

**N°s 438762, 443282**  
**Association Priartem et autres**

**2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 22 mars 2021**

**Lecture du 8 avril 2021**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Guillaume Odinet, rapporteur public**

Vous vous souvenez, pour en avoir connu (v. 31 décembre 2020, Syndicat CFE-CGC Orange et autres, n°s 438240 e. a., à mentionner aux Tables), que, par arrêté du 30 décembre 2019, la secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances a, sur proposition de l'Arcep, défini les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation des fréquences de la bande 3,5 GHz<sup>1</sup> en France métropolitaine, pour l'exploitation de réseaux mobiles ouverts au public. Cet arrêté définissait également les conditions d'utilisation des fréquences, qui correspondaient au déploiement de réseaux de communications mobiles de cinquième génération (5G).

L'arrêté avait été pris sur le fondement de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), qui prévoit que, lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Arcep peut limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser, les titulaires des autorisations étant alors sélectionnés par appel à candidatures ou par une procédure d'enchères.

Il résulte par ailleurs des dispositions combinées de cet article L. 42-2 et de l'article L. 42-1, telles que vous les avez interprétées (v. 12 octobre 2010, Société Bouygues Télécom et autres, n° 332393 e. a., Rec. p. 378) que l'utilisation des fréquences, qui constitue un mode d'occupation privatif du domaine de l'État<sup>2</sup>, donne lieu au paiement d'une redevance, dont le montant peut être fixé par décret et qui doit, d'une part, en application de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, d'autre part, en application de l'article 13 de la directive « autorisation »<sup>3</sup>, être objectivement justifiée, transparente, non discriminatoire et proportionnée eu égard à l'usage auquel elles sont destinées<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Bande 3400-3800 MHz, dont les conditions d'exploitation ont été harmonisées, sur le fondement de la Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, par la décision d'exécution (UE) 2019/235 de la Commission du 24 janvier 2019.

<sup>2</sup> V. art. L. 41-1 du code.

<sup>3</sup> Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux

Par un décret du 31 décembre 2019<sup>5</sup>, le Premier ministre a ainsi modifié le décret du 24 octobre 2007 relatif aux redevances d'utilisation des fréquences<sup>6</sup> afin de fixer le montant de la redevance due au titre de l'utilisation des fréquences de la bande 3,5 GHz pour l'exploitation de réseaux mobiles en France métropolitaine.

Les associations Priartem et Agir pour l'environnement, d'une part, la société SFR, d'autre part, vous demandent l'annulation de ce décret.

1. Ainsi que cela est soutenu en défense, les associations, qui ont pour objet la protection de l'environnement, des consommateurs, la lutte contre les pollutions et nuisances et la prévention des risques liés aux technologies électromagnétiques, ne justifient pas, à ce titre, d'un intérêt leur donnant qualité pour vous demander l'annulation du décret.

Vous avez admis, dans votre décision du 31 décembre dernier, qu'elles étaient recevables à contester l'arrêté qui, en définissant les conditions d'utilisation des fréquences, organisait, en quelque sorte, le déploiement de réseaux 5G en France métropolitaine et qui était ainsi susceptible de léser leurs intérêts. Il en va différemment du décret attaqué, qui se borne à déterminer la contrepartie financière de l'occupation du domaine public et n'affecte ainsi leurs intérêts en aucune manière.

2. La société SFR, qui devra s'acquitter de la redevance, justifie quant à elle d'un intérêt évident à contester le décret.

Fondamentalement, tous les moyens de sa requête reprochent au décret de n'avoir pas tenu compte, dans la fixation des redevances, de l'institution, par la loi du 1<sup>er</sup> août 2019<sup>7</sup>, d'un régime d'autorisation des appareils nécessaires à la connexion des terminaux aux réseaux 5G. Pour la société requérante, dès lors que ce régime va créer un surcoût considérable dans le déploiement de la 5G pour les opérateurs de télécommunications qui utilisaient des appareils Huawei pour les réseaux 2G, 3G et 4G et devront en changer faute de pouvoir utiliser des appareils du même équipementier pour leur réseau 5G, le Gouvernement aurait dû adapter en conséquence le montant de la redevance applicable à ces opérateurs.

---

et de services de communications électroniques. L'article 13 est aujourd'hui repris à l'article 42 de la directive (UE) n° 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européens

<sup>4</sup> Tout en tenant compte des objectifs fixés à l'article 8 de la directive « cadre » (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), aujourd'hui repris à l'article 3 du code des communications électroniques européens – principalement la promotion de la concurrence, de l'intérêt des citoyens de l'Union.

<sup>5</sup> Décret n° 2019-1592 du 31 décembre 2019 modifiant le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

<sup>6</sup> N° 2007-1532.

<sup>7</sup> Loi n° 2019-810 du 1<sup>er</sup> août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles.

L'argumentation, qui procède d'une sorte de transposition de la théorie du fait du prince, se comprend bien : le processus d'attribution des fréquences a été, en quelque sorte, percuté par l'instauration d'un régime d'autorisation qui, sans cibler directement les équipements de l'entreprise Huawei, fait néanmoins peser sur les opérateurs y ayant recours un risque élevé de devoir, à court ou moyen terme, en remplacer une grande partie voire l'intégralité ; la société en déduit que l'équilibre financier doit être rétabli.

Fondamentalement, il nous semble que l'opérance de cette argumentation est cependant limitée dans le débat sur la légalité des redevances, pour deux raisons bien distinctes. La première est que la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 n'implique pas, par elle-même, le remplacement de l'ensemble des appareils construits par la société Huawei ; elle ne l'implique évidemment pas en droit, puisqu'elle se borne à créer un régime d'autorisation, et, nous vous le disions en concluant sur les affaires précédentes (v. Société Bouygues Télécom et société SFR, n<sup>os</sup> 442120 443279), elle ne peut, à ce stade, être regardée comme l'ayant impliqué en pratique. Le surcoût invoqué par la société requérante était donc, à la date du décret attaqué, éventuel.

La seconde raison est qu'il n'appartient pas au pouvoir réglementaire, dans l'instauration des redevances, de s'adapter individuellement aux coûts des différentes entreprises qui font la même utilisation du domaine public – *a fortiori* lorsqu'il attribue une ressource rare dans le cadre d'une mise aux enchères. En effet, si la redevance doit – nous vous le disions à titre liminaire – tenir compte des avantages de toute nature procurés à l'utilisateur du domaine et ne peut être disproportionnée au regard de ces avantages, elle n'a pas pour autant vocation à garantir une marge identique à tous les occupants qui font du domaine la même utilisation. La redevance, qui rémunère le droit d'occupation de la propriété publique, est légalement déterminée sur le fondement des avantages économiques que l'occupant est susceptible de retirer de l'occupation (v., expressément, 11 octobre 2004, P..., n<sup>o</sup> 254236, T. pp. 602-687 ; 10 juin 2010, Société des autoroutes Esterel-Côte-d'Azur-Provence-Alpes, n<sup>o</sup> 305136, T. p. 762 ; 7 mai 2012, Syndicat intercommunal du Canal des Alpes Septentrionales, n<sup>o</sup> 343697, T. pp. 744-745-839)<sup>8</sup>. Elle repose donc davantage sur une estimation de la rentabilité de la ressource (ce que votre décision SA « Les marines de Cogolin » – 7 mai 1980, n<sup>o</sup> 05969, Rec. p. 215 – appelle « la rentabilité de la concession d'occupation du domaine ») que sur l'analyse de la rentabilité de son utilisateur<sup>9</sup>. En ce sens, vous jugez que le montant de la redevance d'occupation du domaine peut tenir compte des caractéristiques de la dépendance domaniale et de la nature de son utilisation<sup>10</sup> (v. 1<sup>er</sup> juillet 2019, Ville de Paris, n<sup>o</sup> 421403, T. p. 726) – en somme, son potentiel économique<sup>11</sup>. Cela est d'autant plus vrai

---

<sup>8</sup> L'article 22 de la loi du 6 janvier 1948 prévoyait que la redevance pouvait « tenir compte des bénéfices dont la concession peut être la source ».

<sup>9</sup> Bien que la distinction puisse, dans certains cas, être en pratique assez artificielle, et bien que vous ayez admis que le tarif de la redevance puisse comporter une part variable en fonction du résultat net de l'exploitation d'un ouvrage – v. 13 juin 1997, Société des transports pétroliers par pipe-line, n<sup>os</sup> 167907 168940, Rec. p. 230 ; il est plus habituel que la part variable soit indexée sur le chiffre d'affaires.

<sup>10</sup> Sur ce second point, v. 12 décembre 1923, Peysson, Rec. p. 826 ; 22 mars 1929, Société de construction d'embranchements industriels, Rec. p. 355 ; 3 février 1933, Syndicat des patrons et marins pêcheurs du Tréport, Rec. p. 153.

<sup>11</sup> Qui inclut l'avantage spécifique procuré, le cas échéant, par le fait d'être autorisé à jouir d'une façon privative du domaine public (v. 10 février 1978, Min. c/ Scudier, n<sup>o</sup> 07652, Rec. p. 66 ; 29 novembre 2002, Commune du

lorsque l'attribution du droit d'utilisation du domaine public repose sur un système d'enchères qui a, par construction, vocation à sélectionner les opérateurs économiques les plus efficaces : il irait à l'encontre du principe même de la procédure d'enchères que de prévoir une redevance différenciée en fonction des coûts auxquels doivent faire face les opérateurs susceptibles de concourir – fussent-ils causés par la réglementation. La redevance, dans un tel cadre, n'a pas à être fixée à un niveau n'excluant aucun opérateur de marché – et pas davantage à compenser la moindre compétitivité de certains.

Aussi pensons-nous qu'il ne peut utilement être reproché au gestionnaire du domaine de ne pas assumer, à ce titre et en cette qualité, les conséquences financières de l'application de telle ou telle réglementation sur tel occupant. En réalité, nous vous l'avons dit en concluant sur les précédentes affaires, c'est à nos yeux sur un autre fondement, celui de la responsabilité sans faute, que l'État est susceptible de devoir indemniser une part du préjudice résultant de la mise en œuvre du régime d'autorisation instauré par la loi du 1<sup>er</sup> août 2019.

Dans ce cadre, aucun des moyens de la requête n'est de nature à fonder l'annulation du décret.

**2.1.** Au titre de la légalité externe, la société SFR soutient que le décret a été adopté au terme d'une procédure irrégulière, dès lors que l'avis de l'Arcep, qui a été sollicité, a été rendu sur le fondement exclusif de la proposition de conditions d'utilisation des fréquences formulée par cette autorité le 21 novembre 2019 et que cette proposition ne pouvait tenir compte des incidences du régime de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019, dont le décret d'application n'a été adopté que le 6 décembre 2019. Le raisonnement est alambiqué – et l'opérance de l'argumentation douteuse à plusieurs égards<sup>12</sup>. Nous relevons simplement qu'à la date de l'avis de l'Arcep – c'est-à-dire le 17 décembre 2019 –, le régime d'autorisation des appareils nécessaires à la connexion des terminaux aux réseaux 5G était connu de cette autorité – d'autant mieux que ses éléments essentiels figuraient dans les dispositions législatives issues de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019. L'avis qu'elle a rendu ne saurait donc être regardé comme irrégulier.

**2.2.** La société requérante soutient encore que la consultation publique<sup>13</sup> a été irrégulière, dès lors qu'elle a été menée du 28 novembre au 12 décembre 2019 alors que le décret d'application de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 n'a été publié au Journal officiel que le 7 décembre, de sorte que les personnes intéressées ne disposaient pas d'un temps suffisant pour participer à la consultation en connaissance d'un élément déterminant pour elles. Mais là encore, nous vous l'avons dit, les éléments essentiels du régime d'autorisation étaient fixés par la loi du 1<sup>er</sup> août 2019, de sorte que l'argumentation, quelle que soit son opérance, manque en fait.

**2.3.** Sur le fond, la société soutient que le décret méconnaît le principe d'égalité entre les candidats à l'attribution de fréquences, faute de tenir compte de la situation particulière dans laquelle sont placés ceux d'entre eux qui utilisent des équipements Huawei dont l'application de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 va limiter l'usage.

---

Barcarès, n° 219244, Rec. p. 419).

<sup>12</sup> A la fois quant à l'influence du régime issu de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 sur l'avis que l'Arcep devait rendre et quant au « pont » effectué par la requête entre la proposition de conditions d'utilisation des fréquences et l'avis sur le décret fixant les redevances.

<sup>13</sup> Conduite sur le fondement du V de l'article L. 32-1 du code.

Pour les raisons que nous vous avons dites, vous ne pourrez qu'écarter le moyen ; il résulte de ce que nous vous exposons que la différence de situation dont la société se prévaut n'était ni caractérisée à la date du décret attaqué ni en rapport direct avec l'objet de la redevance d'utilisation du domaine public prévue par les articles L. 42-1 et L. 42-2.

Par ces motifs nous concluons au rejet des requêtes.