

BLR-Wimax : le Conseil d'Etat conforte la sécurité juridique des autorisations d'utilisation de fréquences

Le Conseil d'Etat vient de se prononcer sur un recours relatif aux autorisations de BLR. Cet arrêt ⁽¹⁾ présente un caractère structurant pour le secteur : **il permet d'assurer la sécurité juridique des autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'ARCEP**, tout en lui laissant la faculté d'exercer son rôle pour assurer la bonne utilisation des fréquences.

En 2003, l'Autorité a autorisé Altitude Télécom à utiliser des fréquences dans la bande 3,4-3,6 GHz sur l'ensemble du territoire métropolitain, dans le cadre de la procédure d'attribution de droit commun, c'est à dire au fil de l'eau. En effet, la synthèse de la consultation publique, publiée le 12 mars 2003, avait permis d'établir que le degré de rareté dans la bande 3,5 GHz ne justifiait plus l'attribution par appel à candidatures des fréquences disponibles.

Parallèlement, constatant les difficultés techniques de déploiement de la boucle locale radio, Neuf Telecom renonçait à ses autorisations, attribuées lors des appels à candidatures de 2000.

Toutefois, au cours des deux années suivantes, la technologie « Wimax » a relancé l'intérêt de nombreux opérateurs et des collectivités territoriales pour les fréquences de boucle locale radio disponibles dans la bande 3,4-3,6 GHz. Au vu de la rareté constatée, l'Autorité décide, en juillet 2005, de procéder à l'attribution des fréquences par un mécanisme d'appel à candidatures régional.

Le 2 novembre 2005, Neuf Telecom a demandé à l'ARCEP d'abroger l'autorisation détenue par IFW – anciennement Altitude Télécom, titulaire de l'autorisation de boucle locale radio sur le territoire métropolitain, dont 100% du capital a été racheté par Iliad – faisant valoir que cette abrogation était imposée, d'une part, par la modification de la procédure d'attribution des autorisations et, d'autre part, par le fait qu'il y aurait eu une cession déguisée des autorisations d'Altitude Télécom à Iliad, mettant en cause les conditions d'une concurrence effective et loyale sur ce marché. L'Autorité ayant refusé de faire droit à cette demande, Neuf Telecom a saisi le Conseil d'Etat d'une requête en annulation de cette décision de refus.

Par sa décision du 30 juin 2006, le Conseil d'Etat a rejeté la requête.

En principe, en droit administratif,

l'autorité administrative est tenue d'abroger une décision administrative devenue illégale suite à un changement de circonstances, mais seulement si la décision en question n'a pas créé de droits au profit de son titulaire, et n'est pas devenue définitive.

La première question que le Conseil d'Etat devait donc trancher était celle du caractère créateur de droits des décisions de l'ARCEP permettant l'utilisation du domaine public hertzien.

En effet, les fréquences appartiennent au domaine public de l'Etat et le principe général est que les autorisations d'occupation du domaine public sont précaires et révocables. Mais d'importantes évolutions ont marqué le droit récent pour en permettre la valorisation économique du domaine en facilitant le financement des investissements des occupants. Ainsi, le Conseil d'Etat avait reconnu, par sa décision du 10 octobre 1997, « Société Strasbourg FM », que les autorisations d'usage de fréquences hertziennes accordées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, étaient créatrices de droits.

Le Conseil d'Etat a donc étendu ce principe aux autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'ARCEP en estimant que l'attribution à Altitude Télécom des licences litigieuses, alors même qu'elle emporte autorisation d'occupation du domaine public, avait créé des droits au profit de cette société. Cette solution protège les investissements des opérateurs afin de leur permettre d'exercer leur activité dans des conditions économiques satisfaisantes vu le niveau des investissements requis et sans que la nécessité d'utiliser une ressource domaniale puisse être un obstacle.

Ce point étant acquis, le Conseil d'Etat en concluait logiquement que même en supposant que le changement de circonstances tenant à la modification de la procédure d'attribution ait pu rendre illégales les autorisations attribuées avant ce changement, l'ARCEP n'était donc pas

tenu, eu égard au caractère créateur de droits et définitif des autorisations de boucle locale radio en cause, de prononcer leur abrogation.

Il a ensuite écarté l'argumentation tirée de ce que le régulateur aurait dû abroger ces licences pour assurer la bonne gestion du domaine public hertzien et une concurrence effective et loyale.

En effet, et c'est le second point important tranché par le Conseil d'Etat, dès lors que le caractère créateur de droit était reconnu aux autorisations d'utilisation des fréquences pendant la durée de leur validité, l'ARCEP ne peut les abroger que pour les motifs prévus à l'article L. 36-11 du Code (instituant les procédures de sanction) et selon les modalités prévues par cet article.

En l'espèce, il ne ressortait pas du dossier qu'Altitude Télécom n'aurait pas respecté les conditions posées par la réglementation en vigueur ou les autorisations qui lui avaient été délivrées.

Le Conseil d'Etat écarte également la thèse selon laquelle les autorisations attribuées à Altitude Télécom auraient fait l'objet d'une cession déguisée à Iliad. Il estime que la cession de la totalité des parts sociales d'une société ne saurait être analysée ni comme une cession du fonds de commerce, ni comme emportant la création d'une personne morale nouvelle et qu'ainsi les fréquences en cause n'ont pas cessé d'appartenir à la même personne morale. Aucune disposition législative ou réglementaire n'interdisait donc un tel rachat, ni d'ailleurs n'imposait que l'ARCEP en soit informée.

Enfin, le Conseil d'Etat a estimé que le moyen tiré de ce que la possession des autorisations litigieuses placerait IFW en situation d'abuser d'une position dominante n'était, en tout état de cause, pas établi par les écritures de Neuf Telecom ou les pièces du dossier. ■

¹ Arrêt du 30 juin 2006 « Société Neuf Telecom SA » n°289564, téléchargeable sur <http://www.arcep.fr/textes/recours/ce-9telecom-300606.pdf>