

N°s 442120, 443279

Société Bouygues Télécom et société SFR

2^e et 7^e chambres réunies

Séance du 13 novembre 2020

Lecture du 18 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

La sécurité des réseaux de télécommunications mobiles n'est pas une question nouvelle ; elle est, en vérité, inhérente à l'exploitation de ces réseaux.

1. L'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) prévoit ainsi, depuis sa création en 1990, que, parmi les règles auxquelles sont soumis l'établissement et l'exploitation de réseaux ouverts au public et la fourniture de services de communications électroniques figurent les prescriptions exigées par la défense et la sécurité publique ; l'ordonnance du 24 août 2011 relative aux communications électroniques¹ y a ajouté les règles relatives aux conditions de sécurité et d'intégrité du réseau et du service (v. art. D. 98-4 ss. du code).

Le code de la défense prévoit par ailleurs que tous les opérateurs d'importance vitale, définis (art. L. 1332-1) comme ceux qui exploitent des établissements ou utilisent des installations et ouvrages dont l'indisponibilité risquerait de diminuer de façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation – opérateurs parmi lesquels figurent des opérateurs de télécommunications – sont soumis à des règles de sécurité visant à protéger leurs systèmes d'information (v. art. L. 1332-6-1).

Et, de façon assez baroque, l'article 226-3 du code pénal, qui incrimine la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente, sans autorisation, d'appareils figurant sur une liste et permettant de réaliser les opérations susceptibles de constituer l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 226-1 de ce code) ou d'atteinte au secret des correspondances (art. 226-15), fonde en négatif un régime d'autorisation de tels appareils, entièrement défini, pour le reste, par voie réglementaire (art. R. 226-1 ss. du code). Ce régime, qui ne concernait initialement que les appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer les infractions, visait avant tout les moyens d'interception des communications ; il a néanmoins permis de soumettre à autorisation des éléments des réseaux de télécommunications dits de « cœur de réseau »² (qui se distinguent

¹ N° 2011-102.

² Par le biais notamment de l'obligation faite aux opérateurs de mettre en œuvre les interceptions de sécurité (v.

des stations de base, dites de « bord de réseau », que sont les antennes-relais). La loi de programmation militaire du 18 décembre 2013³ a ensuite étendu le champ de ce régime d'autorisation à tous les appareils de nature à permettre la réalisation des opérations pouvant constituer les infractions ; sur cette base, un arrêté du 11 août 2016⁴ a ajouté à la liste des appareils soumis à autorisation⁵ les stations de base des réseaux de télécommunications mobiles, tout en prévoyant son entrée en vigueur au seul 1^{er} octobre 2021, « pour tenir compte des investissements déjà réalisés par les opérateurs de communications électroniques et leur permettre de se mettre progressivement en conformité avec les nouvelles dispositions ».

2. Le déploiement de la cinquième génération de connectivité des terminaux mobiles, dite 5G, a suscité un réexamen⁶ des questions de sécurité des réseaux de télécommunications mobiles, eu égard à la sensibilité particulière des réseaux de cette génération et à la multiplication attendue de l'usage d'objets et services connectés.

Le Gouvernement, après avoir renoncé à procéder par amendement à la loi Pacte du 22 mai 2019⁷, a ainsi laissé le Parlement s'approprier ses travaux dans une proposition de loi devenue la loi du 1^{er} août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles⁸, qui consolide et élargit le régime d'autorisation des éléments des réseaux de télécommunications mobiles qui s'était « accroché » à l'article 226-3 du code pénal.

Cette loi comporte cinq articles.

Le premier crée une nouvelle section dans le chapitre II du titre Ier du livre II du CPCE, consacrée au « régime d'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques », et qui comprend les articles L. 34-11 à L. 34-14.

L'article L. 34-11 soumet à autorisation du Premier ministre l'exploitation de tout matériel ou logiciel permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, ou la disponibilité du réseau ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications et qui figurent sur une liste arrêtée par le Premier ministre. Il excepte toutefois du champ des appareils concernés⁹ ceux qui permettent de

not. art. L. 33-1 du CPCE).

³ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

⁴ Arrêté du 11 août 2016 modifiant l'arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal (JO du 25 août 2016).

⁵ Qui figure à l'arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal (JO du 1^{er} août 2012).

⁶ Coordonné au niveau européen (v. le rapport de la Commission publié en octobre 2019, « EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks » et la publication, de janvier 2010, du NIS Cooperation Group, intitulée « Cybersecurity of 5G networks – EU toolbox of risk mitigating measures »).

⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

⁸ N° 2019-810.

⁹ Outre ceux qui sont installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés à un réseau indépendant, les appareils électroniques passifs ou non configurables et les dispositifs non spécialisés incorporés aux appareils.

connecter les terminaux aux réseaux de quatrième génération et des générations antérieures et n'embrasse, ainsi, que les appareils permettant de relier les terminaux aux réseaux de 5^e génération – au premier rang desquels les antennes relais. L'article précise en outre que seuls sont soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation les opérateurs d'importance vitale au sens du code de la défense (que nous vous rappelions à titre liminaire) ainsi désignés en vertu de leur activité d'exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public. Il prévoit, enfin, que l'autorisation peut être assortie de conditions et qu'elle est délivrée pour une durée maximale de huit ans.

L'article L. 34-12 précise quant à lui l'unique motif de refus de l'autorisation : si le Premier ministre estime qu'il existe un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale résultant du manque de garantie du respect des règles (adoptées sur le fondement de l'article L. 33-1) relatives à la permanence, l'intégrité, la sécurité et la disponibilité du réseau et à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications. Il précise que le Premier ministre apprécie ce risque en tenant compte du niveau de sécurité des appareils, de leurs modalités de déploiement et d'exploitation et du fait que l'opérateur ou ses prestataires est (ou sont) sous le contrôle ou soumis à des actes d'ingérence d'un État non membre de l'Union.

L'article L. 34-13 permet au Premier ministre d'enjoindre à un opérateur exploitant des appareils sans autorisation de solliciter une autorisation ou de rétablir à ses frais la situation antérieure ; il frappe en outre de nullité tout contrat prévoyant l'exploitation sans autorisation d'un appareil.

Quant à l'article L. 34-14, il prévoit l'application de ces dispositions à Wallis-et-Futuna.

L'article 2 de la loi est relatif aux sanctions pénales qui assortissent ce régime d'autorisation. Son 1^o crée un article L. 39-1-1 qui frappe d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende l'exploitation d'un appareil sans autorisation, le non-respect des conditions de l'autorisation ou le non-respect d'une injonction. Ses 2^o et 3^o rendent applicables la possibilité de prononcer la confiscation et les peines propres aux personnes morales et la possibilité de refuser une autorisation d'usage de fréquences à une personne condamnée. Son 4^o, qui n'a rien à voir, augmente la peine encourue en cas d'atteinte aux câbles sous-marins.

L'article 3 de la loi précise que le nouveau régime d'autorisation est applicable à l'exploitation des appareils installés depuis le 1^{er} février 2019 ; il donne un délai de deux mois¹⁰ aux opérateurs qui exploiteraient déjà des appareils soumis à autorisation pour déposer une demande.

¹⁰ A compter de la date la plus tardive parmi celle de la publication de l'arrêté du Premier ministre listant les appareils concernés et celle de la publication du décret en Conseil d'État pris pour l'application des articles L. 34-11 ss.

L'article 4 assure l'articulation du nouveau régime et du régime de l'article 226-3 du code pénal ; il modifie à cette fin l'article 226-3 pour prévoir qu'il ne s'applique pas à la détention ou l'acquisition des appareils soumis au nouveau régime d'autorisation.

Enfin, l'article 5 de la loi prévoit la remise d'un rapport du Gouvernement au Parlement.

Ce nouveau régime d'autorisation permet, vous l'aurez compris, de consolider et d'étendre le contrôle du Gouvernement sur les appareils nécessaires à la connexion des terminaux aux réseaux 5G, tout particulièrement les stations de base. Il a été adopté, vous vous en souvenez, dans le contexte d'une défiance croissante à l'égard de la société chinoise Huawei¹¹, qui est l'un des trois principaux équipementiers de telles stations (les deux autres étant la société suédoise Ericsson et la société finlandaise Nokia).

3. Pour l'application de ce nouveau régime d'autorisation ont ensuite été adoptés un décret en Conseil d'État du 6 décembre 2019¹² et un arrêté du Premier ministre du même jour qui définit la liste des appareils concernés.

La société Bouygues Télécom et la société SFR vous demandent d'annuler le décret et l'arrêté et vous saisissent dans ce cadre d'une QPC dirigée contre la loi du 1^{er} août 2019.

Ce n'est pas un hasard que la contestation émane de ces deux sociétés : des quatre opérateurs de réseaux de télécommunications mobiles, elles sont les deux seules à disposer, pour environ la moitié de leurs stations de base¹³ (soit quelque 8 000 sites pour SFR), d'équipements fournis par la société Huawei – dont nous vous disions qu'elle concentre les principales inquiétudes de sécurité. En pratique, si les équipements de cette société n'ont pas fait l'objet d'un bannissement généralisé, car des autorisations ont été accordées (à tout le moins pour une durée réduite et parfois pour 8 ans), il n'est pas contesté que les seuls refus d'autorisation relevant du nouveau régime ont concerné des appareils Huawei.

Or, c'est un point essentiel, si le régime d'autorisation nouveau ne concerne que les équipements de connexion aux réseaux 5G, il est parfaitement constant, d'une part, que les équipements radio 5G ne fonctionnent pas de façon autonome et ne peuvent être dissociés des équipements radio 2G, 3G et 4G, d'autre part, que les appareils des différents fabricants ne sont pas interopérables, de sorte qu'il n'est pas possible, par exemple, de faire communiquer des équipements radio 2G, 3G et 4G Huawei avec des équipements radio 5G Ericsson ou Nokia¹⁴. Il en résulte qu'un éventuel refus d'autoriser l'exploitation d'appareils

¹¹ Contexte amplement présenté par le rapport au Sénat de Mme Procaccia sur la proposition de loi (n° 579, 2018-2019), auquel nous nous permettons de renvoyer.

¹² Décret n° 2019-1300 du 6 décembre 2019 relatif aux modalités de l'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques prévue à l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques.

¹³ 52 % pour SFR, 47,5 % pour Bouygues Télécom (selon les chiffres qui avaient été fournis au Sénat par la Fédération française des télécoms et sont à nouveau présentés devant vous).

¹⁴ Et ce y compris, d'après les parties, lorsque le réseau 5G fonctionnera en « stand alone » (c'est-à-dire ne fonctionnera plus, comme au début, avec un raccordement des stations de base 5G au cœur de réseau 4G mais avec un cœur de réseau 5G).

radio 5G fabriqués par un des trois équipementiers impose à l'opérateur de réseau, non seulement de renoncer à installer l'appareil de radio 5G qu'il avait l'intention d'utiliser, mais encore de changer les appareils de radio 2G, 3G et 4G du même équipementier qu'il avait déjà installés. Ce qui, vous vous en doutez, a un coût.

4. Ces précisions étant faites, vous devrez légèrement recentrer la QPC qui vous est présentée par la société Bouygues Télécom. Si la QPC présentée par la société SFR ne vise que les articles L. 34-11 à 14 et L. 39-1-1 nouveaux du CPCE, qui sont tous applicables au litige dont elle vous saisit, la QPC de la société Bouygues Télécom vise quant à elle l'ensemble de la loi du 1^{er} août 2019 ; or le 4^o de son article 2 (relatif à la sanction pénale des atteintes aux câbles sous-marins) et son article 5 (qui prévoit un rapport au Parlement) ne sont pas applicables au litige dont elle vous saisit – et ne sont en réalité pas vraiment contestés. Les autres dispositions peuvent être regardées comme régissant indissociablement¹⁵ le régime d'autorisation que le décret et l'arrêté contestés ont pour objet de préciser. Soulignons en particulier que, contrairement à ce que soutient le Premier ministre, l'article 3 de la loi, qui définit le champ d'application temporel du régime d'autorisation et commande ainsi l'application dans le temps des dispositions réglementaires contestées, est assurément applicable au litige (v. 14 avril 2010, Mme L..., n° 329290, Rec. p. 108).

5. Ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, qui n'a pas été saisi de la loi du 1^{er} août 2019.

6. Les requérantes leur reprochent de méconnaître le principe d'égalité et le principe d'égalité devant les charges publiques, de porter une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre et aux situations légalement acquises, de violer le principe de légalité des délits et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif.

6.1. Eu égard aux droits et libertés ainsi invoqués, qui font l'objet d'une jurisprudence bien établie du Conseil constitutionnel, vous aurez compris que la question soulevée ne présente pas un caractère nouveau.

6.2. Certains griefs nous paraissent par ailleurs insusceptibles de lui conférer un caractère sérieux.

6.2.1. Il en va ainsi d'abord du grief tiré du principe d'égalité. S'il est évident, en effet, que les dispositions contestées sont susceptibles de conduire à traiter différemment les opérateurs de réseau de télécommunications mobiles et, à travers eux, les équipementiers de stations de base – car c'est là leur objet même – la différence de traitement ne peut reposer que sur un critère objectif et rationnel défini par la loi, à savoir un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale¹⁶ caractérisé sur la base d'un manque de garantie du respect de certaines règles de sécurité au sens large¹⁷ et apprécié en tenant compte des

¹⁵ V., sur ce critère, 18 juin 2010, Société L'office central d'accession au logement, n°s 337898 337913, T. pp. 879-942.

¹⁶ Notion qui nous paraît suffisamment précise (v. Cons. Const., 20 décembre 2018, n° 2018-773 DC).

¹⁷ Règles relatives à la permanence, l'intégrité, la sécurité et la disponibilité du réseau et à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications.

caractéristiques intrinsèques des équipements, des conditions de leur utilisation et des risques de contrôle ou d'ingérence de puissances étrangères sur l'opérateur ou ses prestataires. Et ce critère est en rapport direct avec l'objet du régime d'autorisation.

Les dispositions ne sauraient donc, à nos yeux, être regardées comme méconnaissant le principe d'égalité ; si les requérantes insistent en exposant qu'elles visent une entreprise particulière – la société Huawei – cela n'est pas vrai en droit et n'est susceptible d'être vrai en pratique que si cette entreprise se trouve, au regard des risques définis par la loi, dans une situation différente de celle de ses concurrents, ce qu'il appartiendra au Premier ministre de caractériser à chaque refus, sous le contrôle du juge.

6.2.2. Les griefs tirés de la violation des principes constitutionnels applicables à la matière pénale – légalité des délits et non-rétroactivité – ne nous paraissent pas plus convaincants. La méconnaissance du principe de légalité des délits critique l'insuffisante précision de deux notions – ingérence et installation – qui sont étrangères à la qualification pénale qui résulte de l'article L. 39-1-1, de sorte que l'argumentation est inopérante. Par ailleurs, dès lors que l'article 3 de la loi définit les conditions d'application du nouveau régime aux appareils déjà installés, les dispositions pénales sont insusceptibles d'avoir une portée rétroactive.

6.2.3. Le grief tiré d'une atteinte au droit à un recours effectif, qui reproche au texte d'être arbitraire du fait de son imprécision, n'est pas non plus de nature à conférer un caractère sérieux à la question posée : nous vous l'avons dit, la loi prévoit que les équipements soumis à autorisation sont énumérés sur une liste et définit le critère unique susceptible de conduire le Premier ministre à adopter une décision de refus ; si elle lui laisse assurément une marge d'appréciation des risques, il ressort des travaux préparatoires que pèse sur les décisions de police qu'il adopte une exigence de proportionnalité, dont il reviendra au juge de l'excès de pouvoir de s'assurer du respect.

6.2.4. Les trois autres griefs sont liés et touchent au cœur du dispositif législatif. Fondamentalement, ils lui reprochent de créer une charge excessivement lourde et insuffisamment justifiée pour les opérateurs de réseaux de téléphonie mobile – du moins pour ceux qui ont déjà recours à Huawei comme équipementier.

6.2.4.1. Vous savez que le Conseil constitutionnel juge avec constance que la liberté d'entreprendre, qui se rattache à l'article 4 de la Déclaration de 1789 et comprend aussi la liberté dans l'exercice des activités économiques (v. par ex. Cons. Const., 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC), peut faire l'objet, de la part du législateur, de limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (v. par ex. Cons. Const., 21 janvier 2011, n° 2010-89 QPC ; Cons. Const., 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC).

Le Conseil juge avec la même constance, vous le savez aussi, que si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter des charges particulières à certaines catégories de personnes pour un motif d'intérêt général, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (v. Cons. Const., 10 janvier 2001, n° 2000-440 DC ; Cons. Const., 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC ; Cons. Const., 27

février 2007, n° 2007-550 DC ; Cons. Const., 3 mars 2009, n° 2009-577 DC ; Cons. Const., 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC ; Cons. Const., 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC ; Cons. Const., 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC ; Cons. Const., 20 mars 2014, n° 2014-691 DC ; Cons. Const., 10 mai 2016, n° 2016-540 QPC ; Cons. Const., 24 janvier 2020, n° 2019-821 QPC). Le Conseil constitutionnel vérifie, dans ce cadre, que le législateur ne fait pas peser sur une catégorie de personnes une charge disproportionnée au regard de l'objectif qu'il poursuit (v. not. les dernières décisions citées).

Enfin, le Conseil juge, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789, que le législateur méconnaît la garantie des droits s'il porte aux contrats légalement conclus ou aux situations légalement acquises une atteinte qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant (Cons. Const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC ; Cons. Const., 27 février 2007, n° 2007-550 DC ; Cons. Const., 11 février 2011, 2010-102 QPC ; Cons. Const., 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; Cons. Const., 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; Cons. Const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC ; Cons. Const., 12 février 2015, n° 2015-710 DC). De même, le législateur ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, remettre en cause les effets qui peuvent être légitimement attendus des situations légalement acquises (Cons. Const., 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC ; Cons. Const., 15 novembre 2019, n° 2019-812 QPC). Un tel grief est invocable dans le cadre de la QPC (Cons. Const., 11 février 2011, n° 2010-102 QPC).

Soucieux de préserver la liberté du législateur de modifier ou d'abroger les dispositions existantes, le Conseil constitutionnel n'admet cependant pas aisément de caractériser l'atteinte à une situation légalement acquise. S'agissant de régimes d'autorisation, il n'admet l'existence d'une atteinte aux situations légalement acquises que lorsque la loi nouvelle remet directement en cause les droits créés par des autorisations et véritablement acquis, soit en limitant la durée (v. Cons. Const., 27 février 2007, n° 2007-550 DC) soit en affectant le principe même de l'autorisation et son objet (v., s'agissant de la possibilité de retirer ou modifier des autorisations définitives, Cons. Const., 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; ou, s'agissant du plafonnement, à un niveau en-deçà de celui résultant des autorisations déjà délivrées, de la capacité totale de production d'électricité d'origine nucléaire, Cons. Const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC¹⁸). En revanche, l'édiction de règles nouvelles s'imposant à des activités autorisées, même si elles sont susceptibles d'affecter le maintien des autorisations, n'est pas regardée comme portant atteinte à une situation légalement acquise : ainsi, en interdisant le recours à la fracturation hydraulique de la roche, en édictant de nouvelles obligations déclaratives pesant sur les titulaires de permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures et en prévoyant que ces permis sont abrogés lorsque leurs titulaires n'ont pas satisfait aux nouvelles obligations déclaratives ou ont mentionné recourir ou envisager de recourir à la fracturation hydraulique de la roche, le législateur édicte des règles nouvelles et en tire les conséquences, sans porter atteinte à une situation légalement acquise (Cons. Const., 11 octobre 2013, n° 2013-346 QPC)¹⁹.

¹⁸ V. aussi, dans un cas analogue, s'agissant de la remise en cause de l'option pour le report en arrière des déficits qui avait été exercée et conférerait aux entreprises concernées une créance sur l'Etat, Cons. Const., 17 janvier 2017, n° 2016-604 QPC.

¹⁹ De même, la soumission nouvelle de la rémunération des dirigeants de société à un régime d'approbation par l'assemblée générale ne porte atteinte à aucune situation légalement acquise ni ne remet en cause les effets qui

6.2.4.2.1. En l'espèce, il n'est guère douteux que les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d'entreprendre (et à la liberté contractuelle) : elles soumettent l'exploitation de certains appareils à autorisation et limitent, par là, la liberté des entreprises de recourir à l'équipementier de leur choix.

Il résulte néanmoins clairement de la lettre de la loi comme de l'intention du législateur que ces dispositions ont pour but de prévenir les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, notamment sa défense et son indépendance – intérêts dont la sauvegarde résulte d'une exigence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel déduit des articles 5, 20 et 21 de la Constitution²⁰ (v. Cons. Const., 10 novembre 2011, n° 2011-192 QPC ; Cons. Const., 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC ; Cons. Const., 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC). Or, dans une telle hypothèse, le Conseil constitutionnel tend à contrôler seulement que le législateur n'a pas procédé à une conciliation manifestement déséquilibrée entre les différentes exigences constitutionnelles²¹ (v. par ex., s'agissant de la liberté d'entreprendre, Cons. Const., 29 décembre 2013, n° 2013-685 DC ; Cons. Const., 19 février 2016, n° 2016-535 QPC ; Cons. Const., 31 janvier 2020, n° 2019-823 QPC ; et, s'agissant de la liberté contractuelle, Cons. Const., 7 janvier 2016, n° 2015-511 QPC ; Cons. Const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC).

Et nous peinons à estimer que la soumission à autorisation des matériels nécessaires à la connexion entre les terminaux mobiles et les réseaux, dans les conditions que nous vous avons présentées, puisse être regardée comme portant une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre. Si les requérantes reprochent aux termes de la loi leur excessive imprécision, le Conseil constitutionnel a déjà admis la possibilité, pour le CSA, de refuser le conventionnement d'une chaîne pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public et au risque d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, notions dont il a relevé qu'elles étaient habituellement utilisées par le législateur et appliquées par le juge et jugé qu'elles n'étaient entachées d'aucune imprécision (v. Cons. Const., 20 décembre 2018, n° 2018-773 DC). Cette appréciation nous paraît assez transposable aux dispositions dont vous êtes saisis – c'est presque un *a fortiori* –, qui définissent le seul motif de refus légalement admissible (le risque d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale) et précisent tant la façon de le caractériser (l'absence de garantie quant au respect des règles de sécurité du réseau et de confidentialité de son usage) que les éléments dont le Premier ministre tient compte (les caractéristiques des matériels, les conditions de leur utilisation et le contrôle ou l'ingérence d'un État tiers).

Ajoutons, nous vous l'avons dit, que les éventuelles décisions de refus sont soumises au contrôle du juge administratif et nous paraissent, à l'examen des travaux préparatoires à l'adoption de la loi, être soumises à une exigence de proportionnalité. A cet égard, si les requérantes contestent la nécessité du régime en faisant valoir que l'entreprise Huawei ne représente pas de risque pour la défense et la sécurité nationales et que le réel motif du régime

pourraient légitimement être attendus d'une telle situation (v. Cons. Const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC).

²⁰ Après s'être appuyé sur la réaffirmation de ces intérêts dans le préambule de la Charte de l'environnement de 2004 : v. Cons. Const., 10 novembre 2011, n° 2011-192 QPC.

²¹ Bien que les formules employées par le Conseil constitutionnel varient et puissent, à l'occasion, manifester un contrôle plus strict (v., en dernier lieu, Cons. Const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC).

nouveau est purement diplomatique, un tel débat nous paraît relever, non de la contestation de la loi – qui ne cible aucune entreprise en particulier et ne pose par elle-même aucune interdiction – mais des éventuelles décisions individuelles prises sur son fondement.

6.2.4.2.2. Si le grief tiré de la liberté d’entreprendre ne peut donc, à nos yeux, conférer par lui-même un caractère sérieux à la QPC, il nous semble qu’il en va différemment lorsqu’il est combiné au grief tiré de l’atteinte aux situations légalement acquises et au grief tiré d’une rupture caractérisée de l’égalité devant les charges publiques.

Il n’est pas certain que, dans le cadre de la jurisprudence constitutionnelle que nous vous avons présentée, les dispositions contestées puissent être regardées comme portant atteinte à des situations légalement acquises. D’une part, si elles affectent par ricochet nombre d’appareils installés sous un régime de liberté de choix technologique, elles ne remettent pas directement en cause des droits qui auraient été acquis en vertu d’actes administratifs unilatéraux devenus définitifs ni ne portent atteinte à des conventions légalement conclues : elles soumettent nouvellement, et pour l’avenir, l’usage de certains matériels à autorisation. D’autre part, la pérennité des appareils déjà installés était d’autant moins acquise que, comme nous vous l’avons expliqué, il était prévu depuis la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 et un arrêté du 11 août 2016 que les stations de base des réseaux de télécommunications mobiles seraient soumises à autorisation à compter du 1^{er} octobre 2021. Les dispositions en cause devant vous ont ainsi pour effet d’anticiper la soumission à autorisation qui était d’ores et déjà prévue, davantage que d’imposer, sans régime transitoire, un régime nouveau.

Toutefois, par cet effet d’anticipation et par leur application directe aux appareils installés à compter du 1^{er} février 2019, soit avant même leur entrée en vigueur, elles ont tout de même ce que l’on pourrait appeler un élément de rétroactivité, sinon juridique du moins pratique : elles remettent en cause un dispositif transitoire qui « garantissait », en quelque sorte, l’absence de soumission à autorisation jusqu’au 1^{er} octobre 2021 ; et elles imposent d’obtenir une autorisation pour l’exploitation d’appareils qui ont été librement installés (et qui pouvaient être librement exploités).

Surtout, eu égard à l’absence d’interopérabilité des différents éléments radio (2G, 3G, 4G et 5G) d’une station de base et de la nécessité qu’ils communiquent entre eux, en soumettant à autorisation les appareils nécessaires à la 5G, le législateur a, en réalité, soumis à autorisation l’ensemble des éléments radio des stations de base, qui étaient jusqu’alors librement et légalement exploités. De la sorte, et bien qu’il ne remette pas directement en cause des droits acquis en vertu d’actes juridiques définitifs, il affecte néanmoins substantiellement des situations légalement consolidées.

Il est en outre susceptible, vous l’aurez compris, de faire peser sur les opérateurs de réseaux de télécommunications des charges lourdes. La loi ne prévoyant aucun refus systématique des appareils de la société Huawei (et la pratique ne venant pas étayer l’idée que son application y conduirait nécessairement), ces charges ne peuvent, en l’état, être chiffrées – bien que les sociétés requérantes s’efforcent de le faire devant vous, avec un sens de la mesure très limité. Il faut néanmoins constater, dès l’examen de la loi, qu’en rendant possible la remise en cause

de l'installation de l'ensemble des appareils radio des antennes-relais, le législateur a permis au Premier ministre, dans l'exercice de son pouvoir d'autorisation, de faire peser des charges lourdes sur les opérateurs de réseaux de télécommunications.

Or il faut aussi constater que le législateur n'a prévu aucun régime d'indemnisation des opérateurs à raison de ces charges (quand le régulateur américain aurait, pour sa part, prévu d'indemniser à hauteur d'1,8 milliard d'euros les opérations de démontage d'antennes Huawei qu'il impose). Dans la ligne de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel pourrait certainement déduire de ce silence qu'il n'exclut pas toute indemnisation, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques et conformément aux règles de droit commun, dans le cas où les refus d'autorisation entraîneraient pour leur destinataire une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur (v. Cons. Const., 8 avril 2011, n° 2011-118 QPC ; Cons. Const., 24 juin 2011, n° 2011-141 QPC ; Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC ; Cons. Const., 13 août 2015, n° 2015-718 DC).

Bien qu'une telle interprétation ne nous paraisse pas hors de votre portée, même comme juges du filtre²², il nous semble préférable que vous laissiez au Conseil constitutionnel le soin de décider s'il y a lieu de la porter, car nous pensons qu'eu égard aux conditions dans lesquelles le régime nouveau affecte la situation des opérateurs de réseaux, c'est à lui seul qu'il revient d'apprécier si ce régime – tel que, le cas échéant, il doit être interprété – ne conduit pas à une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques et ne porte pas atteinte aux situations légalement acquises dans des conditions contraires à la Constitution.

Par ces motifs nous concluons au renvoi des QPC au Conseil constitutionnel.

²² V. not., sur le pouvoir d'interprétation du juge du filtre, 15 décembre 2014, SA Technicolor, n° 380942, Rec. p. 387 ; en sens contraire, la curieuse décision du Conseil constitutionnel du 2 octobre 2020, n° 2020-858/859 QPC, qui nous paraît devoir rester isolée.