

Décision n° 2024-1286-RDPI
de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 18 juin 2024
se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la
société Netalis dans le cadre du différend l’opposant à la société Orange

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel.
Les données et informations protégées par la loi sont présentées
de la manière suivante : [SDA : ...]

L’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l’Arcep »),

Vu la directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu la recommandation de la Commission européenne n°2010/572/UE du 20 septembre 2010 sur l’accès réglementé aux réseaux d’accès de nouvelle génération ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 36-8, L. 38, R. 11-1 ;

Vu la décision n° 2023-2801 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 décembre 2023 portant sur la définition du marché de fourniture en gros d’accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, sur la désignation d’un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre ;

Vu la décision n°2023-2820 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 décembre 2023 modifiant la décision n°2017-1488 du 14 décembre 2017 définissant les conditions économiques de l’accès aux infrastructures de génie civil de boucle locale d’Orange ;

Vu la décision n°2019-1685 de l’Autorité en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement d’un différend, accompagnée d’une demande de mesures conservatoires, enregistrée le 11 mars 2024, présentée par la société Netalis, société par Actions Simplifiées au capital de 85 390 €, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Besançon sous le numéro 812 132 512, dont le siège social se situe au 4 Chemin de l’Ermitage 25000 Besançon, représentée par M. Nicolas GUILLAUME, son président ;

La demande de Netalis est relative aux conditions tarifaires du contrat d’accès aux installations de génie civil et d’appuis aériens d’Orange pour la boucle locale optique « GC-BLO ». La société Netalis

demande à titre principal à l'Autorité d'enjoindre à Orange de modifier par avenant ledit contrat afin de prévoir un préavis minimum de douze mois pour toute évolution tarifaire dépassant le niveau de l'inflation et de lisser la hausse tarifaire en plusieurs échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse de marchés ;

Au titre des mesures conservatoires, la société Netalis demande à l'Autorité d'enjoindre à la société Orange de reporter au 1^{er} mars 2025 la hausse tarifaire annoncée au 1^{er} février 2024 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2024.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

Netalis soutient que l'Autorité est compétente pour examiner sa demande de mesures conservatoires tendant à ce que les conditions d'ordre financier du contrat d'accès au génie civil « GC-BLO » soient modifiées pour mettre fin à une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques.

Netalis estime que l'échec des négociations est caractérisé dès lors qu'il a adressé le 19 février 2024 un courrier à Orange lui proposant d'engager des négociations sous huit jours et que, par courrier en date du 27 février 2024, il a pu prendre acte de l'absence de réponse d'Orange à l'issue du délai fixé.

Sur le fond,

Netalis soutient notamment d'une part, que l'augmentation brutale et importante des tarifs, faute d'avoir été mise en place dans des conditions raisonnablement prévisibles, comme recommandées par la Commission européenne, est constitutive d'une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques. En particulier, Netalis fait en substance valoir que cette augmentation porte atteinte à plusieurs des objectifs de régulation fixés à l'article L. 32-1 du CPCE. En particulier, selon Netalis la capacité des opérateurs alternatifs à contribuer à la réalisation de chacun de ces objectifs est compromise, faute pour eux d'être en mesure de « *répercuter à brève échéance* »¹ la hausse tarifaire qui leur est imposée. En outre, Netalis considère notamment que la hausse tarifaire ne serait pas conforme « *aux règles posées par l'article L. 32-1 III* »² dès lors qu'Orange en tant qu'exploitant de réseaux d'initiative publique pourra solliciter auprès de ses délégataires une compensation de la surcharge liée à cette hausse.

D'autre part, Netalis considère que les modalités de la hausse portent une atteinte grave et immédiate au modèle économique des opérateurs intervenant sur le marché de gros, des réseaux d'initiative publique ainsi qu'à l'intérêt des consommateurs finals.

Par ailleurs, Netalis indique que sa demande est également strictement limitée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence dès lors qu'en demandant de reporter la hausse au 1^{er} mars 2025, Netalis ne prive nullement Orange de son droit de faire évoluer ses tarifs.

Vu le courrier du 14 mars 2024 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à la société Orange la demande de règlement de différend de la société Netalis ;

Vu les courriers du 27 mars 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu les observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 12 avril 2024, présentées par la société Orange, société Anonyme au capital de 10 640 226 396 €, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 380 129 866, dont le siège social est situé 111 quai du

¹ Cf. page 17 de la saisine de Netalis.

² Cf. page 18 de la saisine de Netalis.

Président Roosevelt, 92449 Issy-Les-Moulineaux cedex, représentée M. Philippe BEGUIN, directeur des affaires réglementaires ;

Orange demande à l'Autorité de rejeter la demande de Netalis au titre des mesures conservatoires.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

Orange soutient pour sa part que les demandes de Netalis sont irrecevables au sens de l'article L. 36-8 du CPCE. A cet égard, Orange soutient, d'une part, que la demande de Netalis de reporter au 1^{er} mars 2025 la première échéance de l'évolution tarifaire annoncée par Orange revient à remettre directement en cause le cadre réglementaire fixé par l'Arcep pour les années 2024-2028 et, d'autre part, que la demande de Netalis, en tant qu'elle vise la suspension des conditions de l'offre d'Orange, ne saurait s'apparenter à une demande visant pour l'Arcep à « *préciser les conditions techniques et tarifaires* » pour la période considérée par le litige.

Par ailleurs, Orange fait valoir que la demande de mesures conservatoires formulée par Netalis est irrecevable. A cet égard, Orange considère que l'irrecevabilité, faute d'échec des négociations des demandes au fond, entache la recevabilité de la demande formulée à titre accessoire. Orange estime en outre que la demande au titre des mesures conservatoires n'est pas l'accessoire de la demande au fond dès lors qu'elle conduit l'Arcep à préjuger de la solution au fond. Enfin, Orange fait valoir que les demandes de Netalis sont « *par [leur] nature-même* » irrecevables en ce qu'elles remettraient en cause le principe de la liberté d'entreprendre en privant Orange pendant douze mois « *de sa capacité de faire évoluer ses offres quand bien même il n'existe aucun cadre réglementaire ex ante limitant cette liberté sur une telle durée* »³.

Sur le fond, Orange soutient d'abord que la demande formulée par Netalis doit être rejetée en ce qu'elle ne répond à aucune des conditions cumulatives justifiant le prononcé de telles mesures conservatoires.

En premier lieu, Orange estime que Netalis n'apporte aucun élément circonstancié de nature à démontrer l'existence d'une atteinte grave aux règles régissant le secteur des communications électroniques.

A cet égard, Orange estime notamment qu'en invoquant la méconnaissance des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, Netalis procède à une double confusion, d'une part, entre ses demandes principales et sa demande accessoire et, d'autre part, entre le pouvoir général de régulation de l'Arcep et son pouvoir au titre de l'article L. 36-8 du CPCE.

Orange considère également que la hausse tarifaire annoncée pour l'année 2024, mise en place dans le strict respect du cadre réglementaire imposé par l'Arcep, était suffisamment prévisible pour les acteurs clients de l'offre « GC-BLO », et ce dès l'été 2023, sur la base des données publiques disponibles sur le site de l'Arcep. En outre, Orange considère que les opérateurs étaient en mesure d'anticiper la modification de la clé d'allocation prévue par la décision n°2023-2820 précitée de même que l'impact sur les tarifs de la transition du cuivre vers la fibre. Par ailleurs, Orange fait valoir que la hausse ne prive pas Netalis de l'accès aux infrastructures de génie civil d'Orange et donc de la continuité de son activité.

En deuxième lieu, Orange soutient en substance que Netalis, qui n'apporte aucun élément circonstancié relatif à l'impact direct et immédiat de la hausse sur sa situation économique ou sur son plan d'affaires, ne justifie d'aucune urgence au soutien de sa demande de mesures conservatoires.

³ Cf. page 10 des premières observations en défense d'Orange.

Orange fait ensuite valoir que Netalis disposait de toutes les informations nécessaires pour calculer et prévoir la hausse appliquée au 1^{er} mars 2024 et aurait pu adapter son plan d'affaires pour préserver son modèle économique.

Enfin, Orange considère notamment que la hausse des tarifs ne peut constituer une atteinte grave et immédiate au modèle économique de Netalis alors que les montants dus à Orange ne représentent qu'entre 1 et 2% de son chiffre d'affaires et que la « *supposée impossibilité de répercuter les hausses* »⁴ sur ses propres clients n'est pas imputable à Orange, mais relève de la stratégie commerciale et industrielle de Netalis.

Vu les observations en réplique, enregistrées à l'Autorité le 26 avril 2024, présentées par la société Netalis ;

La société Netalis, complète sa demande initiale en demandant à l'Autorité d'enjoindre à Orange de « *reporter au 1^{er} mars 2025 l'entrée en vigueur de la hausse annoncée aux opérateurs par Orange le 1^{er} février 2024, sous forme de 3 échéances (1^{er} mars 2025, 1^{er} janvier 2026, 1^{er} janvier 2027)* ».

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

Netalis maintient que l'Autorité est compétente pour trancher le différend qui l'oppose à la société Orange en application de l'article L. 36-8 I du CPCE dès lors que sa demande porte sur l'exécution d'une convention d'accès.

Netalis soutient que, compte-tenu du courrier en date du 8 mars 2024 par lequel Orange a explicitement refusé la demande formulée au titre de mesures conservatoires par Netalis, l'échec des négociations est caractérisé.

Sur le fond,

Dans un liminaire, Netalis rappelle que sa demande ne « *cherche nullement à suspendre la décision n°2023-2820 de l'Autorité* »⁵.

En premier lieu, Netalis soutient notamment que, faute d'avoir été mise en place dans des conditions raisonnablement prévisibles, la hausse tarifaire annoncée par Orange le 1^{er} février 2024 conduit à générer un risque significatif d'insécurité juridique susceptible « *d'aboutir à remettre en cause le principe de stabilité et de prévisibilité tarifaire* »⁶.

En deuxième lieu, Netalis soutient que l'atteinte invoquée serait grave et immédiate en ce qu'elle est susceptible d'entraver la concurrence entre Orange et les opérateurs alternatifs, et d'affecter « *la viabilité des modèles économiques des opérateurs intervenant sur le marché entreprises, tout du moins pour l'année 2024* »⁷. A cet égard, Netalis fait notamment valoir que les opérateurs entreprises « *ne disposent pas d'une masse de clients comparable à celle des opérateurs grands publics de nature à pondérer l'exposition aux aléas tarifaires liés au génie civil* »⁸ et ne sont pas en mesure, compte-tenu des clauses d'indexation prévues à leurs contrats, de répercuter rapidement la hausse sur leurs clients finals. Netalis soutient également qu'Orange dispose d'un pouvoir de marché en tant qu'opérateur verticalement intégré lui permettant de baisser les tarifs de son offre de gros CELAN plaçant les

⁴ Cf. page 28 des premières observations en défense d'Orange.

⁵ Cf. page 3 du mémoire en réplique de Netalis.

⁶ Cf. page 15 du mémoire en réplique de Netalis.

⁷ Cf. page 17 du mémoire en réplique de Netalis.

⁸ Cf. page 17 du mémoire en réplique de Netalis.

opérateurs entreprises dans une situation critique. En outre, Netalis estime que l'atteinte grave et immédiate concerne également les exploitants de réseaux d'initiative publique dès lors que, dans les contrats avec leurs clients, les tarifs sont garantis pour une période donnée. En outre, Netalis fait en substance valoir que les collectivités qui financent les réseaux d'initiative publique vont devoir compenser la hausse subie par les exploitants du RIP au bénéfice d'Orange et au détriment du financement d'autres investissements. Enfin Netalis invoque notamment au soutien de son argumentaire l'avis par lequel l'Autorité⁹ a estimé que l'augmentation des tarifs du réseau d'initiative publique de la Région Nouvelle-Aquitaine (NATHD) représentait un risque réel pour les opérateurs alternatifs en faisant valoir que le niveau de hausse était comparable à celui pratiqué en l'espèce par Orange.

Enfin et en troisième lieu, Netalis soutient que sa demande est proportionnée et strictement limitée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, en ce qu'elle ne limite pas la liberté pour Orange « *d'établir les tarifs et le mécanisme de tarification qu'elle souhaite* »¹⁰.

Vu les secondes observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 15 mai 2024, présentées par la société Orange ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Orange maintient son argumentation et considère que les observations en réplique de Netalis n'apportent aucun élément permettant de réfuter les arguments d'Orange concernant l'irrecevabilité de sa saisine.

Sur le fond,

D'une part, Orange maintient qu'aucune des conditions cumulatives justifiant le prononcé de mesures conservatoires n'est remplie et estime en substance que Netalis n'apporte aucun élément nouveau à l'appui de sa demande de mesures conservatoires. A cet égard, Orange fait d'abord valoir que la nouvelle formulation par Netalis de sa demande, qui vise désormais également à appliquer un lissage de la hausse, confirme que la demande de mesures conservatoires n'est pas l'accessoire de la demande au fond mais une demande d'application par anticipation des demandes au fond. En outre, la circonstance que les effets de la mesure demandée s'étendent jusqu'au 1^{er} janvier 2027 confirme, selon Orange que la demande de Netalis méconnaît la portée de l'article L. 36-8 du CPCE qui prévoit que de telles mesures « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ». Orange maintient par ailleurs que les écritures de Netalis n'apportent aucun élément circonstancié de nature à démontrer l'existence d'une quelconque situation d'urgence et qu'elles omettent complètement la condition tenant à l'atteinte grave aux règles régissant le secteur des communications électroniques.

D'autre part, Orange estime que Netalis n'est pas fondé à invoquer à titre de comparaison l'avis négatif de l'Arcep concernant les évolutions tarifaires de NATHD sur le tarif récurrent de cofinancement dès lors notamment qu'étaient en cause les coûts qui ont été fournis à l'Autorité par NATHD et la modélisation retenue alors qu'en l'espèce, les tarifs établis par Orange permettent une stricte couverture des coûts.

Enfin, Orange maintient que les opérateurs, dont Netalis, étaient en mesure d'estimer l'ampleur de la hausse du tarif de l'offre de gros « GC-BLO » dès l'été 2023 sur la base des éléments mis à leur disposition par l'Autorité. A cet égard, Orange soutient notamment que Netalis, qui n'indique pas « *en quoi les éléments de coûts fournis par l'Arcep et les plafonds indiqués par Orange ne lui permettaient*

⁹ Avis n°2024-0745 de l'Arcep en date du 2 avril 2024 portant sur les conditions tarifaires d'accès au réseau à très haut débit en fibre optique de la Société Publique Locale Nouvelle-Aquitaine Très Haut Débit.

¹⁰ Cf. page 5 du mémoire en réplique de Netalis.

pas de disposer de la prévisibilité nécessaire »¹¹, ne peut prétendre que la hausse tarifaire appliquée en 2024 ne pouvait pas être anticipée.

Vu les courriers du 29 avril 2024 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l’Autorité a adressé aux parties le questionnaire des rapporteurs ;

Vu les réponses des parties au questionnaire enregistrées à l’Autorité le 21 mai 2024 ;

Vu les courriers en date du 22 mai 2024, par lesquels les sociétés Netalis et Orange ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d’instruction de l’Autorité le 10 juin 2024 ;

Vu les courriers en date du 22 mai 2024, par lesquels les sociétés Netalis et Orange ont été informées que la clôture d’instruction de la présente affaire était fixée au 28 mai 2024 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu, le 10 juin 2024, lors de l’audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d’instruction de l’Autorité, composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Maya Bacache, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l’Autorité et en la présence des agents de l’Autorité, et des représentants des sociétés Netalis et Orange :

- le rapport de Mme Suzelle Ayité, rapporteure présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société Netalis ;
- les observations des représentants de la société Orange.

Sur la publicité de l’audience,

L’article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que *« l’audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n’est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d’instruction de l’Autorité en délibère »*.

Par un courriel en date du 22 mai 2024, la société Netalis a demandé à ce que l’audience soit publique. Par un courriel en date du 29 mai 2024, la société Orange a sollicité un huis-clos pour cette audience. Interrogées sur ce point par la Présidente avant l’ouverture des débats de l’audience le 10 juin 2024, les parties ont respectivement maintenu leur position.

Par conséquent, la formation de règlement des différends, de poursuite et d’instruction de l’Autorité, en ayant délibéré hors la présence des représentants de Netalis, d’Orange, des rapporteurs et des agents de l’Autorité, a décidé que l’audience serait publique.

La formation de règlement des différends, de poursuite et d’instruction de l’Autorité (composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Maya Bacache, M. François Lions et M. Emmanuel Gabla, membres de l’Autorité), en ayant délibéré le 18 juin 2024, adopte la présente décision fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après.

¹¹ Cf. page 13 des secondes observations en défense d’Orange.

1 Contexte général

1.1 Présentation des parties

La société Netalis est un opérateur intervenant sur le marché entreprises. Il dispose en propre d'un réseau à très haut débit en fibre optique sur lequel il s'appuie pour réaliser des déploiements au niveau local, principalement dans la région de Besançon.

Netalis propose différents services tels que des accès activés à une boucle locale optique dédiée (BLOD) pour relier des sites d'entreprises.

Pour le déploiement de ses câbles, Netalis utilise notamment le génie civil d'Orange.

Orange (OWF) est le principal opérateur de gros et de détail présent sur les marchés du haut et du très haut débit fixes. Orange a en particulier été reconnu par l'Autorité comme exerçant une influence significative sur le marché de la fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, pour le cycle d'analyse de marché 2020-2023¹² et pour le cycle 2024-2028¹³.

En effet, Orange possède, sur une grande majorité des zones du territoire une part prépondérante des infrastructures de génie civil souterraines et aériennes soit 560 000 km d'artères de génie civil souterrain en conduite et 13 millions de supports aériens. Ces infrastructures présentent une taille et un niveau de capillarité sans équivalent et correspondent à des niveaux d'investissement de l'ordre de plusieurs dizaines de milliards d'euros.

Dans ce contexte, Orange fournit l'accès à son génie civil aux opérateurs déployant leurs propres réseaux de fibre optique dans le cadre de son offre de référence dite « GC-BLO »¹⁴. Cette dernière couvre l'accès pour le déploiement de réseaux en vue du raccordement des clients résidentiels, des clients d'affaires, des sous-répartiteurs et des éléments de réseaux.

Afin de fournir des solutions de connectivité sur le marché entreprises et de réaliser des déploiements fibre optique en propre, la société Netalis a conclu un contrat avec Orange en application de l'offre « GC-BLO ».

1.2 La tarification de l'accès aux infrastructures de génie civil d'Orange

Depuis 2008, Orange, en tant qu'opérateur disposant d'une puissance significative, doit offrir les prestations d'accès aux infrastructures de génie civil, principalement utilisées par les opérateurs tiers pour y déployer des câbles en fibre optique, notamment « à des tarifs reflétant les coûts

¹² 6^{ème} cycle d'analyse de marchés du haut et du très haut débit fixes portant notamment sur le marché des offres d'accès aux infrastructures de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, par la décision n°2020-1445 de l'Autorité en date du 15 décembre 2020.

¹³ 7^{ème} cycle d'analyse de marchés du haut et du très haut débit fixes portant notamment sur le marché des offres d'accès aux infrastructures de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, par la décision n°2023-2801 de l'Autorité en date du 14 décembre 2023.

¹⁴ Devenue « i-BLO » dans le cadre du présent cycle d'analyse de marché pour la période 2024-2028.

correspondants »¹⁵. Cette obligation figure désormais à l'article 24 de la décision n° 2023-2801¹⁶ d'analyse de marché du génie civil.

Dans la mesure où le génie civil de boucle locale d'Orange est utilisé à la fois pour la boucle locale cuivre et pour les boucles locales optiques, les coûts de génie civil de boucle locale sont ensuite alloués entre son usage pour la boucle locale cuivre et son usage pour les boucles locales optiques. Dans sa décision n° 2010-1211, l'Autorité a prévu que l'allocation des coûts de génie civil de boucle locale d'Orange entre cuivre et fibre devra être calculée au prorata du nombre d'accès actifs (ou « commercialisés »). Cette méthode vise à allouer le coût du génie civil de boucle locale entre le cuivre et la fibre optique en fonction du nombre d'accès utilisant le génie civil commercialisés sur le marché de détail dans chaque technologie.

Dans sa décision n° 2010-1211, l'Autorité soulignait qu'« [u]ne telle méthode d'allocation, liée à l'adoption de la fibre optique par le marché de détail, semble être en mesure de mieux refléter la transition de long terme entre cuivre et fibre. De plus, elle permet une montée en charge progressive des coûts alloués à la fibre optique, cohérente avec les revenus tirés des marchés de détail par les opérateurs [...]. La méthode d'allocation aux nombres d'accès commercialisés conduit à une prise en charge graduelle des coûts de génie civil de boucle locale en conduite par les boucles locales [optiques]. Cette allocation donnera lieu, à annuité de génie civil en conduite constante et quelle que soit la méthode de tarification des fourreaux retenue, à une augmentation progressive de la facture totale des opérateurs empruntant le génie civil de boucle locale en conduite de France Télécom [devenue Orange] proportionnelle au nombre de clients ayant adopté la fibre. À terme, lorsque tous les accès cuivre sur le marché de détail auront migré vers [la fibre], les boucles locales fibre supporteront l'intégralité des coûts de génie civil en conduite ».

La décision indiquait également que « [s]ur le plan de la mise en oeuvre, cette clé [d'allocation] requiert a priori pour calculer les tarifs [d'accès au génie civil d'Orange de l'année n pour le déploiement de boucles locales optiques] de déterminer les accès commercialisés prévisionnels [de la même année n]. S'il est aisé pour un opérateur de prévoir ses déploiements réseau, établir des prévisions d'adoption par le marché de détail est beaucoup plus délicat, en particulier pour une technologie en phase de démarrage. Compte tenu du risque d'erreur, l'Autorité juge pertinent que les accès actifs utilisés soient constatés et non estimés. Il devrait cependant être possible d'évaluer ces accès actifs sur une base prévisionnelle lorsque la phase de démarrage de la fibre optique sera dépassée ».

Pour tenir compte de la phase de démarrage de la fibre, la décision n°2010-1211 précitée a ainsi prévu qu'Orange devait retenir la répartition du nombre d'accès actifs entre cuivre et fibre telle que constatée au 31 décembre de l'année n-2, tout en annonçant une révision possible de l'année de référence à prendre en compte.

¹⁵ Article 14 de la décision n° 2008-0835 de l'Arcep en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/08-0835.pdf).

¹⁶ Décision n° 2023-2801 de l'Arcep en date du 14 décembre 2023 portant sur la définition du marché de fourniture en gros d'accès aux infrastructures physiques de génie civil pour le déploiement de réseaux de communications électroniques, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur à ce titre.

Par la décision n°2017-1488¹⁷, l'Autorité a maintenu l'année de référence n-2, constatant que le marché était « *toujours en phase de démarrage* »¹⁸.

Constatant qu'il était désormais possible de faire des prévisions fiables du nombre d'accès commercialisés en année n, la décision n° 2023-2820 du 14 décembre 2023 a modifié ce point de la décision n° 2017-1488 en retenant que la répartition des accès entre cuivre et fibre utilisée pour l'établissement des tarifs de l'année n devait être la répartition prévisionnelle à mi-année n¹⁹. En effet, comme le précisent les motifs de cette décision, « *avec plus de 18 millions d'abonnements au FttH, qui sont désormais majoritaires au sein des abonnements à haut et très haut débit fixe, et compte tenu de la phase industrielle de la fermeture du réseau cuivre dans lequel s'inscrit le prochain cycle d'analyse de marché, l'Autorité estime qu'il est justifié et proportionné [...], de prendre en compte les accès prévisionnels (mi-année n) et non plus constatés fin année n-2 pour l'établissement des tarifs de l'année n* ».

Compte-tenu des conséquences sur les tarifs induits par le changement d'année de référence, et afin de tenir compte des observations de la Commission européenne²⁰, l'Autorité a prévu dans sa décision n°2023-2820 susmentionnée un lissage de l'augmentation des tarifs tel que « *pour l'année 2024, les tarifs ne prennent en compte qu'au plus trois quarts de l'augmentation tarifaire résultant du changement d'année de référence* » et « *pour l'année 2025, les tarifs prennent en compte l'ensemble des coûts prévisionnels pour l'année 2025 et la part des coûts prévisionnels pour l'année 2024 qui n'aura pu être recouvrée par les tarifs 2024* ».

C'est dans ce contexte qu'Orange a publié, le 8 janvier 2024, ses estimations des tarifs prévisionnels pour 2024 ainsi que des éléments de prévisibilité sur ses tarifs pour les années 2025 et 2026, puis, le 31 janvier 2024, la mise à jour de son offre de référence faisant apparaître notamment les tarifs qui sont entrés en vigueur le 1^{er} mars 2024 :

- abonnement mensuel du droit de passage des câbles optiques posés en déploiement massif : 1,054 €/accès programmé/mois (le tarif antérieurement en vigueur en 2023 était de 0,610€) ;
- abonnement mensuel du droit de passage d'un câble optique en déploiement ponctuel : 0,057 €/cm²-m/mois (le tarif antérieurement en vigueur en 2023 était de 0,034 €).

2 Sur le cadre juridique applicable aux mesures conservatoires

En vertu de l'article L. 36-8 I du code des postes et communications électroniques, l'Autorité peut être saisie d'un différend entre deux parties « *en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations* »

¹⁷ Décision n° 2017-1488 de l'Arcep en date du 14 décembre 2017 définissant les conditions économiques de l'accès aux infrastructures de génie civil de boucle locale d'Orange.

¹⁸ Le nombre d'accès en fibre optique commercialisés à cette date n'était que de 3,3 millions alors que le nombre total d'accès cuivre et fibre dépassait les 29 millions.

¹⁹ Décision n° 2023-2820 du 14 décembre 2023 modifiant la décision n° 2017-1488 du 14 décembre 2017 définissant les conditions économiques de l'accès aux infrastructures de génie civil de boucle locale d'Orange. Cette décision a été prise après consultations publiques, et notamment celle sur la « modification de la décision n°2017-1488 » menée du 21 juin au 21 juillet 2023. Afin de répondre au besoin de prévisibilité des acteurs quant à l'évolution des tarifs des offres d'accès au génie civil d'Orange, plusieurs éléments ont également été publiés par l'Autorité ; voir notamment : [Régulation des marchés du haut et du très haut débit fixes | Arcep](#). Netalis a indiqué à l'audience qu'il ne contestait pas la décision n°2023-2820 précitée.

²⁰ Commission européenne, observations n°C(2023)6499 final en date du 21 septembre 2023 relative à l'affaire FR/2023/2454 « marché de gros à l'accès aux infrastructures physiques en France – détail des mesures correctives ».

commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques ».

Ce même article prévoit qu'« *en cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques, l'Autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux ».*

L'article R. 11-1 alinéa 4 du code précise qu'« *une demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée ».*

Il résulte, en premier lieu, de ces dispositions que l'Autorité ne peut ordonner une demande de mesures conservatoires qu'autant qu'elle est saisie d'une demande de règlement de différend qui réponde aux conditions de recevabilité fixées à l'article L. 36-8 du CPCE précité et que cette demande de mesures conservatoires est l'accessoire de cette saisine au fond²¹.

En deuxième lieu, des mesures conservatoires ne peuvent être décidées que, d'une part, lorsque les faits soumis à l'Autorité sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée aux règles régissant le secteur des communications électroniques, et que l'atteinte précitée présente un caractère de gravité, notamment au regard de l'importance de la règle concernée ou des conséquences préjudiciables que sa violation entraîne pour les opérateurs concernés, pour l'accès de leurs clients à des services de communications électroniques d'autres opérateurs ou pour leur possibilité de communiquer librement avec d'autres utilisateurs. Il faut, d'autre part, que ladite atteinte revête un certain degré d'immédiateté, et donc d'urgence²².

Enfin, les mesures adoptées à titre conservatoire doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence et à la préservation des intérêts de la partie demanderesse, sans affecter de manière excessive les prérogatives de la partie défenderesse²³.

3 Sur la demande de mesures conservatoires de la société Netalis

Dans le dernier état de ses écritures, la société Netalis demande à l'Autorité, au titre des mesures conservatoires d'enjoindre à Orange de « *reporter au 1^{er} mars 2025 l'entrée en vigueur de la hausse annoncée aux opérateurs par Orange le 1^{er} février 2024, sous forme de 3 échéances (1^{er} mars 2025, 1^{er} janvier 2026, 1^{er} janvier 2027) ».*

²¹ Voir en ce sens notamment la décision n°03-1278 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 décembre 2003 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société XTS Télécom dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom.

²² Voir en ce sens notamment la décision n°05-0270 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 29 mars 2005 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Free SAS dans le cadre du différend l'opposant à France Télécom.

²³ Voir en ce sens notamment la décision n°2008-1208 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 25 novembre 2008 se prononçant sur une demande de mesures conservatoires déposée par la société Intercâble Réunion SAS dans le cadre du différend l'opposant à la société France Télécom.

En premier lieu, Netalis²⁴ fait valoir que la condition d'urgence est satisfaite compte-tenu du caractère « *aussi brutale que rapprochée* »²⁵ de la hausse tarifaire annoncée le 1^{er} février 2024 par Orange et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2024.

En deuxième lieu, Netalis soutient que « *l'absence de dispositif d'accompagnement sous forme de préavis approprié et lissage [...] conduit Orange [...] à porter gravement atteinte [...] à plusieurs règles régissant le secteur des communications électroniques* »²⁶. En particulier, Netalis invoque la méconnaissance par Orange de plusieurs des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE. A cet égard, il soutient en substance que les opérateurs, confrontés à une hausse importante « *d'une composante essentielle de leur activité* »²⁷, ne pourront plus contribuer à la réalisation des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE et notamment ceux relatifs au financement des composantes du service public, au développement de l'emploi, au développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité, à l'aménagement du territoire et à la protection du consommateur.

Netalis soutient en outre que la méconnaissance des règles fondamentales du secteur des communications électroniques est caractérisée compte-tenu de l'« *atteinte à la prévisibilité des opérateurs* »²⁸. A cet égard, Netalis fait en substance valoir que les plans d'affaires des opérateurs ont été construits sur la base du mécanisme d'allocation précédemment en vigueur et que les opérateurs ne pouvaient raisonnablement anticiper l'ampleur de la hausse, alors que celle-ci n'est de surcroît pas susceptible d'être répercutée sur le marché de détail à brève échéance.

Partant, Netalis fait valoir que la hausse porterait une « *atteinte grave et immédiate au modèle économique des opérateurs intervenant sur le marché de gros* »²⁹, « *au modèle économique des RIP* »³⁰ et à « *l'intérêt des utilisateurs finals* »³¹. Interrogé dans le cadre du questionnaire des rapporteurs sur les éléments susceptibles de permettre à l'Autorité d'apprécier « *le caractère grave et immédiat* » de l'atteinte aux intérêts qu'il défend, Netalis a indiqué avoir subi « *ces derniers mois de sérieuses difficultés de trésorerie de nature à faire peser un risque sérieux sur la continuité de son activité* »³² et chiffre à [SDA]€³³ l'augmentation de ses coûts d'accès au génie civil d'Orange pour l'année 2024, en conséquence de la hausse tarifaire appliquée par celui-ci au 1^{er} mars de cette même année.

De son côté, Orange fait valoir que la demande de mesures conservatoires formulée par Netalis ne répond pas aux conditions de l'article L. 36-8 du CPCE.

²⁴ Netalis soutient également que sa saisine en règlement de différend, à titre principal, répond aux conditions de recevabilité fixées à l'article L. 36-8 du CPCE.

²⁵ Cf. page 8 de la saisine de Netalis.

²⁶ Cf. page 16 de la saisine de Netalis.

²⁷ Cf. page 17 de la saisine de Netalis.

²⁸ Réponses de Netalis au premier questionnaire des rapporteurs, question n°6, p.7.

²⁹ Cf. page 28 de la saisine de Netalis.

³⁰ Cf. page 29 de la saisine de Netalis.

³¹ Cf. page 30 de la saisine de Netalis.

³² Réponses de Netalis au premier questionnaire des rapporteurs, question n°6, p. 6. Netalis produit à cet égard les factures des sommes dont il est redevables à Orange au titre du contrat GC-BLO qui, selon lui, révèlent « *l'ampleur de la hausse des coûts d'un mois sur l'autre* ».

³³ Réponses de Netalis au premier questionnaire des rapporteurs, question n°7, p.9.

D'abord, Orange³⁴ soutient qu'« en formulant les mêmes demandes aussi bien à titre principal qu'au titre des mesures conservatoires »³⁵, Netalis méconnaît le caractère accessoire des mesures conservatoires. En particulier, Orange considère qu'« en accédant à une telle demande, l'Arcep serait amenée à préjuger de la solution au fond et ce en violation du principe d'impartialité objective énoncé à l'article 6-1 de la CEDH »³⁶. De plus, Orange estime que Netalis ne peut soutenir que ses demandes seraient, conformément aux exigences de l'article L. 36-8 du CPCE, « strictement limitée[s] à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence » alors que les effets de ces demandes s'étendent *a minima* jusqu'en mars 2025 et que la décision de l'Autorité devrait être prononcée dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine en règlement de différend.

Ensuite, Orange estime que la condition tenant à l'urgence des mesures sollicitées n'est pas satisfaite dès lors que Netalis n'a apporté aucun élément circonstancié permettant « de démontrer l'impact direct et immédiat de l'augmentation des tarifs d'accès au génie civil d'Orange sur sa propre situation économique ou sa capacité à poursuivre son activité en attendant la décision au fond »³⁷.

Enfin, Orange soutient également que « Netalis n'apporte aucun élément circonstancié sur une atteinte avérée par Orange aux règles régissant le secteur des communications électroniques » alors qu'Orange a au contraire « mis en œuvre l'augmentation des tarifs d'accès à ses infrastructures dans le strict respect du cadre réglementaire qui lui a été fixé par l'Arcep [...] »³⁸. A cet égard, Orange fait également valoir que la hausse tarifaire appliquée pour l'année 2024 « ne prive aucunement Netalis de l'accès aux infrastructures de génie civil d'Orange et donc de son activité de fourniture de services de communications électroniques »³⁹.

L'Autorité relève que les demandes au titre des mesures conservatoires telles que formulées par Netalis dans le dernier état de ses écritures et celles qu'il a formulées à titre principal visent l'une comme l'autre à obtenir un préavis de douze mois et un lissage sur plusieurs années pour les hausses tarifaires excédant un certain seuil.

Or, les effets des mesures conservatoires sollicitées par Netalis sont insusceptibles d'être remis en cause par l'Autorité dans le cadre des demandes dont elle est saisie au principal.

De plus, les effets de la demande formulée à titre conservatoire par Netalis s'étendent, en retenant les conclusions telles qu'elles figurent dans sa saisine, jusqu'au 1^{er} mars 2025, et en retenant les conclusions telles qu'elles figurent dans ses observations en réplique, jusqu'au 1^{er} janvier 2027, soit largement au-delà du délai fixé à l'Autorité par l'article R.11-1 du CPCE pour se prononcer sur le différend.

Compte-tenu de ces éléments, l'Autorité estime que les mesures sollicitées par Netalis, faute de caractère provisoire et réversible, ne peuvent être regardées comme l'accessoire de ses demandes formulées à titre principal ni comme « strictement limitée[s] à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence » contrairement à ce que prévoit l'article L. 36-8 du CPCE.

Au surplus, outre l'imprécision et le manque de clarté dans les écritures de Netalis quant aux règles régissant le secteur des communications électroniques auxquelles la hausse critiquée porterait

³⁴ Orange soutient également que la saisine en règlement de différend, à titre principal, de Netalis ne répond pas aux conditions de recevabilité fixés à l'article L. 36-8 du CPCE en l'absence d'échec des négociations en particulier.

³⁵ Réponse d'Orange au questionnaire des rapporteurs, question n°10, p.3.

³⁶ Cf. page 11 des premières observations en défense d'Orange.

³⁷ Cf. page 12 des premières observations en défense d'Orange.

³⁸ Cf. page 11 des premières observations en défense d'Orange.

³⁹ Cf. page 12 des premières observations en défense d'Orange.

atteinte, aucune des pièces versées au dossier ne permet en tout état de cause d'établir le caractère grave et immédiat de l'atteinte aux intérêts que Netalis défend. A cet égard, d'une part, la seule production des factures dont Netalis est redevable à Orange au titre de l'accès à son génie civil ne permet pas de démontrer l'ampleur des difficultés financières dont il se prévaut, pas plus qu'elle ne permet d'établir que ces difficultés seraient imputables à la hausse tarifaire critiquée alors qu'au demeurant, il fait lui-même état, dans ses écritures comme à l'audience, d'autres causes susceptibles d'être à l'origine de celles-ci⁴⁰. D'autre part, si Netalis fait valoir que la hausse tarifaire est « *susceptible d'affecter gravement et à très brève échéance la situation financière de l'ensemble des opérateurs alternatifs et des collectivités locales finançant des réseaux d'initiative publique* »⁴¹, il n'apporte au soutien de sa démonstration que des considérations très générales sur la situation économique de ces acteurs et, plus globalement, sur la situation concurrentielle sur le marché entreprises. Enfin, Netalis ne peut faire valoir une atteinte grave et immédiate aux utilisateurs finals tout en invoquant l'impossibilité pour les opérateurs sur le marché entreprises de répercuter la hausse à brève échéance sur le client final.

Ainsi, l'Autorité estime que Netalis n'est pas fondé à soutenir que la hausse tarifaire pratiquée par Orange et intervenue à compter du 1^{er} mars 2024 serait constitutive d'une atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques.

Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'ensemble des fins de non recevoir invoquées par Orange notamment celle tirée de l'irrecevabilité pour absence d'échec des négociations, qu'il y a lieu pour l'Autorité de rejeter les demandes formulées par la société Netalis au titre des mesures conservatoires.

Décide :

Article 1. La demande de la société Netalis tendant à ce que des mesures conservatoires soient ordonnées est rejetée.

Article 2. La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision aux sociétés Netalis et Orange. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 18 juin 2024,

La présidente

Laure de La Raudière

⁴⁰ Cf. page 9 des réponses de Netalis au questionnaire des rapporteurs : « *avec le coût des matériels actifs qui a été revu à la hausse par l'ensemble des équipementiers depuis près de deux ans suite à la crise Covid puis la guerre en Ukraine, puis l'augmentation du coût de l'énergie [...] et enfin l'augmentation des charges récurrentes liées à la location du génie civil, le modèle économique de l'activité « infrastructure » de Netalis ne devient plus rentable* ».

⁴¹ Cf. page 9 de la saisine de Netalis.