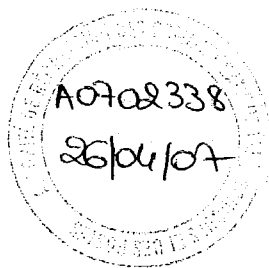


Nos 279262, 279275



REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM et
ASSOCIATION FRANÇAISE DES
OPÉRATEURS DE RÉSEAUX
ET SERVICES DE
TÉLÉCOMMUNICATIONS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

M. Jean-François Mary
Rapporteur

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

Mme Emmanuelle Prada Bordenave
Commissaire du gouvernement

Séance du 30 mars 2007
Lecture du 25 avril 2007

Vu 1°), sous le n° 279262, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 avril 2005 et 4 août 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM, dont le siège social est Arcs de Seine 20, quai du Point-du-Jour à Boulogne-Billancourt (92650), agissant par ses représentants légaux en exercice, domiciliés en cette qualité audit siège ; la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision n° 2004-1068 du 21 décembre 2004 de l'Autorité de régulation des télécommunications fixant les évaluations définitives du coût du service universel et les contributions des opérateurs pour l'année 2002 ;

Vu 2°), sous le n° 279275, la requête, enregistrée le 4 avril 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS, dont le siège est 165 boulevard Haussmann à Paris (75008) ; l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision n° 2004-1068 du 21 décembre 2004 de l'Autorité de régulation des télécommunications fixant les évaluations définitives du coût du service universel et les contributions des opérateurs pour l'année 2002 ;

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

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-François Mary, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM et de Me Foussard, avocat de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,
- les conclusions de Mme Emmanuelle Prada Bordenave, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes n° 279262 et 279275 doivent être regardées comme dirigées contre la décision n° 2004-1068 du 21 décembre 2004 de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en tant qu'elle fixe l'évaluation définitive du coût du service universel pour l'année 2002 : qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur l'intervention de France Télécom ;

Considérant que France Télécom a intérêt au maintien de la décision attaquée ; que, par suite, son intervention dans l'affaire n° 279275 est recevable ;

Sur le moyen tiré de la violation du délai fixé par le dernier alinéa du II de l'article L. 35-3 du code des postes et communications électroniques :

Considérant que, s'il résulte des dispositions du dernier alinéa du II de l'article L. 35-3 du code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 alors en vigueur, que l'évaluation définitive du coût net du service universel au titre de l'année 2002 devait intervenir, au plus tard, le 2 novembre 2004, la date ainsi fixée était purement indicative ; qu'ainsi, la circonstance que la décision attaquée ait été prise au-delà cette date est sans influence sur sa légalité ;

Sur le moyen tiré de ce que la décision attaquée n'aurait pas été précédée de la publication des résultats de l'audit de France Télécom :

Considérant que, si l'article R. 20-32 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction alors en vigueur, imposait à l'ART notamment de faire réaliser un audit indépendant de la comptabilité fournie de l'opérateur chargé du service universel et de rendre publiques les conclusions de ce dernier, il ne résulte ni de ces dispositions, ni de celles de l'article 12 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), que le résultat de l'audit dût être publié avant l'adoption de la décision attaquée ; qu'ainsi, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la décision attaquée serait illégale faute d'avoir été précédée de la publication des résultats de l'audit de France Télécom ;

Sur le moyen tiré de ce que la décision attaquée n'aurait pas été précédée du remboursement des contributions irrégulièrement réclamées :

Considérant que la circonstance que la décision attaquée, qui met à la charge des opérateurs de nouvelles contributions définitives au titre de l'année 2002, soit intervenue avant que n'aient été restituées à ces mêmes opérateurs les sommes qui leur avaient été réclamées sur le fondement de dispositions ayant fait l'objet d'une annulation contentieuse, est sans incidence sur la légalité de cette décision ;

Sur les moyens tirés de ce que la décision attaquée serait fondée sur des dispositions législatives contraires au droit communautaire :

Considérant, d'une part, que, si le II de l'article L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques prévoyait que les nouvelles règles d'évaluation du coût net du service universel issues de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 étaient applicables au calcul du coût net définitif du service universel pour 2002, ces dispositions, qui ont été prises pour tirer toutes les conséquences des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat statuant au contentieux, n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre de substituer une base légale aux contributions irrégulièrement réclamées mais de permettre de fixer de nouvelles contributions afférentes à l'année 2002 afin d'assurer la continuité du service public universel ; qu'en tout état de cause, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que ces dispositions auraient méconnu le principe de transparence énoncé à l'article 13 de la directive 2002/22/CE ;

Considérant, d'autre part, que l'article 13 de la directive 2002/22/CE autorise les Etats membres à instituer un mécanisme de partage du coût net du service universel pour le cas où il serait constaté que celui-ci représente une charge injustifiée pour les entreprises

désignées comme fournisseurs du service universel ; qu'aux termes du III de l'article L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction en vigueur à la date de la décision attaquée : « Un fonds de service universel des communications électroniques assure le financement des coûts nets des obligations du service universel Toutefois, quand les coûts nets d'un opérateur soumis à des obligations de service universel ne représentent pas une charge excessive pour cet opérateur, aucun versement ne lui est dû » ; que le législateur a ainsi entendu subordonner l'obligation de contribution au financement du fonds de service universel à la constatation préalable que le coût net du service universel représente une charge injustifiée pour le ou les opérateurs qui fournissent ce service ; qu'ainsi, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le III de l'article L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques ne serait pas compatible avec les objectifs de l'article 13 de la directive 2002/22/CE ;

Sur les moyens tirés de ce que la décision attaquée serait fondée sur des dispositions réglementaires illégales :

Considérant qu'en prévoyant que le coût net du service universel correspond à la somme des coûts nets de ses diverses composantes, les articles R. 20-31 à R. 20-42 du code des postes et des communications électroniques sont compatibles avec les objectifs de la directive susmentionnée, qui n'implique nullement qu'il soit procédé à une compensation entre les différentes composantes du service universel selon qu'elles enregistrent un solde positif ou négatif ;

Considérant que, si les requérantes soutiennent que l'article R. 20-33 du code des postes et des communications électroniques, qui définit, en particulier, le coût net des obligations tarifaires correspondant aux obligations de péréquation géographique, est contraire aux principes de transparence, de non discrimination et de proportionnalité énoncés à l'article 13 de la directive 2002/22/CE, elles n'assortissent leur moyen d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien fondé ; que, par suite, il ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'aux termes de l'annexe IV de la directive 2002/22/CE précitée, le calcul du coût net « se fonde sur les coûts imputables aux postes suivants : / ... ii) utilisateurs finals ou groupes d'utilisateurs finals particuliers qui, compte tenu du coût de la fourniture du réseau et du service mentionnés, des recettes obtenues et de la péréquation géographique des prix imposée par l'Etat membre, ne peuvent être servis qu'à perte ou à des coûts s'écartant des conditions commerciales normales .../Le calcul du coût net de certains aspects spécifiques des obligations de service universel est effectué séparément, de manière à éviter de compter deux fois les bénéfices directs et indirects et les coûts. Le coût net global des obligations de service universel pour une entreprise correspond à la somme des coûts nets associés à chaque composante de ces obligations, compte tenu de tout bénéfice immatériel ... » ; qu'en vertu de l'article R. 20-37-1 du code des postes et des communications électroniques, les avantages immatériels que retirent, le cas échéant, les opérateurs chargés du service universel de l'exercice de cette mission, sont le bénéfice technique et commercial résultant de l'étendue du réseau, le bénéfice lié à l'amélioration dans le temps des capacités économiques d'abonnés bénéficiant du service universel, le bénéfice tiré de l'exploitation des données relatives aux abonnés pour la connaissance du marché et le bénéfice tiré de l'image de marque associée à la position d'opérateur du service universel ;

Considérant qu'il appartenait au pouvoir réglementaire d'imposer que soit inclus dans le calcul du coût net du service universel l'ensemble des avantages immatériels bénéficiant à l'opérateur précité ; qu'il ne ressort pas, toutefois, des pièces du dossier que, en

procédant ainsi, le Gouvernement n'ait pas tenu compte d'autres avantages qui auraient existé à la date à laquelle cet article est entré en vigueur ; que si les sociétés requérantes soutiennent que l'article R. 20-37-1 aurait dû mentionner l'avantage que France Télécom tire de son accès privilégié à ses annuaires et de l'exploitation qui en est faite, il ressort des dispositions de l'article R. 20-39 du même code que les recettes de cette exploitation commerciale viennent déjà en déduction des coûts des obligations correspondant à la fourniture du service universel de renseignements et des annuaires d'abonnés ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que l'article R. 20-37-1 serait incompatible avec les objectifs de l'annexe IV de la directive 2002/22/CE doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de ce que la décision du 15 décembre 2004 de l'ART publiant les règles employées pour l'application des méthodes mentionnées aux articles R. 20-33 à R. 20-40 du code des postes et des communications électroniques pour le calcul du coût définitif du service universel pour 2002 serait entachée d'illégalité :

Considérant que le délai de huit jours laissé aux opérateurs pour se prononcer sur le projet de décision relative aux méthodes de calcul du coût définitif du service universel pour l'année 2002 doit, dans les circonstances de l'espèce, être regardé comme suffisant, eu égard au fait que les principaux éléments du projet avaient été portés à leur connaissance au cours de réunions avec l'ART avant même sa publication ; qu'ainsi, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la décision du 15 décembre 2004 aurait été prise selon une procédure irrégulière ;

Sur les moyens relatifs aux méthodes de calcul utilisées par l'ART :

Considérant que les moyens tirés de ce que les données issues de la comptabilité analytique de France Telecom, sur lesquelles s'est fondée l'ART, ne seraient pas adaptées pour déterminer le coût net du service universel, de ce que l'ART aurait utilisé une modélisation abstraite pour déterminer ce coût et de ce que la méthode choisie par l'ART pour calculer le coût net de l'offre dite tarifaire n'aboutirait pas à la détermination d'un coût net, ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien fondé ; qu'en particulier, les requérantes n'invoquent aucune disposition législative ou réglementaire qui aurait été méconnue ;

Considérant qu'aux termes du II de l'article R. 20-33 du même code : « Le coût net pertinent dans chacune des zones non rentables est égal au solde des recettes qui seraient perdues par l'opérateur et des coûts d'investissement et de fonctionnement qui ne seraient pas encourus par l'opérateur, si la zone n'était pas desservie, évalués à partir de la comptabilité analytique des recettes et des dépenses auditées dans les conditions prévues au I de l'article L. 33-5./ Les recettes pertinentes comprennent les recettes directes et indirectes retirées de la desserte des abonnés de la zone, notamment les recettes des services facturés entièrement ou partiellement à l'appelé. Les coûts pertinents d'investissements et de fonctionnement comprennent, d'une part, les coûts de desserte et de gestion des abonnés de la zone considérée et, d'autre part, les coûts de réseau de commutation et de transmission correspondant à l'écoulement du trafic entrant et sortant relatif à cette zone » ; qu'il résulte de ces dispositions que doivent être pris en compte, non la totalité des coûts du service universel rendu dans une zone déterminée, mais les seuls coûts d'investissement et de fonctionnement que l'opérateur aurait évités s'il n'avait pas rendu le service dans cette zone ; que, dès lors, l'ART était seulement tenue de calculer le coût net pertinent et évitable des zones non rentables sur la base des coûts supportés réellement par France Télécom ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la méthode de calcul employée par l'ART méconnaîtrait les dispositions précitées, doit être écarté ;

Sur les moyens relatifs à la détermination du montant du coût net du service universel pour l'année 2002 :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les coûts résultant de l'exploitation des zones non rentables auraient été compensés à deux reprises par l'autorité, d'une part, au titre du financement du service universel, d'autre part, au titre de la tarification de l'interconnexion ;

Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'évaluation du coût net lié à la péréquation géographique intègrerait des coûts déjà pris en charge par les recettes des abonnements de France Télécom ;

Considérant qu'il résulte des dispositions du II de l'article L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques que les opérateurs de téléphonie mobile sont au nombre des opérateurs qui doivent, en application de cet article, contribuer au financement du fonds de service universel ; qu'en incluant ces opérateurs parmi les contributeurs, la décision attaquée de l'ART s'est bornée à faire application des dispositions législatives précitées ;

Sur le moyen tiré de ce que l'ART n'aurait pas vérifié que le coût net du service universel pour l'année 2002 présentait un caractère excessif :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'ART n'aurait pas procédé à une appréciation du caractère excessif ou non pour France Télécom des charges liées à ses obligations de service universel, avant de procéder à l'évaluation de ce coût et de le répartir entre les opérateurs ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM et l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision attaquée ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat (ARCEP), qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre une somme de 3 000 euros à la charge de l'association précitée et une somme de 2 000 euros à la charge de la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM au titre des frais exposés par l'Etat (ARCEP) et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de France Télécom est admise.

Article 2 : Les requêtes de l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et de la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM sont rejetées.

Article 3 : L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS versera à l'Etat (ARCEP) la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM versera à l'Etat (ARCEP) la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS, à la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, à France Télécom et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Délibéré dans la séance du 30 mars 2007 où siégeaient : M. Jean Marie Delarue, Président adjoint de la Section du Contentieux, Président ; M. Edmond Honorat, M. Rémy Schwartz, Présidents de sous-section ; M. Marcel Pochard, M. Roland Peylet, Mme Mireille Imbert-Quaretta, Mme Françoise Ducarouge, Mme Christine Maugué, Conseillers d'Etat et M. Jean-François Mary, Maître des Requêtes-rapporteur.

Lu en séance publique le 25 avril 2007.

Le Président :

Signé : M. Jean Marie Delarue

Le Maître des Requêtes-rapporteur :

Signé : M. Jean-François Mary

Le secrétaire :

Signé : M. Antoine Conrath

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



