

# CONSEIL D'ETAT

statuant  
au contentieux

263012

---

Société T-ONLINE France

---

Ordonnance du 19 janvier 2004

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

## LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la requête enregistrée le 23 décembre 2003 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la société T-ONLINE France, ayant son siège social 11, rue de Cambrai à Paris cedex 19 (75927), agissant par son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et exerçant sous l'enseigne « Club Internet » ; la société demande au juge des référés du Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de la décision du 11 décembre 2003 par laquelle les ministres chargés de l'économie et des télécommunications ont homologué les décisions tarifaires de France Telecom n°2003-144 et 2003-145 relatives à l'évolution de la tarification des offres « Collecte IP/ADSL » et « Accès IP/ADSL » ;

2°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient qu'il est urgent de suspendre la décision contestée dont l'application imminente au 1<sup>er</sup> janvier 2004 prive la société du délai d'adaptation nécessaire lui permettant de rester compétitive dans le cadre des nouvelles structures tarifaires imposées par France Telecom, sans pour autant bénéficier au consommateur ; qu'il existe, en l'état de l'instruction, plusieurs moyens susceptibles de créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision litigieuse ; qu'en effet, l'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) n'a pas été régulièrement publié ; qu'aucune consultation préalable des acteurs du marché de l'Internet haut débit n'a été organisée dans les formes prescrites par la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, dont la date limite de transposition était le 25 juillet 2003 ; qu'eu égard aux exigences de cette directive, qui impose une séparation structurelle de la fonction de régulation et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction des entreprises intéressées, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie est désormais incompétent pour homologuer les propositions tarifaires de France

Telecom dont l'Etat est actionnaire principal, ce qui lui imposait à tout le moins de suivre entièrement l'avis de l'ART; que le ministre n'a pas réellement pris connaissance de l'avis de l'ART avant de prendre sa décision; qu'au fond, en refusant de prendre en considération l'impact sur la concurrence d'une modification précipitée des tarifs sur l'option 5, le ministre a méconnu le droit de la concurrence et commis une erreur d'appréciation sur les incidences de sa décision; que la proposition tarifaire France Telecom n'est pas motivée comme l'exige le code des postes et des télécommunications et le cahier des charges de France Telecom; que cette absence de motivation entache d'illégalité la décision d'homologation et implique que ni le ministre ni l'ART n'ont pu contrôler le caractère éventuellement prédateur des nouveaux tarifs; que la décision litigieuse est contraire aux articles 82, 86 et 10 combinés du traité CE et méconnaît le principe général de sécurité juridique et de confiance légitime;

Vu les décisions dont la suspension est demandée;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 janvier 2004, présenté par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie qui conclut au rejet de la requête; il soutient que la réserve formulée par l'ART quant au délai d'application des nouveaux tarifs relève de considérations d'opportunité peu justifiées au regard des critères légaux d'homologation; que le délai d'adaptation laissé aux acteurs économiques a été suffisant; qu'à l'intérêt privé de la requérante on peut opposer celui de France Telecom et de sa filiale Wanadoo, mais aussi l'intérêt public du développement rapide des liaisons Internet à haut débit; que la requérante, qui ne fournit aucune donnée chiffrée utile, ne justifie pas des raisons des difficultés d'adaptation dont elle se prévaut, alors que plusieurs fournisseurs d'accès concurrents ont immédiatement ajusté leurs offres commerciales; qu'ainsi l'urgence d'une suspension n'est pas justifiée; que le détournement de pouvoir n'est pas établi; qu'il serait contraire à la logique de la concurrence d'avantager indirectement les nouveaux opérateurs entrants du fait d'un blocage plus ou moins prolongé des prix de l'opérateur dominant; que l'avis de l'ART a été publié dans les délais requis; que la consultation des opérateurs intéressés a eu lieu sans être requise par l'article 6 de la directive communautaire invoquée; que l'article 3 de cette directive ne prive pas le ministre de sa compétence d'homologation; que les articles 82 et 86 combinés du traité CE n'ont pas été méconnus, ainsi qu'il ressort des analyses de l'ART, laquelle a disposé des éléments d'appréciation utiles; qu'à les supposer opérants, les principes de sécurité juridique et de confiance légitime n'ont pas été méconnus;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 7 janvier 2004, présenté pour France Telecom qui conclut au rejet de la requête; elle soutient que l'urgence n'est pas établie dès lors que les évolutions tarifaires ne sont pas de nature à bouleverser l'économie des offres ADSL; qu'elles ont principalement pour objet de répercuter auprès des fournisseurs d'accès, donc indirectement des consommateurs, une baisse importante des coûts des équipements ADSL d'ores et déjà répercutée depuis des mois par tous les opérateurs de dégroupage dans les tarifs qu'ils proposent auxdits fournisseurs; que l'application des nouveaux tarifs le 1<sup>er</sup> janvier au lieu du 15 février ne crée pas une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative; que la requérante était informée dès le mois de novembre des baisses de tarif envisagées par France Telecom et était en mesure de s'y adapter comme l'ont fait ses concurrents; qu'elle entend retarder une évolution tarifaire dont elle bénéficiera moins que la plupart de ses concurrents, compte tenu de ses propres choix techniques et commerciaux; que la procédure a été conforme aux dispositions de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications et de l'article 17-2 du cahier des charges de France Telecom; que les acteurs économiques intéressés ont été en fait consultés alors même que l'article 6 de la directive communautaire du 7 mars 2002 ne l'imposait pas en l'espèce; que cette directive n'affecte pas la compétence du ministre pour homologuer ces tarifs après avis de l'ART; que cet avis, bien qu'il

n'ait pas le caractère d'un avis conforme, a été pris en considération par les auteurs des décisions contestées ; que la décision tarifaire transmise à l'ART était motivée et a permis de vérifier le caractère non prédateur des tarifs proposés ; qu'en égard à l'ensemble de ses bénéficiaires, l'offre de France Telecom ne fait pas apparaître une discrimination au profit de Wanadoo ; que la requérante ne précise pas en quoi la sécurité juridique et la confiance légitime seraient méconnues ;

Vu les observations, enregistrées le 7 janvier 2004, présentées par l'Autorité de régulation des télécommunications en réponse à la communication de la requête ; elle conclut au rejet de la requête au motif que son avis a été émis dans les conditions de délai et de transparence exigées par les dispositions applicables ; que les éléments dont elle disposait lui ont permis d'étayer son avis par un test de non prédation ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 12 janvier 2004, présenté pour la société T-ONLINE qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle soutient en outre que la déperéquation des tarifs de collecte ADSL est une innovation en Europe ; que l'ART a également demandé à France Telecom d'engager, dans les délais compatibles avec la date d'application du 16 février 2004, les travaux nécessaires à l'alignement de la qualité de service de l'option 1 sur celle de l'option 5 en terme de délais et de taux d'échecs à la livraison des accès ; que la société Wanadoo échapperait au « piège tarifaire » relevé par le ministre en cessant de s'approvisionner exclusivement auprès de sa société mère ; que le report de l'entrée en vigueur de la collecte régionale a été décidé sans consultation de l'ART ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 14 janvier 2004, présenté par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, qui conclut au rejet de la requête par les mêmes moyens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil, du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Vu le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 portant approbation du cahier des charges de France Telecom ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, la société T-ONLINE et, d'autre part, le ministre de l'économie des finances et de l'industrie, France Telecom et l'ART ;

Vu le procès verbal de l'audience publique du jeudi 15 janvier 2004 à 10 heures à laquelle ont été entendus :

- Me VIER avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de la société requérante ;
- Me DEVOLVE avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de France Telecom ;
- les représentants de la société requérante ;
- les représentants de France Telecom ;
- les représentants du ministre de l'économie des finances et de l'industrie ;
- les représentants de l'ART ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, le juge des référés peut prononcer la suspension d'une décision administrative à la condition notamment que l'urgence le justifie ; que cette condition doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ;

Considérant que la société requérante demande la suspension de l'exécution de la décision du 11 décembre 2003 par laquelle les ministres chargés de l'économie et des télécommunications ont homologué, après avis de l'Autorité de régulation des télécommunications, en application des dispositions de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications et de l'article 17-2 du cahier des charges de France Telecom, deux évolutions tarifaires des offres ADSL de France Telecom ; que la première, dite « Accès IP/ADSL » consiste en la revente des accès ADSL fournis par France Telecom et permet aux fournisseurs d'accès Internet (FAI) de commercialiser sous leur propre marque des offres comprenant l'accès ADSL et la fourniture du service Internet ; que la seconde, dite « Collecte IP/ADSL », permet aux FAI de rendre leurs services accessibles aux abonnés disposant d'un accès ADSL ; que l'objet de cette double évolution tarifaire, qui concerne l'offre dite « option 5 » de France Telecom aux fournisseurs d'accès, est principalement de baisser les tarifs d'accès et de transport, de différencier les tarifs en fonction de la taille du répartiteur de rattachement et de rapprocher les tarifs de l'offre à 1024 kbit/s de ceux de l'offre à 512 kbit/s ;

Considérant que la société « T-ONLINE France », qui exerce son activité de fournisseur d'accès sous l'enseigne « Club Internet », soutient que l'urgence d'une suspension de cette homologation tient à ce que celle-ci porte sur des tarifs applicables à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004 alors que l'avis favorable de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2003 était assorti d'une réserve tendant à ce que cette date soit fixée au 16 février 2004, « afin de permettre aux fournisseurs d'accès Internet alternatifs au groupe France Telecom

de disposer d'un délai suffisant pour préparer la commercialisation d'offres sur la nouvelle grille tarifaire et se raccorder aux points de livraison régionaux » ;

Considérant qu'il est constant que la nouvelle offre tarifaire de France Telecom relative à l'ADSL destinée aux fournisseurs d'accès Internet permet, comme le relève l'ART, de « restituer au secteur et indirectement au consommateur une partie des gains de productivité effectués dans les dix-huit derniers mois » et que la baisse durable, ainsi permise, du coût supporté par le consommateur final est en rapport direct, en l'état actuel des technologies, avec l'intérêt public qui s'attache à un développement rapide en France des accès Internet à haut débit ;

Considérant, il est vrai, que l'intérêt immédiat des consommateurs ne doit pas occulter celui qui s'attache à l'existence d'une situation de concurrence effective sur le marché pertinent, de nature à garantir que ceux-ci continueront de bénéficier à plus long terme des gains de productivité du secteur concerné ; qu'ainsi les effets anticoncurrentiels d'une décision administrative sont susceptibles de créer une situation d'urgence, au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, alors même que cette décision bénéficie immédiatement au consommateur, dans la mesure où de tels effets sont caractérisés et susceptibles d'affecter durablement la structure concurrentielle dudit marché ; qu'il en va ainsi tout particulièrement dans le cas où, comme en l'espèce, ce marché reste dominé par un opérateur historique ;

Considérant toutefois qu'il ressort des pièces du dossier et des débats en audience publique que, dès l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004 des nouveaux tarifs de France Telecom, plusieurs fournisseurs d'accès Internet concurrents de la société Wanadoo, filiale de France Telecom, ont prouvé leur capacité à adapter rapidement leur offre commerciale au nouveau contexte ainsi créé ; que si la société requérante fait en effet état de contraintes qui lui sont propres, dues à ses choix techniques et commerciaux, plusieurs fournisseurs d'accès concurrents se sont trouvés en mesure de réagir immédiatement par une baisse de leurs tarifs ; qu'il convient de souligner que les nouveaux tarifs homologués de France Telecom bénéficient à l'ensemble des fournisseurs d'accès Internet, lesquels ont été informés de cette initiative et consultés à son propos dès la phase d'examen par l'ART en novembre 2003 ; que cette Autorité a par ailleurs relevé à l'appui de son avis favorable à l'offre tarifaire de France Telecom, après une analyse détaillée, l'absence d'effets anticoncurrentiels de nature à y faire obstacle ; que, dans ces conditions, la réserve dont cette Autorité a assorti cet avis favorable en se prononçant en faveur d'une application différée, au 16 février 2004, de ces nouveaux tarifs ne permet pas de conclure, dans le cadre de la présente instance en référé, et en l'état des données produites au dossier, que le trop court délai d'adaptation invoqué par la société requérante caractérise la condition d'urgence à suspendre la décision ministérielle contestée, urgence qui doit être appréciée, d'une part, à la date de la présente ordonnance, et d'autre part, au regard tant de la situation particulière de la société « T-ONLINE France » que de l'ensemble des effets, défavorables à l'intérêt public d'un développement des accès Internet à haut débit, qu'entraînerait une mesure de suspension de l'homologation de l'offre tarifaire de France Telecom ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'à défaut de satisfaire à la condition d'urgence, la requête en suspension de la société « T-ONLINE France » ne peut être accueillie, non plus que ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : La requête de la société « T-ONLINE France » est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société « T-ONLINE France », au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, à France Telecom et à l'Autorité de régulation des télécommunications.

Fait à Paris, le 19 janvier 2004

Signé : Y. Robineau

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire,

Françoise Longuet