

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

rt

Nos 284275,285969

REPUBLIQUE FRANÇAISE

S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**ASSOCIATION FRANÇAISE DES
OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET
SERVICES DE
TÉLÉCOMMUNICATIONS**

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^o, sous le n° 284275, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 août et 19 décembre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM, dont le siège social est Arc de Seine 20, quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92650), agissant par ses représentants légaux, domiciliés en cette qualité audit siège ; la S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision n° 05-0472 du 21 juin 2005 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes fixant les évaluations définitives du coût du service universel et les contributions des opérateurs pour l'année 2003 ;

.....

Vu 2^o, sous le n° 285969, la requête, enregistrée le 7 octobre 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^o) d'annuler la décision n° 2005-0472 du 21 juin 2005 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) fixant les évaluations définitives du coût du service universel et les contributions des opérateurs pour l'année 2003 ;

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 S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM, de la SCP Vier, Barthelémy, Matuchansky, avocat de l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS, de la SCP Delvolvé, Delvolvé, avocat de France 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° 284275 et 285969 doivent être regardées comme dirigées contre la décision n° 2005-0472 du 21 juin 2005 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en tant qu'elle fixe l'évaluation définitive du coût du service universel pour l'année 2003 ; 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° 285969 est recevable ;

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

Considérant que, s'il résulte des dispositions du treizième alinéa de l'article R. 20-39 du code des postes et des communications électroniques que les soldes définitifs relatifs à l'année considérée sont constatés et rendus publics par l'ARCEP au plus tard le 30 avril de la deuxième année suivant l'année considérée, la date ainsi fixée est 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 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'ARCEP 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 doive 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 serait fondée sur des dispositions législatives contraires au droit communautaire :

Considérant 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 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 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 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 n° 05-426 du 26 mai 2005 de l'ARCEP 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 l'année 2003 serait entachée d'illégalité :

Considérant que le délai de trois semaines 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 2003 a été suffisant ; qu'ainsi, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la décision du 26 mai 2005 aurait été prise selon une procédure irrégulière ;

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

Considérant que les moyens tirés de ce que les données issues de la comptabilité analytique de France Télécom, sur lesquelles s'est fondée l'ARCEP, ne seraient pas adaptées pour déterminer le coût net du service universel, de ce que l'ARCEP aurait utilisé une modélisation abstraite pour déterminer ce coût et de ce que la méthode choisie par l'ARCEP 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 auditée 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'investissement 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'ARCEP 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'ARCEP méconnaîtrait les dispositions précitées, doit être écarté ;

Sur les moyens tirés, par la S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM, 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 prévisionnelles 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, la société 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 incombait ;

Sur les moyens relatifs à la détermination du montant du coût net du service universel pour l'année 2003 :

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 intégrerait 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 de l'ARCEP attaquée s'est bornée à faire application des dispositions législatives précitées ; que la couverture des « zones blanches » par les opérateurs de téléphonie mobile n'étant pas au nombre des obligations du service universel, le moyen tiré de ce que ceux-ci seraient les seuls à être imposés deux fois, au titre de ces obligations, d'une part, et au titre du financement de cette couverture, d'autre part, en violation du principe de non-discrimination entre opérateurs, ne peut qu'être écarté ;

Sur le moyen tiré de ce que l'ARCEP n'aurait pas vérifié que le coût net du service universel pour l'année 2003 présentait un caractère excessif :

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'ARCEP 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 ;

Sur le moyen tiré de l'erreur dont serait entachée l'appréciation à laquelle s'est livrée l'ARCEP, du caractère excessif de la charge du service universel pour l'année 2003 :

Considérant que, si les requérantes font valoir que la charge du service universel, évaluée à la somme de 53,42 millions pour l'année 2003, est en diminution par rapport aux années précédentes, qu'elle représente une faible part du chiffre d'affaires global de France Télécom et qu'aucune contribution au financement du service universel n'est réclamée dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en retenant que le montant indiqué ci-dessus représentait une charge excessive pour l'opérateur chargé du service universel, l'ARCEP ait commis une erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et la S.A. 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 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 mêmes dispositions et de mettre respectivement 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 S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM au titre des frais exposés par l'Etat (ARCEP) et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : Les requêtes n° 284275 de la S.A. BOUYGUES TÉLÉCOM et n° 285969 de l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS sont rejetées.

Article 2 : 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 3 : La S.A. 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 4 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPÉRATEURS DE RÉSEAUX ET SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS, à la S.A. 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

