

Décision n° 2007-0862
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 9 octobre 2007
relative au compte rendu et au résultat
de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine
pour un système mobile de troisième génération

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, et notamment ses articles L. 33-1, L. 36-7 6°, L. 42-1 et L. 42-2 ;

Vu l'article 36 modifié de la loi de finances pour 2001 ;

Vu la décision n° 2007-0177 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 20 février 2007 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération ;

Vu l'arrêté du 21 février 2007 du ministre délégué à l'industrie relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération, publié le 8 mars 2007 ;

Vu l'avis relatif aux modalités financières d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération, publié le 8 mars 2007 au Journal officiel (rubrique : Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie/Industrie) ;

Vu le dossier de candidature de la société Free Mobile, déposé le 30 juillet 2007 dans le cadre de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération lancée le 8 mars 2007 ;

Après en avoir délibéré le 9 octobre 2007 ;

Décide :

Article 1 - Le compte rendu et le résultat motivé, annexés à la présente décision, de la procédure d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération lancée par l'arrêté susvisé publié le 8 mars 2007, sont approuvés.

Article 2 - Le Président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est chargé de publier le compte rendu et le résultat motivé de la procédure mentionnée à l'article 1 de la présente décision.

Fait à Paris, le 9 octobre 2007

Le Président

Paul Champsaur

Annexe à la décision n° 2007-0862

de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

***Appel à candidatures pour l'attribution d'une autorisation en
France métropolitaine pour un système mobile de troisième
génération lancé le 8 mars 2007***

**Compte rendu et résultat de la procédure conduite par l'Autorité de
régulation des communications électroniques et des postes**

Introduction

Aux termes de l'article L. 42-2 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) :

« (...) 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 texte d'appel à candidatures prévoit, s'agissant du déroulement de la procédure, deux étapes après celle du lancement de l'appel à candidatures :

« - L'ARCEP conduit la procédure de sélection, dans le cadre du présent appel à candidatures et en publie le résultat motivé ;

- L'ARCEP délivre une autorisation d'utilisation de fréquences au candidat retenu et rejette, par des décisions motivées, les autres demandes. ».

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a conduit la procédure d'attribution des fréquences pour l'attribution en France métropolitaine d'une autorisation pour un système mobile de troisième génération, selon les modalités et conditions prévues dans l'appel à candidatures publié le 8 mars 2007.

Le présent document en constitue le compte rendu et en motive le résultat.

Le texte d'appel à candidatures distingue une phase de qualification et une phase de sélection :

« Le processus d'instruction des différents dossiers de candidature conduira l'ARCEP à examiner deux séries de critères :

- des critères de qualification tout d'abord, que chaque candidat devra respecter pour être admis à participer à la phase de sélection ;

- des critères de sélection ensuite, dont l'examen sera effectué dans une logique de comparaison des dossiers entre eux. »

« Chaque candidat déposera un dossier unique (...), sur la base duquel les phases de qualification et de sélection décrites ci-après seront conduites ».

Après avoir présenté les candidats, ce rapport présente l'analyse conduite dans le cadre de la procédure.

Présentation du candidat

Un seul dossier de candidature a été déposé, avant le 31 juillet 2007 à 12 heures, dans le cadre de la procédure d'appel à candidatures pour l'attribution en France métropolitaine d'une autorisation pour un système mobile de troisième génération, lancée par l'arrêté du 21 février 2007 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système de troisième génération, publié au *Journal officiel* de la République française le 8 mars 2007.

Ce dossier est présenté par la société Free Mobile, société par actions simplifiée au capital de 40 000 euros, RCS Paris n° 499 247 138, dont le siège social se situe au 8 rue de la Ville l'Evêque, 75008 Paris.

La société Iliad détient directement 100% de la société Free Mobile.

Le capital de la société Iliad, société cotée en bourse, est détenu à 73,87% par ses dirigeants et à 26,13 % par le public.

Examen de la qualification

Aux termes de la décision n° 2007-0177 de l'Autorité, la phase de qualification a pour objet de déterminer les candidatures admises à participer à la phase de sélection.

Seules peuvent participer à cette phase de sélection les personnes physiques ou morales aux statuts compatibles avec l'exercice d'une activité d'opérateur de réseau ouvert au public, dont la candidature respecte les critères de qualification suivants :

- Le candidat doit respecter les modalités de sélection précisées dans le document 2 de l'appel à candidatures, notamment la remise d'un dossier de candidature, tel que défini en partie 2 du document, avant les date et heure limites de dépôt des dossiers précisées au paragraphe 1.1.5.
- Le candidat doit présenter une candidature éligible à l'obtention d'une autorisation d'utilisation de fréquences, au regard des dispositions prévues par l'article L. 42-1 du code des postes et des communications électroniques. Il est rappelé qu'aux termes de cet article, « ces autorisations ne peuvent être refusées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes que pour l'un des motifs suivants :
 - 1° La sauvegarde de l'ordre public, les besoins de la défense nationale ou de la sécurité publique ;
 - 2° La bonne utilisation des fréquences ;
 - 3° L'incapacité technique ou financière du demandeur à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité ;
 - 4° La condamnation du demandeur à l'une des sanctions mentionnées aux articles L. 36-11 ».
- Le candidat doit s'engager à respecter les conditions minimales d'autorisation d'utilisation de fréquences telles que précisées dans le document 1 de l'appel à candidatures.

Ci-dessous est présentée l'analyse conduite dans le cadre de cette phase de qualification.

Engagement à respecter les conditions minimales d'autorisation d'utilisation de fréquences

L'existence d'un engagement du candidat à respecter les conditions minimales d'autorisation d'utilisation de fréquences telles que précisées dans le document 1 de l'appel à candidatures a été examinée.

Ce critère de qualification renvoie au document 1 du texte d'appel à candidatures. Celui-ci a pour « *objet de décrire, d'une part, les droits et obligations d'ordre individuel attachés à l'autorisation individuelle d'utilisation de fréquences dont l'attribution est l'objet de l'appel à candidatures. Les dispositions précisées dans le présent document se rattachent ainsi aux rubriques définies à l'article L. 42-1-II du code des postes et des communications électroniques. Ces dispositions correspondent d'une part aux droits attachés à l'autorisation d'utilisation de fréquences et d'autre part aux exigences minimales attachées à celle-ci et requises pour son obtention dans la phase de qualification. (...)* »

Dans ces exigences minimales figurent notamment les obligations de couverture, les obligations de disponibilité et de qualité de service, les normes et services utilisés par les opérateurs et surtout les charges financières liées à la mise à disposition et à l'utilisation des fréquences. Sur ce dernier point, le texte d'appel à candidatures indique :

« 9. Charges financières

Les charges diverses que l'opérateur devra acquitter au titre de la mise à disposition et de l'utilisation des fréquences 3G sont précisées par le Gouvernement ».

Ces charges financières ont été décrites dans l'avis relatif aux modalités financières d'attribution d'une autorisation en France métropolitaine pour un système mobile de troisième génération publié au *Journal Officiel* le 8 mars 2007 (rubrique : Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie/Industrie) :

« Le Gouvernement se propose de fixer la redevance due au titre des fréquences allouées dans les bandes 1 900 MHz-1 980 MHz et 2 110 MHz-2 170 MHz pour l'exploitation d'un quatrième réseau de radiocommunications mobiles de troisième génération selon les modalités définies ci-après. Cette redevance se composera :

– d'une part fixe d'un montant de 619 209 795,27 €, 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 ;

– d'une part variable versée annuellement avant le 30 juin de l'année en cours au titre de l'utilisation des fréquences de l'année précédente. La part variable de la redevance sera égale à 1 % du montant total du chiffre d'affaires défini ci-dessous ».

Il y a lieu de souligner que les éléments essentiels concernant la fixation du montant de la redevance due pour l'attribution de l'autorisation d'utilisation des fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération en métropole sont inscrits à l'article 36 de la loi de finances pour 2001. Celui-ci prévoit que :

« 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 des 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. (...)*

Ainsi, il résulte expressément de cette disposition que la part fixe de la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'utilisation des fréquences dédiées à la téléphonie mobile de troisième génération en métropole, dont le fait générateur est constituée par « la délivrance » de l'autorisation, est exigible dès la date de cette délivrance si celle-ci intervient postérieurement au 30 septembre.

Il convient donc d'examiner notamment l'engagement de la société candidate à honorer l'obligation de faire face, dès la délivrance éventuelle de l'autorisation, au versement de la part fixe de la redevance dans les conditions définies par la loi.

Le dossier de Free Mobile comprend des « *remarques préliminaires* » mentionnant que, selon le candidat, « *le Ministre de l'industrie a fixé le 21 février 2007 (...) les modalités ainsi que les conditions autres que financières [souligné dans le dossier de Free Mobile] de l'attribution de la quatrième autorisation pour un système mobile de troisième génération* ».

Le courrier en date du 30 juillet 2007 d'Iliad, maison mère à 100% de Free Mobile, introduisant la lettre et le dossier de candidature de Free Mobile, estime également, concernant les modalités financières, que « *cette question, qui est du ressort du Gouvernement, n'est pas encore tranchée à ce jour et ne le sera qu'à l'occasion de l'octroi de l'autorisation* ».

Ces deux éléments laissent supposer que le candidat considérerait les modalités financières comme non encore fixées. Cette interprétation est confirmée par le fait que le même courrier d'Iliad mentionne qu'« *il convient par conséquent de mettre à profit les prochains mois séparant la clôture de l'appel à candidatures de la phase de rédaction du cahier des charges pour convaincre les pouvoirs publics de la pertinence d'un aménagement de ces modalités qui, sans remettre en cause le principe d'égalité, conduirait in fine à s'assurer du réel succès de cet appel à candidatures* ».

Ce courrier d'Iliad mentionne également que « *la réussite de ce projet [correspondant à la candidature de Free Mobile] repose sur (...) un aménagement des modalités financières qui pourrait se traduire par un paiement annuel de la partie fixe de la redevance, comme toutes les redevances d'occupation du domaine public. (...) Iliad considère que l'éventuel paiement dès la délivrance de l'autorisation de la partie fixe de la redevance revient à freiner l'entrée sur le marché* ».

En outre, ce courrier comprend des développements s'attachant à justifier la validité juridique d'un aménagement des modalités financières. Il indique que « *cette approche pragmatique [d'aménagement des modalités financières] a été validée au niveau communautaire, tant sur le plan politique par la décision de la Commission de décembre 2006 relative aux conditions d'octroi de la troisième licence tchèque, que sur le plan juridique avec l'arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes en date du 4 juillet 2007* »

Il résulte des éléments rappelés ci-dessus que la société Free Mobile, dans son dossier de candidature, ne s'est pas engagée à respecter l'obligation d'assurer le versement de la part fixe de la redevance dans les conditions définies par la loi inscrite dans l'article 36 de la loi de finances pour 2001.

Capacité financière du demandeur à faire face, dans le cadre des conditions financières imposées par la loi, aux obligations résultant des conditions d'exercice de son activité

C'est naturellement sur la base des modalités financières prévues par l'article 36 modifié de la loi de finances pour 2001 cité plus haut qu'a été conduite l'analyse qui suit et qui examine la capacité du candidat à payer la part fixe de 619 209 795,27 euros de la redevance dans les conditions prévues par la loi.

Le dossier de Free Mobile ne contient pas de tableau décrivant le plan de financement et précisant comment la société candidate compte payer la part fixe de 619 209 795,27 euros de la redevance, dont la loi de finances mentionne qu'elle est exigible dès l'année d'attribution de l'autorisation.

Le dossier indique que Free Mobile dispose d'un capital social de 40 000 euros, soit un montant très limité.

Le dossier de Free Mobile ne mentionne aucune banque ou investisseur ayant l'intention de mettre à disposition de Free Mobile les montants financiers permettant de payer ces 619 209 795,27 euros. Le dossier ne contient a fortiori aucune lettre d'engagement financier de tels acteurs.

Le dossier de Free Mobile semble donc faire reposer le financement du paiement de la part fixe des redevances par Free Mobile uniquement sur l'engagement de sa maison mère Iliad.

A cet égard, le courrier d'Iliad accompagnant la candidature de Free Mobile ne mentionne aucun engagement sur l'apport de financement pour le paiement des 619 209 795,27 euros dans les conditions prévues par la loi de finances.

Cette incertitude est corroborée par les éléments concernant le courrier d'Iliad et développés dans l'analyse ci-dessus concernant l'engagement à respecter les conditions minimales d'autorisation d'utilisation de fréquences et notamment le paiement des charges financières liées à la mise à disposition et l'utilisation des fréquences.

Au surplus, le courrier d'Iliad accompagnant la candidature de Free Mobile mentionne lui-même que « *la réussite de ce projet [correspondant à la candidature de Free Mobile] repose sur (...) un aménagement des modalités financières qui pourrait se traduire par un paiement annuel de la partie fixe de la redevance, comme toutes les redevances d'occupation du domaine public* ».

Il résulte de ce qui précède que le dossier de candidature de Free Mobile ne fournit pas d'éléments suffisants susceptibles, dans le cadre des conditions financières imposées par la loi, d'établir la capacité financière de la société candidate à faire face durablement aux obligations résultant des conditions d'exercice de l'activité.

Conclusion : résultat de la procédure

Il résulte de l'analyse qui précède que la candidature de la société Free Mobile ne respecte pas l'ensemble des critères de qualification ; qu'elle ne peut donc être admise à participer à la phase de sélection et doit, par suite, être rejetée.