

N° 420128
Sté Eutelsat

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 12 juillet 2021
Décision du 30 juillet 2021

CONCLUSIONS

M. Philippe Ranquet, rapporteur public

Par une décision du 28 juin 2019, vous avez sursis à statuer sur la présente requête et saisi la CJUE de trois questions préjudicielles sur lesquelles elle s'est prononcée le 15 avril dernier¹. Vous êtes ainsi en mesure de trancher définitivement le litige. Ne nous pouvons faire l'économie d'un rappel de ses termes, même si vous comprendrez nos scrupules à rééditer l'exercice auquel s'était livré notre prédécesseur à ce pupitre Guillaume Odinet dans des conclusions que l'avocat général à la CJUE a qualifiées d'« *excellentes* ».

1.1. Dans le cadre défini par la décision du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil, dite « spectre radioélectrique »², un régime harmonisé d'utilisation de ce spectre a été créé pour la mise en œuvre de systèmes fournissant des services mobiles par satellite (les MSS, selon l'acronyme anglais couramment utilisé). Une décision de la Commission³ a imposé aux Etats membres de réserver pour ces systèmes deux bandes de fréquence de part et d'autre de 2 GHz. Puis, par la décision n° 626/2008/CE du 30 juin 2008 dite « décision MSS »⁴, le Parlement européen et le Conseil ont établi un processus de sélection et d'autorisation des opérateurs, à deux niveaux.

La sélection relève des autorités de l'UE, les systèmes devant assurer une couverture paneuropéenne. Une fois les opérateurs sélectionnés et pourvu que soient respectées des conditions communes fixées dans la décision MSS, les Etats membres « *veillent* » à ce qu'ils « *aient le droit d'utiliser les radiofréquences* » et « *d'exploiter un système mobile par satellite* » (article 7 de la décision) – en clair, ils doivent leur délivrer les autorisations prévues par le droit national. Ils veillent également, selon l'article 8, « *à ce que leurs autorités compétentes accordent aux candidats sélectionnés (...) les autorisations nécessaires à la*

¹ Arrêt C-515/19

² Décision n° 676/2002 du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne

³ Décision n° 2007/98/CE de la Commission du 14 février 2007 sur l'utilisation harmonisée du spectre radioélectrique dans les bandes de fréquences de 2 GHz pour la mise en œuvre de systèmes fournissant des services mobiles par satellite

⁴ Décision n° 626/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 2008 concernant la sélection et l'autorisation de systèmes fournissant des services mobiles par satellite

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

fourniture d'éléments terrestres complémentaires de systèmes mobiles par satellite sur leur territoire ».

1.2. Ce sont ces éléments terrestres complémentaires (ETC) qui sont au cœur du litige.

La procédure de sélection européenne a retenu deux projets⁵, dont celui de la société britannique Inmarsat Ventures Ltd, dénommé *European Aviation Network* (EAN), visant à offrir un service de connexion internet aux avions pendant leur survol du territoire de l'Union. Or ce système repose sur l'installation, dans les avions, de deux terminaux de réception, l'un communiquant avec un satellite, qui couvre tout le territoire de l'Union, l'autre communiquant avec des stations au sol qualifiées d'éléments terrestres complémentaires (ETC) du système, et qui couvrent elles aussi tout le territoire de l'Union. Il n'est pas contesté que le fonctionnement du système est essentiellement assuré (pour près de 99 % du flux de données) par ces éléments terrestres, qui permettent des débits bien plus rapides que les communications satellitaires. Le satellite n'a en réalité vocation à être utilisé que dans les zones non couvertes par les éléments terrestres complémentaires, au-dessus des mers, où les vols européens passent en moyenne moins de 9 % de leur temps total dans la zone couverte par le satellite.

Pour des opérateurs de communications satellitaires concurrents d'Inmarsat, comme la société française Eutelsat, ici la requérante, et la société américaine Viasat, ici intervenante, l'architecture que nous venons de décrire ne correspond pas à la définition du système de services mobiles par satellite donnée par la décision du 30 juin 2008, et Inmarsat profite indûment du régime d'autorisation très favorable réservé à ces systèmes. En effet, pour résumer leur argumentation au point crucial, au lieu d'un système de communications par satellite complété par des éléments terrestres, Inmarsat a développé un système de communications terrestres complété par un élément satellitaire. Des recours ont été engagés dans plusieurs Etats membres contre les autorisations d'exploiter les ETC : nous reviendrons sur certains, sachant que la plupart restent pendents selon les écritures d'Eutelsat. En France, selon la même logique, ce n'est pas la décision de l'ARCEP du 21 octobre 2014 autorisant l'utilisation des fréquences pour les communications satellitaires qui est attaquée, mais celle du 22 février 2018 sur les éléments terrestres.

1.3. Par votre décision avant dire droit, vous avez reconnu la recevabilité de la requête d'Eutelsat, admis l'intervention de Viasat et écarté les moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance du droit de l'UE – ceux-ci vous ont en revanche conduits à poser les trois questions préjudicielles.

Nous examinerons successivement chacune des réponses de la CJUE et les conséquences à en tirer. Deux sur trois épuisent la discussion sur le point qui était en cause, et n'ont d'ailleurs suscité aucun nouveau débat entre les parties. La dernière ouvre en revanche un champ à l'appréciation du régulateur et du juge national ; depuis que l'affaire vous est revenue, les échanges sur ce sujet ont été particulièrement fournis.

⁵ Décision n° 2009/449/CE de la Commission du 13 mai 2009

2. Vous avez tout d'abord demandé quels critères juridiques permettent d'identifier une station terrienne mobile, de telles stations étant le troisième composant du système avec le satellite et les ETC, et assurant l'accès de l'utilisateur final au système. Il s'agissait de déterminer si l'équipement des avions par le système EAN – des terminaux distincts pour les communications satellitaires et celles avec le sol – correspond à la définition de la station terrienne mobile par la décision du 30 juin 2008, ou bien si, comme le soutenait Eutelsat, une telle station ne peut consister qu'en un matériel unique permettant l'ensemble des communications.

La Cour dit pour droit que pour relever de la notion de station terrienne mobile, il n'est pas exigé qu'une telle station soit en mesure de communiquer, sans matériel distinct, tant avec un élément terrestre complémentaire qu'avec un satellite. Le moyen soulevé par Eutelsat sur ce point sera donc écarté.

3. Vous avez ensuite interrogé la Cour sur les pouvoirs et les obligations du régulateur national dans une hypothèse qui, selon les allégations non contestées d'Eutelsat, s'est réalisée en l'espèce : le non respect par l'opérateur sélectionné à l'échelle européenne d'une obligation énoncée par la décision du 30 juin 2008, celle d'atteindre un certain niveau de couverture satellitaire effective au plus tard sept ans après sa sélection. Eutelsat soutenait que l'ARCEP, qui s'est prononcée en 2018 soit après cette échéance, devait alors refuser l'autorisation d'exploiter les ETC. Vous avez demandé si tel était le cas et si le régulateur avait même seulement la faculté de refuser l'autorisation pour ce motif.

La réponse de la CJUE, qu'elle a également faite à une question identique posée par la Cour d'appel de Bruxelles⁶, est radicale. Les autorités compétentes des États membres ne sont pas habilitées à refuser d'accorder des autorisations nécessaires à la fourniture d'ETC par un opérateur sélectionné au motif que celui-ci n'a pas respecté l'engagement pris dans sa candidature. Vous écarterez donc ici aussi le moyen.

4. Enfin, vous avez soumis la question centrale déjà énoncée : en substance, le caractère prépondérant des éléments terrestres dans le fonctionnement du système fait-il obstacle à ce qu'il soit regardé comme relevant des services régis par la décision MSS ? La Cour répond qu'un système mobile par satellite n'est pas tenu de reposer à titre principal, en termes de capacité des données transmises, sur la composante satellitaire de ce système. En outre, des ETC peuvent être installés de façon à couvrir l'ensemble du territoire de l'Union, quand la composante satellitaire ne permet d'assurer les communications en aucun point de ce territoire avec la « *qualité requise* », au sens du b) du paragraphe 2 de de l'article 2 de ladite décision, comprise comme le niveau de qualité nécessaire pour fournir le service proposé par l'opérateur de ce système.

4.1. Cela scelle le sort du moyen tel qu'il était articulé avant que ne posiez la QP : le rôle prépondérant des ETC dans le système exploité par Inmarsat ne faisait pas, par lui-même, obstacle à ce que l'autorisation litigieuse lui soit accordée. La Cour a toutefois ajouté que

⁶ Arrêt C-100/19 du 5 mars 2020, en réponse à une saisine de la cour des marchés de la Cour d'appel de Bruxelles du 23 janvier 2019

cette réponse vaut « *pourvu que la concurrence ne soit pas faussée et que [la] composante satellitaire présente une utilité réelle et concrète, en ce sens qu'une telle composante doit être nécessaire pour le fonctionnement du système mobile par satellite* », sous la seule réserve du fonctionnement autonome permis aux ETC en cas de panne du satellite pour une durée maximale de 18 mois. C'est sur ces conditions que le débat a rebondi devant vous.

4.2. Les sociétés requérante et intervenante y voient tout d'abord matière à contester la décision de l'ARCEP sur sa légalité externe, car l'autorité n'aurait pas procédé à l'examen de ces critères avant de l'adopter, ni fait apparaître un tel examen dans sa motivation.

Nous sommes pour notre part réticents à mettre à la charge du régulateur des obligations procédurales allant au-delà de celles qui découlent des textes et des principes régissant spécifiquement la procédure : s'il y a des circonstances dont il doit tenir compte pour des raisons de fond et qu'il omet de le faire, la conséquence est que son appréciation est entachée d'erreur de droit ou erronée, pas que la procédure est irrégulière. Vous pourrez donc vous contenter, d'une part, de répondre à la question à laquelle nous allons venir : au regard des critères précisés par la CJUE, l'autorisation devait-elle être refusée ? – et, d'autre part, de constater que la décision attaquée est suffisamment motivée, en tout état de cause. Vous l'aviez en effet déjà relevé dans votre décision avant dire droit, et cette décision d'autorisation, n'étant ni une décision défavorable ni une mesure de police, n'a pas à être motivée en l'absence de disposition expresse en ce sens.

4.3. Sur le fond, nous commencerons par le débat sur l'utilité « *réelle et concrète* » de la composante satellitaire. Quels que soient les efforts d'Eutelsat et Viasat pour démontrer l'absence d'une telle utilité dès lors que l'essentiel des communications s'opèrent entre les terminaux mobiles et les ETC sans intervention du satellite, cet argument ne peut suffire : cela équivaut à revenir par un autre biais sur la question de la prépondérance de la composante terrestre. La réponse de la Cour implique que l'utilité réelle et concrète ici en cause est indépendante de l'ampleur de la contribution de chaque composante : il nous semble suffire que la contribution du satellite soit indispensable pour que le service dans son ensemble ait les caractéristiques proposées par l'opérateur. Les pièces produites par Inmarsat démontrent que le satellite est indispensable à la continuité de la couverture du système, qui est assurément une de ses caractéristiques : le satellite est constamment en mesure d'en assurer par défaut les fonctionnalités si le vol entre dans une zone non couverte par les ETC. L'avocat général n'avait de ce fait guère de doute que « *l'élément satellitaire est effectivement utilisé* »⁷, et cette considération a déjà convaincu le juge britannique saisi d'un litige similaire⁸.

4.4. La réserve énoncée par la cour sur la concurrence non faussée crée davantage d'interrogations, si ce n'est de trouble. En effet, on a vu au rappel du cadre juridique et à la réponse à une autre question que la logique du dispositif mis en place à l'échelle de l'UE est d'éliminer la marge de manœuvre des autorités nationales une fois la sélection paneuropéenne opérée. Elles retrouvent cependant cette marge de manœuvre quand l'exploitation des ETC est « *susceptible de provoquer une distorsion de concurrence* » ; il leur incombe alors d'assortir

⁷ Point 73 des conclusions

⁸ *Competition Appeal Tribunal*, 7 décembre 2018, n° 1280/3/3/17

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

les autorisations « *de limitations et d'obligations adéquates et nécessaires pour que la concurrence ne soit pas faussée, voire, le cas échéant, de refuser l'autorisation* » (point 51 de l'arrêt).

Reste que nous ne voyons pas en quoi cet office irait au-delà de celui qui échoit déjà à l'ARCEP : aux termes de l'article L. 32-1 du CPCE, les mesures qu'elle prend ont entre autres pour objectif « *l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* ». Il lui appartient, comme d'ailleurs à toute autorité administrative dans son champ de compétence, de veiller à ce que ses décisions ne mettent pas un opérateur économique en situation d'abuser d'une position dominante. Mais pour estimer qu'un tel risque existe, il faut que cela ressorte d'une analyse en termes de marchés pertinents, sur lesquels les services sont substituables, et d'effet anticoncurrentiel des autorisations délivrées.

Or l'essentiel de l'argumentaire d'Eutelsat et Viasat se place sur un autre terrain : la distorsion de concurrence proviendrait d'abord du fait qu'Inmarsat a vu son projet sélectionné alors qu'il comportait un certain modèle de satellite, et en a finalement déployé un autre moins puissant ; cet opérateur aurait ainsi obtenu un avantage indu sur ses concurrents, que les autorisations données aux ETC ne feraient qu'accentuer. Cela revient toutefois à contester non les effets de ces autorisations elles-mêmes, mais la procédure paneuropéenne de sélection qui s'est déroulée en amont, et à demander une nouvelle fois à l'ARCEP de tirer les conséquences d'un manquement d'Inmarsat aux engagements pris dans sa candidature. Ici, la réponse de la Cour à la précédente question ne laisse aucun doute sur l'absence de marge de manœuvre des autorités nationales ; les mêmes motifs ont d'ailleurs conduit le TUE à rejeter un recours en carence formé par Viasat contre la Commission, à qui cette société reprochait d'avoir « *refusé d'empêcher les Autorités nationales d'accorder à Inmarsat les autorisations pour utiliser la bande de fréquences de 2 GHz* »⁹.

Si on laisse de côté cette discussion, on trouve en revanche très peu d'éléments au dossier sur l'analyse concurrentielle qui aurait incombé à l'ARCEP : quels sont les marchés pertinents et les incidences que l'autorisation des ETC est susceptible d'y avoir ? Cela vaut au stade de son examen par l'autorité – qui a sollicité, par un questionnaire, les entreprises comme Eutelsat et Viasat – comme au stade du présent contentieux. Il en va d'autant plus ainsi que les services avec lesquels les ETC pourraient entrer en concurrence sont très divers, en termes d'objet et de couverture géographique : connectivité en vol pour la navigation ou, comme ici, pour la transmission de données ; services proprement satellitaires ou services mobiles terrestres – ce sont d'ailleurs plus probablement ces derniers dont la situation est à l'origine de la réserve sur la concurrence dans l'arrêt de la CJUE¹⁰.

Nous ne pouvons donc reprocher à l'ARCEP de ne pas avoir tenu compte de risques pour la concurrence que les éléments disponibles ne permettent pas de cerner. Nous proposons en conséquence d'écarter également le moyen soulevé sur ce terrain.

⁹ Arrêt T-247/17 du 10 mars 2021.

¹⁰ Cette réserve ne fait écho à rien dans les conclusions de l'avocat général. En revanche, les observations de la Commission attiraient particulièrement l'attention sur les questions de concurrence avec les services mobiles terrestres.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

PCMNC au rejet de la requête et à ce que la somme de 6000 € soit mise à la charge de la société Eutelsat, à verser à la société Inmarsat, au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.