

CONCLUSIONS

M. Philippe RANQUET, Rapporteur public

Par la requête qui vient d'être appelée, la société Orange conteste une obligation mise à sa charge par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) au titre de la régulation asymétrique *ex ante*, concernant le raccordement de locaux à usage professionnel à son infrastructure de réseau FttH en zone très dense.

Vous aurez sans doute deviné, à cet énoncé, qu'un temps doit être consacré à l'explicitation de notions avant d'en venir à l'examen du litige.

1.1. D'abord un rappel de ce qu'est la régulation asymétrique. Pour les communications électroniques, cette modalité de régulation s'exerce dans un cadre défini par les directives du 7 mars 2002 (directive dites « cadre » et « accès »¹, formant alors le « 2^e paquet télécom », reprises aujourd'hui en substance dans le code des communications électroniques européen²), transposées en droit interne aux articles L. 37-1 et suivants du code des postes et communications électroniques (CPCE). Selon une fréquence triennale, l'ARCEP procède à la détermination des marchés pertinents du secteur et établit « *la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés* ». Elle peut imposer à ceux-ci seuls et au bénéfice des autres opérateurs – c'est le caractère asymétrique – des obligations, dont, « *en matière d'interconnexion et d'accès* », celles de « *fournir des prestations d'interconnexion ou d'accès dans des conditions non discriminatoires* » et « *faire droit aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés* » (2^o et 3^o du I de l'article L. 38).

De telles obligations doivent naturellement être justifiées, adaptées et proportionnées au regard de la nature d'un problème concurrentiel identifié qu'il s'agit de résoudre : pour reprendre les termes de l'article L. 37-2, « *l'Autorité n'impose d'obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques qu'en l'absence de concurrence effective et durable et les supprime dès lors*

¹ Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques et directive 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communication électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion

² Directive (UE) 2018/1972 établissant le code des communications électroniques européen

qu'une telle concurrence existe ». Comme il ressort des précédents, certes peu nombreux, où vous avez eu à vous prononcer en excès de pouvoir sur de telles obligations, votre contrôle sur elles, notamment sur leur justification par un problème concurrentiel et leur proportionnalité, est un contrôle entier (voir notamment : 4 juin 2012, *Sté BT France*, n° 351976, B ; 11 juin 2014, *Sté TDF et autres*, n° 363920, B ; ou plus récemment 31 décembre 2020, *Sté Towercast*, n° 444751, B).

1.2. En l'espèce, le marché pertinent en cause est, selon la terminologie de la Commission européenne, le marché 3a, celui de la « *fourniture en gros d'accès local en position déterminée* » c'est-à-dire concrètement du haut débit et très haut débit fixe, incluant les offres d'accès à la boucle locale cuivre, aux infrastructures de génie civil souterrain et aérien de la boucle locale, et à la mise à disposition passive de fibre optique. Depuis le premier cycle de régulation asymétrique, la société Orange est identifiée comme l'unique opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et se voit imposer, au titre de la régulation asymétrique, l'obligation de faire droit aux demandes d'accès des autres opérateurs à la boucle locale cuivre et aux infrastructures de génie civil.

Cette obligation ne surprendra personne : il s'agit d'infrastructures dont l'opérateur historique a le monopole, et que les opérateurs concurrents ont un besoin impératif d'emprunter pour fournir leurs services à l'utilisateur final (c'est le bien connu « dégroupage »). Ce n'est évidemment pas sur ce point que porte le litige. Il est né de l'irruption de la régulation asymétrique dans un autre univers technologique, celui de la boucle locale de *fibre optique*.

2.1. C'est ici que nous allons davantage devoir entrer dans la technique, en présentant l'architecture des réseaux de fibre optique et le cadre réglementaire dans lequel ils sont déployés. Nous espérons que cette présentation satisfera au mieux un double souci de clarté et de concision – comptant un peu sur le fait qu'elle pourra parfois faire écho aux expériences concrètes de chacune et chacun comme client « *éligible* » ou non, « *raccordable* » ou « *raccordé* ».

A la différence du fil de cuivre, la fibre optique est une technologie nouvelle pour laquelle a été fait le choix de la concurrence par les infrastructures : chaque opérateur déploie son propre réseau. Mais pas au point que plusieurs réseaux desservent ensemble un même local, ce qui ne serait pas techniquement rationnel : la partie terminale, l'accès à l'utilisateur final passe par une boucle locale optique (BLO), dont le raccordement au réseau général des opérateurs peut prendre deux formes. Soit c'est un raccordement direct au réseau d'un seul opérateur, ce qu'on appelle une boucle locale optique *dédiée* (BLOD) : cela représente un investissement et un coût élevés, avec en compensation des performances de débit particulièrement intéressantes ; en pratique, seuls des clients professionnels ont recours à ces offres dites FttO (*Fibre to the Office*). Soit la boucle locale est *mutualisée* : un unique opérateur réalise l'infrastructure pour rendre raccordables plusieurs locaux, reliés à un point de mutualisation (PM), lui-même relié aux réseaux par lesquels cet opérateur, mais aussi tous les autres distribuent leurs services. C'est l'architecture FttH (*Fibre to the Home*), qui correspond aux offres THD grand public – même si, en pratique, de nombreuses entreprises qui se trouvent dans les immeubles raccordés en FttH sont également clientes de ces offres.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Cette architecture mutualisée fait l'objet d'une régulation *symétrique* : tout opérateur peut créer la boucle FttH d'un ou des immeubles qui ne l'étaient pas. Mais il doit alors le faire complètement, en rendant tous les logements ou locaux raccordables sans discriminer entre ses futurs clients commerciaux et les autres – c'est-à-dire en les dotant tous d'un point de branchement optique relié au PM, auquel l'opérateur commercial que l'utilisateur choisira finalement n'aura plus qu'à le raccorder. Et l'opérateur exploitant l'infrastructure FttH doit ensuite faire droit aux demandes raisonnables d'accès de ses concurrents à cette infrastructure en « aval » du PM, pour qu'ils y proposent leurs services³.

2.2. Le principal enjeu pour le développement de la technologie n'est dès lors pas l'accès à une infrastructure préexistante, mais la dynamique de déploiement sur le territoire. C'est ici qu'intervient la distinction entre différentes zones que l'ARCEP a été chargée de définir⁴ : des zones « *très denses* » (ZTD, aujourd'hui 106 communes situées en cœur d'aire métropolitaine, avec 6,5 millions de locaux potentiellement raccordables soit 17 % du total français) où le déploiement est laissé à la libre initiative des opérateurs privés, dès lors qu'il est en principe rentable pour eux ; et des zones « *moins denses* » (ZMD), elles-mêmes divisées entre zones d'initiative privée, où les opérateurs prennent des engagements opposables de couverture, et zones d'initiative publique où le déploiement est assuré par les collectivités territoriales.

Dans le cadre de la régulation symétrique, le schéma d'implantation que doivent respecter les infrastructures FttH dépend aussi de la zone concernée : en ZTD, le PM est situé en pied d'immeuble lorsque celui-ci comporte plus de 12 logements ou locaux, et dans la rue pour desservir environ 100 logements ou locaux dans les autres cas. Des « *poches de basse densité* » sont toutefois délimitées au sein des ZTD, correspondant aux quartiers de petits immeubles et de pavillons, et dans ces poches, comme en ZMD, chaque PM dessert 300 à 1000 logements ou locaux.

2.3. Selon l'observatoire des marchés des communications électroniques, placé auprès de l'ARCEP, au 3^e trimestre 2021, le taux de couverture en fibre optique est en moyenne de 87 % dans les ZTD, mais avec de fortes disparités selon la commune et au sein de chaque commune⁵.

Mais surtout, depuis le 5^e cycle de régulation (2017-2020), l'ARCEP s'inquiète particulièrement de ce que les locaux qui restent non raccordables en ZTD incluent de nombreux locaux *professionnels* et surtout des immeubles « *purs entreprise* », de sorte que de nombreuses entreprises restent à l'écart des offres les plus performantes en THD et qu'à l'inverse, le marché des services THD aux entreprises en voit son développement bridé. C'est cette préoccupation qui est à l'origine l'irruption de la régulation *asymétrique* en matière d'accès à la BLO et du présent litige.

³ Voir notamment l'article L. 34-8-3 du CPCE.

⁴ Voir notamment l'article L. 33-13 du CPCE.

⁵ Ainsi, 96 % à Paris mais 58 % seulement à Lille.

Une première série d'obligations a ainsi été instaurée par la décision n° 2017-1347 du 14 décembre 2017, tendant à rendre les infrastructures de BLO déployées par Orange plus intéressantes à la fois pour les entreprises en position d'utilisateur final et pour les autres opérateurs susceptibles de leur proposer des services : l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès à cette BLO mutualisée « *pour répondre aux besoins du marché des entreprises* », c'est-à-dire éventuellement avec des engagements de qualité de service ; et l'obligation de proposer aux autres opérateurs une offre de gros leur permettant de revendre sous leur propre marque les offres de détail d'Orange à destination des entreprises.

Pour le 6^e cycle, la décision n° 2020-1446 du 15 décembre 2020 confirme ces obligations, qui n'ont pas été contestées. Mais l'autorité constate la persistance de la problématique de raccordement des locaux professionnels en ZTD (selon ses chiffres, à la date de la décision, environ 160 000 de ces locaux restent non raccordables sur un total de 560 000 locaux professionnels en ZTD).

3. C'est pour résoudre cette problématique que l'autorité ajoute une nouvelle obligation à la charge de l'opérateur dominant, par l'article 18 de la décision, qui est celui dont la société Orange vous demande l'annulation : cette société doit « *faire droit, dans les zones très denses, aux demandes de raccordement de local à usage professionnel à son infrastructure de réseau FttH dans un délai raisonnable qui ne peut en principe excéder six mois à compter de la demande de raccordement* ».

La longue présentation du contexte que nous avons estimé devoir faire vous permet, nous l'espérons, de mesurer qu'un pas important est franchi par rapport aux obligations énoncées en 2017. Celles-ci n'affectaient que les conditions d'exploitation par Orange de ses infrastructures de BLO mutualisées une fois celles-ci créées – de la même manière que l'obligation réciproque d'accès qui prévaut par ailleurs au titre de la régulation symétrique. La nouvelle obligation, en revanche, équivaut concrètement à une obligation de créer des infrastructures supplémentaires, en ZTD où par ailleurs n'existe aucun engagement de déploiement. Il suffit qu'une entreprise dont le local n'est pas encore raccordable à la fibre souhaite devenir cliente d'une offre fibre de l'un quelconque des opérateurs commerciaux (Orange compris, ou tout autre) pour qu'Orange doive donner suite à la demande de la raccorder. En pratique, cela signifie qu'Orange doit réaliser tout le branchement en « aval » du PM pour le local de cette entreprise et tous les autres logements ou locaux, au moins pour rendre ceux-ci raccordables, conformément à l'exigence de complétude dans le cadre de la régulation symétrique qui continue de s'appliquer. Selon le cas et le nombre de logements ou locaux concernés, cela pourra impliquer la réalisation de lignes supplémentaires sur un PM existant, la création d'un nouveau PM voire d'équipements de génie civil.

Orange n'échappe à l'obligation que si le local professionnel objet de la demande se trouve dans un immeuble pour lequel existe déjà une convention d'équipement en fibre optique signée avec un autre opérateur d'immeuble, ou situé dans une zone arrière de PM exploité par un autre opérateur d'immeuble. L'obligation ne s'impose pas non plus, en tout cas pas dans le délai de six mois, si la demande n'apparaît pas raisonnable c'est-à-dire, selon les exemples que donne l'ARCEP, si un opérateur concurrent demande le raccordement d'un trop grand

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

nombre de ses clients en même temps ou s'il existe un obstacle tel qu'une absence d'accord du syndicat des copropriétaires.

4. Selon la société Orange, une telle obligation revient à lui faire supporter la charge de l'achèvement du réseau fibre en ZTD et va au-delà de la résolution d'un problème concurrentiel. Selon l'un des moyens de la requête, cette obligation se trouverait même, par sa nature, hors du champ des obligations que l'autorité de régulation peut imposer au titre de la régulation asymétrique – question quasiment de compétence qu'il convient d'examiner en premier.

Les dispositions de l'article L. 38 du CPCE que nous avons citées, ainsi que celles de l'article D. 310 qui en précisent les modalités d'application, ne parlent que d'obligation pour l'opérateur dominant d'assurer « l'interconnexion » ou « l'accès » à des éléments de son réseau. Orange en déduit que ces obligations ne peuvent concerner que l'exploitation des infrastructures une fois qu'elles sont réalisées, mais que le régulateur ne peut aller jusqu'à prescrire dans ce cadre la création d'infrastructures nouvelles : il ne s'agirait alors plus d'accès mais d'extension du réseau – un type d'obligation qui peut exister par ailleurs, nous l'avons vu, mais sur un autre fondement comme la législation relative aux ZMD, et en ce cas avec une autre logique (les engagements de complétude du réseau pris par l'ensemble des opérateurs).

Toutefois, la notion d'accès doit s'interpréter ici dans le sens où le terme est employé par les directives dont il est repris. Or la CJUE a jugé qu'il peut « couvrir l'installation des branchements particuliers reliant le répartiteur d'un réseau d'accès et le point de terminaison du réseau chez l'utilisateur final » (19 juin 2014, *TDC A/S c/ Teleklagenævnet*, aff. C-556/12). Et le « répartiteur » est un équipement du réseau propre de chaque opérateur, faisant partir de son nœud de répartition optique (NRO), qui se situe *en amont* du PM. Dès lors, le PM et *a fortiori* la zone arrière de PM relèvent de l'accès au sens de cette jurisprudence. Il n'y a donc pas d'interdiction *de principe*, dans le cadre de la régulation asymétrique, des obligations imposant de déployer des infrastructures nouvelles de BLO.

5.1. Reste à apprécier si en l'espèce, l'obligation litigieuse est justifiée par un problème concurrentiel et proportionnée au regard de ce problème – c'est l'objet des autres moyens de la requête, et c'est ce qui a donné lieu à l'essentiel des échanges entre les parties, que votre 2^e chambre a jugé utile de compléter par une séance orale d'instruction dans le cadre de l'actuel dispositif expérimental.

Les motifs de la décision attaquée rappellent d'abord les constats que nous avons évoqués à propos des insuffisances dans le raccordement des locaux professionnels en ZTD et dans le développement du marché des services TDH aux entreprises. Elle poursuit en notant qu'Orange étant le principal contributeur aux déploiements, « sa détermination à y poursuivre ses déploiements est essentielle pour en assurer la couverture ». L'ARCEP estime cependant qu'il n'est pas certain qu'Orange soit incité à équiper les entreprises des zones très denses spontanément ou à la demande des opérateurs commerciaux intéressés, pour des raisons tenant précisément à sa position dominante. Celle-ci lui permettrait « d'arbitrer entre ses

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

différentes infrastructures », en clair d'imposer son propre « agenda » de déploiement de la boucle FttH. L'opérateur limiterait ainsi les opportunités de migration des entreprises vers les offres de détail qu'elle permet : elles se verraient obligées de rester clientes d'offres utilisant la boucle locale cuivre ou de souscrire des offres sur la BLOD, deux segments de marché qui restent dominés par Orange en tant qu'opérateur commercial de détail d'offres destinées aux entreprises. Si l'on combine cela au fait qu'en termes de rémunération de l'opérateur d'infrastructure, la BLOD est plus intéressante que la boucle mutualisée, Orange assurerait par ce biais une optimisation de ses revenus à la fois sur les offres en gros et en détail.

5.2. Toutefois, nous peinons à identifier là un problème concurrentiel établi et de nature à justifier l'obligation imposée en l'espèce. Il y a en effet dans cette démonstration de l'ARCEP des éléments documentés et convaincants, d'autres documentés mais plus discutables et d'autres enfin qui restent hypothétiques, or ce sont précisément ces derniers qui assurent la cohérence du raisonnement.

Ce qui est documenté et peu contestable, et d'ailleurs pas contesté par Orange, c'est sa position d'opérateur dominant en ce qui concerne les infrastructures FttH, position qui résulte de ses investissements massifs ces dernières années dans ce champ. La majorité des nouveaux raccordements sont le fait de cet opérateur.

Ce qui est documenté mais plus discutable, et d'ailleurs davantage discuté, c'est la situation à l'autre extrémité du raisonnement, c'est-à-dire la position dominante d'Orange sur le marché de détail des services à destination des entreprises, et plus particulièrement sur les segments que son comportement favorise selon l'analyse de l'ARCEP. En effet, si ses parts de marché restent importantes pour les offres « haute qualité » par la boucle cuivre et les offres BLOD, de l'ordre de 40 % et 30 % respectivement, elles sont en nette diminution par rapport à 2017, et ses parts de marché dans les ZTD sont inférieures à ses parts de marché nationales.

Enfin et surtout, c'est le lien entre les deux qui ne nous paraît pas démontré. A la différence de ce qui se passe pour la boucle cuivre, la position dominante d'Orange sur la BLO ne constitue par elle-même aucun obstacle à ce que d'autres opérateurs d'infrastructure rendent raccordables les immeubles qui ne le sont pas encore, et fassent ainsi prévaloir un autre « agenda » de déploiement que celui d'Orange.

5.3. Quant à cet « agenda », rien n'établit non plus qu'il soit dicté par l'objectif supposé d'optimiser les revenus de l'opérateur par un « arbitrage entre les infrastructures ». A vrai dire, l'instruction de l'affaire nous a plutôt convaincu qu'il répond en premier lieu à d'autres considérations.

Dans la discussion sur la proportionnalité de l'obligation litigieuse, les parties ont proposé chacune une estimation de la charge que sa mise en œuvre représente pour Orange. Ces estimations divergent considérablement, 5 M€ par an selon l'ARCEP et 200 M€ selon Orange, étant construites à partir d'hypothèses elles-mêmes très éloignées quant au nombre d'entreprises qui demanderont le raccordement et au rythme auquel elles le feront, ainsi qu'à l'ampleur moyenne des éléments d'infrastructure à réaliser. Nous nous garderons de trancher

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

le débat de chiffres. Mais les deux méthodes d'estimation ont en commun de rechercher le surcoût par rapport à la charge du déploiement d'infrastructures FttH qu'Orange prévoit en parallèle de la fermeture de son réseau cuivre à échéance de 2030. Orange fait ainsi notamment valoir, de manière documentée, que s'il lui faut raccorder certains immeubles *plus tôt* que prévu pour ce déploiement, le surcoût tiendra au fait que le prix unitaire du raccordement d'un immeuble est sensiblement plus élevé s'il s'agit d'un immeuble isolé que si l'on procède au raccordement en masse de toute une zone.

Nous en tirons deux enseignements. Le premier est que si la fermeture du réseau cuivre doit de toute façon s'accompagner d'une couverture intégrale en FttH, quel que soit l'opérateur, la problématique qui a motivé l'obligation litigieuse est à relativiser. Le second est que la logique suivie pour le déploiement du réseau d'Orange apparaît davantage être une logique industrielle d'optimisation des coûts qu'une logique commerciale d'optimisation des revenus.

6. Nous n'irons en revanche pas plus loin dans l'appréciation de la proportionnalité dès lors que, vous l'aurez compris, ces considérations nous confortent dans l'idée qu'il faut s'arrêter en amont même de cette question : l'existence de l'obstacle au développement d'une concurrence effective qui serait susceptible de justifier les obligations litigieuses ne nous paraît pas démontré. Par suite, l'obligation litigieuse ne peut être imposée par le régulateur sur le fondement des articles L. 37-1, L. 37-2 et L. 38 du CPCE.

PCMNC :

- A l'annulation de l'article 18 de la décision de l'ARCEP du 15 décembre 2020 ;
- Et à ce que la somme de 4 000 € soit mise à la charge de l'Etat, à verser à la société Orange, au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.