

N°s 448067 et 448101
Bouygues Télécom et SFR

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 22 octobre 2021
Décision du 15 décembre 2021

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, Rapporteure publique

Afin de permettre une amélioration de la situation concurrentielle sur le marché français de la téléphonie mobile, les pouvoirs publics ont fait le choix, au début des années 2000, d'ouvrir ce marché à un quatrième opérateur.

Dès le premier appel à candidature en 2000, diverses mesures ont été décidées pour compenser, vis-à-vis du nouvel entrant, les avantages concurrentiels liés à l'antériorité des trois opérateurs existants sur le marché, lesquels avaient déjà pu constituer à cette date leurs réseaux mobiles, ces mesures étant destinées à assurer que ce quatrième opérateur soit effectivement en capacité de concurrencer les opérateurs 2G et 3G déjà en place sur le marché de la téléphonie mobile.

Parmi ces mesures, a été acté le droit, pour le nouvel opérateur, en contrepartie d'une rémunération, d'utiliser le réseau de téléphonie mobile 2G des opérateurs existants, pour une durée de six ans à compter de l'attribution, à ce nouvel entrant, de son autorisation mobile, appelé droit d'itinérance. Les autorisations 3G délivrées aux opérateurs existants, en 2001 à Orange et SFR et en 2002 à Bouygues Telecom, font d'ailleurs expressément mention de ce droit d'itinérance, qui constitue, s'agissant du réseau 2G, une entorse au modèle de concurrence par les infrastructures promu dans le secteur des réseaux de téléphonie mobile jusqu'alors et depuis lors.

Le processus de sélection d'un quatrième opérateur de téléphonie mobile, après plusieurs appels à candidature infructueux, n'a abouti qu'en 2010, avec la décision du 12 janvier 2010 de l'ARCEP autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération (3G) ouvert au public. Vous avez déjà, dans le cadre des recours formés, entre autres, par Bouygues Telecom et SFR contre les modalités d'attribution de cette quatrième licence d'opérateur de téléphonie mobile, pris parti sur une argumentation dénonçant le caractère injustifié de ces diverses mesures, et notamment de ce droit d'accès en itinérance au réseau 2G des opérateurs existants (CE, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Télécom et autres*, n°s 332393 332394 332421 336802 336904, p. 378).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ce débat revient devant vous, à propos du contrat d'itinérance conclu entre les sociétés Free Mobile et Orange le 2 mars 2011, permettant à la première d'accéder, moyennant une rémunération, au réseau de téléphonie mobile 2G et 3G de la seconde jusqu'en 2018, avec une possibilité de résiliation dès 2016, contrat qui a alimenté un important contentieux.

Relevons d'emblée que cet accord commercial excède, par son durée et son périmètre, le droit réglementaire d'accès en itinérance minimum garanti au nouvel entrant dans le cadre des autorisations 3G délivrées aux opérateurs en place. D'une part, son terme excède le délai de six années. D'autre part, ce contrat prévoit la fourniture d'une prestation d'itinérance non seulement sur le réseau 2G mais aussi sur le réseau 3G.

Saisie par le ministre du redressement productif et la ministre déléguée chargée des PME fin 2012, année à partir de laquelle Free a déployé son offre commerciale, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis, le 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux sociaux (avis n° 13-A-08). Elle s'est, dans le cadre de cet avis, précisément penchée sur ce contrat, qu'elle a jugé nécessaire, y compris s'agissant de l'accès au réseau 3G, pour permettre au quatrième opérateur d'animer effectivement la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, et a formulé des préconisations sur le calendrier et ses modalités d'extinction, le caractère temporaire de ce droit d'itinérance étant identifié, dans son analyse, comme un élément clé. Cet avis, seulement consultatif, nourrit depuis lors l'argumentaire présenté par les concurrents de Free contre le contrat d'itinérance devant les juridictions.

Le 9 octobre 2015¹, vous avez statué sur deux requêtes de Bouygues télécom (décision n°s 379579 et 382945, aux tables) qui attaquait les refus, implicite puis explicite, de l'ARCEP en 2014 de définir les modalités d'extinction de l'itinérance dont bénéficie Free Mobile sur le réseau de la société Orange dans le cadre du contrat conclu en 2011, refus que l'ARCEP avait justifié par le fait qu'elle n'était pas compétente pour mettre un terme ou modifier une convention d'itinérance déjà conclue. Vous avez annulé ces refus, jugeant que l'ARCEP ne pouvait s'abriter derrière ce motif pour se désintéresser de l'évolution de la concurrence entre opérateurs de téléphonie mobile, au cœur de sa mission de contrôle et de régulation.

Le législateur est depuis intervenu pour permettre à l'autorité de reprendre la main sur ces contrats de droit privé. L'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques organise à cette fin la possibilité pour l'Autorité, lorsqu'elle constate que cela est nécessaire à la réalisation des (nombreux) objectifs de la régulation sectorielle mentionnés à l'article L. 32-1 du code ou au respect des engagements souscrits au titre des autorisations d'utilisation de fréquences radioélectriques par les opérateurs parties à la convention, de demander, après avis de l'Autorité de la concurrence, la

¹ Vous avez, par une décision du même jour, rejeté une requête de Bouygues télécom critiquant la méthodologie retenue par l'ARCEP afin de veiller au respect, par la société Free Mobile, des obligations de déploiement, des obligations tenant à la publication annuelle d'informations relatives à la couverture du territoire et des obligations en matière de qualité de service, fixées par le cahier des charges annexé à l'autorisation du 12 janvier 2010 : décision n° 384231, aux tables.

modification des conventions déjà conclues, en précisant leur périmètre géographique, leur durée ou les conditions de leur extinction.

La société Bouygues télécom n'a pas manqué de s'en saisir. Le 13 décembre 2017 (décision n°s 401799, 401830, 401912), vous avez pris parti sur plusieurs litiges en lien avec ce nouveau pouvoir donné par le législateur à l'ARCEP. Vous avez, d'une part, examiné les recours de Bouygues Telecom et Free Mobile contre les lignes directrices que l'ARCEP s'est donnée sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles, publiées le 26 mai 2016. Vous vous êtes prononcés, d'autre part, sur la décision de l'Autorité, révélée par un communiqué de presse, de ne pas demander, sur le fondement de l'article L. 34-8-1-1 du code, une modification par avenant du 15 juin 2016 du contrat d'itinérance passé entre Free mobile et Orange. Et vous avez écarté à cette occasion les critiques fondées sur les effets anticoncurrentiels de cet avenant sur le marché de la téléphonie mobile et estimé qu'à la date de la décision attaquée, au vu des caractéristiques de cet avenant et de la structure du marché, la prolongation de l'itinérance au moins jusqu'en 2020 ne procurait pas à la société Free mobile un avantage concurrentiel injustifié.

C'est du même type de contentieux que vous êtes saisis aujourd'hui, après que Orange et Free mobile ont signé le 19 février 2020 un nouvel avenant au contrat d'itinérance signé en 2011, prolongeant pour une seconde fois son exécution pour deux ans, jusqu'au 31 décembre 2022. SFR et Bouygues ont en effet chacune formé un recours pour excès de pouvoir contre la décision, révélée là encore par un communiqué de presse publié le 23 octobre 2020, par laquelle l'ARCEP n'a pas fait usage de la faculté que lui ménage l'article L. 34-8-1-1 du CPCE de demander une modification de l'avenant du 19 février 2020 au contrat d'itinérance entre Free mobile et Orange.

*

1. Le caractère d'acte faisant grief de la décision de l'ARCEP² et votre compétence de premier et dernier ressort pour en connaître (au titre du 4° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative visant les recours contre les décisions prises par les organes notamment de l'ARCEP, au titre de leur mission de contrôle ou de régulation), ont déjà été tranchés par votre précédent du 13 décembre 2017. Nous n'y reviendrons pas.

2. Les interventions en défense de Free mobile et Orange sont évidemment recevables, et vous pourriez même les requalifier en mémoire en défense.

² Voyez par analogie CE, 9 octobre 2013, *SELAFA MJA*, n° 359161, T. pp. 471-741-746, qui juge de façon générale « qu'il appartient à une autorité administrative indépendante investie d'une mission de régulation, qui dispose en vertu de la loi de pouvoirs de contrôle et de police, qu'elle exerce de sa propre initiative et dont l'objet consiste à assurer la sécurité d'un marché, de procéder, lorsqu'elle est saisie d'une demande tendant à la mise en œuvre de ces pouvoirs, à l'examen des faits qui en sont à l'origine et de décider des suites à leur donner ; qu'elle dispose, à cet effet, d'un large pouvoir d'appréciation et peut tenir compte de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge ; que la décision qu'elle prend, lorsqu'elle refuse de donner suite à la demande, peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir ; »

3. Si nous avons quelque chose de plus à ajouter au titre des questions préalables, c'est au sujet de votre office.

Nous vous invitons en effet à transposer dans ce contentieux de la régulation des communications électroniques votre jurisprudence *Américains accidentels* (CE Ass, 19 juillet 2019, n°s 424216 et 424217, p. 296) et donc à apprécier la légalité du refus opposé par l'ARCEP en vous plaçant à la date de votre décision, et non à la date du 23 octobre 2020, date de la décision attaquée.

Ce choix nous paraît commandé tout à la fois par les sous-jacents de cette jurisprudence – le contentieux sur le refus de l'Autorité de prendre une mesure est tout entier tourné vers l'avenir, c'est-à-dire vers l'injonction que vous pourriez faire à l'ARCEP d'envisager la modification de l'avenant et la saisine de l'Autorité de la concurrence – et par les choix jurisprudentiels déjà opérés au sujet de refus opposés par des autorités de régulation à des demandes de mettre en œuvre les pouvoirs que leur a confiés le législateur : voir en particulier la décision du 25 mars 2021, *Société Interhold*, n° 438669, aux tables, à propos de la décision de l'ACPR refusant de désigner auprès d'une banque un administrateur provisoire, prérogative prévue par l'article L. 612-34 du code monétaire et financier ; à propos du refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant d'un moteur de recherches de déréférencer des liens internet : CE, 6 décembre 2019, *Mme X.*, n° 39100, aux tables ; à propos de refus des titulaires du pouvoir réglementaire de prendre des mesures de police : refus des ministres compétents de faire droit à une demande de dérogation à l'interdiction de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques sur les semences de maïs, présentée par la requérante sur le fondement du II de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime : CE, 12 juillet 2021, *Association générale des producteurs de maïs*, n° 427387, aux tables ; refus des ministres compétents de prendre des mesures de police sanitaire : CE, 23 décembre 2020, *M. G... et autres*, n° 431520, aux tables ; de façon plus générale, refus de prendre une mesure de police : CE, 7 février 2020, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649, à publier au Recueil.

4. Cette précision étant faite, nous en venons au recours lui-même.

Si le débat contradictoire devant vous permet d'écarter facilement le moyen tiré de la méconnaissance des règles de quorum prévues à l'article L. 130 du CPCE comme manquant en fait, vous devrez vous arrêter sur celui, plus délicat et sur lequel les parties s'attardent, tiré de l'insuffisante motivation de la décision en litige³.

Non pas que la décision révélée par le communiqué de presse du 23 octobre 2020, qui constitue en quelque sorte la motivation de cette décision, soit insuffisante. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer, à propos de la mission plus récemment confiée à l'ARCEP de

³ Quoique se rattachant à la légalité externe et soulevés dans le cadre d'un refus de faire, ces moyens ne sont pas inopérants au titre de la jurisprudence CFDT finances du 18 mai 2018 (n° 414583, p. 185), dont le champ d'application se cantonne aux seuls actes réglementaires (exceptions d'illégalité et contentieux des refus d'abrogation) et qui n'a à ce jour été étendue qu'aux recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus d'abroger un acte de droit souple (CE, 7 juillet 2021, *M. E... et autres*, n° 438712, aux tables).

régulation de la distribution de la presse (CE, 21 avril 2021, *Société Marie-Claire Album et autres*, n° 438346, aux tables), que l'appréciation du caractère suffisant de la motivation d'un acte administratif, y compris émanant d'une autorité administrative indépendante, ne se confond pas avec la vérification du bien-fondé des motifs de la décision et qu'elle a « seulement » pour objet de faire connaître aux intéressés les conditions de droit et de fait qui servent de fondement à la décision prise pour leur permettre d'apprécier la valeur de ces considérations et, le cas échéant, d'en discuter la légalité.

C'est largement le cas de la décision attaquée :

- au titre des considérations de droit, elle rappelle, d'une part, le pouvoir de l'ARCEP de demander la modification des contrats de partage de réseau mobile si cela s'avère nécessaire prévu par l'article L. 34-8-1-1 du CPCE, d'autre part, la grille d'analyse visant à apprécier ces contrats dans cette perspective définie par les lignes directrices de mai 2016
- au titre des considérations de fait, la décision relève, d'une part, la baisse continue, en volume et en proportion, des communications de Free Mobile acheminées en itinérance 2G/3G, d'autre part, la poursuite de la dynamique d'investissement de Free dans son propre réseau 3G/4G/5G. L'autorité estime ensuite qu'au regard de la situation du marché, de la dynamique d'investissement de Free dans ses propres infrastructures et des conditions de l'itinérance que l'exécution du contrat n'est pas susceptible de faire obstacle à la réalisation des objectifs de la régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE, critère fixé par l'article L. 34-8-1-1 pour déclencher l'intervention de l'autorité. Ces éléments ne sont nullement stéréotypés et permettent parfaitement aux acteurs intervenant sur le marché de la téléphonie mobile de connaître les motifs de la décision attaquée.

Reste à savoir si cette décision devait être motivée, question que vous n'avez pas eue à trancher lors du précédent contentieux.

Le CPCE ne le prévoit pas⁴ et la discussion contentieuse se noue essentiellement autour des règles énoncées dans le code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Nous écartons d'emblée en effet l'invocation de votre jurisprudence *Marseille Fret* (CE Ass., 27 novembre 1979, *Agence maritime Marseille Fret, Compagnie générale transatlantique et autres*, n°s 74877 et 75123, p. 704) selon laquelle certains organismes collégiaux associant des représentants des organismes concernés qui assurent en lieu et place de l'autorité administrative la régulation d'un secteur économique sont tenus « *eu égard à [leur] nature, à [leur] composition et à [leurs] attributions* » de motiver leur décision même lorsqu'aucun texte ne le prévoit. Cette jurisprudence, sans avoir été abandonnée, nous paraît aujourd'hui un

⁴C'est une différence par rapport à d'autres pouvoirs de l'ARCEP, pour la mise en œuvre desquels une obligation de motivation a été instituée : décision encadrant le recueil d'informations auprès des entreprises régulées (art. L. 32-4 du CPCE) ; imposition de modalités d'accès ou d'interconnexion (art L. 34-8) ; règlement des différends (art. L. 36-8) ; mise en demeure (art. L. 36-11) ; sanction (L. 36-12) ; fixation d'obligations à des opérateurs réputés exercer une puissance significative sur le marché dans le cadre d'une régulation asymétrique (art. L. 37-2 du CPCE).

peu marginalisée et non applicable à une autorité telle que l'ARCEP : nous relevons que ce n'est pas sur son fondement que vous avez exigé de la commission des sanctions de l'AMF qu'elle motive son refus d'homologuer un accord de composition administrative (CE Ass., 20 mars 2020, *Président de l'AMF et société Arkéa direct bank*, n° 422186, 422274, p.).

L'application de l'article L. 211-2 du CRPA, qui impose la motivation des décisions individuelles défavorables qui, notamment, restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police, nous paraît exclue. L'appréciation du caractère défavorable d'une décision doit se faire en considération des seules personnes physiques et morales qui sont directement concernées par elle (CE, 9 décembre 1983, *M. V...*, n° 43407, p. 497) et le refus de prendre une mesure défavorable envers un tiers n'a pas à être motivé (CE, 12 mars 1986 *Préfet de police c/ M. M...*, n° 52101, p. 70 ; récemment réaffirmé par CE, 13 novembre 2019, *Commune de Marennes*, n° 416860, p.).

Quant à l'article L. 211-3 du CRPA, si l'on s'en tient à sa lettre, il n'est pas applicable. Ne doivent être motivées, aux termes de cet article, que les décisions individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi et le règlement.

Il nous semble pourtant, ainsi que le suggère Bouygues télécom dans sa requête, qu'il y a lieu de consacrer une obligation de motivation lorsqu'une autorité administrative entend s'écarter des lignes directrices qu'elle s'est elle-même donnée, obligation qui nous paraît découler tant de la fonction remplie par ces lignes directrices que de leur régime contentieux et qui reviendrait à revenir sur une décision de section du 29 juin 1973, *Société GEA*, n° 82870, publiée au recueil p. 453 mais pour d'autres motifs.

L'édiction de lignes directrices, sans être obligatoire, se justifie chaque fois qu'une autorité administrative est dotée d'une prérogative qui ne consiste pas accorder des mesures de faveur⁵, dont les conditions d'exercice sont laissées par le pouvoir législatif et/ou réglementaire largement indéterminées. L'objectif poursuivi par leur auteur est d'assurer la cohérence de l'action administrative, de donner de la visibilité aux administrés et de se prémunir de critiques sur le terrain de la rupture d'égalité.

Si les lignes directrices, qui ne fixent aucune condition nouvelle, ne sont pas assimilables à un pouvoir réglementaire, les critères qu'elles énoncent n'en sont pas moins contraignants pour l'autorité qui les a édictées, qui est tenue de les suivre, sauf circonstances particulières ou motif d'intérêt général justifiant de s'en écarter (CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n° 401751, p. 99 ; CE, 25 mai 2018, *Société OCEA*, n° 404382, T. p.). Il nous semble pour cette raison que la logique qui inspire L. 211-3 du CRPA, qui impose de motiver les décisions qui dérogent aux lois et règlements, devrait valoir aussi, compte tenu de cet effet, pour les lignes directrices.

Votre contrôle juridictionnel sur ces lignes directrices est aujourd'hui complet.

⁵ Cf. CE Sect., 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. C O ...*, n°s 383267, 383268, p. 17.

Vous les contrôlez en premier lieu pour elles-mêmes, en admettant la recevabilité de recours pour excès de pouvoir formés directement contre elles compte tenu des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés de les mettre en œuvre qu'elles sont susceptibles de produire (CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues télécom*, prec. ; CE Sect. 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, a recueil) ainsi, que de façon plus ancienne, leur critique par la voie de l'exception à l'occasion des recours contre les décisions individuelles qui s'y réfèrent.

Vous admettez en second lieu qu'elles soient invoquées par les administrés, qui peuvent en revendiquer l'application (CE, 12 décembre 1997, *Oniflhor*, n° 147007, aux tables sur un autre point) ou opposées par eux, afin de contester le fait qu'il y ait été dérogé (CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, prec. ; CE, 25 mai 2018, *Société OCEA*, prec. ; CE, 22 juillet 2021, *Société UPSA SAS*, n° 441463, aux tables).

Sans doute l'absence de motivation ne fait-elle pas obstacle au contrôle du bien-fondé des motifs de la décision de l'autorité administrative. Le juge peut en outre toujours utiliser ses pouvoirs d'instruction pour exiger de l'administration qu'elle fasse connaître les motifs de sa décision (CE, 29 octobre 2013, *W...*, n° 346569, p. 259). Mais la cohérence avec l'obligation énoncée à l'article L. 211-3 du CRPA, les caractéristiques de ces lignes directrices – publicité, justiciabilité, invocabilité, opposabilité – et la fonction qu'elles remplissent justifient pleinement que l'autorité administrative qui entend s'en écarter soit tenue de motiver sa décision. C'est un enjeu de transparence et de confiance des administrés dans l'action administrative, étant précisé que nous ne sommes pas arrêtée par l'argument tiré de la difficulté à déterminer une obligation de forme en fonction du contenu d'une décision, dès lors que toute la loi de 1979, aujourd'hui codifiée au CRPA, fonctionne selon cette logique.

Il convient donc de déterminer si l'ARCEP, par la décision attaquée, a ou non dérogé aux lignes directrices publiées par l'ARCEP le 25 mai 2016.

Ainsi que le relevait Xavier Domino en 2017, l'ensemble du document, de 31 pages, est émaillé de signaux de prudence. En substance, l'Autorité indique, à la section 3.1, que le partage des infrastructures doit être encouragé dans les zones les moins denses, et la concurrence par les infrastructures promue dans les zones denses et les zones intermédiaires. Elle précise qu'elle sera notamment attentive à la préservation de la capacité de différenciation et de l'autonomie des opérateurs, au maintien d'une incitation suffisante à l'investissement, en particulier dans les infrastructures de nouvelle génération, aux effets positifs sur les services apportés aux utilisateurs, à l'équilibre concurrentiel sur les marchés et à la réversibilité de l'accord. S'agissant de l'itinérance, l'ARCEP énonce en outre, dans la section 3.2.4, au regard des objectifs d'investissement, d'innovation, de concurrence par les infrastructures, de concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs et d'utilisation efficace des fréquences, qu'elle ne devrait être pérenne que dans les zones les moins denses, sous réserve des cas examinés dans la section 3.3 et qu'elle emporte des effets aggravés lorsqu'elle touche aux services de données, qui se trouvent au cœur de la dynamique concurrentielle. Dans la section 3.3, l'Autorité précise que peuvent être justifiés, d'une part, des dispositifs vastes de partage de réseaux mobiles, pour compenser un handicap objectif, par

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

exemple imputable à l'entrée tardive d'un opérateur sur le marché, à condition d'être organisés de manière transitoire, d'autre part, des accords pérennes et ciblés, y compris en dehors des zones les moins denses, notamment lorsqu'ils concernent des technologies en fin de vie, telles que la 2G.

Contrairement à ce qui est soutenu, la décision de ne pas demander la modification de l'avenant conclu entre Orange et Free mobile le 19 février 2020, ne déroge pas aux critères ainsi énoncés. La discussion contradictoire qui s'est tenue devant vous ne fait apparaître ni que l'Autorité aurait mobilisé un critère qu'elle n'avait pas énoncé, ni qu'elle aurait renoncé à appliquer l'un d'entre eux, pour un motif d'intérêt général ou compte tenu de la situation particulière dont elle était saisie. La décision attaquée n'avait donc pas à être motivée.

5. La discussion sur la légalité interne de la décision, très nourrie, peut être résumée en trois moyens :

- le refus de l'autorité méconnaîtrait les objectifs de concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux au bénéfice des utilisateurs, et de promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures, posés au III et IV de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, et méconnaîtrait par conséquent les dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du même code ;
- l'autorité aurait commis une erreur d'appréciation (c'est bien un entier contrôle que vous exercez sur l'exercice de cette faculté, vous l'avez jugé en 2017) et méconnu son office de régulateur en ne s'opposant pas à la prolongation du contrat d'itinérance sur l'ensemble du territoire national ;
- l'autorité aurait enfin méconnu les principes de prévisibilité et de confiance légitime en ne s'opposant pas à la pérennisation du contrat d'itinérance, qui devait être temporaire.

Les deux premiers moyens se rejoignent très largement et peuvent être traités ensemble. Ils appellent deux précisions liminaires.

La première consiste à souligner que le pouvoir, reconnu à l'ARCEP, de faire modifier une convention de partage de réseau ne vise pas seulement à servir l'objectif d'une concurrence effective et loyale. C'est bien à l'ensemble des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 que l'article L. 34-8-1-1 renvoie, c'est-à-dire aussi bien à l'objectif de concurrence qu'à celui de développement de l'investissement et de l'innovation, d'aménagement du territoire, de promotion d'un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé ou encore de gestion efficace et efficiente des fréquences. Les lignes directrices de 2016, dont nous avons résumé le contenu, le reflète. C'est pourquoi l'approche développée dans les requêtes, presque exclusivement centrée sur la concurrence et fondée très largement sur l'avis de l'Autorité de la concurrence – seulement consultatif⁶ et rendu au vu de la situation du marché de la téléphonie mobile en 2013 – doit être élargie.

⁶ Avis rendu sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce.

La seconde est un rappel des conditions d'entrée de Free mobile sur le marché en 2010, dix ans après la délivrance des premières licences 3G et près de 20 ans après le début des déploiements des réseaux 2G. Les pouvoirs publics ont dès le départ dérogé au principe de concurrence par les infrastructures s'agissant de la technologie 2G, déjà dépassée en 2010, en n'imposant pas au nouvel entrant de déployer son propre réseau et en privilégiant l'objectif d'utilisation et de gestion efficace des infrastructures sur la concurrence par les infrastructures.

Cet arbitrage n'a jamais été remis en cause. Tant que des abonnés utiliseront des terminaux exclusivement compatibles avec la 2G – environ 14 millions, dont 1 à 2 millions clients de Free mobile –, c'est-à-dire permettant uniquement des communications par voix et SMS avec un débit de données relativement faible, Free Mobile sera toujours pénalisé par un handicap objectif sur ce segment du marché, qui correspond à une technologie en fin de vie, même si au regard des fréquences qui lui sont attribuées, au regard du déploiement de son réseau mobile 3G/4G/5G et au regard de son niveau de couverture du territoire en 3G et 4G ou encore au regard de ses parts de marché, cette société n'est plus un nouvel entrant.

Ces précisions étant faite, nous pouvons en venir au fond de l'avenant, dont nous rappelons qu'il prolonge la période d'extinction de la convention d'itinérance conclue en 2011, en permettant aux clients de Free Mobile d'utiliser, jusqu'au 31 décembre 2022, le réseau 2G de la société Orange ainsi que son réseau 3G, sur l'ensemble du territoire national.

Au vu, d'une part, des clauses de cet avenant, d'autre part, de la situation concrète du marché et de ses évolutions, nous estimons que l'autorité n'a commis ni erreur de droit, ni erreur d'appréciation, en s'abstenant d'intervenir sur le fondement de l'article L. 34-8-1-1 du CPCE, et ce alors même que le contrat conclu en 2011, prolongé deux fois, excède, dans son périmètre et sa durée, le droit à l'itinérance garanti à Free lors de son arrivée sur le marché en 2010.

Si l'on s'attache au contrat lui-même, outre la durée de deux ans pour la prolongation, plusieurs stipulations encadrent fortement, en volume, le recours à l'itinérance :

- en premier lieu, les débits montants et descendants sont limités à 384 kbits/s, point d'arrivée de l'avenant conclu en 2016 (qui suivait une dynamique dégressive) ce qui exclut leur utilisation dans des conditions concurrentielles pour le transfert de données, qui sont le cœur de la dynamique concurrentielle actuelle du marché, par la différenciation des services en particuliers. Ces débits correspondent en effet aux débits théoriques maximaux offerts sur un réseau 2G et sont loin d'être compétitifs pour le transfert de data ;
- en deuxième lieu, le dimensionnement des liens d'interconnexion entre le cœur de réseau de Free Mobile et celui d'Orange pour l'écoulement du trafic en itinérance, qui ne permet de traiter qu'une part limitée des clients de Free, n'est pas augmenté ;
- enfin, l'avenant prévoit un mécanisme financier pour l'année 2022, reposant sur des coûts dégressifs en fonction du nombre de clients Free Mobile en itinérance sur les réseaux 2G/3G d'Orange en 2022.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Même si aucune restriction géographique aux zones aux seules zones non couvertes par le réseau propre du dernier entré ou aux seules zones les moins denses où les incitations à investir sont très limitées (restrictions préconisées par l'Autorité de la concurrence dans son avis de 2013 et admise par l'ARCEP dans ses lignes directrices), ces clauses sont objectivement de nature à garantir une absence de substituabilité, en termes de qualité de service, entre le fait d'avoir son propre réseau et l'utilisation du réseau de l'opérateur partenaire, et à inciter Free à continuer d'investir dans son propre réseau, y compris s'agissant de la 3G.

Si l'on s'attache ensuite aux données du marché, telles que présentées dans les écritures de l'ARCEP, on constate :

- Free Mobile a poursuivi le déploiement de son propre réseau 3G à un rythme soutenu, au-delà du dernier jalon posé par son autorisation d'utilisation de fréquence 3G, pour atteindre à la fin de 2020 un taux de couverture de 98 % de la population,
- la part du trafic de Free Mobile acheminée en itinérance est en constante baisse, en valeur absolue et en proportion, et ne représente plus que 1 % au premier semestre 2020
- la qualité de service voix offert par Free est inférieure à celle de ses concurrents, notamment Orange : le résultat de l'itinérance n'est donc pas mécaniquement une meilleure qualité de service.

L'ensemble de ces éléments nous conduit à considérer que l'ARCEP n'a ni méconnu la loi ou ses propres lignes directrices, ni commis d'erreur d'appréciation en estimant que la prolongation de l'accord d'itinérance ne procurait pas à Free mobile un avantage concurrentiel injustifié ne rendant pas nécessaire son intervention.

6. Les moyens tirés de l'atteinte au principe de prévisibilité, de sécurité juridique et de confiance légitime, déjà soulevés à l'occasion de la première prolongation du contrat en 2016, vous retiendront moins longtemps. Le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union européenne, peut être invoqué par tout opérateur économique auprès duquel une autorité nationale a fait naître à l'occasion de la mise en œuvre du droit de l'Union, des espérances fondées. Il faut pour que le juge caractérise une atteinte qu'ait été donnée par l'autorité administrative aux administrés des assurances précises, inconditionnelles et concourantes (voir sur ce point la jurisprudence citée par Guillaume Odinet dans ses conclusions sur la décision n°s 442120, 443279 du 8 avril 2021, *Société Bouygues Télécoms et société SFR*, aux tables).

A supposer qu'on puisse considérer que l'on est dans le champ de la mise en œuvre du droit de l'Union, rien de tel en l'espèce, ni dans le code, ni dans les lignes directrices, ni dans les communiqués de presse d'Orange et Iliad qui ne sont pas des autorités publiques, ni dans votre décision de 2017, qui se borne à relever la date alors prévue pour la fin du contrat. Ce qui suffit à écarter le moyen.

7. Nous vous invitons en conclusion à écarter l'ensemble des moyens et à rejeter les requêtes de Bouygues télécoms et SFR.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous pourrez faire droit à la demande de frais présentée par respectivement par Orange et Free mobile, signataire de l'avenant sur lequel l'ARCEP a refusé d'intervenir, en mettant respectivement à la charge de SFR et de Bouygues télécom 1500 euros, qu'elles verseront, chacune, d'une part, à Free Mobile, d'autre part à Orange. Soit vous aurez requalifié leur intervention en défense comme un mémoire en défense, soit vous considérerez que ces deux sociétés auraient eu qualité pour former tierce opposition à votre décision si celle-ci avait annulé le refus de l'ARCEP de ne pas demander une modification de leur contrat et n'avaient pas été présente à l'instance. La configuration est très proche du précédent CE, 11 décembre 2009, *Syndicat national des entreprises exploitant les activités physiques et récréatives des loisirs marchands*, n° 314885, aux tables sur ce point.

Tel est le sens de nos conclusions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.