

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE-CALEDONIE**

N° 0781, 07112

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE
TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-
CALEDONIE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

**M. Arsène Ibo
Rapporteur**

**Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie,**

**M. Jean-Paul Briseul
Commissaire du gouvernement**

**Audience du 6 mars 2008
Lecture du 20 mars 2008**

01-04-005

01-04-03-04-03

01-04-02

Vu, 1°) la requête, enregistrée le 26 mars 2007, présentée pour le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE (SEPT NC), représenté par son président en exercice dont le siège est 1 rue de la Somme, BP 466 à Nouméa (98845), par Me Lombardo ; le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATION DE NOUVELLE-CALEDONIE demande au tribunal :

1°) d'annuler les articles 221-3, 221-2, 221-1, 211-3, 231-3 et 261-1 du code des postes et télécommunications, ou s'ils paraissent indissociables du reste du texte, subsidiairement le livre 2 de ce même code ou à titre extrêmement subsidiaire, la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 relative au code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ;

2°) de mettre à la charge de la Nouvelle-Calédonie, une somme de 500 000 francs CFP au titre de l'article L 761- 1 du code de justice administrative ;

le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE soutient que les cinq articles du code des postes et télécommunication qui sont dissociables du reste du livre 2 sont entachés d'illégalité ; que le

requérant qui regroupe les entreprises de prestations de services et fournisseurs de matériels du secteur des télécommunications et a pour objet de défendre les intérêts matériels, moraux, économiques et professionnels de ses membres, justifie d'un intérêt à demander l'annulation des actes attaqués ; que les dispositions attaquées ont en effet pour objet de créer un service public de télécommunications, de déléguer la gestion et le fonctionnement dudit service à un établissement public l'OPT et enfin d'ériger ladite délégation en un monopole économique ; que les articles 231-1 et 261-1 créent des interdictions dont la violation est sanctionnée pénalement ; qu'elles ont pour conséquence de créer un monopole commercial au profit de l'OPT ; que seul le législateur national peut ériger un monopole économique au profit d'un acteur économique ; que la loi organique ne permet pas au congrès de déroger aux principes issus de la loi Allarde selon lesquels : il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon ; que les articles 231-3 et 261-1 créent au profit de l'OPT deux monopoles, l'un relatif à l'utilisation d'Internet pour communiquer par la voix et transmettre la voix, l'autre créant une interdiction pénalement sanctionnée d'utiliser tout autre moyen de communication que ceux fournis par l'OPT ; que les articles 211-3 et 221-1 créent une véritable délégation de service public au profit de l'OPT par un acte unilatéral, ce qui n'est pas légal ; qu'en effet la mise en œuvre d'une délégation de service public ne peut se faire que par contrat et doit être précédée d'une procédure de publicité et de consultation conformément à l'article 92 de la loi organique, ce qui n'a pas été fait ; que le congrès a méconnu les règles de fond relatives aux circonstances dans lesquelles un service public peut être créé et délégué ainsi que les principes de valeur constitutionnelle que sont la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté de communication ; que le congrès de la Nouvelle-Calédonie concède à l'OPT la politique de développement des systèmes de communication en lui enlevant tout concurrent ; que le congrès ne peut édicter des règles qu'en respectant les principes généraux du droit français et notamment celui de la non intervention des services publics dans les activités privées sauf dans le cas de carence ou d'insuffisance de l'initiative privée ; qu'en l'espèce l'initiative n'est pas inexistante ; que le service public en Nouvelle-Calédonie devrait se résumer à l'instar de la métropole à la fourniture du service universel ; que les entreprises privées sont parfaitement capables de fournir les services d'accès aux réseaux et de transport de données qui sont prévus par l'article 221-2 ; que de nombreuses entreprises commercialisent les transmissions vocales via Internet soit par numéro d'appel direct, soit par système de callback ; que le seul motif justifiant le monopole de l'OPT sur ce service est la volonté de faire payer à l'utilisateur de cet établissement public un prix prohibitif ; que le service public empiète donc sur des domaines dans lesquels l'initiative privée ne serait pas absente si l'administration ne refusait pas les autorisations, que ce soit d'accès au réseau filaire ou d'exploitation des réseaux d'autres types pour préserver son service ; que ni l'établissement du service public ni celui du monopole ne sont justifiés par des considérations d'intérêt général ; que la jurisprudence combat depuis longtemps l'idée de monopole au profit du délégataire de service public par une collectivité locale ; que les contraintes créées par le livre 2 du code des postes et télécommunications sont contraires aux dispositions de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 et notamment son article 1er dans sa version applicable à la Nouvelle-Calédonie et à l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

Vu l'ordonnance en date du 7 septembre 2007 fixant la clôture d'instruction au 10 octobre 2007, en application des articles R.613-1 et R.613-3 du code de justice administrative ;

Vu la mise en demeure adressée le 7 septembre 2007 à la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 octobre 2007, présenté pour la Nouvelle-Calédonie, représentée par le président du gouvernement qui conclut au rejet de la requête ;

il soutient que, à titre liminaire les dispositions attaquées qui portent sur l'existence même du service public ne sont pas divisibles de l'ensemble de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 ; que le congrès n'a pas instauré le monopole détenu par l'OPT, il n'a fait que le codifier à droit constant ; qu'il n'appartient qu'à la Nouvelle-Calédonie de réglementer les monopoles dans ses domaines de compétence ; que le législateur national ne peut plus intervenir dans une des matières qui ressortit dorénavant aux attributions exclusives de la Nouvelle-Calédonie ; que la réglementation du marché des télécommunications en Nouvelle-Calédonie et l'encadrement des règles de concurrence qui s'y exercent relèvent de la compétence du congrès ; que les autorités ultramarines peuvent dans les conditions développées instituer des monopoles et ainsi porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ; que la gestion du service public des télécommunications confiée à l'OPT résultant d'une délibération, acte administratif unilatéral et non d'un contrat, l'adoption de la délibération n'était pas subordonnée au respect de la procédure prévue à l'article 92 de la loi organique ; que le fait de confier à un établissement public la gestion d'un service public relève d'un acte réglementaire ; que le moyen tiré de la violation de l'article 92 de la loi organique n'est pas fondé ; que le monopole de gestion confié à l'OPT, critiqué ne résulte pas de la délibération du 15 décembre 2006 qui se borne à codifier à droits constants des textes épars ; que le moyen tiré de la violation de l'article 1er de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 n'est pas fondé ; que l'obligation mise à la charge de l'Office d'assurer l'accès aux réseaux ouverts au public implique la réalisation des infrastructures adéquates ; que la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers du 30 mai 1930 du Conseil d'Etat n'est pas opposable à la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunications ; que la Nouvelle-Calédonie détient une compétence générale en matière de postes et télécommunications en vertu de l'article 22-7° de la loi organique et a bénéficié d'un transfert de l'Etat du monopole ; qu'ainsi la Nouvelle-Calédonie n'a pas créé un service public dans un secteur où l'initiative privée était défaillante, mais a "récupéré" un service public de l'Etat conformément aux prescriptions constitutionnalisées de l'accord de Nouméa ; que l'Office ne dispose donc d'un monopole que pour exploiter le service de la Nouvelle-Calédonie, c'est à dire d'une mission d'intérêt général exercée pour le compte et sous le contrôle de la Nouvelle-Calédonie ; que celle-ci n'était pas tenue de "libéraliser" le service public des postes et télécommunications transférés ; que la Nouvelle-Calédonie se devait de trouver une conciliation entre les principes généraux du droit d'une part et les orientations constitutionnalisées de l'accord de Nouméa lesquelles fixent comme impératif, la préservation de l'outil de développement qu'est l'OPT ;

Vu l'ordonnance en date du 11 octobre 2007 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu enregistré au greffe du Tribunal le 28 février 2008 le mémoire présenté pour le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS qui persiste dans ses conclusions initiales par les mêmes moyens ;

il soutient en outre, que depuis l'entrée en vigueur de la loi organique, ce qui permet de qualifier le caractère législatif ou réglementaire d'un texte est l'autorité à laquelle est attribuée compétence pour l'édicter ; que dès lors que le code des postes et télécommunications a été élaboré par le congrès et qu'il ne relève pas des domaines régis par les lois du pays, il a une nature réglementaire ; que ce code doit donc respecter les principes constitutionnels ; que le congrès a violé les principes de droit européen communautaire, notamment relatifs à l'abolition des monopoles publics en matière de prestations de service ; que l'article 261-1 est illégal en ce

qu'il viole l'article 86 de la loi organique qui interdit au congrès d'édicter des sanctions pénales supérieures à celles existant en métropole pour les mêmes faits ; que cette sanction pénale n'existant pas en métropole elle n'a pu être légalement instaurée en Nouvelle-Calédonie ;

Vu, 2°) le déféré, enregistré le 24 avril 2007, présenté par le HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE ; le HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE demande au tribunal :

1°) à titre principal, d'annuler l'article 231-3 du code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie annexée à la délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie n° 236 du 15 décembre 2006 ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler la délibération du congrès de la Nouvelle-Calédonie n° 236 du 15 décembre 2006 relative au code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ;

il soutient que la Nouvelle-Calédonie a adopté le 15 décembre 2006 la délibération n° 236 portant création d'un code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ; que l'article 231-3 de ce code qui prohibe la fourniture d'un service de voix sur Internet par toute autre personne que l'OPT est contraire au principe de liberté du commerce électronique issu de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et méconnaît le principe général du droit de la liberté du commerce et de l'industrie ; que cette loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a été expressément étendue à la Nouvelle-Calédonie ; que le congrès de la Nouvelle-Calédonie, consulté a émis un avis favorable sans réserve le 17 février 2003 ; que le législateur qui n'a pas modifié la définition et le contenu initial du principe de libre exercice du commerce électronique au cours de la longue navette parlementaire a néanmoins entendu respecter les compétences de la Nouvelle-Calédonie, telles qu'elles sont définies par la loi organique du 19 mars 1999 ; que l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 applicable à la Nouvelle-Calédonie pose un principe général de liberté du commerce électronique sur le territoire national qui s'applique qu'il y ait fourniture à titre gratuit ou payant et également dans l'hypothèse où le fournisseur n'agit pas à titre professionnel ; que le déploiement des nouveaux services basés sur le protocole Internet ne doit pas être entravé par des obstacles réglementaires ; qu'ainsi il ressort de la volonté du législateur national, tant à la lumière des travaux préparatoires de la loi du 21 juin 2004 qu'aux dispositions de la loi que la prohibition des services ou logiciels de voix sur Internet posée à l'article 231-3 du projet de code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie porte une atteinte caractérisée au principe général de liberté du commerce électronique issu de la loi ; qu'en cas de non indivisibilité de la disposition entachée d'illégalité, le tribunal devra annuler l'ensemble de la délibération du congrès n° 236 du 15 décembre 2006 ;

Vu la mise en demeure adressée le 20 juillet 2007 à la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu la mise en demeure adressée le 20 juillet 2007 au congrès de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article R. 612-3 du code de justice administrative, et l'avis de réception de cette mise en demeure ;

Vu l'ordonnance en date du 21 août 2007 fixant la clôture d'instruction au 21 septembre 2007, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 10 septembre 2007, présenté pour le congrès de la Nouvelle-Calédonie, représentée par son président qui conclut au rejet de la requête ;

il soutient que la Nouvelle-Calédonie détient une compétence générale en matière de postes et télécommunications qui est devenue opérante à l'occasion du transfert à son profit de l'office des postes et télécommunications (OPT), établissement public de l'Etat jusqu'en 2001 ; que le transfert s'est opéré à droit constant et le régime juridique applicable à l'établissement quand il relevait de l'Etat a été maintenu à l'OPT établissement public territorial ; que le recours du haut-commissaire est dirigé contre des dispositions inexistantes, vu qu' il attaque les dispositions de l'article 231-3 du code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie dans leur première version et que celles-ci ne sont pas celles adoptées par le congrès le 15 décembre 2006 ; que les dispositions faisant l'objet du déféré résultent d'une erreur matérielle ; que cette erreur ne concerne toutefois que l'article 231-3 du code des postes et télécommunications ; que le haut-commissaire n'est pas fondé à demander l'annulation à titre subsidiaire d'une délibération réellement adoptée par le congrès, qui est détachable de la mesure contestée ; que les dispositions litigieuses sont également divisibles du livre II du code qui a trait plus particulièrement aux télécommunications ; qu'elles ne sont pas indivisibles des dispositions qui réaffirment le monopole des télécommunications dont dispose l'office dès lors que ce monopole ne résulte pas des dispositions attaquées, mais découle initialement du décret-loi de 1851 ; que l'invalidation des ces dispositions inexistantes du code des postes et télécommunications ne remettra pas en cause l'article 231-3 dans sa rédaction résultant de l'erratum et qui est devenue définitive le 21 juin 2007 ; que selon le représentant de l'Etat en Nouvelle-Calédonie, la Nouvelle-Calédonie ne pourrait pas, par sa réglementation apporter de tempérament à la liberté du commerce électronique instituée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; qu'en tout état de cause les moyens invoqués à l'encontre de l'article 231-3 du code véritablement voté ne sont pas fondés ; que le congrès entend relativiser l'avis favorable qu'il a émis sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique et dont se prévaut l'Etat pour minimiser le fait que la Nouvelle-Calédonie conteste une application de cette loi qui aboutirait à la priver d'exercer pleinement ses compétences ; qu'en effet le projet sur lequel le congrès a émis un avis favorable est profondément différent du texte adopté par le législateur ; qu'ainsi le principe de la liberté du commerce électronique, applicable notamment aux activités consistant à fournir des accès à des réseaux de communications n'apparaissait pas dans la version soumise au congrès ; que la réglementation contestée par le haut-commissaire ne viole pas la loi pour la confiance dans l'économie numérique ; que les services de voix sur Internet relèvent de la téléphonie et sont susceptibles à ce titre de concurrencer le marché de la téléphonie fixe ; que le contentieux initiée par le haut-commissaire porte bien sur l'organisation du marché des télécommunications et la définition des règles de concurrence qui lui sont applicables ; que la Nouvelle-Calédonie qui détient en matière de postes et de télécommunications une compétence générale peut seule fixer les règles de concurrence sur ce marché pertinent ; que la compétence de l'Etat en matière de droit commercial est exclusive des attributions que la Nouvelle-Calédonie détient en matière de postes et de télécommunications ; que cette compétence de l'Etat en la matière se résume à inclure ainsi que le fait l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique à ranger le commerce électronique parmi les actes de commerce ; qu'en revanche l'Etat ne saurait dans le cadre de cette compétence fixer des règles concernant la concurrence sur le marché des télécommunications ; que par suite le représentant de l'Etat en Nouvelle-Calédonie ne peut se prévaloir de l'article 16 de la loi dont s'agit, pour réfuter à la Nouvelle-Calédonie la capacité d'exercer pleinement ses compétences et pour lui imposer de libéraliser l'activité de fournir un service de téléphonie via Internet ; que depuis la constitutionnalisation de l'Accord de Nouméa et la création d'un régime constitutionnel spécifique à la Nouvelle-Calédonie l'Etat ne peut plus s'immiscer dans la sphère d'attribution de la Nouvelle-Calédonie ; que par suite il appartient à la

Nouvelle-Calédonie et non à l'Etat d'affirmer au besoin en contredisant les dispositions de la loi susvisée, les règles de concurrence sur le marché des télécommunication applicables à ce secteur ; que l'Etat ne peut plus intervenir en la matière en raison de l'irréversibilité du transfert des compétences consacrées par l'article 77 de la Constitution ; que le tribunal doit faire prévaloir l'application de l'accord de Nouméa et le principe de l'irréversibilité des transferts de compétence sur la loi ; que si le tribunal estime qu'une telle solution ne peut être tranchée en l'état du droit, il pourrait saisir le Conseil d'Etat pour avis conformément à l'article 205 de la loi organique; que le fait que l'article 231-3 du codes des PTT précise que l'OPT est le seul opérateur à pouvoir fournir en Nouvelle-Calédonie un service de voix sur Internet ne constitue pas une violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, l'article en cause ne faisant que tirer les conséquences du monopole de l'OPT en matière de télécommunications ; qu'il ne saurait être reproché à la Nouvelle-Calédonie d'avoir codifié pour garantir le principe d'intelligibilité et d'accès au droit de dispositions textuelles dont les plus anciennes remontent aux 19ème siècle ; que les autorités ultramarines peuvent instituer des monopoles et ainsi porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie sous réserve de poursuivre un but d'intérêt général suffisant ; que cependant l'atteinte portée au principe susévoqué doit être proportionnelle à la préservation de l'intérêt général qui est recherchée et qu'elle soit à ce titre la seule mesure possible ; que le monopole accordé à l'OPT est relatif, car toute personne peut téléphoner via Internet ; que libéraliser la fourniture d'un service de voix sur Internet reviendrait à priver le service public de télécommunications de redevances et remettrait en cause la stabilité de ces ressources, lesquelles sont indispensables pour la réalisation des investissements nécessaires au développement des équipements de la Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunications ; que le service assuré par l'OPT permet de réaliser sur l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie des investissements lourds et sur des durées d'amortissement longues ; que l'OPT assure de même la desserte de zones enclavées et excentrées ou l'extension de la couverture de la téléphonie mobile, y compris dans des zones peu peuplées représentant d'importants investissements ; que l'OPT a maillé l'ensemble du territoire d'agences de l'office afin de faciliter l'accès au service public des télécommunications, mais également aux services publics postal et financier qu' assure l'office et ce dans des zones qui génèrent peu de recettes ; que l'ensemble de ces investissements permet de surcroît de garantir une unité territoriale et une adaptation permanente aux besoins de la population ; qu'en outre, l'OPT joue un rôle social important et est le deuxième employeur de la Nouvelle-Calédonie dans le secteur marchand derrière la SLN avec près de 860 agents ; que la libéralisation de la fourniture d'un service de voix sur Internet remettrait en cause la dimension économique et sociale précitée ; que l'initiative privée ne s'intéresserait qu'aux localités disposant d'un accès à haut débit et concurrencerait malgré tout le service public de télécommunications sans pour autant être associé aux coûts de développement du réseau et des infrastructures nécessaires pour équiper de façon satisfaisante l'intégralité du territoire ; que l'ouverture du marché des communications électroniques générerait une perte de recettes importante pour l'opérateur public et le financement des investissements nécessaires devrait être supporté par le contribuable ; que cette libéralisation du marché en cause risquerait de remettre en cause la baisse continue et massive des tarifs de télécommunication ; que compte tenu du niveau actuel de l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie le service public des postes et télécommunications n'est pas capable à ce jour de supporter la concurrence à moins que ses prestations ne soient financées par l'impôt ; que l'alternative " polynésienne " que constituerait la création d'un paiement d'un droit d'accès élevé présente des inconvénients analogues au monopole ; que celui-ci constitue le seul moyen de pérenniser le financement du service public de télécommunications ;

Vu l'ordonnance en date du 20 septembre 2007 fixant la réouverture de l'instruction, en application de l'article R. 613-4 du code de justice administrative ;

Vu enregistré au greffe du Tribunal le 15 octobre 2007 le mémoire en réplique présenté pour l'Etat, représenté par le HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE qui persiste dans ses conclusions initiales et par les mêmes moyens ;

il soutient en outre, que ses conclusions sont bien dirigées contre les dispositions de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 dans sa version consolidée par l'erratum publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie du 20 février 2007 ; qu'aucun document produit par le congrès ne permet de savoir si la rédaction de l'article 231-3 litigieux a été modifiée suite à une simple erreur matérielle ; que c'est à cause du recours gracieux contre la disposition querellée que le congrès a admis sur le fondement d'une erreur matérielle qu'était prohibée non pas l'utilisation du service de voix sur Internet mais sa fourniture ; que les considérations de droit communautaire invoquées par le congrès sont hors sujet puisque non applicables à la Nouvelle-Calédonie, qui est régie par le statut d'association définie dans la 4ème partie du traité ; que les juridictions judiciaires et administratives contrôlent la compatibilité de la création d'un monopole avec le principe général à valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie ; que la légalité de l'instauration d'un monopole doit répondre à deux exigences : d'une part, elle doit correspondre à une carence de l'initiative privée et d'autre part elle doit être justifiée par des motifs d'intérêt général suffisants et ne pas porter une atteinte excessive au principe dont s'agit ; que ce n'est pas le cas en l'espèce ; qu'il n'y a pas de carence de l'initiative privée ; qu'en outre, le congrès ne démontre pas la satisfaction d'un besoin légitime d'intérêt général ; qu'il serait utile que le congrès communique l'état de ses excédents budgétaires de l'OPT et du niveau de son fonds de roulement ce qui permettrait sans aucun doute d'invalidier le recours à l'impôt comme mode d'autofinancement des infrastructures ; que l'ensemble des écritures du congrès tendant à démontrer que l'OPT détient un monopole de plein droit en matière de postes et télécommunications depuis le décret-loi du 27 décembre 1851 a déjà encouru la censure de la cour d'appel de Nouméa par un arrêt du 6 mai 2004 devenu définitif ; que la cour d'appel a considéré que l'Etat ayant mis fin en 1996 au monopole à son profit des télécommunications, l'OPT ne pouvait invoquer l'existence d'un monopole à son profit ;

Vu, la demande de pièces adressée le 25 octobre 2007 au président du congrès et renouvelée le 23 novembre 2007 et restée sans réponse ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu les décisions attaquées ;

Vu l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyens ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;

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

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

Vu la délibération du congrès de Nouvelle-Calédonie n° 236 du 15 décembre 2006 ;

Vu le code de justice administrative dans sa version applicable à la Nouvelle-Calédonie ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 6 mars 2008 :

- le rapport de M. Arsène Ibo, premier conseiller ;
- les observations de M. Brianchon, représentant la Nouvelle-Calédonie, et de M. Maurice, représentant l'Etat,
- et les conclusions de M. Jean-Paul Briseul, commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre des dispositions de la même délibération et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement ;

Considérant que la requête du SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE tend à titre principal, à l'annulation des articles 211-3, 221-1, 221-2, 221-3 et 261-1 du code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie issus de la délibération du congrès N° 236 du 15 décembre 2006 ;

Sur les conclusions en annulation dirigées contre les articles 211-3 et 221-1 à 221-3 du code des postes et télécommunications :

Considérant qu'aux termes de l'article 211-3 dudit code : « 1° Le service public des télécommunications défini à l'article 221-2 relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie. Le service public des télécommunications est assuré par l'office des postes et télécommunications.

L'office des postes et télécommunications et, le cas échéant, ses filiales assurent l'accès aux réseaux et services de télécommunications ouverts au public dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. 2° Les activités de télécommunications qui ne relèvent pas du service public s'exercent dans les conditions prévues au titre 3 » ; qu'en vertu des dispositions combinées des articles 222-1 et 221-2 du même code, le service public des télécommunications comprend l'accès aux réseaux de télécommunications à bas débit, et au réseau large bande par fourniture d'une capacité de transmission sur support matériel, radioélectrique, terrestre ou satellitaire, la fourniture d'un service de voix, y compris d'un service de voix sur Internet, la commercialisation de liaisons louées et de transmission de données, l'acheminement des télécommunications en provenance ou à destination des points de terminaisons des réseaux cités ci-dessus, l'acheminement gratuit des appels vers les services d'urgence, la fourniture d'annuaires d'abonnés et d'un service de renseignements et enfin de la desserte en cabines téléphonique est assuré par l'Office des postes et télécommunications ;

Considérant qu'aux termes de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 applicable à l'espèce : « La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : (...) 7° Postes et télécommunications, sous réserve des dispositions du 6° du I de l'article 21 » (...) 19° concurrence et répression des fraudes (...) 20° réglementation des prix et organisation des marchés » ; qu'il résulte des dispositions précitées que la Nouvelle-Calédonie possède une compétence générale en matière de postes et télécommunications au sein de laquelle le législateur national ne peut plus s'immiscer ; que la compétence générale de la Nouvelle-

Calédonie inclut la capacité de fixer, sous réserve du respect des principes généraux du droit, et des normes constitutionnelles, les règles de concurrence régissant la matière dont s'agit et d'instaurer des dérogations à ces règles de concurrence ;

Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ;

Considérant qu'en confiant à l'Office public des postes (OPT), établissement public à caractère industriel et commercial qui lui a été transféré en 2002, des droits exclusifs sur l'exploitation des réseaux et services des télécommunications ouverts au public, la Nouvelle-Calédonie a eu en vue d'atteindre l'objectif fixé dans l'accord constitutionnalisé de Nouméa, d'intérêt public, d'une maîtrise suffisante de ses principaux outils de son développement au nombre desquels figurait l'Office des postes et télécommunication, alors établissement public de l'Etat qui disposait de fait, d'un monopole en matière de télécommunications et de poste avant son transfert à la Nouvelle-Calédonie, et de préservation de l'équilibre financier du service de télécommunication qui présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables ;

Considérant ainsi, que la seule circonstance que l'initiative privée n'était pas défaillante dans le domaine en cause ne faisait pas obstacle à l'intervention de la Nouvelle-Calédonie dans le domaine considéré et aux restrictions qu'elle y a instaurées au principe de libre concurrence ; que compte tenu des sujétions pesant sur l'exploitant public et imposées notamment par l'article 221-3 du code précité, lequel dispose que les conditions de fourniture permettent à toutes les catégories sociales de la population d'y avoir accès et évitent toute discrimination fondée sur la localisation géographique, les dispositions attaquées des articles 211-3, 221-1 à 221-3 du livre 2 n'ont pas porté une atteinte excessive à la liberté constitutionnelle d'entreprendre ;

Considérant que le moyen tiré de ce que le Congrès a violé les « principes de droit européen communautaire », notamment ceux relatifs à l'abolition des monopoles en matière de prestations de service n'est pas assorti de précisions suffisantes permettant au Tribunal d'en apprécier la pertinence ; qu'en tout état de cause le domaine des télécommunications transféré à la Nouvelle-Calédonie n'est pas régi par le droit communautaire ;

Considérant qu'aux termes de l'article 92 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « Les articles L. 1411-1 à L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales sont applicables aux délégations de service public de la Nouvelle-Calédonie » ;

Le congrès se prononce sur le principe de chaque délégation de service public de la Nouvelle-Calédonie. Il statue au vu d'un rapport auquel est annexé un document présentant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire ;

Il est saisi, après une procédure de publicité et de recueil d'offres dans les conditions prévues aux troisièmes et quatrième alinéas de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, et l'avis d'une commission élu en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste, du choix proposé par le gouvernement parmi les entreprises qui ont présenté une offre. (...) » ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que la procédure qu'elles définissent s'applique aux seules délégations consenties par voie contractuelle ; que le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE ne peut donc, utilement s'en prévaloir à l'encontre des dispositions à caractère réglementaire et notamment du premier alinéa de l'article 211-3 du code des postes et télécommunications qui confie à l'OPT l'exploitation des réseaux et services de télécommunications ouverts au public ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 92 de la loi organique du 19 mars 1999 est donc inopérant ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication : « La communication au public par voie électronique est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté, et de propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public (...) par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ; que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions législatives précitées n'est, faute de précisions permettant d'en apprécier la pertinence, pas recevable ;

Considérant qu'en vertu de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout citoyen peut donc parler, écrire imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ; que le moyen tiré de la violation de cet article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui n'est pas davantage explicité, ne peut être accueilli ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE n'est pas fondé à demander l'annulation des dispositions réglementaires susanalysées ;

Sur les conclusions en annulation dirigées contre les articles 231-3 et 261-1 du code des postes et télécommunications :

En ce qui concerne la recevabilité du déféré du représentant de l'Etat en Nouvelle-Calédonie :

Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que le déféré présenté par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie est dirigé contre les dispositions de l'article 231-3 du code des postes et télécommunication de la Nouvelle-Calédonie, issu de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 dans sa version consolidée par l'erratum publié au journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ; que le recours gracieux formé par le représentant de l'Etat le 27 mars 2007 auprès du président du congrès a conservé le délai de recours dont il disposait à l'encontre de la version consolidée des dispositions contestées ; que ces dispositions n'étaient pas devenues définitives, le 24 avril 2007, date d'enregistrement du déféré présenté par

le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie ; que par suite, les fin de non recevoir opposées par le congrès à la requête, tirées d'une part, de ce qu'elle serait dirigée contre un acte inexistant et d'autre part, de ce que les dispositions de l'article 231-3 du code des postes et télécommunication dans leur version consolidée étaient devenues définitives doivent être écartées ;

Au fond :

Considérant qu'aux termes de l'article 231-3 du code des postes et télécommunication dans sa version issue de la délibération consolidée du 15 décembre 2006 : « La fourniture d'accès à Internet, à distance ou dans des locaux dédiés à cet effet s'exerce librement.

Conformément aux dispositions du titre II du présent Livre, l'utilisation, pour un usage personnel ou professionnel d'un service de voix sur Internet offert par un fournisseur autre que l'exploitant public est prohibée » ; qu'aux termes de l'article 261-1 du même code : « - Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 8 900 000 francs CFP le fait pour toute personne autre que l'office des postes et télécommunications : 1° d'établir ou de faire établir un réseau ouvert au public ; 2° de fournir ou de faire fournir au public un service de télécommunications relevant de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie » ;

Considérant que pour justifier le monopole de fourniture d'un « service de voix sur Internet » confié à l'OPT par les dispositions précitées du deuxième alinéa de l'article 231-3 du code des postes, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie fait état de la nécessité de compensation entre les secteurs d'activité rentables et des secteurs moins rentables et de la garantie d'unité territoriale offerte par l'exploitant public et le rôle sociale d'employeur qu'il joue ;

Considérant que si une collectivité publique en vue d'accomplir une mission d'intérêt général peut conférer à un acteur économique des droits exclusifs en vue d'accomplir un mission d'intérêt général, c'est à la condition qu'il établisse que l'exclusion de toute concurrence est nécessaire pour que ce service puisse être accompli dans des conditions acceptables ou que, à défaut d'un tel maintien de ces droits il serait fait échec à l'accomplissement de celui-ci ; qu'en particulier, l'exclusion de la concurrence n'est pas légale, dès lors que sont en cause des services spécifiques dissociables du service d'intérêt général qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et dans la mesure où ces services de par leur nature et les conditions dans lesquelles ils sont offerts ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif ;

Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que les services de « voix sur Internet », eu égard à l'absence de garantie à leur qualité ne présentent pas un caractère de substituabilité suffisant par rapport à la téléphonie traditionnelle et ne rentrent pas ainsi directement en concurrence avec les offres traditionnelles de téléphonie fixe ; que le congrès de la Nouvelle-Calédonie, n'a donné aucune suite à l'invitation qui lui a été adressée d'apporter les éléments de nature à démontrer que la « libéralisation » du « service de voix sur Internet » serait de nature à remettre en cause l'équilibre économique du service public de télécommunications ; qu'il n'apporte pas devant le Tribunal une telle preuve ; que dans ces conditions le HAUT-COMMISSAIRE DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE et le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE sont fondés à soutenir, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens des deux requêtes, que la prohibition de fourniture « des services ou logiciels de voix sur Internet » par toute autre personne que l'OPT constitue une atteinte excessive portée à la liberté fondamentale d'entreprendre qui découle du préambule de la Constitution, et à sa composante

qu'est la liberté du commerce et de l'industrie, le rôle social allégué, joué par l'OPT ne constituant pas un motif d'intérêt général suffisant pouvant justifier une telle atteinte ; que par suite, les requérants sont fondés à demander l'annulation de l'article 231-3 du code du commerce et de l'industrie, qui est divisible du reste de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006 relative au code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie ;

Considérant que, par voie de conséquence de l'annulation qui vient d'être prononcée de la disposition prohibant la fourniture de « voix sur Internet », il convient de faire droit à la demande du SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE tendant à l'annulation des dispositions, divisibles elles aussi, du reste de la délibération n° 235 du 15 décembre 2006, de l'article 261-1 du code ayant pour objet de réprimer pénalement, notamment la violation de la prohibition précitée ;

DE C I D E :

Article 1er : Les articles 231-3 et 261-1 du code des postes et télécommunications sont annulés.

Article 2 : Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est condamné à verser au SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE la somme de quatre vingt mille francs CFP (80 000) au titre des frais irrépétibles.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête n° 0781 présenté par le SYNDICAT DES ENTREPRISES PRIVEES DE TELECOMMUNICATIONS DE NOUVELLE-CALEDONIE est rejeté.