

II-2.14: Le régulateur des télécommunications, approuvé par la Cour d'appel de Paris, oblige l'opérateur d'un réseau de fibre optique à suivre des contraintes fixées par l'opérateur du génie civil par lequel passe la fibre

Marie-Anne Frison-Roche, Managing Editor and Director

Information principale

Par une décision du 4 novembre 2010, le régulateur français des télécommunications avait obligé un opérateur de réseau fibre, pourtant titulaire de contrats, à observer des contraintes contenues dans l'offre "accès au génie" qu'il n'avait pas acceptées. La décision est approuvée par la Cour d'appel de Paris le 23 juin 2011, car l'opérateur du génie civil a besoin de comportements homogènes de la part de tous les opérateurs de fibres optiques.

Contexte et résumé

Le régulateur français des télécommunications électroniques (ARCEP) est doté d'un pouvoir de règlement des différends, lorsque ceux-ci surviennent, selon les termes de la loi, « en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques ». Cette fonction participe au mouvement de « civilisation » du droit de la régulation, puisqu'il s'agit de trancher les litiges qui opposent deux opérateurs économiques.

La technique de la fibre optique oblige à de lourds et spécifiques investissements dans les infrastructures. Le conflit qui oppose aujourd'hui France Télécom et Numéricable vient d'une répartition des propriétés issue de l'histoire. En effet, l'Etat français décida en 1982 le « plan câble », lequel justifia la construction de tuyaux et fourreaux spécifiques (« génie civil »). En 1999, France Télécom, auquel l'Etat avait précédemment cédé la propriété des ouvrages de génie civil et des câbles qui y passaient, céda la propriété des câbles aux différents opérateurs concernés tout en conservant la propriété du génie civil. Des contrats, notamment entre France Télécom et Numéricable, furent conclus pour organiser l'occupation des infrastructures de génie civil (dont France Télécom est propriétaire) par les réseaux câblés (dont Numéricable est propriétaire).

A partir de cette situation, intervient la révolution technologique de la fibre optique, qui conduit tous les opérateurs, incités par l'Etat, à substituer les techniques précédentes par celle-là. L'opérateur du réseau, ici Numéricable, doit donc investir dans la transformation du réseau. Mais il ne peut le faire qu'en prenant en considération les contraintes du génie civil à travers lequel le réseau de la fibre optique lui-même passe. Pour cela, France Telecom émet des normes techniques, contraignant l'opérateur de réseau. Mais celui-ci estime qu'il est titulaire d'un droit d'accès au réseau, qui doit trouver sa concrétisation dans une obligation pour France Télécom d'investir dans le génie civil et d'offrir des modalités contractuels d'accès à Numéricable, de sorte que l'accès de celui-ci au réseau soit équitable et ne l'oblige pas à de tels investissements sur son réseau sans que cela en ralentisse la modernisation.

Certes, la décision de l'ARCEP du 24 juillet 2008 a posé que l'accès à la boucle locale de la fibre optique était nécessaire et que France Telecom devait faire droit aux demandes

raisonnables d'accès. C'est pourquoi l'entreprise a publié une « offre d'accès au génie civil » en 2008 et 2010. Elle comprend des droits mais aussi des obligations pour les entreprises de réseaux, aussi bien quant aux modalités opérationnelles qu'au respect de toutes les règles techniques d'utilisation du génie civil.

Numéricable n'a pas souscrit à l'offre, dès l'instant que cet opérateur disposait déjà de réseaux câblés et tenait de contrats antérieurement conclus avec France Telecom des droits dont, en tant que partie, il demandait application pour faire migrer ses abonnés du câble vers la fibre.

France Telecom saisit donc l'ARCEP pour obtenir que le régulateur contraigne Numéricable à respecter l'offre d'accès au génie civil, dès l'instant que l'opérateur y avait prétention. Le défendeur soutenait tout d'abord que le régulateur n'était pas compétent pour trancher un tel litige, car la question ne serait pas relative à l'accès au réseau de communication électronique, seul cas visé par la loi, mais à un contrat, devant être « soumis au juge du contrat seul compétent par application de l'article 1134 du Code civil ». Mais l'ARCEP a estimé que le caractère passif de l'infrastructure de génie civil n'est pas un obstacle, car notamment la directive communautaire de 2002 vise les systèmes techniques par lesquels les communications électroniques passent. L'accès est la mise à disposition de tous moyens pour fournir des services de communication électronique. Cela comprend donc le génie civil.

En outre, le défendeur n'a pas obtenu que l'avis du Conseil supérieur de l'Audiovisuel soit sollicité, alors qu'il estimait que la restriction de son accès au génie civil de France Télécom avait pour effet de restreindre l'offre des services audiovisuels et concernait cette autorité de régulation. Mais l'ARCEP n'a pas sollicité un tel avis, car les contraintes techniques imposées désormais par l'offre d'accès au génie civil permettent néanmoins à l'opérateur de réseau d'intervenir rapidement et il n'y a pas de restriction d'offre de ces services audiovisuels.

L'ARCEP, saisie par l'opérateur de génie civil confronté au refus de l'opérateur de réseaux d'accepter son offre d'accès au génie civil, intervient donc pour contraindre celui-ci en le soumettant aux mêmes contraintes que ce que l'offre contient dans une décision du 4 novembre 2010. Le régulateur des télécommunications utilise son pouvoir de règlement des différends en faveur du gestionnaire de l'infrastructure, car France Télécom justifie son attitude en ce que le gestionnaire doit obtenir de tous les opérateurs de fibres optiques des comportements homogènes, grâce aux clauses de l'offre d'accès au génie civil, ce qui permet le déploiement de la fibre optique.

Le régulateur n'oblige pas Numéricable à accepter l'offre d'accès au génie civil, mais – ce qui revient concrètement au même –, estimant la demande de France Telecom fondée, à respecter les obligations que celle-ci avait prévu, notamment pour que tous les opérateurs de réseaux de fibre optique qui ont recours au génie civil de France Télécom aient un comportement homogène, informent France Telecom pour que celui-ci puisse ainsi gérer le génie civil, utilise France Telecom comme « guichet unique » d'intervention, la réservation des fourreaux avant utilisation, etc.

La Cour d'appel de Paris, par son arrêt du 23 juin 2011, reprend chacun des points du raisonnement du régulateur pour l'approuver.

Bref commentaire

En premier lieu, on observe une nouvelle fois que la technologie est le moteur de la régulation. Ici, c'est la fibre optique qui bouleverse non seulement le comportement des opérateurs mais encore les règles. Ainsi, de fait la loi avait été écrite par un législateur songeant au réseau de cuivre et non à la fibre. Cela engendre ici la difficulté juridique de la compétence du régulateur face à ce qui serait un « vide de la loi » et l'exercice juridique par exemple qu'est la qualification : qu'est-ce qu'un « accès » ? Ici, le régulateur, comme la Cour, adopte un raisonnement large et pose que l'accès est celui qui aboutit non seulement aux communications mais encore aux structures passives. L'on aurait pu aussi soutenir que le régulateur a une compétence restrictive et que l'on ne peut étendre ainsi les notions : il aurait fallu que le texte vise plutôt la notion de « donnée » que celle de « communication électronique », pour que les différents sur les questions de fibre optique soient sans incertitude soumis au régulateur. Sans doute l'opportunité d'une telle compétence a conduit aussi à une telle solution, car la complexité technique de la question justifie plutôt le recours au régulateur qu'au juge de droit commun.

En deuxième lieu, le juge du contrat n'aurait pas eu la puissance juridique dont dispose le régulateur car celui-ci, même lorsqu'il se contente de trancher un litige, a toujours pour objectif de réguler l'accès. Ainsi, cette présente décision du 4 novembre 2010 est dans la continuité de sa décision de 2008, ayant contraint à l'ouverture de la boucle locale de la fibre optique par France Telecom ; il était dès lors logique qu'à tout le moins tous les opérateurs, puisque l'ouverture de la boucle, imposée par le régulateur en tant qu'il régule, soit imposée en termes égaux pour tous, ce que fit le régulateur par la présente décision, en tant qu'il tranche les différents. On voit ici l'unicité des offices du régulateur qui ont tous le même objectif.

La difficulté demeure du fait que Numéricable est titulaire de contrats et le régulateur souligne que l'opérateur bénéficie de tous ses droits acquis. Ainsi, se superposent les règles et mécanismes du droit de la régulation et du droit du contrat.

En troisième lieu, l'absence d'intervention du régulateur des médias, dont l'avis n'a pas été sollicité par le régulateur des télécommunications, ce à quoi la Cour d'appel de Paris n'a rien trouvé à redire, est plus étonnante. En effet, à l'heure de la convergence numérique, la fibre optique permet tout à la fois, à travers la notion première de « donnée » de faire passer des voix, des images, etc. Savoir si l'éventuelle restriction de l'installation de la fibre optique est ou non une atteinte en matière d'audiovisuel, au regard des délais d'interventions techniques, de l'obligation de passer par l'opérateur du génie civil, ce n'est pas au régulateur des télécommunications de l'apprécier, et s'il y répond négativement d'en tirer la conséquence, qu'il ne convient donc pas de demander l'avis du régulateur de l'audiovisuel. Il y a paralogisme. Il aurait été plus logique de demander l'avis du régulateur de l'audiovisuel, lequel aurait pu éventuellement conclure que cela ne posait pas difficulté.

En quatrième lieu, l'on observe que monte de plus en plus en puissance le personnage du « régulateur de second degré ». En effet, France Télécom, entreprise privée, dont l'offre contractuelle a été refusée, qui est liée par des contrats dont les termes sont différents, peut de fait, grâce à l'aide du régulateur, imposer aux opérateurs du secteurs,

alors même qu'il est en concurrence direct avec eux – ce qui suppose tout de même un souci de gestion de conflit d'intérêts -, des règles impératives de coordinations, d'informations, de réservation de passage, etc.

Cet « opérateur crucial » le fait grâce à la collaboration étroite du régulateur qui exerce ses pouvoirs pour réguler, ici pour que le déploiement de la fibre optique s'opère. Nous sommes très loin d'un simple règlement des différends. La voie juridique, ici sous sa face civile, n'est qu'une modalité de la régulation.