

N°s 442120, 443279

Société Bouygues Télécom et société SFR

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 22 mars 2021

Lecture du 8 avril 2021

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Les affaires qui ont été appelées vous reviennent de la rue de Montpensier. Par une décision du 18 novembre dernier, vous aviez en effet renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des articles L. 34-11 et suivants du code des postes et des communications électroniques (CPCE), créés par la loi du 1^{er} août 2019¹.

1. Vous vous souvenez que cette loi a été adoptée dans le contexte d'une défiance croissante à l'égard de la société chinoise Huawei², qui est l'un des trois principaux équipementiers de stations de base dites « antennes relais » (les deux autres étant la société suédoise Ericsson et la société finlandaise Nokia), et d'un réexamen³ des questions de sécurité des réseaux de télécommunications mobiles à l'occasion du déploiement de la cinquième génération de connectivité des terminaux mobiles, dite 5G, eu égard à la sensibilité particulière des réseaux de cette génération et à la multiplication attendue de l'usage d'objets et services connectés.

Dans ce cadre, il a paru nécessaire au législateur de consolider et d'élargir le contrôle des éléments des réseaux de télécommunications mobiles, qui résultait principalement, jusqu'alors, du régime baroque construit sur l'article 226-3 du code pénal. Rappelons que cet article, qui incrimine la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente, sans autorisation, d'appareils figurant sur une liste et permettant de réaliser les opérations susceptibles de constituer l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 226-1 de ce code) ou d'atteinte au secret des correspondances (art. 226-15), fonde en négatif un régime d'autorisation de tels appareils⁴, qui avait permis⁵ de soumettre à

¹ Loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation de réseaux radioélectriques mobiles.

² Contexte présenté par le rapport au Sénat de Mme Procaccia sur la proposition de loi (n° 579, 2018-2019), auquel nous renvoyons à nouveau.

³ Coordonné au niveau européen (v. le rapport de la Commission publié en octobre 2019, « EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks » et la publication, de janvier 2010, du NIS Cooperation Group, intitulée « Cybersecurity of 5G networks – EU toolbox of risk mitigating measures »).

⁴ Entièrement défini, pour le reste, par voie réglementaire (art. R. 226-1 ss. du code).

autorisation des éléments des réseaux de télécommunications dits de « cœur de réseau »⁶ (qui se distinguent des stations de base, dites de « bord de réseau ») et devait s'étendre⁷, à compter du 1^{er} octobre 2021⁸, à certains appareils d'accès aux réseaux mobiles⁹.

Se substituant pour partie à ce régime « accroché » au code pénal, la loi du 1^{er} août 2019 a créé un « régime d'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques »¹⁰ dans le CPCE. L'article L. 34-11 soumet ainsi à autorisation du Premier ministre l'exploitation de tout matériel ou logiciel permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, ou la disponibilité du réseau ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications et qui figurent sur une liste arrêtée par le Premier ministre. Il excepte toutefois du champ des appareils concernés¹¹ ceux qui permettent de connecter les terminaux aux réseaux de 4^e génération (4G) et des générations antérieures (2G, 3G) et n'embrasse donc que les appareils permettant de relier les terminaux aux réseaux de 5^e génération (5G) – au premier rang desquels les antennes relais. L'article précise en outre que seuls sont soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation les opérateurs d'importance vitale au sens du code de la défense¹² ainsi désignés en vertu de leur activité d'exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public. Il prévoit, enfin, que l'autorisation peut être assortie de conditions et qu'elle est délivrée pour une durée maximale de huit ans.

En vertu de l'article L. 34-12, l'autorisation est refusée si le Premier ministre estime qu'il existe un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale résultant du manque de garantie du respect des règles (adoptées sur le fondement de l'article L. 33-1) relatives à la permanence, l'intégrité, la sécurité et la disponibilité du réseau et à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications. Le même article précise que le Premier ministre apprécie ce risque en tenant compte du niveau de sécurité des appareils, de leurs modalités de déploiement et d'exploitation et du fait que l'opérateur ou ses prestataires est (ou sont) sous le contrôle ou soumis à des actes d'ingérence d'un État non membre de l'Union.

⁵ Alors qu'il ne concernait initialement que les appareils conçus pour réaliser les opérations pouvant constituer les infractions et visait ainsi avant tout les moyens d'interception des communications.

⁶ Par le biais notamment de l'obligation faite aux opérateurs de mettre en œuvre les interceptions de sécurité (v. not. art. L. 33-1 du CPCE).

⁷ La loi de programmation militaire du 18 décembre 2013 (n° 2013-1168) ayant étendu le champ de l'article à tous les appareils de nature à permettre la réalisation des opérations pouvant constituer les infractions.

⁸ Date retenue par le pouvoir réglementaire en 2016 « pour tenir compte des investissements déjà réalisés par les opérateurs de communications électroniques et leur permettre de se mettre progressivement en conformité avec les nouvelles dispositions ».

⁹ En vertu de l'arrêté du 11 août 2016 modifiant l'arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal (JO du 25 août 2016).

¹⁰ Selon le titre de la section que leur consacre le chapitre II du titre Ier du livre II du CPCE.

¹¹ Outre ceux qui sont installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés à un réseau indépendant, les appareils électroniques passifs ou non configurables et les dispositifs non spécialisés incorporés aux appareils.

¹² V. art. L. 1332-1.

La méconnaissance de ces dispositions peut donner lieu à l'adoption d'injonctions, prévues par l'article L. 34-13, et à des poursuites pénales, en vertu de l'article L. 39-1-1.

La loi du 1^{er} août 2019 a par ailleurs prévu que le nouveau régime d'autorisation s'appliquait à l'exploitation des appareils installés depuis le 1^{er} février 2019 ; elle a accordé à cette fin un délai de deux mois¹³ aux opérateurs qui exploiteraient déjà des appareils soumis à autorisation pour déposer une demande.

2. Il est fondamental, pour la compréhension des litiges qui vous sont soumis, de rappeler ensuite que l'application de la loi a des effets pratiques qui dépassent ses stricts effets juridiques. En effet, si le régime d'autorisation nouveau ne concerne que les équipements de connexion aux réseaux 5G, il est parfaitement constant, d'une part, que les équipements radio 5G ne fonctionnent pas de façon autonome et ne peuvent être dissociés des équipements radio 2G, 3G et 4G, d'autre part, que les appareils des différents fabricants ne sont pas interopérables, de sorte qu'il n'est pas possible, par exemple, de faire communiquer des équipements radio 2G, 3G et 4G Huawei avec des équipements radio 5G Ericsson ou Nokia¹⁴. En somme, et pour le dire simplement, un équipement 5G d'un fabricant doit communiquer avec les équipements 2G, 3G et 4G du même fabricant.

Il en résulte qu'un éventuel refus d'autoriser l'exploitation d'appareils radio 5G fabriqués par un des trois équipementiers, s'il est fondé sur des motifs liés à cet équipementier, impose à l'opérateur de réseau, non seulement de renoncer à installer l'appareil radio 5G qu'il avait l'intention d'utiliser, mais encore de remplacer les appareils radio 2G, 3G et 4G du même équipementier qu'il avait déjà installés, pour installer des appareils radio 2G, 3G, 4G et 5G émanant d'un unique fabricant.

3. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins jugé la loi conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution. Il a relevé qu'en adoptant les dispositions en cause, le législateur avait entendu prémunir les réseaux radioélectriques mobiles des risques d'espionnage, de piratage et de sabotage qui peuvent résulter des nouvelles fonctionnalités offertes par la cinquième génération de communication mobile et qu'il avait, ce faisant, mis en œuvre les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation. Au regard de cet objectif, il a estimé que l'atteinte portée par les dispositions contestées à la liberté d'entreprendre n'était pas disproportionnée. Il a par ailleurs jugé que les dispositions ne méconnaissaient pas le principe d'égalité devant les charges publiques, et ne portaient pas atteinte à des situations légalement acquises ni ne remettaient en cause les effets pouvant légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs. Nous reviendrons, en tant que de besoin, sur les motifs de sa décision.

¹³ A compter de la date la plus tardive parmi celle de la publication de l'arrêté du Premier ministre listant les appareils concernés et celle de la publication du décret en Conseil d'État pris pour l'application des articles L. 34-11 ss.

¹⁴ Et ce y compris, d'après les parties, lorsque le réseau 5G fonctionnera en « stand alone » (c'est-à-dire ne fonctionnera plus, comme au début, avec un raccordement des stations de base 5G au cœur de réseau 4G mais avec un cœur de réseau 5G).

4. Les recours qui ont été appelés, qui sont dirigés contre le décret du 6 décembre 2019 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août et contre l'arrêté du même jour qui fixe la liste des appareils soumis à autorisation, contestent désormais, pour l'essentiel, la conventionalité du régime législatif.

Ils sont introduits par les sociétés Bouygues Télécom et SFR, qui, parmi les exploitants de réseaux de télécommunications mobiles, sont les deux seuls à disposer, pour environ la moitié de leurs stations de base¹⁵, d'équipements fournis par la société Huawei – dont nous vous disions qu'elle concentre les principales inquiétudes de sécurité. En pratique, si les équipements de cette société n'ont pas fait l'objet d'un bannissement généralisé, car des autorisations ont été accordées (à tout le moins pour une durée réduite et parfois pour 8 ans), il n'est pas contesté que les seuls refus d'autorisation relevant du nouveau régime ont concerné des appareils de ce fabricant.

4.1. Les moyens de légalité externe que soulèvent les sociétés à l'encontre du décret et l'arrêté ne vous arrêteront pas.

4.1.1. Tout d'abord, le décret attaqué est pris, nous vous l'avons dit, pour la seule application des articles L. 34-11 et suivants du CPCE, non pour celle de l'article L. 1332-6-1 du code de la défense ; il n'avait donc pas à être proposé par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information au Premier ministre ni soumis pour avis au ministre chargé des communications électroniques sur le fondement de l'article R. 1332-41-1 du code de la défense.

4.1.2. Ensuite, que le régime d'autorisation, constitué de la loi du 1^{er} août 2019, du décret et de l'arrêté attaqués constitue ou non une règle technique devant être communiquée à la Commission européenne en application de l'article 5 de la directive (UE) 2015/1535¹⁶, il a en tout état de cause été notifié en temps utile à la Commission – rappelons que vous jugez que lorsque la règle technique résulte de la combinaison de dispositions législatives et réglementaires et que l'application de la loi est manifestement impossible en l'absence de dispositions réglementaires (ce qui était bien le cas en l'espèce¹⁷), la notification peut n'être effectuée qu'au stade de l'élaboration des mesures réglementaires (v., en dernier lieu, 19 décembre 2019, Société Betclit Entreprises Limited, n° 427639, T. pp. 530-620). Le moyen tiré du défaut de communication manque donc en fait.

4.1.3. Enfin, si la consultation publique organisée sur le décret n'a duré que quinze jours, entre le 23 juillet et le 6 août 2019, ce qui est assurément cavalier, il ressort néanmoins des pièces du dossier que les principales entreprises intéressées par le régime d'autorisation créé par la loi avaient été consultées en amont sur les projets de texte puis l'ont été à nouveau dans le cadre des travaux préparatoires à l'adoption de la loi devenue loi du 1^{er} août 2019, dont le

¹⁵ 52 % pour SFR, 47,5 % pour Bouygues Télécom (selon les chiffres qui avaient été fournis au Sénat par la Fédération française des télécoms et sont à nouveau présentés devant vous).

¹⁶ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

¹⁷ Sans la liste figurant dans l'arrêté, la loi était insusceptible de recevoir application.

contenu était stabilisé et connu dès le début de la consultation publique. Ajoutons que les éléments essentiels du régime d'autorisation figurent au niveau législatif, de sorte que l'objet de la consultation publique sur les mesures réglementaires d'application était limité. Au vu de ces éléments, il nous semble, dans les circonstances de l'espèce, que la consultation peut être regardée comme régulière en dépit de sa brièveté et du moment de son organisation.

4.2. Sur le fond, le cœur de la critique dirigée contre le décret et l'arrêté cible, par exception, le régime législatif.

4.2.1. Les sociétés requérantes soutiennent ainsi, d'abord, que les dispositions des articles L. 34-11 et suivants du CPCE, issues de la loi du 1^{er} août 2019, méconnaissent l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention EDH (article 1P1) et l'article 14 de cette convention, la liberté d'entreprendre garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux, la liberté d'établissement et la libre prestation de services garanties par les articles 49 et 56 du TFUE et le principe de confiance légitime.

4.2.1.1. Vous savez que l'article 1P1 garantit le droit au respect des biens (§1) et prévoit que les États peuvent mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (§2). La notion de bien au sens de ces stipulations a un sens autonome, qui peut en particulier recouvrir l'espérance légitime d'obtenir une valeur patrimoniale, c'est-à-dire une espérance fondée sur une disposition juridique ou un acte juridique portant sur un intérêt patrimonial (v. not. CEDH, Gr. Ch., 28 septembre 2004, Kopecky c. Slovaquie, n° 44912/98 ; CEDH, Gr. Ch., 7 juin 2012, Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie, n° 38433/09 ; CEDH, Gr. Ch., 13 décembre 2016, Belane Nagy c. Hongrie, n° 53080/13). Et la Cour juge qu'une atteinte au droit au respect des biens doit, pour être compatible avec l'article 1P1, se conformer au principe de légalité et poursuivre un but légitime par des moyens présentant un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé (v. not. CEDH, Gr. Ch., 5 janvier 2000, Beyeler c. Italie, n° 33202/96) ; elle doit ainsi ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (même arrêt ; v. aussi CEDH, Gr. Ch., 16 juillet 2014, Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'ex-République yougoslave de Macédoine, n° 60642/08).

Vous savez par ailleurs que les articles 49 et 56 du TFUE, qui prohibent les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service, s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité ; il n'en va autrement que si une telle mesure se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, est propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (v. not. CJCE, 25 juillet 1991, Säger, aff. C-76/90 ; CJCE, 31 mars 1993, Kraus, aff. C-19/92, et la jurisprudence constante de la Cour¹⁸). Contrairement à ce que

¹⁸ V. par ex., s'agissant de la liberté d'établissement, ; CJCE, 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e. a., aff. C-171/07 et C-172/07 ou CJUE, 5 décembre 2013, Alessandra Venturini, aff. C-159/12 ; et, s'agissant de la libre prestation de services, CJCE, 10 mars 2009, Hartlauer, aff. C-169/07 ou CJCE, Gr. Ch., 8 septembre

soutient le Premier ministre en défense, la circonstance que le régime législatif en cause ait été adopté en vue de préserver la sécurité nationale n'a pas pour effet d'entraîner l'inapplicabilité du droit de l'Union (v., récemment, CJUE, Gr. Ch., 6 octobre 2020, Privacy International, aff. C-623/17) ; et, eu égard à la portée générale du litige¹⁹, à l'application uniforme de la loi aux opérateurs français et étrangers et à l'activité des opérateurs de télécommunications, *via* le réseau métropolitain, hors des frontières, vous ne pourrez le suivre lorsqu'il affirme que tous les éléments du litige se cantonnent à l'intérieur de l'État français et que les stipulations du traité en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de service ne sont par suite pas applicables²⁰.

Quant à l'article 16 de la Charte, il protège la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale, la liberté contractuelle et la concurrence libre (v. CJUE, 22 janvier 2013, Sky Österreich, aff. C-283/11 ; CJUE, 17 octobre 2013, Schaible, aff. C-101/12 ; CJUE, 16 juillet 2020 OC e. a., aff. C-686/18) ; la Cour juge sur son fondement que la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue mais peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique (mêmes arrêts) ; conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, des limitations peuvent donc y être apportées pour autant qu'elles sont prévues par la loi, qu'elles respectent le contenu essentiel de ces droits et libertés et que, dans le respect du principe de proportionnalité, elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. Les principes énoncés par la Charte ne sont cependant invocables, en vertu de son article 51, que lorsque l'État met en œuvre le droit de l'Union ; or, même s'il affecte des activités économique régies par le droit de l'Union, il peut paraître difficile de considérer que le régime d'autorisation des articles L. 34-11 du code, qui a pour objet le contrôle, à des fins de protection de la sécurité nationale, des équipements de télécommunications, met en œuvre le droit de l'Union²¹ (v. 23 décembre 2016, Société JT International SA et autres, n°s 399117 e. a., aux Tables sur d'autres points). La Cour juge néanmoins que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union (v. CJUE, 19 novembre 2019, A. K. e. a., aff. C-585/18 e. a. ; CJUE, 10 mars 2021, M. A., aff. C-949/19) et qu'une réglementation de nature à entraver la libre prestation de services que l'État membre concerné estime être justifiée au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général doit être considérée comme mettant en œuvre le droit de l'Union (v. not. CJUE, 21 mai 2019, Commission c/ Hongrie, aff. C-235/17 ; CJUE, 3 février 2021, Fussl Modestrasse Mayr GmbH, aff. C-555/19). Vous pourrez, en toute hypothèse, répondre au fond.

Enfin, vous jugez, fidèlement à la Cour de justice, que la possibilité de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime, lorsque la situation juridique en cause est régie par le droit de l'Union, est ouverte à tout opérateur économique auprès de qui une institution publique a fait naître des espérances fondées ; toutefois, lorsqu'un opérateur

2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd, aff. C-42/07.

¹⁹ Qui ne concerne pas une situation individuelle mais la norme elle-même.

²⁰ V., sur ce point, CJUE, Gr. Ch., 15 novembre 2016, Ullens de Schooten, aff. C-268/15.

²¹ Aucune disposition du droit de l'Union relative à un tel contrôle n'est d'ailleurs invoquée.

économique est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure de nature à affecter ses intérêts, il ne peut invoquer le bénéfice de ce principe lorsque cette mesure est finalement adoptée (v. 30 mars 2007, Société ENEL, n° 289687, Rec. p. 133 ; 16 novembre 2011, Société ciel et terre et autres, n°s 344972 e. a., T. pp. 746-825-947). La mise en œuvre du principe de confiance légitime²² suppose donc de rechercher si une institution publique a fait naître, dans le chef de celui qui s'en prévaut, des espérances fondées, qui doivent reposer sur des assurances précises de l'administration (v. not. CJCE, 22 juin 2006, Belgique et Forum 187 c. Commission, aff. C-182/03 et C-217/03 ; 25 octobre 2007, Komninou e. a., aff. C-167/06 P ; CJUE, 17 mars 2011, AJD Tuna, aff. C-221/09), puis si la confiance ainsi créée était légitime, et le cas échéant si l'atteinte au principe est justifiée par un intérêt public et proportionnée à cet intérêt. La Cour juge par ailleurs avec constance que les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes (v. not. CJCE, 14 février 1990, Delacre e. a., aff. C-350/88 ; CJCE, 5 octobre 1994, Crispoltoni e. a., aff. C-133/93, C-300/93 et C-362/93 ; CJCE, 14 octobre 1999, Atlanta, aff. C-104/97 P ; CJCE, 8 février 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98 ; CJCE, 15 juillet 2004, Di Lenardo et Dilexport, aff. C-37/02 et C-38/02) et que le principe de confiance légitime ne saurait être étendu au point d'empêcher, de façon générale, une réglementation nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure (v. not. CJCE, 16 mai 1979, Ditta Angelo Tomadini Snc, aff. C-84/78 ; CJCE, 22 février 1990, Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni SpA, aff. C-221/88 ; TPICE, 19 novembre 2009, Denka International BV, aff. T-334/07).

Vous aurez compris que ces différentes normes et principes se rejoignent pour poser une exigence de proportionnalité des atteintes aux droits et libertés qu'ils protègent.

4.2.1.2. Pour effectuer ce contrôle de proportionnalité, il vous faut d'abord identifier et mesurer les atteintes que la loi nouvelle porte au droit au respect des biens, à la confiance légitime des opérateurs et aux libertés économiques.

La première restriction – et la plus évidente – résulte de la soumission à un régime d'autorisation des équipements permettant de relier les terminaux aux réseaux 5G. Cette restriction s'applique, pour l'essentiel, à des équipements non encore installés ; mais la loi a aussi soumis à autorisation les équipements installés entre le 1^{er} février 2019 et sa date d'entrée en vigueur : elle est donc, dans cette mesure, susceptible, non pas seulement de restreindre le choix d'équipement des opérateurs, mais aussi d'affecter l'usage d'équipements dont ils disposaient déjà.

En outre, nous vous le disions tout à l'heure, compte tenu de l'absence d'interopérabilité des équipements 2G, 3G, 4G et 5G, la soumission à autorisation des équipements 5G a pour effet – non pas en droit, mais bien réellement en pratique – de soumettre à la même autorisation les équipements 2G, 3G et 4G déjà installés – du moins en tant que le contrôle porte sur le

²² V., pour une présentation, le chapitre consacré aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime par D. Dero-Brugny *in* Traité de droit administratif européen, J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014.

fabricant des équipements. Un refus d'autorisation d'équipement 5G fondé sur des éléments relatifs à son fabricant fait en effet obstacle à l'usage des équipements 2G, 3G et 4G – existants et installés – auxquels il devait être associé ; or vous ne sauriez retenir, avec le Premier ministre, que les opérateurs ont le choix de déployer ou non un réseau 5G et peuvent se limiter à exploiter les réseaux 2G, 3G et 4G : le marché est caractérisé par des remplacements successifs de technologie, de sorte que renoncer à la dernière génération revient à faire le choix de sortir progressivement du marché. Il en résulte qu'en pratique, pour le dire simplement, le régime d'autorisation frappe, dans sa dimension de contrôle des fabricants, l'ensemble des équipements d'accès aux réseaux, toutes générations de technologies confondues – et tout refus fondé sur un motif lié au fabricant impose le remplacement des équipements existants.

La loi doit donc assurément être regardée comme réglementant l'usage des biens que constituent les équipements d'accès au réseau – tant de 5^e génération que des générations antérieures.

En revanche, elle n'affecte pas, selon nous, la substance du droit de propriété sur ces équipements, qui, même en cas de refus, peuvent être utilisés dans une autre zone ou un autre pays ou faire l'objet d'une cession. Elle n'affecte pas non plus les autorisations d'usage de fréquences 2G, 3G, 4G ou 5G, sur lesquelles elle n'a aucune incidence directe.

Enfin, nous pensons que les opérateurs ne peuvent pas se prévaloir d'espérances fondées à pouvoir utiliser, pendant toute la durée des autorisations d'usage de fréquences qui leur avaient été attribuées (dans le cadre du déploiement des réseaux 2G, 3G puis 4G), les équipements qu'ils avaient initialement choisis.

Si les sociétés requérantes font valoir, tout d'abord, que l'article D. 98-6 du code prévoyait que le choix des équipements utilisant des fréquences ne pouvait être réglementé que dans le cadre des dispositions de l'article L. 42-1, tel n'est pas selon nous la portée de cet article réglementaire, qui se borne à rappeler l'applicabilité de l'article L. 42-1 pour exclure les équipements en cause du champ de la liberté qu'il laisse aux opérateurs.

Par ailleurs, et surtout, les évolutions de technologies et les générations successives de réseaux ont pour effet, en application des articles L. 42-1 et L. 42-2, de conduire le ministre à définir, à chaque nouvel appel à candidatures en vue de l'attribution de fréquences, des règles nouvelles portant notamment sur la nature et les caractéristiques techniques des équipements, réseaux, technologies et services (v. not. 31 décembre 2020, Syndicat CFE-CGC Orange et autres, n^os 438240 443136, à mentionner aux Tables). Les opérateurs étaient donc en mesure de savoir qu'à la faveur d'une nouvelle attribution de fréquences, les règles encadrant les équipements utilisant des fréquences étaient susceptibles d'évoluer.

Les requérantes ne se prévalent par ailleurs d'aucune assurance précise de l'administration quant à l'absence d'évolution de la réglementation. En sens contraire, nous vous l'avons dit, avait été engagée, à partir de 2013, puis assez clairement en 2016, une extension du contrôle de l'administration sur les équipements d'accès au réseau.

Dans ces conditions, il nous semble que les opérateurs n'étaient pas fondés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui pouvait être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes.

En réalité, leur argumentation revient en quelque sorte à opposer à l'État l'absence d'interopérabilité entre les équipements des différentes générations de télécommunications – à laquelle il est totalement étranger. Les autorisations d'usage des fréquences ayant toutes des termes distincts, et la réglementation de l'usage des équipements d'accès aux réseaux d'une génération de communications mobiles rétroagissant sur l'usage des équipements d'accès aux réseaux des autres générations, à suivre les requêtes, le principe de confiance légitime ferait obstacle à ce que le législateur et le pouvoir réglementaire puissent jamais modifier l'encadrement des équipements d'accès aux réseaux. Or, nous vous l'avons dit, ce principe ne saurait être étendu au point d'avoir une telle portée.

Pour ces raisons, nous pensons que la loi du 1^{er} août 2019 ne peut être regardée comme portant atteinte à une espérance fondée de pouvoir utiliser les équipements installés jusqu'au terme des autorisations d'usage de fréquences déjà délivrées.

En définitive, l'atteinte que le régime issu de la loi du 1^{er} août 2019 porte aux droits et libertés en cause résulte à nos yeux seulement de la soumission immédiate à autorisation, selon des conditions nouvellement édictées, de l'ensemble des équipements d'accès au réseau 5G et, par ricochet, en ce qui concerne le contrôle des fabricants, de l'ensemble des équipements d'accès aux réseaux des générations antérieures.

Cette atteinte, qui constitue une restriction à la libre prestation de service²³ et s'analyse, pour l'application de l'article 1P1, – nous vous le disions – comme la réglementation de l'usage de biens, n'est pas discriminatoire : comme l'a relevé le Conseil constitutionnel, les dispositions des articles L. 34-11 et suivants s'appliquent sans distinction à l'ensemble des opérateurs qui sont dans son champ. En particulier, la loi ne peut être regardée comme interdisant, directement ou indirectement, les appareils du constructeur Huawei ; cette interdiction ne peut résulter que de décisions de refus prises sur son fondement, au cas par cas et sous le contrôle du juge.

Pour la même raison, les effets de la loi sur les opérateurs de réseaux ne sont, pour l'essentiel, au stade de l'examen abstrait de la loi, que potentiels : la loi a pour conséquence directe de créer de l'incertitude et des coûts de procédure, mais ce sont les refus d'autorisation qui ont été ou seront pris sur son fondement qui créent ou créeront, pour les opérateurs concernés, un préjudice susceptible d'être particulièrement important – à travers l'obligation de renouvellement d'une partie plus ou moins grande de leurs réseaux.

4.2.1.3. L'atteinte aux droits et libertés étant ainsi caractérisée, nous en venons au contrôle de proportionnalité proprement dit.

²³ On pourrait hésiter davantage sur la question de savoir si elle affecte la liberté d'établissement ; mais le contrôle n'est, en tout état de cause, pas différent.

4.2.1.3.1. Il ne nous paraît pas douteux, tout d’abord, que l’atteinte est bien prévue par la loi et répond aux exigences du principe de légalité : nous vous l’avons dit, l’objet du régime d’autorisation et les motifs limitatifs de refus sont expressément énoncés par la loi et le Conseil constitutionnel les a jugés précisément définis.

4.2.1.3.2. Il ne nous paraît pas plus douteux, ensuite, que le régime d’autorisation répond à un motif impérieux d’intérêt général : le Conseil constitutionnel l’a relevé, le législateur a entendu préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale. Les sociétés requérantes discutent, certes, de la réalité de la menace pour la sécurité publique que présentent les équipements d’accès aux réseaux ; mais, eu égard à l’importance stratégique des réseaux de communication mobile, que la multiplication des usages permise par le déploiement de la 5G ne pourra qu’accroître, vous ne sauriez considérer que les risques de détournement ou de sabotage des équipements de réseaux représentent une menace trop faible pour n’être pas réelle et suffisamment grave²⁴. Nous notons en ce sens que les risques de cybersécurité associés au déploiement des réseaux 5G ont fait l’objet d’une évaluation coordonnée au niveau européen²⁵, qui plaçait les équipements d’accès au réseau dans les éléments présentant un risque élevé.

4.2.1.3.3. Le choix, pour parvenir à l’objectif, d’un régime de contrôle *ex ante* des équipements ne nous paraît pas non plus susceptible d’être remis en cause dans son principe : parer en amont de sa réalisation au risque associé à l’intégration au réseau de certains équipements suppose, par construction, un régime de contrôle préalable tel qu’une autorisation. Un tel contrôle *ex ante* est d’ailleurs au nombre des mesures préconisées par la « boîte à outils » des mesures de réduction des risques de cybersécurité des réseaux 5G établie de façon coordonnée au niveau européen²⁶.

4.2.1.3.4. Reste alors à apprécier si le législateur a ménagé un juste équilibre entre les exigences de l’intérêt général et les impératifs de la sauvegarde du droit des intéressés au respect de leurs biens, c’est-à-dire s’il n’a pas fait peser – ou du moins permis de faire peser – sur les opérateurs une charge disproportionnée et excessive (v. CEDH, Gr. Ch., 22 juin 2004, Broniowski c. Pologne, n° 31443/96).

A cet égard, il faut certainement constater que les refus d’autorisation sont susceptibles d’induire, pour les opérateurs, une charge exorbitante : nous vous l’avons dit, un refus d’autorisation fondé sur les risques associés au fabricant contraint non seulement à renoncer à l’utilisation d’un équipement 5G, mais encore à remplacer purement et simplement les équipements 2G, 3G et 4G associés.

Tous les refus n’auront pas un coût exorbitant : selon la durée de vie des équipements déjà installés et l’état de leur amortissement, leur remplacement ne représentera pas

²⁴ Sur ce critère, v. par ex. CJUE, 11 novembre 2010, Commission c. Portugal, aff. C-543/08 ; CJUE, 8 juillet 2010, Commission c. Portugal, aff. C-171/08 ; CJUE, 6 octobre 2020, Commission c. Hongrie, aff. C-66/18.

²⁵ NIS Cooperation Group, *EU coordinated risk assessment of the cybersecurity of 5G networks*, Report, 9 octobre 2019.

²⁶ NIS Cooperation Group, *Cybersecurity of 5G networks : EU Toolbox of risk mitigating measures*, CG Publication, 01/2020.

nécessairement un surcoût considérable. Mais, à tout le moins dans certains cas, il aura cet effet. Et, potentiellement, des pans entiers du réseau sont concernés.

Or cet effet est aggravé – ou du moins n’est pas atténué – par la circonstance que le législateur a prévu l’application immédiate du nouveau régime et des nouveaux critères qu’il a fixés. Contrairement au choix qu’avait effectué le pouvoir réglementaire qui, lorsqu’il avait décidé d’étendre la liste des appareils soumis au régime d’autorisation de l’article 226-13 du code pénal, avait laissé cinq ans aux opérateurs pour l’anticiper, afin de tenir compte des investissements déjà consentis, la loi du 1^{er} août 2019 est entrée immédiatement en vigueur, y compris pour les appareils déjà installés. Si l’on peut certainement affirmer qu’à cette date, les opérateurs pouvaient, depuis un certain temps, anticiper un contrôle des équipements d’accès au réseau, force est néanmoins de constater, d’une part, que la loi a relevé le niveau de contrôle qui résultait du code pénal, d’autre part, qu’alors que le déploiement de la 5G était un processus longuement préparé et anticipé²⁷, l’introduction d’un nouveau régime d’autorisation des équipements, pourtant liée à ce déploiement, n’a été évoquée que tardivement.

En dépit de ces effets, la loi n’a prévu aucun régime d’indemnisation des coûts de substitution des équipements existants. Cela n’est pas indispensable pour une réglementation de l’usage de biens, mais doit être pris en compte dans la balance de proportionnalité (v. CEDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, Depalle c. France, n° 34044/02 ; CEDH, 21 mai 2008, Anonymos Touristiki Etairai Xenodocheia Kritis c. Grèce, n° 35332/05). Et vous ne sauriez considérer, avec le Premier ministre, que la seule circonstance que les entreprises concernées soient capables de faire face à ces coûts sans faire faillite suffise à assurer la proportionnalité du dispositif.

Au contraire, si vous vous arrêtez à ce constat d’ensemble, il nous semble que vous ne pourriez pas admettre la conventionalité du dispositif législatif : la loi ne nous paraît pas faire systématiquement peser, sur les opérateurs destinataires de décisions de refus, une charge excessive et disproportionnée ; mais elle nous paraît permettre qu’une telle charge résulte de certaines décisions de refus – en d’autres termes, elle ne nous paraît pas garantir, à elle seule, que les décisions du Premier ministre ne pourront pas faire peser une telle charge sur les opérateurs de réseaux. L’objectif poursuivi par la loi ne se discute pas, mais même à son regard, il nous semble que la loi ne pouvait, de façon aussi brusque et sans compensation, permettre d’imposer aux opérateurs le remplacement immédiat de leurs équipements de réseau. Même en tenant compte de l’objectif, cette charge nous paraît susceptible d’être trop importante et trop peu anticipée pour ne jamais être excessive et disproportionnée.

La loi ne doit cependant pas, selon nous, être lue seule, séparément des principes généraux du droit public qui gouvernent la responsabilité de l’État sur le fondement de l’égalité devant les charges publiques, du fait des lois (Assemblée, 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Rec. p. 25) ou des décisions individuelles légales (30 novembre 1923, Couitéas, Rec. p. 789) – que vous connaissez suffisamment pour que nous vous en épargnions le rappel. Dans l’appréciation de la proportionnalité du dispositif législatif, il vous revient en effet de tenir compte d’un éventuel droit à indemnisation ouvert, non par la loi, mais en vertu

²⁷ V. nos conclusions sur la décisions CFE-CGC Orange et autres (31 décembre 2020, n°s 438420 e. a., à mentionner aux Tables).

des règles qui résultent de votre jurisprudence (v., dans un cas voisin, Section, 3 juillet 1998, Bitouzet, n° 158592, Rec. p. 288²⁸).

Or nous pensons que, lorsqu'une décision de refus prise sur le fondement des articles L. 34-11 et suivants, pour un motif lié au fabricant de l'équipement, entraîne, compte tenu notamment des caractéristiques du matériel déjà installé dont elle impose le remplacement, un surcoût qui excède les aléas que comporte nécessairement l'exploitation de réseaux de télécommunication, ce surcoût ne peut, dans cette mesure, être regardé comme une charge incombant normalement à l'opérateur concerné. Un tel préjudice, directement causé par la décision de refus, nous paraît alors de nature à engager la responsabilité sans faute de l'État.

Vous l'aviez admis dans le cas, analogue, d'une décision de fermeture d'une installation classée pour la protection de l'environnement motivée par des risques ne résultant pas des seules caractéristiques de l'installation et des conditions de son exploitation (v. 9 mai 2012, Société Godet frères et Société charentaise d'entrepôts, n° 335613, Rec. p. 216)²⁹. Cette solution nous paraît transposable, dans le cadre dont vous avez à connaître, aux décisions imposant le remplacement d'équipements motivées par des risques ne résultant pas des seules caractéristiques des équipements et des conditions de leur exploitation.

Le silence de la loi du 1^{er} août 2019 sur ce point ne saurait, vous le savez, y faire obstacle : vous jugez que le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer (2 novembre 2005, Société coopérative agricole Ax'ion, n° 266564, Rec. p. 468).

La décision du Conseil constitutionnel ne l'exclut pas davantage : si le Conseil a jugé la loi conforme, en l'état, au principe d'égalité devant les charges publiques, il s'est borné à relever qu'elle ne pouvait être regardée comme faisant peser sur des opérateurs privés une charge incombant par nature à l'État et a réservé la question de savoir si le préjudice causé aux opérateurs était susceptible d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques et conformément aux règles de droit commun.

Et nous pensons que, dans ces conditions, l'interprétation conforme de la loi à la Convention EDH implique de déduire de son silence que le préjudice causé par une décision de refus prise sur son fondement – préjudice qui est assurément spécial (quatre opérateurs sont potentiellement concernés) – peut, lorsqu'il représente une charge exorbitante et dans cette mesure, engager la responsabilité de l'État sur le terrain de l'égalité devant les charges publiques.

²⁸ Le raisonnement de la décision Bitouzet n'est pas très différent de celui que nous vous proposons ; mais la particularité de cette décision repose sur la circonstance que, dès lors qu'elle « complétait » une loi ayant exclu par principe tout droit à indemnité du fait des servitudes d'urbanisme, elle a défini un régime de responsabilité sans faute *ad hoc*, plus étroit que le régime de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, fondé sur une balance de proportionnalité au cas par cas (ouvre droit à indemnité l'existence d'une « charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »).

²⁹ V. aussi, s'agissant de la fermeture d'un camping sur le fondement des pouvoirs de police du maire, 25 juillet 2007, L... et M. et Mme C..., n° 278190, Rec. p. 392.

Il est important de souligner, à cet égard, que la condition de gravité du préjudice ne s'apprécie pas au regard des capacités financières d'ensemble de la société qui le subit, dont vous ne tenez pas compte (v. not. 30 juillet 2003, Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre, n° 215957, Rec. p. 367 ; 4 octobre 2010, Commune de Saint-Sylvain d'Anjou, n° 310801, T. pp. 912-915-971), mais au regard de l'exploitation des seuls équipements concernés par la décision (v. not. 9 mai 2012, Société Godet frères et Société charentaise d'entrepôts, préc.). La responsabilité est engagée lorsque la charge qui résulte de la décision excède l'aléa que comporte l'exercice normal de l'exploitation des seuls équipements concernés (directement pour la 5G, par ricochet pour les autres générations) par l'autorisation.

Le caractère anormal du préjudice, vous l'aurez compris, ne sera pas pour autant systématique : il dépendra, au cas par cas, des conséquences d'une décision de refus³⁰ sur l'exploitation des appareils déjà installés, ce qui supposera de tenir compte de leur ancienneté, de la date prévue de leur renouvellement, ou de leur amortissement. Il y aura également lieu d'apprécier, compte tenu de la date à laquelle les équipements avaient été installés, si et dans quelle mesure l'opérateur qui les utilisait doit être regardé comme s'étant sciemment exposé à la réalisation du risque d'interdiction (v. 10 juillet 1996, Meunier, n° 143487, Rec. p. 289 ; 6 juin 1997, Société arboricole et fruitière de l'Agenais, n° 161900, Rec. p. 238 ; 25 juillet 2007, Me M..., n° 293377, T. pp. 931-1069-1076).

Mais même si vous ne pouvez anticiper sur ces appréciations factuelles, il nous semble important que vous affirmiez, dès aujourd'hui, que les préjudices résultant de la nécessité de remplacer les équipements existants, susceptibles d'être causés par les décisions de refus prises sur le fondement des articles L. 34-11 et suivants, sont de nature, lorsqu'ils excèdent les aléas inhérents à l'activité des opérateurs, et dans cette mesure³¹, à engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques et dans les conditions de droit commun. Car c'est, pour nous, un élément de poids dans la balance de proportionnalité que vous devez effectuer.

Et c'est bien au bénéfice de la prise en compte de cet élément que nous pensons que la loi peut être regardée comme ne méconnaissant ni l'article 1^{er} du premier Protocole, ni la liberté de prestation de services, la liberté d'établissement et la liberté d'entreprendre.

4.2.2. Elle ne saurait par ailleurs être regardée comme méconnaissant le droit à un recours effectif³². Nous vous l'avons dit, la loi fixe des critères précis pour l'appréciation des demandes d'autorisation et définit limitativement les motifs de refus ; et les décisions sont prises sous le contrôle du juge administratif. A cet égard, il est important de rappeler que, même dans les cas où il est dispensé, par l'article L. 34-12, de motiver sa décision parce que la communication des motifs pourrait porter atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'État ou à la sécurité publique, il appartiendra au Premier ministre de verser au

³⁰ Pour des motifs liés au fabricant de l'équipement.

³¹ V., encore, 9 mai 2012, Société Godet frères et société charentaise d'entrepôts, préc.

³² Est invoqué l'article 6 de la Convention, mais le débat relèverait certainement davantage de l'article 13.

dossier soumis au juge les renseignements nécessaires pour que celui-ci statue en pleine connaissance de cause – et le juge pourra, le cas échéant, en ordonner la production (v., sur ces deux points, 1^{er} juin 2011, B..., n° 337992, Rec. p. 265).

4.2.3. Vous écarterez ensuite le moyen tiré d'une méconnaissance du principe de neutralité technologique, consacré par l'article 9, paragraphe 3, de la directive « cadre »³³, en vertu duquel tous les types de technologie doivent pouvoir être utilisés dans les bandes de fréquence ; le même paragraphe permet en effet de prévoir des restrictions proportionnées et non discriminatoires aux types de technologies utilisées pour réaliser un objectif d'intérêt général.

4.2.4. Le moyen tiré de la méconnaissance de la directive « services »³⁴ n'est pas plus sérieux : il résulte du c) du paragraphe 2 de son article 2 qu'elle ne s'applique ni aux services et réseaux de communications électroniques ni aux ressources et services associés pour ce qui concerne les matières régies par les directives « cadre » et « autorisation »³⁵ (v., sur ce point, CJUE, 30 janvier 2018, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort*, aff. C-360/15 et C-31/16).

4.2.5. Enfin, les requérantes soutiennent que les dispositions issues de la loi du 1^{er} août 2019 méconnaissent les dispositions de l'article 49, paragraphe 2 de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européens.

Le paragraphe 2 de cet article prévoit que, lorsque les États membres octroient des droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique, « ils garantissent la prévisibilité de la régulation pour les titulaires des droits sur une durée d'au moins vingt ans en ce qui concerne les conditions d'investissement dans des infrastructures qui dépendent de l'utilisation de ce spectre radioélectrique » et précise qu' « à cet effet, les États membres veillent à ce que ces droits soient valables pour une durée d'au moins quinze ans ».

Vous pourriez vous borner à constater que la directive n'était pas transposée à la date d'adoption des actes attaqués, que le délai de transposition n'était pas expiré et que ces actes ne peuvent être regardés comme de nature à compromettre la réalisation des objectifs de la directive (v., sur cette grille de contrôle, 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, n° 217237, Rec. p. 94).

Mais nous vous invitons à répondre au fond, ce qui ne vous sera guère plus difficile. D'une part, nous vous l'avons dit, le régime d'autorisation créé par la loi est sans incidence sur la durée des autorisations d'utilisation de fréquences qui ont été accordées. D'autre part, la garantie de prévisibilité de la régulation formulée par l'article 49 de la directive – en des termes au demeurant abscons – ne saurait être regardée comme imposant un gel réglementaire

³³ 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.

³⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

³⁵ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques.

absolu aux États membres pendant la durée des autorisations³⁶ et comme leur interdisant d'adopter des restrictions des technologies d'accès sans fil susceptibles d'être utilisées, sur le fondement de l'article 45, paragraphe 4, lorsqu'un objectif d'intérêt général le justifie ; rappelons en outre que l'article 1^{er}, paragraphe 3 de la directive précise que celle-ci est sans préjudice des mesures prises par les États membres à des fins de maintien de l'ordre public, de sécurité publique et de défense.

Vous écarterez donc ce moyen.

4.3. Il vous restera à examiner les moyens tirés des vices propres du décret attaqué, qui ne vous retiendront pas longtemps.

4.3.1. Tout d'abord, le décret ne saurait être regardé comme entaché d'incompétence négative du fait qu'il ne précise pas les motifs de refus définis par la loi ; vous savez que l'incompétence négative est une critique faiblement opérante à l'encontre des actes du pouvoir réglementaire, qui n'est pas tenu d'agir en une seule fois (v. 27 octobre 2008, Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne, n° 307546, Rec. p. 364) ; elle n'a de prise que dans l'hypothèse où le décret, par son insuffisance, en vient à méconnaître la loi (v. 3 juin 2009, Cimade et autres, n° 321841, Rec. p. 211)³⁷. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait précisément défini les conditions d'obtention de l'autorisation ; le décret ne saurait donc être regardé comme méconnaissant les objectifs poursuivis par la loi en ne précisant pas ces conditions.

4.3.2. Par ailleurs, la seule circonstance que l'article L. 34-12 du code ait prévu que les décisions de refus puissent n'être pas motivées ne faisait nullement obstacle à ce que le décret prévît que le silence gardé par le Premier ministre vaut décision implicite de rejet. Il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre une décision implicite de rejet et une exception à l'obligation de motivation.

4.3.3. Enfin, la loi ayant prévu précisément les conditions dans lesquelles le régime d'autorisation qu'elle créait entrait en vigueur et s'appliquait aux équipements déjà installés, il ne peut utilement être reproché au décret de n'avoir pas prévu d'autres mesures transitoires en application du principe de sécurité juridique : en particulier, le pouvoir réglementaire ne pouvait, sans méconnaître la loi du 1^{er} août 2019, prévoir un report dans le temps de son application.

Par ces longs motifs, nous concluons au rejet des requêtes.

³⁶ D'autant moins que, nous vous le disions, les différentes autorisations accordées ont des échéances différentes, de sorte qu'à suivre les requérantes, l'État aurait définitivement perdu sa capacité de réglementation du fait des liens entre les équipements technologiques et de la neutralité des technologies et services de télécommunications susceptibles d'être offerts.

³⁷ De sorte qu'elle n'est rien d'autre, *in fine*, qu'une critique de violation de la loi par le pouvoir réglementaire.