



II-2.18 : Le régulateur français des télécommunications condamne un opérateur à une amende de 5 millions d'Euros pour n'avoir pas exécuté l'injonction de contracter formulée par une précédente décision du régulateur

[Claude Chevalier, Academic Assistant](#)

Pour lire la décision de l'ARCEP, cliquez [ici](#).

INFORMATION PRINCIPALE

L'autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP) avait, par une décision du 4 novembre 2010, fait injonction à Numéricâble de contracter avec France Telecom selon la nouvelle offre de celui-ci pour l'accès à l'infrastructure de génie civil pour la fibre optique. Faute de l'avoir fait dans les délais, Numéricâble est condamné par une décision de l'ARCEP du 20 décembre 2011 à une amende de 5 millions d'euros

CONTEXTE ET RESUME

L'Autorité de régulation des télécommunications électroniques et de la poste (ARCEP) a pris une décision le 4 novembre 2010, réglant le différent opposant *France Telecom* et *Numericable*, concernant leur contrat d'accès aux infrastructures du génie civil¹. Par un ensemble de contrats, celui-ci avait accès à l'infrastructure de génie civil dont France Telecom est propriétaire et a la charge de gestion. Le système de la fibre optique a conduit France Telecom à émettre une offre à l'adresse de tous les opérateurs ayant accès à l'infrastructure de génie civil.

Numéricâble n'a pas voulu accepter une telle offre, se prévalant de la force obligatoire des précédents contrats en cours. France Telecom, ayant saisi le régulateur du différent, a obtenu gain de cause, puisque, par la décision précitée du 4 novembre 2010, l'autorité de régulation a imposé à Numéricâble de respecter des obligations, telles qu'elles étaient décrites dans l'offre rédigée par France Telecom, au motif notamment qu'il était nécessaire que celui-ci ait un comportement homogène de l'ensemble des opérateurs ayant accès à l'infrastructure de génie civil.

Le régulateur, dans sa décision du 4 novembre 2010, avait prévu dans son article 2, que les parties mettent en application la décision au plus part le 8 janvier 2011. Numéricâble avait certes demandé à la Cour d'appel de Paris un sursis à exécution de la décision du régulateur, mais cela lui fût refusé par

¹ [Déc. N°2010-1179 de l'ARCEP](#).

une ordonnance de la Cour du 3 février 2011, qui considéra que les modifications contractuelles imposées par le régulateur n'affecta d'une façon irréversible la situation de l'opération.

Saisie par ailleurs sur le fond, la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 23 juin 2011², a approuvé cette décision du régulateur, soulignant que l'intérêt public dont le régulateur a la charge justifie qu'il puisse limiter la liberté contractuelle des opérateurs.

Le pourvoi formé par Numéricâble contre cet arrêt est actuellement pendant devant la Cour de cassation.

Pendant ce temps, dès le 7 janvier 2011, France Telecom a transmis à Numéricâble le texte des avenants devant être adoptés pour que les contrats deviennent conformes aux exigences du régulateur. Numéricâble y a opposé un refus, estimant que « la décision de l'ARCEP n'indique nullement qu'il serait question de signer des avenants ». L'opérateur se prévaut en outre dans son courrier des autres procédures, judiciaires ou arbitrales, entamées contre France Telecom pour demander réparation pour modification unilatérale préjudiciable des contrats en question. France Telecom y répond en affirmant que ces instances devant ces juridictions n'ont pas l'effet obligatoire de la décision de règlement des différends de l'ARCEP.

Par la suite, des réunions ont lieu pour expliciter les effets techniques de la décision de l'ARCEP de novembre 2010, mais au bout de quelques mois, il apparaît que Numéricâble refuse de signer un quelconque avenant, avant que France Telecom ne répare le préjudice dont Numéricâble affirme par ailleurs devant les juridictions être victime. De toutes les façons, celui-ci réaffirme dans plusieurs courriers que le régulateur n'a pas le pouvoir d'imposer la signature de contrat et que la décision de règlement des différends n'a d'ailleurs pas prévu une signature d'avenants ; c'est pourquoi il n'y aura une telle signature qu'en contrepartie d'une indemnisation.

En outre, à l'égard de l'ARCEP, Numéricâble affirme que s'il ne se met pas en conformité par rapport à la décision du régulateur, c'est de la faute de France Telecom qui ne lui donne pas les codes techniques pour ce faire. Des réunions et des échanges de courriers s'opèrent pour rapprocher les parties, sans succès.

Mais l'ARCEP considère qu'en contradiction avec l'obligation posée par sa décision du 4 novembre 2010, Numéricâble s'est délibérément opposé à toute modification des contrats. Le régulateur estime que les deux instances par ailleurs en cours ne sont pas obstacle à l'exécution de la décision précitée qui est exécutoire depuis sa notification. Il estime en outre que c'est sans ambiguïté que la décision de 2010 imposait une modification des contrats, comme le confirma clairement la Cour d'appel et l'on ne saurait réduire cette modification du rapport contractuel à l'adaptation technique des modalités d'accès à l'infrastructure, objet des ateliers de travail qui ont eu lieu.

Il y a donc bien manquement de la part de Numéricâble.

Le régulateur estime que ce manquement est délibéré et sans motif légitime. Il rappelle que refuser de se conformer à une injonction prononcée par une autorité compétente est d'une particulière gravité. La décision, faisant un parallèle avec la pratique du droit de la concurrence, estime qu'il faut

²FRISON-ROCHE, Marie-Anne, The French telecommunications regulator's decision to oblige a fiber optic network operator to obey the conditions set out by the civil engineering firm that owns the furrows the fiber passes through was approved by the Court of Appeal of Paris, *The Journal of Regulation*, 2011, [II-2.14](#).

adopter une attitude de la grande sévérité possible, faute de quoi le pouvoir d'injonction du régulateur serait dénué de toute effectivité.

En cours de procédure et pendant l'audience, Numéricable a accepté de signer les avenants en question. Le régulateur n'en conclut pas pour autant que la procédure de sanction pour n'avoir pas respecté l'injonction serait devenue sans objet. En effet, appliquer avec retard une décision du régulateur est une violation de la décision elle-même qui avait prévu, dans son article 2, le moment de sa mise en œuvre. En outre, dans une décision de règlement des différends, il n'est pas nécessaire qu'une mise en demeure soit adressée à l'opérateur. L'article L.36-11 du Code des Postes et Télécommunications sanctionne expressément d'une amende celui qui n'applique pas dans les délais une décision du régulateur :

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut (...)

2° Lorsqu'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L. 36-8, à la mise en demeure prévue au 1° du présent article ou aux obligations intermédiaires dont elle est assortie l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut prononcer à son encontre une des sanctions suivantes :(...)

b) Soit, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale :

-une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement et aux avantages qui en sont tirés, sans pouvoir excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos, taux porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. A défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 150 000 euros, porté à 375 000 euros en cas de nouvelle violation de la même obligation ; (...).

Il convient de lire ce texte à la lumière du droit européen qui prévoit que les sanctions doivent être « dissuasives ». C'est pourquoi le régulateur estime que, parmi ce comportement, il convient de sanctionner sévèrement l'opérateur. Il le fait en prononçant une amende d'environ 5 millions d'euros.

BREF COMMENTAIRE

On peut faire deux observations.

En premier lieu, la question du rapport entre la régulation et le contrat est en train de devenir cruciale. Dans une première analyse de la décision du régulateur du 4 novembre 2010, ainsi que de l'arrêt du 23 juin 2011³, on aurait pu penser que le régulateur imposait à l'opérateur des obligations identiques ou analogues à celles contractuellement issues de la volonté exprimées par les autres contractants du gestionnaires de l'infrastructure de génie civil. Le principe restait en effet l'impossibilité pour le régulateur d'obliger à contracter.

Ici, le régulateur affirme haut et fort le contraire. Il se prévaut pour cela des motifs de l'ordonnance du 13 février 2011 et de l'arrêt du 23 juin 2011 rendu par la Cour d'appel de Paris. Or, si l'on peut admettre que la liberté contractuelle, laquelle s'exprime avant tout d'une façon négative – comme toute liberté – comme étant la liberté de ne pas contracter, peut être contredite au détriment de

³ V. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, préc.,

celui qui gère le monopole naturel, c'est-à-dire le gestionnaire de l'infrastructure (ici France Telecom), il est plus difficile de l'admettre pour l'opérateur.

En effet, si le gestionnaire de l'infrastructure perd sa liberté contractuelle, laquelle est pourtant un principe de valeur constitutionnelle, cela tient au fait que le droit d'accès dont l'opérateur est titulaire, est lui-même un droit fondamental. Il y a donc un équilibre à trouver entre deux droits fondamentaux.

Lorsqu'il s'agit de faire plier le droit de ne pas contracter de l'opérateur (ici Numéricâble), le motif ne peut plus être le droit d'accès : il s'agit pour le gestionnaire de l'infrastructure d'avoir un comportement homogène de tous les opérateurs qui ont accès au réseau. Est-ce un motif suffisant ? Est-ce équivalent à un droit fondamental ? Est-ce aussi suffisamment puissant pour damer le pion à la liberté contractuelle, valeur constitutionnelle ?

La Cour de cassation le dira.

En second lieu, le Régulateur insiste sur la nécessité stratégique d'obtenir des opérateurs qu'ils obéissent sans délai aux ordres donnés, quand bien même il ne s'agit que des ordres formulés *ex post* et non pas *ex ante*. En effet, l'efficacité requiert que les opérateurs ne jouent pas sur la multiplication des instances juridictionnelles, ce qui est toujours possible, ou sur les lacunes d'interprétation, alors même que, contrairement à ce que soutient cette décision du 20 décembre 2011, la décision du 4 novembre 2010 n'était pas d'une limpidité parfaite quant à savoir si elle impliquait ou non l'obligation de contracter. En effet, il faut que l'opérateur obéisse d'abord et argumente après ; l'Etat et l'administration fiscale ont depuis longtemps compris et appliqué la règle contre les administrés.

La décision prend d'ailleurs soin de citer des jurisprudences qui sont d'une sévérité analogue à l'égard d'opérateurs qui rechignaient à appliquer des décisions d'Autorités de la concurrence, notamment la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris à l'encontre de France Telecom qui, à plusieurs reprises, n'avait pas obéi à des injonctions du Conseil de la concurrence. Ce faisant, le régulateur montre ainsi son impartialité, soulignant que sa sévérité pourrait aussi bien s'appliquer à cet opérateur là.