

# Droits sectoriels de la Régulation

Cours du semestre de printemps 2019

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon n°1



**Le Droit sectoriel de la  
Régulation  
des Télécommunications**

Mardi 30 janvier 2019

# **I. ÉLÉMENTS DE BASE**

# **II. QUESTIONS OUVERTES**

# **III. UN CAS**

# **I. ÉLÉMENTS DE BASE**

## **A. EVOLUTION DU DROIT DE LA REGULATION DU SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS**

# **I. ÉLÉMENTS DE BASE**

## **A. EVOLUTION DU DROIT DE LA REGULATION DU SECTEUR DES TELECOMMUNICATIONS**

### **A. LES INSTITUTIONS EN CHARGE DU DROIT DE LA REGULATION**

## Enjeu de la Régulation du secteur des télécommunications

Contenant/contenu. « Communications électroniques »

Tient l'Internet :

Tient le « monde digital ». « Données ».

Or, les télécommunications, c'est un mixte de technique et d'Etat (occupation du domaine public)

Exemple de la Chine.

- Organisation autour de **monopoles publics** d'une activité de **téléphonie**
- Concurrence de **fait** et activité de communication électronique de transmission de données
- Jurisprudence de la Cour de justice du 20 mars **1985**, *British Telecom* Europe comme « point de départ »
- Directives de libéralisation du 26 juin **1990** ; loi de transposition dans chaque Etat-membre
- Autorité de « régulation temporaire »

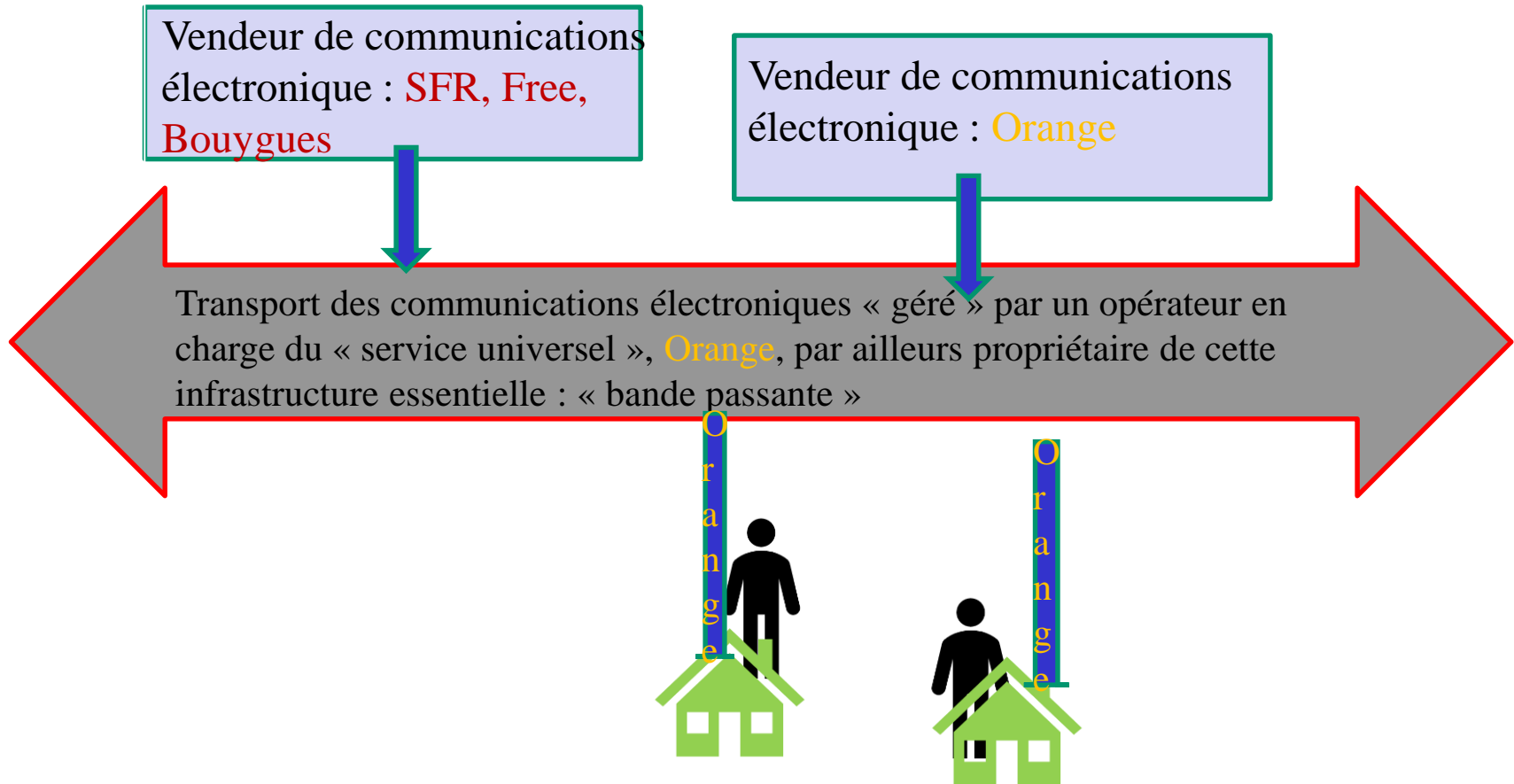
- Adoption de textes européens qui traitent les « objets » les uns après les autres, autour de principes différents
- Texte sur le service lui-même : le service des communications électronique :
  - ouvert à la concurrence entre opérateurs « différents (« historique »/nouvel entrant. Traitement de la dominance
  - opérateur des services et opérateur en charge en charge du réseau – transport/distribution)



- Texte sur le service lui-même : le service du téléphone : ouvert à la concurrence entre opérateurs agréés
- Texte sur les « infrastructures de transport » (« facilités essentielles ») : monopoles naturels
- Texte sur les infrastructures de distribution (« boucle locale »)
- Texte sur les licences : domaine public, attribution par l'Etat
- Texte sur les « interconnexions » (roaming)

- La part de l'Etat – licence - rend difficile la construction de l'Union européenne des télécommunications (distorsion par rapport à la mobilité), contrairement à l'Union bancaire à l'Union Energie-Climat
- Mouvement en 2016-2018 : Organe des Régulateurs européennes des communications électroniques (ORECE) : « agence »
- Transpositions nationales : en France dans le *Code des Postes et des Communications Electroniques (PTT...)*.

- L'Europe n'existe que pour les interconnexions
- Difficulté à avoir un « marché européen des télécommunications » (alors qu'il y a un projet de *Digital Unique Market*)
- Projet de directive de 2016 pour constituer un *Code européen des télécommunications électroniques*.
- Accord le 8 juin 2018 et réunit les 4 directives principales :



- Les principes réglementaires qui en découlent :
- « Service universel » a remplacé le « service public » = accès à Internet. Cons. Const. *Hadopi* 10 juin 2009
- = droit d'accès aux infrastructures non duplicables afin de concrétiser tout le fonctionnement réglementaire ; Concrétisé par un contrat
- Mais négociations visées par l'absence de droit de ne pas contracter : contrôle du prix « reflétant les coûts » et contrôle de la procédure « transparente »
- Contentieux très nombreux

- Liberté des prix à l'égard du consommateur final
- Soupçon en raison du cumul de statut et fonction d'Orange par l'Autorité de la concurrence
- Le Régulateur contrôle les « prix d'accès » : transport, boucle locale
- « Prix » des licences : Enchères organisées par l'ARCEP ou cédée pour le bien de la concurrence (4<sup>ième</sup> licence pour Free)

# **I. ÉLÉMENTS DE BASE**

# **B. LES INSTITUTIONS EN CHARGE DU DROIT DE LA REGULATION**

- L'ARCEP
- Le CSA
- La CNIL
- L'Agence Française d'Attribution des Fréquences (ANFR)

Montre qu'on ne sait pas « placer » le digital (l'ARCEP est en charge de la « neutralité du net » par la loi *sur la République numérique* de 2016)



Montre qu'on ne sait pas « placer » le digital (l'ARCEP est en charge de la « neutralité du net » par la loi *sur la République numérique* de 2016

Sur son nouveau site 2019, l'ARCEP affirme qu'elle est en charge d'une « infrastructure des libertés »

Mais la liberté d'expression, c'est plutôt le CSA ....; et la protection de la liberté via la vie privée, etc., c'est plutôt la CNIL ....

- Au R.U., Ofcom, aux E.U, FCC.

## ARCEP

- Autorité Administrative Indépendance (Loi de janvier 2017 sur les AAI et API)
- L'ARCEP doit être consubstantiellement indépendante : Cons. Const., QPC, 5 juillet 2013, *Numéricable*
- Composition : le Gouvernement choisit son président. Collège, secrétaire général, services (enquêtes)

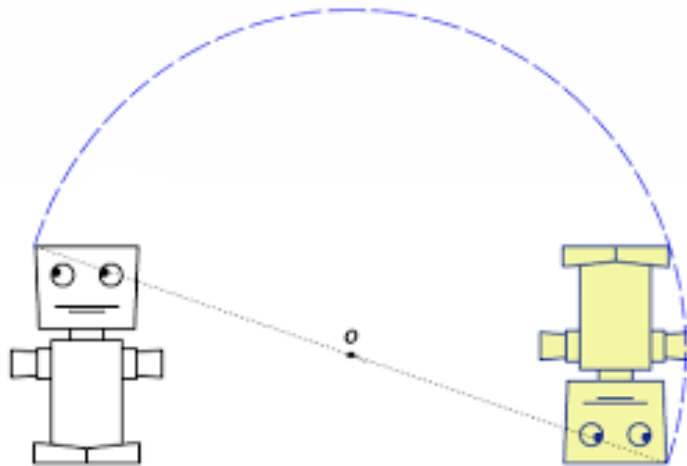
## ARCEP

- Pouvoirs Ex Ante :
  - Saisine de l'Autorité de la concurrence
  - Analyse de marchés de gros
  - Avis sur projet de texte
  - Fixe les obligations des opérateurs
- Pouvoirs Ex Post :
  - Commission des sanctions,
  - Commission de règlement des différends,

## ARCEP

- Contrôle juridictionnellement par :
  - La Cour d'appel de Paris, puis Cour de cassation
  - Le Conseil d'Etat
- Pouvoirs Ex Post :
  - Commission des sanctions,
  - Commission de règlement des différends,

## II. QUESTIONS OUVERTES



1. La notion de « régulation symétrique »

## II. QUESTIONS OUVERTES



2. La pertinence de la distinction du contenant et du contenu



## II. QUESTIONS OUVERTES

4. Le rapport entre la technologie et le droit des personnes

## II. QUESTIONS OUVERTES



5. Pourquoi une *Loi sur la République Numérique* ?



## II. QUESTIONS OUVERTES



6. Qui régule Facebook ?

### III. LE CAS

[Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 septembre 2017, SFR c/ Orange](#)

Attendu, **selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 décembre 2015)**, que la société France Télécom, devenue la société Orange, anciennement titulaire d'un monopole légal, s'est vu attribuer, lors de la libéralisation du secteur des télécommunications, la propriété des infrastructures de l'ancien monopole ; que l'ouverture du marché des télécommunications étant subordonnée à l'accès des opérateurs concurrents à ces infrastructures, non duplicables, la société Orange s'est vu imposer certaines obligations par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP), notamment celles de faire droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public qui remplissent les conditions nécessaires et de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants ; que les sociétés Orange et SFR ont ainsi conclu différents contrats d'interconnexion à partir de l'année 2006 ; que, suspectant une violation de l'obligation de pratiquer des tarifs reflétant les coûts, l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (l'AFORST), qui regroupe un grand nombre d'opérateurs alternatifs, dont la société SFR, a demandé à l'ARCEP d'ouvrir une procédure de sanction contre la société Orange, sur le fondement de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) et de la mettre en demeure de rétrocéder aux opérateurs alternatifs les surfacturations pratiquées à compter du 1er janvier 2006 ; qu'après avoir indiqué que l'instruction avait révélé que les tarifs de départ d'appel auraient dû être inférieurs à ceux pratiqués, de 2 % en 2006 et de 15 % en 2007, et que des modifications tarifaires étaient intervenues le 28 mai 2009, avec un effet rétroactif au 1er janvier 2009, le directeur général de l'ARCEP a constaté, par une décision du 17 juin 2009, qu'il ne subsistait pas d'indice invitant à poursuivre l'instruction concernant le supposé non-respect de l'obligation d'orientation vers les coûts, et décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure de sanction ouverte contre la société Orange ; que le recours en annulation pour excès de pouvoir formé par l'AFORST a été rejeté ; que la société SFR a assigné la société Orange en annulation des contrats d'interconnexion conclus en 2006 et 2007 et en paiement des sommes acquittées qu'elle estimait excéder les coûts correspondants aux prestations facturées, subsidiairement en réparation de son préjudice ;

....

Mais attendu, **en premier lieu**, que si les articles D. 311 et D. 314 du CPCE permettent à l'ARCEP de demander aux opérateurs réputés exercer une influence significative de justifier intégralement leurs tarifs, ces dispositions n'ont pas pour objet ou pour effet de contraindre ces opérateurs à communiquer leurs comptes réglementaires à leurs concurrents ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que ces dispositions ne pouvaient être invoquées par la société SFR pour obtenir un accès aux comptes réglementaires de la société Orange, que la loi a entendu limiter pour préserver leur confidentialité et prévenir tout risque d'atteinte au secret des affaires ;

Attendu, **en deuxième lieu**, que, le demandeur étant tenu de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu qu'il appartenait à la société SFR d'établir l'irrégularité des tarifs qu'elle invoquait au soutien de sa demande d'annulation des contrats, ou de démontrer la faute dont elle demandait réparation ;

Attendu, **en troisième lieu**, qu'après avoir relevé que l'ARCEP a imposé à la société Orange, notamment dans sa décision n° 05-0571 du 27 septembre 2005, de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants et une séparation comptable, l'arrêt constate, par motifs propres et adoptés, que le système de comptabilisation des coûts et des comptes séparés établis par cette société pour les années 2006 et 2007 a fait l'objet d'une attestation de conformité délivrée par l'ARCEP les 8 janvier 2008 et 31 mars 2009, sans que celle-ci n'impose à de revoir ces tarifs ; qu'il observe que la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts peut être utilement exercée par l'ARCEP, qui dispose des éléments de contrôle nécessaires, et constate que la procédure de sanction ouverte contre la société Orange s'est achevée par une décision de non-lieu, le directeur général de l'ARCEP ayant estimé qu'il ne subsistait pas d'indice invitant à poursuivre l'instruction concernant le supposé non-respect des obligations tarifaires dont il s'agit ; qu'il retient que cette décision et le rapport d'instruction auquel elle se réfère ne comportent aucun constat, clair et non équivoque, d'un manquement reproché à la société Orange pour les années 2006 et 2007, que les constatations, sommaires, que contient l'annexe du rapport, ne sont étayées par aucun chiffre, ni aucune pièce, et que les graphiques ou tableaux sont occultés ; qu'il souligne ensuite qu'en application de l'article 23 du règlement intérieur de l'ARCEP, la personne mise en cause ne peut accéder à l'ensemble des pièces du dossier qu'à la réception de la notification des griefs, de sorte que la société Orange n'a pu avoir connaissance des hypothèses retenues par les rapporteurs dans leurs calculs, ni des clés d'allocations aboutissant aux valeurs chiffrées auxquelles ils sont parvenus et n'a pas pu faire valoir ses observations sur les conclusions du rapport, avant que la décision du directeur général n'intervienne ; qu'il en déduit, à juste titre, que les termes de ce seul rapport, auquel la décision de non-lieu s'est exclusivement référée, à l'instar de la décision rejetant l'excès de pouvoir formé à son encontre, ne sauraient démontrer les manquements en cause ; qu'il ajoute, par motifs adoptés, que la seule existence d'un écart entre les coûts prévisionnels qui servent à définir les tarifs ex ante et les coûts constatés ex post ne peut suffire à caractériser un manquement de la société Orange à ses obligations réglementaires et souligne que le rapport d'instruction signale que ni le cadre réglementaire applicable, ni la décision n° 05-0571 ne prévoient de mécanisme de rétrocession ou de perception supplémentaire aux opérateurs alternatifs selon l'évolution des gains de productivité constatée par rapport à ceux qui avaient été anticipés ; que, loin d'exiger le recours à une procédure administrative préalable, l'arrêt relève l'absence de constat clair et étayé de l'ARCEP, dans le cadre d'une procédure contradictoire, de sanction ou de règlement de différend, concernant une pratique tarifaire irrégulière, et ajoute que la société ne formule aucune autre demande à ce titre ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, dont il ressort que la preuve exigée n'est pas impossible à rapporter mais peut être rendue plus difficile selon la nature de la procédure engagée, la cour d'appel, qui a rempli son office sans porter atteinte à l'effectivité de la régulation dans le secteur des télécommunications, a pu retenir que les éléments produits par la société SFR étaient insuffisants pour justifier la demande d'annulation des contrats et le paiement des sommes versées à ce titre ;

Et attendu, **en dernier lieu**, que l'ARCEP peut être saisie, sur le fondement de l'article L. 36-8 du CPCE, en cas de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques et peut préciser, dans ce cadre, les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés ; que le moyen, qui postule en sa cinquième branche une incompétence de l'ARCEP pour intervenir dans le contentieux privé des contrats d'interconnexion, manque en droit ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa neuvième branche qui critique des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

**PAR CES MOTIFS :**

**REJETTE le pourvoi ;**

Condamne la Société française du radiotéléphone aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Orange la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept septembre deux mille dix-sept.