

**AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS
ELECTRONIQUES, DES POSTES ET DE LA
DISTRIBUTION DE LA PRESSE**

RECOURS GRACIEUX

Le syndicat CFE-CGC Orange entend, par la présente, former un recours gracieux auprès du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) contre la décision n° 2019-1386 en date du 21 novembre 2019, proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public, ainsi que contre son annexe.

Par cette décision, le président de l'ARCEP a notamment déterminé les objectifs poursuivis par la procédure d'attribution des fréquences. Son annexe précise les modalités d'attribution des différents blocs de fréquences, et en particulier la méthode de sélection des offres des opérateurs.

Le syndicat CFE-CGC Orange souhaite attirer l'attention du président de l'ARCEP sur l'illégalité de sa décision et lui demande, par le présent recours gracieux, de la retirer.

* * *

Aux termes de l'article L. 32-1, II, du code des postes et des communications électroniques (CPCE), « dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées en vue d'atteindre les objectifs suivants :

1° La fourniture et le financement de l'ensemble des composantes du service public des communications électroniques ;

2° Le développement de l'emploi :

3° Le développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques ;

4° L'aménagement et l'intérêt des territoires et la diversité de la concurrence dans les territoires ;

5° La protection des consommateurs, conjointement avec le ministre chargé de la consommation, et la satisfaction des besoins de l'ensemble des utilisateurs, y compris les utilisateurs handicapés, âgés ou ayant des besoins sociaux spécifiques, en matière d'accès aux services et aux équipements ;

5° bis La neutralité de l'internet, définie au q du I de l'article L. 33-1 ;

6° Le respect par les opérateurs de communications électroniques de la protection des données à caractère personnel, du secret des correspondances et du principe de neutralité vis-à-vis du contenu des messages transmis ;

7° L'intégrité et la sécurité des réseaux de communications électroniques ouverts au public et le respect, par les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, de l'ordre public et des obligations de défense et de sécurité publique ;

8° Un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé, conjointement avec les ministres chargés de la santé et de l'environnement ;

9° La sobriété de l'exposition de la population aux champs électromagnétiques ;

10° La promotion des numéros européens harmonisés pour les services à objet social et la contribution à l'information des utilisateurs finals, lorsque ces services sont fournis ;

11° La possibilité d'utiliser tous les types de technologies et tous les types de services de communications électroniques dans les bandes de fréquences disponibles pour ces services, sous réserve de faisabilité technique ».

Le législateur a expressément imposé à l'ARCEP le respect et la poursuite de ces objectifs dans son action. L'autorité de régulation ne saurait donc adopter une décision ne tenant pas compte de ces éléments, sans entacher cette décision d'illégalité.

Cette exigence est notamment rappelée par l'article L. 42-2 du même code, qui prévoit l'hypothèse d'une attribution des autorisations d'utilisation de fréquences au terme d'une procédure sélective.

Dans ce cas, en effet, l'alinéa 4 de cet article dispose que *« la sélection des titulaires de ces autorisations se fait par appel à candidatures sur des critères portant sur les conditions d'utilisation mentionnées au II de l'article L. 42-1 ou sur la contribution à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1, ou par une procédure d'enchères dans le respect de ces objectifs et après définition de ces conditions par le ministre sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse. Sans préjudice de ce qui précède, dans tous les cas où cela est pertinent, et notamment dans le cas des fréquences utilisées précédemment pour la diffusion de la télévision numérique terrestre, les obligations de déploiement tiennent prioritairement compte des impératifs d'aménagement numérique du territoire ».*

Lorsque les autorités compétentes décident de procéder à une attribution des autorisations d'utilisation des fréquences par une procédure d'enchère, celle-ci doit donc respecter les objectifs de l'article L. 32-1 CPCE.

L'enchère mise en place ne peut donc se fonder uniquement sur le prix mais doit également tenir compte, dans des modalités dont la détermination appartient à l'ARCEP et au ministre chargé des communications électroniques, du développement de l'emploi. Toute enchère dont les conditions d'organisation ne tiendraient pas compte de ce critère contreviendrait à la lettre des dispositions précitées et serait en conséquence illégale.

Et l'étude des différentes décisions relatives à une attribution prises par l'ARCEP depuis 1997 démontre que celle-ci a parfaitement compris la portée de l'article L. 32-1 CPCE. En matière d'attribution de fréquences, le développement de l'emploi a été systématiquement pris en considération par le régulateur.

Dans une décision n° 97-445 en date du 17 décembre 1997 portant adoption

de lignes directrices sur les conditions d'accès aux câbles sous-marins, l'ARCEP indiquait ainsi que « *le développement de la France comme plateforme d'acheminement du trafic international constitue un deuxième objectif de l'Autorité. Sur un marché mondial porté par une forte croissance, l'Autorité souhaite favoriser le développement de plateformes reposant sur des nœuds de communication établis sur le territoire français. Sur ce marché, la compétitivité des acteurs établis en France aura des conséquences bénéfiques sur la balance commerciale, sur l'activité et sur l'emploi ».*

De façon plus directe, l'ARCEP a, à plusieurs reprises, fait du développement de l'emploi un critère de pondération des offres reçues pour une autorisation d'utilisation de fréquences :

- dans une décision n° 00-835 du 28 juillet 2000, proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, il est indiqué que l'emploi est un critère de sélection, avec une notation maximale de 25 points sur 500. La prise en compte de ce critère est confirmée par la décision n° 01-417 du 30 mai 2001, dans laquelle l'ARCEP procède à une analyse détaillée de l'impact de la 3G sur la création d'emplois ;
- dans des décisions n° 2005-0646 et n° 2005-0647 du 7 juillet 2005, proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'autorisation d'utilisation des fréquences de boucle locale radio disponibles dans la bande 3,4 – 3,6 GHz, le développement de l'emploi est explicitement mentionné au nombre des principes suivis dans l'élaboration des modalités d'attribution des fréquences ;
- dans une décision n° 2009-0610 du 16 juillet 2009 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine et pour exploiter un système mobile de troisième génération, l'emploi est indiqué comme un critère de sélection ;
- dans une décision n° 2010-0199 du 11 février 2010 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert

au public, l'emploi est présent dans les tableaux en annexe 2 (p. 40) ;

- dans des décisions n° 2014-1368 et n° 2014-1369 du 4 décembre 2014, et n° 2015-1404 et n° 2015-1183 du 3 décembre 2015, relatives aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans les DROM-COM, il est expressément indiqué que « *l'ARCEP évaluera la contribution du projet au développement de l'activité dans le secteur mobile, et plus largement de la filière télécoms. En premier lieu, le candidat présentera ses prévisions d'emploi pour les prochaines années, avec une vision au moins à 5 ans et, le cas échéant, en prenant plusieurs hypothèses sur l'évolution du marché. [...]* L'Autorité évaluera ce critère de l'emploi notamment sur la base d'engagements inconditionnels du candidat, pour tout ce qui touche au maintien ou à la création d'emplois directs ainsi qu'à la politique de formation professionnelle envisagée ».

De façon constante, l'ARCEP a donc pris en compte le critère du développement de l'emploi pour l'attribution de fréquences, par le biais d'une méthode d'attribution de points supplémentaires à l'offre du candidat.

La plus ou moins grande attention portée par les opérateurs candidats au développement de l'emploi était donc de nature à modifier la note finale attribuée par l'Autorité, ces modulations pouvant en conséquence emporter un classement plus ou moins élevé des offres.

La notation des offres en fonction, notamment, de l'emploi incitait les opérateurs à s'engager au maintien et/ou à la création d'emplois dans la mesure la plus élevée possible, afin d'obtenir jusqu'à 25 points supplémentaires.

L'objectif de développement de l'emploi, imposé par l'article L. 32-1, II, CPCE, était de la sorte effectivement poursuivi et respecté.

Force est de constater que la nécessaire prise en considération de l'emploi a été omise par l'ARCEP qui, dans la décision n° 2019-1386 du 21 novembre 2019 présentement attaquée, ne fait aucune référence au développement de l'emploi.

La décision n° 2019-1386 explicite en effet les objectifs poursuivis par la procédure d'attribution des autorisations d'utilisation des fréquences (p. 5), sans que l'emploi y soit mentionné :

« Les modalités d'attribution de fréquences proposées au ministre chargé des communications électroniques veillent à la prise en compte des objectifs assignés à la régulation des communications électroniques fixés par l'article L. 32-1 du CPCE. En particulier, l'attribution des fréquences dans la bande 3490 – 3800 MHz vise à répondre aux principaux objectifs suivants :

- l'aménagement numérique du territoire ;*
- le développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques ;*
- l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux et les fournisseurs de services de communications électroniques ;*
- l'utilisation et la gestion efficaces des fréquences radioélectriques ».*

Alors que la décision se réfère en premier lieu à l'ensemble des objectifs de l'article L. 32-1 CPCE, seuls quatre d'entre eux sont ensuite explicitement retenus et développés dans les paragraphes suivants, en violation des dispositions susmentionnées du CPCE qui n'opèrent aucune sorte de distinction ou de hiérarchisation entre les différents objectifs.

Le syndicat CFE-CGE Orange interpelle le président de l'Autorité sur ce point et entend souligner l'incohérence et l'illégitimité d'une telle façon de procéder.

Les dispositions de l'article L. 32-1 CPCE précitées assignent à la régulation des communications électroniques plusieurs objectifs à poursuivre. Comme exposé précédemment, aucune hiérarchisation n'est effectuée entre ces différents objectifs, et aucune disposition légale ou réglementaire n'autorise le ministre compétent ou l'ARCEP à sélectionner certains critères qui bénéficieraient alors d'une certaine priorité, en contravention avec la lettre et l'esprit des dispositions du CPCE.

L'ARCEP est une autorité administrative indépendante. Si elle n'est pas placée sous l'autorité organique ou fonctionnelle d'une autre autorité administrative, il ne lui appartient pour autant pas de substituer son appréciation à celle du législateur, seul compétent pour déterminer les fonctions et buts poursuivis par elle. C'est au demeurant ce que le législateur organique a récemment souligné par l'adoption de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, dont l'article 1^{er} dispose que *« toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante*

est instituée par la loi. La loi fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes ».

L'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques ne saurait donc faire l'objet d'une application partielle, au titre de laquelle l'ARCEP sélectionnerait les objectifs qu'elle entend poursuivre et protéger. Une telle conception de sa compétence va à l'encontre de la volonté du législateur et méconnaît les raisons de son institution.

Au contraire, lorsque l'ARCEP adopte une décision proposant au ministre les modalités et conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences, il lui appartient de prendre en compte l'ensemble des critères fixés par la loi.

Or, la décision n° 2019-1386 demeure tout à fait muette quant à la question du développement de l'emploi. Outre la décision elle-même, qui ne développe que les quatre objectifs susmentionnés, l'annexe, qui précise les modalités concrètes d'attribution, ne prend aucunement en considération l'emploi.

Les obligations que les opérateurs sont tenus de respecter dans leurs offres sont énumérées aux points I. 4, I. 5, et I. 6 de l'annexe, ces points étant respectivement relatifs aux obligations et engagement relatifs à l'aménagement numérique, relatifs au développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité, et relatifs à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les opérateurs.

Aucune obligation de maintien ou de création d'emploi n'est prévue. Et une quelconque incitation à de telles mesures n'est pas plus envisagée. Manifestement, l'ARCEP a méconnu l'étendue de ses attributions en fixant des modalités d'attribution des autorisations ne tenant que partiellement compte des objectifs dont elle est censée assurer la protection.

Le président de l'ARCEP relevait lui-même que *« la 5G n'est pas qu'un enjeu télécom. C'est un enjeu de mobilisation de l'ensemble de la collectivité, de numérisation de l'économie, d'industrie 4.0, de modernisation de toutes les infrastructures (ports, aéroports, chemin de fer...), de l'industrie automobile via la voiture connectée... Dans ce contexte, nous avons voulu donner la main à tout type d'initiative pour réveiller la belle endormie »*¹.

Or, comme le syndicat CFE-CGC Orange le faisait valoir dans sa réponse, en date du 4 septembre 2019, à la consultation publique préalable à l'adoption de la décision n° 2019-1386, le secteur des télécommunications français a perdu, depuis 1998, plus de 47 000 emplois.

¹ « Sébastien Soriano, Arcep : « Il ne faut surtout pas prendre de retard sur la 5G » » [archive], sur <https://www.nextinpact.com> [archive], mars 2018.

Depuis 2012, date d'introduction de la 4G en France, les emplois directs dans le secteur ont baissé de 126 692 à 108 970 en 2018. Il s'agit d'une baisse de 14%.

Ces chiffres, publiés par l'ARCEP, démontrent que l'absence de prise en compte de l'emploi dans les conditions d'attribution des autorisations relatives à la 4G ont conduit à une baisse extrêmement conséquente de l'emploi dans les télécommunications en France. Les mêmes causes portant aux mêmes conséquences, l'absence de considération pour le développement de l'emploi dans la décision n° 2019- 1386 conduira inévitablement à une nouvelle chute de l'emploi.

Eu égard aux enjeux et potentialités du déploiement de la 5G sur le territoire français, des possibilités que cette technologie représente pour l'ensemble des secteurs de l'industrie et de l'économie, il est pour le moins frappant que l'ARCEP n'ait pas entendu favoriser le développement de l'emploi en France. La prise en compte de ce critère dans les offres permettrait pourtant une localisation de l'activité sur le territoire français, bénéfique non seulement aux travailleurs mais également à l'économie nationale et aux finances publiques.

La prise en compte, par l'ARCEP, du développement de l'emploi n'est donc pas seulement une condition nécessaire de la légalité des décisions de l'Autorité relatives aux conditions d'attribution des autorisations d'utilisation des fréquences. Elle permet également de d'exploiter de la manière la plus efficiente possible l'ensemble des potentialités ouvertes par l'introduction de la 5G en France.

L'adoption d'une nouvelle décision se substituant à la décision n° 2019-1386, prenant en compte l'objectif de développement de l'emploi, est souhaitable, du point de vue de l'opportunité, et nécessaire, du point de vue de la légalité.

PAR CES MOTIFS, le syndicat CFE-CGC Orange conclut à ce qu'il **PLAISE AU PRESIDENT DE L'ARCEP** :

- **RETIRER** la décision contestée, avec toutes conséquences de droit ;
- **ADOPTER** une nouvelle décision prenant en compte le développement de l'emploi parmi les modalités et conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 3,4 – 3,8 GHz en France métropolitaine.

S.C.P. WAQUET - FARGE - HAZAN
Avocat au Conseil d'Etat