

Société FREE SAS

M. Jean-François Mary
Rapporteur

Mme Emmanuelle Prada Bordenave
Commissaire du gouvernement

Séance du 20 juin 2007
Lecture du 11 juillet 2007

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies)

Sur le rapport de la 2^{ème} sous-section
de la section du contentieux

Vu la requête, enregistrée le 12 avril 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la société FREE SAS, dont le siège est 8, rue de la Ville l'Evêque à Paris (75008) ; la société FREE SAS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision par laquelle le ministre délégué à l'industrie a fixé les conditions financières d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

2°) d'enjoindre au ministre délégué à l'industrie et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), chacun en ce qui le concerne, de prendre les mesures nécessaires à l'abandon de la procédure d'appel à candidatures en cours et à l'organisation d'une nouvelle procédure d'appel à candidatures pour l'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

3°) d'enjoindre au ministre délégué à l'industrie de fixer, à cette occasion, un nouveau montant de la redevance due par le quatrième opérateur autorisé à exploiter une activité de téléphonie mobile de troisième génération tenant compte de l'avantage ainsi procuré ainsi que de l'objectif communautaire d'un niveau de concurrence suffisant sur le marché des services mobiles ;

4°) de mettre à la charge de l'Etat le versement de la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000, modifiée, notamment son article 36 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-François Mary, Conseiller d'Etat,
- les conclusions de Mme Emmanuelle Prada Bordenave, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que la société FREE SAS demande l'annulation de l'acte pris par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relatif aux conditions financières d'attribution de la quatrième autorisation d'utilisation des fréquences en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie :

Considérant qu'aux termes du troisième alinéa de l'article L. 41-1 du code des postes et des communications électroniques : « Conformément à l'article L. 2124-6 du code général de la propriété des personnes publiques, l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat » ; qu'aux termes de l'article L. 42-2 du même code : « Lorsque la bonne utilisation des fréquences l'exige, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, après consultation publique, limiter, dans une mesure permettant d'assurer des conditions de concurrence effective, le nombre d'autorisations de les utiliser./ Le ministre chargé des communications électroniques fixe, sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation correspondant à ces fréquences ainsi que la durée de la procédure d'attribution.../ La sélection des titulaires de ces autorisations se fait par appel à candidatures sur des critères portant sur les conditions d'utilisation mentionnées à l'article L. 42-1 ou sur la contribution à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1./ L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conduit la procédure de sélection et assigne les fréquences correspondantes./ Le ministre peut prévoir que l'un des critères de sélection est constitué par le montant de la redevance que les candidats s'engagent à verser si la fréquence ou la bande de fréquences leur sont assignées./ Le montant et les modalités de versement des redevances dues pour les fréquences qui sont

assignées en application du présent article peuvent déroger aux dispositions de l'article L. 31 du code du domaine de l'Etat » ; qu'aux termes du I de l'article 36 de la loi de finances pour 2001, modifiée : « Par dérogation à l'article L. 31 du code du domaine de l'Etat, la redevance due par chaque titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération en métropole, au titre de l'utilisation des fréquences allouées, est liquidée selon les modalités suivantes : / - une part fixe, d'un montant de 619 209 795,27 euros, versée le 30 septembre de l'année de délivrance de l'autorisation ou lors de cette délivrance si celle-ci intervient postérieurement au 30 septembre ; / - une part variable, versée annuellement, calculée en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé au titre de l'utilisation desdites fréquences ; le taux de cette part variable et les modalités de son calcul, notamment la définition du chiffre d'affaires pris en compte, sont précisés dans les cahiers des charges annexés aux autorisations... » ;

Considérant, d'une part, que, par sa décision du 21 février 2007, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a fixé, en application de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques et conformément à la proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) du 20 février 2007, les modalités ainsi que les conditions autres que financières de l'attribution de la quatrième autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

Considérant, d'autre part, que l'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relatif aux modalités financières d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération, publié au Journal officiel de la République française le 8 mars 2007, rappelle que la fixation définitive du montant de la redevance due pour l'attribution de l'autorisation, dont les éléments essentiels sont déterminés par la loi, aura lieu lors de l'adoption du cahier des charges accompagnant l'autorisation ; que, par suite, alors même que certains termes employés dans ce document, ainsi que la publication sur le site « internet » d'un communiqué de presse de l'ARCEP le même jour, indiqueraient l'intention du ministre délégué à l'industrie de reprendre les dispositions tarifaires contenues dans les cahiers des charges des titulaires actuels de cette autorisation, en particulier le taux de 1 % du chiffre d'affaires de l'activité réalisée au titre des fréquences attribuées, ces différentes déclarations ne sauraient, par elles-mêmes, faire naître une quelconque décision de ce ministre faisant grief à la société requérante dès lors que les modalités financières ne peuvent résulter que du seul cahier des charges ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions aux fins d'annulation de la société requérante, qui ne sont dirigées contre aucune décision, ainsi que ses conclusions aux fins d'injonction ne sont pas recevables ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la société FREE SAS demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société FREE SAS est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société FREE SAS, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi.

Délibéré dans la séance du 20 juin 2007 où siégeaient : M. Jean-Marie Delarue, Président adjoint de la Section du Contentieux, Président ; M. Edmond Honorat, M. Rémy Schwartz, Présidents de sous-section ; Mme Gisèle Forray, M. Roland Peylet, Mme Mireille Imbert-Quaretta, Mme Françoise Ducarouge, Mme Christine Maugué, Conseillers d'Etat et M. Jean-François Mary, Conseiller d'Etat-rapporteur.

Lu en séance publique le 11 juillet 2007.

Le Président :

Signé : M. Jean-Marie Delarue

Le Conseiller d'Etat-rapporteur :

Signé : M. Jean-François Mary

Le secrétaire :

Signé : M. Antoine Conrath

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Le secrétaire