

N°332393, 332394, 332421
336802, 336904

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE BOUYGUES TELECOM
et autres

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

Mme Constance Rivière
Rapporteur

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

Mme Béatrice Bourgeois-Machureau
Rapporteur public

Séance du 15 septembre 2010
Lecture du 12 octobre 2010

GS40

Vu, 1°/ sous le n° 332393, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 septembre 2009 et 27 novembre 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, dont le siège est 20, quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92640) ; la SOCIETE BOUYGUES TELECOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2009-948 du 29 juillet 2009 modifiant le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ;

2°) de joindre la présente requête en annulation au recours en annulation introduit par la SOCIETE BOUYGUES TELECOM à l'encontre de l'arrêté du 29 juillet 2009 ;

3°) d'ordonner à l'Etat de communiquer l'avis de la section des travaux publics visé par ce décret, de communiquer l'avis donné par la Commission des participations et des transferts sur le projet de décret, ainsi que l'ensemble des rapports économiques et financiers préparés pour le compte de l'Etat, du Conseil d'Etat et de la Commission des participations et des transferts ;

.....

Vu, 2°, sous le n° 332394, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 30 septembre 2009 et 27 novembre 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, dont le siège est 20, quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92640) ; la SOCIETE BOUYGUES TELECOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 29 juillet 2009 de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre auprès de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, chargé de l'industrie relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

2°) en tant que de besoin, d'annuler la décision n° 2009-0610 de l'ARCEP du 16 juillet 2009 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile de troisième génération et de la décision du Premier ministre du 12 janvier 2009 telle qu'elle résulte du communiqué de presse rendu public à cette date ;

.....

Vu, 3°, sous le n° 332421, la requête sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 1er octobre 2009 et 25 novembre 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE VIVENDI, dont le siège est 42, avenue de Friedland à Paris (75008), et la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR), dont le siège est 42, rue de Friedland à Paris (75008) ; la SOCIETE VIVENDI et SFR demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le décret n° 2009-948 du 29 juillet 2009 modifiant le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

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

.....

Vu, 4°, sous le n° 336802, la requête, enregistrée le 18 février 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE VIVENDI, dont le siège est 42, avenue de Friedland à Paris (75008), et la SOCIETE FRANÇAISE DU

RADIOTELEPHONE (SFR), dont le siège est 42, rue de Friedland à Paris (75008) ; la SOCIETE VIVENDI et SFR demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision de l'ARCEP n° 2009-1067 en date du 17 décembre 2009 relative au compte-rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération et sa décision n° 2010-0043 en date du 12 janvier 2010 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 5°/ sous le n° 336904, la requête, enregistrée le 22 février 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, dont le siège est 20, quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92640) ; la SOCIETE BOUYGUES TELECOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2010-0043 du 12 janvier 2010 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public et, en tant que de besoin, la décision n° 2009-1067 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 17 décembre 2009 relative au compte rendu et au résultat de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 10 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 ;

Vu le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Constance Rivière, Auditeur,

- les observations de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, de la SCP Vier, Barthelémy, Matuchansky, avocat de la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIETE VIVENDI,

- les conclusions de Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, Rapporteur public,

- la parole ayant à nouveau été donnée à la SCP Peignot, Garreau, avocat de la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, à la SCP Vier, Barthelémy, Matuchansky, avocat de la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIETE VIVENDI ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, suite au lancement le 28 juillet 2000 puis le 29 décembre 2001 de deux appels à candidature successifs en vue de l'attribution de quatre autorisations d'exploitation de réseaux de téléphonie mobile de troisième génération (3G) dans la bande de fréquences 2,1 GHz, trois autorisations, comprenant chacune un bloc de 15 MHz de fréquences, ont été attribuées aux sociétés Orange, SFR et BOUYGUES TELECOM ; que la part fixe de la redevance, initialement fixée pour Orange et SFR à 4,95 milliards d'euros, a été ramenée en 2002, pour les trois opérateurs, à 619 millions d'euros et la durée de la licence portée de quinze à vingt ans ; que le 8 mars 2007, un nouvel appel à candidature a été lancé, dans les mêmes conditions, pour attribuer à un quatrième opérateur le bloc restant de 15 MHz de fréquences ; que cet appel s'est avéré infructueux ; qu'à la suite de cet échec et au terme d'une consultation publique menée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) entre le 13 juin et le 18 juillet 2008, dont la synthèse a été publiée le 22 septembre suivant, le Gouvernement a présenté, le 12 janvier 2009, un nouveau schéma d'attribution consistant à scinder la bande de fréquences non encore attribuée en trois lots de 5 MHz chacun, dont l'un serait réservé à un quatrième opérateur de téléphonie mobile ; que l'arrêté ministériel attaqué du 29 juillet 2009, pris sur proposition de l'ARCEP, prévoit l'attribution d'un lot de 5 MHz à ce quatrième opérateur ; que le décret attaqué, du même jour, fixe le montant de la redevance due pour ce lot à 240 millions d'euros ; que l'ARCEP a, par sa décision n° 2009-1067 en date du 17 décembre 2009, retenu la

candidature de la société Free Mobile à l'attribution de la 4ème licence de téléphonie mobile ; que, par sa décision n° 2010-0043 en date du 12 janvier 2010, elle a autorisé cette même société à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau 3G ;

Considérant que la SOCIETE BOUYGUES TELECOM demande l'annulation, sous le n° 332393, du décret du 29 juillet 2009 fixant le montant de la redevance due par le quatrième opérateur de téléphonie mobile pour l'exploitation d'un réseau de troisième génération (3G), sous le n° 332394, de l'arrêté du même jour relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération et, sous le n° 336904, des décisions de l'ARCEP en date du 17 décembre 2009 et du 12 janvier 2010 ; que les sociétés VIVENDI et SFR demandent l'annulation, sous le n° 332421, du décret du 29 juillet 2009 et, sous le n° 336802, des deux décisions précitées de l'ARCEP ; que ces requêtes, qui sont en tout ou partie dirigées contre les mêmes actes, présentent à juger des questions semblables ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur les interventions de la société Orange et de la société Free Mobile :

Considérant que la société Orange, titulaire d'une autorisation d'exploiter un réseau 3G, a intérêt à l'annulation du décret attaqué ; que son intervention au soutien de la requête n° 332421 est ainsi recevable ; que Free Mobile, candidate à l'attribution de la quatrième licence d'opérateur de téléphonie mobile, a intérêt au maintien de l'ensemble des actes attaqués ; que, par suite, son intervention en défense dans ces requêtes est recevable ;

Sur la légalité du décret du 29 juillet 2009 :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques : « I. - L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire (...) / II. - L'autorisation précise les conditions d'utilisation de la fréquence ou de la bande de fréquences qui portent sur : (...) / 3° Les redevances dues par le titulaire de l'autorisation, lorsque celles-ci n'ont pas été fixées par décret » ; qu'aux termes de l'article L. 42-2 du même code : « Lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser. / Le ministre chargé des communications électroniques fixe, sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation correspondant à ces fréquences ainsi que la durée de la procédure d'attribution, qui ne peut excéder un délai fixé par décret (...) » ;

Sur la légalité externe du décret attaqué :

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques que le ministre chargé des communications électroniques est compétent pour fixer, sur proposition de l'ARCEP, les conditions de délivrance et de modification des autorisations d'utilisation des fréquences lorsque le nombre de ces autorisations a été limité pour satisfaire aux exigences d'une bonne utilisation des fréquences, notamment pour tenir compte de la rareté de celles-ci ; qu'en revanche, ainsi que le rappelle l'article L. 42-1 du même code, le Premier ministre peut, par décret, fixer le montant des redevances exigées des opérateurs pour l'utilisation des fréquences, lesquelles font partie du

domaine public de l'Etat ; que, dès lors, les moyens tirés, d'une part, de ce que seul le ministre chargé des communications électroniques serait compétent pour fixer le montant de la redevance, d'autre part, de ce que l'ARCEP aurait dû être consultée préalablement à la fixation par le ministre de la redevance, ne peuvent qu'être écartés ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 22 de la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service du consommateur, qui abroge le régime de redevances antérieurement mis en place par l'article 36 de la loi de finances pour 2001, à compter de l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires définissant le montant et les modalités de versement de la redevance due par chaque titulaire d'une autorisation d'utilisation de ces fréquences en application des articles L. 42-1 et L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques : « (...) IV. Le Gouvernement organisera un débat au Parlement avant toute mise en œuvre du présent article » ; qu'en tout état de cause, il ressort des pièces du dossier et il n'est pas contesté que des débats ont eu lieu les 5 et 11 février 2009 respectivement devant l'Assemblée nationale et le Sénat sur le montant et les modalités de versement de la redevance due par le quatrième opérateur et il n'appartiendrait par ailleurs pas au Conseil d'Etat de se prononcer sur les conditions et modalités d'organisation de ce débat ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il est toujours loisible au pouvoir réglementaire, avant de prendre une décision, de recueillir tous les éléments d'information et les avis qu'il juge utiles, même lorsque ces avis ne sont pas prévus dans le texte qui régit le champ de compétence de l'organisme consulté, dès lors, d'une part, qu'une telle consultation n'est pas incompatible avec l'économie générale de la procédure applicable, d'autre part, que l'autorité administrative compétente ne se sent pas liée par cet avis ; que, par suite, la circonstance que le Gouvernement, qui s'est fondé sur plusieurs études et avis avant de fixer le montant de la redevance, ait, avant de prendre sa décision, notamment recueilli l'avis de la Commission des participations et des transferts, experte en valorisation des biens économiques dans l'intérêt patrimonial des personnes publiques, n'est pas de nature à entacher d'illégalité le décret, dès lors qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'il se soit senti lié par cet avis et qu'il n'est pas contesté que cette consultation ait été compatible avec la procédure ;

Sur la légalité interne du décret attaqué :

Considérant qu'aux termes de l'article 9 de 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 ») : « Les États membres veillent à la gestion efficace des radiofréquences pour les services de communications électroniques sur leur territoire (...). Ils veillent à ce que l'attribution et l'assignation de telles radiofréquences par les autorités réglementaires nationales soient fondées sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés (...) » ; qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le I de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, pris pour la transposition de ces dispositions, prévoit que l'ARCEP attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques « dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires » ; qu'aux termes du II de l'article L. 32-1 du même code : « 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 ; (...) 9° A l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs (...) » ; que l'utilisation de fréquences radioélectriques par les titulaires

d'autorisations constitue, comme le rappelle l'article L. 41-1 du même code, un « mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques : « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation » ;

Sur les moyens tirés d'une méconnaissance des principes de transparence et de confiance légitime :

Considérant, d'une part, que les dispositions précitées de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques et les dispositions de l'article 13 de la directive n° 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation ») imposent notamment que les redevances fixées par les Etats pour les droits d'utilisation des fréquences soient objectivement justifiées et transparentes ; qu'il ressort des pièces du dossier et qu'il n'est pas contesté que le décret attaqué rend public, de manière claire, le montant de la part fixe de la redevance ; que ces dispositions n'imposent en revanche pas, contrairement à ce que soutient BOUYGUES TELECOM, de rendre publiques les méthodes de calcul arrêtées préalablement à l'édiction du décret, destinées à fixer le montant de la redevance ; que par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que la détermination du montant de la redevance pour le quatrième opérateur a, avant l'adoption du décret, d'une part, fait l'objet d'une consultation publique menée à l'été 2008 par l'ARCEP à la demande du Gouvernement, d'autre part, de demandes d'avis auprès de trois organismes, la Commission des participations et des transferts, l'ARCEP et la commission consultative des communications électroniques ; que toutes ces étapes de la procédure ont été portées à la connaissance des parties intéressées, notamment des opérateurs 3G déjà présents sur le marché, qui ont pu faire connaître leurs observations au Gouvernement avant que ne soit arrêté le montant défini par le décret attaqué ; que, dès lors, les requérants ne sont, en tout état de cause, pas fondés à soutenir que la procédure suivie aurait méconnu l'obligation de transparence découlant des textes mentionnés ci-dessus ;

Considérant, d'autre part, que si la société Orange soutient qu'en divisant en trois le dernier bloc de fréquences, le Gouvernement a rendu possible l'introduction de plus de quatre opérateurs sur le marché de la téléphonie mobile et ainsi méconnu le principe de confiance légitime, ce moyen est inopérant à l'encontre du décret attaqué dont l'objet est de fixer le montant de la redevance pour l'attribution du premier bloc de 5 MHz de fréquences à un quatrième opérateur et non de déterminer les conditions d'attribution des deux blocs suivants ; que, pour ces mêmes raisons, le moyen tiré d'une atteinte aux supposés droits acquis des opérateurs ne peut, en tout état de cause, qu'être rejeté ;

Sur la violation du principe de non-discrimination et l'atteinte au droit de la concurrence :

Considérant que le principe de non-discrimination en droit de l'Union européenne impose, d'une part, de ne pas appliquer des règles différentes à des situations comparables, d'autre part, de ne pas appliquer la même règle à des situations différentes ;

Considérant que, pour permettre l'entrée sur le marché de la téléphonie mobile d'un opérateur ne disposant, comme cela devait être le cas d'un nouvel entrant, que d'une autorisation 3G et non, en outre, comme les opérateurs existants, d'une autorisation d'exploitation d'un réseau en norme 2G, trois séries de mesures avaient été prévues dès le

premier appel à candidature en 2000, à savoir le droit, pour le nouvel opérateur, d'utiliser le réseau de téléphonie mobile 2G des opérateurs existants pendant six ans (droit d'itinérance), le droit de localiser ses équipements 3G sur le site d'un opérateur 3G existant et, enfin, le droit de se voir attribuer des fréquences dans la bande 900 MHz si les opérateurs existants demandaient à réutiliser une partie de ces fréquences, initialement réservées à leur réseau 2G, pour développer leur réseau en norme 3G ; que les droits ainsi accordés au nouvel entrant, qui ont été inscrits dans les autorisations 3G délivrées aux opérateurs existants et qui ouvrent droit à une rémunération par le nouvel opérateur, avaient pour objet de compenser les avantages concurrentiels dont disposaient les trois opérateurs existants vis-à-vis d'un nouvel entrant compte tenu des réseaux mobiles qu'ils avaient déjà pu constituer et des positions ainsi acquises sur le marché de la téléphonie mobile ; que la circonstance que le nouvel opérateur pourrait ainsi, dès le départ, déployer son réseau 3G aussi sur la bande 900 MHz, alors que les autres opérateurs n'ont eu cette possibilité que quelques années après la délivrance de leur propre autorisation 3G, n'est pas en elle-même discriminatoire dès lors qu'il ressort des pièces du dossier, d'une part, que cet avantage ne peut être apprécié qu'en tenant compte également de la situation des autres opérateurs à la date d'entrée sur le marché du nouvel acteur et du droit dont ils bénéficient de réutiliser pour leur réseau 3G les deux blocs de 5 MHz dont ils disposent chacun dans la bande 900 MHz, d'autre part, que la non attribution d'un bloc dans cette même bande au nouvel entrant aurait constitué une discrimination à l'égard de ce dernier et une barrière à son entrée sur le marché ;

Considérant qu'il ressort toutefois des pièces du dossier, notamment de l'évolution des conditions du marché de détail de la téléphonie mobile depuis 2000 – stabilité des parts de marché des opérateurs existants, faible taux de rotation des consommateurs entre opérateurs et absence de baisse sensible des prix – ainsi que des échecs auxquels ont abouti les appels d'offres successifs pour l'attribution d'une quatrième licence de téléphonie mobile, en particulier celui de 2007, que ces mesures n'étaient plus, sept ans après l'attribution des trois premières licences 3G, suffisantes pour lever toutes les barrières à l'entrée sur le marché ; que si les requérants soutiennent que les évolutions technologiques au cours des dernières années auraient toutes été favorables à un nouvel entrant et auraient eu pour effet de neutraliser les inconvénients de son entrée plus tardive sur le marché, il ressort au contraire des pièces du dossier que l'avantage que le nouvel opérateur pourra, au moment du déploiement de son réseau, tirer de ces évolutions, dont bénéficient au demeurant aussi les opérateurs existants, est atténué par la nécessité dans laquelle il se trouvera de déployer très rapidement son réseau sur un marché proche de la maturité et peu fluide ; que, dès lors, tant la circonstance que la différence de situation existant entre les opérateurs s'est accrue au détriment d'un nouvel entrant, que l'intérêt général qui s'attache à l'ouverture du marché à un quatrième opérateur pour permettre une amélioration de la situation concurrentielle sur le marché français de la téléphonie mobile, justifiaient que soient recherchées des solutions alternatives susceptibles de permettre à un nouvel opérateur d'entrer et de s'installer durablement sur ce marché, dès lors que celles-ci ne dépassaient pas ce qui était nécessaire pour tenir compte de cette différence de situation ;

Considérant que cette modification pouvait, sans méconnaître aucune disposition législative ou réglementaire, se traduire notamment par une diminution du montant de la redevance, par l'étalement de son paiement ou par la division en plusieurs lots de la bande de fréquences restant à attribuer, les autres conditions d'attribution de ce lot et la procédure suivie étant par ailleurs identiques à celles des trois premières autorisations ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de l'échec de l'appel à candidature de 2007, que la diminution du montant de la redevance pour un faisceau identique de fréquences aurait été soit trop importante pour respecter le principe de non-discrimination, soit trop faible pour permettre l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché de la téléphonie mobile ; que le fait de diviser le

bloc de 15 MHz en trois ne constitue pas en soi un avantage accordé au nouvel entrant, l'attribution d'un nombre de fréquences inférieur ayant pour effet de restreindre les capacités techniques et commerciales de ce dernier ; qu'il en résulte que le choix qui a été fait de diviser en plusieurs lots la bande restante de fréquences n'est entaché ni d'erreur de droit, ni d'erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant que la modification envisagée ne pouvait, toutefois, pas dépasser ce qui était nécessaire pour tenir compte de la différence de situation existant entre les opérateurs et pour assurer les conditions d'une plus grande concurrence ; qu'il ressort des pièces du dossier que, pour déterminer le montant de la redevance exigée pour l'attribution d'un bloc de 5 MHz, le Gouvernement a utilisé plusieurs méthodes dont l'objectif était, d'une part, de déterminer la valeur moyenne d'usage de la licence compte tenu de l'impact des mesures prévues par ailleurs en faveur du nouvel entrant ainsi que des évolutions technologiques et réglementaires dont il pourra bénéficier pour déployer son réseau, d'autre part, de fixer un montant de la redevance permettant l'émergence d'un quatrième opérateur afin de renforcer la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile ; que le choix, dans les principales études sur lesquelles s'est fondé le Gouvernement, de la méthode de la valeur actualisée nette comme méthode centrale lui a permis de s'assurer que la fixation du prix de la redevance n'offrirait pas au nouvel opérateur des avantages concurrentiels injustifiés, tout en tenant compte notamment de l'importance des différents blocs de fréquences attribués, du moment de l'accès au marché de chacun des opérateurs concernés et de la possibilité de présenter une offre complète de systèmes de télécommunications mobiles ; que, toutefois, compte tenu de la grande sensibilité des résultats obtenus par cette méthode aux valeurs des paramètres pris en compte, le Gouvernement s'est aussi appuyé sur des comparaisons internationales de prix des licences 3G, ainsi que sur des études d'indicateurs boursiers, afin d'apprécier la pertinence de ces résultats ; que, pour perfectibles qu'elles soient, les différentes méthodes ainsi employées, qui ont un caractère usuel et dont aucune pièce du dossier ne permet de remettre en cause la validité ou la pertinence, ont permis de déterminer la fourchette de valeurs la plus plausible pour la fixation de la redevance ; que si, s'agissant du calcul de la valeur actualisée nette, l'instruction a fait ressortir des inexactitudes dans l'une des études produites par le Gouvernement, cette circonstance ne saurait suffire à remettre en cause l'ensemble des études dont les principaux paramètres retenus apparaissent raisonnables et dont les résultats ne sont pas affectés par les erreurs relevées ; qu'enfin, les arguments des requérantes tirés de la situation particulière de Free Mobile ne sauraient être utilement invoqués à l'encontre du décret qui avait pour objet de fixer un montant de redevance exigible d'un opérateur théorique et de susciter ainsi plusieurs candidatures ; qu'il résulte de ce qui précède que la fixation du montant de la part fixe de la redevance à 240 millions d'euros n'est pas manifestement sous-évaluée et ne porte pas atteinte aux principes de la concurrence, un seul candidat s'étant d'ailleurs présenté pour ce montant ; que, pour les mêmes raisons, l'octroi à un quatrième opérateur d'une licence 3G dans des conditions financières différentes des trois autres licences n'a pas constitué en l'espèce une aide d'Etat au sens du droit de l'Union européenne ; que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ;

Considérant enfin que BOUYGUES TELECOM soutient que le décret attaqué est illégal, d'une part, en ce qu'il ne fixe pas le montant de la redevance dû par chaque titulaire d'une licence 3G, d'autre part, en ce qu'il ne prévoit pas de modification rétroactive de sa propre redevance ; que l'article 3 du décret du 24 octobre 2007 modifié par le décret attaqué dispose que « les titulaires d'une autorisation d'utilisation des fréquences des bandes GSM et IMT exploitant un réseau mobile terrestre de deuxième ou troisième génération ouvert au public sont assujettis au paiement d'une redevance dont le montant est déterminé par le chapitre III. Lorsqu'il n'est pas déterminé par le chapitre III, ce montant est précisé dans le cahier des charges annexé aux autorisations correspondantes » ; que le pouvoir réglementaire a donc bien défini le montant des

redevances dues par les opérateurs 3G, soit directement dans le chapitre III du décret attaqué, soit, pour les opérateurs titulaires d'une redevance 3G avant la loi du 3 janvier 2008 précitée, par référence aux cahiers des charges dans lesquels était inscrit le montant de leur redevance conformément à l'article 36 de la loi de finances pour 2001 alors applicable ; que la révision du montant des redevances des autres opérateurs selon des règles de calcul identiques ou proportionnelles ne s'imposait pas dès lors que la redevance du quatrième opérateur a été fixée à un montant ne créant pas de distorsion de concurrence, la modulation des conditions financières étant proportionnée à la différence de situation avec les trois autres opérateurs ; que, concernant les conclusions tendant à la diminution de la redevance à la charge de BOUYGUES TELECOM, il ne ressort pas des pièces du dossier que la situation de BOUYGUES TELECOM par rapport à celle des deux autres opérateurs justifiait aujourd'hui un traitement spécifique, cette dernière ayant commencé à exploiter son réseau 3G en même temps qu'eux et disposant d'un nombre identique de fréquences ;

Sur la légalité de l'arrêté du 29 juillet 2009 ensemble la décision n° 2009-0610 de l'ARCEP du 16 juillet 2009 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile de troisième génération et le communiqué de presse du Premier ministre en date du 12 janvier 2009 :

Sur les fins de non-recevoir opposées par l'ARCEP et par la société Free Mobile :

Considérant que l'arrêté du 29 juillet 2009 par lequel la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, et le ministre auprès de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, chargé de l'industrie, ont lancé l'appel à candidatures pour l'attribution de la quatrième licence 3G en renvoyant, pour la définition des modalités et des conditions d'attribution de cette autorisation d'utilisation des fréquences à l'annexe I à la décision n° 2009-0610, conformément à la procédure prévue à l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques, présente le caractère d'une mesure préparatoire qui n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, et qui ne peut être contestée qu'à l'appui du recours contre les actes désignant les opérateurs choisis à l'issue de cette procédure ; que le communiqué de presse du Premier ministre en date du 12 janvier 2009, qui présente la stratégie globale envisagée pour la troisième et la quatrième génération de téléphonie mobile, ne fait quant à lui naître aucune décision ; que, dès lors, l'ARCEP et Free Mobile sont fondées à soutenir que les conclusions tendant à l'annulation de ces actes sont irrecevables ;

Sur les recours dirigés contre les décisions de l'ARCEP en date du 17 décembre 2009 et du 12 janvier 2010 :

Considérant que, suite à l'appel à candidature lancé en juillet 2009 pour l'attribution d'une quatrième licence 3G dans les conditions décrites ci-dessus, l'ARCEP a reçu un seul dossier de candidature déposé le 28 octobre 2009 par Free Mobile ; qu'elle a successivement examiné si cette société remplissait les critères de recevabilité, de qualification et de sélection, conformément à la procédure fixée à l'annexe de sa décision n° 2009-0610 du 16 juillet 2009 ; que suite à cet examen, elle a, dans sa décision n° 2009-1067 en date du 17 décembre 2009, retenu la candidature de Free Mobile à l'attribution de la quatrième licence de téléphonie mobile et l'a autorisée à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau 3G dans sa décision n° 2010-0043 en date du 12 janvier 2010 ; que ces deux décisions sont attaquées par BOUYGUES TELECOM et par les sociétés VIVENDI et SFR ;

Sur la légalité externe :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques : « ... L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peut délibérer que si cinq au moins de ses membres sont présents ... » ; qu'il ressort des pièces du dossier, notamment du relevé des conclusions des séances du collège du 17 décembre 2009 et 12 janvier 2010, que les sept membres de l'autorité étaient présents ; que le moyen soulevé par les sociétés VIVENDI et SFR et tiré de la méconnaissance de ces dispositions manque donc en fait ;

Sur l'annulation par voie de conséquence de l'annulation du décret et de l'arrêté du 29 juillet 2009 :

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que ce moyen ne peut qu'être écarté ;

Sur les moyens tirés, par la voie de l'exception, de l'illégalité dont serait entaché l'arrêté du 29 juillet 2009 :

Considérant, d'une part, que le moyen tiré de ce que le ministre aurait dû, après avis de l'ARCEP, fixer le montant de la redevance sur le fondement de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques ne peut qu'être écarté pour les motifs exposés précédemment en réponse aux moyens tirés de l'illégalité externe du décret en date du même jour ;

Considérant, d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier que le choix des critères de sélection, qui avaient été élaborés pour classer les candidats ayant été qualifiés et qui comprenaient notamment la cohérence et la crédibilité du projet, les offres tarifaires, la couverture du territoire et la qualité de service, n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ; que la circonstance que les sous-critères de sélection n'aient pas, à la différence des critères de sélection, été affectés d'un coefficient de pondération ne saurait par elle-même constituer un manquement au principe de transparence ; que les autres moyens relatifs au montant de la redevance sont inopérants à l'encontre de l'arrêté du 29 juillet 2009 ;

Sur la méconnaissance du principe de transparence :

Considérant qu'aux termes de l'article 15 de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 : « Publication des informations / 1. Les États membres veillent à ce que toutes les informations utiles sur les droits, les conditions, les procédures, les taxes, les redevances et les décisions concernant les autorisations générales et les droits d'utilisation soient rendues publiques et correctement tenues à jour de manière à ce que toutes les parties intéressées puissent y avoir aisément accès » ;

Considérant que s'il résulte bien de ces dispositions que les décisions relatives à la procédure d'attribution et la nature des engagements pris par les opérateurs doit être rendue publique, elles n'imposent, en revanche et en tout état de cause, pas de publier le détail chiffré de ces engagements, en particulier lorsque les informations sont couvertes par le secret des affaires, l'ARCEP, qui en a connaissance, étant chargée d'en contrôler le respect ;

Sur le moyen tiré de l'attribution à Free Mobile d'avantages injustifiés :

Considérant qu'aux termes du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques : « 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 ; (...) / 8° Au développement de l'utilisation partagée entre opérateurs des installations mentionnées aux articles L. 47 et L. 48 ; / (...) 11° A l'utilisation et à la gestion efficaces des fréquences radioélectriques et des ressources de numérotation ; / 12° A un niveau élevé de protection des consommateurs, grâce notamment à la fourniture d'informations claires, notamment par la transparence des tarifs et des conditions d'utilisation des services de communications électroniques accessibles au public » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les dispositions plus avantageuses prévues pour le nouvel entrant dans son autorisation d'utilisation de fréquences pour exploiter un réseau 3G, relatives aux règles de partage des sites, d'une part, sont inscrites dans les cahiers des charges annexés aux autorisations des trois opérateurs 2G/3G depuis 2001, d'autre part, sont, pour les raisons déjà exposées dans la présente décision, nécessaires au rétablissement de la concurrence entre le nouvel opérateur et ceux déjà présents sur le marché ; qu'il ressort de ces mêmes pièces que les conditions d'utilisation par Free Mobile des fréquences dans la bande 900 MHz pour exploiter son réseau 3G - durée et réexamen, qui pouvaient être fixées dans la décision du 12 janvier 2010, ne peuvent être comparées à celles prévues pour les autres opérateurs dans le cadre de l'exploitation de leur réseau 2G, BOUYGUES TELECOM n'apportant en outre aucun élément permettant d'établir une mauvaise gestion des fréquences ou un risque de distorsion de concurrence ; qu'il en ressort, enfin, que l'obligation de couverture de Free Mobile est bien conforme à l'engagement pris par cette société dans son dossier de candidature ; qu'il résulte de ce qui précède que les obligations imposées à Free Mobile par la décision du 12 janvier 2010 sont, contrairement à ce que soutient BOUYGUES TELECOM, conformes aux objectifs fixés par l'article L. 32-1 précité ;

Sur les moyens tirés de l'erreur manifeste d'appréciation et du détournement de pouvoir :

Considérant que BOUYGUES TELECOM soutient que les notes attribuées à Free Mobile pour cinq critères de sélection sur neuf ont été surévaluées, entachant la décision d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir ; qu'à supposer que la notation relative à certains critères ait été surévaluée, ce qui ne ressort pas des pièces du dossier, la décision du 12 janvier 2010 ne serait pas pour autant illégale, aucune note minimale n'étant fixée pour l'octroi de cette licence ;

Considérant que le détournement de pouvoir allégué n'est pas davantage établi ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin ni de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par l'ARCEP et par Free Mobile, ni d'ordonner les mesures d'instruction sollicitées qui n'auraient pas été satisfaites au cours de la procédure, alors notamment qu'a été menée une enquête à la barre le 20 mai 2010, que les sociétés requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation des décisions qu'elles attaquent ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'Etat et de l'ARCEP qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, le versement d'une somme au titre des frais exposés par BOUYGUES TELECOM et par les sociétés VIVENDI et SFR et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge des sociétés requérantes le versement des sommes demandées à ce titre par l'Etat et par la société Free Mobile ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions de la société Free Mobile sous les numéros 332393, 332394, 332421, 336802, 336904 et l'intervention de la société Orange sous le numéro 332421 sont admises.

Article 2 : Les requêtes des sociétés BOUYGUES TELECOM, VIVENDI et SFR sont rejetées.

Article 3 : Les conclusions de l'Etat, de l'ARCEP et de la société Free Mobile tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administratives sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE BOUYGUES TELECOM, à la SOCIETE VIVENDI, à la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE, à la société Free Mobile, à la société Orange, au Premier ministre, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, à la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat.