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et leurs établissements publics à intervenir librement dans le secteur économique ; la participation des collectivités au capital des sociétés privées doit être minoritaire ;

- l'article 8 de la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ne permet pas au haut commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie d'autoriser l'OPT à acquérir l'intégralité du capital de la société OFFRATEL ;

- une participation majoritaire dans le capital d'une société commerciale aurait pour conséquence de faire considérer l'établissement public comme exerçant lui-même l'activité commerciale à laquelle il participe et le rendrait directement intéressé par les résultats de cette société.

Par un mémoire enregistré le 3 juillet 2018, l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie ayant pour avocat la SELARL d'avocats Franck Royanez, demande au tribunal à titre principal de rejeter l'ensemble des demandes d'annulations de l'Etat subsidiairement d'annuler l'article 35 des statuts de la SAS Ofratel avec une date d'effet au terme d'une année à compter du jugement à intervenir et en tout état de cause de condamner l'Etat à lui verser la somme de 400 000 F CFP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient qu'aucun des moyens soulevés par l'Etat n'est fondé.

Vu :

- la délibération n° 53-A/2017 du 13 décembre 2017 portant transformation de la société en nom collectif Ofratel en société par actions simplifiées (SAS) attaquée ;

- la décision implicite en date du 14 février 2018 de rejet du recours gracieux présenté par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie ;

- les statuts de la société Ofratel ;

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi organique n° 99-209 et la loi n° 99-210 du 19 mars 1999, relatives à la Nouvelle-Calédonie ;

- la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 et notamment son article 20 ;

- le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Schnoering, rapporteur,
- les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public,
- et les observations de M. Latouche, représentant le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, de Me Royanez, avocat de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT).

Une note en délibéré présentée par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie été enregistrée le 21 septembre 2018.

Considérant ce qui suit :

1. Le conseil d'administration de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT) a, par une délibération en date du 13 décembre 2017, approuvé la transformation de la société en nom collectif (SNC) « OFFRATEL » en société par actions simplifiées. La même délibération a approuvé les statuts de la société « OFFRATEL » constituée sous forme de SAS dont le capital social est réparti aux termes de l'article 8 des statuts de la SAS « OFFRATEL » entre l'OPT à hauteur de 170 actions, soit 85 % et la société « CITIUS » à hauteur de 30 actions, soit 15 %. En vertu des articles 204 et 209-17 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie a saisi le tribunal administratif d'un déferé aux fins d'annulation de la délibération n° 53-A/2017 du conseil d'administration de l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie (OPT) du 13 décembre 2017 et des statuts de la société par actions simplifiée « OFFRATEL » annexés à cette délibération.

Sur la fin de non recevoir :

2. L'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie soutient que la demande du haut-commissaire est irrecevable dès lors que l'annulation de la délibération n° 53-A/2017 du conseil d'administration de l'OPT-NC du 13 décembre 2017 et des statuts de la SAS OFFRATEL joint à cette délibération rétablirait ex ante une situation de fait contraire aux dispositions de l'article 53-II de la loi organique. En effet les statuts de la SASU ou de la SAS OFFRATEL annulés, cette dernière retrouverait son statut de SNC dans laquelle l'OPT détenait 85 % du capital. Toutefois, les conséquences juridiques de l'annulation de la délibération du 13 décembre 2017 ne privent pas de portée utile le déferé de l'Etat qui est par suite, recevable.

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

3. Aux termes de l'article 53 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie : « I. - La Nouvelle-Calédonie, les provinces et leurs établissements publics peuvent, dans le cadre de leurs compétences, créer des sociétés d'économie mixte qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser les opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel et commercial ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de ces sociétés d'économie mixte inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. II. - La Nouvelle-Calédonie, les provinces et

leurs établissements publics peuvent participer au capital de sociétés privées gérant un service public ou d'intérêt général ».

4. Il ne résulte pas des dispositions l'article 53-II de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie que le législateur de la Nouvelle-Calédonie y ait expressément ou y ait même entendu autoriser les établissements publics, au demeurant soumis au principe de spécialité en vertu duquel ils ne peuvent légalement agir que dans le cadre des compétences qui leur sont expressément reconnues par l'acte qui les a institués, à créer des filiales dont ils détiendraient seuls la majorité du capital.

5. Il résulte en revanche de ces mêmes dispositions de l'article 53-II éclairées d'une part, par les travaux préparatoires de l'article 20 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 qui est venue modifier l'article 53 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et d'autre part, par les rapports des députés Dosière et Quentin sur cet article que le législateur de la Nouvelle-Calédonie a entendu limiter les participations majoritaires aux seules sociétés d'économie mixte (SEM) et sociétés publiques locales (SPL) de l'article 53-I de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée. Ainsi, il appartenait à l'OPT-NC soit de se conformer aux dispositions du I de l'article 53 de la loi organique en décidant la création d'une société d'économie mixte (SEM), soit de ramener sa participation dans la SAS OFFRATEL à un niveau minoritaire conformément aux dispositions du II de l'article 53 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie.

6. Compte tenu de l'irrégularité ainsi constatée des statuts approuvés et de l'impossibilité pour l'OPT-NC de maintenir sa participation majoritaire au sein de la société OFFRATEL sans transformer cette dernière en société d'économie mixte, les conclusions de cet établissement public tendant à ce que les effets de l'annulation soient limités au seul article 35 des statuts approuvés et qu'un délai d'un an lui soit accordé pour trouver un nouveau montage financier ne peuvent être accueillies.

7. Il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête que la délibération n° 53-A/2017 du 13 décembre 2017 du conseil d'administration de l'office des postes et télécommunication de la Nouvelle-Calédonie portant approbation de la transformation de la société en nom collectif (SNC) OFFRATEL en société par actions simplifiées (SAS) puis par l'article 35 des statuts de la SAS OFFRATEL en société par actions simplifiées unipersonnelle (SASU), filiale de l'OPT-NC, ensemble, les statuts de la société par actions simplifiées OFFRATEL annexés à cette délibération du 13 décembre 2017 ainsi que la décision implicite du 14 février 2018 de rejet du recours gracieux présenté par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie doivent être annulés.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

8. 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* ».

9. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle aux conclusions de l'office des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT NC) dirigées contre l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La délibération n° 53-A/2017 du 13 décembre 2017 du conseil d'administration de l'office des postes et télécommunication de la Nouvelle-Calédonie portant approbation de la transformation de la société en nom collectif Offratel en société par actions simplifiée et les statuts de la SAS OFFRATEL joints à cette délibération, ensemble la décision implicite de rejet du recours gracieux du 14 février 2018 du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie sont annulés.

Article 2 : Les conclusions de l'Office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.