

Nos 282138,282187

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM

ASSOCIATION FRANÇAISE DES
OPÉRATEURS DE RESEAUX ET
SERVICES DE
TÉLÉCOMMUNICATIONS
(AFORS TÉLÉCOM)

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

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

M. Jean-François Mary
Rapporteur

Mme Emmanuelle Prada Bordenave
Commissaire du gouvernement

Séance du 30 mars 2007
Lecture du 25 avril 2007

Vu 1^o, sous le n° 282138, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 5 juillet et 7 novembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM, dont le siège est Arcs de Seine 20, quai du Point-du-Jour à Boulogne-Billancourt (92650), représentée par son président directeur général en exercice ; la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision n° 2005-0028 du 17 mars 2005 de l'Autorité de régulation des télécommunications fixant les contributions provisionnelles des opérateurs au coût du service universel pour l'année 2005 ;

.....

Vu 2^o, sous le n° 282187, la requête, enregistrée le 6 juillet 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS (AFORS TÉLÉCOM), 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^o) d'annuler la décision n° 2005-0028 du 17 mars 2005 de l'Autorité de régulation des télécommunications fixant les contributions provisionnelles des opérateurs au coût du service universel pour l'année 2005 ;

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

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

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° 282138 et 282187 doivent être regardées comme dirigées contre la décision n° 2005-0028 du 17 mars 2005 de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) en tant qu'elle révèle une décision tendant à répartir entre les opérateurs le coût net du service universel pour l'année 2005 ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même 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° 282187 est recevable ;

Sur le moyen tiré de la violation du délai fixé par le douzième alinéa de l'article R. 20-39 du code des postes et des communications électroniques :

Considérant que, s'il résulte des dispositions du douzième alinéa de l'article R. 20-39 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction alors applicable, que la notification aux opérateurs et à la Caisse des dépôts et consignations du montant des contributions provisionnelles au titre d'une année devait intervenir, au plus tard, le 15 décembre de l'année précédente, la date ainsi fixée était purement indicative ; qu'ainsi, la circonstance que la décision attaquée ait été prise au-delà de cette date est sans influence sur sa légalité ;

Sur le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait fondée sur des dispositions législatives contraires au droit communautaire :

Considérant que l'article 13 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 des communications électroniques (directive « service universel ») 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 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 compatibles 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 ce moyen d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ; que, par suite, ce moyen 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 du service universel « 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 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 Télécom, sur lesquelles s'est fondée l'Autorité de régulation des télécommunications (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 cette autorité pour calculer le coût net de l'offre dite « tarifaire » n'aboutirait pas à la détermination d'un tel coût, et de ce qu'il n'aurait pas été tenu compte pour les opérateurs de téléphonie mobile de leurs obligations de couverture des « zones blanches », 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 méconnaît les dispositions précitées, doit être écarté ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 20-39 du code des postes et des communications électroniques relatif aux contributions provisionnelles : « Si pour la dernière année pour laquelle ce solde a été constaté, le solde définitif d'un opérateur est débiteur, cet opérateur verse une contribution provisionnelle du montant correspondant au fonds » ; qu'en application de ces dispositions, pour évaluer le montant des contributions provisionnelles à verser par les opérateurs pour l'année 2005, l'ART s'est fondée sur les soldes définitifs de leurs contributions, qui ont été constatés par sa décision n° 04-1068 du 21 décembre 2004 relative à l'exercice 2002 ; que, si la décision attaquée a incorporé les effets de cette décision antérieure, qui fixe les contributions définitives pour l'année 2002, la société requérante n'est pas recevable à exciper de l'illégalité de cette dernière, dès lors que la décision attaquée n'en constitue pas une mesure d'application ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la décision critiquée du 21 décembre 2004 serait illégale doivent être rejetés ;

Sur les moyens tirés de l'exception d'illégalité fondée sur l'irrégularité de la désignation de France Télécom comme opérateur chargé du service universel :

Considérant que, nonobstant la circonstance qu'en application du III de l'article L. 35-3 du code des postes et des communications électroniques, les contributions provisionnelles à la charge des opérateurs ont pour objet d'alimenter un fonds qui verse les sommes dues à l'opérateur désigné pour remplir les obligations de service universel, la décision attaquée ne saurait être regardée comme une mesure d'application des arrêtés du ministre délégué à l'industrie en date du 3 mars 2005 désignant France Télécom comme étant l'opérateur en charge de ce service ; que, par suite, l'association requérante ne peut pas utilement se prévaloir de l'illégalité de ces arrêtés, ni du fait que ceux-ci ne sont intervenus qu'après le 31 décembre 2004, soit postérieurement à la date d'expiration de la période pendant laquelle, en application du IV de l'article 9 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003, France Télécom a continué de remplir, à titre transitoire, les missions de service universel qui lui incombent ;

Sur le moyen relatif à la détermination de la contribution due par la société Kertel :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le moyen tiré de ce que l'autorité aurait procédé à un nouveau calcul de la contribution due par la société précitée, du fait qu'elle n'offrait plus la réduction sociale tarifaire dans ses prestations, manque en fait ;

Sur le moyen tiré du défaut de notification du projet de décision litigieuse aux autorités communautaires :

Considérant que les contributions susmentionnées ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 88 du traité instituant la Communauté européenne ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la décision litigieuse aurait dû être notifiée à la Commission européenne conformément aux dispositions de cet article, doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de ce que l'ART n'aurait pas vérifié que le coût net du service universel pour l'année 2005 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 ce qui précède que l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM 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 que soit mise à la charge de l'Etat (ARCEP), qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS une somme de 3 000 euros et de la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par l'Etat (ARCEP) et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

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) une 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) une 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



