

N^{os} 401799, 401830, 401912

SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM
et autres

2^{ème} et 7^{ème} chambre réunies
Séance du 27 novembre 2017
Lecture du 13 décembre 2017

Publié au Recueil.

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

I.

1. Les trois affaires qui viennent d'être appelées posent des questions d'importance tant en ce qui concerne la procédure, pour ce qui est de la question de savoir si et dans quelle mesure sont contestables devant vous les lignes directrices que prend une autorité de régulation qu'en ce qui concerne le fond, la question de l'itinérance, c'est-à-dire de la prestation devant être offerte par un opérateur mobile à un autre opérateur mobile en vue de permettre l'accueil, sur le réseau du premier, des clients du second, étant un sujet majeur pour les opérateurs de téléphonie mobile et un objet récurrent de conflits.

Au début des années 2000, une quatrième licence de téléphonie mobile a été attribuée, par une décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) n° 2010-043 du 12 janvier 2010, à l'opérateur Free Mobile, dans le but d'aviver la concurrence dans ce secteur.

Cette attribution s'est accompagnée de la reconnaissance d'un certain nombre de droits à Free Mobile ayant pour objet de « *compenser les avantages concurrentiels dont disposaient les trois opérateurs existants vis-à-vis du nouvel entrant compte tenu des réseaux mobiles qu'ils avaient déjà pu constituer et des positions ainsi acquises sur le marché de la téléphonie mobile* », pour reprendre les termes d'un de vos arrêts de 2010¹.

Parmi ces droits, figurait un droit d'accès en itinérance au réseau 2G de l'un des trois opérateurs existants, assorti de l'obligation de déployer un réseau 3G propre.

Par une décision des 2/7 SSR du 12 octobre 2010, *Société Bouygues Telecom et autres*, n^{os} 332393 et s., au Recueil, vous avez rejeté la demande de la société Bouygues Telecom tendant à l'annulation de cette décision, jugeant que « *les obligations imposées à Free Mobile par la décision du 12 janvier 2010 sont, contrairement à ce que soutient BOUYGUES TELECOM, conformes aux objectifs fixés par l'article L. 32-1 [du code des postes et des communications électroniques]* ».

¹ CE, 2/7 SSR, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Telecom*, n^{os} 332393 et s., au Recueil

2. En mars 2011, la société Free mobile a conclu un contrat d'itinérance avec la société Orange puis en janvier 2012, elle a ouvert commercialement son réseau mobile 3G.

Par un avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles, l'Autorité de la concurrence a rappelé que l'accord conclu par Free avec Orange était susceptible de favoriser la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile à la double condition d'être régulé et limité dans le temps.

Pour vérifier que tel était bien le cas s'agissant de l'accord d'itinérance en cause, l'Autorité suggérait deux initiatives : d'une part, elle invitait l'ARCEP à vérifier sans attendre que Free Mobile se trouvait, s'agissant de la 3G, sur une trajectoire d'investissement compatible avec les obligations de sa licence, en soulignant que « *plutôt que d'attendre les échéances de 2015 et 2018 pour vérifier si les déploiements en propre ont permis d'atteindre les taux de couverture s'imposant à l'une ou l'autre de ces dates, une action plus précoce du régulateur serait de nature à lever toutes les interrogations* » (§ 230) ; d'autre part, sans préciser cette fois-ci l'autorité responsable, elle proposait, là encore s'agissant uniquement de la 3G, de définir, entre 2016 et 2018, « *les modalités d'une extinction progressive de l'itinérance nationale* », étant entendu que ces modalités devaient être mises en relation avec la trajectoire de couverture de Free Mobile (§ 231).

A la suite de cet avis, Bouygues Telecom a adressé un premier courrier à l'ARCEP, le 3 février 2014, courrier par lequel l'opérateur demandait au régulateur sectoriel de « *définir les modalités d'extinction progressive de l'itinérance de Free Mobile* ».

Du silence gardé par l'ARCEP sur cette première demande est née une décision implicite de rejet, dont Bouygues Telecom vous a demandé devant l'annulation.

Par une décision des 2/7 SSR du 9 octobre 2015, *Société Bouygues Télécom*, n^{os} 379579, 382945 et s., aux tables et aux conclusions de Béatrice Bourgeois-Machureau, vous avez annulé cette décision implicite de rejet, en jugeant que « *quand bien même elle n'était pas compétente, en l'état du droit alors applicable, pour mettre un terme ou modifier une convention d'itinérance déjà conclue, l'ARCEP, en se bornant, en réponse aux demandes de la société Bouygues Télécom, à se déclarer attentive au respect par la société Free Mobile des obligations de couverture définies dans la décision d'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau radioélectrique qu'elle lui a délivrée le 22 janvier 2010, et en refusant, par principe, de réexaminer, au vu de l'évolution de la concurrence entre les opérateurs, les conditions d'accès à l'itinérance dont bénéficiait la société Free, a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et, par suite, commis une erreur de droit (...)* ».

3. Les sociétés Bouygues Telecom et SFR ont conclu, en janvier 2014, un accord permettant de mutualiser leurs réseaux sur un périmètre géographique correspondant à 57% de la population et environ 85% du territoire, assorti d'une prestation d'itinérance 4G fournie par Bouygues Telecom à SFR.

4. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « loi Macron ») a inséré un article L. 34-8-1-1 au code des postes et des communications électroniques (CPCE), qui prévoit, dans son troisième alinéa que : « *La convention [d'itinérance] est communiquée, dès sa conclusion, à l'ARCEP. 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 (...)* ».

S'en sont suivis une série d'actes qui sont l'origine des requêtes dont vous êtes saisis.

4.1. Le principe de la compétence du régulateur en la matière étant désormais acquis, restait à déterminer la manière dont celui-ci allait en faire usage.

Pour ce faire, l'ARCEP a décidé de se fixer et de rendre publiques des « lignes directrices » relatives au partage de réseaux mobiles. Elle a d'abord mis en consultation publique, en janvier 2016, un projet de lignes directrices sur l'itinérance et la mutualisation des réseaux mobiles.

Au terme de cette consultation, l'ARCEP a publié, en mai 2016, 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* ».

Cette publication a été accompagnée d'un communiqué de presse, mis en ligne le même jour sur le site internet de l'Autorité, et se bornant, en substance, à résumer brièvement l'objet des lignes directrices.

Sous les n^{os} 401799, 401830, la société Bouygues Telecom et la société Free Mobile, respectivement, vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir de ces lignes directrices et du communiqué de presse qui les accompagne. La société Bouygues Telecom demande aussi l'annulation du projet de lignes directrices mis en consultation publique).

4.2. En outre, sur le fondement de ces lignes directrices, l'Autorité a invité les opérateurs à lui transmettre des propositions de modifications de leur accord de partage de réseaux mobiles.

Après une phase de négociations avec l'Arcep, Free Mobile et Orange ont transmis à l'Autorité un nouveau contrat d'itinérance (Bouygues Telecom et SFR ont également transmis un avenant à leur contrat de mutualisation).

Par un communiqué de presse du 30 juin 2016, l'ARCEP a fait savoir qu'il ne lui « *apparaissait pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier à nouveau leurs contrats* ».

C'est cette décision, révélée par le communiqué de presse du 30 juin 2016, de ne pas demander la modification du nouveau contrat d'itinérance conclu entre Free et Orange que, sous le n° 401912, la société Bouygues Telecom attaque également devant vous.

II. Ces requêtes posent des questions de recevabilité qui sont d'inégale importance.

1. Il nous paraît évidemment impossible de contester un projet de lignes directrices rendu public dans le cadre d'une consultation : ce document a clairement le statut d'un document préparatoire et il est par suite insusceptible de recours.

Il est également exclu de pouvoir attaquer un communiqué de presse, non pas dans l'absolu, lorsque celui-ci se borne, comme c'est le cas de celui du 25 mai 2016, à annoncer l'adoption d'une décision intervenue le même jour et dûment publiée.

Vous rejetterez donc comme irrecevables les conclusions dirigées formées contre ces deux actes.

2. En revanche, le communiqué de presse du 30 juin 2016 révèle bien l'existence d'une décision, qui n'a pas reçu d'autre forme de publicité, sans d'ailleurs que ce soit illégal, de ne pas demander aux opérateurs de modifier à nouveau leurs contrats.

3. La question centrale et plus nouvelle est celle de la recevabilité des conclusions dirigées contre les lignes directrices.

Il ne fait guère de doute que les lignes directrices adoptées par l'ARCEP sont ce que vous appelez jusqu'à il y a peu de temps des directives au sens de votre jurisprudence *Crédit foncier de France*, rebaptisées lignes directrices. Il s'agit bien en l'espèce, pour l'autorité, « de se fixer à elle-même (...) les règles de conduite qu'elle entend s'imposer », pour reprendre les termes du président Odent² ou encore de « fixer les orientations au vu desquelles seront prises (...) des décisions individuelles » pour citer le président Stahl³.

C'est en raison du faible encadrement législatif ou réglementaire et donc du pouvoir d'appréciation relativement indéterminé dont elle dispose en la matière, que l'ARCEP a jugé opportun de préciser les critères à l'aune desquels elle entendait mettre en œuvre ce pouvoir. Par l'édition *a priori* de telles lignes directrices, elle a ainsi décidé, alors qu'elle n'y était nullement obligée, de fixer des règles qu'elle-même devra respecter dans la prise des décisions individuelles. Les règles ainsi posées n'édictent toutefois pas de conditions nouvelles à proprement parler et laissent *in fine* au régulateur la faculté de prendre des décisions s'inscrivant en décalage par rapport à elles, soit que les particularités de la situation en cause devant elle le justifient (l'ARCEP insiste au demeurant sur le fait qu'elle se livrera, dans l'exercice du pourvoi que lui confère l'article L. 34-8-1-1 à une analyse au cas par cas et l'ensemble du document est émaillé de signaux de prudence, du type « *a priori* » ou « sans préjudice d'une appréciation *in concreto* »), soit encore que des considérations d'intérêt général conduisent à s'en écarter (elle-même évoque cette possibilité).

Dans le vénérable état de ce qu'était votre jurisprudence aux temps reculés où Henri Savoie ou le président Stahl officiaient derrière ce pupitre, les recours en excès de pouvoir contre de tels actes, vous jugiez que si un administré peut revendiquer l'application d'une directive lorsqu'elle correspond à sa situation (12 décembre 1997, *Oniflhor*, n° 147007) et si la légalité de la directive peut être contestée à l'occasion des recours contre les décisions individuelles qu'i s'y réfèrent, le recours en excès de pouvoir directement contre ces actes n'était pas recevable parce que vous considériez que ces actes, par eux-mêmes, n'avaient pas de caractère réglementaire et ne modifiaient pas la situation juridique des administrés (18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, p.338 ; 20 décembre 2000, *Conseil des industries françaises de défense*, concl. Savoie T. p.789 et 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, n° 254961, A concl. Stahl).

Comme n'ont pas manqué de le relever les observateurs les plus avisés de votre jurisprudence (les chroniqueurs à l'AJDA, ou encore les commentateurs au GAJA), les

² Voir Raymond Odent, *Contentieux administratif*, Tome II, Editions Dalloz 2007, p. 527.

³ Conclusions sur 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et autres*, n°s 254961 et suivants, au Recueil.

décisions d'assemblée *Fairvesta* et *Numericable* (CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n^{os} 368082, 368083,

368084, p. 76 ; CE, Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n^o 390023, p. 88) changent toutefois la donne et posent la question de l'abandon de cette ligne de jurisprudence.

Ces décisions, vous le savez, ont jugé que peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir les actes de droit souple tels que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies lorsqu'ils 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 ils s'adressent.

A l'évidence, les lignes directrices de l'ARCEP relatives aux contrats d'itinérance remplissent ces critères. Les opérateurs sont invités, le cas échéant, à modifier les contrats qu'ils ont conclus pour tenir compte des orientations qui figurent dans le document. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que ces lignes directrices sont de nature à produire des effets notables, en particulier économiques, dès lors qu'elles sont susceptibles de conduire à modifier les clauses de ces contrats.

Il n'y a aucune raison de maintenir un bastion d'irrecevabilité des recours dirigé contre les lignes directrices lorsqu'elles constituent des actes de droit souple attaquables au regard de la jurisprudence *Fairvesta/Numericable*.

Si vous nous suivez, vous consacrerez donc ce recul de la jurisprudence *comité anti-amiante de Jussieu* devant les évolutions jurisprudentielles de 2016. Il vous appartiendra alors d'examiner les moyens à l'encontre de ces lignes directrices, tout « en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation », pour reprendre les termes des décisions d'assemblée.

III. Nous vous proposons donc de commencer par l'examen des moyens dirigés contre ces lignes directrices.

A. Deux moyens de légalité externe ont soulevés

1. Il est d'abord soutenu que les orientations figurant dans les lignes directrices auraient dû être définies, par l'ARCEP, au niveau réglementaire et non par le biais de lignes directrices.

Mais aucune disposition ne donnait compétence à l'ARCEP pour définir par voie réglementaire des conditions d'application de l'article L. 34-8-1-1 du CPCE. Et, contrairement à ce que fait valoir Bouygues Telecom, votre décision du 9 octobre 2015 n'a jamais « reconnu » à l'autorité le pouvoir d'adopter des dispositions réglementaires en la matière... Par ailleurs, on l'a vu, eu égard à son contenu, le document paraît effectivement entrer dans la catégorie des lignes directrices. Il ne définit pas des règles mais de simples orientations.

2. Un second moyen de légalité externe est tiré de ce que les lignes directrices et le communiqué de presse auraient été adoptés au terme d'une procédure irrégulière, dans la mesure où il ne serait pas établi que les règles relatives aux modalités de convocation des membres du collège et aux conditions de quorum n'auraient pas été respectées.

Mais ce moyen, d'ailleurs peu étayé, est réfuté par les pièces produites en défense par l'ARECP. Vous pourrez l'écarter comme manquant en fait.

B. Les moyens soulevés au titre de la légalité interne ont plus de substance

1. Se pose à cet égard une première question de principe. Comme on l'a dit, en édictant les lignes de directrices, l'ARCEP poursuivait plusieurs objectifs :

- i. donner des éléments de contexte sur le partage de réseaux mobiles ainsi que sur le cadre réglementaire de son action ;
- ii. dessiner une « grille d'analyse » visant à apprécier les accords de partage de réseaux mobiles au regard des objectifs de la régulation ;
- iii. décrire la procédure qu'elle suivra dans l'examen des contrats d'itinérance ;
- iv. enfin, formuler des « recommandations » à l'égard des opérateurs qui concluent des accords de ce type.

Il s'ensuit qu'une partie de ses lignes directrices est essentiellement descriptive.

Or par le biais de trois moyens, la société Bouygues Télécom critique l'analyse à laquelle s'est livrée l'ARCEP dans cette partie « contexte » de son document. Ces critiques portent sur la sous-estimation de l'importance des services vocaux et des SMS, le rôle à l'inverse jugé excessif accordé aux opérateurs de réseau mobile virtuel (les MVNO) ainsi que la méconnaissance du rôle déterminant joué par Free Mobile dans les effets pervers (envers Bouygues essentiellement) de la concurrence exagérée à laquelle se livrent les opérateurs du secteur.

Outre le fait qu'elles reposent sur des présupposés contestables et qu'elles font dire au document des choses qu'il ne dit pas en réalité, on peut se demander si ces critiques, qui dénoncent ce qui est seulement une présentation du contexte et ne peut au sens strict être regardé comme l'expression de lignes directrices, sont réellement opérantes. On est en plein dans les difficultés, totalement anticipées, mais assumées, propres au contrôle des actes de droit souple, qui présentent la double caractéristique d'être à la fois moins décisives et plus bavards que les décisions administratives dont acceptez plus classiquement de connaître.

Il nous paraît contraire à la logique elle-même souple et adaptative de la jurisprudence *Numéricable* et *Fairvesta* de juger quoi que ce soit de général sur ce point en jugeant que les parties descriptives d'un acte de droit souple ne peuvent être utilement critiquées. Chaque acte de droit souple obéit en réalité à une logique, à une dynamique internes à analyser finement aux fins de déterminer si les critiques qui lui sont adressées ont une véritable portée quant au contenu de la décision. Dans les descriptions, se cachent parfois de véritables choix, qui ont ensuite des répercussions sur les critères mis en œuvre par les lignes directrices. L'exercice de dentelle n'est donc pas facile à faire et obéit forcément à un examen casuistique.

Il nous semble que pour écarter des contestations comme inopérantes, il vous faut constater non seulement qu'elles concernent des parties purement descriptives des lignes directrices, mais encore que ces critiques ne sont tournées que vers elles-mêmes et ne sont pas assorties d'une argumentation dirigée contre la teneur des lignes directrices elles-mêmes.

En l'espèce, vous pourriez donc écarter ces moyens d'erreur de fait comme inopérants pour ce motif, car la société Bouygues n'expose pas en quoi les critiques qu'elle adresse à la

partie descriptive des lignes directrices a un retentissement « opérationnelle », tangible, sur le contenu même des lignes directrices. Ce faisant, vous apporteriez une utile précision quant aux modalités de contrôle des actes de droit souple.

Et en tout état de cause, vous pourriez couper court au débat d'une autre façon, en réfutant la lecture faite par la société Bouygues Télécom de la description faite par l'ARCEP. Cette dernière n'a nullement nié l'importance pour les consommateurs des services vocaux et des SMS, elle a simplement constaté que l'animation concurrentielle sur le marché de la téléphonie mobile portait aujourd'hui principalement sur les offres de services de données offerts notamment par la 4G. L'ARCEP n'a pas, en outre, accordé un rôle démesuré aux opérateurs mobiles virtuels sur le marché. Enfin, elle n'était pas tenue de consacrer des développements particuliers à la pénétration rapide du marché par Free Mobile, au niveau des prix pratiqués par cet opérateur et au risque élevé d'éviction du marché de la téléphonie mobile qui pèserait sur la société Bouygues Telecom.

2. Le moyen suivant est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise l'ARCEP en estimant que, pour l'application des dispositions de l'article L. 34-8-1-1 du CPCE, elle n'avait pas à faire application des principes du droit de la concurrence. Il lui est reproché de n'avoir pas cité l'avis rendu par l'Autorité de la concurrence en 2013.

Rappelons en premier lieu que lorsqu'elle donne son avis, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce sur une question de concurrence, l'avis de l'Autorité de la concurrence n'a pas de caractère contraignant. L'autorité le reconnaît elle-même. Ainsi, dans un avis n° 10-A-02 du 1^{er} février 2010, elle a rappelé que lorsqu'elle est consultée en application de l'art. L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence ne peut se prononcer que sur des questions générales de concurrence. Il ne lui appartient pas dans ce cadre de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'une entreprise est contraire aux dispositions du code de commerce réprimant les ententes, les abus de position dominante ou de dépendance économique ou les prix abusivement bas; seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure contradictoire prévue au livre IV dudit code étant de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard desdites dispositions. L'avis ainsi rendu cette question générale de concurrence a certes un poids, une influence indéniables, à la hauteur de l'autorité qui est celle de l'institution, mais rien de plus juridiquement.

Par ailleurs, la présentation qui est faite de la position de l'ARCEP ne nous semble pas exacte. Il est vrai que l'ARCEP précise d'emblée, dans le document attaqué, que la compétence qu'elle tient de l'article L. 34-8-1-1], « en application du droit sectoriel, se distingue de celle de l'Autorité de la concurrence, en application du droit de la concurrence ».

Elle indique à cet égard que « l'ARCEP, en tant que régulateur sectoriel, n'est pas appelée à caractériser un comportement anticoncurrentiel et à sanctionner à ce titre les opérateurs concernés, mais à préciser le cadre dans lequel peuvent évoluer les acteurs au regard des objectifs de régulation qui lui sont assignés par la loi, pour assurer un bon fonctionnement du marché ».

On voit bien ce qu'a entendu souligner l'ARCEP, en termes de partage des rôles, même si, évidemment, elle est conduite à examiner, pour définir les orientations qu'elle privilégie, le possible effet anticoncurrentiel de l'itinérance, dès lors qu'il lui appartient, en sa qualité de régulateur sectoriel, de veiller au respect des objectifs définis à l'article L. 32-1 du code et,

donc, notamment « l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale ».

En outre, depuis que cet avis a été rendu, le marché de la téléphonie mobile a connu des évolutions significatives ce qui explique que malgré l'importance de l'avis de l'Autorité de la Concurrence, celui-ci ne soit pas repris.

Pour toutes ces raisons, vous ne pourrez qu'écarter le moyen tiré de ce que l'ARCEP aurait commis une erreur de droit n ne faisant pas référence à cet avis dans ses lignes directrices.

3. La société Bouygues Telecom soutient que l'ARCEP a commis des erreurs de droit et une erreur d'appréciation au regard des principes de concurrence par les infrastructures, d'une concurrence effective et loyale, de prévisibilité et de confiance légitime en prolongeant l'itinérance dont bénéficie Free mobile sans limitation de durée dans les zones qualifiées de moins denses.

Répondre à ces moyens suppose en premier lieu de répondre à la question du niveau de contrôle qui doit être le votre sur les appréciations que porte une autorité de régulation dans le cadre de lignes directrices qu'elle émet.

Vous avez lu, prononcé ou entendu suffisamment de conclusions savantes consacrées à cette question pour que nous allions droit au but : il nous semble que vous devriez en la matière exercer un contrôle normal, lequel ne peut toutefois bien sûr pas être exercé sans prendre en compte les considérations essentielles propres à l'exercice par le pouvoir de régulation de sa compétence, et qui tiennent, selon les cas, à la plus ou moins grande délicatesse technique des appréciations à porter ou des analyses à mener, à la plus ou moins grande marge d'appréciation laissée par les textes à l'autorité dans cet exercice, ou encore au caractère plus ou moins nuancé ou affirmatif des appréciations ou des analyses en jeu.

En l'espèce par exemple, on doit noter que l'Autorité n'a pas émis de jugement définitif sur la question, mais elle a laissé poindre une indication des raisons pour lesquelles le critère de la faible densité de zone pourrait justifier une prolongation des contrats d'itinérance.

Dans ses lignes directrices, l'ARCEP a souligné que « *la zone du territoire est un élément structurant pour l'appréciation [d'un accord d'itinérance] au regard des objectifs de régulation* ». Selon elle, dès lors que la rentabilité des investissements consentis par les opérateurs dépend largement de la densité des territoires, « *l'appréciation du bilan des effets favorables et défavorables au regard des objectifs de régulation d'un accord de partage diffère significativement selon les zones du territoire concernées par le partage* ». S'agissant des « *territoires les plus isolés, les moins denses et les plus coûteux à couvrir* », l'Autorité indique ainsi que « *le partage de réseaux mobiles permet de réduire les coûts de déploiement et est susceptible de contribuer à apporter un meilleur service à un plus grand nombre d'utilisateurs, ce que ne permettrait pas la promotion d'une stricte concurrence entre les infrastructures. Au regard des objectifs de régulation, et notamment des effets favorables sur l'aménagement du territoire, le partage de réseaux mobiles devrait ainsi être largement encouragé sur ces territoires les plus isolés. Il convient toutefois de s'assurer que le partage s'y effectue de manière loyale, en permettant à chacun d'y prendre part* » (p. 19 et s.).

Après ces rappels, l'ARCEP a précisé les conditions dans lesquelles les accords de partage de réseaux mobiles peuvent s'avérer compatibles avec les objectifs de la régulation. S'agissant de l'itinérance, elle en souligne aussi les limites (restriction et capacité de

l'opérateur accueilli à des différencier sur des paramètres importants, limitation de l'investissement des opérateurs pour l'exploitation des fréquences qui leur sont attribuées). Elle en a conclu ensuite que « Cela implique qu'une itinérance ne pourrait être pérenne que sur une proportion limitée de la population, correspondant aux zones les moins denses où les incitations à investir sont très limitées. Les opérateurs disposent en effet, pour couvrir l'essentiel de la population, de modalités de déploiement plus efficaces que l'itinérance, du point de vue du développement de l'investissement et de l'autonomie des opérateurs ».

C'est cette conclusion surtout qui est critiquée, mais ces critiques peinent à nous convaincre.

On notera tout d'abord que l'ARCEP ne fait ici nullement référence à l'accord d'itinérance conclu entre Free Mobile et Orange mais raisonne de façon générale sur l'itinérance en zone moins dense. La société requérante ne peut donc sérieusement déduire de ce passage, rédigé en outre sous forme conditionnelle et presque prospective, sous toute réserve, que l'Autorité a autorisé le contrat d'itinérance dont bénéficie Free Mobile sans limitation de durée dans les zones qualifiées de moins denses.

En deuxième lieu, l'analyse retenue par l'Autorité est dans son contenu difficilement contestable. D'ailleurs, les opérateurs - Bouygues Telecom compris - mettent en œuvre depuis les années 2000 un partage de réseaux mobiles dans les communes peu denses du programme « zones blanches centres-bourgs » pour en assurer la couverture.

Enfin, les critiques formulées en termes de prévisibilité et de confiance légitime n'ont pas de réelle consistance : Bouygues Telecom n'identifie aucun changement de réglementation dont la prévisibilité aurait du être favorisée par l'Autorité ni aucune espérance qu'elle aurait entretenue et qui aurait été déçue.

Vous écarterez donc le moyen dans toutes ses branches.

4. Il est ensuite soutenu que l'ARCEP aurait commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en définissant un calendrier d'extinction de l'itinérance dont Free bénéficie à un horizon trop lointain et en refusant d'imposer une extinction progressive de l'itinérance par plaques géographiques.

Mais les critiques formulées par Bouygues Telecom visent exclusivement le projet de lignes directrices mis en consultation publique en janvier 2016, à l'égard duquel, on l'a dit, son recours est irrecevable. Le document final, pour sa part, n'aborde nullement la question du calendrier d'extinction du contrat conclu entre Free et Orange. Vous pourrez écarter ces moyens comme inopérants.

5. Et vous ferez des même avec le moyen soulevés par Free tiré de ce que l'ARCEP 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 Telecom et SFR. Ce moyen revient là encore à soulever des critiques qui ne portent en réalité pas sur les lignes directrices, mais sur le contrat d'itinérance entre SFR et Bouygues.

On le voit avec le sort que nous proposons de réserver à plusieurs moyens soulevés à l'encontre des lignes directrices ici : si le recours que vous avez ouvert contre les actes de droit souple est lui-même « souple », pour s'adapter aux particularités propres à ce type particulier d'acte, il n'en est pas pour autant extensible : on ne peut se saisir d'un acte de portée générale, qui remplit exactement la vocation de ce que sont les lignes directrices, pour

contester des questions individuelles, concernant tel ou tel contrat d'itinérance, que ces lignes n'abordent pas.

IV. On peut en venir aux moyens soulevés par la société Bouygues Telecom à l'encontre de la décision par laquelle l'ARCEP a renoncé à demander une modification du contrat d'itinérance conclu entre Orange et Free.

Sur le fondement des lignes directrices qu'elle a édictées, l'ARCEP a invité les opérateurs à lui transmettre des propositions de modification des contrats d'itinérance qu'ils avaient passés s'ils estimaient qu'existaient des discordances entre leur contenu et les orientations générales.

Dans ce cadre, Free Mobile et Orange ont transmis à l'ARCEP un contrat modifié, comme d'ailleurs Bouygues Telecom l'ont fait de leur côté.

L'autorité a ensuite, par un communiqué de presse du 30 juin 2016, indiqué qu'il ne lui « apparaissait pas nécessaire de demander aux opérateurs de modifier à nouveau leurs contrats ».

C'est cette décision, révélée par le communiqué, qui est contestée devant vous au regard du contrat d'itinérance Free/orange.

1. Il est d'abord soutenu que cette décision serait irrégulière faute pour l'ARCEP d'avoir au préalable consulté l'Autorité de la Concurrence.

Ce moyen ne vous retiendra pas. L'article L. 34-8-1-1 du CPCE prévoit que l'avis de l'Autorité de la concurrence est requis lorsque l'ARCEP demande la modification des conventions d'itinérance conclues par les opérateurs. Il revient donc bien à l'ARCEP de déterminer, dans une première étape, si les contrats d'itinérance nécessitent ou non d'être modifiés. Si elle estime que oui, elle doit alors, mais dans cette seule hypothèse, saisir l'Autorité de la concurrence pour avis. En l'espèce, dès lors qu'elle estimait qu'aucune modification n'était nécessaire, elle n'avait pas à consulter l'Autorité de la concurrence.

2. Le moyen suivant est encore un moyen de procédure.

Il est tiré de ce que la décision attaquée méconnaît l'objectif de transparence de la régulation figurant à l'article L. 32-1 du CPCE dès lors que l'ARCEP s'est bornée à publier un communiqué de presse laconique et n'a pas rendu publiques les principales caractéristiques du contrat d'itinérance conclu entre Free et Orange.

Ce qui est en cause ici c'est le V de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, qui dispose : « *Lorsque, [...]le ministre[...] ou l'ARCEP 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 (...)* »

Le moyen nous semble infondé. L'article 32-1 ne conduit certainement pas à ce qu'un contrat de ce type soit publié. En outre, contrairement à ce qui est allégué, l'ARCEP n'a en

rien commis de détournement de procédure en publiant comme elle l'a fait d'abord des lignes directrices puis en examinant, au vu des changements communiqués par les opérateurs, s'il y avait lieu ou non pour elle de demander d'autres modifications. Elle a ce faisant exercé son rôle d'opérateur dans des conditions qui ont permis d'assurer la prévisibilité et la lisibilité de son intervention. A et égard, la publication des lignes directrices ne saurait se lire comme une demande de modification qui aurait dû faire l'objet d'une consultation de l'Autorité de la concurrence. S'agissant de la décision de ne pas demander que soient apportées des modifications au contrat conclu entre Orange et Free, elle n'avait pas à être soumise à une procédure de transparence au titre de l'article 32-1. Et il ne ressort d'aucune disposition applicable qu'elle aurait dû être motivée.

3. Le moyen suivant se prévaut, par la voie de l'exception, de l'illégalité des lignes directrices et reprend ici les critiques qu'elle formulait à l'encontre de la partie « contexte » des lignes directrices. On les écartera pour les mêmes motifs.

4. Le moyen suivant dénonce le fait que la décision attaquée revienne à autoriser une prolongation de l'itinérance au moins jusqu'en 2020 et confère ainsi à Free Mobile un avantage concurrentiel injustifié.

Bouygues Télécom fait valoir que :

- que la prolongation de l'itinérance autorisée par la décision attaquée excède de trois à cinq ans la durée envisagée par l'Autorité de la concurrence dans son avis de 2013 ;
- que cette prolongation produira des effets gravement anticoncurrentiels : sous investissement de Free dans son propre réseau, prix anormalement bas, fragilisation de Bouygues Telecom, etc.
- qu'elle est contraire aux objectifs de concurrence effective et loyale entre opérateurs et de concurrence par les infrastructures prévus à l'article L. 32-1 du CPCE dès lors que l'ARCEP envisage un calendrier d'extinction non pas en fonction des obligations de couverture à la charge de Free Mobile mais par comparaison avec le niveau de couverture et de qualité de services des autres opérateurs.

Ces différents arguments ne nous convainquent pas de que l'ARCEP se serait trompée. Il ne nous semble pas ressortir des pièces du dossier qu'à la date à laquelle l'ARCEP s'est prononcée, 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.

Si l'avis de l'Autorité de la concurrence préconisait en effet, en 2013, dans un contexte qui était bien différent de celui de 2017, une extinction progressive de l'itinérance dont bénéficie Free mobile à horizon 2016-2018, cet avis, qui n'était nullement contraignant, s'inscrivait dans un paysage concurrentiel différent. Depuis, notamment, les sociétés Bouygues et SFR ont-elles-même conclu un contrat d'itinérance

S'agissant des effets anticoncurrentiels qu'engendreraient la prolongation de l'itinérance autorisée par la décision litigieuse, ils ne sont nullement étayés par la requérante et, surtout, le lien qu'ils entretiennent avec l'itinérance n'est à aucun moment établi. Ainsi le caractère « anormalement bas » des prix pratiqués par la société Free mérite d'être relativisé – sur le marché fixe-mobile, les tarifs proposés par Free sont légèrement plus élevés que ceux de Bouygues Telecom – et la faiblesse des coûts commerciaux de Free n'est pas liée à

l'itinérance : les coûts de production (ceux liés au déploiement du réseau mobile) unitaires par carte SIM de Free mobile sont assez proches de ceux de Bouygues Telecom, alors que ses coûts commerciaux (boutiques, canaux de distribution) sont nettement inférieurs (Free propose deux offres, contre 20 pour Bouygues Telecom, et a très peu de points de vente physiques).

Il convient également de rappeler que l'ARCEP veille au respect par la société Free Mobile de ses obligations de déploiement de réseau. Or il ressort des pièces du dossier la société Free Mobile respecte pleinement ses obligations, à un rythme d'ailleurs comparable à celui suivi par les autres opérateurs mobiles au cours des années 1990 pour leurs premiers déploiements mobiles.

Relevons également que les conditions techniques et économiques du contrat d'itinérance sont de nature à inciter Free mobile à déployer son propre réseau et à jouer le jeu de la concurrence par les infrastructures :

- le contrat ne porte pas sur l'itinérance 4G (à la différence d'ailleurs du contrat conclu entre SFR et Bouygues Telecom), technologie qui est aujourd'hui au cœur de la dynamique concurrentielle ;
- comme le relevait l'Autorité de la concurrence dans son avis de 2013, le coût annuel induit par les prestations d'itinérance se situe entre 500 et 700 millions d'euros, soit environ un tiers du chiffre d'affaires de Free mobile et un tiers du coût total de déploiement d'un réseau 3G : en d'autres termes, à supposer que la société Free Mobile dispose d'une réelle capacité d'arbitrage entre investir dans le déploiement de son propre réseau et recourir à l'itinérance, elle a intérêt à s'affranchir de l'itinérance compte tenu de son coût considérable ;
- il existe des différences de couverture et de qualité de service entre Free et Orange, en 3G comme en 2G, de nature à créer une incitation réelle pour Free à déployer son propre réseau.

Ainsi, en autorisant un maintien de l'itinérance jusqu'en 2020, il ne nous semble pas que l'ARCEP ait conféré à Free un avantage anticoncurrentiel injustifié.

5. Bouygues Télécom fait aussi valoir, par un moyen soulevé sous l'angle de l'erreur de droit et de l'erreur d'appréciation, que les modalités d'extinction progressive de l'itinérance qui sont prévues ne sont pas de nature à entraîner une réelle extinction de l'itinérance.

Il est vrai que l'Autorité de la concurrence avait évoqué une extinction par plaques géographiques mais l'ARCEP restait libre d'approuver une autre méthode convenue par les parties. En l'espèce, les modifications apportées au contrat prévoient une limitation progressive et contrôlée des débits maxima montants et descendants que les clients de Free Mobile pourront atteindre sur le réseau d'Orange de début 2017 à fin 2020. Il ne ressort pas des pièces du dossier que cette manière de procéder serait moins susceptible de conduire à la fin de l'itinérance : cette méthode, dont le respect sera vérifiable, conduira bien à une extinction progressive de l'itinérance en raison de la diminution de la qualité de service proposée aux clients de Free.

6. Est enfin soulevé un moyen tiré de la méconnaissance des principes de sécurité juridique et confiance légitime ainsi que de l'obligation, posée au IV de l'article L. 32-1 du

CPCE, selon laquelle l'ARCEP et le ministre assurent l'adaptation du cadre réglementaire à des échéances appropriées et de manière prévisible ».

Mais comme l'ARCEP le fait valoir, elle n'a nullement pris une mesure, a fortiori une mesure réglementaire, ayant autorisé la pérennisation de l'itinérance 2G et 3G dont bénéficie Free Mobile sur le réseau Orange sans limitation de durée. L'objectif de promotion de la concurrence par les infrastructures, qui est un objectif du régulateur et on pas une réglementation, n'est nullement remis en cause. On excusera même l'ARCEP de soutenir que les conclusions de Béatrice Bourgeois-Machureau – citées parmi d'autres déclarations ou citations brandies par la société pour soutenir qu'une espérance avait pu légitimement naître à cet égard–, n'étaient pas une source autorisée fiable à cet égard.

Par ces motifs, nous concluons au rejet des requêtes et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de la société Bouygues Telecom à verser à la société Free.