

N°s 460749 et 465105
Société Zeop Mobile

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 16 novembre 2022
Décision du 8 décembre 2022

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

La société Zeop Mobile conteste, par ces deux requêtes que vous pourrez joindre, les résultats de la procédure d'attribution de fréquences de radiotéléphonie à La Réunion conduite par l'ARCEP d'août 2021 à mai dernier.

1. Succédant à plusieurs consultations publiques, cette procédure avait pour finalité de répondre aux besoins exprimés par les opérateurs de disposer de davantage de ressources en fréquences pour de nouveaux usages, ce qui inclut le déploiement de la 5G. Plus précisément, il s'agissait de leur attribuer des blocs de fréquences dans chacune des deux bandes 700 MHz et 3,4-3,8 GHz – il est en effet préférable pour un opérateur de détenir une combinaison de fréquences (relativement) basses et hautes, les blocs dans les hautes fréquences étant les plus larges mais les fréquences plus basses étant mieux à même d'assurer les communications à l'intérieur des bâtiments.

1.1. Comme le prévoit l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), la procédure d'attribution a été fixée par un arrêté du 30 juillet 2021 du ministre chargé des communications électroniques, pris sur proposition de l'ARCEP. Elle a été ouverte par un appel à candidatures, auxquels ont répondu les quatre opérateurs présents à La Réunion, Orange, la Société réunionnaise du radiotéléphone (SRR, filiale de SFR), Telco OI (appartenant au même groupe que Free) et Zeop Mobile (le seul opérateur indépendant des groupes métropolitains). Une première étape consistait alors à attribuer à chaque candidat dont le dossier était recevable, et qui acceptait de prendre les engagements définis par l'autorité dans l'appel à candidature, dans la bande 700 MHz, un bloc de 5 MHz dit « *duplex* » (c'est-à-dire, en réalité, deux blocs de 5 MHz distincts, l'un pour les communications vers les terminaux des abonnés et l'autre pour les communications dans l'autre sens). Tous les candidats remplissaient les conditions et ont ainsi reçu un tel bloc. Pour l'attribution des autres blocs de 5 MHz duplex disponibles dans cette bande, au nombre de deux seulement, est ensuite venue une phase d'enchères entre les opérateurs.

Une telle phase d'enchères était également prévue pour la bande 3,4-3,8 GHz, sauf si la somme des largeurs de bloc demandées par les candidats se trouvait inférieure ou égale à celle mise à disposition. C'est finalement ce qui s'est produit. Les enchères n'ont donc concerné au final que les deux blocs restants dans la bande 700 MHz, qui ont été remportés par Orange et

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.

Telco OI. C'est ce dont l'ARCEP a rendu compte par un communiqué de presse du 15 décembre 2021, relatif aux « *résultats des enchères principales* » dans cette bande. Insatisfaite d'avoir obtenu seulement 5 MHz et pas 10, la société Zeop Mobile demande l'annulation de la décision révélée par ce communiqué, par sa première requête n° 460749.

1.2. Le termes d'enchères « *principales* » s'explique par le fait que la procédure n'est pas encore achevée à ce stade : il reste à déterminer où exactement dans le spectre se placeront les blocs attribués aux candidats, ce qui donne lieu à une seconde phase d'enchères dite « *de positionnement* ». C'est après cette phase que l'ARCEP peut prendre les décisions autorisant à chaque opérateur l'utilisation des fréquences attribuées, ce qu'en l'espèce elle a fait le 24 mai 2022. La seconde requête de Zeop Mobile, n° 465105, est dirigée contre ces décisions d'autorisation. Mais elle n'a pas d'objet différent de la première : aucune critique n'est formulée contre l'attribution des fréquences dans la bande 3,4-3,8 GHz – où Zeop Mobile a obtenu ce qu'elle souhaitait – ni contre le positionnement des blocs attribués. Seul est en cause le fait que la société requérante n'ait obtenu qu'un bloc de 5 MHz dans la bande 700 MHz ; il vous est d'ailleurs aussi demandé d'enjoindre à l'ARCEP de lui attribuer un bloc de 10 MHz.

2. Si l'objet des requêtes est le même, le fait qu'elles attaquent deux étapes successives d'une même procédure pose une question de recevabilité, qui n'a échappé ni à l'ARCEP ni à la société Orange. Elles soulèvent une FNR tirée de ce que la décision d'attribuer une certaine largeur de fréquence à chaque candidat, au terme des enchères principales, n'est qu'une mesure préparatoire aux décisions d'autorisation, de sorte que ni cette attribution, ni le communiqué de presse qui l'annonce ne sont susceptibles de recours.

C'est un point sur lequel vous vous êtes déjà prononcés à l'occasion d'un litige né de la procédure d'attribution de fréquences dans la bande 3,4-3,8 GHz en métropole, organisée de manière similaire : les constats faits par l'ARCEP sur la recevabilité des candidatures puis sur les résultats de chacune des phases d'enchères sont de simples mesures préparatoires (6 octobre 2021, *Assoc. PRIARTEM et autres*, n° 446302 ea, B sur un autre point). La circonstance que dans cette autre affaire, les requérants étaient des tiers à la procédure, alors qu'ici c'est un candidat qui y a participé, ne change rien à la solution. Le raisonnement est en effet le même que pour l'attribution des canaux de radio et de télévision, où aucune des étapes préliminaires aux autorisations ne fait grief, quelle que soit la qualité du requérant (voir notamment 21 octobre 2009, *Assoc. Radio Horizon*, n° 310431, B).

Et nous ne suivons pas non plus la société Zeop Mobile quand elle soutient que le communiqué de presse doit à tout le moins pouvoir être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir à raison de ses « *effets notables* » sur la situation des opérateurs concernés : l'information selon laquelle la société Zeop Mobile a obtenu moins de fréquences que ses concurrents serait ainsi de nature à détourner d'elle des abonnés et des investisseurs. La jurisprudence ainsi invoquée (votre décision d'assemblée du 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082-368084-368083, A), ne concerne que les prises de position d'une autorité de régulation qui emportent *par elles-mêmes* de tels effets. Vous avez également pu, dans la lignée de la décision de section du 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, A, admettre la recevabilité du recours contre l'annonce d'une mesure réglementaire lorsque cette

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.

annonce a pour objet de permettre d'anticiper le futur cadre juridique (25 mai 2022, *Assoc. Territoire de musiques et autres*, n° 451846, B). Mais cela ne saurait transformer en acte faisant grief un communiqué dont le seul objet est de révéler une décision qui, elle-même, est insusceptible de recours.

Vous devrez donc selon nous faire droit à la FNR et rejeter la requête n° 460749 comme irrecevable. L'examen au fond ne portera que sur l'autre.

3. Il commence par un moyen de légalité externe, tiré de ce que l'ARCEP n'aurait pas procédé avant de prendre les décisions litigieuses à une « *évaluation prospective objective des conditions de concurrence sur le marché* ».

3.1. Les termes que nous venons de citer ne sont pas issus des textes de droit interne qui encadrent l'exercice de ses missions par l'autorité, mais de l'article 52 de la directive du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen¹. Cet article pose la règle générale selon laquelle les autorités nationales de régulation, lors de l'attribution des droits d'utilisation du spectre radioélectrique, « *favorisent une concurrence effective et évitent les distorsions de concurrence sur le marché intérieur* », puis énumère une série de « *mesures appropriées* » que ces autorités peuvent adopter à cette fin, telle que la limitation des droits accordés à une entreprise donnée ou la réservation d'une portion de bande pour de « *nouveaux entrants* ». C'est là qu'il est précisé que les autorités fondent leur décision sur une évaluation prospective.

En invoquant la directive, la société Zeop Mobile se place sur deux terrains. Elle soutient tout d'abord que les dispositions de droit interne correspondantes, à l'article L. 42-1-1 du CPCE, ne l'ont qu'imparfaitement transposée. Et à supposer qu'on regarde la transposition comme satisfaisante, elle estime que les mesures prises par l'autorité pour préparer les décisions ne sont pas suffisantes au regard de ces dispositions de droit interne, interprétées à la lumière de la directive.

3.2. A titre principal, la défense de l'ARCEP met en doute l'opérance de cette contestation. L'article 52 du code européen et l'article L. 42-1-1 qui procède à sa transposition lient l'évaluation prospective au recours à des « *mesures appropriées* » favorisant ou au contraire défavorisant certains opérateurs de manière à assurer une concurrence effective, or en l'espèce aucune des mesures énumérées comme telles n'a été prise ; on pourrait donc estimer qu'il n'a pas été fait application de ces dispositions et que la méconnaissance d'une règle de procédure qu'elles prévoient ne saurait être utilement invoquée. Il nous semble toutefois que l'évaluation prospective pourrait aussi être requise pour fonder le choix, compte tenu de la situation concurrentielle, de *ne pas* recourir à de telles « *mesures appropriées* », choix qui est précisément celui que la société requérante reproche à l'ARCEP comme on va le voir.

3.3. Mais vous n'aurez pas à trancher cette question si vous nous suivez pour estimer qu'en tout état de cause, comme le fait valoir l'ARCEP en seconde intention, l'exigence

¹ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen

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.

d'évaluation prospective a été satisfaite par les trois consultations publiques organisées en amont de la procédure d'attribution.

Vous admettez par là, de manière implicite, que cette exigence a bien été transposée à l'article L. 42-1-1, contrairement à ce qui est soutenu. Son champ d'application n'est pas plus restreint que celui de l'article 52 de la directive : ce dernier concerne les décisions d'attribution d'autorisations ; l'article L. 42-1-1 renvoie aux « *conditions associées à l'utilisation des fréquences* » mais il s'agit des conditions fixées en application des articles L. 42 et L. 42-1, donc dans le cadre des procédures d'autorisation. Il ne faut pas non plus s'arrêter au fait que l'article L. 42-1-1 ne comporte pas les termes exprès d'« *évaluation prospective* » et prescrive seulement à l'ARCEP de « *tenir compte des conditions du marché* » et de « *la nécessité d'assurer une concurrence effective* » : on voit mal comment elle pourrait le faire sans apprécier la dynamique du marché et donc se placer dans une optique prospective.

La directive ne prescrit en revanche aucune forme particulière pour ce faire, les dispositions de droit interne n'étaient donc pas davantage tenues d'en prescrire une. Les consultations publiques prévues au I de l'article L. 42-2 du CPCE peuvent dans ces conditions constituer l'évaluation, pourvu qu'elles comportent cette optique prospective. Ce raisonnement ne soulève selon nous aucune difficulté sérieuse, et vous pourrez l'adopter sans poser à la CJUE la question préjudicielle demandée par la société Zeop Mobile dans son dernier mémoire.

En l'espèce, les consultations publiques, dont les résultats sont repris dans la proposition de procédure d'attribution soumise par l'ARCEP au ministre, ont bien porté sur les évolutions du marché et la dynamique concurrentielle. Ne nous trouvons aucun argument qui nous convainque qu'elles n'aient pas permis une véritable évaluation de ces éléments y compris dans une optique prospective. Le principal grief de la société requérante tient au fait qu'il n'aurait pas été correctement tenu compte de sa situation d'acteur désavantagé, ce qui relève davantage d'un débat sur la pertinence au fond des appréciations portées.

4. C'est d'ailleurs le débat auquel nous venons maintenant, en examinant le moyen suivant dirigé contre la procédure d'attribution de fréquences suivie en l'espèce – plus exactement, tiré par voie d'exception de ce que l'arrêté du 30 juillet 2021 qui fixe cette procédure méconnaîtrait le principe d'égalité tel que consacré par le droit de l'UE.

Aux termes de l'article L. 42-1 du CPCE, l'attribution des fréquences doit se faire « *dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires* », termes qui découlent d'une prescription du droit de l'UE, de sorte que les PGD de ce droit doivent être observés dans l'application de la règle. Cela permet à Zeop Mobile de faire en particulier valoir que le principe d'égalité dans sa définition retenue par le droit de l'UE s'oppose dans certains cas à ce qu'un traitement identique soit réservé à des situations différentes. Sa thèse est en effet que la procédure d'attribution suivie en l'espèce n'a pas suffisamment tenu compte de la situation objective du marché et du fait qu'un opérateur sur les quatre, justement Zeop Mobile, se trouvait dans une position défavorable. La procédure, quoique comportant des règles garantissant en apparence l'égalité entre candidats, aurait alors en réalité de nature à maintenir voire accentuer le déséquilibre en sa défaveur.

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.

Zeop Mobile est, de fait, un opérateur plus récent sur le marché réunionnais, entré en 2016. Il n'est plus à proprement parler un « *nouvel entrant* » mais il disposait, avant l'engagement de la procédure d'attribution litigieuse, de moins de blocs de fréquences que chacun de ses concurrents, et surtout, ne s'était vu attribuer aucun bloc parmi les bandes de fréquences dites « basses », dont nous avons expliqué pourquoi elles sont recherchées. La procédure dans le cadre de laquelle Zeop Mobile est entré sur le marché prévoyait certes, comme celle de 2021-2022, l'attribution gratuite d'un bloc de 5 MHz duplex dans ces bandes pour chaque candidat, mais également sous condition de souscrire à des engagements, ce que Zeop Mobile n'a pas fait. L'opérateur estime aujourd'hui que la seconde procédure aurait dû permettre un rattrapage en sa faveur, avec l'attribution gratuite de deux blocs de 5 MHz dans les basses fréquences, alors que les enchères ouvertes à tous ont favorisé les candidats les mieux dotés financièrement, qui sont les seuls à avoir pu obtenir deux blocs.

Nous ne croyons toutefois pas que le principe d'égalité ou celui de non-discrimination imposeraient en toute hypothèse qu'un opérateur en situation moins favorable que ses concurrents bénéficie d'un tel « rattrapage » par le biais d'avantages compensatoires.

Vous avez à une occasion consacré la légalité de tels avantages pour permettre l'entrée et l'installation d'un nouvel opérateur. Vous avez toutefois ajouté que « *ces solutions ne pouvaient légalement dépasser ce qui était nécessaire pour tenir compte de cette différence de situation et pour assurer les conditions d'une plus grande concurrence* » et confirmé que le régulateur dispose en la matière d'une large marge d'appréciation, d'où de la part du juge un contrôle limité à l'EMA (12 octobre 2010, *Sté Bouygues Télécom et autres*, n° 332393 ea, au A).

L'office du régulateur lui prescrit en effet d'assurer la conciliation entre de nombreux impératifs. Juger qu'une procédure d'attribution est inadaptée aux conditions du marché compte tenu de la situation moins favorable d'un opérateur nous paraît donc supposer d'établir que ce déséquilibre est de nature à empêcher une concurrence satisfaisante, en empêchant le développement de cet opérateur ou en permettant à d'autres d'abuser de positions dominantes par exemple. Or ce n'est ce qui ressort de l'analyse de marché qui a précédé la procédure d'attribution.

Compte tenu de cette analyse, cette procédure nous semble au contraire avoir pris en compte ce qui devait l'être : en fixant des plafonds de détention de fréquences par opérateur ; en garantissant à chacun qu'il recevrait au moins un bloc de 5 MHz ; en adoptant une procédure d'enchères dites « *au second prix* » qui incite les candidats à ne pas surestimer le prix d'acquisition, et dont rien ne laisse penser que la participation y est hors de portée pour Zeop.

Reste la problématique des blocs en fréquence basse : soutenu qu'avec un seul bloc, impossible de faire à la fois 4 et 5 G. D'abord c'est inexact, la seule différence tenant aux performances. Mais surtout, résulte du choix de Zeop de ne pas souscrire d'engagements en 2016, difficile d'imposer à l'ARCEP de compenser cela en 2021-2022.

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 critiques dirigées contre l'arrêté organisation la procédure ne nous paraissent donc pas fondées.

5. Les autres moyens vous retiendront beaucoup moins.

Ainsi, la société requérante invoque d'autres dispositions de la directive du 11 décembre 2018 (articles 3, 45 et 46) ainsi que des dispositions de la directive qui l'a précédée, 2002/21/CE du 7 mars 2002, et qu'elle a entièrement abrogée. Pour cette dernière, il suffit de ce constat. Et pour ce qui est des autres dispositions de l'actuel code européen des communications électroniques, elles ont toutes été transposées en droit interne, or cette transposition n'est en rien critiquée par la requête. Ses moyens sont donc inopérants.

De même, sont contestées par voie d'exception des décisions du 9 septembre 2021 par lesquelles l'ARCEP a modifié les autorisations d'utilisation de fréquences des sociétés Orange et SRR dans la bande 900 MHz. Elles sont intervenues en amont de la procédure d'attribution litigieuse, pour réduire le « portefeuille » de fréquences de ces opérateurs, et la société requérante estime qu'elles forment avec cette procédure une opération complexe. Mais quoi qu'il en soit, elle ne formule aucune critique de légalité en propre contre ces décisions.

Enfin, Zeop Mobile ne saurait utilement invoquer contre les décisions attaquées une méconnaissance du principe de neutralité technologique : ces décisions n'apportent par elles-mêmes aucune restriction aux types de technologies et de services de communications électroniques déployés pour assurer l'exploitation des fréquences attribuées. S'il s'agit de se plaindre d'une incapacité de développer une offre 5G en bande 700 MHz avec un seul bloc de 5 MHz, cela renvoie en réalité à une question d'équité de la procédure et au débat déjà examiné à ce sujet.

PCMNC :

- Au rejet des deux requêtes ;
- Et à ce que soient mises à la charge de la société Zeop Mobile, au titre de l'article L. 761-1 du CJA, les sommes de 6 000 € à verser à la société Orange, qui a défendu sous les deux numéros, et 3 000 € à verser à la SRR, qui a défendu sous un seul.

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.