

DAJ/ARCEP/10-985

Analyse succincte relative aux conditions d'accès d'un opérateur mobile au domaine public de la ville de Paris

Orange, Bouygues Telecom et SFR sont autorisés à occuper des emplacements du domaine public de la Ville de Paris afin d'y installer des sites radioélectriques. En particulier chacun a signé dans les mêmes termes avec la ville de Paris une convention cadre relative à la mise à de son domaine public non routier (conventions bipartites signées le 6 janvier 2006 pour trois ans et prolongée jusqu'au 5 janvier 2011) ainsi que la charte parisienne relative à la téléphonie mobile (convention quadripartite signée le 4 janvier 2006 et prolongée jusqu'au 3 janvier 2011).

Les services de la Ville de Paris se demandent si la Ville peut unilatéralement refuser l'implantation de toute antenne au quatrième opérateur mobile (Free mobile¹) sur les dépendances du domaine public communal et, à cet égard, refuser de signer avec Free Mobile une convention cadre portant mise à disposition du domaine public non routier, à l'instar de celles que déjà conclus avec les trois opérateurs historiques.

A tout le moins, les services de la Ville de Paris se demandent si la Ville peut imposer à Free Mobile des conditions de déploiement de leurs antennes différentes de celles s'appliquant à Orange, Bouygues et SFR sur le domaine public communal.

Compte tenu des éléments transmis par les services de la Ville de Paris, l'éviction de Free Mobile du domaine public de la Ville de Paris ou, à tout le moins, un traitement dans l'accès au domaine public différent de celui s'appliquant aux trois autres opérateurs mobiles méconnaîtrait le droit des communications électroniques et le principe de non discrimination.

En effet, eu égard aux conditions d'accès dont bénéficient, à ce jour, les trois opérateurs historiques sur le domaine public de la ville de Paris, un refus d'accès, total ou partiel, opposé à Free Mobile pourrait être valablement contesté devant le Tribunal administratif, motifs pris :

- de la nature des motifs de refus limitativement prévues par le CPCE qui peuvent seuls être invoquées par la Ville de Paris (partie 1) ;

- et du respect du principe de non discrimination dans l'accès au domaine public (partie 2).

¹ Entrée sur le marché prévue d'ici 18 mois.

1) La Ville de Paris ne peut s'opposer à l'installation de Free Mobile sur son domaine public que pour des motifs limitativement prévus par le code des postes et des communications électroniques.

Par rapport au droit classique de la domanialité publique, les conditions d'occupation du domaine public routier (i) et non routier (ii) par les exploitants de réseaux de communications électroniques sont plus encadrés.

(i) Sur le domaine public routier, les exploitants de réseaux ouverts au public bénéficient d'un "droit de passage" en vertu de l'article L.45-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) qui se traduit en pratique par une limitation de la possibilité pour la collectivité de refuser la délivrance de la permission de voirie.

La collectivité ne peut refuser que pour trois motifs légalement prévus (art. L.47 du CPCE) :

- le respect des « exigences essentielles », c'est à dire lorsqu'il y a incompatibilité avec la destination du domaine public routier, l'intégrité des ouvrages ou la sécurité des utilisateurs (article R.20-46 du CPCE) ;
- la protection de l'environnement ;
- le respect des règles d'urbanisme.

(ii) Sur le domaine public non routier, la collectivité a l'obligation de donner accès à son domaine public non routier (sous la forme d'une convention bilatérale) « dans toute la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec son affectation ou les capacités disponibles » (article L.46 du CPCE).

Le tribunal administratif de Paris a ainsi rappelé que « lorsque l'accès au domaine public non routier est donné à un opérateur de télécommunication autorisé, une demande d'occupation de ce domaine par un autre opérateur autorisé ne peut être refusée que pour l'un des motifs limitativement énumérés par l'article L.45-1, alinéa 2 précité (alors en vigueur), l'incompatibilité de l'occupation sollicitée avec l'affectation dudit domaine, d'une part, l'insuffisante capacité d'accueil de ce domaine, d'autre part »².

Dès lors, pour refuser l'accès de Free Mobile à toutes ou certaines dépendances du domaine public routier ou non routier de la ville de Paris, cette dernière doit se fonder sur l'un des motifs ci-dessus.

En particulier sur le domaine public non routier, la ville de Paris doit être en mesure de prouver en quoi la présence de Free Mobile est incompatible avec l'affectation ou les capacités disponibles du domaine. Ce sont les deux seuls motifs pour lesquels elle pourrait empêcher ou restreindre l'occupation de son domaine public non routier à cet opérateur.

Toute décision de refus d'accès fondée sur un autre motif que ceux prévus par la loi serait irrégulière pour méconnaissance des articles L. 46 et L. 47 du CPCE.

De même toute décision de refus fondée sur l'un de ces motifs sans justification réelle serait irrégulière. A cet égard, si l'un des trois opérateurs historiques bénéficie déjà du droit d'occuper tel ou tel emplacement dans des conditions identiques à celles demandées par Free Mobile, il sera impossible de fonder régulièrement un refus d'accès sur l'un des motifs prévus.

² TA Paris, 10 janvier 1999, *Colt Télécommunications France*, req. n° 9803793, D. 2000, IR 97.

2) La Ville de Paris doit donner accès à son domaine public dans des conditions non discriminatoires

Le code général de la propriété des personnes publiques (articles L.2122-1 et suivants) ne prévoit aucune règle générale de procédure pour la délivrance des autorisations d'occupation du domaine public.

Toutefois, sous l'influence des droits communautaire et national de la concurrence, la conclusion d'une convention par laquelle une personne publique met à la disposition d'un opérateur une dépendance de son domaine public doit respecter les principes de transparence et de non-discrimination (CE, 26 mars 1999, *Société Eda*, req. n°202260 ; Conseil de la Concurrence., Avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits ; CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98).

En outre, dans le cadre du droit des communications électroniques, il est explicitement précisé que les autorités domaniales doivent donner accès à leur domaine public non routier aux exploitants de réseaux dans « *des conditions transparentes et non discriminatoires* » (article L.45-1 du CPCE).

Dès lors, un refus opposé par la ville de Paris aux demandes d'accès à son domaine public par Free Mobile alors même que les trois opérateurs historiques bénéficieraient d'un tel accès dans les mêmes conditions méconnaîtrait le principe de non discrimination.