

Décision n° 2023-2371-FR
de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la
distribution de la presse
en date du 7 novembre 2023
portant sanction à l'encontre de la société Orange en application de l'article L. 36-11 du
code des postes et des communications électroniques

AVERTISSEMENT

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

La formation restreinte de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « la formation restreinte de l'Arcep »),

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

Vu la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, notamment son article 24-2 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE), notamment ses articles L. 32-1, L. 33-6, L. 33-13, L. 34-8, L. 34-8-3, L. 36-11, L. 130, R. 9-2 à R. 9-4, D. 594 et D. 595 ;

Vu l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 modifiée relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ;

Vu l'arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d'engagements de la société Orange au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques ;

Vu la décision n° 2009-1106 de l'Arcep en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée, telle que modifiée par la décision n° 2013-1475 du 10 décembre 2013 modifiant la liste des communes des zones très denses définie par la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009 ;

Vu la décision n° 2010-1312 de l'Arcep en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire à l'exception des zones très denses ;

Vu la décision n° 2015-0776 de l'Arcep en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu la décision n° 2019-0871-RDPI de l'Arcep en date du 20 juin 2019 relative à l'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE à l'égard de la société Orange ;

Vu la décision n° 2019-1514-RDPI de l'Arcep en date du 17 octobre 2019 portant ouverture en application de l'article L. 32-4 du CPCE d'une enquête administrative à l'encontre de la société Orange sur les engagements L. 33-13 du CPCE en matière de déploiement FttH en zone AMII ;

Vu la décision n° 2020-1432 de l'Arcep en date du 8 décembre 2020 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu la décision n° 2022-0573-RDPI de l'Arcep en date du 17 mars 2022 portant mise en demeure de la société Orange de se conformer à ses engagements souscrits au titre de l'article L. 33-13 du CPCE et acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018 ;

Vu la décision n° 2023-1414-RDPI de l'Arcep en date du 6 juillet 2023 portant notification des griefs à la société Orange pour non-respect de la décision n° 2022-0573-RDPI en date du 17 mars 2022 portant mise en demeure de la société Orange de se conformer à ses engagements souscrits au titre de l'article L. 33-13 et acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018 ;

Vu la décision n° 2023-1536-FR de la formation restreinte de l'Arcep en date du 18 juillet 2023, relative à la procédure dont elle est saisie en application de la décision n° 2023-1414-RDPI susvisée, désignant François Lions en tant que président de la formation restreinte, Rémy Maecker, agent des services de l'Arcep, en tant que secrétaire de séance, Théotime Gélineau, agent des services de l'Arcep, pour assister la formation restreinte, et fixant le calendrier de procédure ;

Vu la recommandation de l'Arcep du 24 juillet 2018 relative à la cohérence des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné ;

Vu la recommandation de l'Arcep en date du 8 décembre 2020 sur les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Vu l'avis n° 2017-1293 de l'Arcep en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires ;

Vu l'avis n° 2018-0364 de l'Arcep en date du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements d'Orange au titre de l'article L. 33-13 ;

Vu le courrier du Secrétaire d'État chargé de la transition numérique et des communications électroniques, Cédric O, en date du 19 novembre 2021 demandant l'ouverture d'une procédure prévue à l'article L. 36-11 concernant le respect par Orange de ses engagements souscrits dans le cadre de l'article L. 33-13 ;

Vu les observations de la société Orange en date du 22 septembre 2023 ;

Vu le questionnaire envoyé par la formation restreinte le 28 septembre 2023 et la réponse d'Orange à ce questionnaire en date du 13 octobre 2023 ;

Vu les observations complémentaires de la société Orange transmises, à la suite de l'audition, le 25 octobre 2023 ;

Vu l'ensemble des éléments versés au dossier d'instruction ;

Après avoir entendu le 18 octobre 2023, lors d'une audition qui s'est tenue à huis clos à la demande de la société Orange, devant la formation restreinte composée de M. François Lions, président, de Mme Maya Bacache et de Mme Sarah Jacquier-Pelissier, membres :

- les observations de Guillaume Garnier, représentant de la formation RDPI ;
- les observations des représentants de la société Orange ;
- les représentants de la société Orange ayant pris la parole en dernier ;

Cette audition s'est déroulée en présence de :

- Rémy Maecker, secrétaire de séance de la formation restreinte,
- Théotime Gélinau, agent désigné pour assister la formation restreinte,
- et Stéphanie Demesse, responsable du greffe de l'Arcep.

La formation restreinte de l'Arcep a délibéré le 7 novembre 2023, en la présence du secrétaire de séance et de l'agent des services de l'Autorité désigné pour assister la formation restreinte.

1 Exposé des faits et de la procédure

1.1 Historique des faits

1.1.1 Le déploiement de la fibre optique en France et l'appel à manifestation d'intentions d'investissements

En application des dispositions du code des postes et des communications électroniques résultant notamment de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ainsi que de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, l'Arcep a établi un cadre réglementaire précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique.

Par la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009, l'Autorité a notamment précisé certaines règles applicables dans les seules zones très denses, définies comme des communes à forte concentration de population - regroupant 106 communes¹ et près de 20 % des logements et locaux à usage professionnel du territoire national - pour lesquelles, sur une partie significative de leur territoire, il est économiquement viable pour plusieurs opérateurs de déployer leurs réseaux de fibre optique, au plus près des locaux, jusqu'à l'immeuble².

Dans la décision n° 2010-1312 en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire

¹ La liste des communes des zones très denses établie par la décision n° 2009-1106 a été modifiée par la décision n° 2013-1475 en date du 10 décembre 2013.

² Conformément à la décision n° 2009-1106 de l'Arcep, la mutualisation en zone très dense s'effectue à la maille de l'immeuble. Toutefois, pour les petits immeubles (moins de 12 locaux), la mutualisation n'a pas lieu en pied d'immeuble mais au niveau d'armoires de rue réunissant 100 locaux. L'Arcep distingue également, au sein des zones très denses, des « poches de basse densité » où la mutualisation a lieu au niveau d'armoires de rue réunissant 300 locaux, sur le modèle des zones moins denses présentées ci-après.

à l'exception des zones très denses, l'Autorité a défini les zones moins denses comme le territoire français, à l'exception des zones très denses. Les zones moins denses représentent ainsi environ 80 % du total des locaux du territoire.

La zone moins dense se divise elle-même en plusieurs catégories : les zones d'initiative publique et les zones d'initiative privée.

Dans le cadre du programme national « très haut débit », le Gouvernement a lancé le 4 août 2010 un appel à manifestations d'intentions d'investissement (« AMII »), en vue de recueillir les intentions d'investissement des opérateurs en matière de déploiement de réseaux à très haut débit, à horizon de 5 ans en dehors des zones très denses.

Pour une partie des locaux des zones moins denses, des opérateurs privés – dont Orange et SFR³ - ont manifesté depuis 2011 des intentions de déploiement de réseaux de boucle locale optique mutualisée ou commencé à déployer ces réseaux sur fonds propres. Les déclarations des opérateurs ont dressé les contours d'une zone dite AMII d'initiative privée. Ce faisant, l'AMII a défini en creux une zone au sein de laquelle aucun opérateur n'avait manifesté d'intention et sur laquelle devait dès lors se limiter l'initiative publique, la zone d'initiative publique.

À la suite de l'annonce par le Gouvernement des résultats de l'AMII en avril 2011, Orange et SFR ont annoncé, le 15 novembre 2011, la signature d'un accord commercial de droit privé répartissant le déploiement au sein de la zone AMII entre les deux opérateurs.

Les intentions de déploiement des opérateurs ont donc conduit à la division de la zone moins dense en différentes zones en fonction du degré de rentabilité pour les investisseurs privés.

Les zones AMII, correspondant aux zones les plus rentables et regroupant près de 40 % des locaux du territoire national, sont déployées par Orange et SFR. Les intentions de déploiement d'Orange concernent environ 80 % des zones AMII et celles de SFR le 20 % restant.

Par la suite, cinq ans après les manifestations d'intention d'investissement des opérateurs privés, afin d'« assurer le respect des engagements des opérateurs privés pour le déploiement du très haut débit fixe »⁴ et pour prévenir « le risque d'une préemption de certains territoires par de simples déclarations d'intentions d'investir, non suivies d'effet »⁵, la loi pour une République numérique n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 a introduit dans le CPCE l'article L. 33-13, permettant de rendre juridiquement opposables les engagements des opérateurs sur ces zones AMII. Lors de l'examen du texte au Sénat le rapporteur pour avis Patrick Chaize, indiquait ainsi que le nouveau dispositif « vise à permettre la formalisation des engagements pris par les opérateurs en faveur de l'aménagement du territoire et de la couverture des zones peu denses par les réseaux de communications électroniques et à favoriser leur accès à ces réseaux (...) et de remédier au caractère aujourd'hui incertain des déclarations faites par ces opérateurs ».

C'est ainsi que l'article L. 33-13 du CPCE dispose notamment que :

- « le ministre chargé des communications électroniques peut accepter, après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à

³ Au total, 6 opérateurs (Orange, SFR, Iliad, Covage, Alsatis et Ezyla) ont manifesté leur intention d'engager un déploiement sur un peu plus de 3 400 communes. Mais seuls Orange et SFR ont concrétisé leur intention.

⁴ Avis n° 526, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 avril 2016, présenté au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, pour une République numérique, par Patrick Chaize.

⁵ Avis n° 526, *op. cit.*

l'aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux.

- *L'autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en contrôle le respect et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 ».*

1.1.2 Les obligations d'Orange au titre de ses engagements en date du 20 février 2018 acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018

Par un courrier en date du 20 février 2018 adressé au Premier Ministre, Orange a fait une proposition d'engagements de déploiement FttH au titre de l'article L. 33-13 du CPCE.

Dans ce courrier, Orange indiquait que « [l]e déploiement de l'internet à très haut débit, et tout particulièrement de la fibre optique jusqu'à l'abonné (FttH), est un axe stratégique majeur pour le groupe Orange. Il se traduit par une hausse de nos investissements d'Orange France en 2017, à [SDA] milliards d'euros, une progression jusqu'à [SDA] milliards d'euros en 2018, et ces investissements continueront encore de progresser en 2019. Cette ambition d'Orange rejoint pleinement la volonté du Président de la République et de votre Gouvernement de permettre à tous les français, où qu'ils se trouvent sur le territoire, de souscrire à une offre d'accès fixe à internet à bon débit d'ici 2020, et en très haut débit d'ici 2022 ».

Orange proposait que « 100 % des logements et des locaux à usage professionnel de notre périmètre de déploiement FttH sur la zone AMII d'Orange soient ouverts dès fin 2020 à la commercialisation d'offres FttH. Et de surcroît, Orange consent volontairement à rendre cet objectif opposable, de sorte que si nous ne tenions pas l'objectif, nous acceptons le principe d'une sanction pécuniaire ».

Orange précisait dans son courrier que « [ses] engagements portent sur le déploiement par Orange de réseaux FttH dans un ensemble de communes dont la liste est annexée à ce courrier. Cette liste intègre les communes hors zones très denses de la zone AMII d'Orange (zone constituée des communes initialement en zone AMII de 2011, en tenant compte de l'accord de mise en cohérence des déploiements en dehors des zones très denses conclu avec SFR en novembre 2011, étendue conformément à [sa] réponse au courrier du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique du 10 juillet 2015, et intégrant notamment les communes anciennement en zones très denses et les communes libérées des engagements de l'accord susmentionné).

Dans ces communes, Orange s'engage à compter de l'acceptation de ses engagements à : [...]

- *au plus tard fin 2020, assurer que dans toutes les communes concernées, hors logements et locaux à usage professionnel non raccordables du fait d'un refus des copropriétés et propriétaires concernés, tous les logements et locaux à usage professionnel seront rendus raccordables ou raccordables à la demande*
- *fin 2020, assurer qu'au niveau de l'ensemble des communes objet du (I), la part de prises raccordables sur demande n'excédera pas 8 % du total de tous les logements et locaux à usage professionnel de l'ensemble des communes ».*

Orange indiquait en outre le retrait des engagements précités d'un périmètre géographique défini par une liste de communes annexées à son courrier, composée de 236 « codes communes » de l'Insee, qui faisait l'objet de recouvrement avec la proposition d'engagements de SFR.

Orange proposait ainsi de s'engager, sur un périmètre géographique défini par une liste de 3 016 « codes communes » de l'Insee situés en dehors des zones très denses, à rendre 100 % des logements

et locaux à usage professionnel des communes concernées (ci-après les « locaux ») « raccordables » ou « raccordables à la demande » à la fibre jusqu'à l'abonné (FttH – Fibre to the Home) d'ici fin 2020 (avec au plus 8 % de « raccordables à la demande »), sauf pour ceux de ces logements et locaux pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés.

Par courrier en date du 11 juin 2018, Mme Delphine Gény-Stephann, secrétaire d'État auprès du ministre de l'économie et des finances en charge des communications électroniques et des postes, a saisi l'Arcep pour avis sur les engagements proposés par Orange au titre de l'article L. 33-13 du CPCE.

L'Arcep a rendu sur ce fondement l'avis n° 2018-0364 en date du 12 juin 2018.

Par arrêté du 26 juillet 2018, le Gouvernement a accepté la proposition d'engagements d'Orange au titre de l'article L. 33-13 du CPCE, les rendant ainsi juridiquement opposables.

1.2 L'ouverture sur le fondement de l'article L. 36-11 du CPCE de la procédure d'instruction et les éléments recueillis dans ce cadre

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (RDPI) de l'Autorité a ouvert, par la décision n° 2019-0871-RDPI du 20 juin 2019, une instruction relative au manquement éventuel de la société Orange aux engagements souscrits au titre de l'article L. 33-13 du CPCE et acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018, prise sur le fondement des dispositions des articles L. 36-11 et D. 594 du CPCE.

Dans le cadre de l'instruction, le rapporteur a transmis un premier questionnaire par courrier en date du 23 juillet 2019 afin d'obtenir des informations de la part de l'opérateur sur l'estimation du nombre de locaux dans les communes ou parties de communes faisant l'objet de l'engagement, sur l'état de l'avancement de ses déploiements et sur les prévisions de déploiement. Un deuxième questionnaire a été adressé par courrier en date du 9 février 2022 afin d'obtenir des informations actualisées sur l'état de l'avancement des déploiements, les prévisions de déploiement et l'état des locaux en blocage d'éligibilité ou en échec de raccordement. Orange a répondu à ces questionnaires respectivement le 1^{er} octobre 2019 et le 4 mars 2022.

1.3 L'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de la société Orange sur les engagements L. 33-13 du CPCE en matière de déploiement FttH sur la zone AMII, et les éléments recueillis dans ce cadre

Afin d'exercer sa mission de contrôle du respect des engagements, la formation RDPI de l'Autorité a ouvert, par la décision n° 2019-1514-RDPI du 17 octobre 2019, une enquête administrative à l'encontre de la société Orange, en application de l'article L. 32-4 du CPCE afin de recueillir des éléments permettant d'établir un état des lieux et un suivi des déploiements effectués ou restants à accomplir, ainsi que leur planification par Orange.

Dans le cadre de cette procédure, trois questionnaires ont été adressés à Orange en dates des 5 décembre 2019, 30 juillet 2020 et 2 août 2021⁶. Ces questionnaires visaient à obtenir des informations sur l'organisation mise en œuvre par l'opérateur pour déployer les lignes prévues dans le cadre des engagements L. 33-13, les indicateurs de suivi des déploiements utilisés par Orange, les prévisions de

⁶ Orange a fourni des réponses aux trois questionnaires adressés par le rapporteur en dates des 10 janvier 2020, 20 janvier 2020, 2 octobre 2020 et 30 septembre 2021.

déploiement, les cas de refus de propriétaires ou de copropriétés recensés ainsi que d'autres cas de blocages rencontrés (autorisations particulières non obtenues, notamment de la part d'architectes des bâtiments de France, demandes de permission de voirie rejetées, propriétaires non identifiés), les immeubles neufs ou en cours de construction et l'estimation du nombre de locaux total des communes faisant l'objet des engagements.

1.4 La mise en demeure du 17 mars 2022

Il est ressorti de l'instruction, et notamment des éléments transmis par la société Orange, que celle-ci avait manqué à son obligation consistant à ce que, au plus tard le 31 décembre 2020, échéance reportée au 14 avril 2021 en application de l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-306⁷, 100 % des logements et locaux à usage professionnel du périmètre de ses engagements précités, sauf pour ceux de ces logements et locaux pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, soient rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux raccordables sur demande.

La société Orange a dès lors été mise en demeure d'assurer, au plus tard le 30 septembre 2022, que 100 % des logements ou locaux à usage professionnel des communes ou parties de communes concernées par ses engagements, pris au titre de l'article L. 33-13 du CPCE par courrier auprès du Gouvernement en date du 20 février 2018 et modifié par courrier en date du 31 mai 2018 et acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018 susvisé, sauf pour ceux de ces logements et locaux pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, soient rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux raccordables sur demande.

La société Orange était également « *mise en demeure de justifier à la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, au plus tard le 31 octobre 2022, du respect de l'échéance du 30 septembre 2022 [...]* ».

La décision de mise en demeure a été notifiée à la société Orange par lettre recommandée avec accusé de réception le 24 mars 2022. La société Orange a introduit un recours en annulation contre cette mise en demeure qui a été rejeté par une décision du Conseil d'Etat du 23 avril 2023.

A la suite de la décision de mise en demeure, le 27 octobre 2022, la société Orange a communiqué à la formation RDPI de l'Autorité sa réponse pour justifier du respect de l'échéance fixée par cette décision.

Au regard de la réponse de la société Orange précitée, le rapport d'instruction du rapporteur indique que « *sans qu'il ne soit besoin, à ce stade, de se prononcer sur les justifications apportées par Orange concernant les 0,819 million de locaux précités, [...] au moins 543 000 locaux (1,362 million – 0,819 million), recensés par Orange au 31 décembre 2020 dans les communes de son périmètre d'engagement, n'ont pas été rendus raccordables au 30 septembre 2022 et ne sont pas indiqués par Orange comme relevant d'obstacles particuliers au déploiement* ».

⁷ Pour rappel, l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 susvisée prévoit que « [I]orsqu'ils n'ont pas expiré avant le 12 mars 2020, les délais imposés par l'administration, conformément à la loi et au règlement, à toute personne pour réaliser des contrôles et des travaux ou pour se conformer à des prescriptions de toute nature sont, à cette date, suspendus jusqu'à la fin de la période mentionnée au I de l'article 1er, sauf lorsqu'ils résultent d'une décision de justice [...] ». La période mentionnée au I de l'article 1^{er} de cette ordonnance correspond à une période comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus. Par conséquent, et en application de l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-306, l'échéance à fin décembre 2020 imposée à Orange, dans le cadre de ses engagements au titre de l'article L. 33-13 du CPCE acceptés par l'arrêté du 26 juillet 2018, a été reportée au 14 avril 2021.

Dans son rapport d'instruction le rapporteur en conclut que la société Orange n'a pas respecté son obligation d'assurer, au plus tard le 30 septembre 2022, que 100 % des logements ou locaux à usage professionnel des communes ou parties de communes concernées par ses engagements, sauf pour ceux de ces logements et locaux à usage professionnel pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, soient rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux à usage professionnel raccordables sur demande, dès lors qu'au moins 543 000 logements ou locaux à usage professionnel faisant partie du périmètre de ses engagements au 31 décembre 2020 n'ont pas été rendus raccordables ou raccordables à la demande à l'échéance fixée par la décision de mise en demeure n° 2022-0573-RDPI.

1.5 La notification des griefs du 6 juillet 2023

Eu égard aux manquements constatés, il a été fait grief à la société Orange, par la décision susvisée n° 2023-1414-RDPI du 6 juillet 2023, de ne pas avoir, à la date du 30 septembre 2022, respecté son obligation d'assurer, que 100 % des logements ou locaux à usage professionnel des communes ou parties de communes concernées par ses engagements, sauf pour ceux de ces logements et locaux à usage professionnel pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, soient rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux à usage professionnel raccordables sur demande, dès lors qu'au moins 543 000 logements ou locaux à usage professionnel faisant partie du périmètre de ses engagements au 31 décembre 2020 n'ont pas été rendus raccordables ou raccordables à la demande à l'échéance fixée par la décision de mise en demeure n° 2022-0573-RDPI.

2 Éléments apportés par la société Orange

Il ressort des observations écrites et orales formulées par la société Orange, à la suite de la notification des griefs, les éléments ci-après.

2.1 Concernant les observations écrites de la société Orange en date du 22 septembre 2023

Dans ses observations écrites Orange soutient qu'il « a assuré le suivi de ses engagements au titre de l'article L. 33-13 de bonne foi et ne pouvait anticiper le changement de référentiel opéré par l'Arcep » (2.1.1), que « le grief reproché à Orange n'a eu aucun impact réel sur le marché » (2.1.2) et qu'une « sanction pécuniaire d'Orange sur le fondement du grief retenu par la formation RDPI de l'Arcep serait manifestement disproportionné » (2.1.3)

2.1.1 Sur le suivi des engagements d'Orange qui aurait été réalisé de bonne foi

Dans ses observations écrites en date du 22 septembre 2023, la société Orange indique que « [p]our considérer qu'Orange n'avait pas rempli ses engagements, l'Arcep a calculé le pourcentage de locaux rendus raccordables ou RAD [raccordables à la demande] non sur la base du référentiel INSEE 2013 tel qu'Orange estimait l'avoir prévu dans les courriers d'Orange des 20 février et 31 mai 2018, mais sur la base des fichiers IPE ».

La société Orange invoque un changement de référentiel de l'Arcep non prévisible. Orange indique que « [c]e n'est qu'en juin 2020, et alors que le secteur est heurté de plein fouet par la crise sanitaire, dans le cadre de l'observatoire T1 2020, soit à 6 mois de l'échéance prévue par les engagements

souscrits par Orange, que l'Arcep a modifié le référentiel (passant des données INSEE aux fichiers IPE) ce qui a eu un impact sur la cible des engagements souscrits par Orange [...] ». La société indique de plus que « jusqu'à la mise en demeure du 17 mars 2022, Orange estimait légitimement que la trajectoire de ses déploiements était parfaitement conforme à ses engagements » et qu'elle n'a « réellement été en situation de considérer qu'un écart existait avec la cible attendue qu'à compter de l'arrêt du Conseil d'Etat ».

La société Orange indique en outre avoir « procédé à des investissements conséquents pendant toute la période concernée, y compris en 2020 avec une année record en nombre de locaux rendus raccordables malgré un contexte très difficile lié à l'état d'urgence sanitaire », et ajoute avoir « poursuivi ses déploiements à la suite de la mise en demeure, et ce malgré l'existence d'un litige devant le Conseil d'Etat ». Orange indique à cet égard avoir « continué ses déploiements en zone L. 33-13 » ; « Environ 390 000 locaux auront ainsi été rendu raccordables entre fin septembre 2022 et fin septembre 2023 ».

Enfin, la société Orange indique avoir « maintenu ses efforts malgré les chocs réglementaires qui sont intervenus dans la période et ont pu affecter son plan d'affaires », mentionnant à cet égard « plusieurs décisions réglementaires [...] en particulier la décision n° 2020-1446 de l'Arcep du 15 décembre 2020 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès local en position déterminée [...], ou encore la décision n° 2022-0682 de règlement de différend sur les conditions de financement des câblages client (CCF)».

2.1.2 Sur l'absence alléguée d'impact sur l'économie

Selon les observations écrites d'Orange, le grief reproché à Orange revient *in fine* à ne pas avoir mis en RAD (raccordables sur demande) 543 000 locaux « à l'échéance fixée par la Mise en demeure, soit au 30 septembre 2022 ». A cet égard, Orange souligne « que l'impact de ce grief est extrêmement limité voir nul au regard, d'une part, de l'absence d'intérêt des opérateurs commerciaux pour les RAD et, d'autre part, du fait que cela n'aurait eu aucune incidence sur le volume global de locaux rendus raccordables par Orange sur cette période ».

Elle argumente que la faible appétence des opérateurs commerciaux ressort tant des réponses de ces opérateurs aux consultations publiques menées par l'Autorité que du « délai important de normalisation de l'offre RAD au sein du protocole Interop'Fibre », puisque « presque trois années se sont écoulées entre la mise en œuvre d'une offre de gros par Orange et la normalisation du protocole par l'ensemble des opérateurs dans le cadre du groupe de travail Interop'Fibre ».

Elle invoque ensuite le taux de conversion des locaux RAD en locaux raccordables sur la période considérée. Elle expose à cet égard les éléments suivants : « Afin d'estimer le taux de conversion de locaux RAD en locaux raccordables sur la période considérée, Orange a analysé l'échantillon constitué par les immeubles tagués RAD dans son fichier IPE au 30 septembre 2022 en Zone L. 33-13, représentant un volume de 8 113 locaux : / - fin août 2023, une partie de ces immeubles étaient désormais raccordables, représentant un volume de 1 563 locaux, soit un taux de conversion de 19,3 % sur 11 mois ; / - Orange a bien constaté des commandes de RAD portant sur une partie de ces immeubles qui ont bien été réalisées et ont permis de rendre raccordables les immeubles concernés et les immeubles alentour ; mais il est également possible qu'une partie des immeubles de l'échantillon initial aient été rendus raccordables dans le cadre des déploiements proactifs d'Orange et donc sans commande de RAD ; / - ainsi, le taux de 19,3 % sur 11 mois (soit un taux de 21 % sur 12 mois) constitue un majorant du taux de conversion de locaux RAD en locaux raccordables. »

Orange en conclut alors que s'il « avait mis en RAD le volume de 543 000 au 30 septembre 2022, un volume maximum de 114 000 locaux parmi ces 543 000 auraient été, le cas échéant, rendus raccordables dès fin septembre 2023. Mais ces 114 000 locaux ne seraient pas venus s'ajouter aux 390 000 locaux rendus raccordables par Orange sur cette même période : dans ce scénario RAD, le volume global de locaux rendus raccordables par Orange sur cette période, que cela soit dans le cadre du déploiement industriel ou dans le cadre de commandes RAD, serait resté le même (390 000) que dans le scénario actuel. »

2.1.3 Sur le caractère disproportionné d'une sanction pécuniaire allégué

Orange indique avoir « bel et bien rendu raccordables plus de 92 % des locaux au titre de ses engagements L. 33-13 » et estime que « [c]e qui lui est en réalité reproché par la formation RPDI de l'Autorité est de ne pas avoir tagué les 543 000 locaux restants en RAD ». Or, Orange indique que « l'absence de fléchage en RAD n'a eu aucun impact sur le nombre de locaux qui auraient effectivement été rendus raccordables sur la période ». Orange demande ainsi à « la Formation Restreinte de prendre acte des spécificités du cas d'espèce, de la bonne foi d'Orange et de ses efforts continus pour assurer pleinement le respect de ses engagements ».

Dès lors, selon Orange, le « large pouvoir d'appréciation [de la formation restreinte] dans l'exercice de son pouvoir de sanction [...] doit [...] la conduire à ne pas sanctionner Orange ou, tout du moins, à prononcer une sanction qui ne pourra être que symbolique compte tenu de l'absence d'impact sur le secteur ».

2.2 Concernant la réponse écrite d'Orange au questionnaire de la formation restreinte

Dans sa réponse du 13 octobre 2023 au questionnaire de la formation restreinte, Orange a indiqué notamment, « au 30 septembre 2022, [avoir] bien rendu raccordables 11,371 M locaux, soit plus de 92 % du total des locaux du périmètre AMII (12,868 M) à cette date, ce qui était dans son engagement hors cas de refus (819 k) et immeubles en construction, selon les évaluations de la notification des griefs. / Orange avait donc bien réalisé à cette date le « déploiement » nécessaire pour atteindre le premier jalon des engagements pris au titre de l'article L. 33-13. Les locaux restants n'avaient dès lors pas à faire l'objet de « déploiement » afin d'être rendus raccordables à cette date ».

Orange a également indiqué que « [s]ur les 386 000 locaux rendus raccordables entre le 30 septembre 2022 et le 30 septembre 2023, 353 000 locaux correspondent à des immeubles non-raccordables figurant dans le fichier IPE du 30 septembre 2022. Le delta de 33 000 locaux correspond à de nouveaux immeubles qui n'étaient pas dans le fichier IPE du 30 septembre 2022. / Sur les 353 000 locaux correspondant à des immeubles non-raccordables le 30 septembre 2022, on comptait 214 000 locaux correspondant à des immeubles objet de la notification des griefs, sur la base du fichier IPE du 30 septembre 2022 »⁸.

En ce qui concerne ensuite les locaux raccordables sur demande, la société expose ne pas avoir « identifiés en RAD (raccordables sur demande) dans son fichier IPE (Informations Préalables Enrichies) en date du 30 septembre 2022 les immeubles non raccordables et ne faisant pas l'objet de construction ou de refus, correspondant à ces 543 000 locaux. Ce passage en RAD n'aurait pas eu pour conséquence

⁸ Dans sa réponse au questionnaire, Orange a précisé que « Les observations écrites d'Orange en date du 22 septembre 2023 mentionnaient initialement un total d'environ 390 000 locaux rendus raccordables entre le 30 septembre 2022 et le 30 septembre 2023. Le fichier IPE dorénavant disponible au 30 septembre 2023 permet de préciser le total de 386 000 locaux rendus raccordables entre le 30 septembre 2022 et le 30 septembre 2023. »

de modifier le nombre de locaux à rendre raccordables à l'échéance du premier jalon. Ce passage en RAD aurait uniquement consisté à tagguer en RAD, dans le fichier IPE du 30 septembre 2022, les immeubles correspondant à ces 543 000 locaux ». Orange ajoute que « Le seul coût qu'aurait donc subi Orange pour le taggage en RAD de ces immeubles est de l'ordre de [SDA] euros, soit l'équivalent de [SDA] journées de travail pour un ingénieur en charge du traitement de bases de données. »

Enfin, Orange a indiqué que, « à titre indicatif, le revenu net d'Orange sur le marché de gros auprès des OC tiers s'élevait pour l'année 2022 (dernier exercice clos) à [SDA]€ pour les prestations liées aux segments aval PM & raccordement CCF (maintenance) sur le périmètre AMII L. 33-13 ».

2.3 Concernant les éléments complémentaires fournis par Orange lors de son audition du 18 octobre et à l'issue de cette audition le 25 octobre

A l'occasion de son audition et dans ses observations écrites qui ont suivi du 25 octobre 2023 la société Orange a notamment défendu les points suivants :

- Elle a souligné avoir « consenti à un double engagement pour le premier jalon (échéance de fin 2020) de son engagement pris au titre de l'article L. 33-13, seul objet de la notification de griefs : / 1. un engagement dit « de déploiement » à hauteur de 92 % de locaux raccordables dans la zone considérée, / 2. et un engagement de « taggage » en « raccordables à la demande » » des locaux restants, hors refus ou blocage ». Elle souligne alors « qu'au 30 septembre 2022, 11,371 millions de locaux, ont été rendus raccordables, soit plus de 92 % des locaux, hors cas de refus. Orange avait donc bien rempli à cette date son premier engagement (engagement de « déploiement ») du premier jalon de ses engagements ».
- Elle a ensuite indiqué qu'« un passage en RAD ne consiste qu'à modifier un champ dans un fichier et une telle modification n'aurait eu aucun impact sur le nombre de locaux effectivement rendus raccordables en fin de période », elle ajoute en outre que « ce passage en RAD ne nécessite aucun déploiement supplémentaire ».

A propos de la sanction proposée par la formation RDPI de l'Arcep (voir infra partie 3), Orange a souligné que « Le montant de 26 millions d'euros proposé par le représentant de la formation RDPI est [...] doublement disproportionné puisqu'il dépasse très largement le plafond de 3 % du chiffre d'affaires de l'activité concernée et dès lors que l'application même d'un tel plafond au cas d'espèce apparaît incohérent avec la nature des faits reprochés et la pratique décisionnelle de l'Arcep ».

Enfin, Orange a fait mention d'« échanges avec l'Etat dont l'existence est connue de l'Arcep [...] traitant notamment la question des « raccordables à la demande », et au-delà ». Orange indique à cet égard que « la problématique de la mise en RAD des immeubles restant à faire sur la zone L. 33-13 a tout de suite été, dès mai 2023, au cœur des échanges avec l'Etat ».

3 La sanction proposée par la formation RDPI

Lors de l'audition du 18 octobre 2023, le représentant de la formation RDPI a souligné que les éléments avancés par Orange ne suffisent pas à justifier le non-respect de la mise en demeure. Il a notamment indiqué que le Conseil d'Etat a, par sa décision du 21 avril 2023, confirmé le bien-fondé de l'analyse que la formation RDPI a menée dans sa mise en demeure. Il a en outre indiqué que de nombreux signalements ont été émis par les collectivités territoriales pour pointer les retards d'Orange et alerter l'Autorité.

Compte tenu de ces éléments, il a proposé une sanction financière, déterminée au regard du nombre de locaux subissant les retards de déploiement d'Orange dès lors qu'ils ont empêché ces derniers de pouvoir accéder à la fibre optique, de la durée du manquement et des conséquences dommageables pour l'aménagement numérique et l'intérêt des territoires, d'un montant de 26 000 000 euros.

4 Analyse

4.1 Sur le non-respect des obligations

Il ressort des pièces du dossier qu'Orange n'a pas respecté la première échéance de ses engagements. De plus, au regard de son courrier en date du 27 octobre 2022, Orange n'a pas non plus apporté la preuve du respect de l'obligation d'assurer, au plus tard le 30 septembre 2022 en vertu de la mise en demeure, que 100 % des logements ou locaux à usage professionnel des communes ou parties de communes concernées par ses engagements, sauf pour ceux de ces logements et locaux pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, soient rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux raccordables sur demande.

La formation restreinte constate qu'Orange n'est pas parvenu à rendre raccordables ou raccordables sur demande les 543 000 locaux visés par la notification de griefs. Si Orange indique qu'il lui aurait suffi, à l'échéance prévue au 30 septembre 2022 par la mise en demeure du 17 mars 2022, de renseigner les 543 000 locaux visés par la notification en raccordables sur demande pour écarter le grief reproché, la formation restreinte constate qu'en tout état de cause, la société Orange ne l'avait pas fait au 30 septembre 2022.

La société Orange n'a donc pas respecté ses obligations.

4.2 Sur les justifications avancées par la société

En premier lieu, la formation restreinte rappelle que les engagements d'Orange du 20 février 2018 acceptés par arrêté du 26 juillet 2018, ne portaient pas sur un nombre de locaux prédéterminés mais sur la couverture de l'ensemble des locaux, existants à la première échéance, du périmètre de ses engagements à l'échelle des communes listées en annexe de ses engagements.

Si Orange invoque sa bonne foi sur le référentiel utilisé, la formation restreinte relève que, comme l'a fait d'ailleurs le Conseil d'Etat dans sa décision du 21 avril 2023, les données issues de l'INSEE n'avaient été citées par Orange dans ses engagements qu'à titre indicatif. Elle relève de plus que la société Orange a été alertée à de nombreuses reprises par plusieurs collectivités territoriales, présentes sur le périmètre géographique des engagements souscrits par celle-ci, du problème de déploiement sur leurs territoires au regard desdits engagements. Ainsi, la société Orange était en mesure, bien avant même la décision du Conseil d'Etat précitée, de relever que le recours aux indicateurs statistiques 2013 de l'INSEE posait des difficultés au regard de ses engagements de déploiement, lesquels portaient sur un taux de couverture à atteindre à une date donnée et non sur un volume de locaux prédéfini à l'avance. Une simple consultation par Orange de ses propres IPE – fichiers qu'elle établit et met à jour elle-même au fur et à mesure de ses déploiements et qui contiennent l'ensemble des locaux référencés par la société Orange – aurait ainsi été suffisante pour qu'Orange relève le différentiel existant entre les locaux rendus raccordables ou raccordables sur demande et la cible de la première échéance de ses engagements.

En deuxième lieu, si la société Orange souligne qu'elle n'a pas suspendu ses déploiements à la suite de la décision de mise en demeure de la formation RDPI de l'Autorité, la formation restreinte constate, au regard des dernières publications trimestrielles de l'Autorité dans le cadre de son Observatoire du marché des services fixes haut et très haut débit⁹, que ces déploiements ont fortement ralenti dès le milieu de l'année 2021 et que ce ralentissement a continué malgré la décision de mise en demeure et la décision du Conseil d'Etat précitées.

En troisième lieu, la formation restreinte relève qu'Orange n'apporte pas d'élément convaincant concernant les effets d'un éventuel choc réglementaire lié aux décisions d'analyses de marchés et de règlement des différends qu'elle cite. Au demeurant, s'il ressort des engagements d'Orange que « toute modification [du] cadre général ouvre droit pour Orange de demander la tenue d'une réunion au cours de laquelle Orange présenterait à des représentants du Gouvernement et de l'Arcep les raisons qui le conduisent à envisager de reconsidérer tout ou partie des engagements [...] à l'aune de l'impact sur son plan d'affaires de cette modification », la formation restreinte constate qu'Orange n'a jamais usé d'une telle faculté comme il l'indique lui-même.

En quatrième lieu, Orange ne saurait soutenir qu'il avait « [...] bien réalisé [au 30 septembre 2022], le « déploiement » nécessaire pour atteindre le premier jalon des engagements pris au titre de l'article L. 33-13 » dès lors qu'il « avait bien rendu raccordables 11,371 [millions de] locaux, soit plus de 92 % du total des locaux du périmètre AMII (12,868 M) à cette date [...] ». Cette présentation duale de l'engagement d'Orange au titre de la première échéance de son engagement est sans incidence sur le fait que, au 30 septembre 2022, au moins 543 000 locaux, objet de la notification des griefs, n'étaient toujours ni raccordables ni raccordables sur demande.

Enfin, la formation restreinte note qu'à fin septembre 2023, parmi les 543 000 logements et locaux professionnels objet de la notification des griefs, au moins 329 000 d'entre eux n'étaient toujours ni raccordables ni raccordables sur demande. A cet égard, Orange a indiqué dans le cadre de sa réponse au questionnaire de la formation restreinte que parmi les 386 000 locaux qu'il avait rendu raccordables, entre fin septembre 2022 et fin septembre 2023, figuraient seulement « 214 000 locaux correspondant à des immeubles objet de la notification des griefs ».

4.3 Sur la gravité du manquement

En premier lieu, la formation restreinte relève qu'Orange a ralenti ses déploiements, y compris à la suite de la mise en demeure de la formation RDPI de l'Autorité, quand bien même il ressortait clairement de cette mise en demeure qu'il existait un décalage entre les déploiements effectués et la cible de la première échéance. Orange a ainsi tenu un rythme de déploiement qui tend à montrer qu'il n'envisageait pas de rendre commercialisables 100 % des locaux du périmètre de ses engagements avec au plus 8 % de locaux raccordables sur demande dans les délais requis.

En second lieu, l'argumentation d'Orange sur l'impact « extrêmement limité » du grief qui lui a été adressé de ne pas avoir rendus raccordables ou raccordables sur demande (RAD) 543 000 logements ou locaux à usage professionnel « au regard (...) de l'absence d'intérêt des opérateurs commerciaux pour les RAD » et donc « d'impact réel sur le marché », ne convainc pas.

La formation restreinte constate qu'au 30 septembre 2022, Orange a rendu raccordables sur demande seulement 8 113 locaux. Compte tenu de ce faible volume de locaux rendus raccordables sur demande

⁹<https://www.arcep.fr/cartes-et-donnees/nos-publications-chiffrees/observatoire-des-abonnements-et-deploiements-du-haut-et-tres-haut-debit/derniers-chiffres.html>

par Orange, qui s'écarte de manière substantielle du volume de 543 000 locaux sur lequel les différents opérateurs commerciaux auraient pu compter, Orange n'est pas en mesure d'affirmer sérieusement qu'il n'y a pas en général d'appétence des opérateurs commerciaux pour les locaux raccordables sur demande. Orange n'est pas non plus en mesure de présumer une absence d'intérêt des consommateurs, lesquels n'ont pas pu bénéficier d'offres des opérateurs commerciaux sur ces locaux.

Il est ainsi rappelé que le fait de rendre un logement ou local à usage professionnel raccordable sur demande le rend commercialisable par les opérateurs commerciaux, c'est-à-dire qu'un opérateur commercial pourra commander l'accès à l'opérateur d'infrastructure dès lorsqu'un utilisateur final l'aura sollicité pour bénéficier de la fibre optique. L'opérateur d'infrastructure, en l'espèce Orange, devra alors installer le point de branchement optique et finaliser le déploiement en assurant la continuité optique jusqu'à ce point de branchement dans un délai de 6 mois suivant ladite commande. Au surplus, la formation restreinte relève qu'Orange indique lui-même que « *la problématique de la mise en RAD des immeubles restant à faire sur sa zone L. 33-13 a tout de suite été, dès mai 2023, au cœur des échanges avec l'Etat* », ce qui montre bien l'intérêt des raccordables sur demande. Orange relève d'ailleurs, dans ses observations écrites en date du 22 septembre 2023 « *un taux moyen de 6 locaux rendus raccordables par commande portant sur un immeuble RAD* ».

La formation restreinte relève qu'Orange indique que s'il « *avait mis en RAD le volume de 543 000 au 30 septembre 2022, un volume maximum de 114 000 locaux parmi ces 543 000 auraient été, le cas échéant, rendus raccordables dès fin septembre 2023. Mais ces 114 000 locaux ne seraient pas venus s'ajouter aux 390 000 locaux rendus raccordables par Orange sur cette même période [...]* ». Il en résulte qu'Orange a usé d'une stratégie visant à lui éviter des déploiements ponctuels au sein de son périmètre d'engagement, lui permettant notamment de différer ses investissements. Orange ne saurait donc sérieusement soutenir que le coût du renseignement des 543 000 locaux comme raccordables sur demande se limiterait à [SDA]€, dès lors que le renseignement d'un local en RAD ouvre la possibilité pour les utilisateurs occupants les locaux concernés de passer des commandes, auprès de leur opérateur commercial, pour répondre à leurs besoins, ce qui induit donc des coûts de déploiement au fur et à mesure des demandes.

La société Orange a ainsi fait le choix d'une stratégie de déploiement ne lui permettant pas de respecter la première échéance de ses engagements, pour laquelle elle a été mise en demeure, au détriment de l'intérêt des utilisateurs et de l'aménagement numérique des territoires. Parallèlement, Orange indique dans sa réponse que « *le revenu net d'Orange sur le marché de gros auprès des OC tiers s'élevait pour l'année 2022 (dernier exercice clos) à [SDA]€ pour les prestations liées aux segments aval PM & raccordement CCF (maintenance) sur le périmètre AMII L. 33-13* ».

Ainsi, il ressort, tant du dossier d'instruction que de l'audition du 18 octobre 2023 et ses suites, que la logique des déploiements effectués par Orange l'a amené à négliger les zones les plus difficiles de son périmètre. Les locaux qui n'ont pas été qualifiés de raccordables par Orange n'ont pas non plus été qualifiés de raccordables sur demande par Orange et n'ont ainsi pas pu être ouverts à la commercialisation contrairement à ce que prévoyait son engagement par courrier du 20 février 2018, Orange s'engageant à ce que « *100 % des logements et des locaux à usage professionnel de notre périmètre de déploiement FttH sur la zone AMII d'Orange soient ouverts dès fin 2020 à la commercialisation d'offres FttH* ».

En troisième lieu, cette situation est d'autant plus dommageable qu'Orange bénéficie, de fait, d'une exclusivité de déploiement sur la zone qu'elle a librement retenue, zone correspondant à près d'un tiers des locaux du territoire national. En effet, les autres opérateurs ne sont pas incités à déployer dans une partie de ces zones en raison du caractère non viable économiquement de la réplique de

la partie terminale du réseau. De plus, il convient de rappeler que l'objectif de l'appel à manifestation d'intention d'investissement organisé en 2011 était d'établir une répartition des déploiements, de donner davantage de visibilité à l'ensemble des parties prenantes, et d'identifier une zone d'intervention publique. Orange a donc préempté le marché notamment en empêchant le déploiement de réseaux d'initiative publique sur le périmètre de ses engagements, alors même qu'à ce jour certains de ces réseaux comme par exemple dans le Vaucluse, la Corrèze ou dans la Loire présentent un taux d'ouverture à la commercialisation fibre supérieur à celui du réseau d'Orange dans les zones de ces départements concernées par les engagements d'Orange.

5 Conclusion

Aux termes du III de l'article L. 36-11 du CPCE : « [...] *La formation restreinte peut prononcer à l'encontre de l'exploitant de réseau, du fournisseur de services, de l'attributaire de ressources en numérotation ou du gestionnaire d'infrastructure d'accueil en cause une des sanctions suivantes : [...] / -lorsque la personne en cause ne s'est pas conformée à une mise en demeure portant sur le respect [...] d'obligations de déploiement résultant d'engagements pris en application de l'article L. 33-13, une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, appréciée notamment au regard [...] du nombre de locaux non raccordables pour un réseau filaire, sans pouvoir excéder le plus élevé des plafonds suivants : soit un plafond fixé à [...] 1 500 € par logement non raccordable et 5 000 € par local à usage professionnel non raccordable ou 450 000 € par zone arrière de point de mutualisation sans complétude de déploiement pour un réseau filaire, soit un plafond fixé à 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, taux porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation ».*

De plus, aux termes du VI du même article : « *Les décisions de la formation restreinte sont motivées et notifiées à l'intéressé. Elles peuvent être rendues publiques dans les publications, journaux ou services de communication au public par voie électronique choisis par la formation restreinte, dans un format et pour une durée proportionnés à la sanction infligée [...] ».*

En l'espèce, la société Orange s'était engagée, sur le fondement de l'article L. 33-13 du CPCE, à assurer au plus tard fin 2020 (échéance reportée au 14 avril 2021 en application de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période), que dans toutes les communes du périmètre de ses engagements, hors logements et locaux à usage professionnel non raccordables du fait d'un refus des copropriétés et propriétaires concernés, tous les logements et locaux à usage professionnel soient rendus raccordables ou raccordables à la demande, sans que la part de raccordables sur demande n'excède 8 % du total de tous les logements et locaux à usage professionnel de l'ensemble des communes. Elle n'a pas respecté cet engagement.

A l'échéance de la mise en demeure, fixée au 30 septembre 2022, la société Orange ne justifiait pas non plus avoir respecté son obligation d'assurer que 100 % des logements ou locaux à usage professionnel des communes ou parties de communes concernées par ses engagement existants au 30 décembre 2020, sauf pour ceux de ces logements et locaux pour lesquels un refus aurait été opposé par les copropriétés ou propriétaires concernés, aient été rendus raccordables ou raccordables sur demande, avec au plus 8 % de ces logements et locaux raccordables sur demande, dès lors qu'au moins 543 000 logements ou locaux à usage professionnel faisant partie du périmètre de ses engagements au 31 décembre 2020 n'avaient pas été rendus raccordables ou raccordables à la demande.

De plus, les moyens soulevés par la société pour justifier du retard pris dans ses déploiements ne sont pas de nature à justifier ses manquements.

La formation restreinte de l'Arcep considère, au vu des faits et des motifs exposés ci-avant, qu'il y a lieu de sanctionner la société Orange.

Compte tenu des obligations concernées en l'espèce, il convient d'apprécier le montant de la sanction pécuniaire au regard du nombre de logements et de locaux à usage professionnel qui n'étaient ni raccordables ni raccordables sur demande.

Dans la fixation d'une sanction pécuniaire proportionnée à la gravité du manquement commis, la formation restreinte tient compte, en l'espèce, du coût évité par Orange, quand dans le même temps l'opérateur a bénéficié d'une exclusivité de fait sur le déploiement sur la zone qu'il avait librement retenue, ainsi que des dommages causés par Orange. En effet, à l'échéance de la mise en demeure, au moins 543 000 locaux n'étaient pas éligibles à la fibre optique (c'est-à-dire ni raccordables ni raccordables sur demande), près de 18 mois après l'échéance prévue initialement par les engagements, au détriment de l'aménagement numérique du territoire et de l'intérêt des utilisateurs finals. Si Orange mentionne des échanges avec le Gouvernement concernant de nouveaux engagements sur le déploiement de la fibre optique en France, la formation restreinte considère que ceux-ci sont en tout état de cause sans incidence sur le non-respect des engagements et la gravité du manquement commis au titre de la première échéance.

La formation restreinte considère que le non-respect, par la société Orange de la première échéance de ses engagements, à l'égard de laquelle elle a été mise en demeure, revêt une particulière gravité, en ce qu'il porte notamment atteinte à l'intérêt et à l'aménagement numérique des territoires, et l'intérêt des utilisateurs finals dans leur accès aux réseaux.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de prononcer une sanction pécuniaire de vingt-six millions d'euros à l'encontre de la société Orange.

En outre, eu égard aux exigences d'intérêt général qui s'attachent à ce que la présente décision soit rendue publique, la formation restreinte décide de publier, sous réserve des éléments relevant du secret des affaires, la présente décision, pendant 1 mois sur la page d'accueil du site internet de l'Autorité et de l'intégrer, dans la base de données des décisions publiées par l'Autorité, accessible sur son site internet. Cette décision n'identifiera plus nommément la société Orange à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de sa première publication sur ce site internet.

Décide :

Article 1. Une sanction pécuniaire de vingt-six millions d'euros est prononcée à l'encontre la société Orange.

Article 2. La présente décision sera publiée, sous réserve des éléments relevant du secret des affaires, pendant un mois sur la page d'accueil du site internet de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et intégrée dans la base de données des décisions publiées par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, accessible sur son site internet. Cette décision n'identifiera plus nommément la société Orange à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de sa première publication sur ce site internet.

Article 3. La présente décision sera notifiée à la société Orange.

Fait à Paris le 7 novembre 2023,

Le président de la formation restreinte

François LIONS