



**Décision n° 20-D-02 du 23 janvier 2020
relative à des pratiques mises en œuvre par Orange dans le secteur
des communications électroniques**

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu les lettres, enregistrées le 2 juillet 2019 sous les numéros 19/0033 F et 19/0034 M, par lesquelles l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Orange dans le secteur des communications électroniques et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'avis n° 2019-1395 du 30 septembre 2019 émis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et notamment son article 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce, et notamment son article L. 420-2 ;

Vu le troisième alinéa de l'article 52 du règlement intérieur de l'Autorité ;

Vu les observations présentées par l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs et la société Orange ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 19-DSA-543 du 1^{er} octobre 2019, n° 19-DSA-592 du 29 octobre 2019, n° 19-DSA-669 du 18 novembre 2019, n° 19-DSA-680 du 21 novembre 2019, n° 19-DSA-682 du 21 novembre 2019 et n° 19-DSA-684 du 22 novembre 2019 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, les représentants de l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs, de la société Orange et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 4 décembre 2019, le commissaire du Gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé¹

Aux termes de la décision ci-après, l'Autorité de la concurrence rejette la saisine au fond de l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs (AOTA) pour défaut d'éléments probants et, partant, la demande de mesures conservatoires accessoire à la saisine.

L'AOTA est une association représentant plus de 40 opérateurs télécoms alternatifs de dimension régionale, qui représente un chiffre d'affaires agrégé de plus de 200 millions d'euros, en forte progression.

Dans sa saisine, l'AOTA soutenait que malgré de nombreuses demandes de ses membres en ce sens, la société Orange (ci-après « Orange ») refusait abusivement à certains de ses adhérents l'accès à son infrastructure FttH (c'est-à-dire spécifiquement les fibres et éléments actifs déployés dans le réseau de génie civil d'Orange, celui-ci étant quant à lui une infrastructure à laquelle tous les opérateurs ont accès dans des conditions identiques). Les refus les auraient empêchés de proposer des offres suffisamment attractives à destination des entreprises et des collectivités publiques. Plus précisément, l'AOTA soutenait qu'Orange refusait l'accès à son infrastructure FttH activée au niveau national alors même que l'infrastructure FttH d'Orange constituerait une infrastructure essentielle au sens de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence.

Toutefois, tant les éléments contenus dans la saisine que l'état du droit applicable ont conduit l'Autorité à considérer, d'une part, que, compte tenu de l'existence d'alternatives, l'accès à une offre activée FttH au niveau national d'Orange n'apparaît pas comme strictement nécessaire (ou indispensable) au sens du droit de la concurrence pour exercer une activité concurrente sur le marché considéré et, d'autre part, que le déploiement observé de plusieurs réseaux de fibre optique alternatifs ou mutualisés avec Orange ne permet pas de conclure à l'impossibilité de répliquer l'infrastructure FttH détenue en propre par Orange.

Ainsi, et sans qu'il soit besoin d'analyser les autres conditions posées par la jurisprudence pour la reconnaissance d'une infrastructure essentielle, celles-ci étant cumulatives et d'interprétation stricte, l'Autorité considère que l'infrastructure FttH d'Orange ne peut, en l'état des éléments à disposition de l'Autorité, être qualifiée d'infrastructure essentielle. Par suite, l'AOTA n'est pas fondée à soutenir qu'Orange aurait, dans les circonstances de l'espèce, méconnu les obligations spécifiques qui pèsent, au regard du droit de la concurrence, sur un opérateur qui exploiterait une infrastructure essentielle.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

SOMMAIRE

I.	LES CONSTATATIONS	4
A.	Rappel de la procédure.....	4
B.	Les entreprises concernées	4
1.	<i>La saisissante</i>	<i>4</i>
2.	<i>L'entreprise mise en cause</i>	<i>4</i>
C.	Le secteur	5
D.	La saisine.....	9
II.	DISCUSSION	10
A.	Sur les principes applicables en matière de refus d'accès	10
B.	Sur la recevabilité de la saisine de l'AOTA.....	11
1.	<i>Sur les marchés pertinents et la position d'Orange sur ces marchés</i>	<i>11</i>
2.	<i>Sur la qualification d'infrastructure essentielle</i>	<i>13</i>
	DÉCISION	23

I. Les constatations

A. RAPPEL DE LA PROCEDURE

1. Par lettres enregistrées le 2 juillet 2019, sous les numéros 19/0033 F et 19/0034 M, l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs (ci-après « AOTA ») a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Orange (ci-après « Orange ») dans le secteur des communications électroniques en France métropolitaine, qu'elle estime contraires aux articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce. En outre, elle a sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, le prononcé de mesures conservatoires.
2. Par un courrier du 31 juillet 2019, l'Autorité a saisi l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après l'« ARCEP ») pour avis en application de l'article R. 463-9 du code de commerce. L'ARCEP a transmis ses observations sur la saisine par l'avis n° 2019-1395 du 30 septembre 2019.
3. Par courriers du 25 octobre 2019, l'AOTA et Orange ont transmis leurs observations en réponse.

B. LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. LA SAISSANTE

4. L'AOTA est une association représentant plus de 40 opérateurs télécoms alternatifs² de dimension régionale pour un chiffre d'affaires agrégé de plus de 200 millions d'euros en forte progression (cf. paragraphe 18).
5. L'AOTA souligne dans sa saisine que ses membres « *sont [...] propriétaires de leurs propres cœurs de réseau, disposent d'interconnexion avec au moins deux opérateurs d'infrastructures (Orange, SFR, Covage, Axione, etc.). et, pour certains, sont propriétaires d'une boucle locale optique dédiée (BLOD) destinée au marché des entreprises ou d'une boucle locale optique mutualisée (BLOM) activée à une échelle locale* »³.

2. L'ENTREPRISE MISE EN CAUSE

6. Orange est née de la fusion, le 30 juin 2013, des sociétés France Télécom, Orange Holding et Orange France. À l'issue de cette opération, Orange est devenue une société anonyme

² Liste complète disponible ici <https://www.aota.fr/membres/>, qui comprend notamment selon l'ordre de présentation de cette même page : PacWan SAS Fullsave SAS Moji SAS, Adenis SAS, Everko SAS, etc.

³ Cote 6.

détenue à 71,64 % par des actionnaires institutionnels et individuels, à 22,95 % par l'État et BPI France et à 5,39 % par des salariés (chiffres au 31 décembre 2017). Orange est en France le premier opérateur du marché des communications électroniques, présent sur le marché de gros, où il détient une position particulière du fait de son statut d'opérateur historique, et sur différents marchés de détail, généralistes et spécifiques aux entreprises, fixes et mobiles.

C. LE SECTEUR

7. Le secteur concerné est celui des communications électroniques et, plus précisément, de la fourniture d'accès fixe à Internet haut débit et très haut débit à destination de la clientèle non résidentielle. Par convention, l'ARCEP considère qu'un accès internet est dit « haut débit » lorsqu'il offre un débit compris entre 512 kbits/s et 30 Mbits/s. Aujourd'hui, la quasi-intégralité du territoire est couverte en haut débit. Symétriquement, un accès internet dit « très haut débit » permet d'offrir un débit supérieur à 30 Mbits/s.
8. Les réseaux fixes permettant aux opérateurs de proposer des offres à haut débit et très haut débit sont essentiellement fondés sur le réseau historique cuivre, encore prédominant, sur le réseau câblé et, de manière croissante, sur les réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné (« FttH » pour *Fiber to the Home* ou fibre jusqu'au domicile).
9. Le réseau cuivre, ou boucle locale cuivre, est défini comme le circuit physique à paire torsadée métallique du réseau téléphonique public fixe qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente. Ce réseau constitue notamment le support de la technologie d'accès à Internet DSL (pour *Digital subscriber line* qui peut être traduit par « ligne d'accès numérique ») qui est aujourd'hui présente sur l'ensemble du territoire. La technologie DSL permet un accès haut débit généralement asymétrique, ce qui signifie que les débits ascendants (de l'abonné vers le réseau) sont inférieurs aux débits descendants (du réseau vers l'abonné).
10. Le réseau fibre jusqu'à l'abonné ou « FttH » consiste en l'utilisation d'une liaison en fibre optique de bout en bout, à savoir du nœud de raccordement optique (ci-après « NRO ») jusqu'à l'abonné. La croissance du marché de l'accès Internet par le biais de la fibre optique jusqu'à l'abonné est aujourd'hui une priorité pour les pouvoirs publics et correspond aux demandes des entreprises et des particuliers compte tenu du développement croissant d'usages et de services qui requièrent des débits de plus en plus importants. L'objectif de développement de ce réseau s'est traduit par le lancement en 2013 du Plan France Très Haut Débit, qui doit permettre la couverture du territoire français en très haut débit d'ici à 2022.
11. Le marché de gros du haut débit et du très haut débit comprend également les produits d'accès à l'infrastructure de génie civil du réseau historique. En effet, le déploiement des réseaux haut débit et très haut débit nécessite la mobilisation des infrastructures d'accueil du réseau historique, à savoir l'infrastructure génie civil souterrain et aérien. L'ARCEP a estimé que ces infrastructures n'étaient pas reproductibles à l'échelle nationale, et a, par conséquent, imposé à Orange une série d'obligations, parmi lesquelles la fourniture aux autres opérateurs d'une offre technique et tarifaire d'accès à ses infrastructures de génie civil pour le déploiement de boucles locales optiques.

12. Sur la base de ces technologies d'accès à haut débit et très haut débit à Internet, Orange et d'autres opérateurs ont mis en place des offres de gros permettant à tout opérateur d'accéder directement aux clients finals. Conformément au principe de neutralité technologique, les marchés d'accès fixes à Internet haut débit et très haut débit n'ont pas vocation à être segmentés *a priori* par technologies mais selon les modalités et performances objectives d'accès au réseau. Il convient de rappeler que l'ARCEP a mis en place un cadre de régulation dont l'objectif est de permettre le développement de plusieurs infrastructures à même de fournir des offres de gros diversifiées, garantissant une dynamique concurrentielle pérenne, y compris sur le marché de détail. Selon la typologie issue de la recommandation de la Commission européenne⁴ reprise par l'ARCEP⁵, les marchés pertinents identifiés dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation ex ante dans le cadre de la directive 2002/21/CE comprennent le marché de gros d'accès local en position déterminée, dit « *marché 3a* »⁶, le marché d'accès central en position déterminée pour produits de grande consommation, dit « *marché 3b* »⁷ et le marché d'accès de haute qualité en position déterminée, dit « *marché 4* »⁸.
13. En aval, le marché de détail se divise en un marché généraliste, à destination des clients résidentiels, et un marché à destination des entreprises. Ce dernier se caractérise par un niveau de service plus élevé correspondant aux besoins spécifiques des entreprises, avec notamment des débits symétriques et garantis, une interconnexion privative et sécurisée entre les sites et une garantie de temps de rétablissement réduite (GTR). Il apparaît néanmoins qu'une partie des entreprises (comme les professionnels et certaines TPE⁹) recourent aux offres de marché généralistes¹⁰.

⁴ Recommandation de la Commission européenne n° 2014/710/UE du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

⁵ Voir par exemple ARCEP, Accès fixe à haut débit et très haut débit - Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, soumis à consultation publique du 11 juillet au 27 septembre 2019.

⁶ Le marché 3a recouvre les offres de gros passives liées à l'accès aux infrastructures cuivre (dégrouper, collecte, hébergement), de génie civil (accès aux fourreaux, etc.) et en fibre (accès passif au PM).

⁷ Le marché 3b recouvre les offres de gros activées sur le cuivre (offre de « bitsream ») permettant de répondre essentiellement aux besoins généralistes (clients résidentiels, professionnels ou TPE).

⁸ Le marché 4 concerne plus particulièrement les offres activées répondant aux besoins plus spécifiques des segments du moyen et haut de marché « entreprise ».

⁹ Dans le secteur des communications électroniques, les services à destination de la clientèle non résidentielle recouvre une clientèle très large allant de la plus petite entreprise à la multinationale. La clientèle du bas de marché correspond aux structures d'une taille limitée, comme les "professionnels" (artisans, travailleurs indépendants, etc.) et certaines TPE.

¹⁰ Avis n° [17-A-09](#) du 5 mai 2017 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le cinquième cycle d'analyse des marchés de gros du haut-débit, du très haut-débit et des services de capacités, paragraphes 81 et s.

14. En ce qui concerne la dynamique concurrentielle du marché portant sur la clientèle entreprise, les éléments chiffrés publiés par l'ARCEP dans le cadre de la Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, soumis à consultation publique du 11 juillet au 27 septembre 2019, permettent d'appréhender les évolutions du marché sous plusieurs angles.
15. En premier lieu, il apparaît que les accès sur le réseau cuivre restent, au niveau du marché spécifique entreprise, très largement majoritaires, même si leur nombre diminue régulièrement, année après année, au profit de la fibre¹¹ :

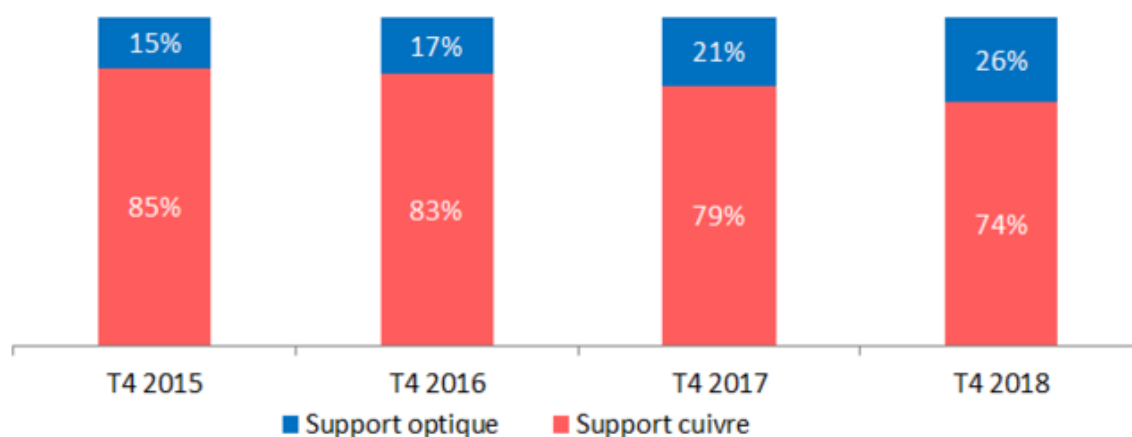


Figure 1 : Répartition des accès spécifiques entreprises selon le support utilisé
source : ARCEP

16. En second lieu, il convient de préciser l'évolution des parts de marché des différents acteurs. Ainsi, en ce qui concerne les accès cuivre vendus sur le marché spécifique entreprise, la part de marché des opérateurs alternatifs progresse, passant de 21 à 27 %¹², lorsque celle d'Orange stagne¹³ :

¹¹ ARCEP, Accès fixe à haut débit et très haut débit - Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, soumis à consultation publique du 11 juillet au 27 septembre 2019, p. 13.

¹² Ces pourcentages n'incluent pas l'évolution des parts de marché des opérateurs alternatifs Adista, Sewan, Bouygues Telecom, OVH et Colt.

¹³ ARCEP, Accès fixe à haut débit et très haut débit - Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, précité, p. 15.

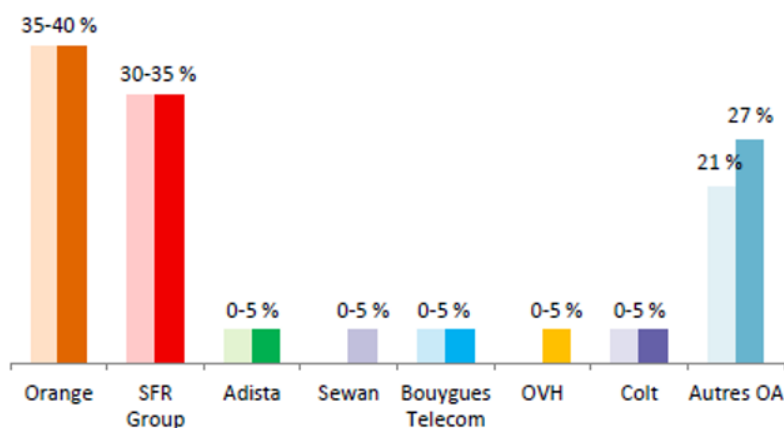


Figure 2 : Evolution des parts de marché en volume d'accès avec GTR sur support cuivre vendus sur le marché de détail au T4 2015 (clair) et au T4 2018 (foncé)
source : ARCEP

17. En ce qui concerne les accès en fibre optique, la part de marché des opérateurs alternatifs progresse également, passant de 20 à 28 %¹⁴, alors que celle d'Orange diminue de 5 %¹⁵ :

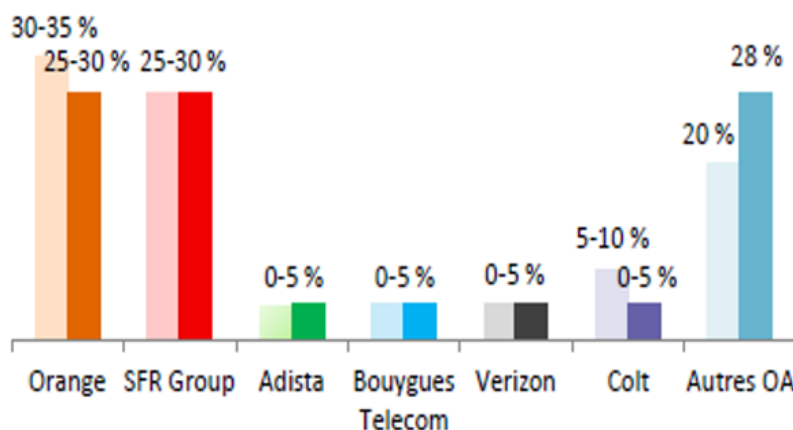


Figure 3 : Evolution des parts de marché en volume d'accès avec GTR sur support optique vendus sur le marché de détail au T4 2015 (clair) et au T4 2018 (foncé)
source : ARCEP

18. Les éléments communiqués par la saisissante relatifs à la progression du chiffre d'affaires des membres de l'association semblent refléter ces évolutions. En effet, le chiffre d'affaires

¹⁴ Ces pourcentages n'incluent pas l'évolution des parts de marché des opérateurs alternatifs Adista, Bouygues Telecom, Verizon et Colt.

¹⁵ ARCEP, Accès fixe à haut débit et très haut débit - Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, précité, page 16.

cumulé des membres de l'AOTA¹⁶ a augmenté de 91 % entre 2015 et 2018 et devrait, selon leurs prévisions, encore progresser de 18 % en 2019. Au total, on constate donc une progression de 126 % entre 2015 et 2019, cohérente avec la dynamique positive observée par l'ARCEP. Une telle progression, observée au niveau agrégé, peut être confirmée individuellement pour la quasi-totalité des membres de l'AOTA sur la période.

D. LA SAISINE

19. Dans sa saisine, l'AOTA soutient que, malgré de nombreuses demandes de ses membres en ce sens, Orange leur refuse abusivement l'accès à son infrastructure FttH, les empêchant ainsi de proposer des offres suffisamment attractives à destination des entreprises et des collectivités publiques¹⁷.
20. L'AOTA soutient qu'Orange refuse l'accès à son infrastructure FttH activée au niveau national (offre de collecte « *de niveau 2* » entre une terminaison de réseau optique Orange chez l'abonné et l'interconnexion privée avec un opérateur tiers)¹⁸ alors même que, selon l'AOTA, l'infrastructure FttH d'Orange constitue une infrastructure essentielle au sens de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence¹⁹.
21. Au soutien de son argumentation, l'AOTA définit le marché pertinent comme étant celui de la fibre optique, tant au niveau du marché de gros que du marché de détail²⁰ et estime qu'Orange est en position ultra-dominante sur ces marchés²¹.
22. L'AOTA considère que « *que le refus de la part d'Orange de fournir aux opérateurs alternatifs une Offre FttH Activée constitue un abus de position dominante sur le fondement du refus d'accès à une infrastructure essentielle* », contraire aux articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce²².
23. Accessoirement à sa saisine au fond, l'AOTA a sollicité le prononcé de mesures conservatoires visant à enjoindre à Orange de fournir aux opérateurs alternatifs une offre FttH activée au niveau national à des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un tarif orienté vers les coûts.

¹⁶ Si les données communiquées par l'AOTA ne portent pas, de manière exhaustive, sur l'ensemble des adhérents de l'association, elles offrent néanmoins une vision représentative de l'évolution constatée.

¹⁷ Cote 28.

¹⁸ Cote 9.

¹⁹ Cote 14.

²⁰ Cote 10.

²¹ Cote 17.

²² Cotes 9, 25-26.

II. Discussion

24. L'article L. 462-8 du code de commerce prévoit que l'Autorité peut « *rejeter la saisine par décision motivée lorsque les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* ».
25. En outre, l'article R. 464-1 du même code dispose que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence* ».
26. Seront successivement examinés les principes applicables en matière de refus d'accès (A) et la recevabilité de la saisine de l'AOTA (B).

A. SUR LES PRINCIPES APPLICABLES EN MATIERE DE REFUS D'ACCES

27. Il ressort de la pratique décisionnelle de l'Autorité et d'une jurisprudence constante qu'une entreprise détenant une infrastructure, un produit ou un service indispensable aux concurrents pour accéder aux clients sur un marché aval pouvait abuser de la position dominante conférée par cette infrastructure, ce produit ou ce service en n'y accordant pas un accès à des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires.
28. Une infrastructure est considérée comme essentielle et un refus d'accès à celle-ci comme abusif si :
 - elle ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
 - l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives ;
 - l'accès à l'infrastructure est néanmoins possible, notamment sur le plan technique ;
 - et l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure est en situation de position dominante (voir notamment les décisions n° [19-D-16](#) du 24 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du carburant à La Réunion, paragraphes 23 à 24 et n° [14-D-06](#) du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, paragraphes 154 à 157, ainsi que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 février 2010, Éditions Jean-Paul Gisserot, n° 2008/09840 et l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2005, société Nouvelles Messageries de la presse parisienne, n° 04-12388).
29. Sur cette question, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans l'affaire IMS Health qu'il « *ressort des points 43 et 44 de l'arrêt Bronner (...) que, pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il*

existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs. Selon le point 46 dudit arrêt Bronner, pour pouvoir admettre l'existence d'obstacles de nature économique, il doit à tout le moins être établi que la création de ces produits ou services n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant » (arrêt de la Cour de justice du 29 avril 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. 2004 I-05039, point 28).

30. Au regard de ces éléments, il apparaît donc que l'accès demandé n'est pas strictement nécessaire ou indispensable :
- s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses ; ou
 - s'il est raisonnablement possible pour une entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs. L'existence d'obstacles économiques s'entend de manière limitative puisque la rentabilité du service envisagé doit être analysée au regard d'une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant.

B. SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE DE L'AOTA

1. SUR LES MARCHES PERTINENTS ET LA POSITION D'ORANGE SUR CES MARCHES

31. Les marchés pertinents de l'accès fixe à haut débit et très haut débit ont été définis par l'ARCEP, en accord avec la recommandation de la Commission européenne précitée, lors du dernier cycle d'analyse des marchés pour la période 2017-2020²³. Saisie en 2017 pour avis dans le cadre de cette analyse, l'Autorité de la concurrence n'a pas remis en cause ces définitions²⁴.
32. Ces marchés sont les suivants :

²³ Décisions n° 2017-1347 du 14 décembre 2017 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès local en position déterminée, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, n° 2017-1348 du 14 décembre 2017 portant sur la définition du marché pertinent de fourniture en gros d'accès central en position déterminée à destination du marché de masse, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché et n° 2017-1349 du 14 décembre 2017 portant sur la définition des marchés pertinents de gros des accès de haute qualité, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

²⁴ Avis n° 17-A-09 du 5 mai 2017 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le cinquième cycle d'analyse des marchés de gros du haut-débit, du très haut-débit et des services de capacités.

- le marché de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, identifié par la Commission européenne comme « *marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure du réseau (y compris l'accès partagé ou totalement dégroupé) en position déterminée* », dit « *marché 3a* » ;
 - le marché de gros des offres d'accès haut-débit et très haut-débit activées livrées au niveau infranational, identifié par la Commission européenne comme « *marché de la fourniture en gros d'accès à large bande* », dit « *marché 3b* » ; et
 - le marché de gros des services de capacité du segment terminal, dit « *marché 4* ».
33. L'ARCEP a considéré Orange comme étant l'opérateur dominant sur l'ensemble de ces marchés de gros de l'accès fixe à haut-débit et très haut-débit et disposant d'une place prépondérante sur le marché de détail à destination des entreprises²⁵. Par ailleurs, la définition de chacun des trois marchés précités est intervenue sur la base d'une analyse de substituabilité qui ne conduit pas à segmenter les marchés selon le type de réseau utilisé (cuivre, FTTLA²⁶ et fibre).
34. Dans le cadre de sa saisine, l'AOTA remet en cause la segmentation retenue par l'ARCEP et estime qu'il existe un marché de gros spécifique des offres FttH activées²⁷. Au soutien de cette prétention, la saisissante invoque en particulier le niveau de performance des réseaux en fibre optique²⁸ et l'inclination grandissante des entreprises à se doter de la fibre optique²⁹.
35. Néanmoins, dans l'avis qu'elle a rendu dans le cadre de la présente affaire, l'ARCEP relève qu'il n'existe pas d'éléments permettant de remettre en cause l'analyse réalisée en 2017 : « *L'Autorité n'a pas constaté à date d'évolution du marché suffisamment importante justifiant la réouverture de l'analyse de marché* »³⁰.
36. À ce stade, il n'apparaît pas utile de trancher de manière définitive la question de l'existence d'un marché de gros spécifique des offres FttH activées, au vu des développements qui suivent sur les autres critères de qualification de l'infrastructure essentielle.

²⁵ Décisions de l'ARCEP du 14 décembre 2017 n° 2017-1347, n° 2017-1348 et n° 2017-1349 précitées.

²⁶ Le réseau FTTLA ou « *Fiber to the last amplifier* » est le réseau dit câblé. Il s'agit d'une fibre qui s'arrête au dernier amplificateur, la liaison entre l'arrivée de la fibre et le domicile se faisant ensuite grâce à un câble coaxial.

²⁷ Cote 13.

²⁸ Cotes 11 et 12.

²⁹ Cotes 12 et 13.

³⁰ Cote 552.

2. SUR LA QUALIFICATION D'INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE

a) Sur le caractère strictement nécessaire (ou indispensable) de l'accès à l'offre FttH d'Orange

37. Dans sa saisine, l'AOTA considère que l'accès à une offre activée FttH au niveau national de la part d'Orange « *est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole* », à savoir Orange. Un raisonnement a contrario conduit à considérer que les offres de gros actuellement disponibles sur le marché ne permettent pas d'exercer une activité concurrente sur le marché considéré.
38. Selon l'AOTA, l'accès à une offre activée FttH nationale de la part d'Orange serait indispensable au regard (i) de la couverture nationale des services qu'un tel accès permettrait de fournir, (ii) des besoins spécifiques de la clientèle entreprise et (iii) des conditions économiques et commerciales dont bénéficient les opérateurs alternatifs.
39. L'analyse du caractère indispensable de l'accès demandé par l'AOTA sera conduite *in concreto*, en prenant comme élément d'appréciation notamment les offres de gros actuellement disponibles sur le marché, tant sur la question de la couverture nationale que sur celle des besoins spécifiques de la clientèle entreprise et des conditions économiques et commerciales dont bénéficient les opérateurs alternatifs.

En ce qui concerne la couverture du territoire d'une offre d'accès FttH activée d'Orange

40. L'AOTA considère que l'accès qu'elle demande serait indispensable, en raison de la couverture nationale des services qu'il permettrait de fournir.
41. Selon la saisissante :
- Orange disposerait d'un réseau FttH « *dont la capillarité est nationale* »³¹ et son refus « *de fournir une Offre FttH Activée sur le territoire national prive les opérateurs alternatifs du complément de couverture nécessaire pour leur permettre d'animer la concurrence* »³² ;
 - « *les opérateurs alternatifs ne peuvent pas être immédiatement présents sur la totalité du territoire* »³³ et « *ils ont donc besoin de compléter leur couverture pour proposer une gamme complète d'offres sur l'ensemble du territoire français* »³⁴ ;
 - en ne faisant pas obligation à Orange de fournir une telle offre, la régulation de l'ARCEP ne permettrait « *toujours pas aux opérateurs alternatifs de proposer des offres de détail d'envergure nationale dans les zones où ils ne sont pas présents* »³⁵.

³¹ Cote 4.

³² Cote 611.

³³ Cote 599.

³⁴ Cotes 559 et 600.

³⁵ Cote 613.

42. Néanmoins, se fondant sur la jurisprudence précitée aux paragraphes 28 et 29, l'Autorité ne peut que rejeter une telle argumentation, les critères applicables n'étant pas satisfaits.
43. En premier lieu, il convient de souligner que l'accès demandé par l'AOTA à Orange ne permettrait pas, à lui seul, de fournir des services aux entreprises sur l'ensemble du territoire. En effet, force est de constater que les réseaux en cuivre et en fibre optique, s'ils restent substituables lorsqu'ils sont déployés sur une même zone, sont en tout état de cause complémentaires pour couvrir l'ensemble du territoire, dans la mesure où les réseaux en fibre optique ne couvrent pas l'ensemble du territoire, contrairement au réseau cuivre issu du monopole historique (cf. figure 4 ci-après, paragraphe 46).
44. En deuxième lieu, au regard des seuls locaux raccordables en FttH, il ressort des éléments du dossier qu'au moins trois opérateurs, Kosc, SFR et Bouygues Telecom, proposent aujourd'hui des offres de gros FttH d'accès activé au niveau national. Comme le rappelle l'ARCEP, ces offres résultent de l'émergence du marché de gros activé : *« l'opérateur Kosc Telecom a négocié auprès d'Orange une offre sur mesure d'accès local à son réseau FttH qui lui permet de commercialiser une offre de gros activée de type « FttH pro » à destination des opérateurs de détail purs entreprises. Bouygues Telecom et SFR ont également commercialisé des offres sur le marché de gros des offres activées. Certains RIP proposent également des offres activées. Ainsi, l'ARCEP estime que le pourcentage de lignes FttH éligibles à au moins une offre activée s'élève à environ 85 % du total des lignes FttH au T1 2019 contre environ 11 % au T1 2017 »*³⁶.
45. La couverture territoriale cumulée de ces offres représente ainsi environ 85 % du total des lignes FttH aujourd'hui déployées. Afin de permettre aux opérateurs de fournir des offres présentant une capillarité similaire à celle du réseau FttH d'Orange, l'ARCEP a soumis Orange à une obligation de proposer une offre de gros de revente dite *« marque blanche »*³⁷. Cette offre vient donc en complément des offres *bitstream*³⁸ des trois opérateurs proposant des offres de gros FttH d'accès activé et permet de construire une offre présentant une couverture territoriale au moins équivalente à celle de l'infrastructure FttH d'Orange. L'ARCEP précise à cet égard qu'*« en incluant les offres de gros de revente, le pourcentage de lignes éligibles à l'une au moins de ces offres (en dehors des modalités d'accès passif) s'élève à 94 % »*³⁹.
46. Le schéma suivant⁴⁰ permet d'illustrer ce double constat lié, d'une part, à la différence de couverture du territoire entre le réseau cuivre et les réseaux en fibre optique et, d'autre part,

³⁶ ARCEP, Accès fixe à haut débit et très haut débit - Consultation publique sur le bilan du cycle en cours et perspectives pour le prochain cycle d'analyse des marchés, soumis à consultation publique du 11 juillet au 27 septembre 2019, précité, p. 31.

³⁷ Décision ARCEP n° 2017-1347 du 14 décembre 2017.

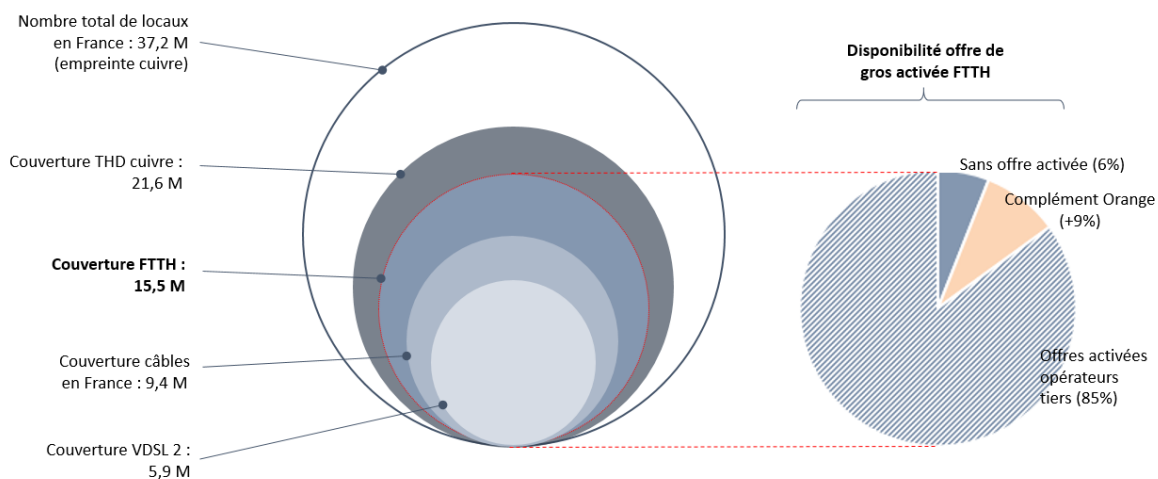
³⁸ Le terme BitStream (pour flux de données binaires) correspond à une offre mise en place par l'opérateur historique aux autres opérateurs pour qu'ils puissent proposer un service internet dans des zones où ils n'ont pas eux-mêmes installé d'équipement haut débit (sites trop petits ou trop éloignés de leurs réseaux de collecte).

³⁹ Cote 552.

⁴⁰ Ce schéma a été élaboré à partir des données issues du site de l'ARCEP (<https://www.arcep.fr/cartes-et-donnees/nos-publications-chiffrees/observatoire-des-abonnements-et-deploiements-du-haut-et-très-haut-debit/hd-thd-t2-2019.html>) et, en ce qui concerne l'estimation du nombre total des foyers raccordables, à partir

à la disponibilité importante des offres de gros activées par rapport aux lignes en fibre optique déployées sur le territoire à date :

Figure 4 : Couverture du territoire en très haut débit fixe
(en millions de locaux raccordables - T2 2019)



47. En troisième lieu, de nombreuses offres de gros se sont développées dans le cadre de la régulation sectorielle (marchés 3a, 3b ou 4), celles-ci constituent les briques de base permettant la construction d'un réseau sur l'ensemble du territoire. Ces offres présentent une grande diversité de type d'accès (passif ou activé) ou de technologie (cuivre et FttH) ainsi que les niveaux de qualité de service requis sur le marché entreprises. Ces offres permettent notamment de construire des réseaux de dimension régionale correspondant aux besoins d'entreprises implantées localement mais peuvent également être étendues au niveau national.
48. Si l'AOTA a fait état d'articles de presse récents mentionnant les difficultés de la société Kosc qui pourraient conduire, le cas échéant, à la reprise de son activité, celle-ci demeure encore active sur le marché et l'analyse de l'Autorité liée à l'existence de trois offres de gros FttH activées reste pertinente.
49. En tout état de cause, l'éventuelle remise en cause de ce constat conduirait à une situation de marché dans laquelle, dans le pire des cas, deux opérateurs tiers proposeraient des offres de gros FttH activées. En séance, l'ARCEP a indiqué que le pourcentage de lignes FttH éligibles à au moins une offre de gros activée s'élèverait alors à 74 % du total des lignes FttH (au lieu des 85 % précédemment cités). Dans cette hypothèse, l'Autorité considère que l'évolution du pourcentage de lignes FttH éligibles à au moins une offre activée ne serait pas de nature à exclure les opérateurs alternatifs du marché. À cet égard, même si la part des lignes FttH qui ne serait pas éligible à ces offres de gros activées devait empêcher de

d'éléments publics (cf. la somme des colonnes F et G dans l'onglet communes de l'excel « 2019T2_Obs_HD-THD_deploiement », <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/le-marche-du-haut-et-tres-haut-debit-fixe-deploiements/>).

raccorder certains sites d'un client possédant plusieurs établissements (entreprise multi-sites), il serait toujours possible de recourir soit à l'offre de marque blanche FttH d'Orange, soit aux offres de gros THD activées sur cuivre disponibles sur l'ensemble du territoire. L'Autorité relève que l'AOTA n'a pas été en mesure en séance de chiffrer la part des entreprises multi-sites pouvant relever de ce cas, et qui paraissent relever de niches.

50. Il convient par ailleurs de relever que les difficultés alléguées par l'AOTA pour ce qui concerne le déficit de couverture au-delà des 85 % (ou des 74 %) ne lui sont pas propres et existent aussi pour SFR et Bouygues, dans la mesure où aucun de ces opérateurs ne dispose aujourd'hui d'une couverture exhaustive du territoire, *a fortiori* lorsque les réseaux FttH sont, comme c'est le cas aujourd'hui, encore en cours de déploiement. Pourtant, ces difficultés de couverture ne les empêchent pas d'être présents sur le marché aval. La société Orange elle-même semble être confrontée à cette problématique bien qu'elle dispose du réseau le plus étendu. Orange a ainsi indiqué en séance devoir parfois passer par des réseaux tiers, en particulier les réseaux d'initiative publique (« RIP »⁴¹), pour raccorder certains sites de clients en dehors de l'empreinte de son propre réseau FttH.
51. En quatrième et dernier lieu, l'AOTA met en avant certains problèmes techniques liés à l'intégration dans le système propriétaire de l'opérateur commercial moins aisée ou tarifaires liés à la facturation au débit consommé et éventuellement à la facturation d'une liaison dans le cadre d'un peering privé⁴². Ceux-ci seraient liés à la difficulté de devoir passer par l'offre en marque blanche d'Orange pour accéder aux zones de couverture allant au-delà des 85 % (ou des 74 %). Toutefois, les difficultés alléguées ne semblent pas, aux dires mêmes de la saisissante, entraîner, par elles-mêmes, une impossibilité absolue d'être présent sur le marché de détail. En effet, l'AOTA a indiqué en séance que ses membres étaient, à défaut d'une offre de gros activée sur la totalité de l'empreinte du réseau FttH d'Orange, conduits à composer avec les limites actuelles de l'offre de revente, quitte à devoir « bricoler » (sic) des solutions techniques pour répondre au mieux aux besoins de leurs clients. L'ARCEP a par ailleurs indiqué en séance que l'offre de revente imposée à Orange restait utilisable par les opérateurs alternatifs, malgré certaines limites, et était de fait commandée par certains. L'Autorité prend note du caractère moins attractif de l'offre de revente d'Orange du point de vue des opérateurs alternatifs souhaitant compléter la couverture permise par les seules offres de gros activées du marché, mais constate que les limites observées ne présentent pas de caractère rédhibitoire leur interdisant de développer leurs propres offres.
52. En tout état de cause, si l'hypothèse du passage de trois à deux offres FttH activées venait à remettre en cause fondamentalement la dynamique concurrentielle sur le marché de gros entreprise, l'ARCEP a indiqué en séance qu'il lui appartiendrait alors de conduire une nouvelle analyse de marché, sans attendre la fin du cycle de régulation en cours.
53. Au regard de ces éléments et du droit applicable, l'accès à une offre de gros FttH activée d'Orange, s'il peut paraître souhaitable du point de vue des opérateurs membres de l'AOTA,

⁴¹ Les RIP correspondent à des réseaux de communications électroniques de dimension locale initiés par des collectivités territoriales sur le fondement de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

⁴² Le peering privé est un accord entre deux acteurs qui se traduit par une liaison physique directe entre eux. Il se distingue du peering public où la liaison physique aboutit en un point d'échange sur lequel sont connectés plusieurs opérateurs.

n'apparaît pas strictement nécessaire ou indispensable au sens des critères établis par la jurisprudence du droit de la concurrence, pour permettre aux opérateurs alternatifs de proposer des services à destination de la clientèle entreprise sur l'ensemble du territoire français.

En ce qui concerne les besoins spécifiques de la clientèle entreprise

54. L'AOTA considère que l'accès qu'elle demande serait indispensable pour répondre aux besoins spécifiques de la clientèle entreprise.
55. En effet, la saisissante considère que :
- « *Pour la clientèle entreprise, la fibre optique est devenue indispensable et les autres modalités d'équipement en très haut-débit ne lui sont donc plus substituables* »⁴³. Ainsi, la saisissante considère que « *les offres de gros activées sur le cuivre ou FTTLA ne constituent pas des alternatives* » au regard des différences de performances de ces technologies avec la fibre⁴⁴ ; et
 - « *les opérateurs alternatifs ne sont pas en mesure de répondre à l'intégralité des besoins de leurs clients* »⁴⁵, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de « *répondre aux besoins des entreprises multi-sites disposant de plusieurs établissements disséminés sur le territoire. Une entreprise multi-sites a besoin d'un seul réseau qui les interconnecte* »⁴⁶.
56. Néanmoins, se fondant sur la jurisprudence précitée, l'Autorité ne peut que rejeter une telle argumentation.
57. En premier lieu, si la fibre optique apparaît comme une solution d'accès de plus en plus attractive, la réalité du marché n'en fait pas un support indispensable puisque les accès sur le réseau cuivre restent, au niveau du marché spécifique entreprise, très largement majoritaires même si leur nombre diminue régulièrement au profit de la fibre. Ce point est illustré par la figure 1 (paragraphe 15 de la présente décision). Selon l'ARCEP, 74 % des accès spécifiques entreprises étaient sur cuivre au 4^{ème} trimestre 2018 contre seulement 26 % sur fibre optique.
58. En deuxième lieu, l'appréciation du caractère indispensable de la fibre pour la clientèle entreprise doit être fortement relativisée au vu de ses besoins réels.
59. Comme le rappelle l'ARCEP dans son avis⁴⁷, « *les entreprises ont des besoins variés auxquels répond une grande diversité d'offres. Plus précisément, la clientèle entreprise peut être divisée en deux grandes catégories :*

⁴³ Cote 13.

⁴⁴ Cote 20.

⁴⁵ Cote 7.

⁴⁶ Cote 19.

⁴⁷ Cote 547.

- *les utilisateurs professionnels et les établissements d'entreprises aux besoins généralistes en matière de connectivité, similaires ou très proches des besoins des clients résidentiels ;*
- *les utilisateurs professionnels et les établissements d'entreprises aux besoins spécifiques, notamment en termes de solutions techniques et de niveaux de qualité de service ».*

60. Selon l'ARCEP, ces besoins hétérogènes sont satisfaits par les opérateurs au travers d'offres très variées qui peuvent reposer sur plusieurs technologies comme les réseaux cuivre, FTTLA ou FttH. L'ARCEP souligne ainsi⁴⁸ :

- *d'un côté, « Les besoins généralistes les plus simples sont couverts par des offres « packagées » intégrant l'accès à internet et la téléphonie fixe voire la télévision, à destination première de la clientèle résidentielle. Certaines entreprises se contentent de ces offres mais d'autres se tournent vers des offres dénommées « professionnelles » ou « pro » qui proposent des services supplémentaires (notamment relatifs à la téléphonie et à accompagnement client). Elles sont aussi considérées comme des offres généralistes car elles sont construites sur les mêmes « briques de base », utilisent les mêmes équipements et ne proposent pas les caractéristiques de qualité de service des offres spécifiques entreprises présentées ci-après » ;*
- *de l'autre côté, « En raison de leur activité ou de leur taille, d'autres entreprises ont des besoins spécifiques de performance et de qualité de service qui se traduisent dans les offres qui leurs sont proposées par des débits garantis, des garanties de temps de rétablissement généralement inférieures à 4 heures ou moins (ci-après « GTR 4h »), des interruptions maximales de services (ci-après « IMS ») inférieures à une dizaine d'heures par an. Ces entreprises sont également susceptibles de sécuriser leurs accès à internet via une connexion redondée (accès fixe secouru via une connexion 4G par exemple, double adduction etc.) afin de s'assurer d'une connexion minimale en cas de panne ».*

61. Il ressort donc de ces éléments que la fibre optique n'apparaît pas indispensable – au regard des critères posés par la jurisprudence – pour proposer des services à la clientèle entreprise, notamment au regard de l'hétérogénéité de ses besoins. En particulier, l'AOTA ne démontre pas en quoi un accès en fibre optique serait indispensable pour répondre, à tout le moins, aux attentes de la clientèle du bas de marché (essentiellement formée par les professionnels et les petites entreprises), dont les besoins sont similaires ou très proches des besoins de la clientèle résidentielle. À l'inverse, une étude récente a révélé que plus des deux tiers des professionnels estiment que le fait que leur établissement ne soit pas raccordé à un réseau en fibre optique n'a pas d'impact négatif sur leur activité⁴⁹. Enfin, concernant le haut de marché, qui est plus à même d'exiger un raccordement en fibre optique, un ensemble d'obligations pèse déjà sur Orange et permet aux opérateurs alternatifs de répondre à ce type de demande. Orange est en effet soumise à l'obligation de proposer un ensemble d'offres de gros sur le

⁴⁸ Cotes 547 et 548.

⁴⁹ Étude IFOP/Covage 2019 sur la fibre en entreprise publié le 9 octobre 2019, p. 20.

marché 4, comprenant des offres de haute qualité pouvant s'appuyer sur différentes technologies.

62. En troisième et dernier lieu, s'agissant de la question spécifique des entreprises multi-sites, l'affirmation selon laquelle une « *entreprise multi-sites a besoin d'un seul réseau qui les interconnecte* » est erronée. Comme a pu le relever l'Autorité dans sa décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, « *les opérateurs alternatifs sont le plus souvent contraints, afin de pouvoir répondre aux besoins des entreprises multi-sites, de proposer une offre composite impliquant le recours aux réseaux des autres opérateurs et particulièrement à celui de l'opérateur historique, Orange* » (paragraphe 202). Il apparaît en effet que « *les particularités du marché de l'entreprise ne permettent pas en pratique à un opérateur alternatif d'avoir uniquement recours à son réseau en propre* » (paragraphe 203). Ainsi, « *si les opérateurs alternatifs s'appuient sur leur propre réseau pour proposer des offres d'interconnexion sécurisées de sites aux entreprises, ils ont également recours, dans une large mesure, à différentes offres de gros proposées par Orange, en particulier celles fondées sur les technologies DSL. La disponibilité des offres de gros utilisant ces technologies est subordonnée à l'éligibilité de la technologie déployée en fonction du territoire considéré* » (paragraphe 208). Le raccordement par un opérateur d'une entreprise multi-sites est donc régulièrement susceptible d'intervenir sur la base d'un ensemble composite d'éléments de réseaux, reposant le cas échéant sur des technologies différentes et nécessitant le plus souvent de recourir aux offres de gros de plusieurs opérateurs. L'argument de l'AOTA indiquant qu'une offre FttH activée d'un opérateur unique serait nécessaire au regard de l'impossibilité d'avoir des briques composites pour construire une offre multi-sites n'apparaît ainsi pas fondé.
63. Il résulte donc de l'ensemble de ces éléments, interprétés à l'aune de l'acception jurisprudentielle du caractère strictement nécessaire ou indispensable de l'accès demandé, que les arguments tels qu'ils ont été développés par l'AOTA concernant les besoins spécifiques des entreprises n'apparaissent pas fondés.

En ce qui concerne les conditions économiques et commerciales dont bénéficient les opérateurs alternatifs

64. L'AOTA considère que l'accès qu'elle demande serait indispensable pour que les opérateurs alternatifs puissent bénéficier de meilleures conditions économiques et commerciales sur le marché.
65. Pour l'AOTA, il apparaît en particulier, que :
- « *les offres de gros activées par Orange [CELAN/C2E] ne constituent pas des alternatives* »⁵⁰ en ce qu'elles comprennent une composante de collecte régionale qui représente un surcoût sensible pour atteindre une couverture nationale ;

⁵⁰ Cote 21.

- « les offres en marque blanche d'Orange ne constituent pas des alternatives »⁵¹ compte tenu du faible degré de liberté technologique qu'elle offre aux clients de ce type d'offres et de l'absence de différenciation qui en découle ; et
- « les offres de gros Bitstream FttH [de Kosc, SFR et Bouygues Telecom] ne constituent pas des alternatives »⁵² en raison de leurs caractéristiques commerciales, tant au niveau de la volumétrie minimale requise (ce qui oblige de passer par des agrégateurs) qu'au niveau de leur structure tarifaire (frais d'accès au service élevés pour des petits opérateurs).

66. D'une manière générale, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence exposée aux paragraphes 28 à 29, d'une part que l'accès à une infrastructure essentielle n'est pas considéré comme strictement nécessaire ou indispensable s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses (que ce soit sur le plan commercial ou tarifaire), d'autre part que l'existence d'obstacles économiques s'entend de manière limitative puisque la rentabilité du service envisagé doit être analysée au regard d'une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant.
67. En premier lieu, l'Autorité relève que la démonstration relative aux considérations économiques et commerciales développées par l'AOTA pour justifier le caractère indispensable de l'accès sollicité est insuffisamment probante en ce qu'elle n'est pas exhaustive et ne porte pas sur l'ensemble des offres de gros qui existent sur le marché pour servir la clientèle entreprise, que ces offres relèvent des marchés 3a, 3b ou 4.
68. En second lieu, en ce qui concerne les offres de gros activées d'opérateurs tels que Kosc, SFR ou Bouygues Telecom, l'Autorité relève que l'accès à ces offres activées peut impliquer des frais d'accès aux services ou une volumétrie de commande minimale qui peut ne pas correspondre aux attentes des plus petits acteurs du marché. Néanmoins, la politique tarifaire mise en place à travers ces offres de gros peut d'abord répondre à des logiques industrielles liées généralement aux industries de réseaux (échelle des investissements, amortissement des investissements réalisés par les opérateurs émetteurs de ces offres). Ensuite, pour permettre aux opérateurs commerciaux de souscrire à ces offres pour une faible volumétrie de clientèle, des entreprises dont l'activité consiste précisément à agréger les demandes de plusieurs opérateurs de petite dimension et ainsi mutualiser les frais d'accès à ces offres activées se sont développées sur ces marchés⁵³.
69. Au surplus, il ressort de la pièce 7 de la saisine de l'AOTA, qu'au moins un des membres de l'AOTA considère les offres de gros existantes sur le marché comme des alternatives à l'offre activée demandée par l'AOTA dans sa saisine. Dans cette pièce, l'offre d'Orange apparaît comme une alternative parmi d'autres offres proposées sur le marché, notamment celles proposées par SFR et Bouygues Telecom : « Les offres activées et collectées FttH commencent à arriver chez les 2 autres acteurs Bouygues et SFR. Nous avons entamé les démarches en ce sens pour leur collecter ces liens. Il serait donc urgent de notre côté de

⁵¹ Cote 21.

⁵² Cote 23.

⁵³ Les principaux « agrégateurs » sont Sewan, Unyc, Alphaslink et OpenIP.

pouvoir fournir la même chose en Orange. Nous ne choisirons probablement qu'un seul acteur »⁵⁴. À cet égard, l'ARCEP constate également que de nombreux opérateurs alternatifs membres de l'AOTA ont effectivement souscrit de manière individuelle aux offres de gros FttH activées proposées par SFR et Kosc⁵⁵.

70. Conformément à la jurisprudence précitée, l'existence d'offres alternatives démontre qu'un des principaux critères de l'infrastructure essentielle n'est pas rempli, quand bien même ces offres apparaîtraient moins avantageuses que l'accès demandé. Dès lors, l'argument développé par l'AOTA selon lequel seule une offre FttH activée d'Orange permettrait de « proposer des offres suffisamment attractives aux clients »⁵⁶ est inopérant.

Conclusion

71. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'accès à une offre activée FttH au niveau national d'Orange n'apparaît pas, en l'état du dossier et du droit applicable, comme pouvant être considéré comme un accès à une infrastructure essentielle, qui serait strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur le marché considéré.

b) Sur le caractère reproductible de l'offre FttH d'Orange

72. Selon l'AOTA, ses membres ne sont pas en mesure de répliquer eux-mêmes l'infrastructure FttH d'Orange dans des conditions économiques raisonnables au regard des éléments suivants :

- « *il est quasi-impossible pour les opérateurs de construire à brève échéance tout un parc d'infrastructures de génie civil de boucle locale comparable à l'héritage d'Orange* »⁵⁷ ;
- « *Les conditions d'accès aux nœuds de raccordement et d'hébergement dans les infrastructures Nœud de Raccordement Optique (« NRO ») d'Orange sont difficiles à satisfaire et à réaliser, en raison de considérations techniques mais surtout en raison du coût de cette opération, qui ne peut être supporté que si le parc de clients en aval du nœud de raccordement considéré est suffisamment développé* »⁵⁸ ;
- « *La boucle locale, qui est la partie du réseau la plus capillaire, est ainsi la partie la plus coûteuse à déployer. Seuls les opérateurs disposant d'une base de clientèle suffisamment large sont susceptibles de pouvoir amortir un tel investissement* »⁵⁹ ;

⁵⁴ Voir pièce n° 7 de Saisine AOTA, soulignements ajoutés, cotes 57-58.

⁵⁵ Avis ARCEP n° 2019-1385, p. 9, cote 552.

⁵⁶ Cote 25.

⁵⁷ Cote 17.

⁵⁸ Cote 18.

⁵⁹ Cote 19.

- « Ces barrières à l'entrée sont insurmontables lorsque les opérateurs alternatifs doivent répondre aux besoins des entreprises multi-sites disposant de plusieurs établissements disséminés sur le territoire »⁶⁰.

73. Néanmoins, se fondant sur la jurisprudence applicable, l'Autorité ne peut que rejeter une telle argumentation.
74. Dans le cadre du déploiement du réseau fibre sur le territoire national, l'ARCEP a imposé à Orange que l'ensemble des opérateurs puisse accéder de manière équitable à ses infrastructures de génie civil de boucle locale (fourreaux, chambre de tirage, etc.) pour y déployer leur propre réseau fibre. En ce sens, l'ARCEP a imposé cet accès à Orange dans des conditions de transparence et de non-discrimination strictes. Selon ces principes, les opérateurs concurrents d'Orange doivent accéder à ces infrastructures dans des conditions opérationnelles, techniques et tarifaires identiques aux conditions proposées aux filiales et branches internes d'Orange.
75. Au regard de l'existence de cette offre de gros, l'argument de l'AOTA au terme duquel les opérateurs tiers ne peuvent pas « construire à brève échéance tout un parc d'infrastructures de génie civil de boucle locale comparable à l'héritage d'Orange »⁶¹ apparaît donc inopérant puisqu'il n'est pas nécessaire de reconstruire un réseau de génie civil (fourreaux, chambre de tirage, adduction) pour déployer un réseau FttH.
76. Par ailleurs, cet accès passif aux infrastructures de génie civil ainsi que les mesures de régulation mises en place par l'ARCEP pour le déploiement des réseaux FttH (en particulier le co-investissement) ont concrètement permis à des opérateurs tiers de déployer leurs propres réseaux et de faire émerger un marché des offres de gros activées telles que proposées par les trois opérateurs que sont SFR, Bouygues Telecom et Kosc. L'Autorité note en outre que les réseaux FttH sont toujours en cours de déploiement par plusieurs opérateurs et que qualifier d'infrastructure essentielle un réseau qui n'est pas encore entièrement déployé peut apparaître prématuré et contre-intuitif à cet égard.
77. Le déploiement des réseaux en fibre optique par ces opérateurs atteste de la possibilité de répliquer le réseau FttH d'Orange dans des conditions manifestement non déraisonnables. En outre, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, l'existence d'obstacles économiques s'entend de manière limitative puisque la rentabilité du service envisagé doit être analysée au regard d'une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant. En l'espèce, la rentabilité envisagée s'entend donc à l'échelle d'Orange et non à celle des membres de l'AOTA.
78. Il ressort de ces éléments, analysés à la lumière des principes jurisprudentiels précités aux paragraphes 28 et 29, qu'il est raisonnablement possible de répliquer l'infrastructure FttH d'Orange et que celle-ci, qui est toujours en cours de déploiement, et est d'ailleurs actuellement reproduite de façon effective par plusieurs opérateurs, dont les principaux fournisseurs d'accès à Internet comme SFR, Bouygues Telecom ou Free.

⁶⁰ Cote 19.

⁶¹ Cote 17.

c) Conclusion sur l'existence d'une infrastructure essentielle

79. Par conséquent et sans qu'il soit besoin d'analyser les autres conditions posées par la jurisprudence, ces conditions étant cumulatives, l'infrastructure FttH d'Orange ne peut être qualifiée d'infrastructure essentielle.
80. Il résulte de l'ensemble des éléments précédents que les faits invoqués par la saisine de l'AOTA ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants pour étayer l'existence d'une infrastructure essentielle dont le refus d'accès aurait pu être appréhendé au titre des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
81. Il convient donc, en l'état du dossier, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce et de rejeter au fond la saisine enregistrée sous le numéro 19/0033 F et, partant, la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 19/0034 M.

DÉCISION

Article 1^{er} : La saisine de l'AOTA, enregistrée sous le numéro 19/0033 F, est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires de l'AOTA, enregistrée sous le numéro 19/0034 M, est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Franck Bertrand et M. Julien Michel, rapporteurs, et l'intervention de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par M. Henri Piffaut, vice-président, président de séance, Mme Sandra Lagumina, M. Savinien Grignon-Dumoulin, M. Alexandre Menais, M. Jérôme Pouyet et M. Christophe Strassel, membres.

La secrétaire de séance,

Pour Henri Piffaut, vice-président empêché,
Le vice-président,

Caroline Orsel

Emmanuel Combe