

SOCIETE ORANGE FRANCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE FRANÇAISE DU
RADIOTELEPHONE

M. Cyril Roger-Lacan
Rapporteur

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

M. Frédéric Lenica
Rapporteur public

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

Séance du 10 juillet 2009
Lecture du 24 juillet 2009

6586

Vu 1°, sous le n° 324642, la requête, enregistrée le 30 janvier 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la SOCIETE ORANGE FRANCE, dont le siège est 1, avenue Nelson Mandela à Arcueil (94110); la SOCIETE ORANGE FRANCE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision n° 08-1176 du 2 décembre 2008 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs ORANGE FRANCE, SFR et Bouygues Télécom pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 31 décembre 2010 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu 2°, sous le n° 324687, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat les 2 février et 17 mars 2009, présentés pour la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE, dont le siège est 42 avenue de Friedland à Paris (75008) ; la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision n° 08-1176 du 2 décembre 2008 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Télécom pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 31 décembre 2010 ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 6 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 juillet 2009, présentée pour la société Bouygues Télécom ;

Vu la directive 2002/19/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 le code des postes et des communications électroniques ;

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

Vu la décision 2007-0128 de l'ARCEP du 5 avril 2007 ;

Vu la décision 2007-0810 de l'ARCEP du 4 octobre 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 Boré et Salve de Bruneton, avocat de la Fédération nationale UFC Que choisir, de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Télécom et de la SCP Vier, Barthélémy Matuchansky, avocat de la SOCIETE FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE,

- les conclusions de M. Frédéric Lenica, rapporteur public,

- la parole ayant à nouveau été donnée à la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de la Fédération nationale UFC Que choisir, de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Télécom et de la SCP Vier, Barthélémy Matuchansky, avocat de la SOCIETE FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE ;

Considérant que les deux requêtes visées ci-dessus sont dirigées contre la même décision ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'aux termes du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques : « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent :/ 1° A la fourniture et au financement de l'ensemble des composantes du service public des communications électroniques ;/ 2° A l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ;/ 3° Au développement de l'emploi, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques ;/ 4° A la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence ;/ (...) 9° A l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs ;/ 10° A la mise en place et au développement de réseaux et de services et à l'interopérabilité des services au niveau européen ;/ 11° A l'utilisation et à la gestion efficaces des fréquences radioélectriques et des ressources de numérotation ;/ 12° A un niveau élevé de protection des consommateurs, grâce notamment à la fourniture d'informations claires, notamment par la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public (...) » ; qu'aux termes du III du même article : « Lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi. (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 37-1 du même code : « 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. / Est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs (...) » ; qu'aux termes de l'article L.38 de ce code : « 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 des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 :/ (...) 4° Ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants ;/ 5° Isoler sur le plan comptable certaines activités en matière d'interconnexion ou d'accès, ou tenir une comptabilité des services et des activités qui permette de vérifier le respect des obligations imposées au titre du présent article ; le respect de ces prescriptions est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un organisme indépendant désigné par l'autorité ;/ 6° Le cas échéant, dans des circonstances exceptionnelles, respecter toutes autres obligations définies, après accord de la Commission européenne, en vue de lever ou d'atténuer

les obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés lors de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1 (...) » ;

Considérant que, par sa décision du 4 octobre 2007, portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a constaté que les sociétés ORANGE FRANCE, SFR et Bouygues Télécom exerçaient chacune une influence significative sur le marché de la terminaison d'appel vocal de leur réseau respectif, imposé notamment à chacune de ces sociétés une obligation de pratiquer, concernant cette prestation, des prix reflétant les coûts correspondants, en respectant une obligation de séparation comptable, de comptabilisation et de restitution de leurs coûts, et décidé que chacune d'entre elles serait soumise à un encadrement tarifaire pluriannuel concernant cette prestation ; qu'après avoir fixé, par cette même décision, à 6,5 centimes d'euro par minute pour les sociétés ORANGE FRANCE et SFR, et à 8,5 centimes d'euro par minute pour la société Bouygues Télécom le prix maximum d'une prestation de terminaison d'appel à compter du 1^{er} janvier 2008 et jusqu'au 30 juin 2009, elle a renvoyé à une décision ultérieure l'encadrement que devraient respecter ces sociétés pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 31 décembre 2010 ; que, par la décision attaquée, l'ARCEP a fixé les plafonds de ces tarifs, du 1^{er} juillet 2009 au 30 juin 2010, à 4,5 centimes d'euro pour les sociétés ORANGE FRANCE et SFR et à 6 centimes d'euro pour la société Bouygues Télécom, puis, pour la période courant du 1^{er} juillet 2010 au 31 décembre 2010, à 3 centimes d'euro pour les sociétés ORANGE FRANCE et SFR et à 4 centimes d'euro pour la société Bouygues Télécom ;

Sur la recevabilité de l'intervention de la Fédération nationale UFC Que choisir :

Considérant que la Fédération nationale UFC Que choisir justifie d'un intérêt au maintien de la décision attaquée ; que, par suite, son intervention est recevable ;

Sur le moyen tiré de ce que la décision attaquée aurait été prise dans des conditions irrégulières :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la condition de quorum posée par l'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques était satisfaite ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'elle ne l'était pas manque en fait ;

Sur le moyen tiré de l'incompétence de l'ARCEP pour imposer des obligations tarifaires aux opérateurs de téléphonie mobile s'agissant de la prestation de terminaison d'appel vocal :

Considérant que si la société SFR soutient que le droit commun de la concurrence pouvait suffire à assurer une concurrence efficace sur le marché des terminaisons d'appel vocal sur les réseaux mobiles, il ressort des analyses et consultations effectuées en application de l'article L. 37-1 précité, retracées dans la motivation de la décision de l'ARCEP du 4 octobre 2007, et des avis recueillis dans le cadre de ces consultations, notamment de la part du Conseil de la concurrence, que le monopole que les opérateurs de téléphonie mobile exercent, chacun sur leur propre réseau, sur la prestation de terminaison d'appel, à laquelle il n'existe pas de solution alternative, les conduit à exercer une influence significative sur ce marché, au sens des dispositions du même article ; qu'ainsi, et contrairement à ce que soutient la société SFR,

l'ARCEP était fondée à imposer à ces opérateurs des obligations tarifaires en application de l'article L. 38 précité ;

Sur le choix d'un encadrement tarifaire fondé sur les coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace :

Considérant qu'aux termes de l'article D.311 du code des postes et des communications électroniques : « I. Les opérateurs tenus de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants en application du 4° de l'article L. 38 doivent être en mesure de démontrer que leurs tarifs d'interconnexion et d'accès reflètent effectivement les coûts ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut demander à ces opérateurs de respecter un encadrement pluriannuel des tarifs ou de justifier intégralement leurs tarifs et, si nécessaire, en exiger l'adaptation. / II. Pour la mise en oeuvre des obligations prévues au 4° de l'article L. 38, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes précise, en tant que de besoin, les mécanismes de recouvrement des coûts, les méthodes de tarification et les méthodes de comptabilisation des coûts, qui peuvent être distinctes de celles appliquées par l'opérateur. / Elle peut également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés comparables en France ou à l'étranger. / L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes veille à ce que les méthodes retenues promeuvent l'efficacité économique, favorisent une concurrence durable et optimisent les avantages pour le consommateur. Elle veille également à assurer une rémunération raisonnable des capitaux employés, compte tenu du risque encouru » ;

Considérant que la référence aux coûts incrémentaux de long terme vise à limiter les coûts pris en compte au titre de l'encadrement tarifaire aux seules dépenses directement entraînées par la fourniture de la prestation de terminaison d'appel, à l'exclusion de toutes celles qui auraient, en tout état de cause, incombé à l'opérateur concerné ; qu'en application de la décision attaquée, cette référence se substitue, à compter du 30 juin 2009, à la référence aux coûts complets distribués, en fonction de laquelle étaient arrêtés les plafonds d'encadrement tarifaire fixés par l'ARCEP jusqu'à cette date ; que cette modification a notamment pour effet d'exclure de l'assiette des coûts pris en compte certaines dépenses d'investissement afférentes au déploiement du réseau et à la couverture du territoire, dont une partie pouvait être prise en compte au titre de la référence antérieurement utilisée ; que la décision attaquée s'inscrit dans un processus de convergence qui voit les plafonds tarifaires fixés aux opérateurs diminuer pour se rapprocher, par étapes, des coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace ; que ce choix vise à accroître l'efficacité de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, en tenant compte de sa maturité et de la façon dont les opérateurs prennent en compte leurs propres coûts pour construire leurs offres de détail, et à réduire le transfert financier que la marge séparant les tarifs des coûts ainsi définis entraîne entre opérateurs de téléphonie fixe et opérateurs de téléphonie mobile au bénéfice de ces derniers, dans un contexte où le développement des offres dites « de convergence » accentue graduellement la concurrence entre eux et où les besoins d'investissement liés à la modernisation des réseaux fixes sont susceptibles de s'accroître ; qu'il a également pour objectif de réduire progressivement les conséquences financières de cette marge sur le déséquilibre entre les opérateurs de téléphonie mobile dont les soldes d'interconnexion sont positifs et celui dont le solde d'interconnexion est négatif, et le déséquilibre concurrentiel qui en résulte ;

Considérant, en premier lieu, que les dispositions précitées des articles L. 32-1 et D. 311 du code des postes et des communications électroniques ne font pas obstacle à ce que l'ARCEP retienne, au soutien des mesures d'encadrement tarifaire qu'elle impose, une référence

aux coûts incrémentaux de long terme, dès lors, d'une part, qu'il apparaît que les objectifs analysés ci-dessus, qui guident ce choix, s'inscrivent dans le cadre de ceux fixés par ces dispositions, et d'autre part, que ces objectifs prennent en compte la situation du marché et sont en cohérence avec la nature de la méthode choisie ; que si les sociétés requérantes estiment que cette méthode d'encadrement tarifaire est susceptible de pénaliser les consommateurs en entraînant une augmentation des tarifs de détail, ou de décourager l'investissement, en contradiction avec les objectifs fixés par l'article L.32-1 du code des postes et des communications électroniques, ils n'établissent pas que ces effets, qui sont, au demeurant, en partie tributaires de la façon dont ils répercuteront eux-mêmes la baisse des tarifs de gros de terminaison d'appel sur les tarifs de détail, seraient la conséquence nécessaire de la décision attaquée ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'ARCEP n'était pas tenue, pour modifier, au cours de la période de trois ans à laquelle se limite l'application de sa décision du 4 octobre 2007, la référence de coûts utilisée pour déterminer l'encadrement tarifaire imposé aux opérateurs, de procéder à une nouvelle analyse de marché en application des articles L. 37-1 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques, dès lors que l'analyse effectuée préalablement à cette décision demeurait pertinente et que ce changement de méthode ne modifiait pas le principe d'un encadrement tarifaire imposé aux opérateurs par la décision du 4 octobre 2007, mais seulement l'une des modalités de sa mise en œuvre ;

Considérant, en troisième lieu, que l'objectif de promotion de l'efficacité économique assigné à l'ARCEP par les dispositions de l'article D. 311 du code des postes et des communications électroniques l'autorise à prendre pour référence de l'encadrement tarifaire, non les seuls coûts effectifs des différents opérateurs à la date de la décision attaquée, qui ne peuvent, en tout état de cause, être estimés qu'au moyen d'une allocation analytique des coûts joints de ces opérateurs, mais également ceux d'un opérateur efficace, estimés au moyen d'un modèle associant l'estimation des coûts théoriques d'un tel opérateur et leur mise en cohérence avec les données empiriques résultant notamment des obligations de séparation et de restitution comptable imposées par l'ARCEP ;

Sur les moyens tirés de l'imprécision du modèle retenu par l'ARCEP pour caractériser les coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace et de son refus de prendre en compte certains coûts à ce titre :

Considérant, en premier lieu, que les sociétés requérantes soutiennent que, si la notion de coûts complets distribués avait fait l'objet d'une présentation détaillée par la décision 2007-0128 de l'ARCEP, du 5 avril 2007, portant sur les obligations de séparation comptable et de comptabilisation et de restitution des coûts imposées aux opérateurs, en revanche, la notion de coûts incrémentaux de long terme, faute d'avoir été suffisamment précisée par l'Autorité dans la décision attaquée ou préalablement à celle-ci, ne pouvait pas leur être légalement opposée ; que, toutefois, la décision du 5 avril 2007 n'avait pas pour objet de spécifier la référence de coûts retenue pour déterminer l'encadrement tarifaire, mais bien d'assurer la possibilité pour l'ARCEP, en application du 5° de l'article L. 38 et de l'article D. 312 du code des postes et des communications électroniques, de connaître les coûts encourus par les opérateurs, de garantir l'adéquation de l'encadrement tarifaire à la situation des entreprises qui y sont soumises et d'assurer le respect de l'obligation qui leur est imposée de pratiquer, s'agissant de la terminaison d'appel vocal mobile, des tarifs reflétant les coûts correspondants ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'ARCEP a, au cours des consultations successives qui ont précédé la décision attaquée, puis dans la motivation de celle-ci, éclairé les

principes retenus pour estimer les coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace et répondu aux critiques formées les opérateurs sur les choix qu'elle envisageait d'effectuer ;

Considérant, en troisième lieu, que si les sociétés requérantes soutiennent que l'ARCEP a écarté à tort certains coûts du modèle retenu pour évaluer les coûts incrémentaux de long terme de terminaison d'appel d'un opérateur efficace sur un réseau mobile, cette circonstance, à la supposer établie, ne saurait, en tout état de cause, entacher d'illégalité une décision fixant des plafonds dans le cadre d'une mesure d'encadrement tarifaire dès lors que ces plafonds demeurent, pour tous les opérateurs et pour toute la période concernée par cette décision, supérieurs aux estimations les plus élevées des coûts incrémentaux de long terme qui ressortent des pièces du dossier ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance des objectifs d'harmonisation européenne :

Considérant que l'ARCEP a respecté l'obligation qui lui incombe, en application de l'article L. 37-3 du code des postes et des communications électroniques, d'informer la Commission européenne ainsi que les autorités compétentes des autres Etats membres de la décision qu'elle envisageait de prendre en application des articles L. 37-1 et L. 37-2 du même code ; que la Commission européenne n'a pas estimé que la décision attaquée faisait obstacle au marché unique ou était incompatible avec le droit communautaire ; que si les sociétés requérantes estiment que les écarts de tarifs existant entre les différents Etats membres de la Communauté européenne risquent de fausser la concurrence sur le marché français, dès lors que certains opérateurs sont actifs dans plusieurs pays, et qu'une partie du trafic est transfrontalier, ces écarts sont déterminés, d'une part, par des éléments de coûts différents, d'autre part, par des méthodes d'encadrement tarifaire distinctes adoptées par certains régulateurs nationaux qui ne sauraient, en tout état de cause, entacher d'illégalité la décision attaquée ;

Sur la possibilité pour l'ARCEP d'imposer des plafonds tarifaires différents aux opérateurs et la justification de principe d'un plafond plus élevé pour Bouygues Télécom :

Considérant que les plafonds tarifaires plus élevés consentis à Bouygues Télécom ne prennent plus en compte, dans le cadre de la référence aux coûts incrémentaux de long terme, ni les coûts historiques plus élevés de déploiement de son réseau liés à son arrivée plus tardive sur le marché, ni les surcoûts résultant pour cette société de la nécessité d'amortir ses coûts fixes sur un moins grand nombre d'appels entrants ; que l'asymétrie qui résulte du plafond tarifaire plus élevé fixé à Bouygues Télécom par la décision attaquée vise, pendant la période transitoire au cours de laquelle l'ensemble des plafonds fixés aux opérateurs demeurent supérieurs aux coûts incrémentaux de long terme et permettent à ces opérateurs de réaliser une marge sur la terminaison d'appel, ainsi qu'il a été analysé plus haut, à atténuer le déficit financier résultant pour Bouygues Télécom de la combinaison de cette marge et du déséquilibre de son solde d'interconnexion avec les autres opérateurs mobiles ; qu'il ressort des pièces du dossier que, comme l'indique la motivation de la décision attaquée, ce déficit, est, pour une part, subi par Bouygues Télécom, du fait notamment de la nécessité pour cette société de développer des offres illimitées en direction de tous les réseaux afin de résister au développement par ses concurrents d'offres illimitées sur leur propre réseau, favorisé par la taille plus importante de leur parc, et peut, dans cette mesure, être compensé, mais que cette compensation ne peut être que partielle, pour tenir compte des choix effectués par cette société au sein du système de tarification existant et de leur incidence sur ses soldes d'interconnexion ; que la compensation partielle et transitoire de ce déficit pouvait légalement être retenue, en application des dispositions des articles L. 32-1,

L. 37-1 et L.38 du code des postes et des communications électroniques, pour fonder une différenciation tarifaire transitoire au profit de Bouygues Télécom ;

Sur les moyens tirés de ce que l'asymétrie tarifaire consentie à Bouygues Télécom constituerait une aide d'Etat :

Considérant que les différences d'encadrement tarifaire que les dispositions attaquées introduisent entre les entreprises concernées résultent de l'économie des coûts pris en compte par l'ARCEP sur le fondement de l'article 38 du code des postes et des communications électroniques ; qu'il suit de là qu'elles n'ont pas le caractère d'aides d'Etat et que la législation relative à ces dernières ne leur était pas applicable ;

Sur l'écart séparant les plafonds tarifaires imposés à la société Bouygues Télécom de ceux qui sont imposés aux sociétés ORANGE FRANCE et SFR :

Considérant que, comme le relève la décision attaquée, le déficit financier qu'elle a pour objet d'atténuer est fonction, d'une part, du montant de la marge estimée des opérateurs, résultant de l'écart entre le plafond fixé pour chacun d'entre eux et la référence de coûts retenue et, d'autre part, de la différence entre le trafic entrant et le trafic sortant du plus petit opérateur, retracée par son solde d'interconnexion ; que sa compensation résulte, d'une part, de l'asymétrie tarifaire consentie à Bouygues Télécom et, d'autre part, du volume prévisible du trafic entrant total reçu par cet opérateur ; que l'ARCEP elle-même a estimé le montant des coûts incrémentaux de long terme d'un opérateur efficace utilisé comme référence pour arrêter les plafonds de terminaison d'appel dans une fourchette de 1 à 2 centimes d'euro, dans l'attente d'analyses complémentaires permettant d'affiner cette estimation ; que si, pour la période du 1^{er} juillet 2009 au 30 juin 2010, et suivant les hypothèses de trafic les plus vraisemblables, le montant de l'asymétrie consentie à Bouygues Télécom est susceptible d'aboutir à une compensation partielle du déséquilibre qu'elle a pour objet d'atténuer, en revanche, il ressort des pièces du dossier et de l'audience d'instruction tenue par la 2^{ème} sous-section de la section du contentieux que l'asymétrie consentie à cette société pour la période courant du 1^{er} juillet 2010 au 31 décembre 2010 aurait pour effet, eu égard à la baisse de l'écart entre le plafond fixé par l'ARCEP aux sociétés ORANGE FRANCE et SFR et le niveau des coûts incrémentaux de long terme estimé par l'ARCEP, et en dépit de la baisse du niveau de cette asymétrie, de compenser intégralement le déficit qu'elle a pour objet d'atténuer, voire, dans la plupart des hypothèses, de faire bénéficier cette société d'un transfert financier supérieur à ce déficit ; que si l'ARCEP fait observer, comme cela ressort des pièces du dossier, que les plafonds fixés pour SFR et ORANGE FRANCE demeurent supérieurs aux coûts complets distribués d'un opérateur efficace, estimés entre 2,4 et 2,9 centimes d'euro, le niveau de la différenciation tarifaire ne pouvait davantage se justifier au regard de cette référence de coûts, comme l'ARCEP en a elle-même convenu lors de l'audience d'instruction ; que, par suite, les sociétés requérantes sont fondées à soutenir que cette différenciation tarifaire est, à compter du 1^{er} juillet 2010, manifestement disproportionnée au regard de l'objectif qui lui est assigné ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés ORANGE FRANCE et SFR sont fondées à demander l'annulation de la décision attaquée en tant qu'elle fixe le plafond de tarif de terminaison d'appel sur son réseau mobile imposé à la société Bouygues Télécom à 4 centimes d'euro à compter du 1^{er} juillet 2010 ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat (ARCEP) le versement d'une somme de 5 000 euros à la société ORANGE FRANCE et d'une somme de 5 000 euros à la société SFR ;

Considérant, en revanche, que ces dispositions font obstacle à ce que les sommes demandées par la société Bouygues Télécom soient mises à la charge des sociétés ORANGE FRANCE et SFR qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'intervention de la Fédération nationale UFC Que choisir est admise.

Article 2 : La décision de l'ARCEP n° 08-1176 du 2 décembre 2008 est annulée en tant qu'elle fixe le plafond de tarif de terminaison d'appel sur son réseau mobile imposé à la société Bouygues Télécom à 4 centimes d'euro à compter du 1^{er} juillet 2010.

Article 3 : L'Etat (ARCEP) versera une somme de 5 000 euros à la SOCIETE ORANGE FRANCE et une somme de 5 000 euros à la SOCIETE FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la société ORANGE FRANCE et de la SOCIETE FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE est rejeté.

Article 5 : Les conclusions de la société Bouygues Télécom tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE ORANGE FRANCE, à la SOCIETE FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE, à la société Bouygues Télécom et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

