
SOCIÉTÉ ORANGE FRANCE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Tristan Aureau
Rapporteur

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

M. Xavier Domino
Rapporteur public

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

Séance du 21 mai 2014
Lecture du 18 juin 2014

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 juin et 3 septembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par la société Orange France, dont le siège est 1, Avenue Nelson Mandela à Arcueil (94745), représentée par son directeur juridique en exercice ; la société Orange France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2013-0514 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) du 4 avril 2013 modifiant la décision n° 2009-0838 du 5 novembre 2009 autorisant la société Bouygues Télécom à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ;

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

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le traité sur l'Union européenne ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;

Vu l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 ;

Vu le décret n° 2012-436 du 30 mars 2012 ;

Vu le décret n° 2013-238 du 22 mars 2013 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Tristan Aureau, auditeur,

- les conclusions de M. Xavier Domino, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Meier-Bourdeau, Lecuyer, avocat de la société Bouygues Télécom ;

Sur les dispositions applicables au litige :

1. Considérant qu'aux termes des dispositions du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, transposant les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) : « (...) 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 (...) ; / (...) 17° A ce que tous les types de technologies et tous les types de services de communications électroniques puissent être utilisés dans les bandes de fréquences disponibles pour ces services lorsque cela est possible (...) » ;

2. Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, transposant les dispositions de l'article 9 bis de la directive 2002/21/CE, modifiée par la directive 2009/140/CE : « II. - Le titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques qui a été attribuée avant la promulgation de la présente ordonnance et qui reste valide pour une durée de cinq ans au moins après le 25 mai 2011 peut demander avant le 24 mai 2016 à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de réexaminer les restrictions d'utilisation des fréquences prévues dans son autorisation au regard des dispositions des II et III de l'article L. 42 du code des postes et des communications électroniques. L'Autorité procède à ce réexamen afin de ne maintenir que les restrictions nécessaires en vertu de ces dispositions. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de ce réexamen. / III.- (...) Dans le cadre des réexamens d'autorisations prévus aux II et III du présent article, l'Autorité prend les mesures appropriées afin que soient respectés le principe d'égalité entre opérateurs et les conditions d'une concurrence effective » ; qu'aux termes des dispositions de l'article 29 du décret du 30 mars 2012 portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications

électroniques : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes informe sans délai le ministre chargé des communications électroniques de la réception d'une demande de réexamen au titre du II de l'article 59 de l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques. / Dans un délai de huit mois à compter de la réception de cette demande, l'Autorité notifie au demandeur la conclusion de son réexamen ainsi que, le cas échéant, les nouvelles conditions d'autorisation qu'elle envisage pour l'utilisation des fréquences. Dans le mois qui suit cette notification, le demandeur peut retirer sa demande, auquel cas son autorisation reste inchangée. Dans le cas contraire, l'Autorité lui notifie la nouvelle autorisation d'utilisation des fréquences radioélectriques » ;

3. Considérant qu'aux termes des dispositions du premier alinéa du III de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques : « Lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi » ;

Sur le litige :

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par une décision n° 2009-0838 du 5 novembre 2009, l'ARCEP a autorisé la société Bouygues Télécom à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ; que, par cette décision, l'ARCEP a restreint l'utilisation de ces fréquences au déploiement par la société Bouygues Télécom de réseaux conformes à la norme GSM ; que, par une décision n° 2013-0514 du 4 avril 2013, l'ARCEP a modifié la décision n° 2009-0838 précitée afin d'autoriser la société Bouygues Télécom à déployer des réseaux conformes à d'autres normes que la norme GSM, et notamment des réseaux à très haut débit dits de 4ème génération (4G), dans les fréquences qui lui sont attribuées dans la bande 1800 MHz, en application des dispositions citées ci-dessus ; que la société Orange France demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision ;

Sur la légalité externe :

5. Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article L. 34-8 du code des postes et des communications électroniques ont trait aux conventions de droit privé conclues entre les opérateurs de télécommunications mobiles en matière d'interconnexion ou d'accès, que les dispositions de l'article L. 34-8-1 du même code ont pour objet les conventions de droit privé conclues entre ces mêmes opérateurs en matière de prestations d'itinérance locale, que les dispositions de l'article L. 36-10 du même code concernent les abus de position dominante et les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence et que les dispositions de l'article L. 37-1 du même code portent sur les décisions par lesquelles l'ARCEP détermine les marchés pertinents et la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur ces marchés ; qu'aucune de ces dispositions ne prévoit la consultation des autorités compétentes en matière de concurrence préalablement à l'adoption d'une décision par laquelle l'Autorité procède au réexamen des autorisations d'utilisation de fréquences accordées aux opérateurs de télécommunications mobiles ; que, d'autre part, les stipulations du paragraphe 3 de l'article 4 du traité sur l'Union européenne se bornent à définir un principe de coopération loyale entre les institutions de l'Union et les Etats membres ; que ces stipulations n'ont ni pour objet ni pour effet d'imposer à l'ARCEP de consulter les autorités compétentes en matière de concurrence

préalablement à l'adoption d'une décision par laquelle l'Autorité procède au réexamen des autorisations d'utilisation de fréquences accordées aux opérateurs de télécommunications mobiles ; que le moyen tiré de ce que l'ARCEP a méconnu ces dispositions et ces stipulations en ne consultant pas les autorités compétentes en matière de concurrence préalablement à l'adoption de la décision attaquée est, par suite, infondé ;

6. Considérant, en deuxième lieu, que, dans la décision attaquée, l'ARCEP a notamment relevé, d'une part, que l'instruction de la demande de la société Bouygues Télécom n'avait pas permis de conclure que l'autorisation donnée à celle-ci de déployer son réseau 4G dans la bande 1800 MHz aurait pour effet de compromettre l'emploi, l'investissement ou la compétitivité dans le secteur des communications électroniques pris dans son ensemble et, d'autre part, que l'avantage que pourrait tirer la société Bouygues Télécom d'une levée anticipée de la restriction technologique n'apparaissait pas d'une ampleur et d'une durée telles qu'il constituerait une distorsion concurrentielle sur le marché mobile ; que, par suite, la décision attaquée est, en tout état de cause, suffisamment motivée ;

7. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes des dispositions précitées du paragraphe 3 de l'article 9 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, il revenait, dès 2009, aux Etats de veiller à ce que tous les types de technologies puissent être utilisés dans les bandes de fréquences déclarées disponibles pour les services de communications électroniques ; qu'il ressort des pièces du dossier que, préalablement à l'adoption de la décision attaquée, l'ARCEP a, dès mars 2009, indiqué, dans le document de lancement de la première consultation publique concernant la levée des restrictions d'utilisation des fréquences dans les bandes 800 MHz et 2600 MHz, que les fréquences de la bande 1800 MHz pourraient être réutilisées, à terme, pour la mise en œuvre de technologies autres que la technologie GSM ; qu'en juillet 2009, dans le document de lancement de la seconde consultation publique menée par l'ARCEP à ce sujet, il était indiqué qu'il apparaissait opportun d'examiner les modalités de réutilisation des fréquences de la bande 1800 MHz par d'autres technologies que la technologie GSM avec l'ensemble des opérateurs dès la fin de l'année 2011 ; que, conformément aux dispositions précitées du III de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques et préalablement à l'adoption de la décision attaquée, l'ARCEP a, à la suite de la demande formée le 19 juillet 2012 par la société Bouygues Télécom, lancé une consultation publique le 30 juillet 2012 avec les opérateurs de télécommunications mobiles au sujet de la réutilisation de la bande 1800 MHz par des technologies autres que le GSM, mené des auditions à ce sujet avec ces opérateurs au début du mois de juillet 2012 et en février 2013, et publié un document d'orientation pour l'introduction de la neutralité technologique dans la bande 1800 MHz en mars 2013 ; que le moyen tiré de ce que la décision attaquée n'a pas été prise, conformément aux dispositions du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, dans des conditions transparentes et de ce que l'ARCEP aurait méconnu le principe communautaire de confiance légitime ne peut, par suite et en tout état de cause, qu'être écarté ;

8. Considérant, en quatrième lieu, que la décision attaquée ne constitue pas une aide d'Etat au sens des stipulations du paragraphe I de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que cette décision aurait dû être notifiée à la Commission européenne, conformément aux stipulations de cet article, doit être écarté ;

Sur la légalité interne :

9. Considérant, en premier lieu, que le document d'orientation relatif à l'introduction de la neutralité technologique dans la bande 1800 MHz publié le 12 mars 2013 par l'ARCEP est dépourvu de valeur normative ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la décision attaquée est illégale en raison de l'illégalité de ce document d'orientation ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

10. Considérant, en deuxième lieu, que l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure que si cette dernière décision a été prise pour l'application du premier acte ou s'il en constitue la base légale ; que le décret du 22 mars 2013 relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'ARCEP ne saurait être regardé comme constituant la base légale de la décision attaquée, qui n'a pas été prise pour son application ; que le moyen tiré de ce que la décision attaquée est illégale en raison de l'illégalité de ce décret ne peut, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'enjoindre à l'Etat de communiquer l'avis de la Commission des participations et des transferts rendu le 9 janvier 2013 lors de la préparation de ce décret, qu'être écarté ;

11. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance du 24 août 2011 précitée, du II de l'article L. 42 du code des postes et des communications électroniques et du 2° du II de l'article L. 32-1 du même code, il revient à l'ARCEP, lorsqu'elle procède au réexamen des autorisations d'utilisation de fréquences qu'elle délivre aux opérateurs de télécommunications mobiles, de prendre les mesures appropriées afin que soient respectés le principe d'égalité entre opérateurs et les conditions d'une concurrence effective ;

12. Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier que, à la date de la décision attaquée, la société Orange France disposait dans la bande 1800 MHz de $2 \times 23,8$ MHz et n'avait pas demandé à l'ARCEP, à la différence de la société Bouygues Télécom, de lever les restrictions d'utilisation de ces fréquences ; que la décision attaquée définit un schéma cible de restitution par la société Bouygues Télécom de fréquences qu'elle détient dans la bande 1800 MHz, au terme duquel chacun des trois opérateurs disposant de fréquences dans la bande 1800 MHz, parmi lesquels figure la société Orange France, disposera, à compter du 25 mai 2016, de 2×20 MHz dans cette bande ; que, sur le fondement des dispositions de l'article 59 de l'ordonnance du 24 août 2011 et de l'article 29 du décret du 30 mars 2012 précités, la société Orange France continue de disposer de la faculté de soumettre à l'ARCEP une demande de réexamen des restrictions d'usage des fréquences dont elle dispose dans la bande 1800 MHz ;

13. Considérant, d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier que la société Orange France disposait, à la date de la décision attaquée, de 2×10 MHz dans la bande 800 MHz et de 2×20 MHz dans la bande 2600 MHz sur lesquelles elle était susceptible de déployer un réseau 4G ; que la société Orange France disposait, ainsi, d'un ensemble de fréquences lui permettant de proposer une offre de téléphonie 4G à une part significative de la population ;

14. Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier que le risque d'une migration rapide et massive de clients des opérateurs de télécommunications mobiles à destination des offres proposées par la société Bouygues Télécom en raison du déploiement d'un réseau 4G sur la bande 1800 MHz n'est, en tout état de cause, pas établi ; que la circonstance qu'un seul type de terminal haut de gamme ait été alors compatible avec les offres 4G déployées

sur les fréquences de la bande 1800 MHz n'est pas de nature à permettre de regarder la décision attaquée comme étant constitutive d'une distorsion de concurrence, dès lors, notamment, que ce terminal représentait une part très minoritaire du parc de téléphones mobiles ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en adoptant la décision attaquée, l'ARCEP a pris les mesures appropriées afin que soient respectés le principe d'égalité entre opérateurs et les conditions d'une concurrence effective ; qu'en tout état de cause, à supposer que la société Bouygues Télécom ait disposé d'un avantage concurrentiel à compter de la date d'entrée en vigueur de la décision attaquée, cet avantage n'est pas la conséquence de la seule décision contestée mais résulte également des choix stratégiques, technologiques et économiques des autres opérateurs de télécommunications mobiles au cours des dernières années ; que les moyens tirés de ce qu'en adoptant la décision attaquée, l'ARCEP a commis une erreur de droit, retenu des motifs contradictoires et commis une erreur d'appréciation ne peuvent, par suite, qu'être écartés ;

16. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la société Bouygues Télécom, que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision attaquée ;

Sur les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

17. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Orange France la somme de 3 000 euros à verser à la société Bouygues Télécom au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'ARCEP qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société Orange France est rejetée.

Article 2 : La société Orange France versera à la société Bouygues Télécom une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée aux sociétés Orange France et Bouygues Télécom et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.