

Conseil d'État

N° 312741

ECLI:FR:CESSR:2009:312741.20090427

Publié au recueil Lebon

Section du Contentieux

M. Daël, président

M. Cyril Roger-Lacan, rapporteur

M. Lenica Frédéric, rapporteur public

SCP THOMAS-RAQUIN, BENABENT, avocats

Lecture du lundi 27 avril 2009

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 31 janvier 2008 et 15 avril 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société BOUYGUES TÉLÉCOM, dont le siège est 20 quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92100), représentée par son président directeur général en exercice ; la société BOUYGUES TÉLÉCOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les dispositions de l'annexe 5 de la décision n° 2007-1114 du 4 décembre 2007 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) fixant les conditions de renouvellement de l'autorisation d'utilisation de fréquences de BOUYGUES TÉLÉCOM dans les bandes 900 et 1800 MHz ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le versement de la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 avril 2008, présentée pour la société BOUYGUES TÉLÉCOM ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

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

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

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Cyril Roger-Lacan, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Thomas-Raquin, Bénabent, avocat de la société BOUYGUES TÉLÉCOM,
- les conclusions de M. Frédéric Lenica, rapporteur public,
- la parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Thomas-Raquin, Bénabent, avocat de la société BOUYGUES TÉLÉCOM ;

Sur l'intervention de la société Free :

Considérant que la société Free, candidate à l'attribution de la quatrième licence d'opérateur de téléphonie mobile en vue desquelles les restitutions éventuelles de fréquences prévues par la décision attaquée ont été instituées, a intérêt au maintien de cette décision ; que, par suite, son intervention est recevable ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 31-1 du code des postes et des 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 ... ;
qu'aux termes de l'article L. 41-1 du même code : Sauf dans les cas mentionnés à l'article L. 33-3, l'utilisation de fréquences radioélectriques en vue d'assurer soit l'émission, soit à la fois l'émission et la réception de signaux est soumise à autorisation administrative. / (...)
/ Conformément à l'article L. 2124-26 du code général de la propriété des personnes publiques, l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ;
qu'aux termes de l'article L. 36-7 du même code : L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes : (...)
6° Assigne aux opérateurs et aux utilisateurs les fréquences nécessaires à l'exercice de leur activité dans les conditions prévues à l'article L. 42-1 et veille à leur bonne utilisation (...)
; qu'aux termes de l'article L. 42-1 du même code : 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 : / 1° La nature et les caractéristiques techniques des équipements, réseaux et services qui peuvent utiliser la fréquence ou la bande de fréquences ainsi que leurs conditions de permanence, de qualité et de disponibilité et, le cas échéant, leur calendrier de déploiement et leur zone de couverture ; / 2° La durée de l'autorisation, qui ne peut être supérieure à vingt ans, ainsi que le délai minimal dans lequel sont notifiés au titulaire les conditions de renouvellement de l'autorisation et les motifs d'un refus de renouvellement ; ce délai doit être proportionné à la durée de l'autorisation et prendre en compte le niveau d'investissement requis pour l'exploitation efficace de la fréquence ou de la bande de fréquences attribuée ; / 3° Les redevances dues par le titulaire de l'autorisation, lorsque celles-ci n'ont pas été fixées par décret ; / 4° Les conditions techniques nécessaires pour éviter les brouillages préjudiciables et pour limiter l'exposition du public aux champs électromagnétiques ; / 5° Les obligations résultant d'accords internationaux ayant trait à

l'utilisation des fréquences ; / 6° Les engagements pris par le titulaire dans le cadre de l'appel à candidatures prévu à l'article L. 42-2. / Les délais d'octroi des autorisations et de notification des conditions de leur renouvellement, ainsi que les obligations qui s'imposent aux titulaires d'autorisation pour permettre le contrôle par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes des conditions d'utilisation des fréquences sont fixés 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. / (...) L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conduit la procédure de sélection et assigne les fréquences correspondantes ;

Considérant que la société BOUYGUES TÉLÉCOM demande l'annulation de la décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en date du 4 décembre 2007 fixant les conditions de renouvellement de l'autorisation d'utilisation des fréquences qui lui sont attribuées dans les bandes 900 et 1800 MHz, en tant que cette décision conditionne, en son annexe 5, précisée par la lettre du 8 février 2008 du directeur général de l'ARCEP à cette société, la possibilité pour elle de réutiliser une partie de ces fréquences pour développer son réseau dit de troisième génération (3G) en norme UMTS, à la restitution de 4,8 MHz de fréquences dans la bande 900 MHz sur les 14,8 MHz dont cette société est assignataire dans la partie du territoire national dite hors zones très denses, dans un délai expirant au plus tard dix-huit mois après l'autorisation qui serait, le cas échéant, délivrée à un nouvel opérateur pour l'exploitation d'un réseau de téléphonie mobile de troisième génération ; que la société requérante estime que cette contrainte présente un caractère discriminatoire et fautive, à son détriment, les conditions de la concurrence entre les opérateurs de téléphonie mobile ;

Sur le schéma futur de répartition de fréquences retenu par l'ARCEP dans la bande 900 MHz :

Considérant que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée d'un quatrième opérateur sur le marché de la téléphonie mobile dans des conditions techniques et économiques susceptibles de lui permettre de concurrencer les opérateurs existants dans des conditions équitables n'est pas contesté ; que le schéma d'ensemble de rétrocession, par les opérateurs existants, de fréquences dans la bande 900 MHz, dans lequel s'inscrit la décision attaquée, aura pour conséquence, s'il est réalisé, 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 ; qu'ainsi, BOUYGUES TÉLÉCOM disposera, à l'issue du processus de rétrocession partielle de fréquences dans la bande 900 MHz, d'une quantité de fréquences égale à celle attribuée à ses concurrents actuels sur l'ensemble du territoire, comme dans les autres bandes utilisées pour la téléphonie mobile, et ce bien que le nombre de ses clients et le trafic qu'elle doit assurer soient aujourd'hui sensiblement inférieurs à ceux de ses concurrents ; qu'il est prévu que l'opérateur qui sera retenu, le cas échéant, pour exploiter la quatrième licence de téléphonie mobile puisse disposer, pour sa part, d'une quantité de fréquences deux fois inférieure dans cette bande 900 MHz, soit 5 MHz dans les deux types de zones, en complément des 5 MHz qui lui seraient attribués dans la bande 2100 MHz ; que la circonstance que les fréquences attribuées à BOUYGUES TÉLÉCOM dans la bande 900 MHz, dites E-GSM, aient soulevé, dans le passé, des difficultés liées à leur incompatibilité avec certains équipements de réseau n'est pas de nature à altérer, pour l'avenir, le caractère équitable du schéma de répartition retenu par l'ARCEP ; qu'ainsi, la rupture alléguée de l'égalité de la concurrence entre BOUYGUES TÉLÉCOM et les autres opérateurs ne pourrait, en tout état de cause, être la conséquence de ce schéma, mais ne pourrait résulter que de difficultés particulières liées au calendrier différent dans lequel s'inscriront, pour BOUYGUES TÉLÉCOM et pour ses concurrents, les restitutions de fréquences imposées par l'ARCEP en contrepartie de l'autorisation de

réutiliser pour le réseau 3G une partie des fréquences dont ils sont assignataires dans la bande 900 MHz ;

Sur le caractère discriminatoire du calendrier des rétrocessions de fréquences dans la bande 900 MHz et son absence de lien avec le motif d'intérêt général invoqué par l'ARCEP :

Considérant que BOUYGUES TÉLÉCOM estime que l'obligation dans laquelle elle se trouverait de restituer, au plus tard dix-huit mois après la décision qui attribuera le cas échéant cette quatrième licence, 4,8 MHz sur les 14,8 MHz dont elle dispose aujourd'hui, hors zones très denses, alors que ses deux concurrents n'auront à restituer que le 31 décembre 2012, et chacun pour leur part, 2,4 MHz sur les 12,4 MHz dont ils disposent à l'heure actuelle en zones très denses, constitue une discrimination susceptible de fausser, à son encontre, le jeu de la concurrence ; que ce décalage résultait notamment, à la date de la décision attaquée, du schéma d'ensemble de rétrocession des fréquences par les opérateurs existants, annoncé par l'ARCEP dès le mois de mai 2007 dans la consultation publique sur l'introduction de l'UMTS dans les bandes de fréquences mobiles à 900 et 1800 Mhz en France métropolitaine, qui prévoyait un délai de trois ans entre les rétrocessions prévues hors des zones très denses, incombant principalement à BOUYGUES TÉLÉCOM, et celles qui étaient prévues en zones très denses, incombant principalement à ses concurrents ; que si ce calendrier a été précisé par la suite, par la lettre du 8 février 2008 précitée et par les décisions du 26 février 2008 modifiant les autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 900 et 1800 MHz des sociétés Orange et SFR, et par la lettre envoyée le même jour par le président de l'ARCEP à la société BOUYGUES TÉLÉCOM, et l'informant des modifications ainsi intervenues, et si le délai des rétrocessions de fréquences demandées à BOUYGUES TÉLÉCOM a finalement été fixé à dix-huit mois après l'attribution éventuelle d'une autorisation d'exploitation de fréquences à un nouvel opérateur, ces décisions ultérieures n'ont pas remis en cause les principes posés par l'annexe 5 de la décision attaquée, ni celui d'une rétrocession plus rapide d'une partie des fréquences utilisées par BOUYGUES TÉLÉCOM ;

Considérant que BOUYGUES TÉLÉCOM fait valoir que cette contrainte lui imposerait, soit de renoncer à développer ses services en 3G pendant cette période, soit de dégrader la qualité du service apporté en 2G à ses clients dans la partie du territoire dite hors zones très denses, les 5 MHz de fréquences qui resteraient disponibles dans lesdites zones dans l'hypothèse où 5 MHz seraient simultanément consacrés au développement de la norme 3G ne pouvant suffire, selon elle, à assurer ce service dans des conditions techniques adéquates; qu'elle estime, en revanche, que ses concurrents ne seraient pas soumis à de telles contraintes, eu égard au délai plus long qui leur est accordé pour restituer une part des fréquences dont ils sont assignataires en zones très denses ;

Considérant, en premier lieu, que si BOUYGUES TÉLÉCOM soutient qu'aucun motif d'intérêt général ne justifiait que les restitutions de fréquences qui lui sont imposées le soient dans un délai différent de celui qui est imposé à ses concurrents, il ressort des pièces du dossier et des indications fournies lors de l'enquête à laquelle a procédé la deuxième sous-section de la section du contentieux que ce choix, et le calendrier qui lui est associé, sont motivés, d'une part, 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, d'autre part, par le fait que les contraintes de trafic pesant, à court terme, sur BOUYGUES TÉLÉCOM sont moindres que celles qui affectent ses concurrents, du fait de son moins grand nombre de clients ;

Considérant, en deuxième lieu, que les décisions prises par l'ARCEP depuis l'année 2000 et les consultations qui les ont précédées ont mis chacun des opérateurs en mesure de se préparer à restituer, le moment venu et le cas échéant, certaines des fréquences qui leur avaient été assignées dans la bande 900 MHz ; que la décision de l'ARCEP du 28 juillet 2000, proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en

France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, indiquait clairement que les opérateurs disposant de fréquences situées dans la bande autour de 900 MHz, utilisées en norme 2G (GSM) pourraient se voir demander ultérieurement, à l'occasion de l'examen de leurs demandes de réutilisation d'une partie de ces fréquences pour compléter le déploiement de leur réseau 3G, une rétrocession partielle de ces fréquences visant à maintenir l'équité entre les différents opérateurs de téléphonie mobile ; que ce principe a été confirmé par l'ARCEP dans sa décision du 4 juin 2002 modifiant la décision du 24 novembre 1998 portant attribution de fréquences à BOUYGUES TÉLÉCOM, et autorisant cette société à utiliser des fréquences de la bande 2100 MHz en norme 3G ; qu'ainsi, chacun des opérateurs de téléphonie mobile a été mis en mesure d'anticiper la nécessité de procéder aux rétrocessions exigées en contrepartie de l'autorisation de réutiliser en norme 3G certaines des fréquences jusqu'alors exploitées en norme 2G, dans des conditions non discriminatoires ; qu'en outre la décision attaquée a été précédée d'une concertation approfondie, menée en 2006 et 2007 par l'ARCEP avec l'ensemble des opérateurs, au cours de laquelle il a notamment été possible à chacun d'entre eux d'évoquer les problèmes spécifiques qui pourraient découler du schéma de rétrocession envisagé, qui leur a été clairement présenté ; qu'il ressort de l'enquête et des pièces du dossier que, lors de cette concertation, BOUYGUES TÉLÉCOM n'a pas proposé de schéma ou de calendrier alternatif susceptible de pallier les risques qu'elle met en avant dans le cadre du présent recours ;

Considérant, enfin, que dans la partie du territoire dite hors zones très denses, seule concernée par les rétrocessions demandées à BOUYGUES TÉLÉCOM, cette société met en avant les risques spécifiques de dégradation de la qualité de son service en norme 2G qui résulteraient pour elle du calendrier des rétrocessions ; que, cependant, 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 rétrocessions 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 ; que, par suite, 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 ; qu'en effet, les décisions de cette société concernant le déploiement d'un réseau dans la norme 3G et l'affectation à celui-ci d'une part des fréquences précédemment utilisées en 2G dans la bande 900 MHz sont intervenues plus tardivement que celles de ses concurrents ; qu'il ressort de l'enquête et des pièces du dossier que les difficultés prévues par BOUYGUES TÉLÉCOM, qui trouveraient notamment leur origine dans le moindre taux d'équipement de ses clients en terminaux compatibles avec la norme 3G, résulteraient principalement de la politique commerciale suivie par cette société au cours des dix dernières années, pendant lesquelles chaque opérateur a été mis en mesure, ainsi que cela a été relevé plus haut, de faire ses choix concernant le déploiement plus ou moins rapide de son réseau 3G et la préparation d'éventuelles restitutions de fréquences dans la bande 900 MHz en conséquence de l'utilisation de celle-ci, éventualité qui était clairement annoncée par l'ARCEP à l'ensemble des opérateurs depuis plus de sept ans à la date de la décision attaquée ; qu'il suit de là que 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 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que BOUYGUES TÉLÉCOM n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée ;

Sur les conclusions de BOUYGUES TÉLÉCOM 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'ARCEP qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par BOUYGUES TÉLÉCOM et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : L'intervention de la société Free est admise.

Article 2 : La requête de la société BOUYGUES TÉLÉCOM est rejetée.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société BOUYGUES TÉLÉCOM, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), à la société Free et au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.
