

Le Conseil d'Etat et les tarifs du dégroupage : une annulation pragmatique

Emmanuel Guillaume, Avocat associé, Baker & McKenzie, décrypte l'arrêt du Conseil d'Etat.

La décision n° 02-323 de l'ART en date du 16 avril 2002 avait imposé à France Télécom une baisse substantielle des tarifs de dégroupage prévus par sa première offre de référence publiée le 16 juillet 2001. L'Autorité estimait en effet que les tarifs proposés par l'opérateur historique, bien que revus à la baisse quelques jours plus tôt, ne respectaient pas le principe d'orientation vers les coûts alors posé par l'article D. 99-24 du Code des Postes et des Télécommunications (CPT) et par le règlement communautaire du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de la boucle locale.

Cette baisse des tarifs a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de la part de France Télécom. Le Conseil d'Etat lui a partiellement donné raison, dans un arrêt du 25 février 2005 : il a annulé l'article 3 de la décision de l'ART, en tant qu'il fixait les tarifs maxima de l'abonnement mensuel proposé par France Télécom pour la fourniture de l'accès total et de l'accès partagé à la boucle locale.

L'intérêt de l'arrêt réside moins dans le motif d'annulation que dans la limitation des effets de celle-ci, décidée par le juge dans l'intérêt général.

Le motif d'annulation : un argument de procédure imparable

L'ancien article D. 99-24 du CPT énumérait les principes applicables aux tarifs du dégroupage, pour assurer notamment leur orientation vers les coûts, et chargeait l'ART de déterminer et de rendre publiques la nomenclature des coûts pertinents ainsi que la méthode de calcul des coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT).

Cette nomenclature et cette méthode ont été définies par l'ART dans sa décision n° 00-1171 en date du 31 octobre 2000. Pour le calcul des CMILT, la décision prévoyait que l'incrément à prendre en compte était « l'ensemble du réseau des paires de cuivre de France Télécom ».

Cependant, la mise en œuvre de l'accès à la boucle locale, depuis le 1^{er} janvier 2001, a révélé que certaines zones, à faible densité, ne feraient pas l'objet à court terme de commandes de dégroupage. Au début de l'année 2002, l'Autorité a décidé, pour assurer une meilleure orientation des tarifs vers les coûts, de modifier la méthode de calcul des CMILT en distinguant le coût moyen de deux ensembles de lignes, pondérés en fonction de leur probabilité

différente de dégroupage. Ce changement, porté à la connaissance de France Télécom au début du mois d'avril 2002, n'a pas été expressément pris en compte par l'opérateur dans le calcul des nouveaux tarifs soumis à l'ART le 11 avril 2002.

Dans sa décision du 16 avril 2002, l'Autorité a imposé à France Télécom de nouveaux tarifs maxima, déterminés à partir de cette nouvelle méthode, en s'appuyant sur l'article 4-2 a) du règlement du 18 décembre 2000, qui l'habilite expressément « à imposer des modifications de l'offre de référence pour l'accès dégroupé à la boucle locale (...) y compris les prix, lorsque ces modifications sont justifiées ».

Le Conseil d'Etat a condamné la démarche de l'ART non pas sur le fond mais sur la procédure : l'article D. 99-24 imposait à l'ART de publier sa nouvelle méthode de calcul des CMILT avant d'en faire application. En l'absence d'une telle publication, cette nouvelle méthode n'était pas opposable à France Télécom et l'ART ne pouvait donc en tenir compte. Cette « erreur de droit » explique l'annulation partielle de l'article 3 de la décision du 16 avril 2002.

Les effets de l'annulation

L'annulation d'un acte administratif par le juge a, en principe, un effet rétroactif : l'acte annulé est réputé n'être jamais intervenu. Ceci oblige l'administration à reconstituer le passé de manière fictive : elle doit effacer tous les effets qu'a pu produire l'acte. Une telle reconstitution est imposée par le principe de légalité et par le droit des justiciables à un recours effectif. Mais elle peut parfois faire peser des risques considérables sur l'intérêt général que l'acte visait à garantir. Ce constat a conduit le Conseil d'Etat, en mai 2004, à reconnaître au juge administratif un pouvoir essentiel : celui de moduler les effets d'une annulation dans le temps. Le juge peut désormais, de façon exceptionnelle, priver une annulation de son effet rétroactif, « *si l'apparaît que cet effet rétroactif est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives* »¹. Ce pouvoir a été utilisé par le

Conseil d'Etat dans l'arrêt ici commenté.

Anticipant sur les suites de son recours, France Télécom avait inséré, dans tous les contrats de dégroupage, une clause prévoyant l'augmentation rétroactive de ses tarifs, en cas d'annulation de la décision de l'ART. Dans son arrêt du 25 février, le Conseil d'Etat a notamment cherché à éviter une telle révision qui aurait remis en vigueur des tarifs non orientés vers les coûts, en violation de l'article 4, paragraphe 1, du règlement communautaire du



18 décembre 2000, et menacé le développement de la concurrence sur la boucle locale.

L'arrêt prévoit en conséquence que l'annulation de l'article 3 de la décision de l'ART ne prendra effet qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de sa notification à l'ART, sous réserve des actions contentieuses déjà engagées au 25 février contre les décisions prises en application de celle du 16 avril 2002.

Une leçon de pragmatisme

En conclusion, le Conseil d'Etat a donné une leçon de pragmatisme, comme il sait le faire lorsque l'enjeu le justifie. Ne pouvant éviter une annulation commandée par un motif procédural, il s'est efforcé d'en réduire la portée, faisant application de la toute fraîche liberté qu'il s'est reconnu lui-même, celle de moduler dans le temps les effets d'une annulation. Dans sa balance, le motif de l'annulation et ses conséquences n'ont pas pesé du même poids. On peut penser que le Conseil d'Etat aurait tiré des conséquences différentes d'une annulation pour un motif de fond, si France Télécom avait prouvé que l'ART lui imposait des tarifs inférieurs à ses coûts. ■

¹ Conseil d'Etat, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC! et autres.