

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

N° 338107

SOCIETE FRANÇAISE DU
RADIOTÉLÉPHONE

Ordonnance du 19 avril 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Vu la requête, enregistrée le 30 mars 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR), dont le siège social est situé 42 avenue de Friedland à Paris (75008) ; la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE demande au juge des référés du Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, de désigner un expert chargé d'analyser les difficultés d'exploitation du bloc de 4,8 MHz duplex sur lequel porte l'appel à candidatures lancé le 25 février 2010, de proposer tout aménagement permettant la constitution de deux blocs de 5 MHz duplex susceptible de réduire ou de supprimer les éventuelles difficultés constatées et de concilier le cas échéant les parties intéressées ;

elle soutient que la mesure sollicitée permettra d'apporter des éléments à l'appui d'un éventuel recours pour excès de pouvoir dirigé contre des décisions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; qu'elle est utile, car elle permettra d'évaluer correctement la valeur des deux blocs de fréquences devant être attribués dans la bande 2,1 GHz et de formuler des offres dans le cadre de l'appel à candidatures lancé par l'arrêté ministériel du 23 février 2010 s'achevant le 11 mai 2010 ; que l'attribution d'un bloc isolé de 4,8 MHz risque d'entraîner une baisse des performances notamment par la génération d'interférences avec les opérateurs voisins ; que cette expertise contradictoire et indépendante est à même d'offrir aux candidats une information objective permettant de garantir le respect des principes d'égalité et d'impartialité dans le cadre de la procédure d'appel à candidatures ; qu'il y a urgence, le rapport d'expertise devant être remis au plus tard le 30 avril 2010 ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 avril 2010, présenté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; elle soutient que l'argumentation relative à la légalité d'une mise à disposition d'un bloc de 4,8 MHz est inopérante ; que la mesure d'expertise sollicitée ne présente pas un caractère utile ; que si la société requérante estime qu'il n'est pas pertinent pour elle de poser sa candidature pour l'attribution des droits sur un bloc de 4,8 MHz, il lui appartient d'en tirer les

conséquences et qu'il en va de même pour chacun des opérateurs potentiellement concernés ; qu'au vu des éléments apportés, il n'est pas démontré qu'un bloc de 4,8 MHz ne peut être utilisé de façon isolée ; que les candidats peuvent tout à fait prendre en compte la configuration d'un bloc dans les propositions qu'ils soumettront à l'ARCEP en fonction de la taille et de l'emplacement du bloc demandé ; qu'il y a urgence à ne pas ordonner l'expertise demandée, qui perturberait la procédure de soumission comparative ; que les conclusions à fin de conciliation sont sans objet s'agissant d'apprécier la légalité d'actes administratifs ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 avril 2010, présenté par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, qui s'associe aux observations de l'ARCEP ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 avril 2010, présenté par la société Orange France, qui conclut au rejet de la requête ; elle soutient que l'utilité d'une telle expertise n'est pas démontrée dès lors que la situation qui devrait être analysée est connue depuis janvier 2009, a été exposée par SFR dès mars 2009 et a déjà été prise en compte par l'ARCEP ; que la mesure d'expertise ne peut être motivée uniquement par le fait que l'ARCEP n'a pas répondu au courrier de SFR en date du 10 février 2010 ; que l'ARCEP a confirmé la faculté dont disposeront les opérateurs d'échanger des fréquences ; que la mesure d'expertise sollicitée perd son caractère utile dès lors qu'un réaménagement de fréquences pourrait avoir lieu postérieurement à l'attribution des blocs de fréquences prévue par l'appel à candidatures lancé le 25 février 2010 ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 avril 2010, présenté pour la société Bouygues Telecom, qui demande, dans l'hypothèse où un expert serait désigné, d'étendre la mission de l'expert aux impacts, notamment au regard du cadre réglementaire, sur l'ensemble des acteurs du marché, d'un aménagement des blocs de fréquences dans la bande 2,1 GHz, objet de l'appel à candidatures ;

Vu le mémoire, enregistré le 8 avril 2010, présenté par la société Free Mobile, qui soutient que la mesure sollicitée par la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE ne présente pas un caractère utile ; qu'elle n'a pas eu connaissance de difficultés particulières qui pourraient se poser pour l'exploitation d'un bloc de 4,8 MHz ; que la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE est le seul opérateur à faire état des difficultés pour exploiter ce bloc de 4,8 MHz ; que dans le cadre de l'appel à candidatures organisé par l'ARCEP, la société requérante dispose de la faculté de candidater uniquement pour l'attribution d'un lot de 5 MHz si elle considère qu'une candidature portant sur 4,8 MHz n'est pas opportune ; que l'ARCEP a précisé que des échanges de fréquences seraient possibles ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 12 avril 2010, présenté pour la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE, qui reprend les conclusions de sa requête et les mêmes moyens ; elle soutient en outre que la demande d'expertise n'a pas pour objet de contester la légalité de la mise à disposition d'un bloc de 4,8 MHz, mais d'étudier les difficultés techniques liées aux conditions de séparation entre les blocs ; que la possibilité, envisagée par l'ARCEP, d'échanger des fréquences entre opérateurs n'est qu'un pis-aller car elle dépend du bon vouloir des opérateurs concurrents ; que si les opérations d'expertise devaient se prolonger au-delà du 11 mai, il serait possible de reporter la date limite de remise des offres ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu le code de justice administrative ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 532-1 du code de justice administrative : « Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction (...) » ;

Considérant qu'à l'issue des premières autorisations d'exploiter des réseaux de téléphonie mobile de troisième génération (3G) dans la bande de fréquences 2,1 GHz, trois opérateurs ont été retenus (SFR, Orange France et Bouygues Telecom), chacun obtenant une bande de 14,8 MHz duplex ; qu'après ces attributions, une bande de fréquences de 14,8 MHz duplex demeurait disponible ; que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a mené en juin et juillet 2008 une consultation publique sur l'attribution des fréquences restantes ; que le 12 janvier 2009, le Premier ministre a annoncé que la bande de fréquences demeurée disponible serait divisée en trois blocs, l'un d'entre eux étant réservé à un nouvel entrant ; que par décision du 16 juillet 2009, l'ARCEP a prévu de lancer deux appels à candidatures successifs : un premier appel à candidatures réservé à un nouvel entrant et portant sur un bloc de 5 MHz duplex, puis un second appel à candidatures portant sur les lots restants, soit un lot de 5 MHz duplex et un lot de 4,8 MHz duplex en cas de succès du premier appel, soit sur deux lots de 5 MHz duplex et un lot de 4,8 MHz duplex en cas d'échec de ce premier appel ; que par décision du 12 janvier 2010, l'ARCEP a attribué le premier lot de 5 MHz duplex à un nouvel entrant, la société Free Mobile ; que par décision du 11 février 2010, l'ARCEP a proposé au ministre chargé des communications électroniques les modalités d'attribution des deux blocs de fréquences disponibles dans la bande 2,1 GHz, soit un bloc de 5 MHz duplex et un bloc de 4,8 MHz duplex ; que par arrêté du 23 février 2010, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre chargé de l'industrie ont fixé ces modalités conformément à la proposition de l'ARCEP ; que dans le cadre de cette procédure, les dossiers de candidature doivent être déposés le 11 mai 2010 ;

Considérant que la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR) demande au juge des référés, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, de désigner un expert chargé d'analyser les difficultés d'exploitation du bloc de 4,8 MHz duplex sur lequel porte l'appel à candidatures lancé en février 2010, de proposer tout aménagement permettant la constitution de deux blocs de 5 MHz duplex susceptible de réduire ou de supprimer les éventuelles difficultés constatées et de concilier le cas échéant les parties intéressées ;

Considérant qu'en égard à l'ancienneté et à l'ampleur du débat, notamment à l'initiative de l'ARCEP, sur la consistance des lots de fréquences dans la bande 2,1 GHz susceptibles d'être soumis à une nouvelle procédure d'attribution, à la connaissance des données techniques de ce débat par SFR, opérateur expérimenté de téléphonie mobile, et aux délais réduits dont disposerait un expert en raison de la date du dépôt de la demande d'expertise par rapport à la date prévue pour la remise des offres, l'expertise demandée ne présente pas un caractère utile au sens de l'article R. 532-1 du code de justice administrative ; que la requête de la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE doit, par suite, être rejetée ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par l'ARCEP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'ARCEP tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE FRANÇAISE DU RADIOTELEPHONE, à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, à la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, à la société Orange France, à la société Bouygues Telecom et à la société Free Mobile.

Fait à Paris, le 19 avril 2010



Philippe Martin