

Décision n° 2024-1429-RDPI
de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 25 juin 2024
se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d’une part,
la société Netalis, et d’autre part, la société Orange

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel.

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, des postes et de la distribution de la presse 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, des postes et de la distribution de la presse 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 de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement d’un différend enregistrée le 11 mars 2024, accompagnée d’une demande de mesures conservatoires, présentée par la société Netalis, société par Actions Simplifiée 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 société Netalis demande à l'Autorité, à titre principal, d'enjoindre à Orange « de proposer à Netalis dans le mois suivant le prononcé de la décision un avenant au contrat n°15000564 GC-BLO de telle manière :

- a. *Prévoir au contrat un préavis qui ne saurait être inférieur à 12 mois pour toute évolution tarifaire se traduisant par une hausse dépassant le niveau de l'inflation constaté au cours des 12 derniers mois, y compris lorsque cette hausse résulte d'une décision de l'ARCEP ;*
- b. *Lisser la hausse en plusieurs échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse des marchés :*
 - *Si valeur de la hausse > 15 % et < 35 % : application en trois (3) échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse ;*
 - *Si valeur de la hausse > 35 % : application en cinq (5) échéances annuelles réparties sur l'ensemble du cycle d'analyse qui ne saurait être supérieure, pour chaque échéance, à 15 % »¹.*

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

Netalis soutient que l'Autorité est compétente pour examiner ses demandes formulées à titre principal tendant à ce que soient modifiées les conditions d'ordre financier de la convention d'accès au génie civil d'Orange.

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,

S'agissant en premier lieu du caractère justifié des demandes, Netalis soutient en substance que lorsqu'Orange prévoit une hausse tarifaire susceptible de « *comporter des effets systémiques* »², rien ne lui interdit de prévoir un préavis supérieur à celui des trois mois tel qu'imposé par l'Arcep. A cet égard, Netalis soutient que « *l'absence de préavis approprié, qui ne saurait être inférieur à 12 mois* »³ pourrait « *grever considérablement les plans d'affaires des opérateurs intervenant sur le marché de gros [ainsi que] des réseaux d'initiative publique* »⁴ et porterait atteinte :

- à la sécurité juridique des opérateurs telle que prévue dans les observations de la Commission européenne rendues à la suite de la notification par l'Arcep de ses décisions d'analyse de marchés du 7^e cycle, à l'article L. 37-2 III du CPCE et à la recommandation 2013/466/UE de la Commission européenne en date du 11 septembre 2013 ;
- au modèle économique des opérateurs intervenant sur le marché de gros ;
- au modèle économique des réseaux d'initiative publique ;
- à l'intérêt des utilisateurs finals ;
- à la concurrence entre Orange et les opérateurs alternatifs.

A cet égard, Netalis considère d'abord qu'un préavis suffisant s'impose pour permettre aux opérateurs alternatifs de procéder aux adaptations rendues nécessaires par le changement du mécanisme d'allocation sur la base duquel ils avaient conçu leur plan d'affaires. Netalis fait ensuite valoir que les opérateurs ne pouvaient raisonnablement anticiper l'ampleur de cette hausse et qu'ils ne pourront la

¹ Cf. page 37 de la saisine de Netalis.

² Cf. page 10 de la saisine de Netalis.

³ Cf. page 26 de la saisine de Netalis.

⁴ Cf. pages 28 et 29 de la saisine de Netalis.

répercuter immédiatement, compte-tenu des clauses d'indexation prévues dans les contrats avec leurs clients. Netalis soutient également que le refus de mettre en place un préavis approprié va freiner le développement d'acteurs alternatifs et indispensables à la transformation numérique en « *opérant une redistribution monétaire en faveur d'Orange* »⁵. Concernant plus particulièrement les réseaux d'initiative publique, Netalis estime que la hausse va « *entretenir la rente [d']Orange* »⁶ au détriment des collectivités qui risquent de devoir compenser l'augmentation en annulant ou en reportant d'autres investissements.

En second lieu, Netalis soutient notamment que ses demandes présentent un caractère raisonnable et proportionné en ce que d'une part, elles répondent « *au besoin légitime de sécurité juridique et de prévisibilité* »⁷ et d'autre part, elles seraient conformes au « *dispositif prévu par l'Autorité, dans sa décision n°2023-2801* » qui, selon Netalis, consiste « *à soumettre au respect d'un préavis d'au moins 12 mois toute évolution de l'offre d'accès au génie civil dont les effets se traduiraient par des évolutions majeures devant être effectuées par les opérateurs* »⁸.

A cet égard, Netalis considère notamment qu'il est nécessaire d'éviter autant que possible « *les ciseaux tarifaires auxquels sont confrontés les opérateurs alternatifs qui procurent, malgré eux, une rente de situation à Orange puisqu'ils sont les premiers occupants* »⁹ de son génie civil. Netalis soutient ensuite qu'Orange, en refusant ses demandes formulées à titre principal, serait en mesure de discriminer les opérateurs alternatifs au profit de sa propre branche de détail sur le marché entreprises. Netalis fait également en substance valoir que ses demandes, visant à limiter les atteintes à l'équilibre économique des opérateurs clients de l'offre « GC-BLO », sont cohérentes avec les observations de la Commission européenne relatives à la notification du 7^{ème} cycle d'analyse de marché dans lesquelles elle a indiqué la « *nécessité de disposer de prix de gros prévisibles et stables* »¹⁰. Par ailleurs, Netalis soutient en substance que les demandes qu'il a formulées à titre principal ne font pas peser sur Orange de charges excessives dans la mesure où le cadre de régulation fixé par l'Autorité au titre de la décision n°2023-2801 précitée « *prévoit la possibilité de conditionner toute évolution des modalités d'accès au génie civil structurante pour l'activité des opérateurs clients d'Orange au respect d'un préavis qui ne saurait être inférieur à 12 mois* »¹¹.

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 (ci-après « Orange »), société anonyme au capital de 10 640 226 396 €, dont le siège social est au 111 quai du Président Roosevelt CS 70222 92449 Issy-Les-Moulineaux cedex, et immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 380 129 866, représentée M. Philippe BEGUIN, le directeur des affaires réglementaires ;

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

Orange soutient que les demandes de Netalis, ne figurant pas au nombre des pouvoirs de l'Arcep fixés à l'article L. 36-8 du CPCE, sont irrecevables. A cet égard, Orange soutient d'abord que les demandes

⁵ Cf. page 29 de la saisine de Netalis.

⁶ Cf. page 10 de la saisine de Netalis.

⁷ Cf page 34 de la saisine de Netalis.

⁸ Dans la décision n°2023-2801 de l'Arcep en date du 14 décembre 2023, il est indiqué que « *lorsque [d]es évolutions contraignent l'opérateur alternatif à modifier ou à adapter ses propres installations, Orange devra en principe respecter un préavis d'un an, conformément aux dispositions de l'article D. 99-7 du CPCE* ».

⁹ Cf. page 32 de la saisine de Netalis.

¹⁰ Cf. page 34 de la saisine de Netalis.

¹¹ Cf. page 35 de la saisine de Netalis.

de Netalis formulées à titre principal reviennent à remettre directement en cause le cadre réglementaire fixé par l'Arcep. En outre, il fait valoir que les demandes de Netalis, en tant qu'elles visent la suspension des conditions de l'offre d'Orange, ne sauraient s'apparenter à des demandes visant pour l'Arcep, conformément aux dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, à « préciser les conditions techniques et tarifaires » pour la période considérée par le litige.

Orange fait également valoir que les demandes formulées par Netalis à titre principal sont irrecevables, en ce qu'elles ont été introduites « en l'absence de toute négociation préalable entre les parties »¹². A cet égard, Orange indique que Netalis ne produit qu'un courrier quasi concomitant à la saisine, et que Netalis a, en tout état de cause, rendu impossible tout échange en saisissant l'Arcep sans même respecter le délai de réponse de huit jours qu'il avait laissé à Orange pour donner suite à ses demandes. Enfin, Orange fait valoir que les demandes de Netalis sont « par [leur] nature-même » irrecevables en ce qu'elles remettent 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 »¹³.

Sur le fond,

En premier lieu, Orange soutient en substance que les opérateurs, dont Netalis, disposaient de la prévisibilité nécessaire pour anticiper la hausse des tarifs de l'offre de gros « GC-BLO ». A cet égard, Orange fait, d'une part valoir que la modification de la clé d'allocation des coûts de génie civil de boucle locale entre cuivre et fibre était annoncée par l'Autorité dès 2010 et, qu'en tout état de cause, la méthode de tarification des offres d'accès au génie civil fixée par l'Autorité dès 2010 impliquait mécaniquement une augmentation progressive des tarifs d'accès au génie civil d'Orange au fur et à mesure de la migration des accès cuivre vers la fibre. D'autre part, Orange considère que les opérateurs clients de l'offre « GC- BLO » 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 disposition par l'Autorité.

En deuxième lieu, Orange fait notamment valoir que les demandes de Netalis ne sont pas justifiées dès lors que les tarifs d'une année sont établis à partir de coûts réglementaires et audités pour permettre à Orange de recouvrer ses coûts conformément à l'obligation réglementaire et qu'en conséquence, la demande de Netalis créerait un décalage entre les revenus et les coûts d'Orange, contrevenant ainsi à l'obligation réglementaire d'orientation des tarifs vers les coûts.

En troisième lieu, Orange considère en substance qu'une telle modification ne serait pas proportionnée, dès lors que l'Arcep, tenant compte de l'avis de la Commission européenne, a modéré, dans sa décision n° 2023-2820 précitée, l'impact de la hausse pour les opérateurs en 2024 en introduisant un lissage des coûts et donc des tarifs sur la période 2024-2025 et par la mise en place de plafonds pour les années 2025 et 2026. Par ailleurs, Orange fait notamment valoir que la demande de Netalis n'est appuyée par aucun élément démontrant que l'absence de préavis déstabiliserait son modèle économique alors qu'elle aurait en outre pour effet de reporter jusqu'en 2028 les coûts non recouverts par Orange les années précédentes, conduisant Orange à ne pas recouvrer l'intégralité de ses coûts sur cette période.

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

La société Netalis modifie sa demande initiale en demandant à l'Autorité d'enjoindre à Orange la modification du contrat « GC-BLO » afin de prévoir :

- « un préavis qui ne saurait être inférieur à 12 (douze) mois en cas de hausse tarifaire hors clause d'indexation : Netalis demande que le contrat GCBLO soit amendé pour prévoir une clause

¹² Cf. page 6 des premières observations en défense d'Orange.

¹³ Cf. page 10 des premières observations en défense d'Orange.

conditionnant l'application par Orange d'une hausse tarifaire ne relevant pas de la clause d'indexation annuelle d'un préavis qui ne saurait être inférieur à 12 (douze) mois ;

- *une application progressive sous forme de plusieurs échéances annuelles, lorsque la hausse envisagée excède le montant de l'inflation constatée au cours des douze derniers mois »¹⁴.*

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 les demandes formulées par Netalis, l'échec des négociations est caractérisé.

Sur le fond, Netalis maintient son argumentation.

Dans un liminaire, Netalis rappelle que ses demandes ne visent pas directement à suspendre la décision n°2320-2820 de l'Autorité. Par ailleurs, il fait notamment valoir que si la communauté des opérateurs, était « *parfaitement informée [...] de l'intention d'Orange de solliciter de l'Autorité pour une évolution de la méthode de calcul des tarifs réglementés de génie civil* », les opérateurs ont en revanche « *régulièrement pris la peine, depuis plusieurs années, d'exposer à l'Autorité qu'une telle évolution n'était pas souhaitable à brève échéance, et qu'elle devait être accompagnée de dispositifs d'accompagnement* »¹⁵. En ce sens, Netalis conteste les arguments d'Orange se bornant à « *justifier le principe de cette hausse d'ampleur sans précédent* »¹⁶ dès lors que ses demandes portent sur les modalités d'application de ladite hausse.

De plus, Netalis soutient que l'Autorité de la concurrence n'a pas été en mesure de donner son avis sur l'évolution tarifaire définitive telle qu'annoncée aux opérateurs le 1^{er} février 2024, l'Arcep et Orange n'ayant pas « *esquissé de façon très claire le niveau attendu de cette augmentation* »¹⁷.

En outre, Netalis considère en substance qu'Orange ne peut se prévaloir de la liberté d'entreprendre pour demander le rejet de ses demandes formulées à titre principal, dès lors qu'il est « *de jurisprudence constante que la mission régulatrice confiée par la loi à l'Autorité lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et d'aménager ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de liberté contractuelle dont ils bénéficient* »¹⁸.

S'agissant de sa demande visant à prévoir la mise en place d'un préavis de douze mois pour toute évolution tarifaire hors clause d'indexation, en se fondant notamment sur les articles L. 32-1 et L.34- 8 du CPCE, Netalis soutient en substance que sa demande est justifiée et proportionnée afin de répondre aux exigences de prévisibilité des acteurs, les évolutions tarifaires ne devant par ailleurs pas avoir « *pour effet de fragiliser les investissements consentis (...) par les opérateurs commerciaux* »¹⁹. Netalis fait notamment valoir que la Cour d'appel de Paris a rappelé dans le cadre des règlements de différends dont elle a été saisie, l'importance de la prévisibilité à long terme pour les opérateurs clients des infrastructures de la boucle locale optique. Selon Netalis, la prévisibilité de la hausse tarifaire, pour être considérée comme suffisante « *doit également intégrer la valeur envisagée de la hausse, tout du*

¹⁴ Cf. page 18 des observations en réplique de Netalis.

¹⁵ Cf. page 3 des observations en réplique de Netalis.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cf. page 5 des observations en réplique de Netalis.

¹⁹ Cf. page 7 des observations en réplique de Netalis.

moins sous forme d'intervalle lorsque la valeur précise n'est pas encore connue »²⁰. A cet égard, il fait valoir que, les éléments communiqués par l'Autorité à la Commission européenne faisaient état d'une hausse des tarifs de 16% et que le « caractère suffisant de la prévisibilité ne [pouvait] s'établir sur la seule base de la très forte probabilité [...] d'un risque de hausse des tarifs de GCBLO »²¹.

En outre, Netalis invoque au soutien de son argumentaire l'avis par lequel l'Autorité²² a estimé que l'augmentation des tarifs du réseau d'initiative publique de la Région Nouvelle-Aquitaine 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. Par ailleurs, Netalis soutient en substance que les collectivités qui financent les réseaux d'initiative publique vont devoir compenser la hausse subie par les exploitants du réseau d'initiative publique au bénéfice d'Orange et au détriment du financement d'autres investissements.

S'agissant de sa demande visant à prévoir une application progressive sous forme de plusieurs échéances annuelles :

Netalis fait en substance valoir que sa demande serait nécessaire afin de tenir compte des spécificités du marché entreprises ainsi que des observations de la Commission Européenne sur la tarification du génie civil en France, et qu'elle ne remet par ailleurs pas en cause le droit pour Orange de faire évoluer ses tarifs.

A cet égard, Netalis considère notamment que les opérateurs entreprises ne sont pas en mesure, compte-tenu des clauses d'indexation très encadrées prévues à leur contrat, 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 opérateurs entreprises dans une situation critique.

Enfin, Netalis fait valoir que les mesures qu'il demande s'inscrivent dans l'intérêt de tout le secteur y compris d'Orange et figurent au rang des mesures d'accompagnement que l'Autorité a déjà eu l'occasion d'imposer à de nombreux acteurs du marché.

Vu les secondes observations en défense présentées par Orange et enregistrées à l'Autorité le 15 mai 2024, par lesquelles il persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Orange maintient son argumentation.

D'une part, Orange soutient que les demandes de Netalis, visant à instrumentaliser la procédure de règlement de différends prévue à l'article L. 36-8 du CPCE aux fins de suspendre l'application du cadre de régulation fixé par l'Arcep pour les années 2024-2028 s'agissant du marché des infrastructures de génie civil, méconnaissent les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE.

D'autre part, Orange soutient notamment que les observations en réplique de Netalis n'apportent aucun élément permettant de réfuter les arguments d'Orange concernant l'irrecevabilité de sa saisine. A cet égard, Orange fait valoir que Netalis ne pouvait se fonder sur un courrier envoyé par Orange postérieurement à la date d'envoi de la saisine et, en tout état de cause, réceptionné par Netalis le 13 mars, soit après l'enregistrement de la saisine par l'Arcep, pour caractériser un échec des négociations entre les parties. En particulier, selon Orange, Netalis s'est borné à lui adresser une injonction assortie d'un délai de huit jours de façon concomitante avec la saisine de l'Autorité, ce qui confirme qu'il n'avait pas l'intention d'entrer en négociations.

²⁰ Cf. page 8 des observations en réplique de Netalis.

²¹ Cf. page 8 des observations en réplique de Netalis.

²² 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.

Sur le fond, Orange maintient son argumentation.

En premier lieu, Orange soutient que Netalis dénature les obligations qui incombent à Orange au titre de la décision tarifaire d'accès au génie civil.

D'une part, Orange soutient que le raisonnement de Netalis, visant à comparer la hausse tarifaire d'accès au génie civil d'Orange avec la hausse des tarifs récurrents de l'accès au FttH de Nouvelle-Aquitaine Très Haut Débit (ci-après « NATHD ») est erroné. A cet égard, Orange fait en substance valoir que les tarifs d'accès à son génie civil, orientés vers les coûts, diffèrent des tarifs d'accès aux réseaux FttH. Par ailleurs, Orange estime notamment que l'Arcep a demandé à NATHD de revoir son projet de tarification principalement en raison de doutes sur les coûts qui lui ont été fournis et sur les hypothèses de modélisation retenues et non uniquement en raison du risque réel qu'il représente pour les opérateurs alternatifs.

D'autre part, Orange fait valoir qu'il n'est pas libre de fixer ses tarifs d'accès au génie civil, en ce qu'ils sont déterminés « *dans le respect de ses obligations réglementaires et selon un cadre très précis établi par l'Arcep* »²³.

En deuxième lieu, Orange estime que les demandes de « *mesures d'accompagnement* »²⁴ formulées par Netalis ne sont ni raisonnables ni proportionnées.

D'une part, Orange soutient en substance que l'Arcep a déjà prévu de telles mesures dans sa décision tarifaire n°2023-2820 précitée afin de répondre aux observations de la Commission européenne. En tout état de cause, Orange fait valoir que les demandes de Netalis sont disproportionnées dans la mesure où, conformément à l'article 32 de la directive (UE) 2018/1972, les observations formulées par la Commission européenne s'imposent à l'Autorité et non directement à Orange.

D'autre part, Orange maintient que les demandes de Netalis « *vont à l'encontre de l'obligation qui incombe à Orange d'orientation des tarifs vers les coûts* »²⁵.

En outre, Orange fait en substance valoir que les demandes de Netalis vont au-delà d'une simple demande de prévisibilité, les opérateurs, dont Netalis, ayant été 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 que Netalis ne peut tirer de conséquence directe de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 avril 2023 qui concernait spécifiquement le cofinancement des réseaux FttH, « *pour lequel la réglementation impose l'application de tarifs raisonnables qui peuvent induire une marge commerciale* »²⁶. Enfin, Orange soutient que Netalis ne peut se prévaloir d'un risque de défaut de prévisibilité pour demander un préavis de douze mois et un étalement des hausses tarifaires lorsque les augmentations des tarifs de l'offre « GC-BLO » sont supérieures à l'inflation dès lors qu'il n'y a pas de corrélation entre les hausses tarifaires et l'inflation.

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 ;

²³ Cf. page 8 des 2nde observations en défense d'Orange.

²⁴ Cf. page 9 des 2nde observations en défense d'Orange.

²⁵ Cf. page 10 des 2nde observations en défense d'Orange.

²⁶ Cf. page 15 des 2nde observations en défense d'Orange.

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, 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 25 juin 2024 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après.

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 2020-2023²⁷ et pour le cycle 2024-2028²⁸.

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 »²⁹. 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 correspondants »³⁰. Cette obligation figure désormais à l'article 24 de la décision n° 2023-2801³¹ 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

²⁷ 6^{ème} cycle d'analyse de marché 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.

²⁸ 7^{ème} cycle d'analyse de marché 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.

²⁹ Devenue « i-BLO » dans le cadre du présent cycle d'analyse de marché pour la période 2024-2028.

³⁰ 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).

³¹ 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.

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 œuvre, 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.

Par la décision n°2017-1488³², l'Autorité a maintenu l'année de référence n-2, constatant que le marché était « toujours en phase de démarrage »³³.

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 n³⁴. 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 européenne³⁵, 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

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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](#).

³⁵ 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 ».

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 recouverte 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 la recevabilité des demandes

La société Netalis a saisi la formation RDPI de l'Autorité de demandes relatives à la modification de la convention d'accès aux infrastructures de génie civil « GC-BLO » conclue avec Orange afin de prévoir au contrat un préavis minimum de douze mois pour toute évolution tarifaire dépassant un certain seuil et un lissage de ces hausses tarifaires en plusieurs échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse des marchés.

Aux termes de l'article L. 36-8 I du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend en cas de « *refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques* ».

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie, et ce, au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine. L'Autorité rappelle à cet égard que « l'appréciation de la réalité d'un tel échec [des négociations] dépend [...] des circonstances propres à chaque affaire »³⁶.

Il résulte de cet article qu'une demande de règlement de différend n'est recevable que si elle a été précédée de négociations effectives ayant abouti à un échec.

Il résulte de l'instruction que par un courrier en date du 19 février 2024, Netalis a fait part à Orange de ses demandes tendant à prévoir au contrat un préavis minimum de douze mois pour toute évolution tarifaire dépassant le niveau de l'inflation constaté les douze derniers mois et un lissage de ces hausses tarifaires, déterminé en fonction de leur ampleur, en plusieurs échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse des marchés en l'invitant à répondre dans un délai de huit jours « *compte tenu de l'extrême gravité du sujet et de l'urgence de la situation* »³⁷.

Par courrier en date du 27 février 2024, Netalis a en substance indiqué à Orange que, faute de réponse à son courrier du 19 février dans le délai imparti, il ne pouvait que constater le refus de faire droit à sa demande et l'a en conséquence informé qu'il portait le différend devant l'Arcep.

³⁶ CA Paris, 23 juin 2011, France Télécom c/ NC Numéricable, RG n° 2010-23690.

³⁷ Cf. saisine de Netalis, pièce n°5.

Par courrier en date du 8 mars 2024, réceptionné par Netalis le 13 mars 2024³⁸, Orange fait valoir « *qu'aucun échec des négociations au sens de l'article L. 36-8 du CPCE ne serait avéré étant donné qu'aucun échange sérieux n'a eu lieu* » entre les parties, et qu'il ne pouvait « *dans ces conditions* »³⁹ répondre favorablement aux demandes de Netalis visant à modifier par avenant les modalités contractuelles d'application des hausses tarifaires.

Entre temps, Netalis a saisi l'Autorité d'une demande de règlement de différend en date du 29 février 2024 et enregistrée le 11 mars 2024.

Pour soutenir que la condition tenant à l'échec des négociations est satisfaite, Netalis fait notamment valoir que, dans le cadre du courrier du 8 mars précité, Orange aurait explicité son refus de faire droit à ses demandes.

De son côté, Orange soutient que l'échec des négociations n'est pas caractérisé et que les demandes de Netalis formulées à titre principal sont irrecevables, dès lors que la saisine de Netalis a été introduite en l'absence de toute négociation préalable entre les parties. A cet égard, il fait d'abord valoir qu'en se contentant « *de formuler une injonction assortie d'un délai dérisoire de 8 jours* »⁴⁰, Netalis « *n'a jamais eu l'ambition d'ouvrir une quelconque négociation* »⁴¹. Il considère ensuite que le courrier du 8 mars 2024, en se contentant de « *prendre acte de la décision, déjà prise, de Netalis de porter ce différend à la connaissance de l'Arcep* »⁴² n'est pas susceptible de matérialiser un échec des négociations préalable à la saisine de l'Arcep alors qu'en tout état de cause, ce courrier a été réceptionné par Netalis postérieurement à la date d'enregistrement de la saisine par l'Arcep.

L'Autorité rappelle qu'il appartient à la société requérante d'établir qu'elle a engagé, de bonne foi et de manière effective des négociations avec la partie opposée, avant de saisir l'Autorité d'une demande en règlement de différend sur le fondement de l'article L. 36-8 du CPCE. Ainsi, le demandeur doit établir par tout moyen que chacune de ses conclusions faisant l'objet d'une saisine de l'Autorité a fait l'objet de négociations restées infructueuses⁴³.

L'Autorité relève que Netalis n'établit ni même n'allègue avoir eu d'autres échanges formels avec Orange préalablement à sa saisine que ceux matérialisés par les courriers qu'il lui a adressés en date des 19 et 27 février 2024 lui demandant de prévoir au contrat un préavis minimum de douze mois pour toute évolution tarifaire dépassant le niveau de l'inflation constaté les douze derniers mois et un lissage de ces hausses tarifaires, déterminé en fonction de leur ampleur, en plusieurs échéances annuelles sur l'ensemble du cycle d'analyse des marchés. A cet égard, le premier de ces courriers se borne, concernant des demandes que Netalis formalise pour la première fois, à enjoindre à Orange « *de bien vouloir lui faire connaître [son] acceptation sous 8 (huit) jours* »⁴⁴ tandis que le second courrier constate le refus d'Orange de faire droit à ses demandes et l'informe de son intention de saisir l'Arcep.

Partant, l'Autorité estime **d'une part** que le contenu de ces courriers et la temporalité dans laquelle ils ont été adressés à Orange, ne sont pas de nature à révéler une quelconque intention de la part de Netalis d'entrer en négociation, ce que confirme d'ailleurs le délai dans lequel l'Autorité a été saisie,

³⁸ Cf. secondes observations en défense d'Orange, pièce n°13.

³⁹ Cf. premières observations en défense d'Orange, pièce n°8.

⁴⁰ Cf. page 3 des secondes observations en défense d'Orange.

⁴¹ Cf. page 3 des secondes observations en défense d'Orange.

⁴² Cf. page 3 des secondes observations en défense d'Orange.

⁴³ Voir en ce sens la décision n°2010-1232 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Télécom et France Télécom.

⁴⁴ Cf. saisine de Netalis, Pièce n°5.

soit moins de dix jours après l'envoi par Netalis du premier courrier formalisant ses demandes à Orange.

L'Autorité estime **d'autre part** que contrairement à ce que soutient Netalis, le courrier de réponse d'Orange en date du 8 mars 2024 ne peut être regardé comme un refus susceptible de caractériser un échec des négociations entre les parties préalable à la saisine de l'Arcep alors que le refus d'Orange de faire droit aux demandes de Netalis est expressément motivé par le constat qu'aucune négociation n'a pu être amorcée entre les parties préalablement à l'annonce par Netalis de son intention de saisir l'Arcep et, qu'en tout état de cause, il résulte des pièces du dossier que Netalis n'a accusé réception de ce courrier que le 13 mars 2024 soit postérieurement à l'enregistrement de sa saisine à l'Arcep le 11 mars.

Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le moyen invoqué par Orange et tiré de l'incompétence de l'Autorité pour connaître des demandes de Netalis, l'Autorité estime que la société Netalis n'établit pas avoir mené avec Orange des négociations suffisantes concernant la modification des clauses tarifaires de la convention « GC-BLO ».

Par conséquent, l'Autorité ne peut que constater qu'en l'absence d'échec des négociations, les demandes de Netalis, qui méconnaissent les conditions de l'article L. 36-8 du CPCE, sont irrecevables.

Décide :

Article 1. Les conclusions présentées par la société Netalis à titre principal sont rejetées.

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 à la société Netalis et à la société Orange. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 25 juin 2024

La présidente

Laure de La Raudière