

CONSEIL D'ETAT

Section du contentieux, 30 juin 2006

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 janvier et 9 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE NEUF TELECOM ; la SOCIETE NEUF TELECOM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision du 24 novembre 2005 par laquelle le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a rejeté sa demande tendant à l'abrogation des décisions n° 03-742 du 24 juin 2003 et n° 03-1294 du 9 décembre 2003 attribuant à la société Altitude Télécom l'autorisation d'utiliser des fréquences dans la bande 3,5 GHz ou, à titre subsidiaire, d'annuler la décision du même jour par laquelle cette autorité s'est abstenue de s'opposer à l'utilisation par des sociétés tierces de l'autorisation octroyée à la société Altitude Télécom ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes d'abroger les autorisations délivrées à la société Altitude Télécom dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la décision à intervenir ou, à titre subsidiaire, d'enjoindre à l'Autorité de s'opposer à l'utilisation de ces autorisations par toute autre société que la société IFW ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 19 juin 2006, présentée pour la SOCIETE NEUF TELECOM ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 32-1, L. 36-7, L. 36-11 et L. 42-1 à L. 42-3 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Suzanne von Coester, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIETE NEUF TELECOM SA et de la SCP Defrenois, Levis, avocat de France Télécom,

- les conclusions de Mme Emmanuelle Prada Bordenave, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que, par décisions du 24 juin 2003 et du 9 décembre 2003, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a autorisé la société Altitude Télécom, devenue la société IFW, à utiliser des

fréquences dans la bande 3,4-3,6 Ghz, réservée à la boucle locale radio, d'une part, en Basse-Normandie et en Haute-Normandie, d'autre part, sur l'ensemble du territoire métropolitain ; que, par arrêté du 28 juillet 2005, pris sur le fondement de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques, le ministre délégué à l'industrie a décidé, compte tenu de la rareté alors constatée des fréquences disponibles dans la bande de fréquences 3,4-3,6 Ghz, de soumettre la délivrance des autorisations d'utilisation de ces fréquences à des appels à candidatures et de limiter provisoirement le nombre des autorisations ainsi délivrées à deux par région en métropole ; qu'en application de cet arrêté, l'ARCEP a lancé des appels à candidatures dans chacune des régions ; que, le 9 novembre 2005, la SOCIETE NEUF TELECOM a demandé à l'ARCEP de retirer à la société IFW les deux autorisations qu'elle détenait en faisant valoir notamment, d'une part, que l'ARCEP était tenue d'abroger ces autorisations compte tenu du changement de circonstances entraîné par la rareté constatée des fréquences, d'autre part, que la société IFW avait irrégulièrement transféré ses autorisations à la société Free, filiale, comme elle, du groupe Iliad ; que le président de l'ARCEP a rejeté cette demande par décision en date du 24 novembre 2005 ; que la SOCIETE NEUF TELECOM demande, à titre principal, l'annulation de cette décision en tant qu'elle refuse d'abroger les autorisations détenues par la société IFW et, à titre subsidiaire, l'annulation de cette décision en tant qu'elle ne s'opposerait pas au transfert de ces autorisations à la société Free ; que France Télécom intervient à l'appui de cette requête ;

Sur l'intervention de la société France Télécom :

Considérant que la société France Télécom, qui a présenté sa candidature en vue de l'attribution d'une autorisation d'utilisation des fréquences dans la bande 3,4-3,6 GHz, a intérêt à l'annulation de la décision attaquée ; que, par suite, son intervention est recevable ;

En ce qui concerne les conclusions présentées à titre principal :

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par la société IFW ;

Sur la légalité externe de la décision attaquée :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 36-7 du code des postes et des communications électroniques : " 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'il ressort des pièces du

dossier que le président de l'ARCEP, en prenant la décision contestée, a agi au nom de cette autorité dans l'exercice des attributions qui lui sont dévolues par les dispositions précitées et non en vertu de ses pouvoirs propres ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que la décision attaquée serait entachée d'incompétence doit être écarté ;

Sur la légalité interne :

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. Ces autorisations ne peuvent être refusées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes que pour l'un des motifs suivants :/ 1° La sauvegarde de l'ordre public, les besoins de la défense nationale ou de la sécurité publique ;/ 2° La bonne utilisation des fréquences ;/ 3° L'incapacité technique ou financière du demandeur à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité ;/ 4° La condamnation du demandeur à l'une des sanctions mentionnées aux articles L. 36-11, L. 39, L. 39-1 et L. 39-4. / 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./ La sélection des titulaires de ces autorisations se fait par appel à candidatures sur des critères portant sur les conditions d'utilisation mentionnées à l'article L. 42-1 ou sur la contribution à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1./ L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conduit la procédure de sélection et assigne les fréquences correspondantes./... " ; qu'enfin, en vertu de l'article L. 36-11 du même code, l'ARCEP peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de télécommunications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre, et notamment prononcer la suspension ou le retrait des décisions d'attribution de fréquences prises en application de l'article L. 42-1 ;

Considérant que la société requérante soutient, tout d'abord, que l'ARCEP était tenue d'abroger les autorisations délivrées à la société Altitude Télécom dès lors qu'elles seraient devenues illégales à la suite du changement des circonstances tenant notamment à ce que les fréquences dans la bande 3,4-3,6 GHz étaient devenues rares et à ce que, en conséquence, les autorisations d'utilisation des fréquences dans cette bande étaient désormais attribuées sur appel à candidatures ;

Considérant que l'autorité administrative n'est tenue d'abroger une décision administrative non réglementaire devenue illégale à la suite d'un changement de circonstances de droit ou de fait que lorsque la décision en question n'a pas créé de droits au profit de son titulaire et n'est pas devenue définitive ; qu'il résulte des dispositions des articles L. 36-7, L. 36-11 et L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques que, compte tenu notamment des sujétions qu'elles imposent et des conditions limitatives dans lesquelles elles peuvent être retirées, les autorisations d'utilisation des fréquences délivrées par l'ARCEP, même si elles ont notamment pour effet de permettre l'utilisation

du domaine public hertzien, créent des droits au profit de leurs titulaires ; qu'il est constant que les autorisations attribuées à la société Altitude Télécom étaient devenues définitives à la date à laquelle l'ARCEP a statué sur la demande de la SOCIETE NEUF TELECOM ; qu'ainsi, à supposer même que des changements soient intervenus dans les circonstances de droit ou de fait postérieurement à la délivrance de ces autorisations, l'ARCEP n'était pas tenue de les abroger ;

Considérant que la société requérante soutient, ensuite, que l'ARCEP devait, à tout le moins, abroger les autorisations en question en raison de l'intérêt qui s'attache à la bonne gestion du domaine public hertzien et à l'existence d'une concurrence effective et loyale ;

Considérant que l'autorité administrative ne peut abroger une décision non réglementaire créatrice de droits, en l'absence de demande en ce sens du titulaire des droits, que dans les cas prévus par les lois et règlements en vigueur ; que, si les dispositions de l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques permettent à l'ARCEP de subordonner les autorisations d'utilisation des fréquences qu'elle délivre à des conditions destinées, notamment, à assurer une bonne utilisation des fréquences, et si elles lui permettent, en particulier, de prévoir les conditions dans lesquelles ces autorisations pourront être modifiées durant leur période de validité pour tenir compte de ces objectifs, elles ne l'autorisent pas à abroger ces autorisations selon des modalités et pour des motifs autres que ceux prévus à l'article L. 36-11 du même code ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la société Altitude Télécom n'aurait pas respecté les conditions posées par la réglementation en vigueur ou les autorisations qui lui avaient été délivrées ; qu'en particulier, il n'est pas établi que cette société ne remplissait plus les conditions techniques et financières qui lui avaient été imposées ; qu'alors qu'aucune disposition législative n'y fait obstacle, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le rachat par la société Iliad de la totalité du capital de la société Altitude a, en fait, masqué une cession frauduleuse ou illicite de fréquences à un tiers dès lors 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 ; qu'enfin, la société requérante n'établit pas, en tout état de cause, que le maintien de la détention de ces autorisations par la société IFW placerait cette dernière en situation d'abuser d'une position dominante ; que, par suite, l'ARCEP ne pouvait pas procéder à l'abrogation de ces autorisations ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés NEUF TELECOM et France Télécom ne sont pas fondées à demander l'annulation de la décision par laquelle le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a refusé de retirer à la société Altitude Télécom les autorisations d'utilisation des fréquences qui lui avaient été délivrées les 24 juin et 9 décembre 2003 ; que, par suite, leurs conclusions à fins d'injonction ne peuvent qu'être rejetées ;

En ce qui concerne les conclusions présentées à titre subsidiaire :

Considérant qu'en relevant, dans sa décision du 24 novembre 2005, que " concernant la prise de contrôle capitalistique de la société Altitude Télécom par le groupe Iliad, il ne s'agit pas d'une cession de l'autorisation d'utiliser des fréquences de la bande 3,5 GHz mais d'une simple modification de l'actionnariat ", le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui n'avait d'ailleurs pas été saisi d'une demande en ce sens, n'a pas pris une décision consistant à refuser de s'opposer à l'utilisation par une société tierce de l'autorisation accordée à la société Altitude Télécom mais s'est borné à répondre à l'un des arguments présenté par la SOCIETE NEUF TELECOM à l'appui de sa demande de retrait des autorisations détenues par la société IFW ; qu'ainsi, à défaut de toute décision susceptible de recours, les conclusions présentées par les sociétés NEUF TELECOM et France Télécom à titre subsidiaire, ne sont pas recevables et doivent être rejetées ;

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

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SOCIETE NEUF TELECOM la somme de 3 000 euros que l'Etat demande pour les frais exposés et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

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

Article 2 : La requête de la SOCIETE NEUF TELECOM est rejetée.

Article 3 : Les conclusions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE NEUF TELECOM, à l'Autorité de

régulation des communications électroniques et des postes, à la société IFW, à France Télécom et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.