

**CONSEIL D'ETAT**

statuant  
au contentieux

N<sup>os</sup> 442120, 443279

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

\_\_\_\_\_  
SOCIETE BOUYGUES TELECOM

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

SOCIETE FRANÇAISE DU  
RADIOTELEPHONE - SFR

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> chambres réunies)

\_\_\_\_\_  
M. Sébastien Gauthier  
Rapporteur

Sur le rapport de la 2<sup>ème</sup> chambre  
de la Section du contentieux

\_\_\_\_\_  
M. Guillaume Odinet  
Rapporteur public

\_\_\_\_\_  
Séance du 13 novembre 2020  
Lecture du 18 novembre 2020

Vu les procédures suivantes :

1°/ Sous le n° 442120, par un mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 10 septembre et 6 novembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bouygues Télécom demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation du décret n° 2019-1300 du 6 décembre 2019 relatif aux modalités de l'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques prévue à l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques et de l'arrêté du 6 décembre 2019 fixant la liste des appareils prévue par l'article L. 34-11 du même code, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la liberté d'entreprendre, au principe d'égalité, à la garantie des droits et aux principes constitutionnels applicables en matière pénale de la loi n° 2019-810 du 1<sup>er</sup> août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles.

Elle soutient que :

- cette loi est applicable au litige ;
- elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution ;
- ses dispositions portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, au principe d'égalité, au principe de la garantie des droits en portant, d'une part, atteinte aux situations légalement acquises et aux attentes légitimes des opérateurs et en ne prévoyant, d'autre part, aucune disposition transitoire, et aux principes constitutionnels applicables en matière pénale en raison de l'imprécision manifeste de ses termes et de l'atteinte portée au principe de non-rétroactivité

2°/ Sous le n° 443279, par un mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 août et 9 novembre 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société SFR demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation du décret n° 2019-1300 du 6 décembre 2019 relatif aux modalités de l'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques prévue à l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques et de l'arrêté du 6 décembre 2019 fixant la liste des appareils prévue par l'article L. 34-11 du même code, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité au principe d'égalité, à la liberté d'entreprendre, à la garantie des droits et au principe d'égalité devant les charges publiques, et au droit à bénéficier d'un recours juridictionnel effectif des articles L. 34-11, L. 34-12, L. 34-13, L. 34-14 et L. 39-1-1 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction issue de la loi n° 2019-810 du 1<sup>er</sup> août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles.

Elle soutient que :

- cette loi est applicable au litige ;
- elle n'a pas été déclarée conforme à la Constitution ;
- ses dispositions créent une rupture d'égalité aussi bien entre opérateurs qu'entre fournisseurs, portent une atteinte manifestement excessive à la liberté d'entreprendre, portent atteinte à la garantie des droits et au principe d'égalité devant les charges publiques en remettant en cause des situations légalement acquises et au droit à bénéficier d'un recours juridictionnel effectif.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 28 septembre et 5 octobre 2020, le Premier ministre conclut qu'il n'y a pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- la loi n° 2019-810 du 1<sup>er</sup> août 2019 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Sébastien Gauthier, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Guillaume Odinet, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Bouygues Telecom et de la société Française du Radiotéléphone - SFR ;

Considérant ce qui suit :

1. Les questions prioritaires de constitutionnalité soulevées portent sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des mêmes dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles. Il y a donc lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...)* ». Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

3. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> août 2019 mentionnée ci-dessus a inséré dans le code des postes et des communications électroniques les articles suivants :

« Article L. 34-11 - I.- Est soumise à une autorisation du Premier ministre, dans le but de préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale, l'exploitation sur le territoire national des appareils, à savoir tous dispositifs matériels ou logiciels, permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile, à l'exception des réseaux de quatrième génération et des générations antérieures, qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, la disponibilité du réseau, ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications, à l'exclusion des appareils installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés exclusivement à un réseau indépendant, des appareils électroniques passifs ou non configurables et des dispositifs matériels informatiques non spécialisés incorporés aux appareils. / L'autorisation mentionnée au premier alinéa du présent I n'est requise que pour l'exploitation, directe ou par l'intermédiaire de tiers fournisseurs, d'appareils par les opérateurs mentionnés à l'article L. 1332-1 du code de la défense, ainsi désignés en vertu de leur activité d'exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public. / La liste des appareils dont l'exploitation est soumise à l'autorisation mentionnée au premier alinéa du présent I est fixée par arrêté du Premier ministre, pris après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Cette liste énumère les différents appareils concernés en référence à la terminologie utilisée dans les standards internationaux associés aux réseaux radioélectriques mobiles de cinquième génération et des générations ultérieures. / II. L'autorisation d'exploitation d'un appareil peut être octroyée après examen d'un dossier de demande d'autorisation remis par l'opérateur. Le dossier précise les modèles et les versions des appareils pour lesquels l'autorisation est sollicitée. / L'autorisation est octroyée, le cas échéant sous conditions, pour une durée maximale de huit ans. Le

renouvellement de l'autorisation fait l'objet d'un dossier de demande de renouvellement, qui est remis au moins deux mois avant l'expiration de l'autorisation en vigueur. / Les modalités d'octroi de l'autorisation, les conditions dont elle peut être assortie ainsi que la composition du dossier de demande d'autorisation et du dossier de demande de renouvellement sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et de la Commission supérieure du numérique et des postes, qui se prononcent dans un délai d'un mois à compter de leur saisine.

Article L. 34-12. - Le Premier ministre refuse l'octroi de l'autorisation prévue à l'article L. 34-11 s'il estime qu'il existe un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale résultant du manque de garantie du respect des règles mentionnées aux a, b, e, f et f bis du I de l'article L. 33-1 relatives à la permanence, à l'intégrité, à la sécurité, à la disponibilité du réseau, ou à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications. Sa décision est motivée sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des a à f du 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration. / Le Premier ministre prend en considération, pour l'appréciation de ce risque, le niveau de sécurité des appareils, leurs modalités de déploiement et d'exploitation envisagées par l'opérateur et le fait que l'opérateur ou ses prestataires, y compris par sous-traitance, est sous le contrôle ou soumis à des actes d'ingérence d'un Etat non membre de l'Union européenne.

Article L. 34-13. - Si l'exploitation des appareils mentionnés au I de l'article L. 34-11 est réalisée sur le territoire national sans autorisation préalable ou sans respecter les conditions fixées par l'autorisation, le Premier ministre peut enjoindre à l'opérateur de déposer une demande d'autorisation ou de renouvellement ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure, dans un délai qu'il fixe. / Ces injonctions ne peuvent intervenir qu'après que l'opérateur a été mis en demeure de présenter des observations dans un délai de quinze jours, sauf en cas d'urgence, de circonstances exceptionnelles ou d'atteinte imminente à la sécurité nationale (...).

Article L. 34-14. - La présente section est applicable dans les îles Wallis et Futuna ».

4. L'article 2 de la même loi a inséré dans le même code un article L. 39-1-1 ainsi rédigé : « *Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait : / 1° D'exploiter des appareils mentionnés au I de l'article L. 34-11 sans autorisation préalable ou sans respecter les conditions fixées par l'autorisation ; / 2° De ne pas exécuter, totalement ou partiellement, les injonctions prises sur le fondement du I de l'article L. 34-13. / Le présent article est applicable dans les îles Wallis et Futuna* ».

5. Aux termes de l'article 3 de la même loi : « L'article 1<sup>er</sup> est applicable à l'exploitation des appareils mentionnés au I de l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques installés depuis le 1<sup>er</sup> février 2019. / Les opérateurs qui, à la date de publication de la présente loi, exploitent des appareils soumis à autorisation en vertu du même article L. 34-11 disposent d'un délai de deux mois pour déposer la demande d'autorisation préalable prévue audit article L. 34-11. Ce délai court à compter de la date de publication la plus tardive de l'arrêté mentionné au I ou du décret mentionné au II du même article L. 34-11, et au plus tard à compter de la fin du deuxième mois suivant la publication de la présente loi. / L'arrêté

mentionné au I et le décret mentionné au II du même article L. 34-11 sont publiés au plus tard deux mois à compter de la publication de la présente loi ».

6. Enfin, aux termes de l'article 4 de la loi : « L'article 226-3 du code pénal est complété par un alinéa ainsi rédigé : Le présent article n'est pas applicable à la détention ou à l'acquisition par les opérateurs mentionnés à l'article L. 1332-1 du code de la défense, ainsi désignés en vertu de leur activité d'exploitant d'un réseau de communications électroniques ouvert au public, des appareils soumis à une autorisation du Premier ministre en application de la section 7 du chapitre II du titre I<sup>er</sup> du livre II du code des postes et des communications électroniques. »

7. D'une part, ces dispositions sont applicables au litige relatif à la légalité du décret pris pour leur application et n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel. D'autre part, les moyens tirés de ce qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à la garantie des droits, à la liberté d'entreprendre, et au principe d'égalité devant les charges publiques, garantis par les articles 16, 4, 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, présentent un caractère sérieux. Dans ces conditions, il y a lieu de transmettre au Conseil constitutionnel les deux questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par les sociétés requérantes.

#### DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Les questions prioritaires de constitutionnalité portant sur les articles 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 4 de la loi n° 2019-810 du 1<sup>er</sup> août 2019 visant à préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles sont transmises au Conseil constitutionnel.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Bouygues Télécom et à la société SFR. Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel et au Premier ministre.

Délibéré à l'issue de la séance du 13 novembre 2020 où siégeaient : M. Alain Ménéménis, président adjoint de la section du contentieux, présidant ; Mme Christine Maugué, M. Nicolas Boulouis, présidents de chambre ; M. Olivier Japiot, Mme Anne Courrèges, M. Gilles Pellissier, M. Jean-Yves Ollier, M. Géraud Sajust de Bergues, conseillers d'Etat et M. Sébastien Gauthier, maître des requêtes en service extraordinaire-rapporteur.

Lu en séance publique le 18 novembre 2020.

Le Président :

Signé : M. Alain Ménéménis

Le rapporteur :

Signé : M. Sébastien Gauthier

Le secrétaire :

Signé : Mme Marie-Anne Maffart

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances et de la relance en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice 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,

Pour le secrétaire du contentieux, par délégation :

