



Le Conseil d'Etat valide le calendrier de restitution partielle des fréquences 900 MHz au futur opérateur 3G

Le Conseil d'Etat rejette la requête de Bouygues Télécom contre la décision de l'ARCEP fixant les conditions et le calendrier de restitution partielle des fréquences 900 MHz utilisées par les opérateurs mobiles, en vue de leur réattribution au futur titulaire de la 4^e licence 3G.

La bande de fréquences 900 MHz est une ressource rare qui présente des propriétés de propagation très favorables qui la rend indispensable à la réalisation d'une couverture étendue du territoire. Elle a été utilisée pour le déploiement du réseau mobile de 2^e génération, et sa réutilisation pour assurer une couverture étendue du territoire en 3G est essentielle.

Par sa décision du 4 décembre 2007, l'Autorité a fixé les conditions de renouvellement de l'autorisation d'utilisation des fréquences de deuxième génération accordée à Bouygues Télécom, qui devait arriver à échéance fin 2009, en précisant que, lors de la réutilisation des fréquences de la bande 900 MHz pour la 3^e génération (3G), en cas d'autorisation d'un nouvel opérateur mobile en 3G, les attributions de Bouygues Télécom seraient modifiées. Des décisions de février 2008 précisèrent que Bouygues Télécom devrait alors restituer 4,8 MHz de spectre dans cette bande, dans les zones dites « hors zones très denses » (HZTD) où cette société s'était vu attribuer 14,8 MHz, et ce, dans un délai expirant au plus tard dix-huit mois après l'autorisation qui serait, le cas échéant, délivrée à un nouvel opérateur 3G.

Intérêt général

Par un arrêt du 27 avril 2009, le Conseil d'Etat a rejeté le recours formé par Bouygues Télécom dirigé contre ces décisions, en tant qu'elles imposaient le principe et le calendrier de ces restitutions d'autorisation d'utiliser ces 4,8 MHz dans la bande 900 MHz.

Après avoir admis la recevabilité de l'intervention de Free au soutien de l'ARCEP, le Conseil d'Etat a écarté les moyens de Bouygues Télécom qui soutenait que la contrainte de restituer 4,8 MHz dans ces zones et le calendrier qui lui étaient imposés présentaient un caractère discriminatoire et faussaient, à son détriment, les conditions de la concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile, en rappelant que Orange et SFR ne devaient restituer que 2,4 MHz chacun dans les zones dites très denses (ZTD)

et seulement au plus tard le 31 décembre 2012.

Mais le Conseil d'Etat a pris acte de « l'intérêt général qui s'attache à l'entrée d'un quatrième opérateur » et du fait que le schéma cible visé par l'ARCEP, après rétrocession conduisait à « l'attribution, à partir du 31 décembre 2012, de la même quantité de fréquences à chacun de ces opérateurs dans la bande autour de 900 MHz, soit 10 MHz en zones très denses et 10 MHz hors zones très denses »⁽¹⁾.

Surtout, concernant le calendrier, le Conseil d'Etat a retenu l'argumentation de l'ARCEP selon laquelle cette différence de traitement était objectivement justifiée et ne présentait pas de caractère discriminatoire en ce que le calendrier était imposé par « la nécessité de fournir au futur attributaire de la quatrième licence de téléphonie mobile un accès aux fréquences de la bande 900 MHz dans un délai au-delà duquel il ne serait pas en mesure de déployer son réseau dans des conditions de concurrence loyale et efficace » et en ce que le délai plus long accordé à ses concurrents pour restituer une part des fréquences dont ils sont assignataires en zones très denses était justifié eu égard au moins grand nombre de clients de Bouygues Télécom, par rapport à ses concurrents.

Il a également pris en compte la dimension subjective du comportement de Bouygues Télécom qui, alors que l'ARCEP avait annoncé depuis 2000 l'éventuelle nécessité de restitution de fréquences en bande 900 MHz, et mis en place une longue concertation sur ses modalités, n'a pas, lors de cette concertation, proposé de schéma ou de calendrier alternatif.

Équité des attributions

De même, il a opposé à l'argument de Bouygues Télécom, tiré des « risques spécifiques de dégradation de la qualité de son service en norme 2G qui résulteraient pour elle du calendrier des rétrocessions », le fait que « ses concurrents ne disposent chacun, à l'heure actuelle, que de 10 MHz de fréquences dans la bande 900 MHz, soit une quantité égale à celle dont Bouygues Télécom disposera à l'issue des rétroces-

sions qui lui sont demandées ; que ces concurrents ayant prévu d'affecter chacun 5 MHz au déploiement de leur réseau 3G dans cette bande autour de 900 MHz, ils disposeront, pour assurer le trafic résiduel en norme 2G dans ces zones, d'une quantité de fréquences inférieure à celles de Bouygues Télécom, jusqu'à la rétrocession complète par cette société de 4,8 MHz, et égale à celle de Bouygues Télécom à l'issue de celle-ci » ; et en a conclu que « Bouygues Télécom disposant à tout moment dans les zones concernées par ces restitutions d'une quantité de fréquences au moins égale à celle de ses concurrents, la distorsion de concurrence invoquée ne pourrait provenir que de la nécessité alléguée par Bouygues Télécom d'assurer une proportion de trafic résiduel en norme 2G plus importante que celle de ses concurrents dans les zones concernées ; que cette nécessité, à la supposer établie, résulterait principalement des choix de la société Bouygues Télécom elle-même » et que, par suite « les difficultés techniques alléguées par Bouygues Télécom pour assurer le trafic résiduel en norme 2G à l'issue des rétrocessions qui lui sont demandées ne sauraient, en tout état de cause, être attribuées à une rupture, à son détriment, de l'équité des attributions des fréquences entre l'ensemble des opérateurs de réseaux mobiles de deuxième et troisième génération ».

Cette prise en compte, faite sur la suggestion du rapporteur public Lenica, pour apprécier la légalité d'une décision prise par le régulateur, d'éléments « subjectifs, tenant aux intentions, réelles ou supposées des acteurs », tels que les « ressorts avoués ou cachés des stratégies industrielles mises en place, afin d'accélérer ou non un programme d'investissement » ou « l'attitude plus ou moins constructive des acteurs dans le cadre des consultations organisées par le régulateur », est l'un des caractères novateurs de cet arrêt. ■

⁽¹⁾ En effet, avant restitution, Bouygues Télécom détenait 14,8 MHz en zones dites hors zones très denses (HZTD) où Orange et SFR ne disposaient que de 10 MHz, alors qu'en zones dites très denses, Orange et SFR détenaient chacune 12,4 MHz, et Bouygues 10 MHz. Après restitution de 4,8 MHz en HZTD par Bouygues Télécom, et restitution de 2,4 MHz par Orange et SFR en ZTD, chacun des trois opérateurs disposera donc de 10 MHz dans l'ensemble des zones et le nouvel entrant 5 MHz dans l'ensemble des zones.