

CONSEIL D'ETAT
2^{ème} et 7^{ème} sous sections
19 mai 2008

M. Stirn, président
Mme Sophie-Caroline de Margerie, rapporteur
M. Lenica Frédéric, commissaire du gouvernement
SCP LYON-CAEN, FABIANI, THIRIEZ ; SCP VIER, BARTHELEMY,
MATUCHANSKY ; SCP DELVOLVE, DELVOLVE ; SCP PIWNICA, MOLINIE, avocats

Vu la requête, enregistrée le 4 décembre 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR, dont le siège est 233, boulevard Voltaire à Paris (75011) ; la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler l'article 25 de la décision n° 2007-0810 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en date du 4 octobre 2007 portant détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010, en tant qu'il fixe le plafond du prix de la terminaison d'appel vocal mobile à 6,5 centimes d'euro la minute pour Orange France et SFR et à 8,5 centimes d'euro pour Bouygues Télécom, à compter du 1er janvier 2008 et jusqu'au 30 juin 2009 ;
- 2°) d'enjoindre à l'ARCEP de prendre, dans un délai d'un mois, une nouvelle décision de telle sorte que le plafond de l'offre de référence de la terminaison d'appel mobile sur le marché de gros soit davantage réduit, ce, vers 1 centime d'euro la minute dès l'année 2008 pour l'ensemble des opérateurs ;
- 3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; Vu les autres pièces du dossier ; Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ; Vu le code de commerce ; Vu le code des postes et des communications électroniques ; Vu le code de justice administrative ; Après avoir entendu en séance publique : - le rapport de Mme Sophie-Caroline de Margerie, Conseiller d'Etat, - les observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat de la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR, et de la SCP Vier, Barthelémy, Matuchansky, avocat de la société Française du Radiotéléphone, de la SCP Delvolvé, Delvolvé, avocat de la société Orange France et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Bouygues Télécom, - les conclusions de M. Frédéric Lenica, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 32-1 du code des postes et communications électroniques : « ... II.- Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent : ... / 2° A l'exercice au bénéfice des

utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ; / 3° Au développement de l'emploi, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques ... » ; qu'aux termes de l'article L. 38 du même code : « I.- Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 : ... / 4° Ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants... » ; qu'aux termes de l'article D. 311 du même code : « I.- Les opérateurs tenus de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants en application du 4° de l'article L. 38 doivent être en mesure de démontrer que leurs tarifs d'interconnexion et d'accès reflètent effectivement les coûts ; l'Autorité de régulation des télécommunications peut demander à ces opérateurs de respecter un encadrement pluriannuel des tarifs ou de justifier intégralement leurs tarifs et, si nécessaire, en exiger l'adaptation. / II.- Pour la mise en oeuvre des obligations prévues au 4° de l'article L. 38, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes précise, en tant que de besoin, les mécanismes de recouvrement des coûts, les méthodes de tarification et les méthodes de comptabilisation des coûts, qui peuvent être distinctes de celles appliquées par l'opérateur. / Elle peut également prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés comparables en France ou à l'étranger. / L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes veille à ce que les méthodes retenues promeuvent l'efficacité économique, favorisent une concurrence durable et optimisent les avantages pour le consommateur. Elle veille également à assurer une rémunération raisonnable des capitaux employés, compte tenu du risque encouru » ;

Considérant que par l'article 25 de sa décision du 4 octobre 2007, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a fixé, pour la période du 1er janvier 2008 au 30 juin 2009, des plafonds de tarifs de terminaison d'appel vocal mobile à 6,5 centimes d'euros par minute pour les sociétés Orange France et SFR et à 8,5 centimes d'euros par minute pour la société Bouygues Télécom ; que la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR demande l'annulation de cet article en tant qu'il fixe des plafonds supérieurs aux coûts des opérateurs de téléphonie mobile ;

Considérant qu'il ressort des dispositions combinées du 4° du I de l'article L. 38 et de l'article D. 311 du code des postes et des communications électroniques que l'ARCEP, qui peut recourir, si elle l'estime utile, à une mesure d'encadrement pluriannuel des tarifs pour contraindre les opérateurs à se conformer à l'obligation de fixer des tarifs reflétant les coûts, doit concilier, lorsqu'elle fixe le niveau des plafonds tarifaires, les objectifs d'efficacité économique, de promotion d'une concurrence durable entre les opérateurs et d'optimisation des avantages pour le consommateur ;

que, dès lors, l'ARCEP pouvait légalement prévoir, au vu de ces considérations, une baisse progressive des plafonds tarifaires vers un niveau de prix reflétant les coûts ; que, conformément aux dispositions de l'article D. 311 du code des postes et télécommunications électroniques, l'ARCEP pouvait légalement prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés comparables à l'étranger ; qu'en tenant compte du risque de déséquilibre entre opérateurs européens introduit par des régulations divergentes à l'échelle européenne sur la terminaison d'appel, l'ARCEP n'a pas commis d'erreur de droit ; Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, pour fixer les plafonds tarifaires contestés, l'ARCEP s'est fondée, à partir des restitutions réglementaires comptables auditées des opérateurs de téléphonie mobile,

sur des analyses du coût que ces opérateurs supportent, ainsi que sur des considérations relatives au contexte européen, et notamment aux niveaux de terminaison d'appel correspondant à l'encadrement tarifaire imposé dans les autres Etats membres de l'Union européenne ; que la décision contestée procède à une baisse des plafonds tarifaires de la terminaison d'appel vocal mobile à hauteur de 13 % pour Orange France et SFR et de 8 % pour Bouygues Télécom, rapprochant ainsi les tarifs des coûts ; qu'en outre, il n'est pas contesté que les plafonds tarifaires fixés en France sont plus faibles que ceux observés sur les marchés de la quasi-totalité des Etats membres de l'Union européenne, notamment sur les marchés comparables ; que la décision prévoit qu'une décision ultérieure viendra définir l'encadrement tarifaire pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2010 ; qu'en outre, aux termes de l'article 29 de la décision attaquée, un réexamen anticipé de l'encadrement tarifaire est susceptible d'intervenir conformément aux dispositions des articles D. 301 à D. 303 du code des postes et des communications électroniques ; que l'association requérante n'apporte aucun élément probant à l'appui de son allégation selon laquelle les coûts correspondants à une charge de terminaison d'appel mobile s'élèveraient à un centime d'euros par minute ; que par suite, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'ARCEP aurait commis, eu égard aux dispositions des articles L. 38 et D. 311 du code des postes et communications électroniques, une erreur manifeste dans l'appréciation des plafonds tarifaires au regard des objectifs de concurrence et d'optimisation de l'intérêt des consommateurs ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la décision attaquée prend en compte les coûts d'un opérateur efficace et non les propres coûts des opérateurs de téléphonie mobile concernés ; que ce retraitement permet notamment à l'ARCEP d'exclure un certain nombre de surcoûts qui relèvent du ressort des opérateurs ; que par suite, le moyen tiré de ce que la décision ne tiendrait pas compte des coûts d'un opérateur efficace manque en fait ;

Considérant que les moyens tirés de ce que la décision attaquée permet aux opérateurs, compte tenu des plafonds tarifaires fixés, de pratiquer un tarif d'éviction, de ce qu'elle constituerait une aide d'Etat et de ce qu'elle méconnaîtrait le principe d'égalité devant les charges publiques ne sont pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

Considérant que la décision contestée, qui a pour seul objet d'imposer aux opérateurs de téléphonie mobile un plafond du prix moyen de la terminaison d'appel, ne saurait être regardée comme mettant nécessairement ces opérateurs en situation d'abuser de leur position dominante sur le marché de la terminaison d'appel sur leur propre réseau ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR n'est pas fondée à demander l'annulation des décisions attaquées ; que ses conclusions aux fins d'injonction doivent être rejetées par voie de conséquence ;

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

Considérant, enfin, que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'association requérante la somme que l'ARCEP demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de cette association une somme de 3 000 euros demandée par la Société française du radiotéléphone (SFR) au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par l'ARCEP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR versera à la société française de radiotéléphone (SFR) la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la FÉDÉRATION NATIONALE UFC QUE CHOISIR, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, à la société Bouygues Télécom, à la société Orange France et à la société française de radiotéléphone (SFR). Une copie en sera adressée, pour information, au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.