

N° 367376
Société Bouygues Télécom

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies
Séance du 23 juin 2014
Lecture du 9 juillet 2014.

Mentionné aux Tables du Lebon.

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Comme vous le savez, les conflits de voisinage ne sont pas que physiques. Ils peuvent aussi concerner l'occupation voisine du domaine public immatériel de l'Etat que constituent, selon l'article L. 2111-17 du code général de propriété des personnes publiques, les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République. C'est tout l'enjeu du litige engagé par la société Bouygues Telecom qui a adressé au Premier ministre une demande d'abrogation des dispositions des sections 4 et 6 du chapitre II du tableau national de répartition des bandes de fréquences (TNRBF) annexé à l'arrêté du 30 octobre 2008 portant modification de ce tableau en tant que ces dispositions consacrent un **principe d'antériorité**, c'est à dire en tant qu'elles imposent au titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences (AUF) radioélectriques dont l'assignation a été enregistrée au fichier national des fréquences (FNF), l'obligation de mettre fin à l'éventuel brouillage persistant entre son assignation et celles délivrées antérieurement.

Le TNRBF est un document établi et actualisé par l'Agence nationale des fréquences (ANFR)¹ qui précise pour chaque bande de fréquences radioélectriques le ou les service(s) de radiocommunication autorisés ainsi que les autorités affectataires correspondantes. En vertu de la section 1 de son chapitre Ier, le TNRBF « *fixe les droits et obligations des affectataires ainsi que les principales règles à appliquer pour la coordination et l'enregistrement des fréquences* ».

¹ Voir l'art. 20 du CPCE: Les missions de l'agence sont les suivantes : / (...)

3° Elle prépare et soumet à l'approbation du Premier ministre, en application de l'article L. 41, la répartition des bandes de fréquences entre catégories de services au sens du règlement des radiocommunications de l'Union internationale des télécommunications et entre administrations et autorités affectataires.

Elle établit et tient à jour le tableau national de répartition des bandes de fréquences.

4° Elle établit et tient à jour l'ensemble des documents relatifs à l'emploi des fréquences, notamment le fichier national des fréquences qui récapitule les assignations de fréquences. A cet effet, l'ensemble des administrations et autorités affectataires lui transmettent les données nécessaires, dans le respect des dispositions relatives à la protection du secret de défense.

Elle coordonne les assignations de fréquences dans les bandes en partage et est informée des projets d'assignation de nouvelles fréquences dans les bandes exclusives avec dérogation sur lesquels elle peut émettre un avis. [...] ».

En pratique, ce document, régulièrement mis à jour, compte près de 300 pages qui se décomposent entre neuf chapitres et neuf annexes. Les huit premiers chapitres précisent un mode de mode d'emploi du tableau (extraits des textes pertinents, liste des affectataires, liste des services possibles etc.) ainsi que les règles générales d'utilisation et le neuvième chapitre est consacré au tableau en tant que tel, il est ainsi composé d'un peu plus de 180 pages de tables précisant les autorités affectataires des fréquences ainsi que leur utilisation principale selon les régions définies par l'Union internationale des télécommunications pertinentes.

Le chapitre II du TNRBF est consacré à la « *Procédure nationale de gestion des assignations de fréquences* ». Il précise notamment les conditions dans lesquelles les bandes de fréquences sont réparties ou partagées entre les différentes autorités affectataires (c'est-à-dire les administrations de l'Etat, le CSA ou l'ARCEP) ainsi que les cas dans lesquels une assignation de fréquences doit préalablement faire l'objet d'une coordination. Ce chapitre définit également les conditions dans lesquelles les assignations de fréquences sont enregistrées au FNF ainsi que les incidences de cet enregistrement dont fait partie le principe d'antériorité litigieux. La dernière partie du chapitre est consacrée à l'instruction des cas de brouillages qui est confiée à l'ANFR et qui prévoit également l'application du principe d'antériorité pour régler les cas de brouillage persistant entre deux assignations.

Ainsi, concrètement, une fois que l'autorité affectataire a autorisé l'utilisation d'une bande de fréquences radioélectriques par un opérateur ou exploitant (qu'elle lui a assigné une bande de fréquences), cette assignation doit faire l'objet d'un enregistrement au FNF (à la demande des autorités affectataires ou des opérateurs eux-mêmes). Cette date d'enregistrement permet de connaître l'antériorité des assignations les unes par rapport aux autres, et donc, compte tenu de la règle posée par le TNRBF, de savoir quel opérateur ou exploitant doit supporter la charge de faire cesser les éventuels brouillages persistants constatés (avec les assignations enregistrées antérieurement).

Le principe d'antériorité a une incidence toute particulière pour les opérateurs de téléphonie mobile qui déploient la technologie 4G dès lors que les fréquences qui leur ont été attribuées à ce titre par l'ARCEP sont très proches des fréquences assignées à la télévision numérique terrestre (TNT)² par le CSA, entraînant un risque plus important de brouillage.

Mais comme les fréquences utilisées par les opérateurs de la TNT ont été assignées et inscrites au FNF avant les fréquences utilisées par les opérateurs de téléphonie mobile 4G, c'est sur ces derniers que pèsent plus particulièrement la charge de faire cesser les éventuels brouillages avec la TNT et ce d'autant plus que, pour des raisons techniques, ces cas de brouillages sont ou seront en pratique plus importants.

Bouygues est le plus concerné des opérateurs de téléphonie mobile, dans la mesure où contrepartie d'un moindre prix (683 millions d'euros tout de même, contre 891 M euros et 1,165 Md euros pour ses concurrents) elle s'est vu attribuer la bande de fréquences directement attenante à celles des chaînes de la TNT, c'est-à-dire la bande 791-801 MHz.

² Fréquences de la bande 800 MHz pour les opérateurs de téléphonie mobile et fréquences de la bande 470-790 MHz pour la TNT. Bouygues Télécom s'est plus particulièrement vu attribuer les sous bandes 791-801 MHz et 832-842 MHz.

La société estime que la charge de remédier aux éventuels brouillages avec la TNT est particulièrement inéquitable dès lors, notamment, que les autorisations pour la mise en œuvre de la 4G ont été acquises très chèrement (683 millions d'euros pour elle), qu'elle respecte toutes les conditions fixées par l'ARCEP dans sa décision d'attribution de fréquence et que l'obligation de faire cesser les brouillages est susceptible, dans les cas extrêmes, d'imposer un arrêt pur et simple de l'émission qui provoque le brouillage alors même qu'elle dispose d'une autorisation en bonne et due forme de l'autorité affectataire compétente.

D'où la demande d'abrogation qu'elle formée auprès du Premier ministre, pour mettre fin au principe dit de l'antériorité, et elle porte devant vous le refus du premier ministre né de son silence. Vous êtes compétent pour en connaître, la décision revêtant assurément un caractère réglementaire.

On notera que l'arrêté du 30 octobre 2008 a été abrogé par l'arrêté du Premier ministre du 18 mars 2013 relatif au TNRBF auquel est annexée une nouvelle version de ce tableau (cf. article 2). Mais vous ne prononcerez pas pour autant un non lieu à statuer car nous sommes exactement dans l'hypothèse de votre jurisprudence de Section du 5 juillet 2010 *Ordre des avocats du barreau d'Evreux* (n° 282321) qui prévoit que lorsque l'administration reprend, dans un nouveau règlement, les dispositions qu'elle abroge, sans les modifier ou en ne leur apportant que des modifications de pure forme, il n'y a pas non-lieu. On est clairement dans cette hypothèse.

1. La société soutient en premier lieu que le Premier ministre aurait entaché son arrêté d'incompétence en fixant une telle règle alors qu'il ne lui revient pas de le faire.

C'est à notre sens le moyen le plus intéressant de la requête.

En défense, il est soutenu que le Premier ministre tirerait sa compétence de celle, reconnue par la jurisprudence *Labonne*, de police générale qu'il exerce en toutes matières.

La société conteste vigoureusement cette thèse, et réfute au contraire que l'exercice d'un tel pouvoir, comme celui d'un pouvoir de police spéciale, ne puisse être reconnu au Premier ministre, en raison des textes qui confèrent compétence l'ARCEP pour prendre les mesures nécessaires afin d'éviter les brouillages ou d'y mettre fin.

Pour notre part, nous avons le sentiment que le cadre même de ce débat n'est pas le bon : il nous semble qu'il faut en effet revenir à la prémisse, posée par le législateur la fin des années 1980, mettant ainsi un terme à une controverse doctrinale, et aujourd'hui codifiée à l'art. L. 2111-17 du CG3Pselon laquelle les fréquences radioélectriques relèvent du domaine public de l'Etat.

Or comme le résume avec éloquence Jean Dufau dans son ouvrage de référence *Le domaine public* (éditions le Moniteur), « la conception du domaine public, simple objet de police, a été abandonnée au profit d'une conception nouvelle, fondée sur le droit de propriété de l'administration sur son domaine public » (voir le chapitre « Evolution des conceptions relatives à la nature des compétences attribuées par l'administration à effet de réglementer l'usage du domaine public » p. 380 et suivantes). Si bien que, poursuit Jean Dufau, « en vue d'orienter l'usage du domaine public dans le sens le plus favorable à la satisfaction des

intérêts collectifs dont elle a la charge, l'administration s'est vu reconnaître des compétences nouvelles qui tendent essentiellement vers une fin d'ordre économique ou patrimoniale et qui, en tout état de cause, débordent la notion de police au sens strict ».

C'est en écartant explicitement le fondement d'exercice de pouvoir de police de l'administration et en mettant en avant « les pouvoirs de gestion du domaine » que vous avez ainsi reconnu au préfet de police la possibilité d'empêcher l'affichage et la vente de certains journaux dans les kiosques (CE, Section, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, p. 702)

Vous jugez qu'il appartient à l'autorité chargée du domaine de fixer « tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général » les conditions d'utilisation de ce domaine (CE, Section, 29 avril 1966, *Société d'affichage Giraudy*, n° 60127, p. 293 ; CE, 6 novembre 1998, *Association amicale des bouquinistes des quais de Paris*, n° 71317, B, aux conclusions du président Stahl).

Nous vous reprenons de vous inscrire dans cette ligne de jurisprudence pour écarter le moyen d'incompétence ici soulevé : en énonçant un principe d'antériorité, le Premier ministre exerce son pouvoir d'autorité domaniale.

Il faut noter que si c'est le Premier ministre qui le fait, ce qui est inhabituel, la gestion du domaine public ne lui échéant d'habitude pas, c'est en vertu de la disposition législative spéciale de l'article L. 41 du code des postes des communications électroniques qui dispose que c'est lui qui définit les fréquences attribuées aux administrations de l'Etat et celles dont l'assignation est confiée au conseil ou à l'ARCEP. Il est, en d'autres termes, le grand répartiteur des fréquences, à charge ensuite pour les autorités désignées, de gérer ces fréquences en fonction de leurs besoins, ou pour l'exercice de leurs missions. L'examen des travaux parlementaires relatifs à la loi du 9 juillet 2004 à l'origine de cette disposition confirme d'ailleurs ce point : l'examen des travaux parlementaires (rapport de A. Trassy-Paillogues pour l'AN, rapport de P. Herisson et B. Sido, pour le Sénat), met en évidence que les dispositions introduites à l'article L. 41 CPCE avaient pour objet « *d'organiser au plus haut niveau la répartition des bandes de fréquences radioélectriques* » compte tenu du manque de lisibilité de la répartition des compétences entre le PM, le CSA, l'ART et ANFR dans la loi du 30 septembre 1986.

D'ailleurs, la règle de l'antériorité, qui est ainsi énoncée, et qui a bien pour objet de veiller à l'usage paisible des fréquences de chaque bénéficiaire, quelle que soit l'autorité administrative attributaire qui a autorisé l'utilisation de telle ou telle fréquence, n'est qu'une sorte de rappel du principe qui veut que l'administration ne peut pas octroyer une nouvelle autorisation susceptible de préjudicier aux droits d'un occupant antérieur (*voyez par exemple pour l'autorisation d'une prise d'eau diminuant une prise d'eau antérieure CE, 26 janv. 1912, Lucq : Rec. CE, p. 114. – 5 janv. 1953, Sté des Éts Bresson : S. 1954, 3, p. 23, note Plantey*).

Vous ne pourrez pas être arrêtés, nous semble-t-il, par la circonstance que les articles L. 42 et L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques confie à l'ARCEP le soin d'attribuer les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dont l'assignation lui est confiée et de préciser les conditions d'utilisation de ces fréquences, notamment pour ce qui concerne « *les conditions techniques nécessaires pour éviter les*

brouillages préjudiciables » : dans l'architecture un peu particulière qui est celle du domaine public constitué par les fréquences radioélectriques, il est évident que les règles énoncées par le Premier ministre, autorité domaniale première, ont une force prééminente, peu important que le législateur ait par ailleurs chargé chacune des autorités attributaires secondaires d'une mission concourant à la même fin permettant le bon usage des fréquences par tout un chacun.

Vous pourrez donc écarter ce premier moyen d'incompétence.

2. Il est ensuite soutenu que ce principe d'antériorité serait illégal en ce qu'il remettrait en cause les droits d'occupation du domaine public dont sont titulaires les bénéficiaires d'autorisations d'utilisation de fréquences. On comprend de l'argumentation développée que la société requérante estime que les décisions d'autorisation prises par les affectataires, qui spécifient des conditions d'utilisation des fréquences, devraient se suffire à elles-mêmes sans que des contraintes supplémentaires puissent être imposées.

Mais les dispositions énonçant ce principe ont précisément pour objet, en prévoyant un mode de règlement des situations dans lesquelles un brouillage apparaît, de garantir aux titulaires des autorisations délivrées avant l'apparition du brouillage de pouvoir continuer de jouir paisiblement des droits résultant de ces autorisations. Encore une fois, l'autorité domaniale ne peut d'ailleurs octroyer de nouvelles autorisations sur d'occupation privative de son domaine quia amoindrirait ou remettrait en cause les autorisations précédemment délivrées. En outre, la règle n'est pas nouvelle, et la société Bouygues la connaissait au moment où elle a acquis l'autorisation d'utiliser la fréquence la plus proche de celles de la TNT, pour un prix plus avantageux que ses concurrents.

3. Le moyen de méconnaissance du principe d'égalité que soulève ensuite la société Bouygues ne nous semble pas non plus pouvoir être retenu : le principe d'antériorité s'applique indifféremment à tous les titulaires d'autorisation d'utilisation de fréquences radioélectriques, en retenant un critère objectif tiré de la date d'enregistrement de l'assignation de la fréquence, et il n'est pas soutenu que dans les faits, l'application de son principe conduirait à une différence de traitement telle au détriment de la société que se trouverait constituée une discrimination de fait.

4. Il est ensuite soutenu qu'en imposant au « dernier arrivé » une obligation de résultat pour faire cesser un brouillage qui est apparu du fait de la mise en service des installations par l'intermédiaire desquelles il utilise la fréquence qui lui a été attribuée, l'arrêté attaqué porterait une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie, et serait de ce fait entaché d'incompétence. Nous doutons de l'opérance du moyen, car en général, en matière d'autorisation d'occuper le domaine, vous vous refusez à entrer dans un débat de méconnaissance de ce principe (voyez dernièrement SSR 7/2, n°348909, [RATP](#), 23 mai 2012, A, précité ou SSR 8/3, n°341173, [Commune de Tours](#), 29 octobre 2012). Mais en tout état de cause nous ne voyons pas en quoi en énonçant cette règle, le Premier ministre aurait porté une atteinte illégale à ce principe. La règle s'applique à tous et il n'est pas efficacement démontré qu'elle pèserait de façon disproportionnée sur un seul, étant rappelé en outre que tous ne payent pas le même prix le droit d'utiliser leurs fréquences...

5. La société fait ensuite valoir que la règle ainsi énoncée par l'arrêté dont elle demande l'abrogation méconnaîtrait le principe de sécurité juridique. Mais ainsi qu'il est

rappelé en défense, le principe d'antériorité prévaut de longue date dans le domaine des radiocommunications (notamment dans le règlement des radiocommunications annexé à la convention de l'Union internationale des télécommunications à laquelle la France est partie mais également au sein du TNRBF). Les opérateurs et exploitants qui sollicitent une AUF ne peuvent donc ignorer son existence et ses implications.

A cet égard, l'absence critiquée de précision quant aux mesures devant être prises pour faire cesser un éventuel brouillage dans les dispositions contestées résulte de la nature même du principe d'antériorité qui fixe une obligation de résultat (mettre un terme au brouillage) en laissant toute liberté aux opérateurs ou exploitants quant aux moyens à employer pour atteindre ce résultat.

6. C'est enfin sans nous convaincre que la société Bouygues invoque les l'article 9 de la directive du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, qui impartit aux Etats membres de veiller à ce que l'assignation des fréquences par les autorités nationales soit fondée sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés : les dispositions contestées, qui se fondent sur un critère objectif et pertinent pour déterminer l'opérateur auquel il incombe de faire cesser un brouillage, ne peuvent à notre sens être regardées comme discriminatoires, ni en droit ni en fait, et l'obligation de résultat ainsi instaurée ne nous paraît en rien disproportionnée.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.