

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 310453

Cette décision sera
mentionnée dans les
tables du Recueil **LEBON**
REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**ASSOCIATION DES
RENSEIGNEMENTS POUR TOUS**

M. Cyril Roger-Lacan
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies)

Mme Béatrice Bourgeois-Machureau
Rapporteur public

Sur le rapport de la 2^{ème} sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 29 mai 2009
Lecture du 19 juin 2009

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 6 novembre 2007 et 6 février 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS, dont le siège est 9 avenue de la Cristallerie à Sèvres Cedex (92317) ; l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision n° 2007-0667 du 6 septembre 2007 par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a modifié la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2202/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002 ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002 ;

Vu la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la décision n° 05-0571 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 27 septembre 2005 ;

N° 310453

- 2 -

Vu la décision n° 2007-0213 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 16 avril 2007 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Cyril Roger-Lacan, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS,
- les conclusions de Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, rapporteur public,
- la parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction applicable à la date de la décision attaquée : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L.38, L.38-1 et L.38-2. / Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant... » ; qu'aux termes de l'article L.37-2 du même code : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes fixe en les motivant : (...) 2° Les obligations des opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques, prévues aux articles L.38 et L.38-1. / Ces obligations s'appliquent pendant une durée limitée fixée par l'autorité, pour autant qu'une nouvelle analyse du marché concerné, effectuée en application de l'article L.37-1, ne les rendent pas caduques » ; qu'aux termes de l'article L.38 de ce code, dans sa rédaction applicable à la date de la décision attaquée : « I.- Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs... obligations, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L.32-1 (...) / IV.- Les obligations prévues au présent article sont établies, maintenues ou supprimées, compte tenu de l'analyse de marché prévue à l'article L.37-1 (...) » ; qu'aux termes de l'article D.301 du même code, dans sa rédaction applicable à la date de la décision attaquée : « (...) Les projets de mesures pris en application du premier alinéa de l'article L.37-1 font l'objet d'une consultation publique dans les conditions prévues aux articles L.32-1 et D.304. Ils sont soumis pour avis au Conseil de la concurrence... Ils font l'objet d'une consultation de la Commission européenne et des autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne dans les conditions prévues aux articles L.37-3 et D.305. / L'autorité tient à jour une liste de l'ensemble des marchés pertinents en

vue de l'application des articles L.38, L.38-1 et L.38-2. / L'inscription d'un marché sur cette liste est prononcée pour une durée maximale de trois ans. Elle est réexaminée : - à l'initiative de l'autorité, lorsque l'évolution de ce marché le justifie ; (...) / - et dans tous les cas au terme d'un délai de trois ans. / Lorsqu'elle réexamine l'inscription d'un marché pertinent sur la liste mentionnée au premier alinéa, l'autorité détermine s'il y a lieu de réexaminer la situation d'autres marchés inscrits ou non sur cette liste et susceptibles d'être concernés par ce réexamen. » ; qu'aux termes de l'article D.302 du même code, dans sa rédaction applicable à la date de la décision attaquée : « (...) Les projets de mesures pris en application du deuxième alinéa de l'article L.37-1 font l'objet d'une consultation publique dans les conditions prévues aux articles L.32-1 et D.304. Ils sont soumis pour avis au Conseil de la concurrence... Ils font l'objet d'une consultation de la Commission européenne et des autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne dans les conditions prévues aux articles L.37-3 et D.305. / Les décisions prises en application du présent article sont réexaminées dans les conditions prévues à l'article D.301. Ce réexamen peut être effectué conjointement à celui des marchés pertinents correspondants » ; qu'enfin, aux termes de l'article D.303 du même code : « Lorsqu'elle détermine qu'un opérateur exerce une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut lui imposer une ou plusieurs obligations parmi celles prévues aux articles D.307 à D.315. / Les projets de mesures correspondants font l'objet d'une consultation publique dans les conditions prévues aux articles L.32-1 et D.304. Ils font l'objet d'une consultation de la Commission européenne et des autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne dans les conditions prévues aux articles L.37-3 et D.305. Ils fixent la durée d'application de chacune des obligations établies ou maintenues qui ne peut dépasser la date de révision des décisions prises en vertu de l'article D.301. / Les obligations imposées en application du présent article sont réexaminées dans les conditions prévues à l'article D.301. Ce réexamen peut être effectué conjointement à celui des marchés pertinents correspondants et à celui de la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés. Toutefois, l'autorité peut modifier, dans les conditions prévues par le présent code, les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents » ;

Considérant que ces dispositions ont notamment pour objet d'assurer que les décisions prises par l'Autorité de régulation des postes et communications électroniques (ARCEP) en application des articles L.38 et L.38-1 du code des postes et des communications électroniques, imposant à certains opérateurs des obligations visant à corriger les effets de l'influence significative qu'ils exercent sur un marché, soient précédées, lors de la détermination des marchés pertinents, puis lors de l'analyse de chacun d'entre eux et de l'influence qu'y exercent les opérateurs, d'un ensemble de consultations qui doivent permettre d'assurer et, le cas échéant, de contrôler l'adéquation des mesures correctrices prises par l'ARCEP aux objectifs fixés par la loi et notamment par l'article L.32-1 du code des postes et des communications électroniques ; que ces consultations constituent des garanties, tant pour les consommateurs que pour les opérateurs eux-mêmes ; qu'il ressort de l'ensemble de ces dispositions, et notamment de celles du IV de l'article L.38, que la possibilité donnée à l'ARCEP par l'article D.303 du code des postes et des communications électroniques de modifier les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents ne s'étend pas à l'analyse du ou des marchés concernés et de l'influence qu'y exercent ces opérateurs, prévue par le deuxième alinéa de l'article L.37-1 et l'article D.302 précités ; que l'Autorité ne pourrait se dispenser d'effectuer à nouveau une telle analyse et de procéder aux consultations correspondantes, que si, d'une part, l'analyse et les consultations ayant précédé, à l'origine, la décision qu'il est envisagé de modifier, permettraient

N° 310453

- 4 -

d'apprécier l'adéquation et la proportionnalité de la modification envisagée aux objectifs fixés par l'article L.32-1, et si, d'autre part, aucun changement de circonstance de fait ou de droit n'était venu modifier entretemps les conclusions tirées de cette analyse et de ces consultations, dans une mesure imposant qu'il y soit procédé à nouveau ;

Considérant que la décision attaquée, qui modifie la décision du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre, a notamment pour objet, d'une part, de substituer à l'obligation qui incombait à France Télécom de proposer aux entreprises fournissant des services à valeur ajoutée une prestation de facturation pour compte de tiers, l'obligation de leur proposer une prestation de reversement, et, d'autre part, de substituer à l'obligation d'orientation vers les coûts du tarif de cette prestation une interdiction de la proposer à un tarif excessif ; que de telles modifications tirent nécessairement la conséquence d'une analyse de l'influence et de la position de France Télécom dans ses relations avec lesdites entreprises sur le marché de gros du départ d'appel à destination des services à valeur ajoutée ; qu'il ressort des pièces du dossier que, dans la motivation de sa décision initiale du 27 septembre 2005, l'ARCEP estimait notamment que le marché des services téléphoniques à valeur ajoutée devrait faire l'objet d'un complément d'analyse afin d'identifier les obstacles spécifiques à la concurrence sur ce marché ainsi que les mesures correctrices complémentaires qu'ils appelaient, le cas échéant ; que le Conseil de la concurrence avait également estimé, dans son avis recueilli en application de l'article L.37-1 du code des postes et des communications électroniques préalablement à cette décision, qu'une telle analyse devait être conduite, ainsi que le réclamaient certaines entreprises du secteur concerné ; qu'il suit de là que la décision du 27 septembre 2005 ne pouvait être modifiée, s'agissant des obligations imposées à France Télécom, sans que soit menée une analyse complémentaire selon la procédure prévue au deuxième alinéa de l'article L.37-1 et à l'article D.302 précités ; qu'il ressort des pièces du dossier que tel n'a pas été le cas, l'avis du Conseil de la concurrence n'ayant pas été recueilli dans le cadre des consultations publiques qui ont précédé la décision attaquée ; qu'il suit de là que l'association requérante est fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ;

Sur les conclusions de l'ARCEP tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La décision de n° 2007-0667 du 6 septembre 2007 par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a modifié la décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre est annulée.

Article 2 : Les conclusions de l'ARCEP tendant à l'application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

N° 310453

- 5 -

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION DES RENSEIGNEMENTS POUR TOUS, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.