

**N° 427248**  
**Société Weaccess**

**2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 20 mai 2020**  
**Lecture du 10 juin 2020**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Sophie Roussel, rapporteure publique**

La présente affaire vous conduira à vous prononcer sur la portée du principe de neutralité technologique en matière de communications électroniques lorsqu'est en cause une décision relative à la gestion du spectre de radiofréquences.

Par une décision n° 2017-1081 du 26 octobre 2017<sup>1</sup>, l'Arcep a décidé de limiter l'usage de la bande 3 410-3 460 MHz en France métropolitaine à la fourniture de services d'accès fixe<sup>2</sup>, permettant notamment l'accès à internet. L'objectif affiché est double. D'une part, à court terme, l'Arcep souhaite que ce petit segment de la bande 3,4 – 3,8 GHz soit consacré à la modernisation des réseaux de boucle locale radio vers le très haut débit radio, dans un but d'aménagement du territoire et de réduction de la fracture numérique. D'autre part, et à moyen terme, le reste des fréquences disponibles dans la bande 3,4 – 3,8 GHz – soit la très grande majorité – a vocation à être mis à la disposition du marché pour le déploiement des réseaux mobiles de cinquième génération (5G).

A la suite de cette décision, qui a donc pour objet de réserver l'utilisation de certaines fréquences à un type de technologie donné, l'Arcep a mis en place un « guichet THD radio » pour les acteurs intéressés. Le 11 décembre 2017, elle a dans cette perspective publié les modalités d'attribution des fréquences de la bande 3 410-3 460 MHz pour le très haut débit radio en France métropolitaine.

Ces modalités reposent sur un principe de complémentarité entre la couverture du territoire par le réseau filaire très haut débit et le THD radio. L'objectif de l'attribution des fréquences de la bande 3 410-3 460 MHz est, aux termes de la décision publiée 11 décembre 2017, « *de contribuer à l'aménagement numérique du territoire en permettant le déploiement de solutions de très haut débit radio dans toutes les zones d'un département où les réseaux filaires à très haut débit ne sont pas disponibles à court ou moyen terme* ». S'en suivent des conditions relatives au périmètre géographique des autorisations sollicitées au sein d'un

---

<sup>1</sup> Publiée au Journal officiel de la République française le 16 décembre 2017.

<sup>2</sup> On entend par « fourniture d'un accès fixe » la fourniture d'un accès aux services de communications électroniques depuis un équipement terminal en position déterminée.

département ainsi que des obligations fortes de déploiement, de couverture et de disponibilité, visant à assurer un service à très haut débit de qualité.

La société Weaccess, ex-Infosat a adressé à l'Arcep, dans le cadre de ce « guichet THD radio », des demandes concernant deux départements : le Loiret et la Seine-Maritime. Alors que la première a été acceptée dès juillet 2018, la seconde a été, après plusieurs mois d'instruction, refusée.

La décision de rejet, en date du 21 décembre 2018, relève que le périmètre de la demande inclut 104 communes sur lesquels des déploiements de réseaux filaires à très haut débit devraient être disponibles et qu'à l'inverse, 469 communes de Seine-Maritime, pourtant non concernées par des projets de déploiement du très haut débit filaire à court ou moyen terme, sont hors de ce périmètre. La décision en conclut que la demande n'est pas compatible avec les objectifs d'aménagement du territoire ainsi que d'utilisation et de gestion efficaces des fréquences.

C'est la décision contestée.

L'essentiel du recours de la société Weaccess, présenté sans le ministère d'un avocat, consiste à soutenir que le critère de complémentarité, pour l'accès fixe à internet, entre, d'une part, le réseau filaire à très haut débit et, d'autre part, le réseau radio à très haut débit, critère sur lequel est fondé le refus de l'Arcep, méconnaît le principe de neutralité technologique.

Par deux fois saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance de ce principe, en 2015 (CE, 11 mai 2015, *Société Free*, n° 375482, inédite) et en 2017 (CE, 9 juin 2017, *Société Numéricable*, n° 398822, inédite), à propos de la légalité de deux versions successives d'un arrêté interministériel relatif à l'information préalable du consommateur sur les caractéristiques techniques des offres d'accès à l'internet en situation filaire, vous vous êtes retranchés derrière un prudent « *en tout état de cause* », après avoir néanmoins écarté au fond des moyens tirés de la méconnaissance du principe d'égalité entre les fournisseurs de services de communications électroniques proposant une offre d'accès à internet supportée par le réseau de cuivre et ceux proposant une offre supportée par le réseau de câbles.

Le moyen est ici soulevé dans un litige d'une autre nature, puisque relatif non pas à un aspect du cadre réglementaire applicable aux fournisseurs de services de communications électroniques mais à la gestion des radiofréquences.

Tel que formulé à l'article 8 de la directive cadre 2002/21/CE<sup>3</sup>, le principe de neutralité technologique – ancien en droit international des télécommunications<sup>4</sup> – était cantonné aux « *tâches de réglementation* » spécifiées dans la directive « cadre » et les quatre directives

---

<sup>3</sup> Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »)

<sup>44</sup> Principe affirmé dès la Conférence radiotélégraphique préliminaire de Berlin en 1903 et souvent repris depuis, dans le cadre de la Commission des Nations-Unies pour le développement du commerce international ou de l'Organisation mondiale du commerce : voir les références mentionnées dans les conclusions de Xavier Domino sur la décision *Free* du 11 mai 2015, préc.

particulières (accès, autorisation, service universel et vie privée et communications électroniques), et formulé dans des termes assez lâches : « *Les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales (...) tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre* », c'est-à-dire, si l'on se réfère au considérant 18 de la directive, « *ni contraignante ni discriminatoire au bénéfice de l'utilisation d'un type particulier de technologie* ». Il n'est en outre pas absolu puisque la promotion de certains services spécifiques est admise, pourvu qu'elle soit justifiée par des objectifs d'intérêt général et proportionnée à ces objectifs. La transposition en droit interne qui en a été faite en 2004<sup>5</sup> figure à l'article L. 32-1 du code des communications électroniques et des postes, en vertu duquel le ministre chargé des communications électroniques et l'Arcep veillent, dans le cadre de leurs attributions respectives, « *au respect de la plus grande neutralité, d'un point de vue technologique, des mesures qu'ils prennent* », est tout aussi lâche.

Quoiqu'énoncé en des termes peu contraignants et, dans son maniement, aussi plastique que le principe de non-discrimination en droit de la concurrence auquel il se rattache, le principe de neutralité technologique n'est pas pour autant dépourvu de portée juridique. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi jugé incompatible avec le marché commun, sur le seul fondement de sa méconnaissance, les subventions accordées par la République italienne en vue de promouvoir l'achat de décodeurs numériques, en tant qu'elles excluaient les décodeurs permettant uniquement la réception de programmes de télévision diffusés par satellite : CJUE, 28 juillet 2011, *Mediaset SpA c/ Commission*, aff. C-403/10 P<sup>6</sup>.

Ce n'est qu'en 2009, à l'occasion de la refonte de la directive cadre 2002/21/CE du 17 mars 2002 par la directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 que le principe de neutralité technologique a été rendu applicable à la gestion du spectre de radiofréquences<sup>7</sup>. Sa portée est, dans ce domaine, un peu plus précisément formulée (voir l'article 9, éclairé par les considérants 34 et 35, et, dans une moindre mesure, par le considérant 38) : « *Les Etats membres veillent à ce que tous les types de technologies utilisés pour les services de communications électroniques puissent être utilisés dans les bandes de fréquences déclarées disponibles (...)* ». La possibilité de restrictions est en outre expressément prévue, pourvu que celles-ci soient justifiées par un objectif d'intérêt général, proportionnées et non discriminatoires aux types de réseaux de radiocommunication et de technologies sans fil utilisés pour les services de communications électroniques.

---

<sup>5</sup> Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

<sup>6</sup> L'arrêt retient une violation de l'article 87, §1, du TCE, qui interdit les aides d'Etat favorisant certaines entreprises ou certaines productions et ne se fonde pas directement sur le « paquet » communautaire applicable aux communications électroniques, ce qui confirme que la neutralité technologique n'est qu'une facette du principe de non-discrimination en droit de la concurrence.

<sup>7</sup> La directive 2009/140/UE a été transposée par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques, autorisée par la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques.

Le refus opposé à la société Weaccess n'est toutefois pas fondé sur le type de technologie développé par la société pour exploiter les fréquences déclarées disponibles par l'Arcep, ce qui correspond à la portée du principe de neutralité technologique lorsqu'est en cause une décision relative à la gestion du spectre.

Si restriction il y a, celle-ci résulte de la décision du 26 octobre 2017 limitant l'usage de la bande 3410-3460 MHz à la fourniture d'accès fixe. Or cette décision n'est pas contestée par Weaccess. La société se plaint même au contraire de ce que, par des décisions ultérieures, les opérateurs de 4G mobile ont été autorisés à proposer un service entrant en concurrence avec le THD radio.

L'invocation du principe de neutralité technologique nous paraît donc inopérante pour contester le critère de la complémentarité entre la couverture du territoire par le réseau filaire très haut débit et le réseau radio très haut débit, qui fonde le refus de l'Arcep.

Nous vous invitons à ne pas vous arrêter à cette inopérance. Ce critère, que la société cherche à remettre en cause en invoquant le principe de neutralité technologique, n'échappe pas en effet à tout contrôle juridictionnel.

Il vous appartient de vérifier, ainsi qu'en dispose l'article 9 de la directive « cadre » telle que modifiée en 2009, transposée aux articles L. 42 et suivants du code des communications électroniques et des postes, que l'octroi des autorisations d'utilisation des radiofréquences est fondé « *sur des critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés* ». L'argumentation de la société peut, sans grand effort de votre part, être regardée comme soutenant, sous couvert de neutralité technologique, que le critère de complémentarité entre le réseau filaire et le réseau radio, directement issu de la décision – qui peut être regardée comme réglementaire – arrêtant les modalités d'attribution des fréquences 3410-3460 MHz, publiée le 11 décembre 2017 dont vous êtes saisis par voie d'exception ne répond pas à ces qualificatifs.

Mais même ainsi requalifiée, la critique ne nous paraît pas fondée.

Le critère de complémentarité entre les infrastructures de télécommunication – filaire et hertzien – est un critère objectif, qui s'applique à l'ensemble des opérateurs présentant une demande d'attribution de fréquences dans la bande 3410-3460 MHz. Il nous paraît nécessaire, adapté et proportionné, d'une part, à l'objectif d'aménagement numérique du territoire poursuivi, qui consiste à offrir à tous les foyers un accès fixe à internet à très haut débit de qualité, d'autre part, à la gestion efficace des radiofréquences, qui sont des ressources rares. Précisons que l'un et l'autre de ces objectifs sont d'intérêt général. L'article L. 42 autorise l'Autorité à prévoir des restrictions dans les modalités d'utilisation des bandes de fréquences si cela est nécessaire, notamment, pour réaliser un objectif prévu à l'article L. 32-1 ; or l'aménagement et l'intérêt des territoires est au nombre des objectifs énumérés à cet article (v. le 4° du II). L'objectif de gestion et d'utilisation efficaces des fréquences est quant à lui directement mentionné à l'article L. 42.

Reste à examiner le second moyen du recours de la société Weaccess, qui prétend que le refus qui lui a été opposé ne tient pas compte des déclarations du Président de la République en juillet 2017 encourageant la construction de 3 à 5 millions de prises radio. A supposer que vous puissiez déceler dans ces déclarations une décision, vous ne pourriez que constater qu'elle est sans incidence sur le refus attaqué.

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