

N°s 460203 et 460207
Société française du radiotéléphone (SFR)
Société réunionnaise du radiotéléphone (SRR)
Premier ministre (SGDSN)

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 13 mai 2022
Décision du 9 juin 2022

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, rapporteur public

Vous êtes saisis pour la première fois d'un litige concernant une décision individuelle d'application du I de l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), issu de la loi 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 des réseaux radioélectriques mobiles : *« est soumise à une autorisation du Premier ministre, dans le but de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale, l'exploitation sur le territoire national des appareils, à savoir tous dispositifs matériels ou logiciels, permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile »*, cette obligation ne concernant que les réseaux de cinquième génération (5G) et ultérieures. Aux termes de l'article L. 34-12, *« Le Premier ministre refuse l'octroi de l'autorisation prévue à l'article L. 34-11 s'il 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 mentionnées aux a, b, e, f et f bis du I de l'article L. 33-1 relatives à la permanence, à l'intégrité, à la sécurité, à la disponibilité du réseau, ou à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications »*.

Ce litige se présente toutefois dans une configuration qui n'est pas celle à laquelle on se serait le plus probablement attendu : ce n'est pas le refus d'une autorisation qui est en cause, mais l'autorisation accordée à un opérateur concurrent.

1. La société Orange a présenté en février 2020 une demande tendant à être autorisée à exploiter des équipements radio de marque Huawei sur l'ensemble des sites qu'elle entend utiliser pour le déploiement de son offre 5G à la Réunion. Cette autorisation lui a toutefois été refusée par une décision du 13 juillet 2020, contre laquelle elle a formé un recours en excès de pouvoir, toujours pendant devant le TA de Paris. Pour tirer les conséquences de ce refus, Orange a dû engager une opération de remplacement de l'ensemble de ses équipements Huawei à la Réunion par des équipements d'une autre marque (Nokia). En effet, même si la procédure d'autorisation ne concerne au sens strict que les équipements destinés à la 5G, le déploiement de cette technologie se fait à ce stade en réutilisant des équipements existants déjà utilisés pour la 4G (déploiement dit *« not stand alone »*), qui se trouvent de ce fait eux aussi affectés par le refus d'autorisation.

La société Orange a toutefois appris, par la suite, que sa concurrente la société réunionnaise du radiotéléphone (SRR), filiale de la société française du radiotéléphone (SFR), avait également demandé l'autorisation d'exploiter des équipements de marque Huawei sur certains de ses sites à la Réunion et qu'elle l'avait obtenue, par des décisions du 1^{er} juillet 2021, pour une partie d'entre eux. Ces décisions n'ont bien entendu pas été notifiées à Orange, ni publiées, ce qu'aucun texte ne prévoit – elles n'ont d'ailleurs pas même été versées au dossier de la présente affaire. Orange en a découvert l'existence fortuitement, du fait qu'elle partage certains pylônes de radiotéléphonie mobile avec la SRR et qu'elle n'a pu que constater que cette société y maintenait, dans la perspective du déploiement de la 5G, ses équipements de marque Huawei.

C'est alors qu'Orange a également attaqué ces autorisations devant le TA de Paris, cette fois-ci en assortissant son recours d'une demande de suspension. Le service du Premier ministre compétent pour l'autorisation, le SGDSN, a alors admis l'existence des décisions même s'il ne les a pas produites, et le JRTA en a prononcé la suspension au terme du raisonnement suivant.

Il a d'abord écarté la FNR tirée du défaut d'intérêt pour agir d'Orange contre des autorisations accordées à un tiers : l'intérêt pour agir, estime-t-il, lui vient de ce que les décisions attaquées « *confèrent un avantage concurrentiel à un opérateur économique présent sur le même marché* ». Puis il a retenu, en ce qui concerne la condition d'urgence, que les autorisations permettaient à la SRR de prendre de l'avance sur Orange, obligée de remplacer ses équipements, dans le déploiement de son offre 5G, attirant à elle des clients, et que cette circonstance, eu égard aux « *conditions des relations contractuelles unissant généralement les opérateurs de téléphonie mobile et leurs abonnés* », était « *susceptible d'affecter durablement la structure concurrentielle du marché de la téléphonie mobile à la Réunion* ». Enfin, le JRTA a regardé, comme de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité des autorisations accordées à la SRR, les moyens tirés de l'atteinte aux principes d'égalité et de libre concurrence.

SFR-SRR et le Premier ministre, représenté par le SGDSN, vous demandent la cassation de cette ordonnance – c'est ainsi que vous vous trouvez saisis du seul litige contre les autorisations accordées à la SRR sans l'être de celui concernant le refus opposé à Orange. Vous pourrez joindre les deux pourvois, qui ne soulèvent pas exactement les mêmes moyens mais qui, pris ensemble, critiquent chacune des étapes du raisonnement qui vient d'être exposé.

2. Que la question de l'intérêt pour agir se pose ne surprend pas dans la configuration particulière qui est celle du litige. Les pourvois soutiennent qu'Orange n'avait intérêt à contester que la mesure défavorable dont elle était destinataire, le refus d'autorisation, mais pas l'autorisation accordée à un autre opérateur ; en raisonnant autrement, le JRTA aurait commis une erreur de droit et de QJ.

Nous ne vous apprendrons rien en rappelant combien la question de l'intérêt pour agir est, selon une opinion constante de la doctrine, l'une des matières les plus rétives aux solutions trop théoriques et systématiques. Et c'est plus particulièrement vrai en ce qui concerne,

comme ici, les décisions individuelles favorables à un tiers. Les parties développent devant vous deux raisonnements opposés, qui peuvent chacun revendiquer sa cohérence avec un certain courant jurisprudentiel et donnent l'un comme l'autre prise à des objections. A notre sens, toutefois, l'un des deux est moins fragile, ou en tout cas ouvre la porte à moins d'incertitudes problématiques.

2.1. Du côté des pourvois, on invoque le souci général de correspondance entre *l'intérêt* invoqué par le requérant et *l'objet* de la décision attaquée. En l'espèce, Orange se prévaut de sa qualité d'opérateur *concurrent* du bénéficiaire de l'autorisation et des effets que la décision emporte sur les conditions de cette concurrence, or les questions de concurrence et de régulation des marchés sont des objets étrangers à la procédure d'autorisation régie par les articles L. 34-11 et suivants du CPCE, dont l'unique finalité est, selon les termes de la loi, « *de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale* ».

Une jurisprudence ancienne et constante en ce sens existe en plusieurs matières et a d'ailleurs été reprise par la loi. Il en va ainsi pour le contentieux des autorisations d'urbanisme, lorsqu'elles ont aussi pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique : le recours n'est ouvert qu'à ceux qui font valoir un intérêt en rapport avec la législation de l'urbanisme, ce qu'on pourrait appeler un intérêt « de voisinage », pas à ceux qui ne peuvent se prévaloir que de leur intérêt économique de concurrent de l'entreprise autorisée (Sect., 13 mars 1987, *Sté albigeoise de spectacles*, n° 55525, A ; 3 juillet 1987, *Ministre de l'urbanisme et du logement c/ B...*, n° 39287, B). C'est la logique reprise à l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme. Il en va de même à propos de l'autorisation des ICPE (30 janvier 2013, *Sté Nord Broyage*, n° 347347, B, voir également le III de l'article L. 514-6 du code de l'environnement). On pourra aussi relever les dispositions de l'article L. 600-1-4 du code de l'urbanisme, qui distinguent l'intérêt pour agit contre un permis de construire en tant qu'il tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale, et en tant qu'il vaut autorisation de construire, cette dualité du régime de l'IAA reprenant une distinction faite par votre décision du 13 mai 1996, *Ville de Limoges*, B.

A l'invocation de cette ligne jurisprudentielle, la défense d'Orange oppose deux objections. La première consiste à soutenir qu'il s'agit là seulement de règles propres à des matières régies par des textes spécifiques. Mais comme il a été dit, la loi s'est contentée de formaliser une jurisprudence préexistante, et il est difficile de raisonner par *a contrario* faute d'exemple positif dans d'autres matières où le raisonnement serait différent.

Selon la seconde objection formulée par Orange, le juge administratif s'attacherait de plus en plus aux effets des décisions et pas seulement à leur objet. Ce mouvement est une réalité ; pour autant, il ne nous semble pas être allé jusqu'à éliminer complètement la référence à l'objet, ni même à l'avoir rendue accessoire. Ainsi, dans l'affaire de Section, 9 mars 2021, *Comité social et économique de l'UES Mondadori Magazines*, n°433214, A, où se posait la question de l'intérêt pour agir du CSE d'une société à l'encontre d'une autorisation de prise de contrôle de cette société, les conclusions de Laurent Cytermann relèvent certes cette référence croissante à l'effet, mais c'est finalement pour justifier la solution retenue (intérêt pour agir du CSE) en relevant que c'est l'objet même de la décision, le changement de structure de la société, qui intéresse ce comité.

2.2. En sens contraire, la société Orange peut se prévaloir de nombreuses hypothèses où une décision favorable à un acteur d'un marché peut être contestée par une entreprise concurrente sur le même marché – et ce particulièrement dans des marchés régulés comme celui des télécommunications. Il nous semble toutefois, à examiner les précédents, qu'ils trouvent une justification dans le caractère des décisions en cause, absente en l'espèce – une considération qui ramène, au final, à la notion d'objet.

Ainsi, il peut s'agir de l'attribution d'une ressource rare comme l'autorisation d'utiliser le spectre hertzien – ce qu'un opérateur reçoit, ses concurrents en sont nécessairement privés. Il faut assimiler à de telles décisions celles, invoquées par Orange, qui agréent des changements de capital ou d'organisation des bénéficiaires de telles autorisations, puisqu'elles en modifient le périmètre et les conditions d'exploitation (voir par exemple Sect., 29 janvier 1993, *Sté NRJ*, n° 121953, A ; 11 avril 2014, *Syndicat des réseaux radiophoniques nationaux*, n° 348972, B).

Il peut s'agir de décisions ayant par nature pour objet d'affecter la concurrence sur un marché, telles que les autorisations de concentration (voir notamment 21 octobre 2016, *Association des entreprises de biologie médicale*, n° 394117, B). Nous croyons pouvoir y assimiler celles qui font entrer un nouveau concurrent sur un marché, par exemple les AMM accordées, selon une procédure abrégée, à une spécialité « essentiellement similaire » à une spécialité déjà autorisée – l'exploitant de cette dernière a intérêt à contester cette AMM, ce qui est à notre connaissance le seul cas de contestation des AMM ouvertes à des entreprises tierces (26 novembre 2001, *Sté Laboratoires Negma*, n° 233787, A ; 31 décembre 2019, *Sté Pierre Fabre Médicament*, n°419269-419270-435242, B sur un autre point).

Enfin, il peut s'agir de décisions dont l'objet même est d'attribuer un avantage, telle qu'une aide financière (29 juillet 1998, *SA Minoterie de Saint-Vincent*, n° 127281-148499, B).

2.3. Avec toute la prudence qu'il faut garder, il nous semble ainsi que le paysage jurisprudentiel se présente plutôt comme un ensemble de cas particuliers où l'objet de certaines décisions individuelles favorables permet leur contestation par des tiers, si l'intérêt invoqué est cohérent avec cet objet, ce qui inclut de nombreuses hypothèses de contestation possible par un concurrent, mais sans indices de généralisation au-delà de ces objets et hypothèses. Une telle généralisation poserait en effet la question des limites à lui fixer et viendrait à l'encontre d'une préoccupation plus générale, de sécurité juridique des décisions individuelles.

En l'espèce, le nœud du litige est une question d'inégalité de traitement entre Orange et la SRR, question qui ne procède pas de la décision favorable à la SRR, prise en tant que telle, mais qui n'existe que parce que la société Orange a, quant à elle, essuyé un refus. La question qui se pose est de savoir si pour faire cesser cette inégalité de traitement, à supposer qu'elle soit utilement invocable et qu'elle soit établie, Orange doit exclusivement agir contre la décision qui la concerne, le refus, ou si elle peut aussi attaquer l'autorisation bénéficiant à l'opérateur concurrent.

On voit cependant que cette seconde hypothèse revient à faire dépendre la recevabilité de l'action contre l'autorisation de SRR du sort réservé à la demande d'Orange : c'est parce qu'elle n'a pas obtenu ce qu'elle demandait que cette société peut s'estimer défavorisée par

l'autre décision. Et encore ce constat peut-il dépendre de circonstances encore plus contingentes, par exemple de l'étendue géographique sur laquelle l'une et l'autre société ont réclamé l'autorisation. Ces éléments d'incertitude nous paraissent eux aussi militer dans le sens de la prudence quant à la possibilité pour le concurrent de contester la décision individuelle favorable.

Aussi nous proposons-vous d'accueillir le moyen d'erreur de droit qui reproche au JRTA d'avoir admis l'intérêt pour agir sans se préoccuper de la correspondance entre l'intérêt invoqué et l'objet de la décision attaquée. Si vous nous suivez, cela vous conduira à annuler l'ordonnance et déterminera aussi l'issue du litige après cassation, de sorte que vous pourrez, statuant comme juge des référés, rejeter la demande de suspension présentée par la société Orange.

3. Pour faire reste de droit, les autres moyens des pourvois nous paraissent moins sérieux, en tout cas en nous en tenant au contrôle distancié qui est le vôtre en cassation sur les ordonnances de référé-suspension – cette appréciation ne préjuge ainsi en rien du sort des mêmes chefs de discussion dans le litige au principal qui se poursuivra, en toute hypothèse, à propos du refus opposé à Orange.

3.1. Sur la question de l'urgence, le JRTA a suivi un raisonnement orthodoxe, consacré de longue date dans les ordonnances du JRCE : l'urgence est établie lorsque sont invoqués les effets anticoncurrentiels de la décision contestée, si de tels effets sont caractérisés et susceptibles d'affecter durablement la structure concurrentielle du marché en cause (voir par exemple 19 janvier 2004, *Sté T-Online France*, n° 263012, B).

L'appréciation portée pour caractériser cette urgence se comprend d'elle-même (captation de clients attirés par l'offre 5G et susceptibles de rester fidèles au même opérateur), de sorte qu'il n'y a pas non plus d'insuffisance de motivation. Et sur le fond de cette appréciation, qui est souveraine, la discussion est évidemment permise, elle a été abondante y compris en cassation, mais la dénaturation ne nous paraît pas établie.

3.2. Quant aux moyens que le JRTA a retenus comme de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la décision, l'un est tiré de l'atteinte à la concurrence et il est raisonnable de considérer qu'il repose sur la même appréciation.

L'autre, tiré de l'atteinte au principe d'égalité, suscite un débat plus principal sur l'opérance d'un tel moyen. Les pourvois se prévalent de la jurisprudence classique selon laquelle ce principe ne peut être invoqué à l'encontre d'une décision individuelle prise en application d'une législation ou d'une réglementation qui pose des conditions liant l'administration (15 mai 2000, *X...*, n° 200903, A). Il ne nous paraît toutefois pas évident qu'en l'espèce, la législation ne conserve pas à l'administration une marge d'appréciation significative, qu'elle est alors tenue d'utiliser « *sans préférence ni faveur* » pour reprendre les termes de l'ordonnance attaquée : l'autorisation est refusée si le PM « *estime qu'il existe un risque sérieux* », soit deux termes allant en ce sens. Dans le cadre d'un contrôle de l'erreur de droit manifeste, il nous paraîtrait difficile de censurer l'ordonnance sur ce point.

Mais comme nous l'avons dit, c'est au final le premier moyen qui nous paraît devoir emporter la solution de l'affaire.

PCMNC :

- A l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Au rejet de la demande de suspension présentée par la société Orange ;
- Au rejet de ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
- Et à ce qu'elle verse au même titre la somme de 2 000 € chacune à la SFR et à la SRR.