



Commentaire

Décision n° 2020-882 QPC du 5 février 2021

Société Bouygues télécom et autre

(Autorisation administrative préalable à l'exploitation des équipements de réseaux 5G)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 19 novembre 2020 par le Conseil d'État (décision n°s 442120 et 443279 du 18 novembre 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Bouygues télécom et la société SFR relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 1^{er}, 2, 3 et 4 de la loi n° 2019-810 du 1^{er} 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.

Dans sa décision n° 2020-882 QPC du 5 février 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution le premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2019 précitée, et les mots « *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 État non membre de l'Union européenne* » figurant au second alinéa de l'article L. 34-12 du même code, dans la même rédaction.

I. – Les dispositions contestées

A. – Objet des dispositions contestées

* L'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles fait l'objet d'un encadrement qui concerne d'abord l'utilisation des fréquences radioélectriques. En application de l'article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques, « *Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État* ». En conséquence, leur utilisation constitue, en vertu de l'article L. 2124-26 du même code, « *un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État* ».

C'est ainsi par exemple que, le 13 novembre 2020, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep), à l'issue d'une procédure d'enchères, a autorisé les sociétés Bouygues

télécom, Free mobile, Orange et SFR à utiliser certaines bandes de fréquences en vue de leur permettre d'établir et d'exploiter des réseaux dits de la « cinquième génération » de communication mobile (ou « 5G »).

* L'encadrement concerne ensuite les équipements permettant d'exploiter ces réseaux. Le paragraphe I de l'article L. 33-1 du CPCE prévoit que « *L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse* ». Les opérateurs qui exploitent ces réseaux sont cependant soumis au respect de règles prévues par le même paragraphe, qui portent notamment sur les conditions de permanence, de qualité, de disponibilité, de sécurité et d'intégrité du réseau et du service (incluant des obligations de notification à l'autorité compétente des atteintes à la sécurité ou à l'intégrité des réseaux et services) et sur les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications.

En application du e du paragraphe I de ce même article, doivent également être respectées les règles portant sur « *Les prescriptions exigées par l'ordre public, la défense nationale et la sécurité publique, notamment celles qui sont nécessaires à la mise en œuvre des interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique, ainsi que les garanties d'une juste rémunération des prestations assurées à ce titre et celles qui sont nécessaires pour répondre, conformément aux orientations fixées par l'autorité nationale de défense des systèmes d'informations, aux menaces et aux atteintes à la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques et des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense* ».

Ces opérateurs dits « d'importance vitale » (OIV) sont ceux « *exploitant des établissements ou utilisant des installations et ouvrages, dont l'indisponibilité risquerait de diminuer d'une façon importante le potentiel de guerre ou économique, la sécurité ou la capacité de survie de la nation* »¹. Ils sont tenus de coopérer à leurs frais à la protection de ces établissements, installations et ouvrages (désignés par l'autorité administrative) contre toute menace, notamment à caractère terroriste².

* À ces règles générales s'ajoutent des mécanismes complémentaires

¹ Article L. 1332-1 du code de la défense.

² Les règles supplémentaires que ces opérateurs doivent respecter sont prévues par l'arrêté du 28 novembre 2016 fixant les règles de sécurité et les modalités de déclaration des systèmes d'information d'importance vitale et des incidents de sécurité relatives au sous-secteur d'activités d'importance vitale « *Communications électroniques et Internet* » et pris en application des articles R. 1332-41-1, R. 1332-41-2 et R. 1332-41-10 du code de la défense.

d'autorisation administrative préalable à l'exploitation de certains équipements. Le premier régime d'autorisation est destiné à protéger la vie privée (1.). Le second, qui faisait l'objet de la QPC, vise à protéger la défense et la sécurité nationale (2.).

1. – Le régime d'autorisation de droit commun résultant de l'article 226-3 du code pénal

* Dans le cadre de la protection pénale de la vie privée, le 1° de l'article 226-3 du code pénal, dans sa rédaction applicable jusqu'à 2013, incriminait la fabrication, l'importation, la détention, l'exposition, l'offre, la location ou la vente d'appareils ou de dispositifs techniques :

- « *conçus pour* » réaliser des opérations pouvant constituer l'infraction d'atteinte au secret des correspondances échangées par voie électronique³ ;
- ou qui, « *conçus pour* » la détection à distance des conversations, permettent de réaliser l'infraction d'atteinte à la vie privée⁴ ;
- ou « *ayant pour objet* » la captation de données informatiques⁵.

Cette infraction n'est cependant constituée que lorsque ces appareils ou dispositifs techniques figurent sur une liste dressée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État et lorsque ces faits sont commis « *en l'absence d'autorisation ministérielle* », dont les conditions d'octroi sont fixées par ce même décret, ou « *sans respecter les conditions fixées par cette autorisation* ».

La liste des appareils et dispositifs techniques soumis à cette autorisation figure dans un arrêté du Premier ministre du 4 juillet 2012⁶.

* L'article 23 de la loi de programmation militaire du 18 décembre 2013⁷ a élargi le champ de l'incrimination prévue à l'article 226-3 du code pénal en y mentionnant désormais les appareils ou dispositifs techniques « *de nature à permettre* » la réalisation d'opérations pouvant constituer l'infraction d'atteinte

³ Délit prévu au deuxième alinéa de l'article 226-15 du code pénal, réprimant à l'époque le « *fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions* ».

⁴ Prévu à l'article 226-1 du code pénal, ce délit réprimait à l'époque « *le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : / 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; / 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé* ». Son champ a été élargi par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales.

⁵ Telle que cette captation était définie à l'article 706-102-1 du code de procédure pénale.

⁶ Arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal, *Journal officiel* du 1^{er} août 2012, pris en application de l'article R. 226-1 du code pénal.

⁷ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

au secret des correspondances échangées par voie électronique⁸ (sans apporter de changement pour le reste). En effet, l'évolution technologique a rendu possible le détournement de certains équipements pour commettre de telles atteintes alors même qu'ils n'ont pas été « *conçus pour* » intercepter des correspondances⁹. La modification de l'article 226-3 a ainsi permis de soumettre à autorisation l'ensemble des équipements susceptibles de permettre des interceptions.

Pour les opérateurs de communications électroniques, cet élargissement a pour effet de soumettre à autorisation non plus seulement les appareils et dispositifs techniques dits de « *cœur de réseau* », qui sont les équipements de transmission et de commutation d'un réseau (et qui relevaient de l'article 226-3 avant même sa modification en 2013), mais désormais aussi les « *stations de base* », situées en « *bord de réseau* ». Techniquement, une station de base comporte une antenne-relais qui capte le signal émis par chaque téléphone mobile, puis l'achemine jusqu'aux équipements de cœur de réseau, qui assurent l'interface avec les autres réseaux, permettant ainsi aux abonnés de l'opérateur en cause de communiquer avec des abonnés du réseau fixe ou de réseaux mobiles d'autres opérateurs et avec internet.

C'est ainsi que l'arrêté du 4 juillet 2012 précité a été modifié par un arrêté du 11 août 2016 pour inclure dans la liste des appareils soumis à autorisation préalable ceux « *qui permettent aux opérateurs de communications électroniques de connecter les équipements de leurs clients au cœur de leur réseau radioélectrique mobile ouvert au public, dès lors que ces appareils disposent de fonctionnalités, pouvant être configurées et activées à distance, permettant de dupliquer les correspondances des clients, à l'exclusion des appareils installés chez ceux-ci* »¹⁰. Ont ainsi été intégrées, notamment, les stations de base des réseaux de téléphonie, dès lors que leurs caractéristiques sont susceptibles de permettre des atteintes au secret des communications.

Cet arrêté précise que cette modification du champ de l'autorisation ministérielle entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2021. Selon sa notice, cette entrée en vigueur différée de cinq ans vise à « *tenir compte des investissements déjà réalisés par les opérateurs de communications électroniques et leur permettre de se mettre progressivement en conformité avec les nouvelles dispositions* ». Dans son avis n° 2016-0449 du 29 mars 2016¹¹, l'Arcep relevait en effet qu'il était nécessaire

⁸ Depuis lors, a été ajoutée, par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, une référence, pour définir la captation de données informatiques, aux techniques définies à l'article L. 853-2 du code de la sécurité intérieure.

⁹ Le délit prévu à l'article 226-15 précité a également été modifié dans le même sens.

¹⁰ Arrêté du 11 août 2016 modifiant l'arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal, *Journal officiel* du 25 août 2016.

¹¹ Avis n° 2016-0449 de l'Arcep en date du 29 mars 2016 sur le projet d'arrêté modifiant l'arrêté du 4 juillet 2012 fixant la liste d'appareils et de dispositifs techniques prévue par l'article 226-3 du code pénal.

de « permettre aux différents acteurs d'anticiper au mieux leurs stratégies de déploiement d'équipements de réseau et d'organiser le remplacement, d'ici l'échéance du 1^{er} juillet 2021, des équipements actuellement exploités par les opérateurs qui sont susceptibles de faire l'objet d'un refus d'autorisation », ce remplacement pouvant concerner « plusieurs milliers d'équipements ». Dans un communiqué relatif à la publication de l'arrêté du 11 août 2016, l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (Anssi) a confirmé, de son côté, que « cette nouvelle mesure, prise notamment afin d'anticiper les évolutions prévisibles des technologies de communication mobile, est assortie d'un délai d'entrée en application de cinq ans, afin de permettre sa prise en compte pour les équipementiers et les opérateurs dans les futures générations d'équipements et de réseaux »¹².

* Ce régime d'autorisation est précisé aux articles R. 226-1 et suivants du code pénal, qui distinguent deux types d'autorisation préalable.

L'une, prévue à l'article R. 226-3, est relative à la fabrication, l'importation, l'exposition, l'offre, la location ou la vente des équipements figurant sur la liste dressée par l'arrêté du 4 juillet 2012 précité. Il s'agit donc d'une sorte d'autorisation de mise sur le marché, qui concerne principalement les équipementiers. Elle est délivrée par le directeur général de l'Anssi, pour une durée maximale de six ans.

L'autre, prévue à l'article R. 226-7, porte sur l'acquisition ou la détention des équipements¹³. Elle vise les utilisateurs et exploitants de ces appareils, notamment les opérateurs de communications électroniques. Elle est délivrée par le directeur général de l'Anssi, pour une durée maximale de trois ans.

2. – Le régime d'autorisation résultant de la loi du 1^{er} août 2019

* Les usages qui seront rendus possibles par l'utilisation des réseaux de cinquième génération de communication mobile sont multiples et permettront, notamment, l'interconnexion des objets. Ce développement a également fait apparaître de nouveaux risques liés à cette technologie. Ceux-ci sont liés moins à la protection de la vie privée qu'à la disponibilité même des réseaux et aux risques de piratage ou d'espionnage de grande ampleur.

Comme le relèvent MM. Arash Attar-Rezvani et Patrick Dupuis, cette « révolution à risques » pose trois défis principaux. Il s'agit, d'une part, de

¹² <https://www.ssi.gouv.fr/actualite/publication-de-larrete-du-11-aout-2016-modifiant-celui-du-4-juillet-2012-fixant-la-liste-dappareils-et-de-dispositifs-techniques-prevue-par-larticle-226-3-du-code-penal/>

¹³ La liste de ces équipements, figurant dans le même arrêté du 4 juillet 2012, diffère partiellement de celle retenue pour l'autorisation de fabriquer, importer, exposer, offrir, louer ou vendre.

s'assurer de la disponibilité du réseau, afin de garantir la permanence de la connexion d'objets, par exemple pour les véhicules autonomes. D'autre part, « *la décentralisation des fonctions réseaux, du cœur vers la périphérie, accroît exponentiellement la surface de vulnérabilité des réseaux aux tentatives d'ingérence et d'interception* »¹⁴. Dans les technologies antérieures à la 5G, les équipements de « *bord de réseau* » (stations de base) comportaient en effet moins de fonctionnalités avancées (lesquelles sont traditionnellement concentrées dans les équipements de « *cœur de réseau* ») et présentaient donc, par nature, moins de vulnérabilités¹⁵. Enfin, « *la dépendance croissante de nos sociétés et de nos économies aux réseaux mobiles offre aux États, proto-États ou organisations criminelles de tous genres de nouveaux points de vulnérabilité à exploiter. Un pays capable d'influer sur l'équipement 5G d'un autre pourrait, par exemple, organiser un espionnage industriel à grande échelle ou encore paralyser les réseaux électriques ou les axes routiers dans un scénario de "black out"* »¹⁶.

En outre, selon le Gouvernement, « *la 5G pourrait donner lieu à davantage d'opérations de sous-traitance. Elle pourrait concerner la définition et la mise en œuvre des choix initiaux de déploiement (prestataires intégrateurs), mais également l'exploitation des équipements (prestataires d'infogérance, voire d'hébergement). Le Gouvernement estime qu'un tel recours à la sous-traitance est porteur de risques, tant du fait de la possible méconnaissance des obligations de sécurité s'imposant aux opérateurs par les prestataires concernés qu'en raison de la potentielle soumission de ces derniers à des formes d'ingérence* »¹⁷.

* C'est en considération de ces différents risques qu'a été adoptée la loi du 1^{er} 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.

L'exposé des motifs de la proposition de loi, déposée à l'Assemblée nationale le 20 février 2019, relevait l'insuffisance du régime d'autorisation des équipements fondé sur l'article 226-3 du code pénal : « *celui-ci a pour objet principal la protection du secret des correspondances électroniques et de la vie privée. Il se concentre à cette fin sur les opérations de commercialisation et d'acquisition des seuls équipements de nature à permettre des atteintes au secret des correspondances électroniques, qui ne constituent pas l'ensemble des*

¹⁴ Arash Attar-Rezvani et Patrick Dupuis, « La France se dote d'une loi "anti-Huawei". À propos de la loi du 1^{er} août 2019 de préservation de la sécurité nationale dans le cadre de l'exploitation de la 5G », *JCP éd. E.*, 2020, n° 1001.

¹⁵ Selon le rapport pour avis n° 569 (Sénat – 2018-2019) de M. Pascal Allizard au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, déposé le 12 juin 2019, les stations de base pourraient même, à terme, « être amenées à porter certaines des fonctions d'interception légale qui [...] sont actuellement exclusivement concentrées dans les équipements dits de cœur de réseau » (p. 27).

¹⁶ Arash Attar-Rezvani et Patrick Dupuis, *op. cit.*

¹⁷ Rapport n° 579 (Sénat – 2018-2019) de Mme Catherine Procaccia fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi à l'origine de la loi du 1^{er} août 2019, déposé le 19 juin 2019, p. 16.

équipements intégrés dans un réseau de télécommunications ». Mme Catherine Procaccia, rapporteure de la proposition de loi au Sénat, observait dans le même sens, au sujet des nouveaux usages de la 5G : « *ce n'est pas tant le secret des correspondances que la disponibilité des réseaux qui doit être assurée* »¹⁸.

* Afin de répondre à ces enjeux, la loi du 1^{er} août 2019 a créé un chapitre spécifique au sein du CPCE, instaurant un régime d'autorisation préalable de l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques de cinquième génération.

En application du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 34-11 du CPCE, « *Est soumise à une autorisation préalable 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* ». En sont exclus les « *appareils installés chez les utilisateurs finaux¹⁹ ou dédiés exclusivement à un réseau indépendant, [les] appareils électroniques passifs ou non configurables²⁰ et [les] dispositifs matériels informatiques non spécialisés incorporés aux appareils* ».

Le deuxième alinéa du même paragraphe précise que l'autorisation préalable n'est requise que pour l'exploitation d'appareils (directe ou par l'intermédiaire de tiers fournisseurs) réalisée par les opérateurs d'importance vitale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public. La liste de ces opérateurs est confidentielle mais inclut, selon les travaux parlementaires, les principaux opérateurs de communications électroniques (Bouygues, Orange, SFR et Free)²¹.

Selon le dernier alinéa du même paragraphe, la liste des appareils dont l'exploitation est soumise à autorisation est fixée par arrêté du Premier ministre, pris après avis de l'Arcep. C'est l'objet d'un arrêté du 6 décembre 2019²².

Le paragraphe II de l'article L. 34-11 définit la procédure d'autorisation, qui est

¹⁸ Rapport n° 579 précité de Mme Procaccia, p. 34.

¹⁹ Tel est le cas des boîtiers de connexion, ou boîtiers multiservices (« *box* »), mis à disposition des usagers par les fournisseurs d'accès à internet.

²⁰ Il s'agit notamment des antennes strictement passives assurant la conversion des ondes radioélectriques en signaux électriques.

²¹ Rapport n° 1832 (Assemblée nationale – XV^{ème} législature) de M. Éric Bothorel, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 3 avril 2019, p. 34. Sur les OIV, voir *supra*.

²² Arrêté du 6 décembre 2019 fixant la liste des appareils prévue par l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques, *Journal officiel* du 7 décembre 2019.

précisée par les articles R. 20-29-11 et suivants du CPCE²³. L'autorisation est octroyée pour une durée maximale de huit ans (susceptible d'être renouvelée), le cas échéant sous conditions (tendant par exemple à prescrire l'activation ou la désactivation de certaines fonctionnalités opérationnelles ou des mesures complémentaires visant à sécuriser le contrôle d'accès, les communications avec d'autres éléments du réseau et la supervision des appareils).

L'article L. 34-12 du CPCE définit les motifs d'un refus d'autorisation. Tel est le cas lorsque le Premier ministre « *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* » de certaines règles « *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* »²⁴. Sa décision est motivée, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à certains secrets ou intérêts²⁵.

Le second alinéa du même article précise que, pour apprécier ce risque, le Premier ministre « *prend en considération* » 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 État non membre de l'Union européenne* ».

Ces dispositions appellent deux remarques.

D'une part, l'autorisation porte, non sur la détention, en soi, d'un appareil figurant sur la liste précitée (ni *a fortiori* sur sa fabrication ou sa vente, sans quoi ce nouveau régime concernerait les équipementiers), mais sur les conditions d'exploitation, au cas par cas, d'un tel appareil par l'opérateur de communications électroniques. Comme l'indiquent les travaux parlementaires, les spécificités de la 5G « *ont pour conséquence qu'une analyse centrée uniquement sur les caractéristiques techniques propres des équipements, tels qu'ils sont fournis par les équipementiers, ne suffit plus à couvrir l'ensemble des enjeux de sécurité, et qu'une analyse complémentaire des modalités d'exploitation (opérations de configuration et de supervision du réseau, recours à la sous-traitance) adoptées par chaque opérateur devient indispensable. Le directeur général de l'Anssi estime en effet "possible de déployer de très mauvais réseaux télécoms en termes de sécurité avec des équipements parfaitement sécurisés. En revanche, une*

²³ Articles introduits par le 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, prévu au dernier alinéa du même paragraphe II.

²⁴ Mentionnées aux a, b, e, f et f *bis* du paragraphe I de l'article L. 33-1 précité.

²⁵ Il s'agit des cas mentionnés aux a à f du 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

architecture de réseau bien sécurisée permet d'utiliser des équipements d'un niveau de sécurité moins exigeant" »²⁶.

C'est pourquoi les dispositions réglementaires définissant le contenu des demandes d'autorisation précisent que l'opérateur doit non seulement indiquer l'appareil concerné par la demande, mais aussi son « *utilisation prévue* » au sein du réseau de cet opérateur, ses « *modalités de déploiement* » (activation ou non de ses fonctionnalités optionnelles, adoption de certaines modalités de protection et de modalités de sécurisation des logiciels utilisés) et ses « *modalités d'exploitation* » (en précisant les opérations de configuration, de supervision et de maintenance susceptibles d'être réalisées en cours de fonctionnement, ainsi que les sous-traitants réalisant de telles opérations)²⁷.

D'autre part, les travaux préparatoires montrent qu'en faisant référence à l'ingérence d'États étrangers (hors Union européenne), le législateur a entendu répondre aux craintes suscitées, notamment, par la société chinoise Huawei, premier équipementier mondial en matière de communication mobile²⁸. Sans viser explicitement cette société, le Gouvernement a indiqué, lors des débats parlementaires, qu'il s'agit de « *traiter du cas d'ingérence d'un État disposant d'un pouvoir de contrainte vis-à-vis de ces acteurs [les opérateurs et leurs prestataires], notamment du fait de dispositions légales qui leur sont applicables en vertu de leur nationalité, ou des liens financiers qu'ils entretiennent avec ces États* »²⁹.

L'article L. 34-13 du CPCE régit les conséquences d'une exploitation sans autorisation préalable des appareils en cause. Son paragraphe I prévoit que 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. Son paragraphe II dispose qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle prévoyant l'exploitation de ces appareils.

Le dispositif est complété par l'incrimination prévue à l'article L. 39-1-1 du CPCE, qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait d'exploiter ces appareils sans autorisation préalable ou sans respecter les conditions fixées par l'autorisation, ainsi que le fait de ne pas exécuter les injonctions évoquées ci-dessus.

Des peines complémentaires sont également prévues aux articles L. 39-6 et

²⁶ Rapport n° 579 précité de Mme Procaccia, p. 34.

²⁷ Article R. 20-29-11 du CPCE.

²⁸ Voir les développements présentés dans le rapport n° 579 précité de Mme Procaccia, p. 17 à 26.

²⁹ Rapport n° 579 précité de Mme Procaccia, p. 56.

L. 39-10 du même code. Par ailleurs, un opérateur condamné sur le fondement de l'article L. 39-1-1 peut se voir refuser par l'Arcep l'autorisation d'utiliser des fréquences radioélectriques.

* L'article 3 de la loi du 1^{er} août 2019 précitée précise que les dispositions relatives à l'autorisation préalable de l'exploitation des équipements 5G sont applicables à l'exploitation des appareils installés depuis le 1^{er} février 2019. Les opérateurs qui, au moment de la publication de la loi, exploitaient de tels appareils installés depuis cette date ont disposé d'un délai de deux mois pour déposer la demande d'autorisation.

M. Éric Bothorel, rapporteur de la proposition de loi devant l'Assemblée nationale, relevait : « *l'application rétroactive du dispositif d'autorisation, pour tous les équipements exploités à partir du 1^{er} février 2019, se justifie pleinement par les objectifs de sécurité nationale et de protection de l'intégrité des réseaux qui animent la présente proposition de loi. Il convient d'éviter l'effet pervers consistant, pour les opérateurs, à rechercher un déploiement accéléré – mais moins soigneux en matière de sécurité – de leurs réseaux afin de contourner les contraintes du dispositif d'autorisation. Le délai ménagé pour permettre de régulariser la situation des appareils déjà exploités à la date de publication de la présente loi est, en outre, équilibré et ne devrait pas faire peser une contrainte administrative démesurée sur les opérateurs visés* »³⁰.

* La loi du 1^{er} août 2019 a ajouté un alinéa à l'article 226-3 du code pénal, pour préciser l'articulation entre le nouveau régime d'autorisation créé au sein du CPCE et celui déjà prévu par cet article 226-3 (voir *supra* I.A.1.). Afin d'éviter un double régime d'autorisation, cet alinéa exclut l'application de l'article 226-3 en cas de détention ou d'acquisition, par les opérateurs d'importance vitale, d'appareils soumis à l'autorisation d'exploitation prévue par le CPCE. En revanche, l'autorisation qu'ils auraient déjà obtenue sur le fondement de l'article 226-3 ne préjuge pas de l'octroi de l'autorisation prévue par le CPCE.

* Enfin, sans lien avec tout ce qui précède, la modification de l'article L. 81 du CPCE par l'article 2 de la loi du 1^{er} août 2019 porte à 75 000 euros (au lieu de 3 750 euros) l'amende visant à protéger les câbles sous-marins servant à acheminer les communications électroniques.

* Un premier bilan d'application du nouveau régime d'autorisation montre qu'au 13 juillet 2020, « *les quatre opérateurs français ont déposé 157 demandes auprès*

³⁰ Rapport n° 1832 précité de M. Bothorel, p. 45. Les appareils en question ne pouvaient, à l'époque, être utilisés que dans le cadre d'expérimentations de la 5G (débutées en 2018 sous l'égide de l'Arcep), dès lors que les fréquences permettant de développer cette technologie n'ont été attribuées, comme indiqué plus haut, qu'en novembre 2020.

de l'Anssi, portant sur un total de près de 65 000 équipements. Dans un premier temps, il s'agit de "stations de base" (antennes) [...]. La totalité des demandes concernait des zones urbaines, prioritaires dans le déploiement de ce réseau. [...] Sur les 157 demandes [...], 82 [autorisations] ont été accordées pour la durée maximale de 8 ans, 53 ont été accordées pour une durée inférieure à la durée maximale [et] 22 ont fait l'objet d'un refus. / En pratique, toutes les décisions de refus et toutes les autorisations pour des durées réduites ont concerné des équipements Huawei. / Les refus d'autorisation auront des conséquences économiques, particulièrement lorsque la demande portait sur la mise à jour en 5G d'antennes 4G. Dans ce cas de figure, l'opérateur va devoir remplacer au plus vite l'ensemble de ses équipements par ceux d'un autre fournisseur et sera retardé dans le déploiement de son réseau 5G. Il faut cependant noter que des autorisations de durée maximale (14) ont aussi été délivrées pour des équipements Huawei, au profit de trois des opérateurs »³¹.

B. – Origine de la QPC et question posée

Les sociétés Bouygues télécom et SFR ont toutes deux déposé une requête en annulation du décret et de l'arrêté du 6 décembre 2019 précités. À cette occasion, elles ont chacune soulevé une QPC portant sur tout ou partie de la loi du 1^{er} août 2019 précitée. Après avoir joint les deux QPC, le Conseil d'État a jugé que « *les moyens tirés de ce [les dispositions contestées] sont susceptibles de porter atteinte à la garantie des droits, à la liberté d'entreprendre, et au principe d'égalité devant les charges publiques [...] présentent un caractère sérieux* » et a ainsi renvoyé au Conseil constitutionnel les QPC « *portant sur les articles 1^{er}, 2, 3 et 4* » de cette loi.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les griefs et la délimitation du champ de la QPC

* Les sociétés requérantes faisaient, tout d'abord, grief aux dispositions renvoyées d'imposer aux opérateurs de communications électroniques de se soumettre à un régime d'autorisation administrative préalable, au nom des exigences de protection de la défense et de la sécurité nationale, pour exploiter des équipements, tels que les antennes-relais, permettant l'accès aux réseaux de communication mobile. Selon elles, les conditions de délivrance de cette autorisation étaient insuffisamment encadrées, compte tenu de la généralité de la notion d'« *intérêts de la défense et de la sécurité nationale* ». En outre, si ces

³¹ Avis n° 140 (2020-2021) de MM. Olivier Cadic et Mickaël Vallet, fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées sur le projet de loi de finances pour 2021, déposé le 19 novembre 2020, tome IX, mission « *Direction de l'action du Gouvernement* », programme « *Coordination du travail gouvernemental* », p. 13.

dispositions s'appliquaient théoriquement aux seuls équipements dédiés aux réseaux de cinquième génération de communication mobile, elles obligeaient en pratique certains opérateurs souhaitant offrir des services relevant de cette nouvelle technologie, en cas de refus d'autorisation, à procéder au remplacement de tout ou partie de leurs équipements déjà installés au titre des réseaux des générations précédentes, en raison de contraintes techniques liées à l'absence d'interopérabilité des appareils. Ceci leur occasionnait des charges excessives. De surcroît, ces dispositions, à leurs yeux, avaient en réalité eu pour seul objet d'interdire aux opérateurs de se fournir en appareils de cinquième génération auprès de la société chinoise Huawei, ce qui les restreignait dans le choix de leurs équipementiers et pénalisait ceux d'entre eux ayant eu recours à cette société pour leurs équipements plus anciens. Il en résultait une méconnaissance de la liberté d'entreprendre.

Les sociétés requérantes reprochaient ensuite à ces dispositions de faire supporter par les opérateurs de communications électroniques, contraints de remplacer leurs équipements à leurs frais, une charge disproportionnée, qui devait incomber à l'État puisque résultant de choix faits au nom de la sécurité nationale. Elles en concluaient à une violation du principe d'égalité devant les charges publiques.

Elles faisaient valoir, en outre, qu'avant l'adoption de la loi du 1^{er} août 2019, d'autres dispositions, prises sur le fondement de l'article 226-3 du code pénal, devaient déjà conduire à soumettre à autorisation, à compter du 1^{er} octobre 2021, certains des équipements en cause. En leur substituant un nouveau régime d'autorisation préalable, le législateur avait selon elles, d'une part, porté atteinte à des situations légalement acquises ainsi qu'aux attentes légitimes des opérateurs de demeurer soumis aux seules dispositions de cet article 226-3. Il avait, d'autre part, remis en cause les autorisations d'utilisation des fréquences délivrées par l'État aux opérateurs pour exploiter les réseaux des deuxième à quatrième générations de communication mobile. Il en résultait une méconnaissance de la garantie des droits.

Enfin, l'une des sociétés requérantes reprochait également aux dispositions renvoyées de subordonner la délivrance de l'autorisation au fait que l'opérateur ou ses prestataires ne sont pas sous le contrôle d'un État étranger ou soumis à des actes d'ingérence d'un tel État. D'une part, ce critère tenant à l'identité du demandeur ou de ses prestataires était insuffisamment défini et ne permettait donc pas à l'autorité administrative de se prononcer en fonction de considérations objectives. D'autre part, il était dénué de pertinence au regard de l'objet de la loi, qui consistait à soumettre à autorisation des équipements à raison de leurs caractéristiques intrinsèques et non de la situation de leur fabricant. Il en découlait une violation du principe d'égalité devant la loi.

* Le Conseil d'État avait renvoyé au Conseil constitutionnel les articles 1^{er}, 2, 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2019 précitée qui, à l'exception de l'article 3, modifiaient des articles du CPCE et du code pénal. Comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises³², le Conseil constitutionnel a considéré, s'agissant des articles 1^{er}, 2 et 4 de la loi du 1^{er} août 2019, qu'il était saisi des dispositions introduites par cette loi au sein du CPCE et du code pénal, dans leur rédaction résultant de cette loi.

* Au regard des griefs des sociétés requérantes, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 34-11 du CPCE et aux mots « *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 État non membre de l'Union européenne* » figurant au second alinéa de l'article L. 34-12 du même code.

* La société intervenante, dont les griefs rejoignaient ceux des sociétés requérantes, ajoutait que les dispositions contestées étaient, du fait de leur imprécision, entachées d'une incompétence négative affectant le principe d'égalité devant les charges publiques.

B. – Le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

La liberté d'entreprendre résulte de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Selon une formule classique, il « *est loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »³³. La jurisprudence protège à la fois la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique et la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité.

* Au titre de cette seconde composante, le Conseil a plusieurs fois eu à connaître de dispositions imposant certaines obligations à des acteurs économiques.

Dans sa décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, il était saisi de l'obligation faite à certains distributeurs de services audiovisuels de mettre à disposition de leurs abonnés des services d'initiative publique locale destinés aux informations

³² Par exemple : décision n° 2019-819 QPC du 7 janvier 2020, *Société Casden Banque populaire (Plafonnement de la déductibilité fiscale des frais généraux des entreprises ayant leur siège social ou leur direction effective en dehors de la Nouvelle-Calédonie)*.

³³ Par exemple : décision n° 2020-861 QPC du 15 octobre 2020, *Fédération nationale de l'immobilier et autre (Plafonnement des frais d'intermédiation commerciale pour la vente de logements éligibles à la réduction d'impôt sur le revenu en faveur de l'investissement locatif intermédiaire)*, paragr. 6.

sur la vie locale et d'en supporter les coûts de diffusion et de transport. Il a jugé cette obligation conforme à la liberté d'entreprendre, après avoir constaté que le législateur avait poursuivi un motif d'intérêt général (garantir le maintien et favoriser le développement des services publics locaux) et suffisamment circonscrit cette obligation, qui devait être entendue comme ne s'appliquant qu'aux abonnés situés dans la zone géographique de la collectivité territoriale qui édite le service et comme limitée au transport et à la diffusion des programmes, sans que soient imposées ni la réalisation de travaux de raccordement ou de génie civil ni la prise en charge de la numérisation de ces programmes³⁴.

Dans la décision n° 2016-593 QPC du 21 octobre 2016, saisi de règles contraignant les laboratoires de biologie médicale dans le choix du lieu d'implantation de leurs sites, le Conseil a estimé qu'elles répondaient à un but d'intérêt général consistant à garantir une proximité géographique entre les différents sites d'un même laboratoire et, ce faisant, une meilleure qualité des soins, avant de relever, par ailleurs, que les dispositions en cause « *n'excluent pas que, conformément aux règles de droit commun, l'exploitant d'un laboratoire de biologie médicale, qui subirait un préjudice anormal et spécial en raison de la modification des délimitations d'un territoire de santé ou de la révision d'un schéma régional d'organisation des soins, puisse en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques* »³⁵.

* Le Conseil a, en outre, fréquemment contrôlé des dispositions instaurant un régime d'autorisation administrative qui affectait certains acteurs économiques.

Il a par exemple jugé, dans sa décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, que la soumission systématique à l'autorisation des maires de Paris, Lyon et Marseille de tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal porte à la liberté d'entreprendre – et au droit de propriété – une atteinte hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi (la « *sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers* »)³⁶.

Cependant, la soumission de l'exercice de la liberté d'entreprendre à un régime d'autorisation préalable n'est pas, en soi, contraire à la Constitution.

Ainsi, dans sa décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, le Conseil a jugé qu'en soumettant à autorisation les emplacements de bâches et de dispositifs de dimensions exceptionnelles ainsi que l'installation de dispositifs de publicité

³⁴ Décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, *Société Iliad et autre (Obligation de distribution des services d'initiative publique locale)*, cons. 7 à 9.

³⁵ Décision n° 2016-593 QPC du 21 octobre 2016, *Société Eylau Unilabs et autre (Règles d'implantation des sites d'un laboratoire de biologie médicale)*, paragr. 11.

³⁶ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, cons. 20.

lumineuse, afin d'assurer la protection du cadre de vie, le législateur n'a pas porté au principe de la liberté d'entreprendre une atteinte qui ne serait pas justifiée par les objectifs qu'il s'est assignés et proportionnée à cette fin³⁷.

Dans sa décision n° 2012-283 QPC du même jour, il a jugé que des dispositions soumettant à autorisation spéciale tout aménagement susceptible de modifier l'état des lieux de monuments naturels ou de sites classés « *n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire, dans le périmètre, toute réalisation d'équipement, construction ou activité économique* » et qu'elles ne portent donc pas à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard du motif d'intérêt général poursuivi (assurer la conservation et la préservation de certains lieux remarquables)³⁸.

Plus récemment, dans sa décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, il a jugé conformes à la Constitution des modifications apportées aux conditions dans lesquelles les commissions d'aménagement commercial statuent sur les demandes d'autorisation d'exploitation commerciale, qui visaient à renforcer le contrôle de ces commissions sur la répartition territoriale des surfaces commerciales, afin de favoriser un meilleur aménagement du territoire et, en particulier, de lutter contre le déclin des centres-villes³⁹.

* Enfin, le Conseil a admis que des régimes d'interdiction puissent affecter l'exercice de la liberté d'entreprendre.

Ainsi, dans la décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, saisi de l'interdiction générale et absolue de recourir à des forages suivis de la fracturation hydraulique de la roche pour rechercher ou exploiter des hydrocarbures sur le territoire national, il a jugé « *qu'en interdisant le recours à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche pour l'ensemble des recherches et exploitations d'hydrocarbures, lesquelles sont soumises à un régime d'autorisation administrative, le législateur a poursuivi un but d'intérêt général de protection de l'environnement ; que la restriction ainsi apportée tant à la recherche qu'à l'exploitation des hydrocarbures [...] ne revêt pas, en l'état des connaissances et des techniques, un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi* »⁴⁰.

³⁷ Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité)*, cons. 27.

³⁸ Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M. (Classement et déclassement de sites)*, cons. 19 et 20.

³⁹ Décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, *Conseil national des centres commerciaux (Délivrance des autorisations d'exploitation commerciale)*.

⁴⁰ Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC (Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches)*, cons. 12.

Par sa décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, le Conseil a également admis l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par l'interdiction d'utiliser des produits phytopharmaceutiques contenant des néonicotinoïdes, dans le but de protéger l'environnement et la santé publique⁴¹. De même, la décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 a validé l'interdiction de production, de stockage et de circulation en France des produits phytopharmaceutiques contenant certaines substances actives nocives, le législateur ayant assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre la liberté d'entreprendre et les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé⁴².

2. – L'application à l'espèce

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord vérifié que les dispositions contestées ne méconnaissaient pas la liberté d'entreprendre.

Après avoir rappelé sa formule de principe en la matière (paragr. 18) et décrit l'objet des dispositions contestées (paragr. 19 et 20), le Conseil a jugé qu'en adoptant celles-ci, le législateur avait entendu préserver les intérêts de la défense et de la sécurité nationale, en prémunissant les réseaux radioélectriques mobiles des risques d'espionnage, de piratage et de sabotage pouvant résulter des nouvelles fonctionnalités offertes par la cinquième génération de communication mobile. Dès lors, « *ces dispositions mettent en œuvre les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* » (paragr. 21).

Le Conseil constitutionnel s'est également attaché à déterminer si l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre était proportionnée à l'objectif ainsi poursuivi par le législateur.

À cet égard, il a jugé, tout d'abord, que le champ de l'autorisation du Premier ministre était doublement circonscrit, en ce qui concerne tant les équipements visés que les entreprises souhaitant les exploiter. Sur le premier point, il a relevé que l'autorisation ne concernait que l'exploitation, « *sur le territoire national, des appareils permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux aux réseaux radioélectriques mobiles postérieurs à ceux de quatrième génération, lorsque les fonctions de ces appareils présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité ou la disponibilité du réseau ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications* ». Sur le second point, il a observé que l'autorisation ne concernait que les « *entreprises qui,*

⁴¹ Décision n° 2016-737 DC du 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, paragr. 33 à 40.

⁴² Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes (Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques)*.

exploitant un réseau de communications électroniques au public, ont été désignées par l'autorité administrative comme opérateurs d'importance vitale » en application de l'article L. 1332-1 du code de la défense (paragr. 22).

Le Conseil a examiné, ensuite, si les conditions d'obtention de l'autorisation étaient suffisamment définies par le législateur. D'une part, il a relevé que les motifs du refus de l'autorisation d'exploitation tenaient à l'existence d'un risque sérieux d'atteinte aux intérêts de la défense et de la sécurité nationale, dû à l'insuffisance des garanties du respect des règles relatives à la permanence, à l'intégrité, à la sécurité ou à la disponibilité du réseau ou relatives à la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications. D'autre part, il n'a pu que constater qu'en prévoyant que, pour apprécier ce risque, le Premier ministre prend notamment en considération le fait que l'opérateur ou son prestataire est sous le contrôle ou soumis à des actes d'ingérence d'un État étranger, *« le législateur n'a visé ni un opérateur ou un prestataire déterminé ni les appareils d'un fabricant déterminé »* (paragr. 23). Par ailleurs, le Conseil a relevé la cohérence de ce critère d'appréciation avec l'objet de l'autorisation, *« laquelle est accordée, non pas seulement en fonction des caractéristiques de l'appareil en cause, mais aussi au regard des modalités de déploiement et d'exploitation envisagées par l'opérateur, ce qui recouvre les opérations de configuration, de supervision ou de maintenance par des prestataires ou des sous-traitants »* (même paragr.). Les conditions d'obtention de l'autorisation contestée ont donc été précisément définies par le législateur.

Enfin, le Conseil constitutionnel a jugé que si un opérateur pouvait être amené à devoir remplacer certains équipements pour les rendre compatibles avec les appareils de cinquième génération dont l'exploitation a été autorisée par le Premier ministre, *« de telles charges résulteraient des seuls choix de matériels et de fournisseurs initialement effectués par les opérateurs, lesquels ne sont pas imputables à l'État »* (paragr. 24). Il a en outre souligné que, même si de telles charges pourraient varier d'un opérateur à l'autre, les dispositions contestées s'appliquent sans distinction à l'ensemble des opérateurs d'importance vitale en cause.

En considération de l'ensemble de ces éléments, le Conseil constitutionnel a donc jugé que les dispositions contestées n'ont pas porté à la liberté d'entreprendre une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (paragr. 25). Dans le même temps, il a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, pour les mêmes motifs que ceux énoncés au paragraphe 23.

C. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le principe d'égalité devant les charges publiques résulte de l'article 13 de la Déclaration de 1789, selon lequel : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». Le Conseil constitutionnel juge que, pour assurer le respect de ce principe, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et que cette appréciation ne doit pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

* En dehors du domaine fiscal, le Conseil constitutionnel juge de façon constante que « *Si cet article n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »⁴³.

Dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, il a par exemple validé, au regard de cette exigence constitutionnelle, l'obligation, incombant à certaines entreprises qui procèdent à des licenciements économiques susceptibles d'affecter l'équilibre d'un bassin d'emploi, de réaliser des dépenses destinées à atténuer les effets de la fermeture d'un site, après avoir relevé que le législateur avait plafonné le montant des dépenses à quatre fois la valeur mensuelle du salaire minimum de croissance par emploi supprimé et autorisé sa modulation, entre deux et quatre fois cette valeur, en fonction notamment des « *capacités financières* » de l'entreprise⁴⁴.

* Toutefois, certaines charges ne peuvent, par nature, être imposées à des personnes privées.

Ainsi, dans sa décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a censuré, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques, des dispositions imposant aux opérateurs de réseaux de télécommunication de supporter le coût de fonctionnement de dispositifs d'interceptions de sécurité, qui auparavant leur était remboursé par l'État : « *s'il est loisible au législateur, dans le respect des libertés constitutionnellement*

⁴³ Récemment : décision n° 2019-821 QPC du 24 janvier 2020, *Société nationale d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (Obligation de fourniture des équipements nécessaires à l'authentification des produits du tabac)*, paragr. 6.

⁴⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 72.

garanties, d'imposer aux opérateurs de réseaux de télécommunications de mettre en place et de faire fonctionner les dispositifs techniques permettant les interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique, le concours ainsi apporté à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population, est étranger à l'exploitation des réseaux de télécommunications ; que les dépenses en résultant ne sauraient dès lors, en raison de leur nature, incomber directement aux opérateurs »⁴⁵.

Ce n'est pas seulement l'absence de toute rémunération des opérateurs de télécommunication qui a ici été sanctionnée, mais, plus fondamentalement, le fait de reporter sur des personnes privées des dépenses de sécurité qui relèvent par nature de la compétence de l'État et qui sont étrangères aux activités de ces personnes.

Faisant application de cette jurisprudence dans sa décision n° 2019-821 QPC du 24 janvier 2020 précitée, le Conseil a jugé conforme à la Constitution l'obligation faite aux fabricants et importateurs de tabac de fournir gratuitement à l'administration des équipements nécessaires à son contrôle des dispositifs de sécurité apposés sur les produits du tabac. D'une part, l'objectif poursuivi par le législateur consistait à « *garantir l'authenticité des produits du tabac mis sur le marché pour lutter contre leur commerce illicite* », qui participait à la fois à la protection de la santé publique et à la sauvegarde de l'ordre public, deux objectifs ayant valeur constitutionnelle. D'autre part, l'objectif poursuivi « *n'est pas sans lien avec les activités des entreprises qui les fabriquent ou les importent* ». Dès lors, le législateur « *n'a pas reporté sur des personnes privées des dépenses qui, par leur nature, incomberaient à l'État* »⁴⁶.

2. – L'application à l'espèce

Après avoir rappelé sa formule de principe relative à l'égalité devant les charges publiques (paragr. 26), le Conseil constitutionnel a examiné le lien entre les dispositions contestées et l'activité des opérateurs en cause. Il a jugé que « *la sécurisation des réseaux de communication mobile, par l'autorisation préalable de l'exploitation de certains appareils, est directement liée aux activités des opérateurs qui utilisent et exploitent ces réseaux afin d'offrir au public des services de communications électroniques* ». Il en a conclu qu'« *en adoptant les dispositions contestées, le législateur n'a, en tout état de cause, pas reporté sur des personnes privées des dépenses qui, par leur nature, incomberaient à l'État* » (paragr. 27).

⁴⁵ Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, cons. 41.

⁴⁶ Décision n° 2020-821 QPC précitée, paragr. 8.

Pour ces motifs, et ceux déjà mis en avant lors de l'examen du grief relatif à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques doit être écarté* » (paragr. 28).

D. – Le grief tiré de la méconnaissance la garantie des droits

1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Du principe de garantie des droits qui y figure, le Conseil constitutionnel a tiré des exigences protégeant les sujets de droit contre certains changements de la législation. Depuis la décision n° 2019-812 QPC du 15 novembre 2019, ces exigences sont formulées de la façon suivante : « *Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. En particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs* »⁴⁷.

Le Conseil constitutionnel distingue ainsi la protection des situations légalement acquises et celle des effets qui peuvent être légitimement attendus de certaines situations juridiques.

* Une atteinte à une situation légalement acquise est reconnue lorsque la loi nouvelle s'applique à des situations juridiques constituées avant son entrée en vigueur. Il s'agit donc d'un contrôle de la rétroactivité de la loi.

Par exemple, dans sa décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, le Conseil a contrôlé, au regard de la garantie des droits et de l'égalité devant les charges publiques, des dispositions mettant fin, de façon anticipée et progressive, à la diffusion des services nationaux de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique, réduisant ainsi la durée des autorisations de diffusion qui avaient été accordées. Pour rejeter les griefs, il a notamment jugé « *qu'il ressort*

⁴⁷ Décision n° 2019-812 QPC du 15 novembre 2019, *M. Sébastien M. et autre (Suppression de l'abattement pour durée de détention sur les gains nets retirés des cessions d'actions et de parts sociales)*, paragr. 5. Avant cette décision, la formule retenue par le Conseil constitutionnel pour la dernière phrase était la suivante : « *En particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* » (par exemple : décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française [Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur]*, paragr. 9).

des travaux préparatoires de la loi déferée qu'en attribuant, à l'exclusion de toute autre forme de réparation, un autre service de télévision à vocation nationale à chacun des trois éditeurs dont les autorisations de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique seront progressivement privées d'effets avant leur terme, le législateur a voulu indemniser le préjudice qui leur sera ainsi causé » et que cette attribution d'une chaîne supplémentaire (dont le corollaire était l'exclusion, explicite dans la loi déferée, de toute autre forme de réparation) n'apportait pas aux éditeurs « *une compensation manifestement disproportionnée* »⁴⁸.

À l'inverse, des dispositions qui ne jouent que pour l'avenir ne portent aucune atteinte à une situation légalement acquise⁴⁹.

C'est le cas par exemple dans la décision n° 2013-346 QPC précitée, relative à de nouvelles obligations déclaratives imposées aux titulaires de permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures dans un délai de deux mois à compter de la promulgation de la loi en cause, laquelle interdisait par ailleurs tout recours à la fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration des hydrocarbures. Le Conseil y juge « *qu'en prévoyant que les permis exclusifs de recherches d'hydrocarbures sont abrogés lorsque leurs titulaires n'ont pas satisfait aux nouvelles obligations déclaratives ou ont mentionné recourir ou envisagé de recourir à des forages suivis de fracturation hydraulique de la roche, [la disposition contestée] tire les conséquences des nouvelles règles introduites par le législateur pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures liquides ou gazeux ; que, ce faisant, [cette disposition] ne porte pas atteinte à une situation légalement acquise* »⁵⁰. À noter qu'à l'époque, le Conseil ne contrôlait pas encore le respect des attentes légitimes⁵¹.

* La protection des effets qui pouvaient être légitimement attendus de situations nées sous l'empire de textes antérieurs, quant à elle, s'étend à la remise en cause, par la loi, des attentes que les justiciables avaient pu légitimement former à partir de la situation légale dans laquelle ils étaient placés, sans que cette situation soit elle-même remise en cause.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'assure tout d'abord de l'existence d'une telle situation juridique, puis du caractère légitime ou non de l'attente qu'elle a pu faire naître. Ce caractère légitime de l'attente dépend de la plus ou moins grande

⁴⁸ Décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 8 à 14.

⁴⁹ Décision n° 2017-673 QPC du 24 novembre 2017, *Société Neomades (Régime d'exonération de cotisations sociales des jeunes entreprises innovantes)*, paragr. 15.

⁵⁰ Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013 précitée, cons. 16.

⁵¹ Cette jurisprudence est née dans la décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, paragr. 14.

certitude juridique que les effets attendus découlent nécessairement de la situation initiale.

Les cas où le Conseil a reconnu une telle attente légitime ne sont pas nombreux. Hors de la matière fiscale, il n'existe qu'un seul exemple à ce jour. Il s'agissait du cas des entreprises de production d'électricité nucléaire qui avaient reçu une autorisation de production d'électricité jusqu'à un certain plafond (résultant notamment de l'autorisation, donnée par décret, de créer une centrale nucléaire à Flamanville) mais ne l'avaient pas encore atteint. Saisi d'une loi abaissant le plafond de capacité totale autorisée d'électricité nucléaire, le Conseil constitutionnel a relevé que « *le total des capacités de production d'électricité d'origine nucléaire aujourd'hui utilisées s'élève à ce [nouveau] montant* » et que, ce faisant, dans la mesure où « *la somme des capacités de production utilisées et des capacités relatives à des installations ayant déjà fait l'objet d'une autorisation de création sans être encore mises en service excède ce plafond [d'un certain montant], [...] il en résulte une atteinte aux effets qui peuvent légitimement être attendus de situations légalement acquises* »⁵². Les entreprises en cause disposaient d'un droit, qu'elle n'avait pas encore mis en œuvre et dont la portée risquait d'être réduite par la nouvelle loi.

En revanche, le Conseil constitutionnel a refusé la qualification d'attente légitime à de nombreuses reprises, en circonscrivant précisément la portée des attentes qu'une situation est susceptible d'engendrer.

Ainsi, saisi d'une modification du dispositif « *Jeune entreprise innovante* » qui permettait à une entreprise qui investissait dans la recherche et recourait à certaines modalités de détention de son capital de bénéficier d'exonération de cotisations chaque année pendant sept ans, le Conseil a estimé que, dans la mesure où le bénéfice de cette exonération n'est acquis que pour chaque période de décompte des cotisations au cours de laquelle ces conditions sont remplies, il ne pouvait en résulter d'attente légitime que le législateur ne modifierait pas les conditions de cette exonération pour l'avenir, y compris pour le temps restant à courir jusqu'à la septième et dernière année⁵³.

Dans l'affaire n° 2017-685 QPC précitée, le Conseil constitutionnel était confronté à un grief d'un requérant qui tirait du contexte économique des contrats d'assurance emprunteur un argument pour fonder l'attente légitime que les conditions de leur résiliation ne changent pas. En effet, la fédération bancaire française faisait valoir que les contrats d'assurance fonctionnent sur la base de la mutualisation des tarifs de risques et qu'il est donc nécessaire que, quelle que soit

⁵² Décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, *Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, cons. 57.

⁵³ Décision n° 2017-673 QPC du 24 novembre 2017 précitée, paragr. 16.

leur ancienneté, ces contrats répondent aux mêmes conditions juridiques. Toutefois, le Conseil a relevé qu'aucune disposition du droit antérieur à la loi contestée n'avait « *fai[t] naître une attente légitime des établissements bancaires et des sociétés d'assurances proposant ces contrats quant à la pérennité des conditions de résiliation de ces derniers* ». Au contraire, les évolutions successives apportées à ce droit par les lois précédentes avaient élargi les possibilités de résiliation de ces contrats par les assurés, rapprochant ainsi les règles qui leur sont applicables de celles communes aux contrats d'assurance. Elles avaient également élargi les possibilités de souscription de contrats alternatifs. Le Conseil a souligné que « *la seule circonstance que ces établissements bancaires et les sociétés d'assurance aient choisi d'établir l'équilibre économique de leur activité à travers une mutualisation de ces contrats, en se fondant sur les conditions restrictives de résiliation alors en vigueur, n'a pas [...] pu faire naître une attente légitime à leur profit* »⁵⁴.

* Dans les cas où il constate une atteinte à une situation acquise ou que les effets légitimement attendus d'une situation juridique sont remis en cause, le Conseil constitutionnel examine si un motif d'intérêt général suffisant est susceptible de justifier cette atteinte ou cette remise en cause.

Par exemple, constituent un tel motif d'intérêt général suffisant :

- la promotion de la diversification des sources d'énergie et la réduction de la part d'électricité d'origine nucléaire, à propos de la disposition, déjà évoquée, réduisant les plafonds d'autorisation de production d'électricité nucléaire⁵⁵ ;
- la volonté de remédier aux difficultés de fonctionnement causées par l'abstention d'une part trop importante des membres d'une section de commune, à propos d'une disposition permettant le transfert gratuit à une commune, décidé par le préfet, des biens d'une section de commune⁵⁶ ;
- la préservation du « *milieu aquatique* » et la protection de la sécurité et de la salubrité publiques, à propos de dispositions prévoyant la modification ou le retrait, sans indemnité, d'autorisations délivrées au titre de la police des eaux, en cas d'inondation, de menace pour la sécurité publique ou les milieux aquatiques ou d'abandon d'une installation⁵⁷.

⁵⁴ Décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française (Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur)*, paragr. 13.

⁵⁵ Décision n° 2015-718 DC, précitée, cons. 58.

⁵⁶ Décision n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, *M. Lucien M. (Biens des sections de commune)*, cons. 6 et 8.

⁵⁷ Décision n° 2011-141 QPC du 24 juin 2011, *Société Électricité de France (Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation)*, cons. 6.

2. – L'application à l'espèce

Après avoir rappelé les exigences constitutionnelles en cause (paragr. 29 et 30), le Conseil constitutionnel s'est prononcé successivement sur les atteintes alléguées à des situations légalement acquises et à des attentes légitimes des opérateurs.

Sur le premier point, le Conseil constitutionnel a jugé, d'une part, que « *le régime d'autorisation institué par les dispositions contestées ne s'applique pas aux équipements dédiés aux réseaux de quatrième génération et des générations antérieures, dont l'exploitation peut continuer dans les mêmes conditions qu'auparavant* ». D'autre part, il a relevé que « *ce régime est dénué d'incidence sur les autorisations d'utilisation des fréquences dont disposent les opérateurs pour exploiter ces mêmes réseaux* ». Dès lors, faute pour les dispositions contestées de remettre en cause les autorisations obtenues pour les équipements des générations antérieures à la 5G, le Conseil a jugé qu'elles ne portaient aucune atteinte à des situations légalement acquises (paragr. 31).

Sur le second point, les sociétés requérantes faisaient valoir que l'attente légitime à laquelle il aurait été porté atteinte résultait de la préexistence du régime d'autorisation résultant de l'article 226-3 du code pénal. Ce régime n'a, en effet, vocation à s'appliquer aux équipements tels que des stations de base qu'à compter du 1^{er} octobre 2021, en application des dispositions de l'arrêté du 11 août 2016 précité (voir *supra* I.A.1.).

Le Conseil a toutefois jugé que « *le fait d'être soumis à un régime d'autorisation répondant à certaines finalités ne peut faire naître l'attente légitime que n'intervienne aucun nouveau régime d'autorisation répondant à d'autres finalités* » (paragr. 33).

Or, l'objet et la finalité des régimes d'autorisation résultant de l'article 226-3 du code pénal et des dispositions contestées ne sont pas les mêmes. Le premier régime porte sur la détention et l'utilisation de certains appareils et vise à protéger la vie privée quand le second porte sur les conditions d'exploitation par un opérateur de certains appareils « *afin de répondre aux enjeux de sécurité spécifiques* » aux réseaux postérieurs à ceux de quatrième génération (paragr. 34).

Dès lors, « *les opérateurs de communications électroniques ne pouvaient, sur le seul fondement du régime d'autorisation résultant de l'article 226-3 du code pénal, légitimement s'attendre à ce que ne soient pas instituées, même avant le 1^{er} octobre 2021, des règles d'exploitation des appareils permettant la connexion aux réseaux de nouvelles générations, à des fins de protection de la défense et de*

la sécurité nationale » (paragr. 35). Le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance de la garantie des droits (paragr. 36).

En définitive, après avoir écarté le grief tiré de l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution.