

4 mars 2025

Cour d'appel de Paris

RG n° 22/07633

Pôle 5 – Chambre 7

Texte de la décision

Entête

Grosses délivrées RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 04 MARS 2025

(n° 4, 38 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 22/07633 - N° Portalis 35L7-V-B7G-CFVAZ

Décision déferée à la Cour : Décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse - ARCEP - n° 2022-0682 rendue le 29 mars 2022

REQUÉRANTE :

ORANGE S.A.

Prise en la personne de son président-directeur général

Immatriculée au RCS de Nanterre sous le n° 380 129 866

Dont le siège social est au [Adresse 1]

[Localité 10]

Élisant domicile au cabinet de la SELARL LX PARIS-VERSAILLES-REIMS

[Adresse 9]

[Localité 5]

Représentée par Me Matthieu BOCCON-GIBOD de la SELARL LX PARIS-VERSAILLES-REIMS, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Assistée de Me Alexandre LIMBOUR du cabinet CHEMARIN & LIMBOUR, avocat au barreau de PARIS, toque : L0064

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

BOUYGUES TELECOM S.A.

Prise en la personne de son directeur général

Immatriculée au RCS de Paris sous le n° 397 480 930

Dont le siège social est au [Adresse 3]

[Localité 8]

Élisant domicile au cabinet de Me Jeanne BAECHLIN

[Adresse 4]

[Localité 6]

Représentée par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0034

Assistée de Me Juliette BLOUET substituant Me Joseph VOGEL de la SELAS VOGEL & VOGEL, avocat au barreau de PARIS, toque : P0151

EN PRÉSENCE DE :

L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES, DES POSTES ET DE LA DISTRIBUTION DE LA PRESSE - L'ARCEP

Prise en la personne de sa présidente

[Adresse 2]

[Localité 7]

Représentée par Me Éric ALLERIT de la SELARL TAZE-BERNARD-ALLERIT, avocat au barreau de PARIS, toque : P0241

Assistée de Me Grégory MARSON, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 13 juin 2024, en audience publique, devant la Cour composée de :

' Mme Agnès MAITREPIERRE, présidente de chambre, présidente,

' M. Gildas BARBIER, président de chambre,

' Mme Isabelle FENAYROU, présidente de chambre,

qui en ont délibéré.

GREFFIER, lors des débats : M. Valentin HALLOT

MINISTÈRE PUBLIC : auquel l'affaire a été communiquée et représenté lors des débats par M. Stephen ALMASEANU, substitut général,

ARRÊT PUBLIC :

' contradictoire,

' prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,

' signé par Mme Agnès MAITREPIERRE, présidente de chambre et par M. Valentin HALLOT, greffier à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

déposée au greffe, le 2 mai 2022, accompagnée de son exposé sommaire des moyens ;

Vu l'exposé complet des moyens au soutien de ce recours déposé au greffe le 2 juin 2022 par la société Orange ;

Vu le mémoire en réponse déposées au greffe le 31 janvier 2023 par la société Bouygues Télécom ;

Vu les observations en réponse déposées au greffe le 26 avril 2023 par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe le 19 septembre 2023 par la société Orange ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe le 25 octobre 2023 par la société Bouygues Télécom ;

Vu les observations en réplique déposées au greffe le 25 octobre 2023 par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe le 30 janvier 2024 par la société Orange ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe le 28 mars 2024 par la société Bouygues Télécom ;

Vu les observations en duplique déposées au greffe le 28 mars 2024 par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse ;

Vu l'avis du ministère public du 10 juin 2024 transmis le jour même aux parties ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 13 juin 2024 les conseils des sociétés Orange, Bouygues Télécom, celui de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et le ministère public.

SOMMAIRE

Exposé du litige

FAITS ET PROCÉDURE

§ 1

I. LE RACCORDEMENT FINAL FTTH, LES SOCIÉTÉS ORANGE ET BOUYGUES TELECOM, LE CONTRAT

§ 1

A. Le raccordement final à un réseau en très haut débit fixe de fibre optique FttH

§ 1

B. Les sociétés Orange et Bouygues Telecom

§ 6

C. Les modalités d'accès aux lignes FttH mises en 'uvre par Orange

§ 9

II. LE DIFFÉREND ET LA PROCÉDURE DEVANT L'ARCEP

§ 22

A. La genèse du différend et la décision de l'ARCEP

§ 22

B. Les demandes d'Orange, de Bouygues Telecom et de l'ARCEP devant la Cour

§ 29

Motivation

MOTIVATION

§ 33

I. SUR L'ATTEINTE PORTÉE AUX PRINCIPES DE CONFIANCE LÉGITIME ET DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

§ 33

II. SUR LE DÉFAUT DE MOTIVATION DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

§ 70

III. SUR LA MÉCONNAISSANCE PAR L'ARCEP DE SA COMPÉTENCE

§ 88

IV. SUR LA MÉCONNAISSANCE PAR L'ARCEP DE SA PROPRE

RÉGLEMENTATION

§ 102

A. Sur les obligations des parties en mode STOC et la création de doublons

§ 148

B. Sur l'application de la réglementation par l'ARCEP en présence de doublons

§ 174

V. SUR LA MÉCONNAISSANCE DES LIMITES DE LA RÉTROACTIVITÉ PAR L'ARCEP

§ 221

VI. SUR LES FRAIS ET DÉPENS

§ 239

Dispositif

PAR CES MOTIFS

§ 243

FAITS ET PROCÉDURE

I. LE RACCORDEMENT FINAL FTTH, LES SOCIÉTÉS ORANGE ET BOUYGUES TELECOM, LE CONTRAT

A. Le raccordement final à un réseau en très haut débit fixe de fibre optique FttH

1. Les opérateurs commerciaux (ci-après « OC ») présents sur le marché de détail des communications électroniques fixes en haut et très haut débit proposent aux clients finals une combinaison de trois accès, l'un à Internet, l'autre à une ligne téléphonique fixe et le dernier à la télévision (offre dite « triple-play »). Les offres « Fiber to the Home » (ci-après « FttH »), qui permettent un accès direct au réseau de fibres optiques depuis l'intérieur du local à desservir, proposent les débits internet les plus rapides.

2. Les dispositions du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE ») et notamment celles de ses articles L. 33-6 et R. 9-4, prévoient que le réseau de fibres optiques est déployé par un opérateur d'infrastructure ou opérateur d'immeuble (ci-après « OI ») jusqu'au point de branchement optique (ci-après « PBO ») situé à l'intérieur des immeubles collectifs ou à proximité des logements ou locaux individuels à desservir. Le raccordement final au réseau est réalisé sous la maîtrise d'ouvrage de l'OI, au fur et à mesure de la souscription à une offre FttH par les clients finals. Il consiste pour un OC à accéder au « câblage client final » (ci-après « CCF ») constitué de la prise terminale optique (ci-après « PTO ») située à l'intérieur du local à desservir et de la ligne FttH qui la relie au PBO.

3. À l'occasion du raccordement final d'un client final à un réseau FttH, deux cas peuvent se présenter. Soit il existe un CCF existant en état de fonctionner, et il est alors réutilisé (il est « à reprendre »). Soit un CCF doit être construit (il est « à construire »), lorsqu'il n'existe pas, ou lorsqu'il existe mais que la continuité optique est rompue, la fibre endommagée ne transmettant plus le signal.

4. Lorsqu'un CCF est à construire, sa construction, qui relève de la maîtrise d'ouvrage de l'OI, peut être réalisée soit, en application des dispositions du 3° de l'article R. 9-4 du CPCE, par l'OI lui-même (« en mode OI »), soit, en application des dispositions du 5° du même article, par l'OC choisi par le client final (« en mode STOC » pour Sous-Traitance OC). Dans le cas du mode STOC, l'OC qui a réalisé le CCF facture à l'OI cette prestation conformément aux tarifs définis contractuellement.

5. Dans tous les cas, l'OI est propriétaire du CCF.

B. Les sociétés Orange et Bouygues Telecom

6. La société Orange (ci-après, « Orange ») est l'opérateur historique de télécommunications en France, présent sur les marchés du haut et du très haut débit fixes et mobiles. Orange comptait fin avril 2023, 21,7 millions de clients mobiles et 15 millions de clients fixes à haut et très haut débit triple-play dont 7,4 millions d'abonnés à ses offres FttH.

7. Orange est également l'OI qui a déployé le réseau de fibres optiques permettant le raccordement FttH de près de 80 % des locaux situés en « zone très dense » (ci-après « ZTD »). Il apparaît comme OI dans la présente affaire.

8. La société Bouygues Telecom (ci-après, « Bouygues Telecom ») est un opérateur de communications électroniques actuellement détenu à 90,5 % par la société anonyme Bouygues SA. Créé en 1994, Bouygues Telecom est un opérateur de détail présent sur les marchés du haut et du très haut débit fixes et mobiles. Quatrième opérateur de télécommunications fixes en France après Orange, SFR et Free, Bouygues Telecom comptait fin juin 2023 15,1 millions de clients mobiles et 4,6 millions de clients fixes dont 3,3 millions de clients FttH. Bouygues Télécom apparaît comme OC dans la présente affaire.

C. Les modalités d'accès aux lignes FttH mises en 'uvre par Orange

9. Les dispositions du III de l'article L. 34-8-3 du CPCE prévoient que l'accès à un CCF fourni par un OI à un OC fait l'objet d'une convention conclue entre les parties. En application des dispositions du III de l'article L. 34-8-3 et du 2° bis du II de l'article L. 36-8 du CPCE, les différends relatifs à la conclusion ou à l'exécution de cette convention sont soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après, « l'ARCEP »).

10. Orange et Bouygues Telecom ont conclu le 6 octobre 2017 un « accord cadre » (dossier Orange, pièce n° 7) et le 3 juillet 2019 un contrat d'accès aux lignes FttH d'Orange (ci-après, les « conditions générales », dossier Orange, pièce n° 8) qui a pour objet de définir les modalités d'accès aux réseaux FttH déployés par Orange. L'annexe 1 des conditions particulières en ZTD du contrat (pièce Orange n° 9, ci-après, l'« annexe prix ») décrit notamment les modalités financières de l'accès aux CCF déployés en ZTD. Orange et Bouygues Télécom ont encore conclu un contrat dit « STOC » (Sous-Traitance Opérateur Commercial) en avril 2014 (dossier Orange, pièce n° 10), amodié en décembre 2021 (dossier Bouygues Télécom, pièce 2).

11. De façon synthétique, il résulte des stipulations de ces documents contractuels ce qui suit.

12. Bouygues Telecom peut se voir consentir un droit de jouissance à durée indéterminée sur chacun des CCF qui lui sont

attribués dans le cadre d'une offre d'accès avec contributions et restitutions.

13. Dans le cas où l'OC demande la mise à disposition d'un CCF à construire, il est stipulé que l'OC doit verser à Orange une contribution égale au frais de la première mise en service (« FMES ») du CCF, à laquelle s'ajoutent le cas échéant le prix de la mise en continuité optique de la ligne FttH et des frais de fourniture d'informations relatives à la ligne FttH.

14. Dans le cas où l'OC demande la mise à disposition d'un CCF à reprendre, il est stipulé qu'il doit verser à Orange une contribution égale à une partie des frais de mise en service du CCF, à laquelle s'ajoutent le cas échéant des frais de gestion des contributions aux frais de mise en service et des frais de fourniture d'informations relatives à la ligne FttH.

15. En effet, compte tenu de la dynamique du marché FttH, plusieurs OC peuvent se succéder dans l'utilisation d'un CCF. À l'occasion de la reprise d'un CCF par un nouvel OC dit « prenant » (ci-après « OCP »), Orange restitue à l'OC dit « sortant » (ci-après « OCS ») une partie des frais de la mise en service initiale du CCF pour un montant égal à la contribution due par l'OCP (ci-après « la restitution »). Autrement dit, la restitution due à l'OCS est égale à la contribution due par l'OCP.

16. Le fait qui déclenche la restitution (le « fait générateur ») est, en application des dispositions contractuelles, la reprise du CCF par un nouvel OC.

17. Il résulte de la décision attaquée (page 33), ce qui n'est pas contesté, que le mécanisme de restitution est basé sur le principe selon lequel le premier OCP finance la totalité du raccordement final puis se voit restituer une partie de ces frais après la résiliation de la ligne et sa reprise par un nouvel OCP.

18. Lorsqu'un OC résilie un CCF, deux situations peuvent conduire à ce qu'il ne perçoive pas de restitution : soit aucun nouvel OC ne demande d'accéder au CCF, soit le CCF est considéré à tort comme à construire.

19. Dans cette dernière situation, si un nouveau CCF est effectivement construit en surplus d'un CCF existant et opérationnel, il s'agit d'un « doublon physique ». Si un CCF existant et opérationnel est effectivement repris mais déclaré dans le système d'information (ci-après, occasionnellement, le « SI ») de l'OI comme un CCF nouvellement construit et non comme une reprise, il s'agit d'un « doublon virtuel ».

20. L'OCS supporte ainsi le risque d'inoccupation, temporaire ou définitive, du raccordement client.

21. L'utilisation de la ligne FttH fait par ailleurs, à compter de sa mise à disposition, l'objet d'une facturation mensuelle récurrente dans le cadre d'un abonnement (article 10.3 des conditions générales). Cette facturation est arrêtée au jour de la résiliation de la ligne par le client de l'OC.

II. LE DIFFÉREND ET LA PROCÉDURE DEVANT L'ARCEP

A. La genèse du différend et la décision de l'ARCEP

22.Par un courrier du 23 juillet 2021 (pièce Bouygues Telecom n° 3-15) adressé à Orange, lequel faisait suite à des échanges intervenus entre les parties depuis plusieurs mois, Bouygues Telecom a formalisé le différend qui oppose les parties.

23.Estimant qu'un nombre anormalement élevé de doublons avait entraîné un nombre anormalement bas de restitutions, à son détriment, Bouygues Télécom a demandé à Orange de modifier le contrat afin que le fait générateur de la restitution soit la résiliation de la ligne FTTH par Bouygues Telecom.

24.L'OC a également demandé que le calcul des montants devant être restitués lors de la résiliation de la ligne soit modifié pour tenir compte d'un délai moyen de vacance (statistique) de cinq à six mois et d'un taux moyen de reprise du CCF de 97,5 %, dans le cas d'un délai de vacance de cinq mois, et de 98,5 %, dans le cas d'un délai de vacance de six mois.

25.Par deux courriers des 15 et 16 septembre 2021 (pièces Bouygues Telecom n° 3-16 et n° 3-18), Orange a réfuté l'existence de dysfonctionnements de son SI. Elle a invité Bouygues Telecom à poursuivre les échanges sur le sujet des restitutions que ce soit dans le cadre d'échanges bilatéraux ou dans celui du groupe de travail « Fluidification des processus dans le cadre du changement d'opérateur », dont la mise en place restait à intervenir.

26.Par deux courriers du 15 septembre (pièce Bouygues Telecom n° 3-16) et du 12 octobre 2021 (pièce Bouygues Telecom n° 3-19), Bouygues Telecom a fait part de son désaccord persistant avec Orange au sujet de la modification des conditions contractuelles relatives à la restitution.

27.Le 15 octobre 2021, Bouygues Telecom (pièce Bouygues Telecom n° 11) a saisi l'ARCEP d'une demande de règlement de différend et lui a demandé :

' à titre principal, d'ordonner à Orange de lui proposer un avenant au contrat d'accès aux lignes FttH aux fins d'établir le fait générateur de la restitution à la date de la résiliation de la ligne FttH et d'adapter la formule de calcul de la restitution pour tenir compte d'un délai moyen de vacance statistique entre cinq et six mois et d'un taux moyen de CCF repris de 97,5 %, pour un délai de vacance de cinq mois, ou de 98,5 %, pour un délai de vacance de six mois ;

' à titre subsidiaire, d'ordonner à Orange de lui transmettre « à l'issue d'une négociation menée de bonne foi » un avenant au contrat d'accès aux lignes FttH aux fins d'établir le fait générateur de la restitution à la date de la résiliation de la ligne FttH et d'adapter la formule de calcul de la restitution pour tenir compte d'un délai moyen de vacance statistique et d'un taux moyen de CCF repris, « ces éléments devant être déterminés en fonction de la réalité du marché » ;

' à titre infiniment subsidiaire, d'ordonner à Orange de lui transmettre « à l'issue d'une négociation menée de bonne foi » un avenant au contrat d'accès aux lignes FttH aux fins d'établir le fait générateur de la restitution à la date de la résiliation de la ligne FttH et d'adapter la formule de calcul de la restitution ;

' de prévoir que ces modifications aient un effet rétroactif à partir du 23 juillet 2021.

28.Par sa décision n° 2022-0682-RDPI du 29 mars 2022 (ci-après « la décision attaquée »), l'ARCEP dans sa formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction, a statué en ces termes :

« Article 1. La société Orange doit, dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente décision, transmettre un projet de contrat modifiant, à compter de la présente décision, le contrat conclu avec Bouygues Telecom le 3 juillet 2019 pour prévoir pour les lignes à construire, existantes ou actives soumises au mécanisme de restitution des contributions en application de l'article 13.4.2 des conditions générales de ce contrat et situées en zones très denses :

' d'une part que la résiliation de la ligne FttH par Bouygues Telecom est le fait générateur de la restitution des contributions aux frais de mise en service ;

' d'autre part, à l'issue d'une négociation menée de bonne foi, une formule de calcul du montant de la restitution des contributions aux frais de mise en service adaptée, qui prend notamment en compte les phénomènes de vacance et de non reprise durable des lignes correspondant à un opérateur efficace.

Un premier projet de contrat sera transmis dans un délai de 2 mois à compter de la notification de la présente décision comprenant la modification du fait générateur de la restitution des contributions aux frais de mise en service conformément au deuxième alinéa du présent article ainsi qu'une proposition de formule de calcul de la restitution des contributions dans les conditions prévues au troisième alinéa, en vue d'initier une négociation menée de bonne foi sur cette dernière.

Article 2. La modification du fait générateur de la restitution des contributions aux frais de mise en service, telle que prévue au 2e alinéa de l'article 1er sera applicable à compter du 23 juillet 2021. Les conséquences à en tirer pour permettre le calcul du montant des restitutions des lignes FttH soumises au mécanisme de restitution des contributions en application de l'article 13.4.2 des conditions générales de ce contrat, situées en zones très denses et résiliées par

Bouygues Telecom entre le 23 juillet 2021 et la date de la présente décision sont à déterminer dans le cadre de négociations menées de bonne foi dans les mêmes délais que ceux prévus à l'article 1er.

Article 3. Le surplus des demandes de la société Bouygues Telecom est rejeté. ».

B. Les demandes d'Orange, de Bouygues Telecom et de l'ARCEP devant la Cour

29. Orange a formé un recours en annulation à l'encontre de la décision de l'ARCEP. Dans ses dernières écritures du 30 janvier 2024, Orange demande à la Cour de juger :

' que l'ARCEP a méconnu et dénaturé la portée des principes de pertinence et d'efficacité définis dans sa décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 ;

' que l'ARCEP a méconnu les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE qui lui imposent de motiver ses décisions de règlement de différend ;

' que l'ARCEP s'est abstenue de « préciser les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'accès doit être assuré » et a de ce fait méconnu les pouvoirs qui lui sont conférés en application des dispositions des articles L. 36-8 et L. 34-8-3 du CPCE ;

' qu'elle constitue une atteinte grave, manifeste et disproportionnée aux principes de confiance légitime et de sécurité juridique ;

' qu'elle fait produire des effets sur la situation réglementaire et contractuelle préexistante à l'émergence du différend, et méconnaît ainsi tant le principe de sécurité juridique, que les dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE ;

30. Et en conséquence :

' de recevoir la société Orange en son recours en annulation et la déclarer bien fondée ;

' d'annuler la décision attaquée dans son intégralité ;

' de débouter toutes demandes contraires ;

' de condamner Bouygues Telecom au paiement de la somme de 100 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

' de condamner le Trésor Public aux entiers dépens.

31. Bouygues Telecom demande à la Cour :

' de débouter la société Orange de tous ses moyens, fins et demandes ;

' de condamner la société Orange au paiement de 200 000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

' de condamner la société Orange aux entiers dépens.

32. L'ARCEP et le ministère public sont d'avis de rejeter le recours.

MOTIVATION

I. SUR L'ATTEINTE PORTÉE AUX PRINCIPES DE CONFIANCE LÉGITIME ET DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

33. Dans la décision attaquée, l'ARCEP a indiqué que sa décision du 14 décembre 2010 n° 2010-1312 et l'avis du 27 septembre 2010 n°10-A-18 de l'Autorité de la concurrence, invoqués par Orange, ne se prononcent ni sur le fait générateur des restitutions des contributions aux frais de mise en service ni sur le partage des coûts liés à la présence de raccordements finals en doublons et ne sauraient donc constituer des assurances précises, inconditionnelles et concordantes de nature à faire naître une attente légitime pour l'opérateur d'infrastructure.

34. Elle a rappelé qu'il lui incombe en revanche, en application des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, de trancher le différend né entre deux opérateurs sur les conditions dans lesquelles l'accès est assuré, sans qu'il n'y ait d'incompatibilité avec l'exercice de sa propre compétence sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-6 ou de l'article L. 34-8-3 du CPCE.

35. L'ARCEP a conclu que la demande de Bouygues Telecom ne porte pas atteinte au principe de confiance légitime.

36. Orange invoque les principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, qui s'imposent à l'ARCEP, pour contester sa remise en cause du mécanisme contractuel des contributions au FMES. Elle indique que les juridictions européennes considèrent que tout opérateur économique dans le chef duquel une autorité administrative a fait naître des espérances fondées du fait d'assurances précises qu'elle lui aurait fournies est en droit de se prévaloir de ces principes (CJCE, 11 mars 1987, Van der Bergh en Jurgens c/ Commission, n° 265/85 ; CJUE, 14 juin 2017, Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis Lda c/Autoridade Tributária e Aduaneira, aff. C-26/16, pt. 76). Il importe donc que les décisions des autorités administratives ne contredisent pas la confiance légitime qu'un opérateur économique entretenait dans l'existence ou le maintien d'une situation du fait d'assurances qui lui avaient été précédemment données par cette autorité.

37. En l'espèce, Orange fait valoir que l'ARCEP lui a donné des assurances précises, inconditionnelles et concordantes quant à la conformité du mécanisme des contributions au FMES introduit dans son offre d'accès FttH en ZTD, de sorte qu'elle pouvait légitimement s'attendre à l'absence de remise en cause ultérieure de fait générateur de la restitution, sur la base duquel elle a construit ses investissements.

38. L'opérateur précise, en premier lieu, que son modèle tarifaire est strictement fondé sur le principe de mutualisation et de partage des coûts entre opérateurs pour le déploiement de la fibre en instaurant notamment une restitution des frais de mise en service à l'opérateur commercial à la date du churn des lignes (i.e., au moment de la reprise de la ligne

par un autre OC).

39. Il affirme, en deuxième lieu, que l'ARCEP a validé le mécanisme tarifaire pour les raccordements CCF dans son offre en ZMD (zone moins dense), étant précisé que les obligations tarifaires en ZMD et en ZTD sont identiques, et se réfère à des courriers échangés avec l'ARCEP en dates des 12 mai 2011, 21 juillet 2011, 25 et 29 juillet 2013. En substance, Orange avait instamment demandé à l'ARCEP de confirmer la conformité de sa grille tarifaire, qui précisait le mécanisme du FMES, à la lettre et à l'esprit des décisions de l'autorité de régulation, tandis que celle-ci ne lui avait opposé aucune objection portant sur ledit mécanisme (courrier de l'ARCEP du 29 juillet 2013).

40. Orange indique, en troisième lieu, avoir repris pour son offre d'accès FttH en ZTD, le mécanisme déjà en vigueur en ZMD depuis juillet 2011, sans que l'ARCEP ne formule aucune réserve ni aucun commentaire, cette absence de réaction s'analysant en une validation de la conformité du mécanisme au cadre réglementaire en vigueur. L'autorité de régulation a en outre érigé le mécanisme d'Orange en modèle de référence par la publication, en octobre 2015, d'un document intitulé « document d'accompagnement au modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses » qui décrivait le mécanisme en cause et notait le « partage des coûts (') effectué de manière dynamique dans le temps », « ne nécessit[ant] (') pas de modélisation spécifique » et permettant de réduire « en partie la prise de risque du premier opérateur commercial ».

41. Il ajoute, en quatrième lieu, que depuis dix ans, aucun élément de communication ou de la réglementation de l'ARCEP ne permettait d'anticiper une modification du fait générateur de la restitution, lequel constitue un élément fondamental du partage des coûts entre l'OI et les OC.

42. En cinquième et dernier lieu, Orange rappelle les échanges entre l'ARCEP et la Commission européenne, courant 2009, au cours desquels la Commission indiquait à l'autorité de régulation qu'elle devait être en mesure d'évaluer rapidement la conformité des offres aux obligations et principes tarifaires et lui demandait de s'assurer que « les opérateurs bénéficieront d'une visibilité suffisante sur leurs projets d'investissement ou de co-investissement futurs ». Or, la décision attaquée bouleverse les équilibres économiques en imposant à l'OI de supporter seul une partie des coûts de vacance ou de non reprise des lignes FttH.

43. Bouygues Telecom expose que les conditions d'application du principe de confiance légitime sont appréciées de façon stricte. Un acte positif, une prise de position expresse, de l'administration sont nécessaires, l'approbation ne pouvant se déduire du silence ou d'une absence d'opposition expresse.

44. En l'espèce, elle soutient que l'analyse des pièces invoquées par Orange montre en réalité que loin de fournir des assurances de conformité, l'ARCEP a souligné qu'elle n'opérait aucun contrôle préalable et qu'elle n'était pas en mesure d'apprécier la conformité du mécanisme contractuel de l'opérateur d'infrastructure, laquelle dépendrait des conditions et résultats de son application pratique. Elle ajoute que les décisions de l'ARCEP 2009-1106 et 2010-1312 ne se prononcent pas sur le principe de restitution ni sur la juste affectation des coûts liés aux doublons.

45. L'opérateur commercial précise encore que l'ARCEP, dans sa décision 2009-1106 (page 28) a expressément indiqué qu'une homologation préalable des offres tarifaires des opérateurs apparaissait inadaptée dans une phase transitoire de

démarrage, et qu'une « homologation tarifaire ex ante nécessiterait (') un retour d'expérience suffisant (') ». Il ajoute qu'il résulte de la jurisprudence de la CJUE que les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante, qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités nationales (CJUE, 11 juillet 2019, Agreenergy et Fusignano Due, aff. C 180/18, C 286/18 et C 287/18, § 31. V. ég. CJUE, 10 septembre 2009, Plantanol, aff. C-201/08, § 53 ; CJUE, 7 septembre 2006, Espagne/Conseil, C-310/04, § 81 ; CJUE, 15 juillet 2004, Di Leonardo et Dilexport, aff. C-37/02 et C-38/02, § 70 ; CJUE, 14 octobre 1999, Atlanta/Communauté européenne, C-104/97, § 55).

46. Il rappelle que la fonction de règlement des différends fait partie des outils à la disposition de l'ARCEP pour assurer la mise en 'uvre de l'obligation d'accès prévue par la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques et que conformément à l'article L. 36-8, I du CPCE, la décision de l'ARCEP précise les conditions équitables d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés.

47. L'ARCEP soutient, d'abord, qu'Orange ne peut se prévaloir d'une quelconque confiance légitime dans le cadre d'un secteur soumis au pouvoir de règlement de différend dont l'une des issues envisageables est la remise en cause d'une situation passée notamment à l'aune des retours d'expérience des acteurs de terrain. Elle indique disposer d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer au cas par cas si les situations passées doivent être remises en cause à l'aune des éléments qui sont fournis, le pouvoir de règlement de différend constituant un outil à part entière de régulation.

48. L'ARCEP indique, ensuite, qu'aucune de ses décisions ne se prononce sur la validité du mécanisme tarifaire d'Orange ni sur le partage des coûts liés à la présence de raccordements finals en doublons. Elle rappelle qu'elle a en revanche précisé que « l'Autorité n'exerce pas de contrôle préalable des offres de mutualisation FttH dont les stipulations relèvent de la responsabilité exclusive de l'opérateur qui les publie » tant dans son courrier du 21 juillet 2011 que dans celui du 29 juillet 2013.

49. Elle ajoute que dans ce dernier courrier, elle avait en outre précisé que « les modalités tarifaires du raccordement final devront être confrontées aux premiers retours d'expérience pour garantir [que] le système de « contributions aux frais de mise en service » ne devienne pas un frein à la commercialisation des services à très haut débit sur fibre optique [et qu'] « il conviendra notamment de s'assurer que la maintenance du réseau par l'OI permet effectivement de garantir une durée de vie des raccordements suffisante cohérente avec l'hypothèse retenue pour l'amortissement de leur coût de construction (') ».

50. Après avoir réfuté l'argumentation d'Orange, l'ARCEP conclut que dans la mesure où elle n'a pas fourni à Orange des assurances claires, inconditionnelles et concordantes sur la conformité de son mécanisme tarifaire, l'OI ne peut se prévaloir d'une quelconque confiance légitime. Elle ajoute que la circonstance qu'elle a gardé le silence pendant plusieurs années est parfaitement inopérante.

51. Le ministère public expose que, pour permettre l'indispensable évolution du droit dans un secteur régulé, le principe de confiance légitime est obligatoirement interprété de façon stricte, et notamment quand le secteur prévoit un règlement de différend, qui doit permettre à l'ARCEP de faire évoluer ses positions en fonction des besoins du secteur, à condition de conserver une logique permettant la lisibilité de sa politique et, partant, pour les opérateurs, d'effectuer des

investissements pouvant être extrêmement lourds en toute sécurité juridique.

52. En l'espèce, il considère qu'il ressort de façon indéniable de l'étude des pièces produites par Orange qu'aucune d'elles ne lui permet d'affirmer avoir reçu de la part de l'ARCEP, dans leurs échanges réciproques, des « assurances précises, inconditionnelles et concordantes quant à la conformité du mécanisme de restitutions des contributions introduit dans son offre d'accès FttH en ZTD ».

53. Il conclut qu'Orange, comme tout opérateur soumis au pouvoir de règlement de différends de l'ARCEP, aurait dû s'attendre à ce que sa situation puisse être remise en cause dans le cadre de la décision à venir, alors qu'il n'avait reçu auparavant aucune assurance précise, inconditionnelle et concordante lui permettant légitimement d'anticiper le contraire. Il est d'avis de rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour :

54. Le dernier alinéa du IV de l'article L. 32-1 du CPCE précise que « [s]ans préjudice des objectifs définis aux II et III, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse ['] assurent l'adaptation du cadre réglementaire à des échéances appropriées et de manière prévisible pour les différents acteurs du secteur. ».

55. La Cour rappelle que le principe de protection de la confiance légitime fait partie de l'ordre juridique de l'Union et s'impose à toute autorité nationale chargée d'appliquer le droit de l'Union (récemment, CJUE, arrêt du 14 juillet 2022, *Sense Visuele Communicatie en Handel vof*, C-36-21, point 26 et la jurisprudence citée).

56. Suivant une jurisprudence constante des juridictions de l'Union, le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime bénéficie à tout justiciable à l'égard duquel une autorité administrative a fait naître des espérances fondées du fait d'assurances précises qu'elle lui aurait fournies (CJUE, arrêt du 14 juin 2017, *Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis*, C-26/16, point 76 et la jurisprudence citée).

57.Plus précisément, « le droit de se prévaloir de la confiance légitime suppose la réunion de trois conditions cumulatives. Premièrement, des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration. Deuxièmement, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent. Troisièmement, les assurances données doivent être conformes aux normes applicables » (TUE, 15 novembre 2018, Deutsche Telekom c. Commission, T-207/10, pt. 46 ; CJUE, 14 mars 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, pt. 25).

58.Ainsi, nul ne peut invoquer une violation de ce principe en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration (CJUE, 17 mars 2011, AJD Tuna, C-221/09, pt. 72 et la jurisprudence citée).

59.En l'espèce, il ne ressort d'aucune des pièces invoquées par Orange que l'ARCEP lui aurait fourni des assurances précises de nature à faire naître dans son chef des espérances « précises, inconditionnelles et concordantes » quant à la conformité du mécanisme des contributions aux FMES introduit dans son offre d'accès FttH en ZTD.

60.En effet, la Cour observe, d'abord, que la décision de l'ARCEP n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 (dossier Orange, pièce 1) ne porte pas sur le mécanisme litigieux. Au contraire, l'ARCEP y explique qu'elle « estime qu'une homologation préalable des offres tarifaires des opérateurs apparaît inadaptée dans une phase transitoire de démarrage. Une homologation tarifaire ex ante nécessiterait en effet un retour d'expérience suffisant pour appréhender plus précisément la pertinence des structures tarifaires proposées et la réalité des coûts facturés, ce qui n'est possible qu'après une phase d'industrialisation » (page 28, soulignement ajouté par la Cour), répondant en cela à la Commission européenne, qui soulignait un « manque potentiel de sécurité juridique concernant les modalités de tarification » en l'absence d'approbation officielle des offres d'accès avant leur publication (même page). L'ARCEP ajoute encore que « les opérateurs tiers ont besoin, lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégies techniques et commerciales, de disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par l'opérateur d'immeuble » (page 30, soulignement ajouté par la Cour). Il se déduit de cette décision, d'une part, que l'ARCEP n'entendait pas se lier par une approbation préalable de l'offre d'un opérateur d'immeuble, tel qu'Orange, d'autre part, qu'elle entendait néanmoins veiller à ce que les autres opérateurs commerciaux, puissent disposer d'une visibilité suffisante pour élaborer leurs propres plans d'affaires.

61.Les développements de l'ARCEP aux pages 31 et 32 de sa décision n° 2010-1312 du 14 décembre 2010, précisément invoqués par Orange, portent sur le partage du risque en cas de co-investissement en ZMD (dossier Orange, pièce 2). Ils ne concernent pas le mécanisme en cause.

62.En outre, dans son courrier du 21 juillet 2011, faisant suite à la communication par Orange d'un document intitulé « Grille tarifaire de l'offre de mutualisation FttH en zone moins dense », l'ARCEP, après avoir salué le dialogue constructif avec les équipes de l'opérateur, rappelle expressément qu'elle « n'exerce pas de contrôle préalable des offres de mutualisation FttH » et que les stipulations de ces offres « relèvent de la responsabilité exclusive de l'opérateur qui les publie ». À la lumière de cette position de principe, Orange ne pouvait déduire une quelconque assurance « précise », concernant le mécanisme en cause, de la phrase suivante, qui indiquait seulement qu'une « première analyse du document [...] permet d'estimer a priori que votre offre apporte des réponses globalement pertinentes aux principes structurants de la décision n° 2010-1312 du 14 décembre 2010 ». Au contraire, l'ARCEP indiquait encore dans un autre

passage de ce courrier que « l'utilisation d'hypothèses pour l'établissement des tarifs appellera une vigilance particulière sur l'évolution des conditions réelles du marché ['] » (dossier Orange, pièce 41, soulignement ajouté par la Cour), ce qui impliquait que le mécanisme contractuel proposé par Orange ne pourrait être évalué que dans la durée.

63. De plus, le courrier de l'ARCEP du 29 juillet 2013 faisait suite à la communication par Orange d'un nouveau document intitulé « Grille tarifaire de l'offre de mutualisation FttH en dehors des zones très denses » et reprend les mêmes termes que celui du 21 juillet 2011. Il précise en outre que « les modalités tarifaires du raccordement final devront être confrontées aux premiers retours d'expérience pour garantir que le système de 'contributions aux frais de mise en service' ne devienne pas un frein à la commercialisation des services à très haut débit sur fibre optique » (dossier Orange, pièce 13, soulignement ajouté par la Cour). Il se déduit de ce document que l'ARCEP n'a aucunement entendu apporter à Orange une quelconque assurance concernant le mécanisme litigieux.

64. Par ailleurs, le document émanant de l'ARCEP d'octobre 2015, intitulé « Modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses » (dossier Orange, pièce 15, pages 6 et 7) décrit le mécanisme en cause dans les termes suivants : « En zones moins denses, les principaux opérateurs d'immeuble ont adopté dans leurs offres d'accès un mode de tarification différent, qui tend cependant progressivement à s'appliquer aux zones très denses, comme dans l'offre d'Orange. Dans ce mode de tarification l'opérateur commercial recrutant le client pour la première fois supporte initialement le coût du raccordement final et le partage des coûts est effectué de manière dynamique dans le temps (et non pas uniquement au moment de la construction du raccordement final comme dans le mode de tarification précédemment décrit). ['] Ce mécanisme présente l'avantage de s'ajuster dans la durée en fonction des mouvements du client final tout au long de la durée de vie du raccordement final. Il réduit donc en partie la prise de risque du premier opérateur commercial » (soulignement ajouté par la Cour).

65. Ce document comporte certaines préconisations, l'ARCEP indiquant qu'il « convient, en premier lieu, que le montant des droits de suite soit strictement décroissant dans le temps. En effet, le raccordement final étant construit à l'occasion de la demande d'un client, l'opérateur commercial qui supporte les coûts liés à sa construction bénéficiera de revenus associés à la ligne. ['] Il convient par ailleurs que la durée de vie comptable prise en compte pour le calcul de l'amortissement du raccordement final soit cohérente avec le niveau du tarif de maintenance. ['] Enfin, il apparaît a priori nécessaire que le montant des frais d'accès au réseau qui seraient facturés sur le marché de détail à l'occasion de la construction du raccordement final soit déduit du niveau des droits de suite supporté par l'ensemble des opérateurs commerciaux. ['] ». L'ARCEP compare encore ce mécanisme à un autre, indiquant que « le financement du raccordement final pourrait être envisagé via la mise en place de frais d'accès au service (FAS), bien qu'aucun opérateur d'immeuble ne semble à ce jour pratiquer ce type de système », relevant qu'un tel modèle « implique une charge financière significativement plus importante (trésorerie et coût du capital) pour l'opérateur d'immeuble lors de la période de construction des raccordements qu'il reporte sur le long terme sur les opérateurs commerciaux ».

66. Il résulte ainsi de ce document que l'ARCEP a formulé certaines préconisations concernant le mécanisme des contributions aux FMES et l'a comparé à un autre modèle envisageable, moins avantageux pour l'opérateur d'infrastructure. S'il se déduit de ce document que, sous réserve des préconisations que l'ARCEP formule, le système mis en place par Orange n'était pas contraire à la réglementation en 2015, pour autant il n'impliquait nullement que le mécanisme ne pourrait faire l'objet d'aucune remise en cause ultérieurement. En effet, l'ARCEP a considéré que ce modèle réduisait en partie « la prise de risque du premier opérateur commercial ». Il s'en déduit que s'il advenait que tel n'était plus le cas à l'avenir, le modèle proposé pourrait ne plus satisfaire aux exigences du régulateur.

67.Par ailleurs, il résulte des autres documents examinés plus haut (§ 60 à § 63 du présent arrêt), que l'ARCEP a clairement exprimé la position de principe selon laquelle elle entend être en mesure d'apprécier l'adéquation d'une offre tarifaire au regard de l'évolution des conditions réelles du marché. Le document de 2015 ne revient pas sur cette position de principe. Orange ne peut donc tirer de cette communication, une assurance « inconditionnelle » quant à la pérennité du système des contributions aux FMES.

68.En considération de l'ensemble des documents examinés, la Cour considère qu'Orange ne pouvait se prévaloir d'aucune assurance précise, concordante et inconditionnelle. L'OI ne peut donc invoquer utilement les principes de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique.

69.Le moyen sera rejeté.

II. SUR LE DÉFAUT DE MOTIVATION DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

70.Orange soutient, d'abord, que l'ARCEP a purement et simplement écarté les éléments factuels par laquelle l'OI démontrait l'impossibilité pour lui de mettre en 'uvre, de façon pérenne, un système d'identification univoque et standardisé de tous les locaux. Il ajoute que l'ARCEP a méconnu de façon flagrante son obligation élémentaire de motivation en faisant fi de l'argumentation de l'OI tendant à établir qu'il ne pouvait être le garant de l'efficience du mode STOC (puisque'il n'a aucune relation avec le technicien intervenant sur le terrain, ni la moindre relation avec le client de l'opérateur commercial) et que les actions préconisées par l'ARCEP qu'Orange n'a pas déjà mises en 'uvre ne sont pas applicables.

71.Ensuite, Orange expose que l'ARCEP ne pouvait renvoyer les parties à la négociation d'une formule de calcul sans disposer des éléments permettant d'apprécier l'impact des mesures pouvant être imposées à l'OI.

72.Bouygues Télécom expose, d'abord, qu'en principe, le moyen soulevé par Orange relève d'un moyen de légalité externe, et non de légalité interne, et que l'exigence de motivation qui s'impose à une autorité administrative n'implique pas qu'il soit répondu à l'intégralité des arguments invoqués.

73.Ensuite, Bouygues Télécom, reprenant la structuration de la décision attaquée, expose que l'ARCEP a suffisamment motivé son appréciation du mécanisme contractuel d'Orange, du bien-fondé de la demande de l'OC tendant à la modification du fait générateur, puis de la nécessité de concevoir une nouvelle formule de calcul. L'ARCEP a encore répondu aux objections d'Orange portant sur l'efficience du mode STOC en expliquant, par exemple, que l'OI n'était pas tenu de mettre en place un système d'identification univoque et standardisé des locaux et pouvait a minima renseigner l'information de localisation des locaux d'un immeuble donné.

74. Enfin, l'OC rappelle que l'ARCEP s'est longuement expliquée sur la nécessité de modifier le fait générateur afin d'inciter financièrement l'OI à éviter les raccordements en doublons, ce qui impliquait de modifier la formule de calcul afin de traduire un juste équilibre des risques à supporter entre l'OCS et l'OI, en ne laissant à la charge de l'OCS que les risques liés à la vacance et aux cas de non reprise durable des lignes. Le régulateur a encore justifié la nécessité d'une négociation après avoir estimé ne pas être en mesure d'apprécier le caractère justifié et proportionné de la formule avancée par l'OC.

75. Bouygues Télécom conclut que le moyen manque en fait.

76. L'ARCEP répond que la motivation a pour objet de faire connaître aux intéressés les conditions de droit et de fait qui servent de fondement à la décision prise et doit leur permettre d'apprécier la valeur de ces considérations, et le cas échéant, d'en discuter la légalité. Elle précise que selon la Cour, elle n'est tenue ni de répondre dans les motifs de sa décision à tous les détails de l'argumentation, ni d'ordonner des productions qui ne lui sont pas demandées.

77. Elle ajoute que sous couvert de défaut de motivation (vice de motivation externe), Orange ne fait que contester le bien-fondé de la décision (vice de légalité interne).

78. Le ministère public est d'avis que la décision attaquée expose de façon suffisamment précise les conditions de droit et de fait qui ont conduit l'ARCEP à la prendre et qu'il y a lieu de rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour :

79. Il importe de rappeler que, pour satisfaire à son obligation de motivation, il appartient à l'ARCEP d'énoncer les considérations de fait et de droit servant de fondement à sa décision, permettant aux personnes intéressées d'en comprendre la logique, le sens et la portée et à la juridiction de recours d'exercer son contrôle.

80. La Cour observe que l'ARCEP a développé une argumentation réfutant l'impossibilité alléguée par Orange de mettre en 'uvre, de façon pérenne, un système d'identification univoque et standardisé de tous les locaux, aux pages 41 et 42 de la décision attaquée.

81. Elle rappelle (page 41) que « l'outil d'aide à la prise de commande de l'opérateur d'infrastructure doit fournir toute

information pouvant permettre d'identifier la localisation d'une ligne au sein de l'étage d'un immeuble ». Elle ajoute (page 42) que « [s]ans qu'il ne soit nécessaire de se prononcer en l'espèce sur l'opportunité de mettre en 'uvre un système d'identification univoque et standardisé de tous les locaux, l'Autorité estime qu'Orange n'explique pas ce qui l'empêcherait de renseigner systématiquement des informations de localisation des lignes au sein de l'étage dans son outil d'aide à la prise de commande. Cette possibilité ne saurait donc être totalement être écartée. Orange pourrait par exemple envisager d'exiger de ses sous-traitants, y compris en mode STOC, qu'ils renseignent systématiquement des informations relatives à la localisation au sein de l'étage du local dans lequel la prise a été construite, informations qui seraient ensuite utilisées pour compléter l'outil d'aide à la prise de commande. ».

82.L'ARCEP a également consacré certains développements tendant à contester la position d'Orange selon laquelle l'OI ne pouvait être le garant de l'efficience du mode STOC, notamment aux pages 40 et 49 de la décision attaquée.

83.Elle y indique qu'Orange « dispose cependant d'un certain nombre de moyens à sa disposition, en tant qu'opérateur d'infrastructure, pour exercer un contrôle des raccordements finals et fixer les bonnes incitations à ses sous-traitants en mode STOC afin que ceux-ci s'assurent que leurs techniciens ne construisent pas de raccordements en doublon ou pour détecter les raccordements en doublon construits. / ['] Orange peut notamment mettre en place un régime de pénalités, des comptes-rendus d'intervention ou encore la réalisation d'audits, auxquels la décision n° 2015-0776 ne fait pas obstacle. Les déclarations d'Orange visant à justifier qu'il lui est impossible de contrôler les raccordements construits en mode STOC semblent indiquer qu'il n'a aujourd'hui ni exploré ni mis en place toutes les mesures possibles pour contrôler au mieux ces raccordements, en tant qu'opérateur d'infrastructure efficace. / ['] / Orange indique elle-même dans ses écritures avoir entrepris d'améliorer son système concernant une meilleure prévention des raccordements finals en doublon en mettant en place une requalification automatique en commande sur prise existante des commandes incluant une création de prise ['] [C]ompte tenu de leur caractère particulièrement récent, l'Autorité n'est pas en mesure d'apprécier, dans les circonstances de l'espèce, les effets de ces dernières [mesures correctives et incitatives] ».

84.L'ARCEP énumère encore les actions qu'Orange pourrait, selon elle, mettre en 'uvre pour éviter ou détecter les raccordements en doublons, en rapport avec le système d'information et avec le contrôle des sous-traitants et la pénalisation des OCP en cas de construction de doublons (décision attaquée, page 49).

85.L'ARCEP a justifié la modification du fait générateur et la modification de la formule de calcul notamment à la page 48 de la décision attaquée en indiquant que « [l]a modification du fait générateur assortie d'un nouveau mécanisme de calcul remplissant les conditions décrites ci-dessus permettra en outre d'éviter que les opérateurs commerciaux supportent la charge financière des phénomènes induits par des inefficacités de l'opérateur d'infrastructure, notamment des raccordements en doublon qui ne correspondent pas à ceux d'un opérateur efficace. / Enfin, par la modification du fait générateur et l'introduction d'un nouveau mécanisme de calcul à déterminer selon certaines modalités décrites dans la présente décision, la charge financière liée à la vacance et la non-reprise des lignes consécutives à la construction de raccordements en doublon qui ne correspondent pas à un opérateur efficace ne sera plus portée par le seul opérateur commercial « sortant », contrairement au mécanisme actuel ['] mais par l'opérateur d'infrastructure, en cohérence avec le principe d'efficacité. ».

86.Ces motifs sont suffisants en ce qu'ils permettent aux personnes intéressées de comprendre la logique, le sens et la portée de la décision attaquée et à la Cour d'exercer son contrôle.

87. Le moyen sera rejeté.

III. SUR LA MÉCONNAISSANCE PAR L'ARCEP DE SA COMPÉTENCE

88. Orange soutient que l'ARCEP a méconnu son obligation de « préciser les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés » (art. L. 36-8 CPCE), faute d'avoir tranché le différend, après avoir indiqué qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer sur la pertinence de la formule proposée par Bouygues Télécom avec ses paramètres précis et valeurs associées, et renvoyé les parties à négocier les termes de la formule.

89. L'OI soutient qu'il incombait à l'ARCEP d'exercer ses pouvoirs en matière d'instruction afin de disposer des éléments suffisants pour se prononcer sur la formule juste et équitable. Elle devait aussi fixer un cadre et des éléments précis, si elle voulait renvoyer les parties à une négociation ce qu'elle n'a pas fait en l'espèce (nonobstant ses précisions concernant l'évolution dans le temps de la formule et la prise en compte d'un certain délai de vacance). Il en résulte qu'elle a imposé aux parties une négociation impossible. En conclusion, en ne déterminant pas la formule de calcul devant nécessairement accompagner la modification du fait générateur, l'ARCEP a méconnu sa compétence.

90. Bouygues Télécom répond que l'ARCEP a tranché le différend dans les limites des prétentions qui lui étaient soumises. Il indique en particulier que le renvoi des parties à la négociation pour trancher des points résiduels relatifs à la fixation de paramètres (sans exclure la possibilité d'une clause de rendez-vous), entrainé dans les pouvoirs de l'autorité de régulation au titre du règlement de différends.

91. L'OC ajoute que le régulateur dispose enfin d'un pouvoir d'opportunité dans la mise en 'uvre de ses pouvoirs d'instruction, dont il a au demeurant fait usage par l'envoi de questionnaires aux parties comportant des questions en rapport avec la formule de calcul proposée par l'OC. Il précise enfin que si la Cour décidait que l'ARCEP n'avait pas purgé son office, il lui incomberait de déterminer elle-même la formule de calcul, sauf à renvoyer l'affaire à l'instruction à cette fin.

92. L'ARCEP conteste avoir méconnu sa compétence et, rappelant le cheminement de son raisonnement, précise que le renvoi à la négociation par les parties de la formule de calcul, dont l'élaboration s'imposait à la suite de la modification du fait générateur, n'était que la conséquence de ce qu'elle a considéré fondée la critique d'Orange en regard des paramètres choisis par Bouygues Télécom à l'appui de sa demande. Elle ajoute que les paramètres retenus comme pouvant guider la négociation (délai moyen de vacance, taux de raccordements finals non repris après 20 ans) sont simples et ont été débattus entre les parties.

93. Le ministère public considère que l'ARCEP a usé de l'ensemble des pouvoirs et prérogatives qui lui ont été conférés dans le cadre de sa mission de règlement de différend, et que le renvoi qu'elle a ordonné à une négociation de bonne foi s'imposait après qu'elle avait pris une décision tendant à la modification du fait générateur des restitutions et au regard de la proposition de Bouygues Télécom.

Sur ce, la Cour :

94. En premier lieu, la Cour observe que l'ARCEP a instruit l'affaire en adressant des questionnaires aux parties, auxquels elles ont répondu (décision attaquée, page 10 et les pièces 18 à 21 du dossier de l'ARCEP).

95. Elle relève encore que l'ARCEP a considéré que « les parties s'accordent pour reconnaître qu'une partie des lignes FttH non reprises est causée par la présence de raccordements finals en doublons. Bien que les parties n'aient pas été en mesure de communiquer à l'Autorité au cours de l'instruction la proportion exacte de raccordements finals en doublon parmi les lignes résiliées non reprises, il résulte de tout ce qui précède que les proportions de lignes résiliées non reprises décrites ci-dessus s'expliquent nécessairement en partie par la présence de raccordements en doublon dans une proportion non résiduelle » (décision attaquée, page 39).

96. À la lumière de ces développements, il apparaît à la Cour qu'Orange est mal fondée à reprocher à l'ARCEP de n'avoir pas su mieux quantifier qu'elle-même le nombre de doublons alors que l'OI considère que le phénomène des doublons virtuels est « la résultante d'une pratique de fraude volontaire et généralisée des sous-traitants » (§ 129, § 167), ce qui implique qu'il s'agit d'un chiffre « noir ».

97. La Cour considère en conséquence qu'il était loisible à l'ARCEP de procéder par voie de questionnaires, les parties étant mieux placées qu'elle pour estimer l'importance du phénomène des doublons, et qu'en considération de leurs réponses, elle était fondée à conclure à « la présence de raccordements en doublon dans une proportion non résiduelle » (décision attaquée, page 39) et à en tirer des conséquences quant au fait générateur de la restitution.

98. En second lieu, l'ARCEP a exposé les raisons pour lesquelles elle a décidé de renvoyer les parties à la négociation d'une formule de calcul, notamment aux pages 58 et 59 de la décision attaquée :

« [L]'Autorité considère que Bouygues Telecom n'a pas apporté les éléments suffisants pour répondre aux préoccupations et critiques légitimes avancées par Orange, à savoir le risque d'une mauvaise estimation des paramètres de la formule proposée par Bouygues Telecom et les conséquences du fait que ceux-ci pourraient évoluer dans le temps.

/ Dans ces conditions, il apparaît que l'Autorité n'est pas en mesure d'apprécier le caractère justifié et proportionné de la formule proposée par Bouygues Telecom. » (page 58)

« [L]'Autorité n'a pas été mise en mesure de se prononcer sur la pertinence de la formule proposée par Bouygues Telecom avec ses paramètres précis et valeurs associées, au regard notamment des problématiques de calibrage des paramètres et de leur évolution dans le temps, dont le mécanisme reste à établir. / Ainsi, il ne serait ni justifié ni proportionné que l'Autorité impose à Orange de proposer une formule qui tienne compte précisément des paramètres proposés par Bouygues Telecom et fixe les valeurs des paramètres proposés par Bouygues Telecom » (page 58)

« L'Autorité estime également justifié et raisonnable que soit associée à cette modification du fait générateur une formule de calcul du montant de la restitution qui prenne notamment en compte les phénomènes de vacances et de non reprise durable des lignes correspondant à un opérateur efficace. Devraient de plus être prévues les modalités d'évolutions justifiées ultérieures de cette formule ou de ses paramètres. La formule de calcul et les paramètres associés devront être fixés à l'issue d'une négociation menée de bonne foi entre les parties. » (page 59)

99.À la lumière de ces développements, et compte tenu du niveau limité de son information (cf. les travaux d'Analysys Mason, pièce 7-2 du dossier Bouygues Télécom, et de Brattle, pièce 24 du dossier d'Orange), il apparaît à la Cour que l'ARCEP n'a pas méconnu sa compétence en renvoyant les parties à une négociation de bonne foi, une telle décision s'inscrivant légitimement dans la mission de régulation qui est la sienne.

100.Orange est en outre mal venue à reprocher à l'ARCEP d'avoir ordonné une négociation dans son intérêt et afin de prendre en compte sa critique de la formule et des paramètres associés proposés par Bouygues Telecom.

101.Le moyen sera rejeté.

IV. SUR LA MÉCONNAISSANCE PAR L'ARCEP DE SA PROPRE RÉGLEMENTATION

102.Dans la décision attaquée, l'ARCEP a analysé le mécanisme contractuel des contributions aux FMES à la lumière des principes de pertinence, d'efficacité et de prévisibilité.

103.Elle a exposé, d'abord (page 30), que le coût de construction du raccordement final d'un client final ne saurait être interprété comme un coût induit uniquement par le seul premier opérateur commercial demandeur et pour son seul usage puisqu'il se voit restituer une partie des coûts à la reprise de la ligne par un autre opérateur commercial. Elle a

précisé ensuite (page 31) que dans le mécanisme d'Orange, alors que l'opérateur commercial « sortant » n'est plus titulaire du droit d'usage à compter de la résiliation de la ligne, il reste contributeur d'une infrastructure dont il n'a plus l'usage et dont il ne retire plus les fruits de l'exploitation et n'obtiendra le versement du montant de la restitution des frais de mise en service qu'à la reprise de la ligne par un opérateur commercial « prenant ». Dès lors, l'opérateur commercial « sortant » demeure contributeur pour une durée inconnue à la date de résiliation, tant qu'un autre opérateur commercial n'a pas repris la ligne. Elle a relevé ainsi que le mécanisme ne reflète pas la durée réelle d'affectation d'une ligne à un opérateur commercial. Elle a conclu (page 31) que l'application du principe de pertinence au cas d'espèce implique in fine une restitution des contributions aux frais de mises en service en lien avec l'usage du raccordement final qu'a pu avoir l'opérateur commercial sortant.

104. Ensuite, l'ARCEP a exposé (pages 33 et 34) que le délai de vacance d'un raccordement final post résiliation est très variable d'un raccordement à l'autre, ce qui implique une forte incertitude sur la date de restitution des contributions aux frais de mise en service du raccordement final pour l'opérateur sortant. Elle a ajouté que l'opérateur commercial « sortant » n'est pas en capacité de savoir, lorsqu'il résilie la ligne, si cette reprise interviendra, ni à quelle échéance. Elle a conclu que l'opérateur commercial « sortant » supporte une triple incertitude, d'une part, sur le point de savoir s'il bénéficiera un jour d'une restitution, certaines lignes n'étant jamais reprises, d'autre part, sur le niveau du montant qui sera restitué puisque dans le système actuel d'Orange le montant de la restitution dépend de la date de reprise de la ligne (avec un effet dégressif dans le temps), enfin, sur la date de restitution (et donc de potentielle réutilisation des sommes récupérées).

105. Enfin, l'ARCEP a précisé (page 47) que le nouveau mécanisme de calcul du montant restitué devra notamment prendre en compte les phénomènes de vacance temporaire ou de non-reprise définitive des lignes qui correspondent à un opérateur efficace de manière à permettre à l'opérateur d'infrastructure de recouvrer, sur l'ensemble de son réseau, la totalité des coûts efficaces de construction des raccordements finals.

106. Dans la décision attaquée, l'ARCEP a pris ensuite en compte le phénomène des doublons.

107. D'abord, elle a relevé que les parties reconnaissent toutes deux l'existence de raccordements finals en doublon non sollicités qui expliquerait l'existence de prises résiliées mais non reprises (décision, page 34), tout en notant (page 39) que les parties n'ont pas été en mesure de lui communiquer au cours de l'instruction la proportion exacte de raccordements finals en doublon parmi les lignes résiliées non reprises. L'ARCEP s'est encore référée au calcul par Orange, à partir du modèle de Bouygues Télécom auquel l'OI a apporté les modifications qu'il a jugées pertinentes, pour relever que le taux de restitution instantané constaté semble bien inférieur au taux théorique calculé par Orange (page 38). Elle a conclu que les proportions de lignes résiliées non reprises s'expliquent nécessairement en partie par la présence de raccordements en doublon dans une proportion non résiduelle (décision, page 39).

108. Ensuite, l'ARCEP a indiqué qu'en application du principe d'efficacité, les coûts pris en compte doivent correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace et qu'il convient donc que l'opérateur d'immeuble ne fasse pas supporter de coûts indus ou excessifs aux opérateurs tiers (page 36).

109. Elle a considéré en conséquence (page 37) qu'il appartient à l'opérateur d'infrastructure de mettre en 'uvre tous les

moyens à sa disposition afin de s'assurer que des raccordements finals en doublon ne sont pas construits, y compris en mode STOC, ou les détecter le cas échéant. Elle a précisé que si des mesures correctives et incitatives ont déjà été mises en 'uvre par Orange depuis fin 2021, elle n'est pas, compte tenu de leur caractère particulièrement récent, en mesure d'apprécier les effets de ces dernières, en sorte que ces mesures ne sauraient démontrer à elles seules une efficacité avérée d'Orange pour éviter les raccordements finals en doublon ou les détecter (page 41).

110.L'ARCEP a estimé encore, sans qu'il ne soit nécessaire de se prononcer en l'espèce sur l'opportunité de mettre en 'uvre un système d'identification univoque et standardisé de tous les locaux, qu'Orange n'explique pas ce qui l'empêcherait de renseigner systématiquement des informations de localisation des lignes au sein de l'étage dans son outil d'aide à la prise de commande et que l'OI pourrait par exemple envisager d'exiger de ses sous-traitants, y compris en mode STOC, qu'ils renseignent systématiquement des informations relatives à la localisation au sein de l'étage du local dans lequel la prise a été construite, informations qui seraient ensuite utilisées pour compléter l'outil d'aide à la prise de commande (page 42).

111.L'ARCEP a considéré, de façon synthétique, qu'Orange peut agir en utilisant son système d'information pour éviter la construction de raccordements en doublon ; qu'il peut renforcer le contrôle de ses sous-traitants ; qu'il peut mettre en 'uvre un système de pénalités pour l'opérateur commercial « prenant » si ce dernier construit un raccordement final en doublon (page 49).

112.Elle a encore relevé (pages 43 et 44) que dans le mécanisme actuel, l'impact financier de la construction de raccordements finals en doublon non détectés est sans effet direct et immédiat pour l'opérateur d'infrastructure, alors qu'il pèse sur les opérateurs commerciaux sortants, dont les FMES ne sont pas restitués. Ceux-ci doivent en conséquence supporter une surcharge financière qu'ils n'ont pas induite. Elle a précisé également que chaque opérateur commercial est individuellement responsable de ses seules interventions vis-à-vis de l'opérateur d'infrastructure, et non de celles des opérateurs commerciaux tiers sur lesquels il ne peut agir, après avoir relevé que c'est l'opérateur commercial prenant qui est susceptible de construire un raccordement final en doublon.

113.Enfin, elle a considéré que les risques de non-versement et de remboursement tardif ou moindre de la restitution identifiés dans le cadre de l'instruction sont de nature à accroître le caractère aléatoire de la restitution des contributions aux FMES, et par conséquent à accroître l'atteinte portée au besoin de prévisibilité des OC. Elle a conclu que l'incertitude supportée par l'OCS dans le système actuel ne saurait constituer un partage des risques équilibré.

114.Elle a estimé que la modification du fait générateur est de nature à améliorer les incitations financières de l'opérateur d'infrastructure à mettre en place des mesures efficaces tant pour éviter la construction de raccordements finals en doublon que pour détecter ceux qui sont malgré tout construits, en cohérence avec le principe de responsabilité qui pèse sur l'opérateur d'infrastructure (page 48).

¹ Sur la méconnaissance par l'ARCEP de sa réglementation hors cas de raccordements finals en doublons

115. Orange expose, d'abord, que c'est à tort que l'ARCEP considère que le mécanisme contractuel ne respecterait pas le principe de pertinence décrit dans la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009, faute de refléter la durée réelle d'affectation d'une ligne à un opérateur commercial. Le groupe considère que l'OC entrant supporte les coûts qu'il induit au moment de la construction du CCF, sous forme de FMES, et ajoute que la restitution d'une partie des coûts est une opportunité qui lui est offerte dès lors qu'un nouvel OC reprend l'usage effectif du CCF. Orange considère ainsi que les coûts de non-reprise et de vacance des raccordements CCF sont des coûts directement liés au risque de commercialisation. Elle précise que c'est la résiliation de l'accès par le client final de l'OC qui génère la vacance du raccordement et que c'est bien l'OC cédant qui « induit » le coût de la vacance.

116. Ensuite, Orange soutient qu'il se déduit de la décision attaquée que son mécanisme contractuel est, dans son principe, conforme au principe d'efficacité énoncé par la décision précitée n° 2009-1106, et qu'il est permis à l'OI de facturer collectivement les coûts de non-reprise et de vacance aux OC, lesquels ne supportent pas de coûts indus ou excessifs. L'OI en déduit qu'il est efficace de facturer le coût de non-reprise et de vacance à l'OCS, d'autant plus que c'est celui-ci qui est à l'origine de la non-reprise ou de la vacance.

117. Enfin, la requérante explique, s'agissant du besoin de prévisibilité de l'ensemble des opérateurs, que la triple incertitude supportée par l'OCS, décrite par l'ARCEP, existe depuis l'origine de la réglementation et que ces incertitudes sont consubstantielles au principe de mutualisation, qui permet aux OC de co-investir dans le déploiement des lignes FttH. Elle ajoute qu'une restitution systématique à l'OC pourrait aboutir à un financement à 100 % par l'OI de constructions de CCF non efficaces. Elle précise enfin que l'OI subit une incertitude aussi grande de l'OCS tenant à la possibilité de facturer à nouveau à un nouvel OC les abonnements mensuels associés. Orange considère ainsi que son offre est conforme au besoin de prévisibilité de l'ensemble des opérateurs.

118. Bouygues Telecom observe à titre liminaire que si l'ARCEP a conduit son raisonnement en plusieurs étapes, en commençant par analyser les clauses du contrat, c'est à l'aune d'une appréciation globale, tenant compte de la portée pratique desdites clauses en présence de doublons, et en considération de l'inefficacité d'Orange, qu'elle a conclu qu'il y avait lieu de modifier le système contractuel.

119. D'abord, le groupe expose que la charge du coût d'un raccordement ne peut s'analyser en une charge « induite » au sens du principe de pertinence défini par la décision n° 2009-1106, le CCF n'étant pas réservé à l'OC initial et ayant vocation à être repris par d'autres OC, tandis qu'Orange en demeure propriétaire. Le principe de pertinence a en effet pour finalité une cohérence entre partage des coûts et partage des revenus ultérieurs. C'est donc au regard de l'usage qu'il convient de faire application du principe de pertinence. Or, le mécanisme contractuel en cause ne reflète pas la durée réelle d'affectation d'une ligne par un OC.

120. Ensuite, Bouygues Télécom explique que c'est à bon droit que l'ARCEP a reconnu l'existence d'une vacance normale, indépendante de l'existence de doublons, et n'a pas prétendu que le coût afférent à cette vacance devait être supportée par l'OI. En revanche, le groupe considère que c'est à juste titre que l'ARCEP a décidé que le décalage entre la cessation de l'usage de la ligne et la restitution a pour effet de transférer sur l'OC sortant l'intégralité des coûts et risques liés aux inefficacités d'Orange (tenant à son incapacité à assurer une identification des lignes et à tracer les reprises de lignes).

121. Enfin, il résulte de ce qui précède que l'OC se trouve exposé à une incertitude contraire au principe de prévisibilité, pouvant aller jusqu'au financement intégral d'une ligne dont il n'a plus l'usage.

122. L'ARCEP, en réponse, rappelle à titre liminaire que l'opérateur d'infrastructure est responsable de l'ensemble de l'infrastructure qu'il déploie, y compris lorsque le CCF est construit en mode STOC. A l'appui de cette position, elle renvoie aux points 4.2.1 et 4.2.3 de sa décision n° 2015-0776 ainsi qu'à l'article 13.1 des conditions générales du contrat proposé par Orange aux OC.

123. S'agissant du principe de pertinence, l'ARCEP conteste la lecture qu'Orange fait de la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 et affirme avoir fait de ce principe une interprétation classique. Elle indique que l'OC prenant, venant remplacer un précédent OC, est lui-même redevable, en vertu des stipulations contractuelles, d'une contribution aux frais de mise en service de la ligne. Elle considère ainsi que le coût de construction du raccordement final d'un client final ne saurait être interprété comme un coût induit uniquement par le seul premier OC, lequel se voit restituer une partie de ces coûts à la reprise de la ligne. Elle ajoute que le principe de pertinence s'apprécie nécessairement au regard de la durée de l'usage de la ligne FttH par l'OC. Elle conteste le bien-fondé de la position d'Orange consistant à affirmer que les coûts de non-reprise devraient, par application du principe de pertinence, être intégralement supportés par les OC dans la mesure où il est injustifié de faire porter au seul OC sortant l'intégralité des risques commerciaux liés à un raccordement final donné et où ce raisonnement fait fi de l'existence de doublons inefficaces.

124. S'agissant du besoin de prévisibilité, l'ARCEP rappelle qu'elle ne conteste pas que les coûts générés par les phénomènes de vacance et de non-reprise des lignes correspondant à un opérateur efficace puissent être recouverts par le biais de tarifs d'accès facturés par l'OI aux OC. Elle précise toutefois que le principe d'efficacité commande que seuls les coûts liés aux phénomènes précités, correspondant à un opérateur efficace, soient répercutés, à l'exclusion de la vacance liée à la création de doublons et relève sur ce point que le contrat d'Orange fait porter la charge de la preuve de l'existence de doublons sur l'OC sortant. L'ARCEP conteste enfin la prémisse d'Orange selon laquelle le défaut de prévisibilité devrait peser « collectivement » sur les OC, tenus collectivement responsables de la présence de doublons, à l'exclusion de l'OI.

125. Le ministère public considère que l'ARCEP a interprété de façon classique les principes de pertinence, d'efficacité, de prévisibilité. Il ajoute que le fait générateur choisi par Orange pour les restitutions n'est pas satisfaisant dans la mesure où l'opérateur commercial sortant continue à supporter les coûts de construction non encore amortis du raccordement final tant que la ligne n'est pas reprise, et ce alors même qu'il n'a plus l'usage de cette ligne et l'a résiliée. Il estime que ces coûts devraient clairement être partagés entre les parties. Il est d'avis de rejeter le moyen fondé sur la prétendue violation par l'ARCEP, dans l'appréciation de l'offre d'accès d'ORANGE, des principes de pertinence, d'efficacité et de prévisibilité.

' Sur la méconnaissance par l'ARCEP de sa réglementation en présence de raccordements finals en doublons

126. Orange expose, d'abord, que l'ARCEP a affirmé péremptoirement, sans aucune démonstration quantitative, ou

même qualitative, que les raccordements finals en doublon représenteraient « une part non négligeable », constituant un obstacle au maintien du mécanisme actuel. L'ARCEP a été ainsi incapable de quantifier le phénomène des doublons et d'établir un lien entre le taux de lignes non reprises et le nombre de raccordements en doublons. Orange reproche aussi à l'ARCEP d'avoir dénaturé sa réponse à un questionnaire, ladite réponse ne concernant que le caractère inadapté du modèle présenté par Bouygues Télécom. L'OI nie avoir reconnu l'ampleur du phénomène des doublons et conclut en reprochant à l'ARCEP de n'avoir pas mieux instruit sur l'ampleur des doublons.

127. Ensuite, Orange soutient que la présence de raccordements en doublons n'est pas de nature à attester de son inefficacité et partant, à remettre en cause la conformité de son offre d'accès.

128. L'OI expose qu'il ne lui est pas possible d'établir un référentiel partagé et commun identifiant de manière univoque les locaux, permettant de détecter automatiquement les doublons, qu'il n'a pas les moyens, via son système d'information, de contrôler les actions des OC pour la réalisation des raccordements, enfin, qu'il lui est impossible d'assurer sur le terrain le contrôle des sous-traitants lors de la réalisation des raccordements. Orange indique ainsi qu'en tant qu'OI, il n'a aucun lien avec le client final, et que pour autant, il a pris des mesures pour limiter le phénomène des doublons. Il ajoute encore que la préconisation de l'ARCEP, relative aux informations de localisation du local dans lequel la prise est construite, est d'autant plus mal fondée que les travaux du Groupe Interop'Fibre, qui ont été partagés avec l'ARCEP, ont précisément conduit à rejeter une telle solution. Il conteste encore la pertinence des trois typologies d'actions proposées par l'ARCEP, relatives aux informations de localisation du local/logement qui devraient être renseignées dans l'OPAC, celles portant sur le contrôle des sous-traitants, celles relatives à la mise en 'uvre d'un système de pénalités.

129. S'agissant en particulier des doublons virtuels, Orange indique qu'ils sont « la résultante d'une pratique de fraude volontaire et généralisée des sous-traitants » des opérateurs commerciaux, ainsi qu'en atteste le reportage diffusé dans l'émission « Envoyé spécial », le 22 septembre 2022, intitulé « Fibre optique : friture sur la ligne ». L'OI considère sur ce point que la problématique des doublons virtuels est liée à la capacité des OC de s'assurer que leurs techniciens sous-traitants respectent les règles de l'art, et non à une inefficacité de son système d'information.

130. Orange conclut qu'il est impossible pour un OI d'empêcher une part de doublons tandis que ce sont les OC entrants qui sont les mieux placés pour limiter ce phénomène. Il considère dès lors que seul le mécanisme actuel est vertueux et incitatif pour empêcher la création de doublons et que le coût des supposés doublons ne peut être considéré comme un coût indu.

131. Il ajoute encore que la modification que propose l'ARCEP revient à transférer ' a posteriori des investissements réalisés pour le déploiement de la fibre ' le défaut de prévisibilité qui pèse aujourd'hui collectivement sur les OC, sur le seul OI.

132. Bouygues Telecom rappelle, à titre liminaire, que ce sont les doublons qui sont à l'origine du différend, dès lors que sans eux, l'opérateur commercial percevrait quasi systématiquement ses restitutions. Il ajoute que le contrôle du cadre réglementaire doit s'effectuer au regard de la situation concrète et non seulement de façon abstraite.

133. En premier lieu, l'OC explique que l'ARCEP a décidé que l'OI était pleinement responsable des conditions dans lesquelles se déroulent les opérations de raccordement, l'OC prenant agissant sous ses ordres ; que la présence de doublons soulève donc la question de l'efficacité d'Orange ; que Bouygues Télécom est tiers à la relation contractuelle qui lie l'OC prenant et Orange et n'a ainsi aucune prise sur le déroulé des opérations de raccordement qui se déroulent sous la responsabilité de l'OI. L'OC ajoute qu'il convient d'écarter, comme l'ARCEP l'a fait, la théorie de la collectivité des opérateurs défendue par Orange en rappelant que le cadre réglementaire commande une répartition individuelle des coûts en fonction des responsabilités de chacun.

134. En deuxième lieu, s'agissant de la quantification des doublons, Bouygues Télécom se réfère aux pièces du dossier pour affirmer que l'existence de doublons en nombres significatifs est avérée, même si le dénombrement précis des doublons n'a pas été possible, du fait notamment d'Orange. Des sondages révèlent néanmoins le décalage très important entre les reprises effectives de lignes et le taux de restitution très faible. L'importance du phénomène ressort encore, notamment, de réponses apportées par France Télécom à des questionnaires qui lui ont été adressés par l'ARCEP au cours de l'instruction du différend, et même de son aveu de l'existence d'« une pratique de fraude volontaire et généralisée des sous-traitants ». L'OC conclut que l'ARCEP a suffisamment caractérisé l'existence du phénomène des doublons, sur la base des éléments dont elle disposait. Bouygues Télécom relève qu'il se déduit de constatations de l'ARCEP que le phénomène de surproduction s'accroît avec le temps.

135. En troisième lieu, s'agissant d'Orange, Bouygues Télécom explique que, selon l'ARCEP, les opérations de raccordement se déroulent sous la responsabilité pleine et entière de l'OI, propriétaire du réseau, y compris en mode STOC. Il considère qu'Orange n'a pas mis en œuvre les moyens à même de prévenir et de corriger les doublons et réfute toute pertinence aux critiques qu'Orange forme à l'encontre des propositions de l'ARCEP tendant à lutter contre la prolifération des doublons.

136. En particulier, Bouygues Télécom indique qu'il n'est pas demandé à Orange de mettre en place un référentiel unique et universel permettant l'identification de tout local, mais seulement d'établir une nomenclature efficace pour un immeuble donné. Il ne nie pas au demeurant le rôle pratique de l'OC prenant pour identifier le logement. Il conteste en revanche que le protocole du groupe Interop'Fibre, dont il résulterait 'selon Orange' que l'information sur la localisation des locaux serait devenue optionnelle, puisse se substituer à la décision de l'ARCEP n° 2015-0776, qui prévoit que le système d'information de l'OI doit préciser la localisation du local dans l'immeuble.

137. L'opérateur conclut que le mécanisme contractuel imposé par Orange ne crée pas les bonnes incitations et ne répond pas aux exigences du cadre réglementaire applicable, faute de respect des principes de pertinence, d'efficacité et de prévisibilité des coûts.

138. L'ARCEP rappelle qu'Orange, en tant qu'OI, est responsable du réseau FttH qu'il déploie, ce qui implique que la responsabilité lui incombe de prendre les mesures permettant d'éviter ou de détecter la présence de raccordements finals en doublons, et ce même en mode STOC, en application notamment de l'article L. 34-8-3 du CPCE et de l'article 4.2.1 de la décision n° 2015-0776.

139. Elle explique que l'existence « non négligeable » de doublons parmi les lignes résiliées non reprises n'est pas

contestable, et rappelle qu'elle s'est fondée sur un faisceau de critères sérieux et concordants, en ce compris certaines réponses d'Orange à ses questionnaires, dont elle conteste avoir détourné la teneur.

140. Elle souligne ensuite qu'une part « non résiduelle » de doublons questionne le caractère efficace d'Orange. Elle précise que ses préconisations tendant à améliorer la prévention et la détection des doublons sont des suggestions et qu'il appartient à l'OI d'identifier en tout état de cause les mesures pertinentes. Elle ajoute que le groupe Interop'Fibre n'est pas placé sous son autorité et qu'elle n'y participe qu'en qualité d'invitée.

141. Elle explique encore que le système contractuel d'Orange n'encourage nullement la prévention et la détection des doublons, puisque ce sont les OC sortants qui supportent la charge financière qui résulte desdits doublons. Elle ajoute que l'OI ne saurait demander à l'OC sortant d'apporter la preuve qu'un autre OC prenant a construit un raccordement en doublon. L'ARCEP réfute enfin toute pertinence à la théorie d'Orange dite de la « collectivité des opérateurs », collectivité qui s'induirait du fait que les OC sont tour à tour prenants et sortants.

142. Elle conclut à l'absence de caractère raisonnable du mécanisme d'Orange.

143. Le ministère public considère que l'ARCEP démontre sans ambiguïté l'existence d'une quantité non négligeable de raccordements effectués en doublons, à l'origine d'un taux anormalement bas de restitutions. Il ajoute qu'un système d'information efficace ne peut que faire tomber leur nombre à un niveau résiduel. Il rappelle qu'Orange est responsable du réseau FttH en sa qualité d'opérateur d'infrastructure et est d'avis de rejeter le moyen.

Sur ce, la Cour :

144. Le I. de l'article L. 34-8-3 du CPCE dispose que « [t]oute 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 fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne et aux moyens qui y sont associés émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final. ».

145. L'alinéa 4 du III. du même article énonce que « [p]our réaliser les objectifs définis à l'article L. 32-1, et notamment en vue d'assurer la cohérence des déploiements et une couverture homogène des zones desservies, l'autorité peut préciser, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès prévu au présent article, y compris les niveaux de qualité de service associés à cet accès. ».

146. La Cour considère qu'il y a lieu d'apprécier si l'ARCEP, autorité de régulation, a méconnu sa propre réglementation au regard de la situation factuelle et juridique prise dans sa globalité.

147. La Cour appréciera en premier lieu ce qu'il en est de l'existence de doublons et de l'ampleur de ce phénomène dans le cadre de la sous-traitance en mode STOC et en second lieu si l'ARCEP a fait une juste application de sa propre réglementation en décidant d'imposer la modification des dispositions contractuelles relatives au fait générateur de la restitution.

A. Sur les obligations des parties en mode STOC et la création de doublons

' Les obligations des parties en mode STOC selon les conditions générales

148. Dans sa décision n° 2015-0776, l'ARCEP a indiqué que la responsabilité de l'OI s'étend à la fourniture à l'OC « d'un accès en bon état de fonctionnement », ce qui emporte « l'identification correcte de la ligne » (page 43). Il a encore indiqué que l'OI « demeure responsable » du respect des spécifications techniques d'accès au service, « en particulier lors des changements d'opérateur de détail ou d'activations de lignes existantes », cette responsabilité pouvant être assumée « par un contrôle de ses sous-traitants » par l'OI (page 44).

149. Il découle de la pratique décisionnelle de l'ARCEP que l'OI « ne saurait se prévaloir de la responsabilité qui est la sienne, sur la totalité du réseau en fibre optique de l'immeuble, pour refuser » à l'OC « la possibilité de réaliser [lui]-même les raccordements palier de ses propres clients » (décision n° 2011-0893, 26 juillet 2011, France Télécom c/ Free Infrastructure, p. 26).

150. Dans le cadre des relations contractuelles entre Bouygues Telecom et Orange, les conditions générales disposent (souligné ajouté) :

' en ligne de principe, que « [l]a prestation de mise à disposition d'une Ligne FTTH consiste, pour Orange et sous sa responsabilité, à : construire le Câblage Client Final s'il n'existe pas lorsque l'Opérateur commande une mise à disposition de Ligne FTTH ; ['] / affecter la Ligne FTTH à l'Opérateur / établir la continuité optique de la Ligne FTTH avec les équipements de l'Opérateur au PM le cas échéant ; (article 13.1)

' qu'« [a]fin de respecter la relation du Client Final avec l'Opérateur Commercial de son choix pour le raccordement du Logement FttH, Orange peut, au choix de l'Opérateur, déléguer à ce dernier la maîtrise d'œuvre de la réalisation du Câblage Client Final » (article 13.1) ;

' que dans ce cas, « la maîtrise d'œuvre déléguée comprend le pilotage et la réalisation des Câblages Client Final (planification des travaux, prise de rendez-vous avec le Client Final) par l'Opérateur en tant que prestataire d'Orange » (article 13.2).

' Les obligations des parties selon le contrat STOC

151. Dans sa réponse au questionnaire n° 2 de l'ARCEP (pièce ARCEP, n° 21, page 7/21), Orange indique qu'une version « v1 » d'un « contrat STOC », signée en 2014, était en vigueur au moment de la saisine et qu'une version « v2 » a été signée par Bouygues Télécom en décembre 2021.

152. La convention qu'Orange et Bouygues Telecom ont conclue le 22 avril 2014, dénommée « contrat de prestation de raccordement des Câblages Client Final » (dossier Orange, pièce n° 10), correspond à la version v1 du « contrat STOC » décrite par Orange.

153. Son objet était de « définir les termes et conditions selon lesquels Orange confie à l'Entrepreneur l'exécution de prestations de travaux de Câblage Client Final ['] comprenant la fourniture du matériel associé ['], et ce, conformément aux dispositions de l'article R 9-4 (3°) du [CPCE] », étant précisé que « l'Entrepreneur » désigne Bouygues Télécom (page 1 du contrat).

154. La version v1 du contrat STOC indique que la prestation à réaliser par l'Entrepreneur consiste « à fournir et poser le câble de branchement optique entre le Point de Branchement et un PTO dans le Logement FTTH du Client de l'Entrepreneur » (art. 2, objet), « exécuter ses obligations avec tout le soin et la diligence nécessaires et respecter les règles et méthodes (y compris de sécurité) d'Orange », « compléter le CR-STOC des informations telles que précisées dans l'annexe 2 du présent Contrat » (art. 6-1, Obligations de l'Entrepreneur), étant précisé que la locution « CR-STOC » désigne le « compte rendu d'intervention ».

155. Orange s'engage, aux termes de ce contrat à « fournir à l'Entrepreneur l'ensemble des informations nécessaires à la réalisation d'un [CCF] (conditions d'accès au site FttH, localisation du PB, identification des fibres à utiliser [']) » (art. 6-2, Obligations d'Orange). La version v1 du contrat contient enfin une annexe 4 « déclaration de sous-traitance et agrément des conditions de paiement » dont il se déduit qu'Orange agréé les sous-traitants des OC.

156. La version v2 du contrat STOC (dossier Bouygues Télécom, pièce 2) indique, à l'instar de la version précédente, que son objet est de « définir les conditions dans lesquelles l'Opérateur d'Immeuble confie à l'Opérateur Commercial l'exécution de prestations de réalisation de Câblages Client Final comprenant la fourniture du matériel associé ['], et ce, conformément aux dispositions de l'article R 9-4 (3°) du [CPCE] ».

157.Ce contrat entend comme « sous-traitant », les « personnes morales ou entrepreneurs individuels constituant à travers leur contrat la chaîne de sous-traitance de l'Opérateur Commercial pour la réalisation des Prestations composée de la sous-traitance directe et de la sous-traitance indirecte de second rang et plus » (article 1, définitions).

158.Le contrat STOC (v2) stipule, plus précisément que dans la version précédente, que (les soulignés sont de la Cour) :

' la prestation à réaliser par l'OC consiste notamment à fournir et poser le câble de branchement optique entre le Point de Branchement et un PTO dans le Logement FTTH du Client Final de l'Opérateur Commercial, s'il n'existe pas (') / étiqueter le PTO ainsi que le câble de branchement optique / renvoyer suite à l'intervention les informations nécessaires à l'Opérateur d'Immeuble selon les modalités décrites au Contrat (article 6, description de la prestation) ;

' l'OC s'engage / à exécuter ses obligations avec tout le soin et la diligence nécessaires et à respecter les règles et méthodes (y compris de sécurité) de l'Opérateur d'Immeuble / à ne pas créer un Câblage Client Final lorsqu'il en existe un dans le Logement FTTH hormis le cas de multi-accès. En cas de construction à tort, la facturation tout montant facturé par l'Opérateur Commercial de la Prestation pour ledit CCF ne sera pas dû par l'Opérateur d'Immeuble ; (article 9.1, obligations de l'OC) ;

' l'OI s'engage à fournir à l'Opérateur Commercial toute information utile à son intervention en ce compris, la localisation du PBO et l'identification des fibres à utiliser, « étant entendu que les informations fournies sont celles figurant dans le Système d'information d'Orange à la date de la commande » (article 9.2, obligations de l'OI).

159.Afin de permettre un contrôle effectif de la bonne exécution du contrat, l'article 14 institue un « comité de pilotage » qui a notamment pour mission « d'assurer l'exécution de bonne foi des engagements des Parties ['] ».

160.Le contrat STOC (v2) précise encore qu'il incombe à l'OC de présenter ses sous-traitants à l'OI « pour acceptation et agrément de leurs conditions de paiement », ainsi que de s'assurer de leur formation (article 18-2, sous-traitance).

161.Orange a indiqué au cours de l'instruction (dossier ARCEP, pièce 21, réponse d'Orange à la question n° 16 du questionnaire n° 2) que l'OI « propose systématiquement des contrats STOC identiques à tous les opérateurs commerciaux. Il n'y a donc pas de différence entre les contrats signés avec les différents opérateurs commerciaux en ce qui concerne les pénalités relatives à la construction à tort de PTO ».

162.La Cour observe que ni Bouygues Télécom ni Orange n'ont prétendu que les dispositions des deux versions du contrat STOC auraient différé sur des points substantiels ou que les précisions que contient la version 2 n'auraient pas été de simples explicitations de ce qui était implicite dans la version précédente. Il s'agit d'un continuum sans modifications substantielles.

163. Il résulte de l'ensemble de ces dispositions contractuelles qu'en mode STOC, Orange, en tant qu'opérateur d'infrastructure, s'il agréé le technicien intervenant en sous-traitance de l'opérateur commercial, n'a cependant pas de relation directe avec lui sur le terrain, ni de relation directe avec le client final, ce que l'ARCEP a elle-même relevé à juste titre (décision attaquée, page 40).

' Le phénomène des doublons

164. En premier lieu, Orange a constaté au cours de l'instruction « qu'il y a des doublons de PTO dans le SI, correspondant à des déclarations PTO à tort, mais n'est pas en mesure de quantifier le taux de doublons » (réponse d'Orange à la question n° 13 du questionnaire n° 2 de l'ARCEP, dossier ARCEP, pièce 21).

165. L'OI a exposé que la création de doublons était suscitée en partie par la qualification ab initio de la commande par l'OC, en partie par la structure de rémunération du sous-traitant.

166. Il a apporté d'importantes précisions sur ces points dans sa réponse à la question n° 7 du questionnaire n° 1, portant sur la portée des modifications demandées par Bouygues Télécom quant aux incitations des OC (dossier ARCEP, pièce 19), dans les termes suivants :

« Lorsque les OC prenants qualifient mal leurs commandes, en ne cherchant pas suffisamment à identifier les lignes existantes, l'ordre de travaux adressé au sous-traitant contient le plus souvent, par défaut, une demande de construction, afin de ne pas risquer le besoin d'une réintervention auprès du client et éviter un nouveau déplacement d'un voire de deux techniciens.

Dans l'étude réalisée par Orange et partagée avec Bouygues Telecom lors de précédents copils opérationnels, Orange a pu mesurer l'impact d'une commande bien qualifiée. En moyenne, sur un lot significatif de pavillons ayant un unique logement à l'adresse et pour lesquels un CCF avait déjà été construit, Orange a constaté que :

' les commandes passées en construction par les OC, malgré la disponibilité d'un CCF à l'adresse, ont abouti dans 85 % des cas à la facturation d'une nouvelle construction par le sous-traitant. En pratique, en constatant la présence d'un CCF, le technicien choisit de reconfigurer ou non la situation réseau à partir de la route optique attribuée et conclut à la fin des travaux, sans nécessairement spécifier la nature des travaux effectivement réalisés, soit par manque de temps ou par simplicité mais aussi potentiellement pour être rémunéré à la hauteur d'une intervention longue, initialement bloquée dans son planning et qui ne lui permet pas de produire un autre client dans la demi-journée ;

' les commandes passées en reprise de CCF existant ont abouti dans 15 % des cas à une nouvelle déclaration de construction, alors qu'un câblage existe. Manifestement, il s'agit de situation d'abus de la part du sous-traitant, sauf dans le cas d'un besoin spécifique (double accès) ou pour la rénovation d'une prise détruite (qui aurait dû être facturée au client). ».

« Dans la mesure où la construction d'un CCF est un acte plus rémunérateur pour les sous-traitants que la simple reprise d'un CCF existant, certains sous-traitants n'hésitent pas à construire abusivement un nouveau CCF, ou feindre d'en construire un nouveau (en inscrivant un nouveau numéro de PTO sur la PTO existante), plutôt que de reprendre le CCF existant. ».

167. Afin d'appuyer son propos, Orange a retranscrit dans son mémoire devant la Cour (§ 134 et 135) certains passages d'un documentaire intitulé « Fibre optique : friture sur la ligne » diffusé le 22 septembre 2022, dans l'émission « Envoyé Spécial » (pièce n° 37 de son dossier).

168. Il ressort de ce reportage qu'un technicien n'hésite pas à profiter de l'absence de réel contrôle de son activité par son donneur d'ordre pour simuler l'installation d'une prise chez un client alors qu'un câble existe déjà et se faire rémunérer à hauteur de 130 euros au lieu de 20 euros.

169. Il résulte encore des explications d'Orange que dans le cas du cuivre, le sous-traitant est payé du même montant pour l'intervention sur site client, que le branchement existe ou non, qu'il a donc tout intérêt à chercher et reprendre le branchement existant si son état le permet et n'a aucun intérêt à indiquer qu'il a construit une ligne si ce n'est pas le cas (réponse à la question n° 15, portant sur la quantification du taux de raccordement final en doublon sur la boucle locale cuivre, du questionnaire n° 2 de l'ARCEP, dossier ARCEP, pièce 21).

170. Il apparaît ainsi que, contrairement à ce qui est le cas pour le cuivre, en ce qui concerne la fibre optique, les stipulations contractuelles applicables entre OI et OC et l'organisation des relations qui en résulte entre ces opérateurs et les sous-traitant permettent et suscitent la construction de doublons.

171. En deuxième lieu, le constat du phénomène des doublons est partagé par Orange et Bouygues Télécom, ce qui a justifié la constitution par eux d'un groupe de travail afin d'« identifier des axes pour comprendre ce qui se passe sur le terrain, et d'identifier des plans d'actions soit côté commercial, soit côté technicien, soit côté contrôle qualité ou facturation pour limiter le risque et l'impact [de doublons] » (dossier Bouygues Télécom, pièce 21 datée du 10 juillet 2020).

172. En troisième lieu, Orange a précisé au cours de l'instruction les mesures qu'il avait engagées afin de lutter contre ce phénomène. Ainsi, dans son mémoire en réplique du 16 novembre 2021 devant l'ARCEP (dossier ARCEP, pièce 14, page 37), Orange indiquait (les soulignés sont de la Cour) :

« En tant qu'OI, Orange met progressivement en place des moyens pour détecter les constructions à tort, ce qui permet de contester les facturations non conformes aux contrats, et a un effet dissuasif auprès des OC : depuis début 2021, Orange détecte les cas de constructions à tort au niveau des pavillons (cas simple : un logement par adresse), en croisant analyses statistiques et échantillonnages sur le terrain : les listes sont envoyées régulièrement aux opérateurs commerciaux (note de bas de page : dont le nombre de doublons potentiels est supérieur à 500 par mois) concernés, qui doivent fournir tous les éléments utiles pour le cas échéant justifier de telles constructions en doublons (raccordements multiples demandés par le client, erreur sur l'adresse ou le local) ['] ».

« Dans les pavillons, [d]epuis septembre 2021, l'opérateur d'infrastructure Orange requalifie automatiquement en 'reprise de ligne existante' (PLP sans référence de PTO) toutes les demandes de création de raccordement des opérateurs commerciaux dans les pavillons, avec un unique logement, pour lesquels une PTO a déjà été construite et déclarée à cette adresse. Le technicien arrivant sur place dispose, dans son ordre de travail, d'une ligne préqualifiée en reprise de PTO existante. ['] ».

« Dans les immeubles, [depuis mi-] octobre 2021, la requalification des commandes a été élargie par Orange aux immeubles pour lesquels le taux de PTO dans l'immeuble est supérieur à un seul de 80 % des locaux ».

« Cette requalification automatique a montré un potentiel significatif dans l'augmentation du niveau de restitutions éligibles. Après un mois, 80 % des commandes requalifiées a priori en reprise de PTO se traduisent effectivement par une reprise de PTO après intervention du technicien, ce qui valide qu'il s'agissait bien vraisemblablement d'un PLP, et permet de limiter le volume de créations de PTO à tort par les techniciens des opérateurs commerciaux. ». (soulignement ajouté par la Cour).

173. Il résulte de l'ensemble de ces développements que le phénomène des doublons est avéré et que les proportions de lignes résiliées non reprises s'expliquent nécessairement en partie, comme l'a exactement retenu l'ARCEP (décision attaquée, page 39), par la présence de raccordements en doublon dans une proportion non résiduelle.

B. Sur l'application de la réglementation par l'ARCEP en présence de doublons

174. La décision de l'ARCEP n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 prise en l'application de l'article L. 34-8-3 du CPCE (pièce d'Orange n° 1) précise les modalités de l'accès aux lignes de communication électroniques à haut débit en fibre optique.

175. L'ARCEP précise en page 6 de cette décision qu'en application des dispositions de l'article L. 34-8-3 du CPCE, « la personne qui installe la fibre dans l'immeuble (l'opérateur d'immeuble) ['] doit respecter une obligation de mutualisation permettant aux opérateurs tiers de fournir des services très haut débit aux habitants de l'immeuble dans des conditions non discriminatoires ».

176.L'ARCEP précise encore en page 43 de cette décision que « [l]es conditions tarifaires de l'accès prévu aux articles 2 et 5 de la présente décision doivent être raisonnables et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité. ».

177.Il est constant que les principes de pertinence et d'efficacité, tels qu'explicités par la décision attaquée, en page 28, sont les suivants.

' principe de pertinence : les coûts doivent être supportés par les opérateurs qui les induisent ou ont usage des infrastructures ou prestations correspondantes ; ainsi, l'opérateur d'immeuble ne doit pas supporter de coûts induits par la pose de fibres supplémentaires pour d'autres opérateurs ; en outre, ce principe appelle une cohérence entre partage des coûts et partage des revenus ultérieurs éventuels liés à l'accueil d'opérateurs se raccordant ultérieurement à l'immeuble.

' principe d'efficacité des investissements : les coûts pris en compte doivent correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace ; il convient donc que l'opérateur d'immeuble ne fasse pas supporter de coûts indus ou excessifs aux opérateurs tiers.

178.S'agissant du besoin de prévisibilité, comme l'a exactement relevé la décision n° 2009-1106 « [l]e jour s'engager dans des projets d'investissement ou de co-investissement aussi importants, les opérateurs ont besoin d'une certaine visibilité sur les coûts qu'ils encourront et sur les recettes qu'ils percevront. ».

179.À titre liminaire, il convient de rappeler les principales dispositions contractuelles en cause, dont il conviendra de tirer les conséquences dans l'examen de leur conformité aux principes de pertinence et d'efficacité, et au besoin de prévisibilité.

180.En l'espèce, l'article 10.2 des conditions générales, « Nature et durée du droit sur la Ligne FTTH », précise qu'au « titre de l'offre d'accès à la Ligne FTTH, l'Opérateur bénéficie d'un droit de jouissance sur la Fibre Partageable de la Ligne FTTH qui lui est mise à disposition » (soulignement ajouté par la Cour).

181.L'article 10.3, alinéa 1er, « Principes tarifaires » énonce que « [l]e prix applicable à l'offre d'accès à la Ligne FTTH dû à Orange par l'Opérateur, selon les tarifs décrits aux annexes 'Prix' des Conditions Particulières, se compose d'abonnement(s) mensuels) pour l'usage des Câblages fttH. ».

182.L'article 13.1, « Généralités » stipule que « [l]a mise à disposition d'une Ligne FTTH prend fin : lorsque la Ligne FttH est mise à disposition d'un autre opérateur dans le cas de la Fibre Partageable ou, / lorsque l'Opérateur résilie la Ligne FTTH ou, / lorsque le droit d'usage de l'Opérateur est arrivé à son terme. ».

183.L'article 13.4.2, « Modalités applicables aux CCF avec contributions et restitutions », précise encore (soulignement ajouté par la Cour) :

« Les prix applicables à la mise à disposition d'une Ligne FTTH dus à Orange par l'Opérateur selon les tarifs décrits en annexe 'prix' des Conditions Particulières, sont détaillés ci-dessous.

On entend au sens des présentes par 'Contribution aux Frais de Mise en Service' du Câblage Client Final le montant actualisé de la part des frais de mise en service d'un Câblage Client Final existant imputable à l'Opérateur, telle que décrite en annexe 'prix' des Conditions Particulières.

Est 'Contributeur' au sens des présentes un opérateur :

' titulaire d'une Ligne FTTH sur un Câblage Client Final au titre d'une commande de mise à disposition de Ligne FTTH ; ou

' ayant résilié une Ligne FTTH en situation de dernier Opérateur titulaire d'une Ligne FTTH sur ce Câblage Client Final jusqu'à ce que ce dernier fasse l'objet d'une commande de mise à disposition de Ligne FTTH par un autre opérateur.

['] Dans tous les cas, l'Opérateur n'est plus titulaire de la Ligne FTTH à compter de sa résiliation.

['] Il est toutefois précisé qu'aucune restitution n'est faite au dernier Opérateur Contributeur d'une Ligne FTTH avant l'arrivée éventuelle d'un nouvel opérateur. La restitution intervient alors au moment de la mise à disposition ultérieure de la Ligne FTTH à cet autre opérateur. L'Opérateur reste Contributeur de la Ligne FTTH jusqu'à mise à disposition ultérieure éventuelle. ».

184.L'annexe prix (pièce Orange, n° 9) stipule que :

« Pour chaque commande de mise à disposition de Ligne FTTH, l'Opérateur doit payer à Orange :

' dans le cas où l'Opérateur demande une mise à disposition de Ligne FTTH impliquant la construction du Câblage Client Final : le prix de la première mise en service du Câblage Client Final décrit à l'article 5.1.1, [']

' dans le cas où l'Opérateur demande une mise à disposition de Ligne FTTH relative à un Câblage Client Final existant : une Contribution aux Frais de Mise en Service du Câblage Client Final décrite à l'article 5.1.2, ['] ».

' Sur le besoin de prévisibilité

185. Il résulte de ce qui précède, comme l'ARCEP l'a indiqué à juste titre dans la décision attaquée (pages 33 et 34), que l'OCS est exposé à une triple incertitude, portant (1) sur le point de savoir si une restitution lui sera versée, certaines lignes n'étant jamais reprises, (2) sur le niveau du montant qui sera restitué puisque le montant de la restitution dépend de la date de reprise de la ligne, avec un effet dégressif dans le temps, (3) sur la date de restitution.

186. Dans le cas de doublons, ces incertitudes prennent une ampleur qui dépasse le risque commercial normalement acceptable par l'OC.

187. Il en résulte que le mécanisme contractuel ne satisfait pas au besoin de prévisibilité de l'OC.

' Sur le principe de pertinence

188. La Cour considère qu'il y a lieu d'apprécier le principe de pertinence au regard de la situation existante, à savoir en considération du phénomène des doublons.

189. Il convient de rappeler que le principe de pertinence appelle une cohérence entre partage des coûts et partage des revenus ultérieurs éventuels liés à l'accueil d'opérateurs se raccordant ultérieurement à l'immeuble.

190. En l'espèce, en premier lieu, il résulte de l'économie du contrat d'Orange que l'usage d'une ligne a vocation à être partagé successivement par plusieurs OC, et que le coût de la construction de la ligne, que recouvre la notion de FMES, a vocation à être réparti entre lesdits OC.

191. Il n'est pas utile ici de détailler certains paramètres dont il est tenu compte pour la mise en 'uvre de ce principe, et

qui sont relatifs à la durée de vie d'une fibre et de la durée de son usage par chaque OC. Il est en outre ici précisé que le coût d'une vacance normale est supporté par l'OCS, point sur lequel tant Orange que Bouygues Télécom et l'ARCEP s'accordent, et peut donc être regardé comme un coût accessoire indissociable de l'usage d'une ligne.

192. L'équivalence entre la contribution due par l'OCP à l'OI et la restitution perçue par l'OCS de la part du même OI, est ainsi au cœur du mécanisme contractuel conçu par Orange. La perception de la restitution ne saurait dès lors être regardée comme une simple « opportunité » offerte à l'OC. Il s'agit d'un droit dont le respect, dès lors que la ligne fait l'objet d'une reprise, est une condition nécessaire permettant à l'OC de construire un modèle économique.

193. Il est donc raisonnable de considérer que le principe de pertinence doit s'apprécier en considération d'un usage partagé par plusieurs OC, les revenus tirés de l'usage d'une ligne étant également partagés. Corrélativement, il serait incohérent d'admettre que l'OCS (même s'il n'est pas le premier à avoir eu usage de la ligne) puisse être regardé comme celui qui a induit, seul, le coût (résiduel, s'il n'est pas le premier entrant) de la construction d'une ligne.

194. En second lieu, le phénomène des doublons génère une incohérence entre le partage des coûts et le partage des revenus liés à la création d'une ligne, quand une seule ligne suffirait : le montant des FMES demeure à la charge de l'opérateur sortant, alors qu'il n'a plus l'usage de la ligne (au-delà d'un délai de vacance normal), et ne perçoit plus les revenus attachés à cet usage. En revanche, Orange n'est pas affecté par le phénomène des doublons, sous l'angle de la perception des FMES, et demeure en mesure de percevoir des revenus récurrents attachés à l'abonnement souscrit par l'OCP pour l'usage d'une ligne, même dans le cas où cette ligne constitue un doublon (cf. § 21 du présent arrêt).

195. En outre, la création d'un doublon, qui génère ses propres FMES, ne peut être considérée ni comme un coût induit par l'OCS, ni comme un coût afférent à l'usage de la ligne initiale par l'OCS. La Cour considère qu'il n'existe pas non plus de « collectivité » des opérateurs commerciaux, qui se trouveraient vis-à-vis d'Orange, pris en sa qualité d'opérateur d'infrastructure, dans une position symétrique. Les opérateurs commerciaux n'ont pas en commun un intérêt qui justifierait de les considérer comme une collectivité. En revanche, ils sont, chacun, en relation contractuelle bilatérale avec Orange. Le principe de pertinence ne saurait justifier que l'OCS supporte la conséquence financière de la création d'un doublon, à savoir la perte de la restitution qui aurait été due si la ligne initialement existante avait été normalement reprise.

196. Il résulte de ces développements que le mécanisme mis en œuvre par Orange ne satisfait pas au principe de pertinence.

' Sur le principe d'efficacité

197. En premier lieu, la Cour relève que le mécanisme contractuel permet à Orange, en sa qualité d'OI, de ne supporter aucune charge induite par la création d'une ligne, l'OCS prenant en charge son financement, soit en partie, jusqu'à la

reprise de la ligne par un OCP, soit, le cas échéant, en intégralité, en l'absence de reprise.

198.Or, l'OCS n'est pas responsable de la création d'un doublon. Ce phénomène n'étant pas résiduel, le mécanisme contractuel a pour conséquence de lui faire supporter des coûts qui sont indus et excessifs, le niveau des restitutions à l'OCS s'avérant anormalement bas.

199.Le mécanisme contractuel de l'offre d'Orange a en outre fait la preuve de son incapacité à prévenir et juguler le phénomène des doublons, faute d'incitation de l'OI à le combattre efficacement, l'ensemble des conséquences financières étant reporté sur les OCS (et donc sur les OC en général).

200.À cet égard, il ne peut être regardé comme satisfaisant au principe d'efficacité.

201.En deuxième lieu, la Cour estime que l'inefficacité à l'origine du phénomène des doublons est en partie celle d'Orange.

202.En effet, Orange ne saurait, sous couvert de contingences matérielles afférentes au mode STOC, rejeter en bloc toute responsabilité dans l'apparition du phénomène des doublons sur les OC. L'OI est propriétaire des lignes ; il a la responsabilité de leur construction (art. 13.1 des conditions générales, § 150 du présent arrêt), tandis que les OC n'en ont que la jouissance (art. 10.2 des conditions générales § 180 du présent arrêt) et n'interviennent, en mode STOC, qu'en qualité de prestataires d'Orange (§ 150 du présent arrêt). C'est encore Orange qui agréé les sous-traitants (§ 160 du présent arrêt) et qui détient le système d'information censé permettre l'identification des lignes existantes (§ 158 du présent arrêt).

203.Il lui incombe donc de se donner les moyens d'assurer un meilleur contrôle des sous-traitants, ex ante et/ou ex post, et le cas échéant de concevoir des incitations de nature à les dissuader de construire ou prétendre construire des lignes inutiles, ce qui peut se concevoir en termes de rémunération et/ou de sanctions financières.

204.Il lui incombe encore de réviser son système d'information et la façon de le maintenir à jour. Il existe en effet une relation entre le caractère erroné de la qualification de la commande au sous-traitant par l'OCP et l'insuffisante précision du SI de l'OI. Cela n'implique au demeurant nullement un inventaire exhaustif des logements existants sur l'ensemble du territoire national.

205.Sur ce point, la Cour indique que le groupe Interop'Fibre qu'évoque Orange dans son mémoire, réunit des « opérateurs, privés et publics, actifs dans le domaine de la fibre optique et volontaires pour concourir à l'interopérabilité des réseaux FTTH ». Ce groupe s'est donné pour mission de normaliser les échanges d'informations entre les systèmes d'informations respectifs des opérateurs et d'harmoniser les processus entre opérateurs dans trois domaines de la mutualisation FTTH : l'infrastructure, l'accès et le SAV (pièce 43, dossier Orange).

206. Orange explique justement à son sujet, sans être contredite, que dans le cadre des réunions du groupe de travail Interop'Fibre et notamment lors d'une réunion du 20 octobre 2016, « les spécifications de l'outil OAPC et plus particulièrement la question relative aux informations sur la localisation de la prise PTO ont été évoquées. Cette question a ensuite régulièrement été débattue, et ce pendant plus de deux années. Or, il ressort précisément de l'analyse des comptes-rendus des réunions, lesquelles se sont tenues en présence de l'ARCEP, qu'aucun consensus n'a émergé entre les différents opérateurs, que ce soit sur la question d'imposer à l'opérateur d'infrastructure (OI) de renseigner cette information, ou sur celle d'imposer à tous les opérateurs commerciaux (OC) de collecter cette information auprès du client. » (mémoire, § 125 et suivant ; la pièce 34 du dossier d'Orange, page 56/91).

207. Ce à quoi Bouygues Télécom répond, également justement, que même en l'absence de consensus ou d'une normalisation partagée entre tous les opérateurs, il appartenait à Orange en tant qu'OI de mettre en place son propre dispositif adapté pour mentionner la localisation du logement, et permettre la remontée de ces informations par les OC, conformément à la décision de 2015.

208. En troisième lieu, il apparaît à la Cour que les OC ont également part à l'inefficacité à l'origine du phénomène des doublons.

209. La Cour ne méconnaît pas que la modification du fait générateur pourrait aboutir, comme l'indique Orange, à un financement à 100 % par l'OI de constructions de CCF non efficaces, ce qui serait, selon la requérante, déraisonnable comme de nature à nuire gravement à ses propres prévisions en matière d'investissements.

210. En réponse à cette observation, la Cour relève qu'en mode STOC, l'OCP est le mieux placé pour s'assurer que le sous-traitant qui construit une ligne le fait à bon escient. En effet, comme il a été dit (§ 163 du présent arrêt), Orange n'a de relation directe ni avec le technicien intervenant sur le terrain en sous-traitance de l'opérateur commercial, ni avec le client final.

211. L'ARCEP a relevé, à juste titre, que « le mécanisme actuel n'apparaît pas, en pratique, de nature à créer des incitations financières à l'opérateur commercial 'prenant' à éviter qu'il construise un raccordement en doublon lorsqu'il reprend une ligne donnée » (décision attaquée, page 43).

212. La Cour considère pour autant que l'OCP ne devrait pas avoir besoin d'une incitation financière pour veiller à ce que le sous-traitant ne procède pas à la création, réelle ou fictive, d'un doublon. En effet, par principe, « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » par l'ensemble des parties (article 1104 du code civil). Comme il a été indiqué, le contrat STOC (v2) précise explicitement qu'il appartient à l'OC de ne pas créer un CCF lorsqu'il en existe un (§ 158 du présent arrêt).

213. Il résulte ainsi de l'économie de l'offre contractuelle d'Orange que l'OCP dispose d'un certain pouvoir de contrôle sur la bonne exécution de sa mission par le sous-traitant. Son inefficacité dans la qualification initiale de la commande et dans le contrôle des techniciens intervenant sur le terrain (§ 166 et § 167 du présent arrêt) apparaît dès lors pour partie à

l'origine du phénomène des doublons.

214. Il en découle que si la distinction entre OCP et OCS est certes pertinente dans le cadre de l'analyse de la relation contractuelle entre Orange et Bouygues Télécom, elle ne l'est pas pour l'analyse du phénomène des doublons, lequel relève de l'inefficacité de l'ensemble des acteurs du secteur, un OCS étant toujours un ancien OCP.

215. À la lumière de ces développements, la Cour considère que c'est l'inefficacité collective de l'ensemble des acteurs du secteur qui a permis l'apparition du phénomène des doublons, alors que les enceintes existantes pour le juguler ne manquaient pas, à l'instar du groupe Interop'Fibre. Autrement dit, le phénomène des doublons résulte d'une coordination inefficace dont les causes sont partagées entre OI, OC et sous-traitant.

' Conclusion

216. Le mécanisme contractuel en cause ne satisfaisant pas aux principes de pertinence et d'efficacité, et ne répondant pas au besoin de prévisibilité, l'ARCEP était fondée à décider que le fait générateur de la restitution devait être fixé à la date de la résiliation de la ligne.

217. Pour autant, il résulte des développements qui précèdent qu'il ne serait pas équitable qu'Orange doive supporter la totalité de la charge financière qui résulte du phénomène des doublons.

218. Au demeurant, si tel était le cas, les différents OC n'auraient aucune incitation à assumer, chacun en sa qualité d'OCP, leur propre responsabilité dans la mise en œuvre du mécanisme contractuel.

219. La formule de calcul à intervenir devra en tenir compte.

220. Le moyen sera rejeté.

V. SUR LA MÉCONNAISSANCE DES LIMITES DE LA RÉTROACTIVITÉ PAR L'ARCEP

221. Dans la décision attaquée, l'ARCEP a fait droit à la demande de Bouygues Telecom tendant à la modification du fait générateur à compter du 23 juillet 2021 et a précisé que celle-ci a vocation à s'appliquer aux lignes résiliées par Bouygues Telecom entre le 23 juillet 2021 et la date de la présente décision (pages 60-61).

222. Pour justifier sa décision, l'ARCEP a indiqué qu'Orange avait eu connaissance des demandes de Bouygues Telecom et donc de l'éventualité qu'une décision du régulateur, saisie du règlement de différend, y fasse droit, depuis au moins le courrier du 23 juillet 2021 qui lui avait été adressé par cette dernière, en vue de faire modifier le fait générateur de la restitution des contributions aux frais de mises en service à la résiliation de la ligne FttH ainsi que de la formule de calcul demandée.

223. Elle a ajouté que Bouygues Telecom ne saurait être tributaire sur la période de rétroactivité demandée, des inefficacités d'Orange dans la gestion de la réalisation des raccordements finals en mode STOC. Elle a considéré au demeurant que l'OI n'avait apporté aucun élément au cours de l'instruction faisant état de difficultés techniques ou comptables particulières qui remettraient en cause le caractère proportionné et équitable de la demande de rétroactivité de Bouygues Telecom.

224. Orange soutient que la décision de l'ARCEP a pour effet d'aboutir à la « remise en cause de situations contractuelles anciennes et non contestées », contrairement à la volonté du législateur, en modifiant le régime contractuel applicable aux lignes déployées depuis l'origine par l'OI, et non pas seulement aux seules lignes déployées depuis le 23 juillet 2021.

225. L'OI expose que cette décision implique que l'ARCEP considère que le dispositif d'Orange n'était pas pertinent et efficace dès l'origine, et ce malgré les assurances réglementaires initiales données par le régulateur, et qu'elle modifie de facto rétroactivement l'équilibre économique de toutes les lignes déployées par l'opérateur d'infrastructure depuis les premiers déploiements de lignes.

226. Bouygues Télécom répond que la décision n'a pas l'effet rétroactif qu'Orange prétend en ce sens qu'elle ne fait que s'appliquer immédiatement, dans les limites permises par les dispositions de l'article L. 36-8 CPCE (à compter du 23 juillet 2021), aux situations en cours, c'est-à-dire à des situations qui peuvent être nées antérieurement mais qui sont toujours en cours d'exécution, et pour régir uniquement leurs effets à venir, sans modifier leurs effets passés.

227. Ainsi, selon Bouygues Télécom, le nouveau régime s'applique-t-il à toutes les résiliations de lignes intervenant à compter du 23 juillet 2021, sans l'être aux situations déjà définitivement achevées, c'est-à-dire aux CCF résiliés antérieurement à cette date.

228. L'ARCEP indique que les effets rétroactifs de la décision sont limités au contrat qui lie Orange et Bouygues Télécom à la date du 23 juillet 2021 et aux seules lignes en zone très dense, et ce conformément au cadre juridique posé par les décisions réglementaires de l'ARCEP. Elle conclut qu'elle a respecté les limites de la rétroactivité posées par l'article L. 36-

8, I, CPCE.

229. Le ministère public est d'avis, d'une part, que la contestation entre Orange et Bouygues Télécom a été élevée pour la première fois le 23 juillet 2021, d'autre part, que l'ARCEP a fait une exacte application des dispositions de l'article L. 36-8 CPCE. Il propose le rejet du moyen.

Sur ce, la Cour :

230. La Cour rappelle que l'ARCEP est investie par la loi du pouvoir de régler les différends opposant les opérateurs de communications électroniques sur les conditions financières des prestations pour lesquelles ils ont conclu des conventions. Il résulte des travaux parlementaires que « conformément à l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP peut imposer aux opérateurs d'apporter des modifications à des conventions conclues » (amendement n° COM-445, 13 mars 2015, adopté et mentionné par Orange ; soulignement ajouté par la Cour).

231. De façon générale, la mission de l'ARCEP de régulation peut l'amener à 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 ainsi à restreindre, pour les motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient.

232. L'article L. 36-8, I, CPCE dispose notamment que « [l']autorité peut, à la demande de la partie qui la saisit, décider que sa décision produira effet à une date antérieure à sa saisine, sans toutefois que cette date puisse être antérieure à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par l'une des parties pour la première fois et, en tout état de cause, sans que cette date soit antérieure de plus de deux ans à sa saisine ».

233. En l'espèce, il ressort des dispositions contractuelles précitées (§ 180 et suivants du présent arrêt) que l'OC est titulaire d'un droit de jouissance de la ligne (rémunéré via un abonnement) jusqu'à sa résiliation et créancier d'une somme (la restitution) à compter de la reprise éventuelle de la ligne.

234. Il s'en évince que tant que le droit de jouissance perdure, d'une part, la relation contractuelle perdure également au regard de la ligne considérée, d'autre part, le droit de l'OC à la « restitution » n'est pas encore né et actuel, le fait générateur de ladite restitution n'étant pas encore survenu (et pouvant ne jamais survenir).

235. Il s'infère de ces considérations que tant que le droit de jouissance de l'OC demeure, en l'absence de résiliation, l'ARCEP, en sa qualité d'autorité de régulation compétente en matière de règlement de différend, est susceptible de se saisir de la situation juridique en cours entre l'OC et l'OI au regard de la ligne considérée et d'en modifier l'équilibre pour l'avenir.

236. Corrélativement, la portée de la décision de l'ARCEP ne saurait être cantonnée aux seules lignes non encore déployées à la date de prise d'effet de sa décision.

237. Par ailleurs, les parties ne contestent pas que la date du 23 juillet 2021, date de la formalisation du différend entre Orange et Bouygues Telecom (pièce 3-15 de Bouygues Telecom), puisse constituer une date licite de prise d'effet de la décision de l'ARCEP.

238. En conséquence, le moyen sera rejeté.

VI. SUR LES FRAIS ET DÉPENS

239. Orange demande la condamnation de Bouygues Télécom à lui verser la somme de 100 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, et la condamnation du Trésor Public aux entiers dépens.

240. Bouygues Télécom demande la condamnation d'Orange à lui verser la somme de 200 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, outre sa condamnation aux entiers dépens.

241. L'ARCEP demande la condamnation d'Orange aux entiers dépens.

242. Il n'y a pas lieu, en équité, de condamner l'une des parties à payer à l'autre des sommes en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

243. Orange, qui succombe, sera condamnée aux dépens.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement :

REJETTE le recours formé par la société Orange contre la décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse n° 2022-0682-RDPI du 29 mars 2022 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Bouygues Télécom et la société Orange ;

REJETTE les demandes de condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société Orange aux dépens de l'instance.

LE GREFFIER,

Valentin HALLOT

LA PRÉSIDENTE,

Agnès MAITREPIERRE