

N° 467719

Association du lotissement du domaine d'Avoriaz (ALDA)

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 24 mai 2023

Lecture du 19 juin 2023

CONCLUSIONS

M. Clément MALVERTI, Rapporteur public

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

Alors que la boucle locale en cuivre avait été déployée par un monopole public, la Direction générale des télécommunications devenue France Télécom, la fibre a quant à elle été mise en œuvre dans un marché ouvert à la concurrence.

Dans ce contexte, il est vite apparu que le déploiement par les différents acteurs du marché de leur propre boucle locale optique serait techniquement irrationnel, conduisant à superposer inutilement plusieurs réseaux de fibre jusqu'à l'abonné et à multiplier les travaux dans les immeubles concernés.

Dès la loi (n° 2008-776) du 4 août 2008, le législateur français a donc fait le choix d'autoriser un partage des réseaux FttH, en posant un principe de mutualisation de leur partie terminale, c'est-à-dire celle qui va jusqu'aux utilisateurs finaux. On parle de régulation symétrique, car elle s'applique à tous, par opposition à la régulation asymétrique, qui impose aux seuls opérateurs détenant un pouvoir de marché significatif, généralement les anciennes entreprises publiques, de donner accès à certains éléments de leur réseau afin que les nouveaux entrants puissent, eux aussi, proposer à leurs clients un service de bout en bout.

Ainsi, l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), issu de la loi de 2008, prévoit que toute personne qui déploie un réseau FttH doit permettre aux autres opérateurs d'accéder, en un point situé en principe « *hors des limites de propriété et permettant le raccordement effectif* » de ces opérateurs, à la partie terminale de ce réseau,

« dans des conditions transparentes et non discriminatoires » et selon des modalités « économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables ». L'objectif est ainsi d'éviter une multiplication inutile des réseaux de fibre optique, tout en permettant aux utilisateurs finaux de choisir leur opérateur sans être captif de celui ayant installé la fibre.

Pour le reste, l'article L. 36-6 renvoie à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) le soin de préciser les conditions d'une telle mutualisation, notamment l'endroit exact où doit se situer le point de mutualisation (PM), c'est-à-dire le lieu où l'opérateur qui déploie le réseau de fibre mutualisé, appelé « opérateur d'immeuble ou « opérateur d'infrastructure », donne accès à ce réseau aux autres opérateurs, appelés « opérateurs commerciaux », afin qu'ils puissent fournir à l'abonné un service de détail en très haut débit.

Par deux décisions des 22 décembre 2009 (n° 2009-1106) et 14 décembre 2010 (n° 2010-1312), l'ARCEP a donc fixé un certain nombre d'obligations pesant sur les opérateurs d'infrastructure souhaitant déployer un réseau local fibre afin d'éviter que leurs choix techniques limitent les possibilités pour les concurrents de fournir des services sur le réseau, étant précisé que de tels choix, qui correspondent à des travaux relativement lourds, sont difficilement réversibles.

Ces décisions prévoient, de manière générale, l'obligation pour l'opérateur d'infrastructure d'offrir aux autres opérateurs l'accès aux lignes en fibre optique, au niveau du point de mutualisation, dans des conditions raisonnables, objectives, transparentes et non discriminatoires. Elles précisent en outre qu'à cette fin, l'opérateur d'infrastructure doit, avant le déploiement de la partie terminale du réseau, publier une offre d'accès, détaillant ses conditions techniques et tarifaires, sur la base desquelles les opérateurs concluront leurs accords de mutualisation.

S'agissant des choix techniques à privilégier, et notamment de l'emplacement du point de mutualisation, l'ARCEP distingue selon que le réseau local est déployé dans des « zones très denses » (ZDT) ou dans les zones dites « moins denses » (ZMD).

Les premières regroupent les communes densément peuplées dans lesquelles il est économiquement viable pour plusieurs opérateurs de déployer leurs propres infrastructures au plus près des logements et où le déploiement est effectué exclusivement par les opérateurs privés¹. Dans ces zones, le point de mutualisation est en principe situé en pied d'immeuble lorsque celui-ci comporte plus de 12 logements ou locaux professionnels, ou dans la rue pour desservir environ 100 locaux dans les autres cas.

Les ZMD regroupent quant à elles les communes dans lesquelles 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 d'assurer, dans ces zones, une complémentarité entre les déploiements publics et privés, le gouvernement a lancé en 2011 un appel à manifestation d'intentions

¹ 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

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).

Dans l'ensemble des ZMD, qu'elles relèvent ou non de la zone AMII, le point de mutualisation doit en principe regrouper au minimum 1000 logements ou locaux à usage professionnel afin de permettre le raccordement des opérateurs tiers dans des conditions économiques raisonnables et limiter le nombre de points à raccorder par les opérateurs commerciaux tiers pour accéder au réseau. Par dérogation, lorsque l'opérateur d'infrastructure propose un accès plus haut dans le réseau, au niveau d'un point de raccordement distant mutualisé (PRDM) regroupant au moins 1000 lignes, les points de mutualisation peuvent alors regrouper au minimum 300 lignes, voire moins en cas de situation exceptionnelle qu'il appartient à l'opérateur d'infrastructure de démontrer.

L'affaire qui vient d'être appelée vous invitera à préciser le champ et les modalités de mise en œuvre de cette obligation de mutualisation.

1. L'Association du lotissement du domaine d'Avoriaz (ALDA) est une association syndicale libre (ASL) qui assure l'acquisition, la gestion et l'entretien des terrains et équipements communs du lotissement du domaine d'Avoriaz, station de ski située sur le territoire de la commune de Morzine, en Haute Savoie. Ce lotissement, d'une superficie totale de 58 hectares, couvre la totalité du village d'Avoriaz et comporte environ 5 000 lots, dont une centaine à usage professionnel. Il se situe dans une ZMD relevant de l'initiative publique, aucun opérateur privé n'ayant manifesté son intention d'y déployer la fibre.

Afin de pallier cette carence de l'initiative privée, et sans attendre le déploiement d'un réseau d'initiative publique, l'ALDA s'est engagée en 2016 dans la rénovation de son réseau de communications électroniques, afin de remplacer ses câbles coaxiaux en cuivre par de la fibre optique et offrir ainsi un service internet à très haut débit aux propriétaires du lotissement.

Ce nouveau réseau, construit selon la même architecture que le réseau coaxial historique, est composé de trois segments interconnectés ;

- une partie « horizontale », dont l'ALDA est maître d'ouvrage, reliant la tête de réseau, qui héberge les équipements actifs de l'association, aux points de raccordement technique (PRT), également appelés « boîtiers de pied d'immeuble », situés en général au sous-sol de chaque immeuble collectif desservi ;
- une partie « verticale », également dénommée « colonne montante », dont le syndicat des copropriétaires de l'immeuble collectif concerné est maître d'ouvrage, qui permet de relier le PRT à un point de branchement optique (PBO) situé à chaque étage de l'immeuble par un câble abritant une fibre par local à desservir ;

- enfin, une partie « terminale », assurant le raccordement final de l'utilisateur, dont la réalisation est financée par chaque copropriétaire ou résident et réalisée sous sa responsabilité, qui permet de relier le PBO situé à son étage à la prise terminale optique se trouvant dans son local et auquel son modem est connecté.

Par ce réseau, l'ALDA fournit à ses membres un accès internet dont le coût de fonctionnement est couvert par une cotisation annuelle de 99 centimes d'euro par mètre carré, acquittée indépendamment de son utilisation effective par les membres de l'association au titre des charges générales.

En 2020, les sociétés Net and You et Real Project Partner, qui souhaitent conjointement proposer des offres internet à très haut débit aux résidents du lotissement, ont demandé à l'ALDA de leur donner accès à son réseau.

L'ALDA, estimant que l'obligation de mutualisation prévue l'article L. 34-8-3 du CPCE ne lui était pas applicable, n'a pas fait droit à ces demandes.

En octobre de l'année suivante, les sociétés Net and You et Real Project Partner ont conjointement saisi l'ARCEP d'une demande d'ouverture d'une procédure de sanction en application de l'article L. 36-11 afin que l'ALDA respecte ses obligations.

Par une décision du 19 juillet 2022, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (RDPI) de l'ARCEP, après une instruction qui s'est déroulée sur plusieurs mois, a mis en demeure l'ALDA de respecter l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès au réseau FttH déployé sur le lotissement du domaine d'Avoriaz et de publier une offre d'accès conformément à l'article L. 34-8-3 du CPCE et aux articles 6, 8 et 10 de la décision de 2010, au plus tard le 19 juillet 2023, ainsi que de justifier du respect de cette échéance au plus tard le 19 septembre 2023.

Par une ordonnance du 24 octobre dernier, votre juge des référés, saisi par l'ALDA sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, a prononcé la suspension de cette mise en demeure, au motif qu'était propre à créer un doute sérieux quant à sa légalité le moyen tiré de ce qu'en imposant à l'ALDA de se conformer aux obligations résultant de l'article L. 34-8-3 du CPCE et des décisions prises pour son application, en particulier à l'obligation de réaliser des points de mutualisation en-dehors de l'emprise des propriétés privées desservies, l'ARCEP a pris une décision qui n'est pas raisonnable et proportionnée au regard des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du code, en particulier l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs « *au bénéfice des utilisateurs* ».

Vous êtes aujourd'hui invités à statuer au fond sur le recours de l'ALDA dirigé contre la mise en demeure qui lui a été adressée.

2. Par un premier moyen, l'ALDA soutient que l'ARCEP s'est fondée sur des faits matériellement inexacts et a commis une erreur de qualification juridique en estimant que son réseau était de type FttH et qu'il était dès lors soumis à l'obligation de mutualisation prévue à l'article L. 34-8-1.

Au soutien de ce moyen, l'ALDA fait valoir que son réseau ne couvre que la partie horizontale allant de la tête de réseau jusqu'au point de raccordement de chaque immeuble, le déploiement de la section verticale desservant les logements étant laissé à l'initiative des seuls

copropriétaires, lesquels peuvent donner accès à leur colonne montante à un autre opérateur que l'ALDA. Elle en déduit qu'elle ne saurait être qualifiée d' « opérateur d'immeuble » au sens de la réglementation et que son réseau serait *sui generis* au regard de ses particularités, de sorte que les exigences issues de l'article L. 34-8-1 ne lui seraient pas applicables.

A l'instar de votre juge de référés, nous ne sommes pas convaincus par cette argumentation.

Rappelons que l'article L. 34-8-1 s'applique à « *toute personne établissant ou ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final (...)* ».

Or, il est constant que le réseau mis en œuvre par l'ALDA repose sur l'utilisation de la fibre optique et a bien pour finalité de desservir les différents lots du lotissement d'Avoriaz en vue de la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit aux utilisateurs finaux. Cette circonstance suffit à faire entrer le réseau de l'ALDA dans le champ de l'article L. 34-8-3 et donc à lui rendre applicables les exigences qui en résultent.

En outre, contrairement à ce qui est soutenu, l'ALDA joue un rôle décisif dans la mise en œuvre des sections verticales de son réseau. En effet, par l'intermédiaire de son prestataire le GIE Sumnet, elle effectue et valide le raccordement des sections verticales aux points de raccordement technique, dont elle est propriétaire, afin de garantir la bonne connexion de ces parties du réseau à la section horizontale.

Enfin, la circonstance que l'ALDA n'est pas une entreprise commerciale est tout à fait indifférente, l'obligation de mutualisation fixée par la loi ayant vocation à s'appliquer à tout personne déployant un réseau en fibre optique, qu'un tel déploiement soit ou non effectué dans un but lucratif.

Dès lors, en estimant que le réseau de l'ALDA entrerait dans le champ de l'article L. 34-8-3 et en qualifiant cette association d'opérateur d'infrastructure de ce réseau, l'ARCEP ne s'est pas fondée sur faits matériellement inexacts et n'a pas fait une inexacte application de ces dispositions.

3. Il est ensuite soutenu qu'en imposant à l'ALDA de se conformer aux obligations résultant de l'article L. 34-8-3 et des décisions prises pour son application, en particulier à celle de réaliser des points de mutualisation en-dehors de l'emprise des propriétés privées desservies, l'ARCEP a pris une décision qui n'est pas raisonnable et proportionnée au regard des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du code, en particulier l'exercice d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs « *au bénéfice des utilisateurs* ».

A l'appui de ce moyen, elle fait valoir que le respect de la mise en demeure litigieuse impliquerait des travaux de mise aux normes évalués à environ 1,2 millions d'euros, soit peu ou prou le budget annuel de l'ALDA. De tels travaux seraient à ses yeux déraisonnables dans la mesure où :

- d'une part, un réseau public à très haut débit jusqu'à l'abonné est en cours de déploiement dans le domaine d'Avoriaz, à l'initiative du syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de Haute-Savoie (SYANE), avec une mise en

service prévue cette année, ce qui permettra aux opérateurs commerciaux intéressés d'avoir accès à une boucle locale optique mutualisée ;

- d'autre part, que son réseau permet un accès internet pour un coût très bas, dans une zone de résidences secondaires où les intéressés sont peu enclins à souscrire des abonnements annuels auprès d'opérateurs commerciaux ;
- enfin, que la société Net and You, agissant conjointement avec la société Real Project Partner, est le seul opérateur commercial ayant à ce jour manifesté un intérêt pour la fourniture de services de communications électroniques aux résidents du lotissement du domaine d'Avoriaz.

C'est ce moyen, on l'a dit, qui avait justifié aux yeux de votre juge des référés la suspension de la décision litigieuse, lequel avait en substance estimé que dans les circonstances particulières de l'espèce et au regard du coût des travaux nécessaires pour exécuter la mise en demeure, celle-ci n'était pas raisonnable et proportionnée au regard de l'objectif mentionné d'une concurrence effective et loyale entre opérateurs « *au bénéfice des utilisateurs* ».

Nous allons, pour notre part, vous proposer d'écarter le moyen.

3.1. C'est que depuis l'ordonnance de votre juge des référés, l'instruction au fond de l'affaire et la séance orale d'instruction que votre 2^e chambre a tenue en février dernier ont permis aux parties de lever certaines zones d'ombre, et notamment à l'ARCEP de préciser la portée qu'elle entend donner à sa mise en demeure.

L'Autorité a ainsi indiqué que la mise en demeure impliquait uniquement que l'ALDA fournisse aux opérateurs qui le demandent un accès aux lignes déployées jusqu'à l'utilisateur final à partir de points de mutualisation et de publier une offre précisant les modalités de cet accès, sans imposer à l'ALDA aucune architecture de réseau déterminée.

Cette dernière précision nous semble décisive car elle confirme que le cadre symétrique de l'accès aux lignes FttH fixé par l'ARCEP dans ses décisions de 2009 et 2010 n'est pas d'une rigidité telle qu'il dispenserait l'Autorité d'un examen circonstancié de chaque situation. Dans le dernier état de ses écritures, l'ARCEP indique ainsi être prête à valider une architecture déjà existante qui ne respecterait pas en tous points le cadre réglementaire et à apprécier le caractère raisonnable d'une demande en tenant compte des travaux d'adaptation du réseau à réaliser, de l'ancienneté de celui-ci, de son architecture et des investissements déjà engagés par l'opérateur d'infrastructure. Autrement dit, le cadre symétrique défini par l'ARCEP ne l'exempte pas de prendre en compte l'ensemble des circonstances pertinentes de la situation qui lui est soumise, ce qui, le cas échéant, peut la conduire à déroger aux critères qu'elle a fixés².

Il en résulte que la mise en demeure litigieuse a uniquement pour objet de rappeler que le réseau de l'ALDA est bien un réseau FttH, que l'association en constitue l'opérateur d'infrastructure, qu'elle est donc pleinement soumise à l'exigence de mutualisation posée par

² v. pour un raisonnement similaire s'agissant de la portée de lignes directrices, CE, 20 mars 2017, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes*, n° 401175, A

le I de l'article L. 34-8-3 et qu'elle doit à ce titre proposer aux opérateurs qui le demandent un accès à son réseau et en publier les modalités.

3.2. Ainsi appréhendée, la mise en demeure litigieuse nous semble à l'abri d'une quelconque censure de votre part.

D'une part, l'argument tiré du coût des travaux qui seraient nécessaires pour exécuter la mise en demeure, dont l'évaluation par l'ALDA à plus d'un million d'euros est au demeurant sujette à caution, ne porte plus, car rien ne permet d'affirmer que de telles modifications du réseau sont nécessairement impliquées par la mise en demeure. Il appartiendra à l'ALDA de déterminer puis de publier les modalités d'accès à son réseau et, en cas de contestation par les opérateurs commerciaux intéressés, à l'ARCEP de contrôler la conformité de ces conditions aux prescriptions législatives ainsi qu'au cadre général issu de ces décisions de 2009 et 2010 en tenant compte des spécificités du réseau de l'ALDA ainsi que du coût des travaux qu'impliqueraient d'autres modalités d'accès.

D'autre part, si rien en théorie n'exclut de contrôler le caractère raisonnable et proportionné d'une mise en demeure, il serait à nos yeux difficile de censurer sur ce terrain une mise en demeure qui en réalité se borne à ordonner à l'ALDA de respecter la loi et les mesures prises pour son application. En effet, il est à nos yeux acquis, nous l'avons dit, que l'exigence de mutualisation posée par ces normes s'applique à l'ALDA en tant qu'opérateur d'infrastructure, et celle-ci ne conteste pas, par la voie de l'exception, le cadre symétrique fixé par l'ARCEP dans ses décisions de 2009 et 2010. Dans ces conditions, nous pensons que le choix qui s'offrait à l'ALDA était en réalité binaire : soit prononcer une mise en demeure de respecter la règle du jeu, soit, en pure opportunité et au regard des circonstances de l'espèce, ne rien faire. De sorte que l'exercice en l'espèce d'un contrôle de proportionnalité sur la substance même de la mise en demeure reviendrait à contrôler l'appréciation par l'ARCEP de l'opportunité de poursuivre, ce à quoi nous peinons à nous résoudre compte tenu de la grande marge d'appréciation qui nous semble devoir en la matière être laissée à l'administration, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une autorité de régulation.

Enfin, censurer la mise en demeure litigieuse reviendrait nécessairement à exempter un réseau FttH du cadre de régulation symétrique défini par le législateur et l'ARCEP. Or, nous sommes incapables de mesurer les effets de bord qu'une telle exemption serait susceptible d'entraîner, étant précisé que dans ses observations présentées devant vous, le SYANE indique explicitement qu'il pourrait dans cette hypothèse renoncer à déployer son réseau d'initiative publique.

Pour toutes ces raisons, nous vous proposons d'écarter les moyens tirés de ce que la mise en demeure litigieuse ne serait ni raisonnable ni proportionnée et, en tant qu'elle n'aurait pas tenu compte des circonstances particulières de l'espèce, serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

4. Si vous nous suivez, vous rejetterez la requête et, ce faisant, mettrez fin à l'effet de la décision de suspension de votre juge des référés, la mise en demeure litigieuse retrouvant alors en principe application dès le prononcé de votre décision.

Or, la mise en demeure, qui date du 19 juillet 2022, a accordé à l'ALDA un délai d'un an, expirant donc le 19 juillet 2023, pour se mettre en conformité, et lui impose d'en justifier

auprès de l'ARCEP au plus tard le 19 septembre 2023. Si bien qu'à s'en tenir à l'effet rétroactif de votre décision de rejet, l'ALDA ne disposerait, à la date de votre décision, que de quelques semaines pour faire droit aux demandes raisonnables d'accès au réseau FttH déployé sur le lotissement du domaine d'Avoriaz et de publier une offre d'accès, alors que l'ARCEP avait entendu lui laisser une année pleine pour ce faire.

La brièveté d'un tel délai entraînerait des difficultés de mise en œuvre qui à nos yeux justifient qu'en application de votre jurisprudence *Société Techna SA*³ et au nom du principe de sécurité juridique, vous modifiez dans le temps les effets de votre décision afin d'accorder à l'ALDA un délai suffisant pour exécuter la mise en demeure litigieuse.

Bien que vous n'y étiez pas tenus⁴, vous avez recueilli sur ce point les observations des parties, lesquelles, en substance, vous invitent au minimum à accorder à l'ALDA le même délai que celui octroyé par la mise en demeure litigieuse pour se mettre en conformité.

L'ALDA précise pour sa part que si le rejet de sa requête devait impliquer des travaux trop coûteux pour être effectués, elle serait conduite à supprimer son réseau et, par suite, qu'il serait opportun de lui laisser pour ce faire un délai de deux ans afin de s'assurer que le réseau public du SYANE est pleinement déployé et donc en mesure de prendre le relais. Mais nous n'en sommes pas là car, on l'a dit, la mise en demeure litigieuse n'implique, à ce stade, aucune architecture de réseau déterminée, mais uniquement pour l'ALDA de fixer et publier des modalités raisonnables d'accès à son réseau.

Or, pour ce faire, le délai d'un an initialement octroyé par l'ARCEP nous semble pleinement adapté, aucune circonstance n'étant invoquée par les parties qui justifierait de l'écourter ou de le rallonger.

PCMNC au rejet de la requête et à ce que vous précisiez que les délais de 12 et 14 mois impartis à l'ALDA par la mise en demeure pour, d'une part, faire droit aux demandes raisonnables d'accès à son réseau et publier une offre d'accès et, d'autre part, en justifier auprès de l'ARCEP, courent à nouveau à compter de la notification de votre décision.

³ CE, Sect., 27 octobre 2006, *Société Techna S.A. et autres*, n°s 260767 260791 260792, A

⁴ CE, 17 février 2012, *Mme A... et autres*, n°s 349431 et a., B