CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N^{os} 401799, 401830, 401912

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM
et autres

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Clément Malverti
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies)

M. Xavier Domino
Rapporteur public

Sur le rapport de la 2^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 27 novembre 2017
Lecture du 13 décembre 2017

Vu les procédures suivantes :

1° Sous le n° 401799, par une requête et deux mémoires en réplique, enregistrés les 25 juillet 2016, 27 juillet et 29 septembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bouygues Télécom demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir le projet de lignes directrices de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles soumis à consultation publique entre janvier et février 2016, les lignes directrices adoptées par cette Autorité relatives au partage de réseaux mobiles, publiées le 25 mai 2016, ainsi que le communiqué de presse relatif à ces lignes directrices, publié le même jour ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de réexaminer les conditions d'accès à l'itinérance dont bénéficie la société Free Mobile sur le réseau de la société Orange ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 401830, par une requête sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 26 juillet et 26 octobre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Free Mobile demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir les lignes directrices adoptées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes relatives au partage de réseaux mobiles publiées le 25 mai 2016 ainsi que le communiqué de presse relatif à ces lignes directrices publié le même jour ;

2°) de mettre à la charge de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

3°) Sous le n° 401912, par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 28 juillet 2016, 30 juin et 22 novembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bouygues Télécom demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision, rendue publique par un communiqué de presse publié le 30 juin 2016, par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a renoncé à demander une modification du contrat d'itinérance passé entre les sociétés Free Mobile et Orange ;

2°) d'enjoindre à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision du Conseil d'Etat à intervenir, d'engager la procédure prévue à l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques de modification du contrat d'itinérance passé entre les sociétés Free Mobile et Orange afin d'en réduire la durée et le champ géographique d'application et de modifier ses conditions d'extinction, en cohérence avec les principes dégagés par l'Autorité de la concurrence dans son avis du 11 mars 2013 ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code des postes et des communications électroniques ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Clément Malverti, auditeur,
- les conclusions de M. Xavier Domino, rapporteur public,

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 novembre 2017, présentée par la société Bouygues Télécom sous le n° 401912 ;

1. Considérant que les requêtes des sociétés Bouygues Télécom et Free Mobile sont en partie dirigées contre les mêmes décisions et présentent à juger des questions similaires ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur les litiges :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 : « *Le partage des réseaux radioélectriques ouverts au public fait l'objet d'une convention de droit privé entre opérateurs titulaires d'une autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques pour établir et exploiter un réseau ouvert au public. Cette convention détermine les conditions techniques et financières de fourniture de la prestation, qui peut porter sur des éléments du réseau d'accès radioélectrique ou consister en l'accueil sur le réseau d'un des opérateurs de tout ou partie des clients de l'autre (...). / La convention est communiquée, dès sa conclusion, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Lorsque l'Autorité constate que cela est nécessaire à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 ou au respect des engagements souscrits au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques par les opérateurs parties à la convention, elle demande, après avis de l'Autorité de la concurrence, la modification des conventions déjà conclues, en précisant leur périmètre géographique, leur durée ou les conditions de leur extinction (...)* » ;

3. Considérant que, pour l'application de ces dispositions, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a soumis à consultation publique, entre janvier et février 2016, un projet de lignes directrices sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles ; qu'au terme de cette consultation, l'Autorité a adopté des lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles afin « *de donner des éléments de contexte sur le partage de réseaux mobiles ainsi que sur le cadre réglementaire de l'action de l'Arcep, [de] dessiner une grille d'analyse visant à apprécier les accords de partage de réseaux mobiles au regard des objectifs de la régulation, en distinguant selon les modalités de partage et les zones du territoire, [de] décrire la procédure qui sera suivie par l'Arcep dans le cadre de l'examen d'un contrat de partage sur le fondement de l'article L. 34-8-1-1 du CPCE et [de] formuler certaines recommandations à l'égard des opérateurs qui concluent des accords de partage de réseaux, notamment en terme de transparence vis-à-vis des utilisateurs* » ; que ces lignes directrices ont été publiées sur le site Internet de l'Autorité le 25 mai 2016, accompagnées d'un communiqué de presse ; que, sous le n° 401799, la société Bouygues Télécom demande l'annulation pour excès de pouvoir du projet de lignes directrices soumis à consultation publique, des lignes directrices

publiées le 25 mai 2016 ainsi que du communiqué de presse les accompagnant ; que sous le n° 401830, la société Free Mobile demande l'annulation pour excès de pouvoir des lignes directrices et du communiqué de presse ;

4. Considérant que sur le fondement de ces lignes directrices, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a invité les opérateurs à lui transmettre des propositions de modifications de leurs accords de partage de réseaux mobiles ; que les sociétés Free Mobile et Orange lui ont transmis dans ce cadre leur contrat d'itinérance, tel que modifié par un avenant conclu le 15 juin 2016 ; que, par un communiqué de presse publié le 30 juin 2016, l'Autorité a indiqué qu'il ne lui « *apparaissait pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier à nouveau leurs contrats* » ; que, sous le n° 401912, la société Bouygues Télécom demande l'annulation pour excès de pouvoir de ce communiqué ;

Sur la recevabilité des conclusions des requêtes :

5. Considérant, en premier lieu, que le projet de lignes directrices soumis à consultation publique ne constitue qu'un document préparatoire et, dès lors, ne présente pas le caractère d'un acte faisant grief ; que, par suite, la société Bouygues Télécom n'est pas recevable à en demander l'annulation ;

6. Considérant, en deuxième lieu, que les lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en œuvre les prérogatives dont elles sont investies, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ;

7. Considérant que les lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles publiées le 25 janvier 2016, adoptées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dans le cadre de sa mission de régulation du marché de la téléphonie mobile, ont pour objet de guider les opérateurs dans la conclusion de leurs accords de partage de réseaux mobiles afin que ces derniers soient conformes aux objectifs de la régulation définis à l'article 32-1 du code des postes et des communications électroniques et aux engagements souscrits par les opérateurs au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques ; que ce document doit, dès lors, être regardé comme ayant pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auquel il s'adresse ; que, dans ces conditions, les sociétés requérantes sont recevables à en demander l'annulation pour excès de pouvoir ;

8. Considérant, en troisième lieu, que le communiqué de presse publié par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le 25 mai 2016 se borne à informer les opérateurs de la publication des lignes directrices et à résumer le contenu de ce document ; qu'il ne constitue pas un acte faisant grief et n'est, dès lors, pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ;

9. Considérant, en dernier lieu, que le communiqué de presse du 30 juin 2016 révèle la décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu par les sociétés Free Mobile et

Orange ; que si l'Autorité avait, en 2014, refusé de définir les modalités d'extinction de l'itinérance dont bénéficiait la société Free Mobile sur le réseau de la société Orange, il ressort des pièces du dossier, d'une part, que les clauses du contrat d'itinérance ont été modifiées depuis lors et, d'autre part, que l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques mentionnées précédemment a entraîné un changement des circonstances de droit ; qu'ainsi la décision attaquée, qui est susceptible de faire grief à la société Bouygues Télécom, en sa qualité d'opérateur d'un service de communications électroniques, ne saurait être regardée comme purement confirmative des décisions implicites par lesquelles l'Autorité a précédemment refusé de définir les modalités d'extinction de cette itinérance ; que cette décision n'est pas davantage confirmative du courrier du 27 janvier 2016 par lequel l'Autorité s'est bornée à inviter la société Bouygues Télécom à participer à la consultation publique relative au projet de lignes directrices sur le partage de réseaux mobiles ; que, par suite, la société Bouygues Télécom est recevable à demander l'annulation de la décision de l'Autorité de ne pas solliciter la modification du contrat d'itinérance conclu par les sociétés Free Mobile et Orange révélée par le communiqué de presse du 30 juin 2016 ;

En ce qui concerne la légalité des lignes directrices :

Sur la légalité externe :

10. Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes d'adopter par voie réglementaire des règles encadrant le recours aux contrats de partage de réseaux mobiles ; que, par suite, la société Bouygues Télécom n'est pas fondée à soutenir que l'Autorité aurait méconnu l'étendue de sa compétence en édictant les lignes directrices contestées ;

11. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des pièces versées au dossier par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes que le moyen tiré de la méconnaissance des règles de quorum et de convocation des membres manque en fait ;

Sur la légalité interne :

12. Considérant, en premier lieu, que la société Bouygues Télécom soutient que l'Autorité aurait entaché son appréciation de la situation du marché de la téléphonie mobile de plusieurs erreurs de fait ; que ce moyen est dirigé uniquement contre des passages contenus dans la première partie des lignes directrices attaquées, intitulée « contexte », qui se bornent à décrire les caractéristiques principales du marché de la téléphonie mobile ; qu'un tel moyen, qui n'est pas assorti d'une argumentation dirigée contre la teneur des orientations fixées par les lignes directrices que l'Autorité entend mettre en œuvre pour apprécier la conformité des accords de partage de réseaux mobiles aux objectifs de la régulation, ne peut être utilement soulevé à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre ces lignes directrices ;

13. Considérant, en deuxième lieu, que l'avis de l'Autorité de la concurrence du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, rendu dans le cadre de la procédure de consultation facultative de cette Autorité prévue par les dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, ne présente pas de caractère contraignant ; que, par ailleurs, depuis que cet avis a été rendu, le marché de la téléphonie mobile a connu des évolutions significatives ; que, par suite, et en tout état de cause, la société Bouygues Télécom ne saurait utilement soutenir que l'Autorité de régulation des communications

électroniques et des postes aurait commis une erreur de droit en omettant de faire référence, dans les lignes directrices litigieuses, à cet avis de l'Autorité de la concurrence ;

14. Considérant, en troisième lieu, que la densité des zones du territoire sur lesquelles porte un accord d'itinérance constitue un élément structurant pour son appréciation au regard des objectifs de la régulation, dès lors qu'il conditionne en grande partie la rentabilité des investissements consentis par les opérateurs ; que, par suite, c'est sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a relevé que l'itinérance ne pouvait être pérenne que sur une portion limitée du territoire, correspondant aux zones les moins denses où les incitations à investir sont très limitées ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que les moyens soulevés par la société Bouygues Télécom, tirés de ce que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes aurait commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en définissant un calendrier d'extinction de l'itinérance à un horizon trop lointain et en refusant d'imposer une extinction progressive de l'itinérance par plaques géographiques ne sont pas dirigés contre les lignes directrices publiées en mai 2016 mais contre le projet de lignes directrices mis en consultation publique en janvier 2016 ; que le moyen soulevé par la société Free Mobile tiré de ce que l'Autorité aurait commis une erreur d'appréciation en ne tenant pas suffisamment compte de l'incidence économique, de la portée géographique, de l'irréversibilité et des effets anticoncurrentiels de l'accord de partage de réseaux mobiles conclu entre les sociétés Bouygues Télécom et SFR n'est pas davantage dirigé contre les lignes directrices qu'elle attaque ; que ces moyens sont, par suite, inopérants ;

En ce qui concerne la décision de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu entre les sociétés Free mobile et Orange :

Sur la légalité externe :

16. Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n'est tenue de recueillir l'avis préalable de l'Autorité de la concurrence que lorsqu'elle envisage de demander la modification des conventions d'itinérance conclues par les opérateurs de services de communications électroniques ; qu'aux termes du V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction applicable au litige : « *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 (...)* » ; qu'en l'espèce, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a estimé qu'il n'était pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier leurs contrats ; que, par suite, elle n'était pas tenue de recueillir l'avis de l'Autorité de la concurrence et de respecter les obligations de publication et de consultation posées par le V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques ; que la société Bouygues Télécom n'est dès lors pas fondée à soutenir que la décision qu'elle attaque a été prise au terme d'une procédure irrégulière ;

Sur la légalité interne de la décision attaquée :

17. Considérant, en premier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 12, que ne peuvent être utilement contestés devant le juge de l'excès de pouvoir les passages des lignes directrices qui se bornent à décrire les caractéristiques principales du marché de la téléphonie mobile ; que, par suite, la société Bouygues Télécom ne peut utilement invoquer, par la voie de l'exception, l'illégalité sur ce point des lignes directrices ;

18. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que la société Free Mobile respecte ses obligations de déploiement de réseau, sous le contrôle de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ; que les conditions techniques et économiques du contrat d'itinérance conclu entre la société Free Mobile et la société Orange dans sa version issue de l'avenant du 15 juin 2016, qui ne porte pas sur la 4G, représentent un coût conséquent pour la société Free Mobile, impliquent des différences de couverture et de qualité de service au détriment de cette société et sont de nature à inciter cette société à déployer son propre réseau ; que ce contrat prévoit une extinction de l'itinérance par limitation progressive des débits maxima montants et descendants atteignables par les clients de Free Mobile sur le réseau Orange à compter de janvier 2017 et jusqu'à fin 2020 ; que, dans ces conditions, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date du 30 juin 2016 à laquelle l'Autorité a adopté la décision litigieuse, la mise en œuvre du contrat d'itinérance conclu entre la société Free Mobile et la société Orange aurait eu des effets anticoncurrentiels sur le marché de la téléphonie mobile, ni que la décision attaquée, en ce qu'elle autorise la prolongation de l'itinérance au moins jusqu'en 2020, procurerait à la société Free Mobile un avantage concurrentiel injustifié ;

19. Considérant, en troisième lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, il ressort des pièces du dossier que la limitation progressive des débits maxima montants et descendants atteignables par les clients de Free Mobile sur le réseau Orange à compter de janvier 2017 et jusqu'à fin 2020 constitue une modalité d'extinction de l'itinérance dont l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sera en mesure de contrôler le respect par les opérateurs ;

20. Considérant, en dernier lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Bouygues Télécom, la décision litigieuse, par laquelle l'Autorité a décidé de ne pas demander la modification du contrat d'itinérance conclu en 2016 par les sociétés Free mobile et Orange, n'est pas de nature à porter atteinte aux principes de prévisibilité, de sécurité juridique et, en tout état de cause, de confiance légitime ;

21. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Bouygues Télécom et Free Mobile ne sont pas fondées à demander l'annulation pour excès de pouvoir des décisions qu'elles attaquent ;

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

22. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux autres conclusions présentées par les parties sur le fondement de ces dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les requêtes n^{os} 401799 et 401912 de la société Bouygues Télécom sont rejetées.

Article 2 : La requête n° 401830 de la société Free Mobile est rejetée.

Article 3 : Les conclusions présentées par les parties au titre de article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Bouygues Télécom, à la société Free Mobile, à la société Orange et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.