

N° 464349

Société Orange

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 3 avril 2023

Lecture du 21 avril 2023

CONCLUSIONS

M. Clément MALVERTI, Rapporteur public

Depuis le début des années 2010, le développement du très haut débit en France s'appuie principalement sur le déploiement de réseaux en fibre optique jusqu'au domicile des abonnés, dits réseaux FttH (*Fibre to the Home*).

Ce déploiement s'effectue selon des modalités, fixées pour l'essentiel par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), qui varient selon la densité des zones du territoire national.

Dans les zones dites très denses (ZDT), qui correspondent aux communes densément peuplées dans lesquelles il est économiquement viable pour plusieurs opérateurs de déployer leurs propres infrastructures au plus près des logements, le déploiement est effectué exclusivement par les opérateurs privés. Ces ZDT, dont la liste est fixée par l'ARCEP, regroupent aujourd'hui 106 communes et représentent environ 6,5 millions logements ou établissements professionnels, soit 18% de l'ensemble des locaux situés sur le territoire.

Dans les zones dites moins denses (ZMD), qui recouvrent le reste du territoire national, la rentabilité du déploiement est variable, de sorte que sa mise en œuvre par l'initiative privée n'est pas nécessairement garantie et justifie parfois une intervention publique.

En vue de garantir, dans les ZMD, une complémentarité entre les déploiements publics et privés, le gouvernement a lancé en 2011 un appel à manifestation d'intentions d'investissements (AMII) visant à recueillir les intentions d'investissement des opérateurs en matière de déploiements de réseaux de boucle locale à très haut débit à horizon de 5 ans.

En réponse, les opérateurs Orange et SFR (qui couvrent l'essentiel de la ZMD d'initiative privée) ont indiqué les communes dans lesquelles ils entendaient déployer leurs réseaux FttH. Cette zone, dite AMII, qui relève donc de l'initiative purement privée, comprend environ 48 % des locaux de la zone ZMD (40 % des locaux au niveau national), le reste ayant vocation à être couvert par un réseau d'initiative publique (RIP).

Les intentions de déploiements d'Orange et de SFR se recoupant partiellement, un accord commercial a été conclu en novembre 2011 par les deux opérateurs permettant d'assurer la cohérence des investissements et des déploiements de réseaux FttH. Au terme de cet accord, Orange est chargée de déployer 80% des lignes de la zone AMII, et SFR les 20 % restant.

En 2013, l'État s'est engagé, dans le cadre du « Plan France très haut débit », à couvrir en dix ans l'ensemble du territoire, pour atteindre en 2022 l'intégralité des 35 millions de logements et locaux à usage professionnel, dont 80 % en fibre optique jusqu'à l'abonné.

A cette occasion, ont été conclues entre l'opérateur, l'Etat et les différentes collectivités territoriales concernées des conventions de programmation et de suivi des déploiements (CPSD). Mais la portée de ces conventions était limitée, les volumes annuels de locaux dont le déploiement est programmé n'étant fournis qu'à titre purement indicatif et aucune sanction n'accompagnant le non-respect des engagements souscrits par les opérateurs.

Par la loi (n° 2016-1321) du 7 octobre 2016 pour une République numérique, le législateur est donc intervenu afin de renforcer l'opposabilité de ces engagements.

L'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques, issu d'un amendement sénatorial, prévoit à cette fin que « *le ministre chargé des communications électroniques peut accepter, après avis de l'[ARCEP], les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à l'aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux* ». Et il ajoute que « *l'[ARCEP] en contrôle le respect et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11* ».

C'est en application de ces dispositions que la société Orange a, par deux courriers des 20 février et 31 mai 2018, soumis à l'acceptation du ministre une série d'engagements relatifs à ses déploiements de réseaux FttH.

Par un avis (n° 2018-0364) du 12 juin 2018, l'ARCEP s'est prononcée favorablement sur ces engagements, en relevant qu'ils « *conduiraient Orange, sur un périmètre de 2 978 communes en dehors des zones très denses, à rendre 100% des locaux raccordables ou raccordables à la demande en FttH à fin 2020, avec moins de 8 % de locaux raccordables à la demande (devant être rendus raccordables dans un délai de 6 mois après une demande), et 100% des locaux raccordables à fin 2022* ».

Par un arrêté du 26 juillet 2018, le ministre de l'économie et des finances a accepté la proposition d'engagements d'Orange.

En juin 2019, constatant que le rythme des déploiements effectués par Orange était insuffisant, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (RDPI) de l'ARCEP a ouvert une instruction relative au manquement éventuel de la société aux engagements qu'elle avait souscrits, suivie en octobre de la même année d'une enquête administrative à l'encontre de la société.

En novembre 2021, alerté par plusieurs collectivités territoriales du fait que la société Orange n'avait pas déployé l'intégralité des réseaux qu'elle s'était engagée à déployer, le

secrétaire d'Etat chargé de la transition numérique et des communications électroniques a saisi l'ARCEP d'une demande d'ouverture d'une procédure de sanction.

Par une décision (n° 2022-0573) du 17 mars 2022, la RDPI a mis en demeure la société Orange de se conformer à ses engagements, c'est-à-dire d'assurer, au plus tard le 30 septembre 2022, que 100% des logements ou locaux à usage professionnel situés dans la zone AMII couverte par ses engagements soient rendus raccordables ou raccordables sur demande.

La société Orange vous demande l'annulation de cette décision.

L'association Avicca, qui fédère les collectivités territoriales et leurs groupements dans le domaine de l'aménagement numérique du territoire, est intervenue en défense, intervention dont vous admettez sans peine la recevabilité.

1. La société Orange soulève à l'appui de sa requête une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dirigée contre trois séries de dispositions du CPCE :

- celles du 2^e alinéa de l'article L. 33-13, qui, on l'a dit, prévoient que l'ARCEP contrôle le respect des engagements souscrits par les opérateurs et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 ;
- celles des 6^e et 8^e alinéas du III de l'article L. 36-11, qui fixent le montant des sanctions susceptibles d'être prononcées par l'ARCEP ;
- enfin, les 6^e et 7^e alinéa de l'article L. 130 en tant qu'ils n'excluent pas que les membres du collège ayant participé à une délibération donnant un avis sur un engagement qu'un opérateur envisage de prendre dans le cadre de l'article L. 33-13 puissent participer à la formation RDPI ou restreinte amenée à se prononcer sur le respect de ces engagements.

1.1. Ces dispositions n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution et, contrairement à ce que soutient le ministre en défense, peuvent être regardées comme applicables au litige au sens de l'article 61-1 de la Constitution.

En effet, si la requête de la société Orange est dirigée contre une mise en demeure, laquelle ne constitue pas une sanction, la QPC critique en réalité et de manière générale la possibilité conférée à l'ARCEP d'exercer un contrôle sur les engagements souscrits volontairement par les opérateurs.

Or, un tel régime de contrôle est bien issu des dispositions visées par la QPC, lesquelles, si elle porte principalement sur les sanctions susceptibles d'être prononcées et les modalités selon lesquelles elles sont décidées, impliquent nécessairement la possibilité pour l'autorité de mettre au préalable en demeure l'opérateur dont on estime qu'il ne respecte pas ses engagements (6^e al. du I de l'article L. 36-11).

D'autant qu'en opportunité, ne pas faire le tri entre les différentes dispositions critiquées selon qu'elles sont ou non applicables au litige présente l'avantage de statuer une fois pour toutes sur leur constitutionnalité, évitant ainsi qu'une nouvelle QPC similaire soit ultérieurement présentée.

1.3. Reste alors à examiner le caractère sérieux des griefs soulevés par la société requérante, étant précisé qu'aucun d'entre eux ne porte sur l'interprétation d'une disposition ou d'un principe constitutionnel dont le Conseil constitutionnel n'a jamais fait application, et donc ne saurait être regardé comme nouveau au sens de l'article 23-4 de l'ordonnance de 1958.

1.3.1. Un premier grief reproche aux dispositions contestées d'avoir permis que les mêmes personnes au sein de l'ARCEP soient chargées, d'une part, sur le fondement de l'article L. 33-13, de rendre un avis sur les engagements proposés par les opérateurs, d'autre part, en application de l'article L. 36-11, de contrôler le respect de ces engagements et d'en sanctionner les manquements, et ce, en méconnaissance des principes d'indépendance et d'impartialité garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Mais d'indépendance il n'est pas réellement question en l'espèce, car il n'est pas contesté que celle des membres de l'ARCEP est garantie par les conditions dans lesquelles ils sont nommés et exercent leurs missions.

Quant au principe d'impartialité, dans son versant applicable aux autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction et « *non soumise[s] au pouvoir hiérarchique [d'un] ministre* »¹, il implique uniquement une séparation des fonctions de poursuite (ou d'enquête) et de jugement². C'est d'ailleurs pour répondre à une telle exigence que le législateur, s'inspirant du modèle de la CNIL, a réformé en profondeur l'organisation interne de l'ARCEP, en instaurant une séparation fonctionnelle complète entre la fonction de poursuite et d'instruction, confiée à la formation RDPI, composée de quatre membres du collège, dont le président de l'autorité, et la fonction de jugement, confiée à la formation restreinte, composée des trois autres membres du collège.

Ce principe, en revanche, ne s'oppose pas à ce que les mêmes personnes se prononcent sur la teneur des engagements souscrits par un opérateur puis sur leur respect.

D'une part en effet, le seul fait de se prononcer par un avis sur une proposition d'engagements ne préjuge en aucun cas du point de savoir si, en aval, ces engagements seront respectés, de sorte qu'un tel cumul de fonctions ne soulève pas de problème d'impartialité objective. Vous jugez en ce sens que « *l'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer les règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences [d'impartialité et d'indépendance] dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision* »³. Et très récemment, le Conseil constitutionnel a validé les dispositions permettant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier la suite à donner aux propositions d'engagements qui lui sont présentées pour remédier à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence

¹ Cons. const. 9 mars 2017, n° 2016-616/617 QPC

² v. s'agissant de l'ARCEP, Cons. const. 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC

³ CE, 30 juillet 2003, *Banque d'escompte et Wormser Frères réunis*, n° 238169, A

en estimant, pour écarter un grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité, que la circonstance que l'Autorité « *pourrait avoir à connaître de ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure de sanction faisant suite à une décision de refus d'acceptation d'engagements ne porte pas atteinte au principe d'impartialité* »⁴. Dès lors que l'avis rendu dans ce cadre par l'autorité de la concurrence entretient un lien encore plus étroit avec la possibilité d'une sanction ultérieure, cette solution constitue à nos yeux un *a fortiori* pour notre cas d'espèce.

D'autre part, et plus fondamentalement, suivre l'argumentation de la société requérante conduirait à interdire toute possibilité pour une même autorité d'édicter des règles et d'en sanctionner le non-respect. Or, c'est l'existence d'un tel cumul qui assoit la crédibilité des autorités de régulation, dont l'efficacité repose précisément sur la détention d'une palette d'outils prescriptifs, incitatifs et répressifs de nature à assurer l'effectivité des règles de droit dont elles sont les gardiennes.

1.3.2. Par un deuxième grief, la société Orange reproche aux dispositions contestées, sur le terrain de la garantie des droits et du principe de la séparation des pouvoirs qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789, d'avoir confié à l'ARCEP le pouvoir de sanctionner la méconnaissance d'engagements dont la définition et l'acceptation n'entrent pas dans les missions de l'Autorité.

Ce grief est peu compréhensible, qui semble confronter les dispositions critiquées non pas tant à la Constitution mais à d'autres normes législatives.

Mais quoi qu'il en soit, nous peinons à voir en quoi le contrôle du respect des engagements souscrits par la société Orange n'entrerait pas dans les missions dévolues à l'ARCEP, laquelle dispose en vertu de l'article L. 36-7 du CPCE d'un pouvoir général de contrôle du respect des obligations pesant sur les opérateurs de télécommunications électroniques.

Et nous ne voyons pas davantage ce qui ferait obstacle à ce qu'un tel contrôle porte sur des obligations que l'Autorité n'a pas elle-même fixées.

1.3.3. Il est ensuite reproché aux dispositions contestées, sur le terrain de la garantie des droits et du principe de nécessité des délits et des peines, d'avoir soumis des engagements de nature contractuelle à un régime de sanction administrative, et ce, alors même que leur exécution peut être contrôlée et sanctionnée par le juge du contrat.

Mais le grief est inopérant car, contrairement à ce qui est soutenu, les obligations qui, en vertu de l'article L. 33-13 du CPCE, pèsent sur la société Orange du fait de l'acceptation par le ministre des engagements qu'elle a souscrits ne sont pas de nature contractuelle, mais procèdent de l'arrêté du ministre qui les a acceptés, c'est-à-dire d'un acte unilatéral.

Pour vous convaincre du contraire, la société Orange fait valoir que les engagements ont été entièrement définis et librement souscrits par l'opérateur, en dehors de toute obligation légale ou réglementaire, puis acceptés par le ministre. Elle y voit donc la rencontre entre une

⁴ Cons. const., 10 février 2023, n° 2022-1035 QPC

offre et une acceptation, ce qui suffirait en vertu de l'article 1113 du code civil à qualifier les engagements de contractuels, et ce, alors même qu'ils ont été acceptés sans contrepartie, le code civil admettant l'existence de contrats non synallagmatiques.

Mais l'argumentation est un peu courte, car à ce compte-là, il faudrait qualifier de contractuels tous les actes provoqués par la demande d'un administré, lesquels pourraient tout autant s'analyser comme procédant de la rencontre entre une offre et une acceptation.

A l'évidence, votre jurisprudence n'a jamais retenu une telle approche, mais est en ce sens que l'acte qui résulte d'un processus décisionnel enclenché en vertu d'une habilitation à agir par voie unilatérale conférée à l'administration revêt toujours un caractère unilatéral, sans qu'ait d'incidence la circonstance qu'un accord ou un consentement se soient manifestés au cours de ce processus. Autrement dit, lorsqu'un acte est édicté en vertu d'une habilitation à agir par voie unilatérale et non par l'instrument contractuel, il est nécessairement unilatéral, les modalités de son élaboration étant à cet égard indifférentes⁵.

Ainsi, vous qualifiez d'actes unilatéraux les agréments fiscaux permettant d'accorder aux entreprises des réductions d'impôts en échange d'un programme d'investissements⁶ ou encore l'arrêté ministériel pris sur le fondement de l'ordonnance du 30 juin 1945 et entérinant les engagements d'entreprises en contrepartie de la libéralisation des prix⁷, en appréhendant ces engagements comme une condition préalable de la procédure d'édition d'une décision édictée au titre d'une habilitation à agir par voie unilatérale.

A cet égard d'ailleurs, et contrairement à ce qui est soutenu, le dispositif aujourd'hui en litige est loin d'être inédit, mais s'inscrit dans le mouvement de « contractualisme » initié au début des années 1980, qui entend renouveler les modalités de l'action publique en substituant au commandement des outils de gouvernance reposant davantage sur l'adhésion des intéressés⁸. Or face à un tel phénomène, votre jurisprudence s'en tient à une taxinomie juridique rigoureuse et refuse de voir des contrats partout au seul motif que les processus décisionnels donnent davantage de poids à la négociation.

Tel est bien le cas des engagements souscrits par les opérateurs auprès du ministre sur le fondement de l'article L. 33-13, qui interviennent dans le cadre d'une opération d'ensemble visant à l'élaboration d'un arrêté ministériel, donc d'un acte unilatéral. Ces dispositions n'ont ainsi nullement placé les opérateurs en situation de contracter avec l'administration, mais ont seulement entendu, dans une logique contractualiste, faire dépendre les obligations de déploiement pesant sur les opérateurs des engagements que ces derniers ont librement souscrit.

L'arrêté ministériel prévu par l'article L. 33-13 constitue donc au mieux un acte unilatéral négocié ou accepté mais ne revêt en aucun cas une nature contractuelle, de sorte que

⁵ v. en ce sens, B. Plessix, *Droit administratif général*, 2^e éd., Lexis Nexis, 2018, n^os 805 et s.

⁶ CE, sect., 10 mars 1967, *Ministre de l'économie et des finances c/ Société Samat*, p. 1967

⁷ CE, 23 octobre 1974, *Sieur Valet*, n^o 88034, A

⁸ v. sur ce phénomène, not. A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, pp. 142 et s.

l'argumentation articulée par la société requérante au soutien de ce deuxième grief est inopérante.

1.3.4. Il est encore soutenu que le législateur, en soumettant à un régime de sanction administrative des engagements librement souscrits et sans contrepartie, a porté une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre.

Sur le terrain de la liberté contractuelle, l'argumentation est inopérante, les engagements en cause, on l'a dit, n'étant pas de nature contractuelle.

Et le terrain de la liberté d'entreprendre ne porte pas davantage car, comme elle ne cesse d'ailleurs de le rappeler tout au long de ses écritures, la société Orange n'était nullement tenue de s'engager sur le déploiement des réseaux FttH, de sorte que l'on peine à voir en quoi les dispositions contestées portent une quelconque atteinte à sa liberté d'entreprendre.

1.3.5. La société Orange reproche également au législateur, sur les terrains de la garantie des droits, du principe de sécurité juridique et du principe de légalité des délits et des peines, d'avoir insuffisamment encadré les conditions d'exercice par l'ARCEP de son pouvoir de sanction, ce qui lui permettrait de modifier la portée des engagements souscrits.

Mais l'article L. 33-13 renvoie explicitement à l'article L. 36-11, qui précise les conditions dans lesquelles l'ARCEP exerce son pouvoir de contrôle et de sanction. Et nous peinons à voir en quoi la nature des engagements prévus à l'article L. 33-13 impliquait nécessairement que le législateur prévoit une sanction spécifique.

Certes, c'est ce qui fut fait par la loi (n° 2018-1021) du 23 novembre 2018, qui a introduit, au 8^e alinéa du III de l'article L. 36-11, une sanction spécifique en cas de non-respect des engagements prévus à l'article L. 33-13.

Mais le législateur n'était nullement tenu de procéder ainsi, la société requérante n'expliquant pas en quoi les dispositions du 6^e alinéa du III relatives à la sanction générale seraient insuffisamment précises.

Par ailleurs, et contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions contestées ne permettent nullement à l'ARCEP de définir de manière arbitraire la portée des engagements souscrits, ce que l'examen de la requête au fond vous donnera d'ailleurs l'occasion de vérifier.

Vous pourrez d'un même mouvement écarté également les griefs d'incompétence négative et de méconnaissance du principe d'égalité, qui s'articulent autour de la même prémisse tirée de ce que les dispositions litigieuses seraient insuffisamment précises.

1.3.6. La société Orange reproche ensuite au législateur de 2018, sur le terrain inopérant de la liberté contractuelle et sur celui opérant du principe de non rétroactivité des dispositions répressives qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789⁹, d'avoir prévu que la sanction spécifique instituée en cas de non-respect des engagements pris en application de l'article L.

⁹ Cons. const., 30 décembre 1982, n° 82-155 DC, pt. 33

33-13 s'appliquait également en cas de manquement à des engagements souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

A vrai dire, rien dans les dispositions issues de la loi de 2018 n'indiquent qu'elles s'appliquent aux engagements souscrits antérieurement à leur entrée en vigueur, de sorte que vous pourriez écarter le grief comme manquant en fait.

Mais parce qu'à l'instar de la société Orange, nous pensons que telle était bien l'intention du législateur, et qu'il est à nos yeux opportun d'éclairer l'ARCEP sur les dispositions susceptibles d'être appliquées dans l'hypothèse où une procédure de sanction serait ouverte contre la société requérante, nous vous proposons de répondre au grief sur le fond, et de juger que la nouvelle sanction instituée en 2018 est bien applicable aux engagements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur.

Ce qui mérite quelques explications.

Rappelons que la solution des conflits de lois dans le temps repose sur la combinaison de deux principes : non-rétroactivité mais application immédiate de la règle nouvelle. La portée de ces principes, qui ne se laisse pas aisément saisir, repose sur la distinction primordiale entre la situation constituée et la situation en cours. La règle nouvelle ne peut, sans être rétroactive, régir les situations déjà constituées au moment de son entrée en vigueur, c'est-à-dire anéantir ou modifier l'effet de droit que des faits passés avaient produit sous l'empire de la règle ancienne. Mais la loi nouvelle gouverne normalement de manière immédiate les situations en cours au moment de sa mise en vigueur, c'est-à-dire les effets de droit dont la formation était alors inachevée, leurs faits générateurs ne s'étant pas totalement réalisés.

Or, le fait générateur d'une sanction réside dans la commission de la faute qu'elle réprime, et non dans l'édition de l'obligation qui a été méconnue¹⁰. En l'espèce donc, le fait générateur des situations visées par les dispositions de la loi de 2018 n'est pas la détermination de l'étendue des obligations de déploiement pesant sur les opérateurs, mais le manquement à ces obligations. De sorte que le principe de non rétroactivité ne s'oppose nullement à ce que la nouvelle sanction issue de la loi de 2018 s'applique à un manquement commis postérieurement à son entrée en vigueur, car c'est à la date de ce manquement que les situations juridiques que cette sanction a vocation à régir doivent être regardées comme constituées.

On pourrait certes objecter que cette manière d'appréhender les choses fait fi de la circonstance que, dans notre affaire, les obligations sanctionnées ont été souscrites volontairement par l'opérateur de télécommunications, de sorte qu'il serait inique de modifier à la hausse et postérieurement à la date de ces engagements les contours de la sanction.

Mais de ce point de vue, la configuration de l'espèce est à nos yeux similaire aux hypothèses dans lesquelles un acte unilatéral a été préalablement négocié ou accepté par l'administré¹¹. Or, il est à nos yeux acquis que le principe de non rétroactivité ne fait pas

¹⁰ CE Plén., 30 mars 1987, *Ministre du budget c/ société La Rabelaisienne*, n° 74410, B

¹¹ v. par exemple s'agissant de l'ouverture d'une voie privée, qui suppose le consentement préalable du

obstacle à ce que les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de manquement aux obligations qui accompagnent une telle décision puissent être modifiées postérieurement à leur édicition, sans que s'y oppose la circonstance que l'administré avait donné son consentement sous l'empire d'une législation répressive différente.

Il ne pourrait à nos yeux en aller différemment que s'il ressortait du contenu de la décision administrative, notamment compte tenu des réserves susceptibles d'avoir été formulées par l'intéressé, que celle-ci a entendu cristalliser l'état du droit répressif au moment de son édicition.

Mais en tout état de cause, une telle volonté de cristallisation ne ressort en l'espèce nullement des termes des engagements de la société Orange, lesquels n'ont pas été souscrits au regard d'une sanction spécifique.

1.3.7. Un ultime grief est tiré de ce qu'en imposant à un opérateur des obligations de déploiements sans compensation ou indemnisation, les dispositions litigieuses méconnaîtraient le principe d'égalité devant les charges publiques.

Mais l'argumentation, au demeurant pu étayée, ne porte pas car, vous en conviendrez, il serait pour le moins déroutant de qualifier d'anormales et spéciales des obligations auxquelles un opérateur a lui-même consenti.

Aucun des griefs invoqués ne soulevant de difficulté, nous vous proposons de juger que la QPC ne revêt pas un caractère sérieux et, par suite, qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel.

2. Il est temps de passer à l'examen des autres moyens de la requête.

2.1. Ceux de légalité externe ne vous retiendront pas.

D'une part, la décision, qui sur une vingtaine de pages détaille les éléments de droit et de fait sur lesquels elle se fonde, est suffisamment motivée.

D'autre part, l'argumentation, semblable à celle articulée au soutien de la QPC, tirée de la méconnaissance de l'exigence d'impartialité issue de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme est inopérante, car la mise en demeure attaquée, qui n'est pas une sanction, ne constitue pas une accusation en matière pénale au sens de ces stipulations¹².

2.2. Par ses trois moyens suivants, la société Orange tente de vous convaincre que l'ARCEP a mal interprété ses engagements souscrits en 2018.

En substance, elle reproche à l'ARCEP d'avoir calculé le pourcentage de logements rendus raccordables ou raccordables à la demande non sur la base du référentiel Insee, qui aurait pourtant été explicitement retenu par Orange au moment de souscrire ses engagements, mais sur la base des fichiers IPE, pour « *informations préalables enrichies* ». Elle relève que le choix d'un tel référentiel a pour effet de faire porter les engagements souscrits de 10,89

propriétaire CE, 4 juillet 2008, *Romel*, n° 301375, C ; v. également, s'agissant du classement d'un monument, art. L. 341-6 du code de l'environnement, qui suppose également l'accord du propriétaire

¹² CE, 21 avril 2021, *M. Favolini*, n° 443043, B

millions de locaux initialement à 13,46 millions de locaux, soit 2,57 millions de locaux en plus (+ 23,6%), ce qui représente un investissement supplémentaire estimé à 1,3 milliard d'euros. Elle en déduit que la mise en demeure litigieuse, en ce qu'elle modifie les termes et la portée de ses engagements et qu'elle utilise un même référentiel pour apprécier à la fois la cible définie par l'opérateur dans ses engagements et les déploiements effectivement atteints, est entachée d'incompétence, d'erreur de droit, de dénaturation, et méconnaît les principes de sécurité juridique et de légalité des délits et des peines.

Mais quel que soit le terrain considéré, cette argumentation ne convainc pas car sa prémisse, tirée de ce que les engagements de la société Orange auraient été expressément souscrits sur la base du référentiel Insee, est erronée.

D'abord, à s'en tenir, comme vous y invite la société requérante, aux seuls termes des courriers des 20 février et 31 mai 2018, c'est-à-dire à ceux dans lesquels Orange s'est engagée, la cible repose sur un critère purement géographique, la société s'engageant à ce que « 100% des logements et des locaux à usage professionnel de [son] périmètre de déploiement FttH sur [sa] zone AMII soient ouverts dès fin 2020 à la commercialisation d'offres FttH (...) » et précisant que ses « engagements portent sur le déploiement par Orange de réseaux FttH dans un ensemble de communes dont la liste est annexée à ce courrier (...) ». Certes, dans une annexe au courrier du 20 février, la société se livre à une estimation du nombre de logements raccordables en prenant appui sur les données logements 2013 de l'INSEE, mais elle indique aussitôt que ces éléments sont « indicatifs » et fournis uniquement « à titre d'information ». Surtout, elle précise que « ces informations ne préjugent pas du fait qu'Orange respectera les engagements tels que formulés dans le présent courrier pour la totalité des logements et locaux à usage professionnel ». Nous peinons dès lors à estimer, contrairement à ce que soutient la société requérante, que le choix du référentiel INSEE constituait un élément au regard duquel la société Orange avait souscrit ses engagements.

Ensuite, et plus fondamentalement, la raison d'être des engagements souscrits par la société Orange est, on l'a dit, de garantir une complémentarité entre les déploiements d'initiative privée et ceux d'initiative publique, afin de s'assurer que l'intégralité du territoire soit effectivement couverte par la fibre. Or, dans la mesure où les réseaux d'initiative publique n'ont vocation à être déployés que dans les communes non couvertes par les réseaux privés, cet objectif de couverture intégrale serait à l'évidence compromis si les engagements des opérateurs devaient être regardés comme portant non sur un périmètre géographique mais sur un nombre de locaux déterminés à la date à laquelle ils ont été souscrits¹³. De sorte que l'argumentation de la société Orange, outre qu'elle ne correspond pas aux termes de ses engagements, est en total décalage avec l'esprit du Plan France Très Haut Débit dans le cadre duquel ils ont été souscrits.

Enfin, nous pensons que c'est à juste titre que l'ARCEP a fait le choix de retenir les fichiers IPE plutôt que les données issues de l'INSEE. Ces fichiers, établis par les opérateurs

¹³ Comme le relève l'Avicca dans son intervention, une telle lecture favoriserait en outre une pratique d'écrémage de la part des opérateurs, consistant, au sein d'une même commune, à ne déployer la fibre que dans les locaux pour lesquels les travaux s'avèrent les moins coûteux

eux-mêmes et mis à jour tous les mois, visent à leur permettre d'identifier les logements pouvant bénéficier d'offres de fibre optique ainsi que les détails techniques nécessaires au raccordement final d'un abonné. Ils sont donc fiables, actualisés et parfaitement adaptés pour mesurer le respect des engagements souscrits par les opérateurs en terme de déploiement de réseaux. A l'inverse, le fichier INSEE des logements est non seulement insuffisant, dans la mesure où il ne permet ni de savoir combien de logements sont raccordables ni de combien de locaux un immeuble est composé, mais également daté, car il dépend du rythme des recensements.

En définitive, nous pensons que l'ARCEP pouvait, sans méconnaître la portée des engagements souscrits par Orange, s'appuyer sur les fichiers IPE pour en apprécier le respect.

Or, il n'est pas contesté qu'en retenant un tel référentiel, la société Orange n'a pas respecté ses engagements dans un certain nombre de communes aux dates du 1^{er} mai et du 31 décembre 2021.

Vous écarterez en conséquence le moyen tiré de ce qu'Orange aurait respecté ses engagements.

Et vous pourrez faire de même du moyen, qui manque en fait, tiré de ce que la mise en demeure lui fixe de respecter ces engagements de couverture pour les logements existant à une date postérieure au 31 décembre 2021, celle-ci correspondant simplement à l'échéance donnée à la société pour tenir ses engagements.

2.3. La société requérante soutient ensuite que la mise en demeure litigieuse méconnaît les principes d'égalité et de libre concurrence dès lors que l'ARCEP aurait apprécié le respect des engagements souscrits par SFR en retenant un autre référentiel, celui du fichier INSEE, que celui appliqué à la société Orange.

Pour parvenir à une telle conclusion, Orange indique d'abord qu'à s'en tenir aux données IPE, SFR n'a pas atteint ses engagements. Elle relève ensuite qu'à sa connaissance, SFR n'a pas fait l'objet d'une mise en demeure. Elle en déduit que cela signifie nécessairement que l'ARCEP n'a pas retenu les données IPE pour apprécier le respect par SFR de ses engagements, sans quoi elle aurait été nécessairement conduite à mettre cette dernière en demeure de respecter ses engagements, ce qui constituerait une différence de traitement injustifiable.

Mais l'argumentation, dont l'opérance est au demeurant fort douteuse, ne repose que sur des supputations, et nous semble dès lors manquer en fait.

Il est toujours loisible à la société Orange, le cas échéant, de contester le refus de l'ARCEP de mettre en demeure la société SFR de respecter ses engagements¹⁴, et de faire valoir à l'occasion d'un tel recours que ce refus reposerait sur une analyse erronée par l'Autorité de la portée des engagements souscrits par SFR.

¹⁴ v. sur la recevabilité d'un tel recours, CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n°s 334062 347163, B

2.4. Par un dernier moyen, Orange invoque par la voie de l'exception la contrariété de l'article L. 33-13 à la directive (2018/1972) du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électronique européen, laquelle ne permettrait pas à un Etat membre d'imposer unilatéralement à un opérateur des obligations particulières en matière de déploiement de réseaux FttH.

Mais outre que la directive ne contient pas une telle interdiction, les obligations de déploiement qui pèsent en l'espèce sur Orange découlent de ses propres engagements, de sorte que l'on peine à voir en quoi le dispositif de l'article L. 33-13 porterait une atteinte au principe de libre concurrence, qui au demeurant ne constitue pas le seul objectif de la régulation en matière de communications électroniques.

PCMNC à l'admission de l'intervention de l'Avicca, à la non transmission de la QPC et au rejet de la requête.