Décision n° 2020-1498-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 17 décembre 2020 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société SFR FTTH

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

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « l'Arcep » ou « l'Autorité »),

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

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») modifiée, notamment ses articles 6, 7 et 12 ;

Vu la recommandation 2010/572/UE de la Commission européenne du 20 septembre 2010 sur l'accès réglementé aux réseaux d'accès de nouvelle génération (ci-après « recommandation NGA ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 34-8-3, L. 36-8, R. 11-1 ;

Vu la décision n° 2009-1106 de l'Arcep en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du CPCE, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée ;

Vu la décision n° 2010-1312 de l'Arcep en date du 14 décembre 2010 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du CPCE, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire à l'exception des zones très denses ;

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

Vu le modèle générique de tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses publié en octobre 2015 ;

Vu la modélisation ascendante d'un réseau de boucle locale optique mutualisée, dans sa dernière version, publiée lors de la consultation publique menée du 11 septembre au 12 octobre 2020 sur un projet de décision fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023 ;

Vu les lignes directrices de l'Autorité de décembre 2015 portant sur la tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique déployés par l'initiative publique (ci-après « lignes directrices tarifaires ») ;

Vu la décision n° 2019-1685 de l'Arcep en date du 10 décembre 2019 portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée à l'Autorité le 22 juillet 2020, présentée par la société Free, société par actions simplifiée, dont le siège social est situé 8 rue de la Ville l'Évêque, et immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro 421 938 861, représentée par son directeur règlementaire ;

La société Free demande à l'Autorité d'enjoindre « *à SFR FTTH d'adresser sous un mois à Free un nouveau projet de Contrat modifié, strictement identique au Contrat transmis à Free le 8 janvier 2020 à l'exception des modifications suivantes* » :

Demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de cession ou d'évolutions capitalistiques

1.a. Nous demandons que les droits d'usage de long terme, contrepartie du cofinancement de Free, ainsi que les conditions essentielles d'accès associées à ces droits, nous soient garantis sur l'ensemble de leur durée contractuelle, et à minima sur 40 ans, ce y compris dans le cas où SFR FTTH transfèrerait, que ce soit par cession, transfert, apport ou tout autre mécanisme, tout ou partie du réseau cofinancé à une société tierce ou un tiers.

1.b. Nous demandons que le Contrat prévoie le versement d'une indemnité compensatrice au profit de Free, dans l'hypothèse où SFR FTTH ne parviendrait pas à assurer la continuité des droits de long terme ainsi que les conditions essentielles d'accès associées ; cette indemnité doit être fondée sur le coût que représenterait pour Free la compensation de cette perte anticipée des droits[1].

1.c. Nous demandons la suppression du Contrat des clauses conférant à SFR un pouvoir de résiliation ou de modification des clauses essentielles du Contrat en cas d'évolution capitalistique ou de changement de contrôle d'un des deux cocontractants ; nous demandons en particulier la suppression complète de la partie « changement de contrôle » figurant à l'article 26 du Contrat.

Les demandes 1.a, 1.b, 1.c forment un ensemble cohérent mais sont chacune autonomes des autres et sont sécables les unes des autres.

Demande relative aux évolutions des tarifs

2. Nous demandons que les facultés de modification unilatérale des conditions tarifaires liées à l'offre de cofinancement[2] du Contrat et pour les prises situées en zone AMII ne puissent être exercées qu'aux deux conditions cumulatives suivantes :

[1] Nous demandons à ce que cette indemnité soit fondée sur le coût par Free du passage en location, c'est-à-dire le nombre de lignes cofinancées concernées multiplié par le prix de location et par la durée résiduelle des droits, avec un taux d'actualisation conforme aux pratiques sectorielles.

[2] Le périmètre visé est l'ensemble de tarifs acquittés par un opérateur commercial cofinanceur. Les tarifs des offres de location passive de lignes à très haut débit, les tarifs des offres activées, les offres ou optons qui pourraient être créées pour permettre la fourniture d'accès entreprise de haute qualité ne sont pas couverts par la demande.

La modification tarifaire unilatérale s'effectue en application de l'indexation tarifaire prévue à l'article 15.4 du Contrat et pour les seuls tarifs qui sont explicitement listés aux articles 15.4.1 et 15.4.2 ;

- la modification tarifaire unilatérale ne conduit pas à ce que le cumul des tarifs récurrents applicables entre le NRO et le PM d'une part, et entre le PM et la PTO d'autre part, ramené à la ligne active, excède la moyenne des tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires.

Les autres modifications tarifaires, que ce soit par modification d'un tarif existant ou création d'un nouveau tarif ne peuvent être effectuées de manière unilatérale, mais uniquement par l'intermédiaire d'un avenant négocié de bonne foi et signé par les deux parties au Contrat.

Demandes relatives aux niveaux des tarifs

3.a. Nous demandons à ce que le tarif de cofinancement total applicable aux lignes FTTH en co-investissement ab initio (article 3.a de l'annexe 2) des prises situées en zone AMII ne soit pas supérieur à 513,6 € et la redevance mensuelle par ligne active comprenant maintenance et génie civil (annexe 2, premier tableau de l'article 3.d) attachée à ces lignes soit inférieure à 5,12 € HT pour un cofinancement à hauteur de 20 % et, pour les autres tranches, cohérente avec les pratiques de marché[3].

3.b Nous demandons que le tarif récurrent de maintenance du Câblage Client Final (annexe 2, article 3.f) attaché aux prises cofinancées en zone AMII, reflète les coûts constatés ; nous demandons en particulier que ce tarif soit égal à 0 pour Free, dans la mesure où Free ne commande pas à SFR FTTH d'opération de maintenance des CFF et que Free ne facture pas SFR FTTH pour d'éventuels travaux de maintenance des CFF que Free pourrait réaliser elle-même.

Les demandes 3.a et 3.b sont toutes deux autonomes et sécables.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Free soutient que :

- l'Autorité est compétente en application des articles L. 34-8-3 et L. 36-8, I du CPCE pour trancher le différend qui l'oppose à la société SFR FTTH. Concernant en particulier les demandes sur la robustesse des droits d'usage en cas de cession ou d'évolutions capitalistiques, Free estime qu'elles concernent des clauses qui intéressent la durée des droits pour lesquelles la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 26 septembre 2019, a déjà reconnu la compétence de l'Autorité.

- ses demandes sont recevables en raison de l'échec des négociations intervenu entre Free et SFR FTTH dès lors que SFR FTTH a refusé de faire droit à ses demandes et n'a pas répondu aux deux mises en demeure adressées par Free par courriers en date du 16 mars et du 3 juin 2020, visant notamment à obtenir la modification du contrat en ce sens.

Sur le fond, Free soutient que ses demandes sont justifiées et raisonnables.

Concernant **en premier lieu** les demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de transfert à un tiers du réseau ou d'évolutions capitalistiques, Free considère en substance que ses demandes sont justifiées dès lors que le projet de contrat (ci-après « Contrat ») ouvre à SFR FTTH la faculté de remettre en cause unilatéralement le droit d'usage accordé en contrepartie du cofinancement en méconnaissance des principes d'objectivité, de prévisibilité des droits et de pérennité de l'accès. Free fait valoir que la pérennité des droits d'usage est une condition essentielle de l'accès selon le cadre règlementaire applicable et qu'il suppose pour l'opérateur cofinanceur que ses droits subsistent à des évolutions qui pourraient survenir pour l'un ou l'autre des co-contractants ou, à défaut, qu'il obtienne, dans le cas où la continuité de ses droits ne serait pas assurée, une indemnité compensatrice. Free considère que les clauses en litige sont de nature à porter atteinte aux objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier à l'objectif de développement de l'investissement

[3] Soit 5,48 € HT pour ligne active par mois si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est de 5%, de 5,29 € si le taux est de 10%, de 5,19 € si le taux est de 15%, de 5,12 € est de 20%, de 5,06 € si le taux est de 25% et de 4,99 € si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est supérieur ou égal à 30%.

de l'innovation et de la compétitivité, dès lors qu'elles sont de nature à dissuader les investisseurs et à l'objectif de de concurrence effective et loyale en créant un déséquilibre entre l'opérateur d'infrastructure qui peut céder librement son réseau et l'opérateur commercial qui peut perdre ses droits en cas d'évolution capitalistique.

Concernant la demande sur le maintien des droits d'accès en cas de transfert du réseau à un tiers, la société Free soutient principalement que sa demande est justifiée dès lors que le contrat d'accès méconnait les principes de pérennité et de prévisibilité des droits prévus par le cadre règlementaire de l'accès au réseau FttH, en faisant peser sur SFR FTTH une obligation de moyens et non de résultats pour faire accepter au cessionnaire le maintien des droits de l'opérateur commercial et en prévoyant, en cas d'échec de SFR FTTH, la résiliation des droits de l'opérateur commercial. Free avance que l'incertitude ainsi créée a pour effet de dévaluer drastiquement l'actif constitué par l'achat des droits d'usage auprès de SFR FTTH. Free soutient, en outre, que les garanties demandées sont raisonnables puisqu'elles existent dans les contrats d'accès d'autres opérateurs.

Concernant la demande sur la clause d'indemnisation en cas de perte des droits, la société Free soutient qu'elle est justifiée dès lors qu'elle est nécessaire à l'effectivité du dispositif contractuel visant à sécuriser les droits. Free soutient de surcroit que le plafond de responsabilité de SFR FTTH de 150 000 € prévu par le Contrat ne permettrait pas la réparation du préjudice subi par Free en cas de perte de ses droits d'usage, compte tenu du niveau des investissements engagés. Free fait valoir que le mécanisme de l'indemnité compensatrice est d'autant plus nécessaire dans un contexte de marché dans lequel des cessions de réseaux ont lieu de manière courante. Le niveau de compensation demandée par Free est raisonnable dès lors que les abonnés raccordés qui ne seront plus desservis par Free en cofinancement seront desservis, sur la base d'une location de la ligne à SFR FTTH au cessionnaire.

Concernant la demande sur le maintien des droits en cas d'évolutions capitalistiques de Free, la société Free fait valoir que sa demande est justifiée dès lors que la clause qui subordonne l'évolution capitalistique de l'opérateur commercial à un accord préalable de SFR FTTH ne satisfait pas au critère d'objectivité auquel doivent répondre les conditions pour l'accès au point de mutualisation d'un réseau FTTH. Free souligne à cet égard qu'aucune garantie apportée par les actionnaires n'est imposée par le contrat au moment de la souscription et que l'opérateur d'infrastructure n'est pas affecté par un changement d'actionnaire dès lors que Free reste tenu d'exécuter le Contrat et que le Contrat organise des voies de recours en cas de manquement par Free à son obligation. Free fait en outre valoir que cette clause restreint la capacité de l'opérateur commercial à lever des fonds en faisant peser la menace d'une résiliation qui priverait l'éventuel nouvel actionnaire des investissements déjà réalisés par Free dans les réseaux FttH de SFR FTTH.

Concernant en deuxième lieu la demande sur les clauses d'évolution des tarifs, Free fait valoir que sa demande est justifiée dès lors qu'il n'existe aucune raison objective à ce que les tarifs de la zone AMII de SFR FTTH soient supérieurs à ceux de la zone AMII d'Orange, alors que la zone AMII déployée et commercialisée par SFR FTTH au titre du Contrat objet du présent différend est plus dense et donc moins onéreuse à couvrir que la zone AMII d'Orange mais également que la moyenne de la zone AMII. Free souligne que le partage territorial de la zone AMII entre SFR et Orange n'est légitime que s'il ne conduit pas à une hausse des tarifs. Free soutient par ailleurs que, dès lors que la clause d'indexation ne capte que les facteurs haussiers salariaux, sans les facteurs baissiers liés aux frais financiers, la faculté de SFR FTTH de modifier les tarifs conformément à cette clause a pour effet d'éloigner les tarifs récurrents des coûts sous-jacents. Free fait valoir que sa demande est raisonnable dès lors que les clauses d'évolution tarifaires ouvrant à SFR FTTH la faculté de modifier unilatéralement certains tarifs et d'en créer de nouveau et, celle de déroger dans certaines circonstances au plafond d'indexation pour retrouver une capacité de modification tarifaire non bornée méconnaissent les principes de visibilité et de prévisibilité prévus par le cadre règlementaire de l'accès au réseau FttH.

Concernant en troisième lieu la demande sur le tarif de cofinancement total, Free estime qu'elle est justifiée dès lors que les tarifs pratiqués sur le reste de la zone AMII, dont la densité est inférieure à la

zone AMII couverte par le Contrat objet du présent règlement de différend, ne dépassent pas le plafond demandé. Free considère que la demande est raisonnable dès lors que la commercialisation des lignes au même prix que ceux constatés sur le reste de la zone AMII permettrait une rémunération du capital assortie d'une prime de risque conforme aux standards de marché FttH. Free ajoute que s'il est rentable de commercialiser des prises en zone AMEL à des prix similaires à ceux de la zone AMII, il est *a fortiori* rentable pour SFR FTTH de pratiquer des tarifs identiques à ceux pratiqués sur le reste de la zone AMII.

Concernant la demande sur le tarif récurrent de maintenance du Câblage Client Final, Free estime que la demande est justifiée car il n'a jamais demandé à SFR FTTH d'intervenir pour réparer un raccordement final ni facturé à SFR FTTH la maintenance des raccordements finaux que Free réalise en pratique. Free estime que SFR FTTH n'a encouru aucun coût d'exploitation ou maintenance pour les raccordements finaux des lignes activées par Free.

Vu les courriers du 23 juillet 2020 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à la société SFR FTTH la demande de règlement de différend de la société Free ;

Vu les courriers du 27 juillet 2020 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu les observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 14 septembre 2020, présentées par la société SFR FTTH, société par action simplifiée, dont le siège social est situé 124 boulevard de Verdun à Courbevoie (92400), Paris, et immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 844 717 587 ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, SFR FTTH soutient que :

- **l'Autorité n'est pas compétente** pour se prononcer sur les demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de transfert du réseau à un tiers ou d'évolutions capitalistiques de Free, lesquelles sont irrecevables dès lors qu'elles ne portent pas sur les conditions techniques ou tarifaires de l'accès aux lignes FttH de SFR FTTH définies dans le Contrat.

Concernant la demande sur le maintien des droits en cas de transfert du réseau à un tiers, SFR FTTH considère que les clauses en litige qui permettent le cas échéant de remettre en cause les droits d'accès à son réseau sont sans lien avec la durée des droits d'usage et ne relèvent pas des modalités d'accès au réseau.

Concernant la demande d'indemnisation en cas de perte des droits d'usage, SFR FTTH considère que la demande de Free concerne les modalités de mise en œuvre de la responsabilité de SFR FTTH en cas de manquement à ses obligations et ne relève donc pas de la compétence de l'Arcep.

Concernant la demande sur le maintien des droits d'usage en cas de changement de contrôle de Free, SFR FTTH fait valoir que la clause *d'intuitu personæ* ne présente pas de lien avec les conditions d'exécution de la prestation d'accès puisque la résiliation ne peut plus intervenir dès lors que l'opérateur commercial fournit la garantie financière demandée.

Concernant les demandes sur les clauses d'évolution et le niveau des tarifs SFR FTTH ne conteste pas la compétence de l'Arcep ;

- **les demandes sont irrecevables faute d'être précises et motivées et à défaut d'échec des négociations** entre les parties : SFR FTTH estime que les demandes sont imprécises et ne sont pas motivées ; SFR FTTH considère, en outre, que la demande sur le maintien des droits d'usage en cas de changement de controle et la demande sur le tarif récurrent de maintenance ne sont pas formalisées car elles ont évolué entre les négociations et la saisine. SFR FTTH avance qu'il n'y a pas eu échec des négociations dès lors que la saisine de Free est intervenue le 22 juillet 2020 et ce, alors que les négociations étaient encore en cours et qu'il s'était engagé à communiquer à Free un projet de Contrat modifié le jeudi 23 juillet 2020 au plus tard.

Sur le fond, SFR FTTH estime que les demandes de Free sont illégitimes, infondées et disproportionnées.

Concernant la demande sur le maintien des droits d'accès en cas de transfert à un tiers du réseau, SFR FTTH considère que le Contrat qui prévoit que les droits sont garantis pour 60 ans au cofinanceur respecte l'exigence de pérennité des droits d'usage qui doit être appréciée en tenant compte avant tout de leur durée et n'impose pas que ces droits d'usage soient intangibles en toute hypothèse. Il estime en outre que Free ne peut prétendre avoir besoin de prévisibilité alors que ses investissements sur la zone SFMD de SFR FTTH sont très limités. SFR souligne par ailleurs que le Contrat prévoit déjà qu'il s'engage à tout mettre en œuvre pour que le cessionnaire applique aux lignes FTTH des droits et conditions d'accès identiques ou similaires à ceux appliqués par SFR FTTH et que, dans l'hypothèse où il n'y parviendrait pas, l'opérateur commercial ne perdrait pas le bénéfice de ses droits d'usage dès lors que le cessionnaire devra proposer à Free de nouvelles conditions d'accès en cofinancement, lesquelles seront nécessairement raisonnables compte tenu des obligations règlementaires qui pèsent sur les opérateurs d'infrastructure. SFR indique, en outre, que l'hypothèse d'une cession est marginale et qu'en tout état de cause celle-ci interviendrait vraisemblablement en même temps que la cession de l'ensemble de son activité FTTH et donc emporterait cession des contrats en cours avec les opérateurs commerciaux. SFR FTTH soutient également que la critique de Free est d'autant moins sérieuse que l'offre d'accès de Free Infrastructure lui confère une faculté de résiliation qui n'a même pas à être motivée en cas de cession de contrôle de l'opérateur cofinanceur. SFR FTTH fait ainsi valoir que la demande est disproportionnée, dès lors que les contrats d'opérateurs d'infrastructure invoqués par Free sont des contrats d'accès en zone RIP dont la spécificité ne permet donc pas de revendiquer l'application de leurs clauses en zone d'initiative privée.

Concernant la demande sur le maintien des droits d'accès en cas de transfert du réseau à un tiers, SFR FTTH considère qu'il n'existe pas de préjudice lié au basculement vers une offre de location passive à la ligne, dès lors que le cessionnaire sera, le cas échéant, tenu de proposer une nouvelle offre de cofinancement à Free. Les nouvelles conditions proposées par le cessionnaire, à les supposer moins favorables, ne seront pas nécessairement constitutives d'un préjudice indemnisable. SFR FTTH avance que, devant le juge, la clause limitative de responsabilité ne s'appliquera pas si Free démontre l'existence d'un manquement à une obligation essentielle du contrat. SFR FTTH soutient que même dans l'hypothèse où Free subirait un préjudice, il est impossible d'anticiper sur le montant auquel correspondrait le préjudice allégué. SFR FTTH considère que la demande est disproportionnée, aucun autre contrat d'opérateur d'infrastructure ne prévoyant de clause de ce type.

Concernant la demande sur le maintien des droits en cas d'évolutions capitalistiques de Free, SFR FTTH soutient en substance que la clause d'*intuitu personæ* ne porte pas atteinte aux principes d'objectivité des conditions d'accès ni de pérennité de l'accès dès lors que, de première part, la qualité et la situation des actionnaires de l'opérateur commercial dont dépend nécessairement la capacité de celui-ci à tenir ses engagement, doit être contrôlée par l'opérateur d'infrastructure pour garantir la pérennité du projet, de deuxième part, les conditions dans lesquelles le Contrat pourrait être résilié sont strictement définies et cantonnées au cas du changement de contrôle de l'opérateur commercial et, de troisième part, le Contrat prévoit expressément que, en cas de résiliation, l'opérateur cofinanceur ne perdra pas le bénéfice de ses droits acquis. SFR FTTH fait aussi valoir que la clause dénoncée n'a aucun impact sur la capacité de Free à faire financer et à valoriser ses investissements et que d'autres opérateurs d'infrastructure ont également prévu une telle clause dans leur contrat.

Concernant la demande sur les clauses d'évolution des tarifs, SFR FTTH avance, en premier lieu, que Free dénature la portée des obligations tarifaires qui pèsent sur lui car il n'appartient pas à l'opérateur d'infrastructure de justifier de l'intégralité des coûts auprès des opérateurs commerciaux lesquels relèvent du secret des affaires et que l'opérateur d'infrastructure, qui n'est pas tenu de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts, a le droit d'inclure dans ses tarifs une marge commerciale et de faire évoluer ses tarifs, notamment en considération des évolutions de coûts qu'il supporte. SFR FTTH considère, en second lieu, que la demande n'est ni justifiée ni raisonnable. SFR FTTH se prévaut d'abord

de la décision de règlement de différend n° 2018-0569 pour soutenir qu'un opérateur d'infrastructure est légitime à bénéficier d'un pouvoir de modification unilatérale de ses tarifs et que la clause d'indexation prévue dans son contrat garantit la visibilité raisonnable sur ses tarifs telle qu'exigée par la décision n° 2018-0569 et ce, d'autant plus que, toujours selon cette décision, cette exigence dépend de l'importance des investissements consentis par l'opérateur commercial cofinanceur et que Free a très peu cofinancé dans la zone du contrat d'accès de SFR FTTH. Il fait aussi valoir que soumettre les évolutions des tarifs à l'accord de Free méconnaîtrait le principe de non-discrimination entre opérateurs commerciaux et qu'en cas de désaccord sur l'évolution tarifaire, Free a toujours la possibilité de saisir l'Arcep en règlement de différend. SFR FTTH considère que la demande est disproportionnée dès lors que, d'une part, Free contesterait systématiquement toute hausse, obligeant SFR FTTH à saisir systématiquement l'Arcep des refus de son cocontractant aboutissant à un contrôle *ex ante* des tarifs et que, d'autre part, aucun opérateur ne pratique un encadrement tarifaire tel que celui demandé par Free et que l'offre d'accès de Free Infrastructure lui laisse une latitude encore plus importante pour faire évoluer unilatéralement ses tarifs.

Concernant en troisième lieu la demande sur le niveau tarifaire du cofinancement, SFR FTTH considère qu'elle n'est ni nécessaire ni justifiée et par suite disproportionnée. SFR FTTH soutient que les coûts qu'il supporte pour couvrir la zone relevant de son Contrat sont plus élevés que ceux d'Orange en ZMD dès lors que d'abord, le contrat d'accès de SFR FTTH inclut les zones AMEL, moins denses et donc plus onéreuses à couvrir, qu'ensuite Orange bénéficie de coûts plus faibles de déploiement compte tenu des économies d'échelle et de gamme qu'il peut réaliser, et qu'enfin, le coût du capital d'Orange est bien inférieur à celui des autres opérateurs d'infrastructure. SFR FTTH avance que le niveau de risque pris par les opérateurs d'infrastructure dans les réseaux FTTH est d'autant plus important avec la crise sanitaire liée au Covid-19. SFR FTTH fait également valoir que l'augmentation du tarif récurrent de cofinancement s'explique également par un taux de pénétration du FTTH plus faible que celui envisagé. SFR FTTH considère que les évolutions tarifaires sont également justifiées par la hausse des coûts de maintenance liée à la dégradation des points de mutualisation et par l'inflation.

Concernant la demande sur le tarif récurrent de maintenance du câblage du client final (ci-après « CCF » ou « raccordement final »), SFR FTTH estime qu'elle n'est ni nécessaire ni justifiée, dès lors que le tarif de prestation de maintenance des CCF, qui du reste existait déjà dans le précédent contrat conclu entre SFR et Free en 2018, est justifié compte tenu de la responsabilité qui incombe à l'opérateur d'infrastructure d'assurer la maintenance du réseau, y compris le raccordement final. SFR FTTH fait également valoir qu'il supporte des coûts au titre des opérations de maintenance des CCF dès lors qu'il demeure tenu d'intervenir en cas de demande de l'opérateur commercial. SFR FTTH soutient enfin que ce tarif vient également rémunérer les prestations de maintenance préventive réalisées par SFR FTTH pour assurer l'exploitabilité des CCF sur toute la durée des droits d'usage consentis aux opérateurs cofinanceurs.

Vu les courriers du 28 septembre 2020 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le premier questionnaire des rapporteurs ;

Vu les observations en réplique, reçues à l'Autorité le 30 septembre 2020, présentées par la société Free ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, Free maintient que :

- L'autorité est compétente pour se prononcer sur les demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de transfert à un tiers du réseau ou d'évolutions capitalistiques dès lors que toutes visent à assurer la robustesse des droits d'usage dont dépend la valeur et l'effectivité des droits consentis. En particulier, sur la demande relative au maintien des droits en cas de transfert du réseau, Free fait valoir que l'effectivité du droit d'accès implique qu'il ne soit pas remis en cause pour un autre motif que la décision de ne plus exploiter commercialement le réseau. Sur l'indemnisation en cas de perte des droits d'usage, Free indique que sa demande vise au versement d'une indemnisation en cas

de perte de ces droits sans remettre en cause le régime de responsabilité civile. Sur la demande sur le maintien des droits en cas d'évolutions capitalistiques de Free, il considère que l'effectivité des droits suppose leur résistance aux changements capitalistiques de l'opérateur commercial.

- Free maintient que l'échec des négociations est caractérisé pour chacune de ses demandes. En particulier, Free fait valoir que les négociations duraient depuis plus d'un an et qu'en dépit de ses relances SFR FTTH ne lui a jamais adressé de nouveau Contrat.

- Free soutient que ces demandes sont claires et motivées et visent à garantir à Free, en sa qualité de cofinanceur, la solidité des droits d'usage dans le temps et une prévisibilité suffisante sur l'évolution des conditions tarifaires du Contrat.

Sur le fond

Free maintient ses demandes et complète son argumentation avec les éléments reportés ci-dessous.

En premier lieu, concernant les demandes sur la robustesse des droits d'usage, Free soutient en substance que le risque de perte de droits est réel et que le caractère hypothétique de sa réalisation ne fait pas obstacle au bien-fondé de ses demandes. Free soutient également que si le précédent contrat signé avec SFR FTTH contenait déjà les clauses critiquées, il n'avait pas eu d'autre choix que de le signer pour commencer à commercialiser des accès en co-financement. Free ajoute qu'il s'engage, si SFR FTTH le demande, à aligner les dispositions de son propre contrat d'accès d'opérateur d'infrastructure sur celles qui découleront de la décision de l'Arcep. Free fait valoir qu'une durée des droits de 60 ans n'a pas de portée effective si elle ne résiste pas à un changement de contrôle ou à un transfert du réseau. Free soutient enfin que son niveau d'investissement en zone SFMD s'explique par les conditions d'accès proposées par le Contrat de SFR FTTH.

Concernant plus particulièrement la demande d'indemnisation, Free précise que les paramètres de calcul de la clause d'indemnisation de perte de droits peuvent, le cas échéant, être modifiés par l'Autorité.

Concernant plus particulièrement la demande sur le maintien des droits en cas d'évolution capitalistiques de Free, Free soutient que les conditions d'appréciation de la solvabilité sont incertaines et opaques, le Contrat n'apportant pas de précision sur le niveau de garantie attendu.

En second lieu, concernant les demandes sur l'évolution et le niveau des tarifs, Free fait **tout d'abord** valoir que la théorie de la péréquation entre zone AMII et AMEL soutenue par SFR FTTH est dépourvue de fondement dès lors, d'une part, qu'elle n'est pas justifiée d'un point de vue économique et d'autre part que les éventuels déficits liés à réalisation des engagements en zone AMEL ne doivent pas se traduire par une augmentation généralisée des tarifs en zone AMII.

Ensuite, Free fait valoir que sa demande n'est pas comparable à celle formulée dans le cadre de son précédent règlement de différend contre la société Orange dans la mesure où, d'une part, il ne demande pas la transmission de ses coûts par SFR FTTH ni la démonstration d'un lien entre les coûts et les tarifs car il ne dispose pas de garantie suffisante sur la correspondance entre les coûts constatés par SFR FTTH et les coûts réels d'un opérateur efficace, et d'autre part, qu'il ne demande la suppression du pouvoir de modification unilatérale de SFR FTTH que pour les seuls tarifs récurrents.

Par ailleurs, Free soutient que sa demande n'interdit pas à SFR FTTH de recouvrer ses coûts et de rémunérer le capital investi mais a seulement pour objet de faire peser sur SFR FTTH, qui dispose seul des éléments d'information sur les coûts réels encourus, la charge de la preuve qu'une évolution tarifaire qui aboutirait à des tarifs supérieurs à ceux pratiqués dans le reste de la zone AMII serait justifiée.

De plus, Free avance que le cadre règlementaire ne prévoit pas la possibilité pour l'opérateur d'infrastructure de réaliser une marge commerciale mais l'autorise seulement à pratiquer des tarifs basés sur les coûts et sur une prime permettant de tenir compte du risque encouru par l'opérateur d'immeuble. Free ajoute que SFR FTTH ne démontre pas que les risques encourus ont augmenté avec

la crise sanitaire et considère s'agissant de la prime de risque qu'elle « *vise à garantir une rémunération supplémentaire à l'OI tenant compte du risque, mais elle ne vise pas à neutraliser les effets de ce dernier, ainsi : si le risque ne se réalise pas, l'opérateur d'infrastructure perçoit une sur-rémunération, si le risque se réalise et dégrade cette sur-rémunération attendue, l'OI n'a pas vocation à être compensé tant que son équilibre économique est préservé ; toute compensation après réalisation du risque viderait le principe de la prime de sa substance même »*[4].

En outre, Free soutient en substance que les arguments de SFR FTTH pour justifier les clauses d'évolution tarifaires ne sont pas fondés, dès lors que si les stipulations du Contrat n'empêchent pas SFR FTTH de baisser les tarifs, elles n'emportent pas pour autant obligation de baisser ses tarifs si ses coûts baissent. Il ajoute que les autres contrats d'accès prévoient un encadrement strict des hausses unilatérales de prix.

Concernant le niveau des tarifs, Free avance d'abord, en substance, que les paramètres invoqués par SFR FTTH pour justifier les hausses de tarifs ne sont pas imprévisibles ni extérieurs à sa volonté et que les coûts de remise en état des points de mutualisation ne devraient pas être répercutés dans les coûts de maintenance PM – PBO alors qu'ils seront potentiellement recouvrés via le tarif de maintenance CCF.

Ensuite, Free fait valoir que l'utilisation du modèle BLOM pour évaluer les coûts des réseaux déployés par SFR FTTH dans la zone régie par le Contrat combiné à l'utilisation du modèle de tarification pour évaluer le *« caractère raisonnable et équitable des conditions d'accès »* à ces réseaux révèle qu'un tarif de commercialisation des prises de 513,6 € et un tarif récurrent inférieur à 3 € permettrait d'assurer la rémunération d'un opérateur d'immeuble efficace, déployant et commercialisant du FttH sur la zone du Contrat.

En troisième lieu, sur les tarifs de maintenance client final, Free soutient d'une part que l'argument de SFR FTTH selon lequel l'opérateur d'infrastructure est tenu de proposer une prestation de maintenance aux opérateurs commerciaux ne fait pas obstacle à la mise en place de deux tarifs récurrents de maintenance du câblage client final, l'un destiné aux opérateurs demandant à SFR FTTH de réaliser la maintenance curative, et l'autre destiné aux opérateurs réalisant cette maintenance curative eux-mêmes et, d'autre part, que SFR FTTH n'apportant pas la démonstration qu'il y a effectivement des interventions de maintenance préventive et des coûts associés, le tarif de maintenance doit être nul.

Vu les courriers du 6 octobre 2020 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a accordé un délai supplémentaire aux sociétés Free et SFR FTTH pour transmettre leurs réponses au premier questionnaire ;

Vu les deuxièmes observations en défense, reçues à l'Autorité le 16 octobre 2020, présentées par la société SFR FTTH ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

SFR FTTH maintient que les demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de transfert du réseau ou d'évolutions capitalistiques de l'opérateur cofinanceur sont irrecevables faute de porter sur les conditions techniques ou tarifaires du contrat. En particulier, SFR FTTH soutient que la demande tendant à obtenir une clause d'indemnisation ne correspond pas, contrairement à ce que soutient Free, à une pénalité contractuelle mais porte sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile du débiteur, lesquelles échappent à la compétence de l'Arcep à qui il n'appartient pas de venir encadrer, par anticipation, les conséquences d'une méconnaissance éventuelle des obligations contractuelles.

[4] Mémoire en réplique de Free, page 24

SFR FTTH maintient que la condition tenant à l'échec des négociations n'est pas remplie, compte tenu de la saisine de l'Arcep par Free la veille de la date annoncée par SFR FTTH pour la communication d'une nouvelle offre et faute pour le différend d'avoir pu se cristalliser, les demandes étant imprécises fluctuantes et non motivées.

Sur le fond, SFR FTTH maintient ses demandes et complète son argumentation avec les éléments ci-dessous.

SFR FTTH réfute l'argument de Free selon lequel la faiblesse de son cofinancement serait la conséquence des conditions déraisonnables pratiquées par SFR FTTH sur la zone couverte par son Contrat et maintient que cette situation résulte de la stratégie de Free.

Concernant la clause de maintien des droits en cas de transfert du réseau à un tiers, SFR FTTH soutient en substance que la demande de Free n'est pas justifiée dès lors que l'absence de clause garantissant la pérennité des droits n'a jamais été critiquée par Free, ni à l'occasion du contrat initial conclu avec SFR FTTH, ni à l'occasion de son différend avec la société Orange et qu'il n'existe pas de risque de perte des droits d'usage.

Concernant la demande tendant à obtenir une clause d'indemnisation en cas de perte de droits d'usage, SFR FTTH soutient qu'aucun contrat d'accès ne prévoit une telle clause d'indemnisation car aucun paramètre de calcul ne permettrait de déterminer aujourd'hui les conséquences du préjudice hypothétique lié à la perte des droits d'accès.

Concernant la clause d'*intuitu personæ*, SFR FTTH avance que l'actionnariat d'un opérateur commercial influe sur sa solvabilité et qu'une défaillance dans la capacité de paiement d'un opérateur commercial peut remettre en cause le plan d'affaires d'un opérateur d'infrastructure qui repose sur des hypothèses de souscription de lignes en cofinancement. SFR FTTH maintient que la clause est transparente en ce qu'elle décrit précisément la manière dont est appréciée la solvabilité de l'opérateur commercial.

Concernant les demandes tarifaires, SFR FTTH soutient **en premier lieu** que les arguments de Free visant à remettre en cause la péréquation entre zones AMII et AMEL sont injustifiés. D'abord, il fait valoir que la lecture de l'article L. 34-8-3 du CPCE comme les travaux parlementaires ayant conduit à sa modification confirment que le législateur a voulu lutter contre les inégalités territoriales en prévoyant expressément que l'opérateur d'infrastructure peut réaliser une péréquation entre les zones dans lesquelles il déploie. Ensuite, il considère que dans les engagements pris au titre de l'article L. 33-13 du CPCE, SFR FTTH s'est engagé à pratiquer en zone AMEL les conditions tarifaires appliquées dans la zone AMII, sans s'interdire de modifier les tarifs d'accès péréqués dans ces deux zones. Il soutient également que l'ARCEP encourage la péréquation entre les zones de déploiement des opérateurs et que les opérateurs sont favorables à l'homogénéité des tarifs de gros au niveau national. SFR FTTH ajoute, en substance, que la péréquation répond à une logique économique puisque les sous-traitants sont présents sur tout le territoire national créant des économies d'échelle ; les coûts de déploiement n'étant pas homogènes au sein de la zone AMII.

En deuxième lieu, SFR FTTH estime d'abord que le plafonnement des tarifs récurrents de SFR FTTH sur ceux d'Orange est impossible dès lors que, d'une part, SFR FTTH garantit des droits d'usage sur 60 ans là où Orange ne le fait que pour 40 ans ce qui influe selon lui sur le prix des prestations d'accès et, d'autre part, qu'il empêcherait SFR FTTH de recouvrir ses coûts, le Contrat incluant dans son périmètre les AMEL qui sont plus couteuses à couvrir que les zones AMII d'Orange.

Concernant plus particulièrement la demande sur le tarif de cofinancement total, SFR FTTH soutient d'abord que Free dénature le cadre règlementaire applicable qui n'interdit pas la réalisation d'une marge. SFR FTTH avance que la réplique de Free confirme qu'il associe le tarif raisonnable à un tarif orienté vers les coûts. À ce titre, il fait valoir que l'obligation de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts, à laquelle il n'est pas soumise, implique déjà de retenir, parmi les coûts pertinents, un WACC standard ajusté pour tenir compte des risques spécifiques liés au déploiement des réseaux FTTH. SFR FTTH ajoute que le WACC doit être adapté à la situation des opérateurs d'infrastructure qui peuvent

être exposés à des niveaux de risque différents. Concernant ensuite la notion de tarif raisonnable, SFR FTTH soutient que l'intention du législateur a bien été, de donner plus de latitude aux opérateurs d'infrastructure, en leur imposant une contrainte plus faible que pour un tarif orienté vers les coûts, pour fixer leurs tarifs. SFR FTTH fait valoir, en s'appuyant sur un rapport du cabinet Frontier qu'un tarif raisonnable correspond au WACC standard avec un risque spécifique associé au projet et une marge raisonnable. SFR FTTH ajoute que le tarif raisonnable doit s'entendre dans le présent différend comme un tarif non-excessif permettant de ne pas entraîner d'effet d'éviction sur le marché de détail. Concernant enfin le tarif de cofinancement, SFR FTTH fait valoir que les analyses réalisées par Free sur la base du modèle BLOM doivent être écartées pour non-respect du principe du contradictoire faute pour Free d'avoir produit l'ensemble des hypothèses et paramètres qu'elle a pris en compte pour ses calculs. Concernant le WACC, SFR FTTH estime qu'un WACC de 9 % serait pertinent comme l'indique le rapport Frontier. Concernant les primes de rendement minimal, SFR FTTH soutient qu'elle peut être estimée entre 5 % et 9 %. SFR FTTH conclut que la prise en compte, par le modèle qu'il produit, de ces éléments et des conditions réelles de déploiement rencontrées par SFR FTTH aboutit à des tarifs de cofinancement de 6,89 € et 8,93 € soit des tarifs supérieurs à ceux actuellement appliqués par SFR FTTH.

Concernant les prestations de maintenance du CCF, SFR FTTH maintient que la facturation d'un tarif récurrent pour les opérations de maintenance, préventive et curative est justifiée et complète son argumentaire des éléments suivants. SFR FTTH fait d'abord valoir que Free se contredit en refusant la tarification des prestations de maintenance tout en reconnaissant que l'opérateur d'infrastructure peut devoir assurer la maintenance curative et est tenu de réaliser la maintenance préventive. SFR FTTH fait valoir qu'il ne peut y avoir un tarif différent selon que l'opérateur commercial réalise ou non la maintenance préventive dès lors que cet opérateur est en droit d'exiger à tout moment la réalisation de ces prestations par l'opérateur d'infrastructure. Enfin SFR FTTH fait valoir que le principe des tarifs récurrents pour les prestations de maintenance est validé par l'Arcep et que les tarifs pratiqués par SFR sont en ligne avec ceux des autres opérateurs.

Vu les courriers du 19 octobre 2020 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a accordé un délai supplémentaire aux sociétés Free et SFR FTTH pour transmettre leurs réponses au premier questionnaire ;

Vu les réponses des parties au premier questionnaire enregistrées à l'Autorité le 20 octobre 2020 ;

Vu les courriers du 26 octobre 2020 par lequel la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le deuxième questionnaire des rapporteurs ;

Vu la décision n° 2020-1169-RDPI en date du 5 novembre 2020 par laquelle la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction a décidé de proroger le délai dans lequel elle doit se prononcer sur le différend ;

Vu les réponses des parties au second questionnaire enregistrées à l'Autorité le 9 novembre 2020 ;

Vu les courriers en date du 10 novembre 2020, par lesquels les sociétés Free et SFR FTTH ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité le 26 novembre 2020, et informées que la clôture de l'instruction de la présente affaire était fixée au lundi 16 novembre 2020 ;

Vu le courrier du 12 novembre 2020 par lequel la directrice juridique de l'Autorité a adressé à la société SFR FTTH une demande de précisions complémentaires ;

Vu la réponse de la société SFR FTTH à la demande de précisions complémentaires reçu à l'Autorité le 13 novembre 2020 ;

Vu le courrier de la société SFR FTTH reçu à l'Autorité le 13 novembre 2020 par lequel la société SFR FTTH demande le report de l'audience ;

Vu les troisièmes observations en défense, reçues à l'Autorité le 16 novembre 2020, présentées par la société SFR FTTH ;

Concernant la péréquation entre zones AMII et AMEL, SFR FTTH maintient qu'elle est justifiée et souhaité par le législateur.

Concernant le niveau des tarifs SFR FTTH maintient que la demande est injustifiée et disproportionnée et soutient en particulier que les estimations de Free fondées sur le modèle BLOM doivent être écartées dès lors que Free n'a pas produit les données d'entrée non publiques qu'elle a utilisées et faute pour SFR FTTH de disposer du temps nécessaire pour calibrer les données et les injecter dans le modèle BLOM qu'il n'a jamais fait fonctionner. Il fait également valoir que le modèle a été conçu pour calculer la tarification du dégroupage de l'opérateur historique et n'a pas vocation à déterminer le coût des lignes FTTH afin de fixer les tarifs des offres d'accès des opérateurs d'infrastructure. SFR FTTH maintient qu'en tout état de cause les résultats publiés par l'ARCEP issus de ce modèle et ajustés pour correspondre au périmètre des zones AMII et AMEL démontrent, que les tarifs de cofinancement de SFR FTTH sont raisonnables et justifiés.

Vu le courrier reçu à l'Autorité le 18 novembre 2020 de la société Free par lequel il indique maintenir ses demandes ;

Vu les courriers en date du 19 novembre 2020, par lesquels les sociétés Free et SFR FTTH ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité le 4 décembre 2020, et informées que la clôture de l'instruction de la présente affaire était fixée au 24 novembre 2020 ;

Vu les quatrièmes observations en défense de la société SFR FTTH en date du 20 novembre par lesquelles il maintient ses moyens et complète son argumentation en soutenant que la décision adoptée par l'Arcep dans le différend l'ayant opposé à la société Bouygues Telecom aura pour effet d'une part, d'impacter négativement les revenus de SFR FTTH avec des effet de bords sur le tarif du cofinancement et d'autre part, d'affecter le taux de cofinancement ;

Vu les observations complémentaires de la société Free en date du 23 novembre 2020 par lesquelles il persiste dans ses conclusions et moyens en ajoutant que SFR FTTH ne peut prétendre que la décision de règlement de différend l'opposant à Bouygues Telecom remettrait en cause son plan d'affaires, qui n'a jamais été produit au différend, alors que « *le tarif récurrent d'équilibre calculé par Free dans son mémoire en réplique, avec 100 % des lignes activées en cofinancement, est donc le plus élevé possible et le plus favorable pour SFR FTTH* »[5] et que SFR FTTH n'a jamais prétendu fonder l'équilibre de son plan d'affaire sur le recours aux offres de location ;

Vu les cinquièmes observations en défense de la société SFR FTTH en date du 24 novembre par lesquelles il maintient ses moyens et complète son argumentation en soutenant que si le tarif de la location baisse il est nécessaire que celui du cofinancement augmente, compte tenu des attentes légitimes des investisseurs de la société SFR FTTH qui ont évalué la rentabilité de leurs investissements sur la base des tarifs d'accès de SFR applicables au moment de la création de cette société ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu le 4 décembre 2020, lors de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, composée de M. Sébastien Soriano, président, M. Serge Abiteboul, Mme Joëlle Cottenye et Mme Monique Liebert-Champagne, membres de l'Autorité, et en la présence de Mme Cécile Dubarry, directrice générale de l'Autorité, de M. Uriel Kaufman et Mme Edith Tiar, rapporteurs, de M. Guillaume Mellier, de Mme Elisabeth Suel, M. Hubert Virlet, Mme Alexandra Gourjon, agents de l'Autorité, et des représentants de la société Free et de la société SFR FTTH :

[5] Troisième mémoire de Free p. 6

- le rapport de Mme Edith Tiar, présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société Free ;
- les observations des représentants de la société SFR FTTH.

Sur la publicité de l'audience,

L'article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que « *l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité en délibère.* »

Par un courriel en date du 12 novembre 2020, la société Free a demandé à ce que l'audience ne soit pas publique.

Par un courrier en date du 13 novembre 2020 confirmé par un courrier du 24 novembre 2020, la société SFR FTTH a demandé également à ce que l'audience ne soit pas publique.

En conséquence, l'audience n'a pas été publique.

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (composée de M. Sébastien Soriano, président, Mme Monique Liebert-Champagne, Mme Joëlle Cottenye et M. Serge Abiteboul, membres de l'Autorité), en ayant délibéré le 17 décembre 2020 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision.

Table des matières

1 Contexte général ... 16

1.1 Présentation des parties ... 16

1.2 La zone couverte par l'offre d'accès aux lignes FttH de SFR FTTH faisant l'objet du présent différend ... 16

2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes ... 18

2.1 Sur la compétence de l'Autorité ... 18

2.1.1 Compétence de l'Autorité pour se prononcer sur les demandes relatives au maintien des droits d'usage en cas de transfert du réseau et au versement d'une indemnité compensatrice dans le cas où SFR FTTH n'assurerait pas la continuité des droits d'usage ... 19

2.1.2 Compétence de l'Autorité pour se prononcer sur la demande relative au maintien des droits d'usage en cas de changement de contrôle ou d'évolutions capitalistiques d'un des deux cocontractants ... 22

2.2 Sur la recevabilité des demandes formulées par Free ... 23

2.2.1 Sur la recevabilité de la demande relative au maintien des droits d'usage en cas de transfert de tout ou partie du réseau à un tiers ... 23

2.2.2 Sur la recevabilité de la demande relative au versement d'une indemnité compensatrice dans le cas où SFR FTTH n'assurerait pas la continuité des droits d'usage ... 26

2.2.3 Sur la recevabilité de la demande relative à la suppression du pouvoir de résiliation de SFR FTTH en cas d'évolution capitalistique ou de changement de contrôle ... 27

2.2.4 Sur la recevabilité de la demande relative aux évolutions des tarifs ... 29

2.2.5 Sur la recevabilité de la demande relative aux niveaux des tarifs ... 30

3 Cadre juridique ... 31

4 Sur les demandes de Free relatives à la pérennité des droits d'usage ... 32

4.1 Rappel du cadre de régulation du FttH ... 32

4.2 Sur les demandes de Free concernant le maintien du droit d'usage en cas de transfert de réseau à un tiers et le versement d'une indemnité à Free en cas d'échec de SFR FTTH à assurer la continuité des droits d'usage (demande 1.a et 1.b) ... 34

4.2.1 Rappel des demandes ... 34

4.2.2 Sur le fond ... 35

4.3 Sur la demande de Free concernant le maintien du droit d'usage en cas de changement de contrôle (demande 1.c) ... 42

4.3.1 Rappel de la demande et des arguments des parties ... 42

4.3.2 Sur le Fond ... 43

5 Sur les demandes de Free relatives aux évolutions et aux niveaux des tarifs ... 46

5.1 Cadre juridique applicable ... 46

5.2 Sur la demande de Free relative à la capacité de SFR FTTH de modifier unilatéralement ses tarifs (demande 2) ... 50

5.2.1 Rappel des demandes ... 50

5.2.2 Sur l'encadrement de l'évolution des tarifs prévu actuellement au contrat d'accès de SFR FTTH 50

5.2.3 Analyse de la demande de Free d'encadrer le pouvoir de modification unilatérale de certains tarifs d'accès de SFR FTTH 51

6 Sur la demande de Free relatives aux niveaux des tarifs de SFR FTTH (demande 3.a) 63

6.1 Rappel de la demande 63

6.2 Sur la demande de se prononcer sur le niveau des tarifs dans la partie AMII de la zone concernée par le contrat 63

6.2.1 Sur la demande de se prononcer sur un niveau maximal des tarifs 63
6.2.2 Sur la zone retenue pour l'examen du caractère raisonnable des tarifs 65

6.3 L'utilisation du modèle de tarification du FttH en zones moins denses est pertinente pour évaluer les tarifs d'accès 66

6.4 Examen des tarifs au moyen du modèle de tarification 68

6.4.1 Valeurs pertinentes du jeu de données d'entrée 68
6.4.2 Tarifs non-récurrents 69
6.4.3 Tarifs récurrents 70
6.4.4 Conclusion sur l'analyse des tarifs demandés au regard des résultats 71

6.5 Autres éléments d'appréciation apportés par les parties 72

6.5.1 Sur le caractère rentable de l'activité de l'opérateur commercial pour l'appréciation des tarifs . 72
6.5.2 Sur les facteurs haussiers et baissiers sur les coûts 72
6.5.3 Sur la comparaison avec les tarifs pratiqués par les autres opérateurs 74
6.5.4 Sur l'articulation avec la décision de règlement de différend Bouygues Telecom c. SFR FTTH 75

6.6 Conclusion 76

6.7 À propos des tarifs sur la zone AMEL 77

7 Sur la demande de Free relative au tarif de maintenance du câblage client final (demande 3.b) 79

Décide : 80

1 Contexte général

1.1 Présentation des parties

Free est un opérateur de réseaux et de services de communications électroniques au sens des dispositions du code des postes et des communications électroniques (CPCE). La société est détenue à 100 % par le Groupe Iliad. Free dessert plus de 6,4 millions d'abonnés fixes. Selon Free, sa part de marché sur le marché résidentiel est *« de l'ordre de 25 % ».* Free revendique ainsi *« plus de 1,7 million d'abonnés fibre et est premier opérateur en termes d'acquisition FttH nette depuis trois trimestres »*[6].

Le Groupe Iliad a finalisé début 2020 un partenariat avec le fond InfraVia en lui cédant 51 % de sa filiale d'Investissements dans la Fibre des Territoires (IFT)[7]. IFT assure l'acquisition et l'exploitation des tranches de cofinancement FttH dans certaines zones moyennement denses et peu denses. Free reste titulaire de certains contrats et des cofinancements attachés, dont le Contrat avec SFR FTTH en zone AMII.

SFR FTTH est une société constituée le 18 décembre 2018 par le groupe Altice qui détient la majorité de son capital, *« le solde étant réparti entre les fonds d'infrastructures du groupe français AXA, du groupe allemand Allianz et du fonds canadien OMERS »*[8].

SFR FTTH a repris l'activité, auparavant exercée par SFR, d'opérateur d'infrastructure (OI) sur les réseaux FttH des zones moins denses d'initiative privée et publique. Ainsi, il exploite en zone SFMD[9] 2,23 millions de lignes au total, dont 430 000 lignes des communes AMEL[10] et le reste en zone AMII.

Un contrat d'accès[11] applicable aux déploiements en zone AMII de SFR a été conclu le 26 janvier 2018 entre Free et SFR. Ce contrat d'accès a été transféré à SFR FTTH par SFR dans le cadre l'apport de sa branche complète d'activité FttH ZMD le 1er mars 2019.

Le 8 janvier 2020, SFR FTTH a adressé à Free un nouveau projet de ce contrat à Free sous l'intitulé « Contrat d'accès aux Lignes FTTH de SFR FTTH en dehors des Zones Très Denses V2.0 » (ci-après « le Contrat »). C'est le Contrat objet du présent règlement de différend.

1.2 La zone couverte par l'offre d'accès aux lignes FttH de SFR FTTH faisant l'objet du présent différend

À titre liminaire, il doit être relevé que la demande de règlement de différend de la société Free porte sur l'accès aux lignes de la zone SFMD et que les demandes tarifaires (2, 3.a et 3.b) portent exclusivement sur la partie de la zone AMII comprise au sein de la zone SFMD.

Plus précisément, les demandes tarifaires 2, 3.a et 3.b sont formulées pour la zone issue des déploiements historiques de SFR en zone AMII qui exclut ainsi :

- les communes des zones très denses ;

---

[6] Saisine de Free, page 5

[7] Le communiqué de presse est disponible ici : https://www.iliad.fr/presse/2019/CP_030919_Fibre.pdf

[8] Premières observations en défense de SFR FTTH, page 13.

[9] La zone SFMD est la zone de déploiement en zones moins denses d'initiative privée de SFR FTTH à laquelle il faut retrancher les communes dont le déploiement a été transféré d'Orange à SFR dans le cadre de l'accord de repartage conclu entre Orange et SFR en 2018 (zone SFOR).

[10] Observations en défense de SFR FTTH, page 14

[11] Contrat d'accès aux Lignes FTTH de SFR en dehors des Zones Très Denses V2.1

- la partie de la zone AMII « SFR » dont le déploiement a été transféré d'Orange à SFR dans le cadre de l'accord de repartage conclu entre Orange et SFR en 2018 et dont l'accès aux lignes déployées dans ce périmètre est régi par un contrat d'accès spécifique de SFR FTTH (cette zone est dite « SFOR ») ;
- les zones au sein desquelles SFR s'est engagé, dans le cadre des appels à manifestations d'engagements locaux (AMEL) ;
- les réseaux d'initiative publique exploités par des filiales de SFR FTTH.

Le zonage du territoire s'est réalisé progressivement par l'action cumulée des pouvoirs publics et de l'initiative des opérateurs.

Les principaux opérateurs nationaux, à partir de 2006, ont fait le choix de la réalisation d'une infrastructure de boucle locale nouvelle en fibre optique jusqu'à l'abonné (*Fibre to the Home* – FttH), afin de répondre à la croissance constante des besoins en matière de débit fixe.

En 2008, le législateur a posé le principe de mutualisation de la partie terminale des réseaux FttH et confié à l'Arcep le soin d'en préciser les modalités. L'Arcep a ainsi précisé la possibilité d'accès sous forme passive à ces réseaux au niveau d'un point de mutualisation (PM), en imposant notamment à l'opérateur d'infrastructure de proposer des conditions d'accès raisonnables avec *« plusieurs niveaux d'engagement et d'investissement* […] *permettant de monter dans l'échelle des investissements »* [12].

Comme l'Autorité l'a rappelé dans son avis n° 2017-1293[13] en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires :

- Dans le cadre du programme national « très haut débit », le Gouvernement a lancé le 4 août 2010 un appel à manifestations d'intentions d'investissement (« AMII »), en vue de recueillir les intentions des opérateurs en matière de déploiements de réseaux à très haut débit, à horizon de 5 ans en dehors des zones très denses, qui comptaient alors 148 communes.
- Le 27 avril 2011, le Gouvernement a rendu public les résultats de l'AMII. Il indiquait que « *6 opérateurs – France Télécom, SFR, Iliad, Covage, Alsatis et une société de projet à créer Ezyla – ont manifesté leur intention d'engager, d'ici 5 ans, les déploiements sur plus de 3 400 communes regroupant, avec les 148 communes qui constituent les zones très denses, près de 57 % des ménages.* »
- Le 15 novembre 2011, Orange et SFR ont annoncé un accord pour le déploiement de la fibre optique au-delà des zones très denses. En effet, selon les termes du communiqué de presse, parmi *« les 11 millions de logements qui seront couverts par France Télécom-Orange et SFR en dehors des zones très denses, 9,8 millions correspondent à des agglomérations pour lesquelles les projets de déploiement des deux opérateurs se recoupaient. Au terme de cet accord, sur ces 9,8 millions de logements, SFR en réalisera 2,3 millions et France Télécom-Orange 7,5 millions. »* Les deux opérateurs soulignaient que *« L'engagement pris par chacun des signataires est de couvrir chaque commune dans les 5 ans qui suivent l'initialisation des déploiements »*.

En 2018, les intentions de déploiement d'Orange et SFR ont fait, en application de l'article L. 33-13 du CPCE, l'objet d'engagements juridiquement opposables de la part de ces deux opérateurs devant le

[12] Décision n° 2010-1312, page 32

[13] https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/17-1293.pdf

Gouvernement[14], acceptés après avis de l'Arcep.[15] À cette occasion, le périmètre des engagements de déploiement a évolué par un transfert à SFR d'un périmètre géographique, composé de 236 « codes communes » devant initialement être déployées par Orange.[16]

Le Gouvernement a également invité les collectivités territoriales à saisir et sécuriser, dans le cadre d'appels à manifestations d'engagements locaux (AMEL), de nouvelles opportunités d'investissements privés, afin d'accélérer la couverture numérique de leur territoire.

SFR s'est ainsi engagé, dans ce cadre, à déployer un réseau FttH sur de nouvelles communes, au sein des départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes, des Bouches-du-Rhône, de l'Eure-et-Loir et de la Nièvre[17]. Ces intentions de déploiement ont fait, en application de l'article L. 33-13 du CPCE, l'objet d'engagements juridiquement opposables de la part de SFR devant le Gouvernement, acceptés après avis de l'Arcep.

Depuis la constitution de SFR FTTH fin 2018, les lignes de ces zones sont déployées et exploitées par SFR FTTH, quand bien même les engagements souscrits en application de l'article L. 33-13 du CPCE restent portés par SFR.

2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes

2.1 Sur la compétence de l'Autorité

Sur le fondement des dispositions du I de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend *« 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 (…). Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés »*.

De plus, selon l'article L. 34-8-3 du CPCE :

---

[14] Arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d'engagements de la société Orange au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (https://www.arcep.fr/fileadmin/cru-1539874638/reprise/textes/arretes/2018/arr-26_juillet_2018_L-33-13-Orange.pdf) et Arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation d'engagements pris par la société SFR au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (https://www.arcep.fr/fileadmin/cru-1539874638/reprise/textes/arretes/2018/arr_26_juillet_2018_L-33-13-SFR.pdf)

[15] Avis n° 2018-0364 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements d'Orange au titre de l'article L. 33-13 (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/18-0364.pdf) et Avis n° 2018-0365 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR au titre de l'article L. 33-13 (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/18-0365.pdf)

[16] Avis n° 2018-0365 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR au titre de l'article L. 33-13, page 4

[17] Arrêté du 20 mai 2019 portant acceptation d'engagements pris par la société SFR sur les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques ; Arrêté du 10 octobre 2019 portant acceptation d'engagements pris par la société SFR sur le département d'Eure-et-Loir au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques ; Arrêté du 19 décembre 2019 portant acceptation d'engagements pris par SFR sur le département de la Nièvre au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

« […] *L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point situé, sauf dans les cas définis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, hors des limites de propriété privée et permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. […]*

Il fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'accès. Elle est communiquée à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes à sa demande.

Les différends relatifs à la conclusion ou à l'exécution de la convention prévue au présent article sont soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes conformément à l'article L. 36-8 ».

Le II de l'article L. 36-8 du même code précise que : « *En cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs prévues par le présent titre, (…) notamment ceux portant sur : (…) 2° bis la conclusion ou l'exécution (…) de la convention d'accès prévue à l'article L. 34-8-3.* »

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'Autorité est compétente pour connaitre d'un différend, en cas d'échec des négociations, portant sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'accès prévue à l'article L. 34-8-3 du CPCE.

En l'espèce, Free demande que soient modifiées les conditions d'exécution de l'offre d'accès aux lignes FttH en dehors des zones très denses de SFR FTTH pour la « zone SFMD ». Un différend portant sur l'exécution d'un tel contrat conclu en application de l'article L. 34-8-3 du CPCE entre donc, selon lui, dans le champ de compétence de l'Autorité.

SFR FTTH soutient pour sa part que les trois sous-demandes relatives à la robustesse des droits d'usage en cas de transfert du réseau ou d'évolutions capitalistiques (demande 1a, b et c) sont irrecevables, en ce qu'elles ne portent pas sur l'évolution des conditions techniques ou tarifaires de l'accès aux lignes FttH de SFR FTTH définies dans le Contrat.

SFR FTTH ne conteste en revanche pas la compétence de l'Autorité sur les demandes relatives à l'évolution et au niveau des tarifs (demande 2, 3.a et 3.b) lesquelles portent sur les modalités financières d'un contrat d'accès conclu en application de l'article L. 34-8-3 du CPCE et dont il appartient en conséquence à l'Autorité de connaitre.

Sont ainsi examinées ci-après les demandes pour lesquelles la compétence de l'Autorité est contestée par SFR FTTH.

2.1.1 Compétence de l'Autorité pour se prononcer sur les demandes relatives au maintien des droits d'usage en cas de transfert du réseau et au versement d'une indemnité compensatrice dans le cas où SFR FTTH n'assurerait pas la continuité des droits d'usage

La première sous-demande de Free (demande 1.a) porte sur la transmission d'un projet de contrat modifié par lequel ses droits d'usage et les conditions essentielles d'accès associées à ces droits lui sont garantis par SFR FTTH sur l'ensemble de la durée de ces droits, y compris en cas de transfert de son réseau à un tiers.

La deuxième sous-demande (demande 1.b) de Free porte sur la transmission d'un projet de contrat modifié qui ajoute une clause d'indemnisation qui serait calculée sur le coût du passage en location et versée à Free dans l'hypothèse où SFR FTTH ne parviendrait pas à assurer la continuité des droits de long terme ainsi que les conditions essentielles d'accès associées.

Free fait notamment valoir que la demande d'indemnisation de l'éventuelle perte de droits est le corollaire de sa demande 1.a et poursuit la même finalité *« d'obtenir, en contrepartie des conditions financières, des droits d'usage pérennes »*. Free considère que sa demande consiste en un *« versement à effectuer par SFR FTTH en cas de rupture anticipée de la continuité des droits d'usage »* ce qui s'apparente à une pénalité contractuelle pour laquelle l'Autorité s'est déjà reconnue compétente à l'occasion d'une précédente décision de règlement de différend[18].

Quant à SFR FTTH, il soutient[19] que la demande de Free qui ne porte ni directement, ni indirectement sur la durée des droits d'usage, mais vise *« à garantir ces droits « en toute hypothèse », c'est-à-dire y compris dans le cas où SFR FTTH cèderait tout ou partie du réseau FTTH cofinancé à un tiers »,* va au-delà des modalités d'accès au réseau et que l'Arcep, par conséquent, ne serait pas compétente pour connaître de cette demande.

SFR FTTH soutient également que la demande de Free qui vise à définir un régime d'indemnisation du préjudice en cas de rupture anticipée des droits d'usage sur les lignes FTTH cofinancées et à déterminer par anticipation les modalités de calcul de cette indemnisation, ne relève pas de la compétence de l'Arcep en règlement de différend mais uniquement de celle du juge judiciaire[20].

Sur ce dernier point, SFR FTTH estime que la demande de Free ne s'inscrit pas dans le cadre d'un mécanisme de pénalité contractuelle mais vise bien à ce que l'Autorité fixe un régime d'indemnisation destiné à *« compenser les conséquences du défaut d'exécution pour le créancier de l'obligation non respectée »*[21].

Aux termes des articles L. 36-8 et L. 34-8-3 du CPCE, l'Autorité est compétente pour régler les différends nés des conventions d'accès au réseau FttH devant permettre l'accès au réseau, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, et à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. Dès lors qu'une clause litigieuse a un lien, même indirect, avec les conditions d'exécution de la prestation d'accès, l'Autorité est compétente pour se prononcer[22].

Pour rappel, dans son avis n° 10-A-18 du 27 septembre 2010 portant sur les zones moins denses, l'Autorité de la concurrence soulignait que *« Le co-investissement, comme la mise à disposition de droits d'usage pérennes, permet à la fois de **favoriser l'investissement** et d'apporter **des garanties aux opérateurs quant à leurs conditions d'accès au réseau** »*. Les motifs de la décision n° 2010-1312 indiquent en outre que : « *En dehors des zones très denses, il apparaît nécessaire que l'opérateur d'immeuble **propose aux opérateurs tiers des modalités d'accès garantissant un accès pérenne** dans des conditions non discriminatoires et permettant de monter dans l'échelle des investissements* » (soulignement ajouté).

L'Arcep a précisé à cet égard dans sa décision n° 2018-0569 RDPI[23] que *« **la prévisibilité à long terme est un facteur essentiel pour garantir un accès pérenne** aux cofinanceurs du réseau, d'autant que cette infrastructure a vocation à devenir l'infrastructure de référence de la boucle locale fixe. »*

---

[18] Décision n° 2010-1232 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom

[19] Observations en défense de SFR FTTH, page 30

[20] Observations en défense de SFR FTTH, Page 28

[21] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 14

[22] Décision n° 2010-1232 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom

[23] https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/18-0569-RDPI.pdf

Dans cette même décision, l'Arcep concluait que **la clause relative à la durée des droits est directement liée aux modalités d'accès au réseau** dont elle constitue un élément structurant en particulier dans le cadre d'un contrat de cofinancement sur le réseau FttH.

Confirmant cette décision, la Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt en date du 26 septembre 2019, a jugé que : *« 75. Si la durée contractuelle du droit d'accès n'en constitue pas, elle-même, l'une des conditions d'ordre technique et financier, elle leur est directement liée puisque, ainsi que l'observe la société Free, elle est la contrepartie du prix payé par l'opérateur bénéficiaire de cet accès, pour le financement de la prestation qui lui est fournie. / 76. Dès lors, l'ARCEP était fondée, sans excéder les limites de sa compétence, à vérifier le caractère équitable de la clause du contrat litigieux relative à cette durée et, à la suite de cet examen, à en ordonner les modifications nécessaires au rétablissement de l'équité, au respect de laquelle l'article L. 36-8 du CPCE la charge de veiller »*[24].

L'Autorité a également considéré, dans sa décision n° 2010-1232 en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, que : *« la fourniture de certaines informations essentielles, le délai dans lequel le service est assuré ou rétabli, ainsi que les* ***clauses relatives à la résiliation de la convention d'accès sont des éléments nécessaires et indissociablement liés à la prestation d'accès, objet du contrat*** ».

En l'espèce, les demandes de Free portent sur l'insertion dans le Contrat de clauses relatives à la pérennité des droits d'usage pour toute la durée pour laquelle ces derniers lui ont été consentis, en cas de transfert par SFR FTTH de tout ou partie du réseau. Elles visent à encadrer les conditions dans lesquelles SFR FttH, opérateur d'infrastructure, peut venir modifier ou remettre en cause la durée des droits d'usage de Free, opérateur cofinanceur, ainsi qu'à organiser les conséquences financières de la perte anticipée des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées aux lignes cofinancées.

De telles clauses, dont dépend l'effectivité des clauses relatives à la durée des droits, sont indissociablement liées aux modalités d'accès aux lignes déployées du réseau FTTH visées à l'article L. 34-8-3 du CPCE, objet du contrat.

En effet, à l'instar de la durée des droits d'usage, la pérennité des droits d'usage en cas de transfert de tout ou partie du réseau ainsi que l'indemnité versée en contrepartie de la perte anticipée des droits d'usage visent à apporter à l'opérateur cofinanceur des garanties quant aux conditions d'accès au réseau déployé en contrepartie de son cofinancement, pour lui permettre de rentabiliser son investissement.

La circonstance que l'Autorité ne soit pas compétente pour connaître des clauses relatives à la responsabilité des parties lorsque ces clauses visent à la réparation de dommages indépendants de la prestation d'accès[25] ne fait pas obstacle à sa compétence pour connaître des clauses organisant les conséquences financières de la perte anticipée, par l'opérateur cofinanceur, des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées aux lignes cofinancées, lesquelles apparaissent comme le corollaire des clauses organisant le maintien des droits d'usage et sont directement liées à la prestation d'accès.

Ainsi, dès lors que l'Autorité est compétente pour connaître des demandes relatives à la pérennité des droits d'usage consentis à l'opérateur cofinanceur par l'opérateur d'infrastructure en contrepartie du

[24] Arrêt du 26 septembre 2019 de la Cour d'Appel de Paris se prononçant sur le recours de la société Orange contre la décision de l'Arcep n° 2018-0569 RDPI du 17 mai 2018 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société Orange

[25] Décision n° 2010-1232 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom

cofinancement[26], elle est également compétente pour connaitre des demandes relatives au maintien de ces droits pour toute la durée pour laquelle ces derniers ont été consentis, y compris en cas de transfert de tout ou partie du réseau à un tiers, ainsi que pour le corollaire de ce maintien, à savoir les conséquences financières de la perte des droits d'usage, qui portent sur des éléments nécessaires, directement liés à la prestation d'accès, dont il appartient à l'Autorité de connaitre.

Par conséquent, l'Autorité est compétente pour se prononcer :

- sur la demande 1.a de Free tendant à ce que lui soit garanti, en contrepartie de son cofinancement des lignes FttH de SFR FTTH, la durée des droits d'usages et conditions essentielles d'accès associées prévue au Contrat, en cas de cession, transfert, apport ou tout autre mécanisme, de tout ou partie du réseau cofinancé de SFR FTTH à une société tierce ou un tiers ;
- sur la demande 1.b de Free de bénéficier, en contrepartie de son cofinancement des lignes FttH de SFR FTTH, d'un droit à être indemnisé en cas de perte anticipée des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées.

2.1.2 Compétence de l'Autorité pour se prononcer sur la demande relative au maintien des droits d'usage en cas de changement de contrôle ou d'évolutions capitalistiques d'un des deux cocontractants

La troisième sous-demande de Free (demande 1.c) porte sur la transmission d'un projet de contrat modifié qui supprime les clauses du Contrat, ouvrant à SFR FTTH un pouvoir de résiliation ou de modification des clauses essentielles du Contrat en cas d'évolutions capitalistiques ou de changement de contrôle d'un des deux cocontractants.

SFR FTTH fait valoir que les stipulations de l'article 26 du Contrat, qui a pour objet les garanties financières que doit fournir l'opérateur cofinanceur en cas de changement de contrôle ou d'évolutions capitalistiques, sont dépourvues de tout lien avec les conditions techniques et financières de l'accès, de sorte que l'ARCEP n'est pas compétente pour en connaître. Il soutient également que cette clause prévoit que l'opérateur cofinanceur peut faire obstacle à la mise en œuvre de sa faculté de résiliation par SFR FTTH en apportant une garantie financière suffisante et par conséquent ne relève pas des clauses relatives à la résiliation de la convention d'accès pour laquelle l'Autorité a retenu sa compétence[27].

L'Autorité dans sa décision n° 2010-1232 en date du 16 novembre 2010 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Bouygues Telecom et France Télécom, a considéré que : *« la fourniture de certaines informations essentielles, le délai dans lequel le service est assuré ou rétabli, ainsi que les* ***clauses relatives à la résiliation de la convention d'accès sont des éléments nécessaires et indissociablement liés à la prestation d'accès, objet du contrat*** ».

Par ailleurs, les motifs de la décision n°2010-1312 indiquent que : « *En dehors des zones très denses, il apparaît nécessaire que l'opérateur d'immeuble* ***propose aux opérateurs tiers des modalités d'accès garantissant un accès pérenne*** *dans des conditions non discriminatoires et permettant de monter dans l'échelle des investissements* ».

L'Autorité estime que les clauses qui confèrent un pouvoir de résiliation ou de modification des clauses essentielles du Contrat relatives à l'accès en cas de changement de contrôle ou d'évolutions capitalistiques de l'opérateur cofinanceur visent à encadrer les conditions de l'accès de ce dernier au

[26] Arrêt du 26 septembre 2019 de la Cour d'Appel de Paris se prononçant sur le recours de la société Orange contre la décision de l'Arcep n°2018-0569 RDPI du 17 mai 2018 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société Orange

[27] Observations en défense de SFR FTTH, page 31 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 16

réseau FTTH déployé par SFR FTTH, et sont donc des éléments indissociablement liés à la prestation d'accès au réseau FttH.

En particulier, la clause autorisant la résiliation du Contrat en cas de changement de contrôle du cocontractant est directement liée aux conditions relatives à la prestation d'accès et ce, indépendamment des modalités selon lesquelles ce pouvoir de résiliation est encadré. Ce faisant la circonstance, invoquée par la société SFR FTTH, qu'elle ne puisse mettre en œuvre son pouvoir de résiliation dès lors que l'opérateur cofinanceur apporte la garantie de solvabilité attendue est sans incidence sur la compétence de l'Arcep pour connaître de cette clause.

Par conséquent, l'Autorité est compétente pour se prononcer sur la demande de Free tendant à la suppression des clauses du contrat, et en particulier à la suppression de la partie *« changement de contrôle de l'opérateur »* de la clause 26, ouvrant à SFR FTTH un pouvoir de résiliation ou de modification des clauses essentielles du Contrat relatives à l'accès en cas de changement de contrôle d'un des deux cocontractants.

2.2 Sur la recevabilité des demandes formulées par Free

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie, et ce, au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine.

SFR FTTH soutient pour l'ensemble des demandes que la condition tenant à l'échec des négociations n'est pas remplie dès lors que Free aurait interrompu les négociations en saisissant l'Autorité de manière « *brutale et prématurée »*[28] le 22 juillet 2020 alors que SFR FTTH lui avait annoncé l'envoi d'un projet de contrat modifié pour le 23 juillet 2020.

Free fait valoir qu'à suivre le raisonnement de SFR FTTH *« toute promesse réitérée suffirait à ce que l'existence d'un différend ne soit jamais constaté »*. Il relève que le différend était formalisé[29] depuis le courrier de SFR FTTH en date du 30 juin 2020[30] qui établit que les modifications envisagées pour le nouveau projet de contrat ne répondaient pas à ses demandes. Enfin, il fait valoir qu'en tout état de cause, le projet de contrat ne lui a jamais été communiqué *« malgré* [ses] *mises en demeure et invitations successives »*[31].

2.2.1 Sur la recevabilité de la demande relative au maintien des droits d'usage en cas de transfert de tout ou partie du réseau à un tiers

Sur la demande relative au maintien des droits en cas de transfert du réseau à un tiers, SFR FTTH estime qu'en plus de la rupture brutale des négociations faisant déjà obstacle à la recevabilité de la demande 1.a, le différend n'a pu être formalisé faute pour cette demande d'être suffisamment précise et motivée[32].

---

[28] Premières observations en défense de SFR FTTH, page 37 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 19

[29] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 3

[30] Pièce n° 6 de la saisine de Free

[31] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 3

[32] Premières observations en défense de SFR FTTH, page 38 ; Deuxièmes observations en défense de la société SFR FTTH page 21 ;

Free fait valoir que SFR FTTH a parfaitement compris la motivation de la demande 1.a qui vise à « *assurer la garantie et solidité des droits d'usage dans le temps* »[33] et sa portée qui vise à garantir la robustesse des droits dans toutes les hypothèses permettant à SFR FTTH de se dessaisir de la propriété du réseau.

L'Autorité relève que par courrier en date du 16 mars 2020[34], la société Free, après avoir fait valoir que « *La contrepartie [du] cofinancement est l'obtention de droit d'usage de très long terme sur le réseau* », a notamment demandé à la société SFR FTTH de lui transmettre, sous quinze jours, un projet de contrat modifié répondant à sa demande de lui garantir des *« droits d'usage de long terme »* et « *les conditions essentielles d'accès associées à ces droits »*, *« sur l'ensemble de leur durée contractuelle, et à minima sur 40 ans, ce y compris dans le cas où SFR FTTH transfèrerait, que ce soit par cession, transfert, apport ou tout autre mécanisme, tout ou partie du réseau cofinancé à une société tierce »*.

Par courrier en date 3 juin 2020[35], Free a indiqué à SFR FTTH que son courrier en date du 16 mars 2020 « *est resté sans réponse* » et a réitéré sa demande. Il a par ailleurs réclamé que le projet de Contrat modifié pour tenir compte de sa demande **« *lui soit adressé sous 15 jours* ».**

Par courrier en date du 30 juin 2020[36], en réponse aux courriers des 16 mars et 3 juin 2020, SFR FTTH a indiqué que les points soulevés par Free : « *ont déjà fait l'objet de* ***nombreux échanges*** *»,* lors de précédentes réunions *« qui se sont déroulées de février 2019 à mai 2020 »* et, concernant plus particulièrement la demande de Free tendant à ce que ses droits lui soient garantis en cas de transfert du réseau à un tiers, SFR a indiqué qu'il était prêt « ***à revoir cette clause pour la rendre plus engageante vis-à-vis de Free en s'engageant contractuellement sur le respect et le maintien de ces droits par le cessionnaire afin que celui-ci apporte à l'opérateur des garanties équivalentes, en toutes hypothèses, à celles apportées au Contrat »*.** Dans ce même courrier, SFR FTTH a indiqué *« être disposé à proposer une évolution du contrat »* et qu'*« un nouveau projet de contrat* ***sera donc adressé*** **[à Free]** ***dans les prochains jours*** *»*.

Par un courrier en date du 7 juillet 2020[37], la société Free, tout en réitérant ses demandes, a indiqué que la réponse de SFR FTTH n'était : « *accompagné d'aucune proposition concrète »* et que le courrier « *non engageant »* de SFR FTTH constituait une « *mesure dilatoire visant à différer l'envoi d'un projet de contrat »* répondant à ses demandes.

Enfin, dans ce même courrier Free a mis en demeure SFR FTTTH de lui adresser le projet de contrat modifié : « *Dans l'hypothèse où vous souhaiteriez effectivement nous envoyer un projet de contrat, nous vous demandons de* ***nous l'envoyer au plus tard le 13 juillet 2020*** *»*.

Par un courriel en date du 16 juillet 2020[38] adressé à Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, a accusé réception du courrier de Free en date du 7 juillet reçu le jour même et a indiqué que SFR FTTH entendait *« proposer une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet »*. Il a par ailleurs sollicité, *« une réunion intermédiaire (conf call) en tout début de semaine »*.

Par un courriel[39] en date du 21 juillet 2020 adressé à Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, a indiqué que : « *Nous souhaitons disposer d'un*

---

[33] Mémoire en réplique de Free, page 12

[34] Pièce n°4 de la saisine de Free

[35] Pièce n° 5 de la saisine de Free

[36] Pièce n° 6 de la saisine de Free

[37] Pièce n° 7 de la saisine de Free

[38] Pièce n °2 des observations en défense de SFR FTTH

[39] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs page 4

projet de Contrat modifié, conforme à nos demandes formalisées par courrier du 16 mars, et nous ne l'avons toujours pas. […] *Si jamais vous avez désormais l'intention de nous envoyer, effectivement, un tel projet de Contrat modifié conforme à nos demandes, n'hésitez pas ».*

Le 22 juillet 2020, estimant que SFR FTTH n'avait pas répondu à ses demandes et que l'échec des négociations était constitué, Free a saisi l'Autorité en règlement de différend.

Il ressort de l'ensemble des échanges susmentionnés que la demande de Free a fait l'objet de discussions, comme l'indique SFR FTTH, depuis le mois de février 2019[40] et que plus de quatre mois se sont écoulés entre le courrier du 16 mars 2020 par lequel Free a formalisé ses demandes et la saisine de l'Autorité. L'Autorité estime que, le motif tiré de la crise sanitaire invoqué par SFR FTTH ne saurait justifier que la première réponse de SFR FTTH aux demandes de Free formulées le 16 mars soit intervenue le 30 juin, compte tenu de la poursuite de ses activités d'opérateur pendant cette période. Il ressort en outre des échanges rappelés ci-avant, qu'en dépit des relances de Free qui a, par trois fois[41], fixé une échéance à SFR FTTH afin que lui soit adressé un projet de contrat modifié et alors même que SFR FTTH a annoncé, dans son courrier en date 30 juin, un nouveau projet de contrat dans « *les prochains jours »*, et dans son courriel en date du 16 juillet, *« une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet »*, aucun projet ou proposition concrète n'a été communiqué par SFR FTTH à Free ni au jour de la saisine de l'Autorité en date du 22 juillet 2020 ni ultérieurement.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, SFR FTTH ne peut sérieusement soutenir[42] que la circonstance que Free ait saisi l'Autorité en règlement de différend alors que SFR FTTH lui avait annoncé, pour la deuxième fois, la communication d'une nouvelle version de l'offre, cette fois-ci au 23 juillet, ferait obstacle au constat de l'échec des négociations. En effet, l'annonce de l'envoi d'un hypothétique projet de Contrat par SFR FTTH ne saurait, dans les circonstances de l'espèce, empêcher Free de saisir l'Autorité sur le fondement de l'article L. 36-8 du CPCE.

SFR FTTH n'est pas davantage fondé à opposer l'absence de formalisation du différend au motif que la demande ne serait pas précise et motivée[43] alors que, d'une part, Free a motivé sa demande par les droits d'usage à long terme dont il estime devoir bénéficier en contrepartie du cofinancement et que, d'autre part, les réponses de SFR FTTH, et notamment le courrier du 30 juin 2020 précité, traduisent au contraire la parfaite compréhension de la demande de Free par SFR FTTH qui proposait d'ailleurs d'adresser *« une nouvelle mouture du Contrat allant dans le sens de ses Demandes »*[44].

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 1.a est avéré.

---

[40] Pièce n° 6 de la saisine de Free

[41] Courrier des 16 mars, 30 juin et 7 juillet (pièces n° 4, 5 et 7 de la saisine de Free)

[42] Observations en défense de SFR FTTH, page 34 ; Réponse de SFR FTTH au premier questionnaire des rapporteurs page 4 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH page 19

[43] Observations en défense de SFR FTTH page 37 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH page 21

[44] Observations en défense de SFR FTTH, page 5

2.2.2 Sur la recevabilité de la demande relative au versement d'une indemnité compensatrice dans le cas où SFR FTTH n'assurerait pas la continuité des droits d'usage

SFR FTTH estime qu'en plus de la rupture brutale des négociations faisant déjà obstacle à la recevabilité de la demande 1.b, le différend n'a pu être formalisé faute pour cette demande d'être suffisamment précise et motivée.[45]

Free fait valoir que SFR FTTH a parfaitement saisi la motivation de la demande 1.b qui vise à *« assurer la garantie et solidité des droits d'usage dans le temps »*[46] .

L'Autorité relève que par courrier en date du 16 mars 2020[47], la société Free a notamment demandé à la société SFR FTTH de lui transmettre sous quinze jours un projet de contrat modifié répondant à sa demande de prévoir au contrat : « *une indemnité compensatrice* […] *au profit de Free », « dans l'hypothèse où SFR FTTH ne parviendrait pas à assurer la continuité de* [ses] *droits et conditions essentielles d'accès associés »,* précisant que : *« Cette indemnité devrait être fondée sur le coût que représenterait pour Free la compensation de cette perte anticipée de droits »*.

Par courrier en date 3 juin 2020[48], Free a indiqué que son courrier en date du 16 mars 2020 *« est resté sans réponse »* et a réitéré sa demande. Il a également demandé que le projet modifié *« lui soit adressé sous 15 jours »*.

Par un courrier en date du 30 juin 2020[49] adressé à Free, en réponse aux courriers des 16 mars et 3 juin 2020, SFR FTTH a indiqué qu'il : « *n'entend pas fixer d'indemnité compensatrice en cas de manquement de la part du cessionnaire »*.

Par un courrier en date du 7 juillet 2020[50], la société Free a réitéré sa demande, faisant valoir que : *« cette indemnité contractuelle est essentiel à l'effectivité du dispositif contractuel visant à sécuriser nos droits. Il est en effet légitime que nous soyons indemnisés de la perte des droits acquis dont l'origine est indépendante de la volonté ou de tout manquement de notre part, à hauteur du préjudice subi »*. La société Free a également fixé dans ce courrier à SFR FTTH une échéance pour lui adresser le projet de contrat modifié : *« Dans l'hypothèse où vous souhaiteriez effectivement nous envoyer un projet de contrat, nous vous demandons de nous l'envoyer au plus tard le 13 juillet 2020 ».*

Par un courriel en date du 16 juillet 2020[51] adressé à Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, a accusé réception du courrier de Free en date du 7 juillet et a indiqué que SFR FTTH entendait *« proposer une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet »*. Il a par ailleurs sollicité, « *une réunion intermédiaire (conf call) en tout début de semaine »*.

Il ressort de l'ensemble des échanges susmentionnés et notamment du courrier en date du 30 juin 2020 que SFR FTTH a explicitement refusé de faire droit à la demande de Free d'obtenir la mise en place d'une indemnité compensatrice en cas de perte de ses droits et n'a pas fait évoluer sa position dans le cadre des échanges ultérieurs.

En conséquence, SFR FTTH n'est pas fondé à soutenir que la circonstance que Free ait saisi l'Arcep le 22 juillet alors qu'un projet de contrat modifié devait lui être adressé par SFR FTTH le 23 juillet, ferait obstacle au constat de l'échec des négociations, alors qu'il ressort des échanges que SFR FTTH a refusé

---

[45] Observations en défense de SFR FTTH, page 38 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH page 21 ;

[46] Mémoire en réplique de Free, page 12

[47] Pièce n°4 de la saisine de Free

[48] Pièce n°5 de la saisine de Free

[49] Pièce n°6 de la saisine de Free

[50] Pièce n°7 de la saisine de Free

[51] Pièce n°2 des observations en défense de SFR FTTH

de faire droit à cette demande 1.b et que l'envoi d'un hypothétique projet de Contrat ne saurait empêcher Free de saisir l'Autorité.

Par ailleurs, l'Autorité constate que Free a formalisé sa demande dans des termes suffisamment précis et motivés ce que SFR FTTH ne saurait d'ailleurs sérieusement contester alors qu'il s'est prononcé sur celle-ci en la refusant par son courrier en date du 30 juin 2020, confirmant ainsi qu'il en a pleinement saisi la portée.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 1.b est avéré.

2.2.3 Sur la recevabilité de la demande relative à la suppression du pouvoir de résiliation de SFR FTTH en cas d'évolution capitalistique ou de changement de contrôle

SFR FTTH estime qu'en plus de la rupture brutale des négociations faisant déjà obstacle à la recevabilité de la demande 1.c, elle est de surcroit irrecevable car elle a *« a évolué de manière substantielle entre le 16 mars 2020, date du premier courrier adressé par Free à SFR FTTH, et la Saisine »*[52] et qu'elle n'est pas suffisamment justifiée.

Free fait valoir qu'il a restreint sa demande en ne saisissant l'Autorité que de la partie *« changement de contrôle »* de l'article 26 du Contrat et qu'il était clair que « *SFR FTTH refusait de supprimer toute restrictions contractuelles au changement de contrôle de l'opérateur cofinanceur* »[53].

L'Autorité relève que par courrier en date du 16 mars 2020[54], la société Free a notamment demandé à la société SFR FTTH de lui transmettre sous quinze jours un projet de Contrat modifié répondant à sa demande de *« suppression pure, simple et complète de* [la] *clause d'intuitu personae »* qui « *met entre les mains de SFR FTTH un droit de vie et de mort sur le contrat en cas de modification de la situation capitalistique ou de changement de contrôle de son cocontractant »* et indique que *« (…) cette clause artificielle, que SFR FTTH n'aurait jamais acceptée de manière symétrique, vise à restreindre artificiellement les capacités financières du groupe Iliad »*.

Par courrier en date 3 juin 2020[55], Free a indiqué que son courrier en date du 16 mars 2020 « *est resté sans réponse »* et a réitéré sa demande. Il a par ailleurs réclamé que le projet modifié « *lui soit adressé sous 15 jours »*.

Par un courrier en date du 30 juin 2020[56], en réponse aux courriers des 16 mars et 3 juin 2020, la société SFR FTTH a indiqué que : *« Vous sollicitez ensuite la suppression pure et simple de l'article 26 du contrat relatif à la clause d'intuitu personae. A ce titre, nous vous précisions que SFR FTTH n'entend pas supprimer cette clause. Néanmoins, nous comprenons que vous ne souhaitez pas obtenir un quelconque accord préalable de la part de SFR FTTH pour un changement de contrôle du titulaire du contrat, notamment en vue des rotations logiques de vos partenaires financiers. A ce titre, nous vous confirmons être disposés à en modifier la rédaction s'agissant des modalités de cession du contrat, afin que celle-ci soit automatique, dès lors que le repreneur apporterait un niveau de garanties suffisantes sur lesquelles nous devons nous accorder »*.

---

[52] Observations en défense de SFR FTTH, page 39 ;

[53] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 4

[54] Pièce n°4 de la saisine de Free

[55] Pièce n°5 de la saisine de Free

[56] Pièce n°6 de la saisine de Free

Par un courrier en date du 7 juillet 2020[57], la société Free réitère sa demande : *« (…)* ***Nous vous demandons la suppression pure, simple et complète de cette sous-partie « Changement de contrôle de l'opérateur » de l'article 26 du Contrat*** *»*. La société Free fait également valoir dans ce courrier que la réponse de SFR FTTH : « *n'est accompagné d'aucune proposition concrète* » et fixe une échéance à SFR FTTH pour lui adresser un nouveau projet de Contrat : *« Dans l'hypothèse où vous souhaiteriez effectivement nous envoyer un projet de contrat, nous vous demandons de* ***nous l'envoyer au plus tard le 13 juillet 2020*** *»*. [gras ajouté]

Par un courriel en date du 16 juillet 2020[58] adressé à Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, a accusé réception du courrier de Free en date du 7 juillet et a indiqué « *proposer une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet* ». Il a par ailleurs sollicité, « *une réunion intermédiaire (conf call) en tout début de semaine* ».

Il ressort du courrier en date du 30 juin 2020 que les modifications que SFR FTTH a envisagé d'apporter à cette clause, d'une part, ne répondaient pas à la demande de Free et, d'autre part, n'ont été suivies d'aucune proposition concrète adressée à Free.

En conséquence, concernant la demande 1.c, SFR FTTH ne peut opposer, pour faire valoir l'absence d'échec des négociations, son intention d'adresser à Free un projet de contrat modifié[59], qui au demeurant n'a jamais été communiqué, alors qu'il ressort des échanges qu'aucun accord n'avait pu être trouvé à la date de la saisine de l'Arcep.

SFR FTTH n'est pas davantage fondé à opposer l'absence de formalisation du différend au motif que la saisine de Free aurait évolué de manière substantielle par rapport aux demandes formulées lors des négociations[60]. En effet, d'abord, la circonstance que la saisine vise « *les cas d'évolution capitalistique ou de changement de contrôle d'un des deux cocontractants* » alors que dans ses courriers Free ne visait que les cas d'évolution du co-contractant de SFR FTTH est sans incidence sur la recevabilité de la demande dès lors que, comme le relève la société SFR FTTH, « *le Contrat ne prévoit pas de résiliation en cas de changement de contrôle de SFR FTTH* »[61]. Ensuite, la circonstance relevée par SFR FTTH que, dans le cadre des négociations, Free n'ait visé expressément que l'article 26 du Contrat est également indifférente dès lors que Free entend obtenir de manière constante et non équivoque la suppression de la faculté de résiliation ouverte à SFR FTTH en cas de changement de contrôle de l'opérateur cofinanceur indépendamment de la clause dans laquelle cette faculté est ouverte. Enfin, la circonstance que Free n'ait pas repris en totalité sa demande initiale de supprimer l'intégralité de l'article 26 du Contrat, telle qu'adressée à SFR FTTH lors des négociations, est sans effet sur l'existence d'un échec des négociations sur la demande 1.c dont est saisie l'Autorité puisque celle-ci a bien fait l'objet de négociations ayant échoué.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 1.c est avérée.

---

[57] Pièce n°7 de la saisine de Free

[58] Pièce n°2 des observations en défense de SFR FTTH

[59] Observations en défense de SFR FTTH, page 35 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH page 17

[60] Observations en défense de SFR FTTH, page 39 ; Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 3

[61] Observations en défense de la société SFR FTTH, page 31

2.2.4 Sur la recevabilité de la demande relative aux évolutions des tarifs

SFR FTTH estime qu'en plus de la rupture brutale des négociations faisant déjà obstacle à la recevabilité de la demande 2, elle est irrecevable compte tenu de son caractère imprécis et de son défaut de motivation[62].

Free fait valoir que sa demande était claire et que les discussions précédant la saisine l'ont suffisamment motivée par le besoin d'assurer à Free, en qualité de cofinanceur, *« une prévisibilité suffisante sur l'évolution des conditions tarifaires du contrat »*[63].

L'Autorité relève que par courrier en date du 16 mars 2020[64], la société Free a notamment demandé à la société SFR FTTH de lui transmettre sous quinze jours un projet de contrat modifié répondant à sa demande selon laquelle : « *toute évolution tarifaire ne puisse être mise en œuvre qu'au travers et à compter de la signature d'un avenant préalablement négocié de bonne foi entre les parties »* à l'exception d'une modification des tarifs qui de manière cumulative *« (I) n'excèderait pas le plafond d'indexation prévu à l'article 15.4 intitulé Indexation et (II) qui ne conduirait pas à ce que le cumul des tarifs récurrents modifiés entre le NRO et le PM d'une part, entre le PM et la PTO d'autre part, ramené à la ligne active, excède la moyenne des tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires »*.

Par courrier en date 3 juin 2020[65], Free a indiqué que son courrier en date du 16 mars 2020 « *est resté sans réponse »* et a réitéré sa demande. Il a par ailleurs réclamé que le projet modifié « ***lui soit adressé sous 15 jours »*.**

Par un courrier en date du 30 juin 2020[66], en réponse aux courriers des 16 mars et 3 juin 2020, la société SFR FTTH a notamment indiqué qu'elle confirmait son accord sur : *« le plafonnement de la tarification avec comme référence les tarifs pratiqués en zone AMII par Orange, majoré d'un coefficient restant à confirmer entre nous, et ce pour une durée de vingt ans. (…) Les discussions que nous avons régulièrement eues ont permis de converger sur un plafond correspondant à un coefficient de majoration de 15%. Nous serions enclins à contractualiser sur cette base. Passée cette période, SFR FTTH retrouvera sa faculté de modifier unilatéralement ses tarifs au-delà de ce niveau de référence, tout en gardant pour autant une cohérence avec les pratiques du marché ».*

Par un courrier en date du 7 juillet 2020[67], la société Free, tout en réitérant sa demande a indiqué que la réponse de SFR FTTH : « *n'est accompagné d'aucune proposition concrète »* et que le courrier « *non engageant »* de SFR FTTH constitue une « *mesure dilatoire visant à différer l'envoi d'un projet de contrat »* répondant à ses demandes. Enfin, dans ce courrier, Free met en demeure SFR FTTH de lui adresser le projet de contrat modifié : « *Dans l'hypothèse où vous souhaiteriez effectivement nous envoyer un projet de contrat, nous vous demandons de* ***nous l'envoyer au plus tard le 13 juillet 2020*** *»*.

Par un courrier en date du 16 juillet 2020[68] adressé à Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, a accusé réception du courrier de Free en date du 7 juillet et a indiqué « *proposer une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet* ». Il a par ailleurs sollicité, « *une réunion intermédiaire (conf call) en tout début de semaine »*.

L'Autorité constate que si, dans son courrier en date du 30 juin 2020, SFR FTTH n'a pas opposé de fin de non-recevoir à la demande de Free, SFR FTTH n'a jamais envoyé de projet de Contrat à Free

---

[62] Observations en défense de SFR FTTH, page 40 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 22

[63] Mémoire en réplique de Free, page 13

[64] Pièce n°4 de la saisine

[65] Pièce n°5 de la saisine

[66] Pièce n°6 de la saisine

[67] Pièce n°7 de la saisine de Free

[68] Pièce n°2 des observations en défense de SFR FTTH

traduisant sa proposition et il ressort par ailleurs des échanges ultérieurs entre les parties que les discussions n'ont pas évolué concernant cette demande et qu'aucun accord n'a été trouvé entre les parties.

De plus, SFR FTTH n'est pas fondé à opposer l'absence de formalisation du différend au motif que la demande ne serait pas précise et motivée alors que la demande était formulée de manière suffisamment précise et motivée pour permettre aux parties d'en discuter de bonne foi.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur la demande 2 est avérée.

2.2.5 Sur la recevabilité de la demande relative aux niveaux des tarifs

SFR FTTH estime qu'en plus de la rupture brutale des négociations faisant déjà obstacle à la recevabilité du différend, les demandes 3.a et 3.b sont irrecevables car fluctuantes et la demande 3a n'est de surcroit ni précise ni motivée[69].

Free fait valoir que sa demande était claire et que les discussions précédant la saisine l'ont suffisamment motivée par le besoin d'assurer à Free, en qualité de cofinanceur, « *une prévisibilité suffisante sur l'évolution des conditions tarifaires du contrat* »[70].

Par courrier en date du 16 mars 2020[71], la société Free faisant valoir qu'« *il n'y a aucune raison objective et économiquement raisonnable pour que SFR FTTH puisse pratiquer en zone AMII des tarifs supérieurs à ceux pratiqués par Orange dans la même zone* » a notamment demandé à la société SFR FTTH de lui transmettre sous quinze jours un projet de contrat modifié répondant à sa demande « *de modifier les tarifs du contrat de telle manière que : - le tarif de cofinancement ab initio soit inférieur à 515 euros ; - le tarif récurrent attaché aux lignes cofinancés soit inférieur à 5,12 euros HT pour un cofinancement à hauteur de 20% et, pour les autres tranches, cohérent aux pratiques de marché ; - le tarif récurrent d'exploitation maintenance du raccordement final soit égal à 0. »*

Par courrier en date 3 juin 2020[72], Free a indiqué que son courrier en date du 16 mars 2020 « *est resté sans réponse »* et a réitéré sa demande. Il a par ailleurs réclamé que le projet modifié « ***lui soit adressé sous 15 jours ».***

Par un courrier en date du 30 juin 2020[73], en réponse aux courriers des 16 mars et 3 juin 2020, la société SFR FTTH a notamment indiqué qu'il existait « *des éléments concrets apportant des raisons objectives* ***justifiant l'application de tarifs différents de ceux pratiqués par Orange dans sa zone dite AMII »***, et a également fait valoir que les arguments avancés par Free *« ne justifie en aucun cas la suppression* [du] *tarif récurrent d'exploitation maintenance du raccordement final****. SFR FTTH n'entend donc pas supprimer ce tarif ».***

Par un courrier en date du 7 juillet 2020[74], la société Free a demandé à la société SFR FTTH de « *modifier les tarifs du Contrat de telle manière que le tarif de cofinancement des prises déployées en zone AMII ab initio soit inférieur à 513,6 euros HT pour un cofinancement à hauteur de 20 % et, pour les autres tranches cohérent avec les pratiques du marché* », Free précisant en note de bas de page les tarifs

[69] Observations en défense de SFR FTTH, page 42

[70] Mémoire en réplique de Free, page 13

[71] Pièce n°4 de la saisine de Free

[72] Pièce n°5 de la saisine de Free

[73] Pièce n°6 de la saisine de Free

[74] Pièce n°7 de la saisine de Free

représentatifs selon lui des pratiques du marché pour chaque tranche de cofinancement. Dans ce même courrier, Free a fixé à SFR FTTTH une échéance pour lui adresser le projet de contrat modifié : « *Dans l'hypothèse où vous souhaiteriez effectivement nous envoyer un projet de contrat, nous vous demandons de* ***nous l'envoyer au plus tard le 13 juillet 2020*** ».

Par un courrier en date du 16 juillet 2020[75] adressé à Laurent Laganier, Directeur de la règlementation de Free, Lionel Recorbet, Président de SFR FTTH, a accusé réception du courrier de Free en date du 7 juillet et a indiqué « *proposer une nouvelle version de l'offre d'ici le 23 juillet* ». Il a par ailleurs sollicité, « *une réunion intermédiaire (conf call) en tout début de semaine »*.

Il ressort de l'ensemble des échanges susmentionnés et notamment du courrier en date du 30 juin 2020 que SFR FTTH a explicitement refusé de faire droit à la demande de Free sur le niveau des tarifs de cofinancement et n'est jamais revenu sur cette position dans le cadre des échanges ultérieurs.

En conséquence, concernant les demandes 3a et 3b, SFR FTTH n'est pas fondé, pour faire valoir l'absence d'échec des négociations, à opposer son intention d'adresser à Free un projet de contrat modifié, qui au demeurant n'a jamais été communiqué, alors qu'il ressort des échanges qu'il n'entendait pas faire droit à cette demande.

Par ailleurs, l'Autorité constate que Free a formalisé sa demande dans des termes suffisamment précis et motivés, ce que SFR FTTH ne saurait d'ailleurs sérieusement contester alors qu'il s'est prononcé sur cette celle-ci par son courrier en date du 30 juin 2020, confirmant ainsi qu'il en a pleinement saisi la portée.

Par ailleurs, la circonstance, invoquée par SFR FTTH, que la demande de Free sur le niveau des tarifs de cofinancement aurait évolué au cours des discussions n'est pas de nature à rendre la demande 3a irrecevable dès lors, d'une part, que la demande de Free vise de manière constante à obtenir des tarifs identiques à ceux pratiqués en zone AMII notamment ceux pratiqués par Orange, ce que SFR FTTH a expressément refusé, et d'autre part, que les tarifs demandés tels qu'ils figurent dans la saisine apparaissent déjà, pour chaque tranche de cofinancement, dans le courrier de Free en date du 7 juillet 2020.

Concernant la demande 3b, la société SFR FTTH n'est pas fondée à soutenir qu'elle est formulée pour la première fois dans la saisine alors que la société Free demande de manière constante et non équivoque depuis son courrier du 16 mars 2020 que le tarif récurrent de maintenance du Câblage Client Final soit égal à 0 euros.

Dans ces conditions, et compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur les demandes 3.a et 3.b est avéré.

Compte tenu de l'ensemble des échanges intervenus entre les parties et rappelés ci-avant, l'Autorité considère que l'échec des négociations sur chacune des demandes de la société Free est avéré et que les conclusions de la société Free sont recevables.

3 Cadre juridique

Les présents développements visent à une présentation synthétique du cadre juridique applicable au réseau FttH déployé par les opérateurs d'infrastructure. Il sera ensuite détaillé, demande par demande, dans les parties suivantes, les principes juridiques spécifiques applicables à chacune d'entre elles.

[75] Pièce n° 2 des observations en défense de SFR FTTH

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a fixé le cadre juridique de la régulation de la partie terminale des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné, en instaurant un principe de mutualisation de la partie terminale des réseaux entre opérateurs. L'article L. 34-8-3 du CPCE dispose ainsi que :

« *Toute personne établissant ou ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne* […].

L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point […] *permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables.* […] *Tout refus d'accès est motivé.*

Il fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'accès […].

Pour réaliser les objectifs définis à l'article L. 32-1, et notamment en vue d'assurer la cohérence des déploiements et une couverture homogène des zones desservies, l'autorité peut préciser, de manière objective, transparente, non discriminatoire et proportionnée, les modalités de l'accès prévu au présent article. »

En application de ces dispositions, l'Arcep a précisé les modalités de l'accès aux lignes FttH dans trois décisions réglementaires :

- la décision n° 2009-1106 en date du 22 décembre 2009 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée ;
- la décision n° 2010-1312 en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire à l'exception des zones très denses ;
- la décision n° 2015-0776 en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique.

L'article 4 de la décision n° 2009-1106 prévoit que l'opérateur d'immeuble doit publier une offre d'accès précisant notamment « les conditions tarifaires ». À cet égard, l'Arcep a indiqué dans les motifs de sa décision que : *« Les opérateurs tiers ont besoin, lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leurs stratégies techniques et commerciales, de disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par l'opérateur d'immeuble. »*

L'article 6 de la décision n° 2010-1312 impose à l'opérateur d'immeuble, conformément à l'article 2 de la décision n° 2009-1106, d'offrir aux autres opérateurs un accès passif aux lignes au niveau du point de mutualisation *« dans des conditions raisonnables, objectives, transparentes et non discriminatoires ».*

4 Sur les demandes de Free relatives à la pérennité des droits d'usage

4.1 Rappel du cadre de régulation du FttH

S'agissant des formes que doit prendre l'accès au réseau FTTH, en application des dispositions de l'article L. 34-8-3 du CPCE, l'article 8 de la décision n° 2010-1312 précise que : *« L'opérateur d'immeuble offre, au niveau du point de mutualisation, un accès aux lignes permettant de participer*

au cofinancement de celles-ci, tant ab initio qu'a posteriori, ainsi qu'un accès passif à la ligne, en location. »

L'Arcep a précisé les modalités de publication des offres d'accès à l'article 10 de la décision n° 2010-1312 qui prévoit que :

« […] *l'opérateur d'immeuble publie, antérieurement à l'installation du point de mutualisation, des offres de cofinancement ab initio et a posteriori ainsi qu'une offre de location permettant un accès passif à la ligne ».*

Dans sa décision n° 2010-1312 précisant le cadre règlementaire des réseaux FTTH en dehors des zones très denses, l'Autorité a précisé que la contrepartie du cofinancement était des droits d'usage pérennes sur l'infrastructure déployée : *« En dehors des zones très denses, il apparaît nécessaire que l'opérateur d'immeuble propose aux opérateurs tiers des modalités d'accès garantissant un accès pérenne dans des conditions non discriminatoires et permettant de monter dans l'échelle des investissements. »*

L'Autorité a également indiqué dans cette décision qu' *« il importe que l'opérateur d'immeuble propose une offre d'accès qui permette à tout moment aux opérateurs tiers de valoriser leurs droits d'usage de long terme dans leurs bilans, à l'instar du détenteur de l'infrastructure, afin que l'ensemble des opérateurs puisse bénéficier des mêmes avantages relatifs à la structure financière de leurs dépenses. »*

L'Autorité a, de plus, précisé à la page 32 de sa décision n° 2010-1312 que : *« Concernant les risques d'abus d'exploitation, le partage des coûts permet de réduire le risque de constitution d'une rente de monopole puisque les opérateurs cofinanceurs détiennent des droits d'usage pérennes payés au regard d'un partage objectif des coûts, qui leur permet de ne pas être dépendants, dans la durée, du prix des offres de location fixés par le détenteur de l'infrastructure. Concernant les risques d'abus d'éviction sur le marché aval, les opérateurs bénéficiant, de manière pérenne, des mêmes droits d'usage de l'infrastructure que son propriétaire, les risques de discrimination s'en trouvent très sensiblement réduits »*.

L'Autorité de la concurrence, dans son avis n° 10-A-18 relatif à la décision n° 2010-1312, a considéré que *« La proposition de l'ARCEP d'instaurer le principe d'un droit d'usage pérenne, permettant aux opérateurs tiers de contribuer, ab initio ou a posteriori, de manière forfaitaire à l'investissement dans le réseau fibre, s'inscrit ainsi dans les orientations communautaires et la pratique sectorielle. L'Autorité de la concurrence ne peut qu'adhérer pleinement à cette proposition de nature à concilier l'investissement et la préservation de la concurrence »*. Elle indique, dans le même sens, que : *« l'Autorité de la concurrence soutient pleinement l'ARCEP dans sa volonté de promouvoir le partage du risque, en permettant au plus grand nombre d'opérateurs de prendre part à l'investissement. Le co-investissement, comme la mise à disposition de droits d'usage pérenne(s), permet à la fois de favoriser l'investissement et d'apporter des garanties aux opérateurs quant à leurs conditions d'accès au réseau »*[76]*.*

En 2018 dans le cadre d'un règlement de différend opposant la société Free à la société Orange, l'Autorité a imposé à Orange de proposer en zones moins denses d'initiative privée à l'opérateur cofinanceur un droit d'accès au réseau FttH d'une durée définie, d'au moins 40 ans, en contrepartie du cofinancement du réseau FttH[77] (qui participe d'ailleurs aux dépenses d'exploitation et de maintenance nécessaires à la vie du réseau). L'Arcep indique dans cette décision que : *« Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises en son application et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de* « développement de l'investissement, de l'innovation et

[76] Avis n° 10-A-18 de l'Autorité de la concurrence, point 74, page 17

[77] Décision n° 2018-0569-RDPI

de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques » *et* « d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale » *», l'Autorité estime qu'il est justifié et raisonnable qu'Orange propose à Free, à l'issue de négociations menées de bonne foi, un droit d'accès d'une durée définie et d'au moins 40 ans, dans des conditions transparentes et prévisibles, lui permettant de disposer de la visibilité adéquate au regard des investissements consentis et cohérente avec ce qui peut être observé par ailleurs sur le marché. Cette durée définie, d'au moins 40 ans, s'entend sous réserve de la décision d'Orange de poursuivre l'exploitation technique et commerciale de son réseau FttH en zones moins denses jusqu'à cette date. »*[78] (soulignements ajoutés).

S'agissant plus particulièrement des conditions dans lesquelles le renouvellement du droit d'accès était prévu par les clauses du contrat d'Orange, Free demandait en l'espèce « *en contrepartie de [son]cofinancement dans les boucles locales optiques déployées par Orange sur fonds privés, à disposer d'un droit d'accès au réseau d'une durée égale à la durée d'exploitation technique et commerciale du réseau »* en faisant valoir *« qu'[il] ne disposait d'aucune garantie de renouvellement de ce droit à l'expiration de la durée de vingt ans contractuellement prévue »*.

La Cour d'appel de Paris a confirmé cette décision dans un arrêt en date du 26 septembre 2019[79], en considérant notamment que la demande de Free « *[…] procédait du constat actuel que les stipulations contractuelles d'ores et déjà applicables ne garantissaient pas que son droit d'accès serait aligné sur la durée d'exploitation et tendait, en conséquence, à y remédier »* et a jugé que *« les conditions contractuelles du renouvellement du droit d'accès n'étaient, quant à son principe même et quant à ses modalités, pas suffisamment précises eu égard au besoin de visibilité de la société Free sur la durée effective de ce droit* ».

4.2 Sur les demandes de Free concernant le maintien du droit d'usage en cas de transfert de réseau à un tiers et le versement d'une indemnité à Free en cas d'échec de SFR FTTH à assurer la continuité des droits d'usage (demande 1.a et 1.b)

4.2.1 Rappel des demandes

Dans sa saisine, Free formule d'une part une demande relative au maintien de ses droits d'usage dans le cas d'un transfert de réseau par SFR FTTH à une société tierce dans les termes suivants[80] :

« 1.a Nous demandons que les droits d'usage de long terme, contrepartie du cofinancement de Free, ainsi que les conditions essentielles d'accès associées à ces droits, nous soient garantis sur l'ensemble de leur durée contractuelle, et à minima sur 40 ans, ce y compris dans le cas où SFR FTTH transfèrerait, que ce soit par cession, transfert, apport ou tout autre mécanisme, tout ou partie du réseau cofinancé à une société tierce ou un tiers. » (ci-après demande 1.a)

Free demande d'autre part que le Contrat d'accès prévoie une indemnité dans le cas d'une perte anticipée des droits d'usage. Sa demande est formulée ainsi dans sa saisine :

« 1.b. Nous demandons que le Contrat prévoie le versement d'une indemnité compensatrice au profit de Free, dans l'hypothèse où SFR FTTH ne parviendrait pas à assurer la continuité des droits de long terme ainsi que les conditions essentielles d'accès associées ; cette indemnité doit être fondée sur le coût que représenterait pour Free la compensation de cette perte anticipée des droits. » Free précise en note de bas de page : « Nous demandons à ce que cette indemnité soit fondée sur le coût par Free

[78] Décision n° 2018-0569-RDPI, page 39

[79] CA de Paris, 26 septembre 2019, RG 18/15781

[80] Saisine de Free, page 13

du passage en location, c'est-à-dire le nombre de lignes cofinancées concernées multiplié par le prix de location et par la durée résiduelle des droits, avec un taux d'actualisation conforme aux pratiques sectorielles »

La demande 1.b de Free sera examinée en lien avec la demande 1.a en tant qu'elle porte sur le versement d'une indemnité compensatrice en cas d'échec de SFR FTTH à faire assurer, par le cessionnaire auquel il aura cédé son réseau, la continuité des droits et conditions essentielles d'accès associées de Free.

4.2.2 Sur le fond

À titre liminaire, s'agissant de la question de la garantie d'un accès pérenne à l'opérateur cofinanceur, l'Autorité note que des évolutions capitalistiques, d'entrées et de sorties d'acteurs, de rachats et de disparitions d'acteurs sont régulièrement observées. À titre d'illustration, SFR a été racheté par Numericable, puis le groupe Altice a décidé de se réorganiser en créant la société SFR FTTH dissociée de SFR en décembre 2018.

L'Autorité s'est d'ailleurs saisie de ce sujet dans sa recommandation mise en consultation publique du 6 février au 17 mars puis du 7 juillet au 14 septembre 2020[81], indiquant que les « *cessions, qui font partie de la vie du secteur, ne doivent pas remettre en cause l'effectivité de l'accès, et* a fortiori *la pérennité des droits des opérateurs cofinanceurs*[1]*. Ainsi, afin d'assurer la pérennité des droits d'usage, il est important que les contrats d'accès traitent de la question du transfert des droits dans le cas d'une cession du réseau.* » Ce faisant, elle *« estime qu'il conviendrait, pour assurer la pérennité des droits d'usage telle que prévue par le cadre symétrique, que l'offre d'accès proposée par l'opérateur d'infrastructure stipule que les contrats de cofinancement en vigueur au moment de la cession ou du changement de gestionnaire seront, le cas échéant, repris par le cessionnaire ou nouveau gestionnaire du réseau. »* (soulignements ajoutés).

Les parties au présent règlement de différend ont d'ailleurs répondu à cette consultation[82] :

- Free ayant indiqué que *« compte tenu des échelles de temps et des masses financières engagées, il est indispensable que les droits concédés et conditions d'accès associées soient garantis sur leur durée, notamment en cas de changement de contrôle ou de cession du réseau par l'opérateur d'immeuble, ainsi qu'en cas de changement de contrôle ou de cession de droits par l'opérateur commercial ; les obstacles contractuels doivent être prohibés. »*
- et SFR ayant pour sa part indiqué : « - *Pérennité des droits d'usage en cas de cession de tout ou partie d'un réseau FttH : Un tel sujet relève des stipulations contractuelles et par conséquent des discussions, notamment juridiques, entre les cocontractants. Par ailleurs, SFR FTTH a déjà montré que le rachat d'un réseau FttH pouvait être géré sans mettre en péril la pérennité des*

[81] Recommandation du 8 décembre 2020 sur les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique. L'Arcep y indique, à propos du changement du propriétaire ou du gestionnaire du réseau FttH, que : « *Dès le début des déploiements des réseaux FttH, des cessions de réseaux ont eu lieu, voire des rachats d'opérateurs. […] A ce jour, les offres d'accès proposées par les opérateurs d'infrastructure prévoient l'octroi de droits d'usage qui ne sont pas systématiquement associés à des stipulations garantissant la pérennité des droits en cas de cession de tout ou partie d'un réseau FttH, de changement de son gestionnaire ou de rachat de l'opérateur d'infrastructure.*
L'Arcep estime qu'il conviendrait, pour assurer la pérennité des droits d'usage telle que prévue par le cadre symétrique, que l'offre d'accès proposée par l'opérateur d'infrastructure stipule que les contrats de cofinancement en vigueur au moment de la cession ou du changement de gestionnaire seront, le cas échéant, repris par le cessionnaire ou nouveau gestionnaire du réseau.
Les réponses à la première consultation publique montrent que les opérateurs accueillent favorablement l'intégration d'une telle précision dans leurs offres d'accès dès lors qu'elle serait généralisée. Certains opérateurs soulignent l'avoir déjà prévu. »

[82] https://www.arcep.fr/la-regulation/tableau-synthetique-des-analyses-de-marches.html

droits d'usage des OC ayant antérieurement souscrit l'offre du cédant. » (soulignements ajoutés).

L'Autorité estime qu'au regard de ce qui précède et en application du cadre juridique rappelé ci-avant (partie 4.1), et notamment des principes de l'article L.32-1 du CPCE susmentionnés, confortée par la position de la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 26 septembre 2019 en ce qu'elle affirme la nécessité pour l'opérateur cofinanceur de disposer de modalités contractuelles d'accès précises eu égard à son besoin de visibilité sur la durée effective de ses droits d'usage, qu'il est également nécessaire, pour les mêmes raisons, que l'opérateur cofinanceur dispose de modalités contractuelles précises sur la pérennité de ses droits dans le cas d'un transfert de tout ou partie du réseau déployé à une société tierce ou un tiers (que ce soit par cession, transfert, apport ou tout autre mécanisme).

a) Les principes de prévisibilité et de pérennité des droits d'usage imposent de garantir le maintien des droits d'usage et conditions essentielles d'accès associés en cas de transfert par SFR FTTH de son réseau

Free indique que « *l'absence de garantie au maintien des droits d'usage en cas de cession du réseau par SFR FTTH introduit une incertitude sur leur pérennité* »[83].

Selon Free, « *la pérennité des droits d'usage, contrepartie du cofinancement, est une condition essentielle de l'accès »* qui suppose que les droits d'usage soient garantis *« sur un durée suffisante »* et *« subsistent aux évolutions qui pourraient survenir pour l'un des deux co-contractants* »[84].

Les stipulations du Contrat autorisant SFR FTTH à céder son réseau « *sans s'assurer que le droit d'usage et/ou les conditions d'accès ne soient reprises par l'opérateur acquéreur du réseau* » et, à résilier les prestations de maintenance s'il n'obtient pas du cessionnaire la reprise des droits d'usage, méconnaissent les conditions « *de prévisibilité des droits et de pérennité de l'accès* » [85].

En outre, Free estime que la possibilité ouverte par le Contrat que soient résiliées les prestations de maintenance à l'occasion du transfert par SFR FTTH de son réseau à un tiers rend difficilement prévisible pour Free la connaissance de la durée effective des droits d'usage[86].

SFR FTTH soutient pour sa part que l'accès pérenne aux lignes cofinancées auquel peut prétendre l'opérateur cofinanceur renvoie seulement à la durée des droits consentis et non aux « *conditions dans lesquelles le réseau sur lequel ils sont octroyés peut être cédé »*[87]. Le contrat de SFR FTTH, *« en garantissant, dans des conditions prédéfinies, le bénéfice de droits sur 60 ans, va donc au-delà* […] *des attentes de l'Arcep »* laquelle n'impose pas que ces droits soient « *intangibles pour toute la durée pour laquelle ils sont consentis »*[88].

En premier lieu, **l'Autorité** constate qu'en vertu des stipulations du Contrat, la durée des droits d'usage accordés par SFR FTTH peut, en cas de transfert du réseau à un tiers par SFR FTTH, être remise en cause. Le Contrat stipule en effet *« En cas de cession par SFR FTTH de tout ou partie des infrastructures composant les Lignes FTTH, et s'il y a lieu, SFR FTTH* ***s'engage à mettre tout en œuvre*** *pour faire accepter au cessionnaire une clause au terme de laquelle les droits et conditions d'accès Lignes FTTH, octroyés aux Opérateurs Commerciaux présents sur la Zone de Co-investissement considérée, seront identiques ou à tout le moins similaires à ceux de SFR FTTH ou aux engagements pris par SFR FTTH*

[83] Saisine de Free, page 24

[84] Saisine de Free, page 25

[85] Saisine de Free, page 20

[86] Mémoire en réplique de Free, page 16

[87] Observations en défense de SFR FTTH, page 47

[88] Observations en défense de SFR FTTH, page 49

envers l'Opérateur dans le cadre du présent Contrat et ce, afin de leur permettre de poursuivre leur exploitation commerciale des dites Lignes FTTH dans des conditions similaires aux présentes. ***Dans l'hypothèse où SFR FTTH ne parviendrait pas à obtenir cette clause du cessionnaire, les prestations de maintenance réalisées sur les Lignes FTTH concernées seront résiliées de plein droit, sans indemnité****. »*[89]

Il résulte de ces stipulations, ainsi que l'explique Free dans ses écritures, que SFR FTTH n'est tenu, concernant la reprise des droits d'usage par le cessionnaire en cas de transfert de son réseau, qu'à une obligation de moyens.

SFR FTTH fait valoir que le cessionnaire sera, en tout état de cause, tenu de proposer à Free de nouvelles conditions d'accès en cofinancement, lesquelles seront nécessairement raisonnables, compte tenu des obligations règlementaires qui pèsent sur les opérateurs d'infrastructure[90].

Toutefois, l'Autorité considère, tout d'abord, que la faculté pour le cessionnaire, ouverte par les stipulations du Contrat précitées, de renégocier les droits usage et les conditions essentielles d'accès de l'opérateur cofinanceur pendant la durée pour laquelle ces droits ont été consentis est, en tant que telle, de nature à créer, en cas de cession, une incertitude quant au devenir et donc à la pérennité des droits d'usage concédés à Free, cofinanceur du réseau FTTH déployé par SFR FTTH, et donc à porter atteinte à l'exigence de prévisibilité et de pérennité des droits d'usage alors même que les nouvelles conditions d'accès proposées s'inscriraient dans le cadre règlementaire fixé par l'Arcep.

Ensuite, SFR FTTH soutient que le Contrat ne prévoit pas que l'opérateur cofinanceur *« perdra le bénéfice de ses droits d'usage sur les lignes cofinancées »* mais seulement que « *les prestations de maintenance sur les lignes concernées* » seront résiliées. Toutefois, les prestations de maintenance, indispensables à la commercialisation des offres d'accès sur le marché de détail, sont des conditions essentielles attachées à l'accès dont il appartient à l'opérateur d'infrastructure d'assurer la continuité sur la durée des droits qu'il a consentie à l'opérateur cofinanceur.

L'Autorité constate ainsi que le Contrat confère à SFR FTTH une faculté de résiliation en cas de non reprise des droits d'usage consentis à Free par le cessionnaire.

SFR FTTH fait valoir que la perte des droits d'usage est hypothétique. Toutefois, les arguments avancés par SFR FTTH[91] visant notamment à démontrer, d'une part, que l'hypothèse d'une cession du réseau demeure marginale et, d'autre part, que la perte des droits demeure également hypothétique car le cessionnaire aurait un intérêt financier à la reprise et serait en tout état de cause tenu de proposer une offre d'accès conforme au cadre règlementaire, à les supposer avérés, ne sont pas de nature à remettre en cause la possibilité, ouverte aujourd'hui par le Contrat, de résilier prématurément les droits d'usage de Free en cas de cession. L'argument également avancé par SFR FTTH selon lequel les droits d'usages ne sont pas « *en toute hypothèses* »[92] intangibles et peuvent, notamment prendre fin en cas de cessation d'exploitation commerciale de son réseau par l'opérateur d'infrastructure, ne saurait justifier que ces droits soient remis en cause à l'occasion d'une cession du réseau, dès lors que l'exploitation commerciale du réseau perdure.

Compte tenu de ces éléments, et sans que la durée des droits d'usage de 60 ans retenue par SFR FTTH dans son Contrat d'accès à son réseau[93] n'ait de conséquence sur la demande de Free, ce-dernier se trouve dans une situation d'incertitude sur la durée effective de ses droits dès lors que cette durée

---

[89] Extrait de l'article 6.6.3 du contrat d'accès en zones moins denses V 2.0 de SFR FTTH

[90] Observations en défense de SFR FTTH, pages 49 à 51

[91] Observations en défense de SFR FTTH, page 51

[92] Observations en défense de SFR FTTH, page 7

[93] Soit une durée supérieure à la durée d'au moins 40 ans qui a pu être exigée par l'Autorité dans le cadre d'un précédent règlement de différend ; cf. Décision 2018-0569-RDPI

pourrait, en pratique, en cas de transfert du réseau par SFR FTTH, être remise en cause et ce, à n'importe quel moment.

L'Autorité estime par conséquent que l'imprécision des stipulations contractuelles proposées par SFR FTTH ne permet pas de garantir à Free le maintien des droits d'usage des lignes cofinancées sur la durée pour laquelle ces droits lui ont été consentis, ce qui peut impacter *in fine* l'effectivité de l'accès, et rend difficilement prévisible pour Free la connaissance de la durée effective des droits d'usage.

En second lieu, l'Autorité relève que pour s'engager dans des projets de cofinancement les opérateurs ont effectivement besoin qu'une visibilité raisonnable sur leurs investissements leur soit assurée.

En effet, l'Autorité considère que l'attrait du cofinancement repose en partie sur la possibilité, pour l'opérateur commercial qui y souscrit, de valoriser les droits d'usage ainsi obtenus comme un investissement dans le réseau auquel il a accès, de la même manière que l'opérateur d'infrastructure qui le construit. Or, la clause 6.6.3 du Contrat de SFR FTTH, du fait de l'insécurité qu'elle génère pour l'opérateur cofinanceur, est susceptible de dévaloriser l'actif constitué par le droit d'usage et ainsi, de dissuader les investisseurs. À cet égard, ni la circonstance que l'absence de maintien des droits en cas de cession du réseau[94] n'a jamais été critiquée par Free auparavant, ni celle qu'un partenariat a été conclu par Free avec la société InfraVia, lequel au demeurant poursuit un but plus large que l'investissement dans la zone AMII de SFR FTTH, ne sont de nature à influer sur l'appréciation de l'effet dissuasif de la clause sur les investisseurs.

L'Autorité relève par ailleurs que la garantie de pérennité des droits d'usage en cas de transfert de tout ou partie du réseau déployé à une société tierce ou un tiers (notamment par cession du réseau), en sécurisant les investissements des opérateurs cofinanceurs, est de nature à encourager le cofinancement dans les réseaux FttH en zones moins denses. Ainsi, la circonstance que l'investissement de Free dans la zone SFMD de SFR FTTH est aujourd'hui limité n'est pas de nature à faire obstacle à son droit de bénéficier, en qualité de cofinanceur, de conditions d'accès prévisibles et transparentes.

L'Autorité estime, au regard de l'ensemble des éléments exposés ci-avant, que l'absence de stipulations au Contrat mettant à la charge de SFR FTTH l'obligation de maintenir à l'identique les droits d'usage du cofinanceur et les conditions essentielles d'accès associées aux droits en cas de transfert de tout ou partie du réseau déployé à une société tierce ou un tiers (notamment en cas de cession du réseau), ne permet pas de satisfaire les besoins de visibilité sur la durée des droits d'usage pour Free, en tant que cofinanceur, et partant porte atteinte à la pérennité des droits d'usage.

De plus, l'Autorité estime que de tels transferts, qui font partie de la vie du secteur des communications électroniques, ne doivent pas remettre en cause l'effectivité de l'accès et, par suite, la pérennité des droits des opérateurs cofinanceurs.

Par conséquent, l'Autorité considère que Free ne dispose pas d'une visibilité suffisante sur la durée effective des droits d'usage, dès lors que le Contrat ne garantit pas que ces droits d'usage et les conditions essentielles d'accès associées soient maintenus à l'identique par un tiers repreneur. Or, la prévisibilité à long terme est un facteur essentiel pour garantir un accès pérenne aux cofinanceurs du réseau FttH, d'autant que (comme vu précédemment) cette infrastructure a vocation à devenir l'infrastructure de référence de la boucle locale fixe et, partant, le principal support de l'activité de Free sur le marché du haut et du très haut débit dans le futur.

Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises en son application et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de « *développement de*

l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques **» et «** ***d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale*** **», l'Autorité considère qu'il est équitable que SFR FTTH propose à Free un projet de contrat modifié pour prévoir explicitement qu'en cas de transfert de tout ou partie de son réseau, SFR FTTH doit garantir la reprise des droits d'usage de long terme de Free et des conditions essentielles d'accès associés à ces droits pour toute la durée pour laquelle ces droits lui ont été consentis.**

Dès lors que l'Autorité considère que le Contrat doit garantir à Free le maintien de ses droits d'usage et conditions essentielles d'accès associées à ces droits en cas de transfert par SFR FTTH de tout ou partie de son réseau (notamment en cas de cession), la question du versement d'une indemnité correspondant à la perte ou à l'altération de ces droits et conditions d'accès dans le cas où SFR FTTH échouerait à en garantir la continuité doit également être organisée par le Contrat.

b) Les principes de prévisibilité et de pérennité des droits d'usage imposent le versement à la société Free d'une juste indemnisation dans le cas où SFR FTTH échouerait à assurer la continuité des droits et conditions essentielles d'accès associés

Il convient d'examiner d'abord si la garantie contractuelle du versement d'une indemnité en cas d'échec de SFR FTTH à maintenir les droits de Free est justifiée et ensuite si les modalités de calcul de cette indemnité auxquelles Free prétend sont légitimes.

- *Sur le versement d'une indemnité en cas de perte anticipée des droits d'usage*

Free soutient que la pérennité des droits implique « *leur résistance aux changements et, corollairement, que l'éventuelle perte de ces droits puisse être indemnisée »*[95].

Selon **SFR FTTH**, la demande est injustifiée dès lors qu'elle imposerait à SFR FTTH de prévoir un principe d'indemnisation pour un préjudice éventuel.

L'Autorité considère, **d'une part,** et contrairement à ce que soutient SFR FTTH, que Free est légitime à prétendre à une **juste indemnisation** en cas de perte anticipée de tout ou partie de ses droits liée à la cession du réseau.

En effet, la pérennité des droits à laquelle les opérateurs cofinanceurs doivent pouvoir prétendre implique que la perte de tout ou partie des droits entraîne le versement, au bénéfice de Free, d'une indemnité, laquelle constitue le corollaire et le pendant nécessaire de l'obligation imposée *supra* à SFR FTTH d'assurer la continuité des droits d'usage et droits essentiels d'accès associés à Free.

L'Autorité relève, **d'autre part,** que les stipulations du Contrat prévoient une clause limitative de responsabilité susceptible de faire obstacle à une juste indemnisation pour Free en cas de défaillance de SFR FTTH à assurer la continuité des droits et conditions essentielles d'accès associées sur la durée des droits qui lui a été consentie.

En effet, l'article 21.1 du Contrat qui plafonne à 150 000 euros[96] le montant de la réparation à laquelle SFR FTTH peut être exposé, a vocation à s'appliquer à l'indemnisation du préjudice subi par Free en cas de perte de ses droits d'usage. En conséquence, compte tenu du niveau d'investissement consenti par Free dans le cadre du cofinancement du réseau de SFR FTTH, le montant de la réparation auquel Free pourra prétendre si la continuité de ses droits n'est pas assurée serait, en fonction du nombre de

---

[95] Mémoire en réplique, page 9

[96] Article 21 du Contrat : « (…] *La responsabilité de SFR FTTH est limitée aux dommages matériels directs à l'exclusion de tout dommage indirect et/ou immatériel et, en particulier, de toute perte de chiffre d'affaires, de bénéfice, de profit, d'exploitation, de renommée ou de réputation, de clientèle, préjudice commercial, économique et autre perte de revenus. Nonobstant toute autre stipulation du Contrat, la responsabilité totale cumulée de SFR FTTH n'excédera pas 150 000 euros* ».

lignes FttH concernées, très en deçà de son préjudice réel remettant ainsi en cause la portée du principe de l'accès pérenne aux lignes du réseau déployé.

Selon SFR FTTH, Free pourrait *« réclamer devant le juge, dans l'hypothèse où elle subirait réellement un préjudice important (ce qu'il lui appartiendrait naturellement de démontrer le cas échéant), une indemnisation allant au-delà de ce plafond »* Au soutient de cet argument SFR FTTH fait valoir que *« les clauses limitatives de responsabilité qui fixent un plafond dérisoire en cas de manquement à une obligation essentielle d'un contrat sont réputées non-écrites et ne sont, ainsi, pas opposables à la victime du manquement, étant précisé que le juge apprécie le caractère essentiel ou non d'une obligation contractuelle et le caractère dérisoire ou non de l'indemnisation* in concreto »[97].

Il convient de rappeler que l'objectif du cofinancement étant de permettre aux opérateurs cofinanceurs de bénéficier de droits pérennes et protecteurs[98], l'obligation pour l'opérateur d'infrastructure de proposer aux opérateurs tiers des modalités d'accès garantissant un accès pérenne constitue une obligation essentielle du contrat d'accès.

Ainsi, la clause limitative de responsabilité contestée par Free ne doit pas inclure dans son périmètre le cas de l'inexécution par SFR FTTH de son obligation essentielle d'assurer à Free la pérennité de ses droits d'usage, dès lors que le plafond apparaît en totale inadéquation avec les montants qui pourraient être exigés par Free au titre de la réparation du préjudice subi en cas de perte des droits d'usage. À cet égard, la circonstance, relevée par SFR FTTH, que Free dispose de la faculté de saisir le juge judiciaire pour obtenir, le cas échéant et *a postériori*, l'inopposabilité de la clause ne garantit pas une prévisibilité suffisante sur la portée des droits d'usage qui lui sont consentis.

Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère que prévoir contractuellement le versement d'une juste indemnisation en cas de perte anticipée des droits d'usage du cofinanceur, ou des conditions essentielles d'accès associées, ou d'une modification de ces dernières apparaît être le pendant de l'obligation d'assurer la pérennité des droits d'usage.

L'Autorité estime que la circonstance que la perte des droits ne soit qu'hypothétique ne peut être utilement invoquée à l'encontre du principe de l'indemnisation de Free en cas d'inexécution par SFR FTTH de son obligation de maintenir les droits d'usage en cas de transfert à un tiers du réseau. En effet, la circonstance que le risque soit simplement théorique ne fait pas obstacle à ce que le Contrat encadre les modalités relatives à sa réparation si ce risque venait à se réaliser. L'Autorité tient d'ailleurs à souligner que l'objet même des clauses de responsabilité est d'anticiper la réalisation d'un hypothétique préjudice et d'encadrer les modalités de sa réparation.

De la même manière, la circonstance que l'existence d'une clause d'indemnisation dans les contrats d'accès des opérateurs d'infrastructures n'est observée que de manière résiduelle sur le marché comme le prétend SFR FTTH n'est pas de nature à faire obstacle à la légitimité de la demande Free alors qu'au surplus la pertinence d'une telle clause peut dépendre d'autres paramètres tels que le mécanisme de garantie des droits en cas de transfert prévu par ces contrats.

Par ailleurs, la faculté pour Free de saisir l'Autorité en règlement de différend ou le juge judiciaire dans le cadre de leurs compétences respectives ne saurait justifier que le Contrat ne soit pas doté de toutes les garanties de nature à assurer le respect notamment des principes de prévisibilité et d'accès pérenne au réseau cofinancé. Ainsi, la clause d'indemnisation ne vise en l'espèce qu'à formaliser les conséquences qui doivent être tirées par les parties de l'obligation qui s'impose à l'opérateur d'infrastructure d'assurer la pérennité des droits de l'opérateur cofinanceur en cas de transfert à un tiers du réseau.

Au regard de l'ensemble des éléments exposés ci-avant, et notamment des exigences de transparence et prévisibilité, l'Autorité considère donc que l'introduction d'une clause visant à

---

[97] Observations en défense de SFR FTTH, page 62

[98] décision n°2010-1312 susvisée, page 31

assurer à Free une juste indemnisation en cas de perte de tout ou partie de ses droits d'usage et conditions essentielles d'accès associées est, dans les circonstances de l'espèce, légitime, justifiée et proportionnée.

- *Sur le mécanisme de réparation retenu*

Selon **Free**, les modalités de calcul auxquelles il prétend, fondées sur le coût par Free du passage en location, sont justifiées dès lors que les abonnés sur les lignes cofinancées par Free seront, après la perte par Free de ses droits, desservis *« sur la base d'une location de la ligne à SFR FTTH ou à l'opérateur cessionnaire »*[99].

SFR FTTH estime, pour sa part, qu'il n'est pas possible d'anticiper sur ce que seraient les conséquences du préjudice allégué par Free de sorte qu'*« il ne saurait être imposé à SFR FTTH d'insérer dans le Contrat une clause en imposant automatiquement l'indemnisation sur la base de la formule de calcul que réclame Free »*[100].

L'Autorité note tout d'abord que la défaillance de SFR FTTH à assurer la continuité des droits d'usage et conditions essentielles d'accès associés pourrait en pratique ne pas nécessairement se traduire par la mise en location de l'ensemble des lignes cofinancées. SFR FTTH fait notamment valoir que Free n'aurait pas à « *basculer les lignes cofinancées sur une offre de location passive à la ligne »*[101] dès lors que le cessionnaire consentira à Free « *de nouveaux droits* ». À cet égard, l'Autorité relève que, compte tenu notamment de l'éventuelle nouvelle offre de cofinancement à laquelle Free serait susceptible de souscrire, son préjudice ne correspondra pas nécessairement, contrairement à ce qu'il soutient, à une mise en location des lignes cofinancées.

L'Autorité estime en effet que le mécanisme demandé par Free dans le cadre de la présente demande n'est pas pertinent, en ce qu'il est demandé que l'indemnité soit fondée sur le coût du passage en location des lignes FttH cofinancées faisant l'objet d'une résiliation, *« c'est-à-dire le nombre de lignes cofinancées concernées multiplié par le prix de location et par la durée résiduelle des droits, avec un taux d'actualisation conforme aux pratiques sectorielles »*[102], ce qui reviendrait à réparer de manière automatique le préjudice sur le seul scenario de passage en location.

Par conséquent, et au regard de l'ensemble de ces éléments et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises pour son application et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de *« développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques »* et *« d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale »*, l'Autorité considère justifié et proportionné, compte tenu du caractère pérenne des droits d'usage accordés en contrepartie du cofinancement et de la prévisibilité légitimement attendue par l'opérateur cofinanceur :

(1) que SFR FTTH prévoie explicitement dans son Contrat qu'en cas de transfert de tout ou partie de son réseau, il garantit la reprise des droits d'usage de long terme de Free et des conditions essentielles d'accès associés à ces droits pour toute la durée pour laquelle ces droits lui ont été consentis ;

(2) de renvoyer aux parties le soin de déterminer, dans le cadre d'une négociation menée de bonne foi, le mécanisme idoine en vue d'assurer à Free une juste indemnisation en cas de perte de tout ou partie des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées à ces droits à l'occasion du transfert des lignes FttH de SFR FTTH.

---

[99] Saisine de Free, page 30

[100] Observations en défense, page 61

[101] Observations en défense de SFR FTTH, page 60

[102] Saisine page 13, note de bas de page 4

À cette fin, l'Autorité estime qu'il est justifié de laisser à SFR FTTH un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, pour proposer un Contrat modifié en ce sens. Afin que les négociations se déroulent dans de bonnes conditions entre les parties, SFR FTTH les initiera par l'envoi d'un premier projet de contrat modifié dans un délai raisonnable d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

4.3 Sur la demande de Free concernant le maintien du droit d'usage en cas de changement de contrôle (demande 1.c)

4.3.1 Rappel de la demande et des arguments des parties

Dans sa saisine, Free formule la demande suivante :

« 1.c Nous demandons la suppression du Contrat les clauses conférant à SFR un pouvoir de résiliation ou de modification des clauses essentielles du Contrat en cas d'évolution capitalistique ou de changement de contrôle d'un des deux cocontractants ; nous demandons en particulier la suppression complète de la partie « changement de contrôle » figurant à l'article 26 du Contrat. »

Selon **Free**, la partie « *changement de Contrôle »* de l'article 26 *« en introduisant un aléa lié à l'actionnariat de l'opérateur, est génératrice d'incertitude pour les cofinanceurs et leurs actionnaires éventuels »*. Selon Free, la clause litigieuse ajoute aux conditions de l'accès une condition qui n'est pas objective puisque les évolutions capitalistiques de Free sont, selon lui, sans incidences sur les engagements auxquels il est tenu auprès de la société SFR FTTH. À cet égard, il indique que *« Free reste tenu d'exécuter le Contrat et, en cas de manquement de Free, SFR dispose des voies de recours légales ou prévues par le Contrat »*[103] et qu'une telle clause introduit une « *incertitude* » qui *« restreint donc artificiellement la capacité de l'opérateur à lever des fonds et à utiliser un effet de levier, et ne repose sur aucun principe réglementaire opposable. »*[104]

Free estime par ailleurs que cette clause n'est ni transparente, ni objective dès lors que la nature des garanties de solvabilité attendues par SFR FTTH ne sont pas précisées [105].

Selon **SFR FTTH**, *« les conditions dans lesquelles le Contrat pourrait être résilié sont strictement définies et doivent être motivées »*[106]. Les stipulations de l'article 26, clause « objective », « transparente » et selon lui conforme à la pratique du marché, est nécessaire pour s'assurer que l'opérateur cofinanceur pourra « *faire face à ses engagements et acquitter des sommes qui lui seront facturées en contrepartie des prestations fournies* »[107]. SFR FTTH ajoute que la faculté de résiliation ouverte par son contrat « *ne remettrait pas en cause le bénéfice des droits d'usage acquis par l'OC »*[108]*,* dès lors que SFR FTTH « *est*

---

[103] Mémoire en réplique de Free, page 18

[104] Saisine de Free, page 23

[105] Mémoire en réplique de Free, page 18 : *« les conditions d'appréciation de la solvabilité sont au contraire incertaines et opaques : le contrat ne précise pas le niveau de garantie attendu, qui peut aller de la simple lettre de confort du nouvel actionnaire à une garantie à première demande en cas de défaut de paiement avec une reconstitution des sommes tirées ; ce caractère incertain des garanties donne in fine les moyens à SFR FTTH de refuser ou non une évolution du capital de l'opérateur commercial» ;*

[106] Observations en défense de SFR FTTH, page 66

[107] Observations en défense de SFR FTTH, page 65

[108] Observations en défense de SFR FTTH, page 64

privé de tout droit de résiliation si l'OC dont le contrôle a changé lui fournit les garanties nécessaires pour assurer sa solvabilité »[109].

4.3.2 Sur le Fond

L'Autorité estime que l'obligation de l'opérateur d'infrastructure de garantir la pérennité des droits d'usage issue du cadre symétrique exige que l'évolution de l'actionnariat du cofinanceur ne soit pas en tant que tel de nature à remettre en cause ses droits d'usage pour la durée pour laquelle ils lui ont été consentis. Par conséquent, comme indiqué dans sa recommandation précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique[110], dont le projet avait été mis en consultation publique du 6 février au 17 mars 2020 puis à nouveau du 7 juillet au 14 septembre 2020, une offre de cofinancement doit permettre à un opérateur l'ayant souscrite de bénéficier d'une certaine flexibilité dans son actionnariat. Ainsi, les éventuelles restrictions apportées par les offres de cofinancement aux évolutions capitalistiques de l'opérateur cofinanceur doivent être clairement définies et être raisonnables, objectives, transparentes***.***

En l'espèce, l'article 26 du Contrat, également appelée clause d'« *intuitu personae* » par les parties dans la présente procédure, autour duquel les échanges entre les parties se sont concentrés, prévoit qu'une garantie de solvabilité est requise dans les hypothèses de cession du Contrat et de changement de Contrôle et organise les conséquences du défaut de production par l'opérateur cofinanceur des garanties attendues dans de telles hypothèses, en particulier la résiliation du Contrat.

En effet, aux termes de cet article :

*« **Cession du Contrat et des droits d'usage associés par l'Opérateur***

*L'Opérateur pourra céder ou transférer le présent Contrat et corrélativement les droits d'usage qui en découlent à tout opérateur déclaré auprès de l'ARCEP au sens de l'article L33.1 du CPCE, sous réserve d'obtenir l'accord préalable de SFR FTTH qui sera octroyé sous réserve **de la mise en place préalable d'une ou plusieurs garanties par l'opérateur cessionnaire telles que prévues à l'article 18** du présent Contrat et ceux alors même que les conditions stipulées ne sont pas remplies. Ces garanties seront levées passé un délai maximum de 36 mois sans incident de paiement.*

Changement de contrôle de l'Opérateur

*SFR FTTH**, se réserve le droit en cas de changement de contrôle de l'Opérateur, de résilier le Contrat en fournissant tout motif adapté**, 8 (huit) jours calendaires après l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception faisant suite à ce changement. SFR FTTH proposera par la suite à l'Opérateur contrôlé par son nouvel actionnariat un Contrat que SFR FTTH s'engage à négocier de bonne foi. **SFR FTTH renoncera à mettre en œuvre cette résiliation dès lors que l'Opérateur sera en mesure de justifier de ses capacités à assumer ses engagements au titre du présent Contrat en fournissant des garanties de solvabilité au moins équivalentes à celles qui préexistaient préalablement à ce changement de contrôle***

*Dans l'hypothèse d'une résiliation**, les Parties se rapprocheront pour organiser le maintien des droits d'usage concédés à l'Opérateur** et le dispositif de maintenance associé pour les Accès en cours*

---

[109] Observations en défense de SFR FTTH, page 10

[110] L'Arcep y indique à propos notamment des changements capitalistiques de l'opérateur cofinanceur que : « *Dès lors, les contrats de cofinancement devraient offrir des garanties sur la pérennité et les possibilités de valorisation du droit d'usage concédé, afin que le droit accordé ne soit pas remis en cause par des considérations relevant de la stratégie des opérateurs cofinanceurs. Cette stratégie peut amener, les acteurs à faire évoluer leurs structures techniques, juridiques, capitalistiques et financières afin de s'adapter au jeu concurrentiel. Une offre de cofinancement devrait donc permettre à un opérateur l'ayant souscrite de bénéficier d'une certaine flexibilité concernant ses choix d'organisation et leurs éventuelles évolutions techniques, juridiques, capitalistiques ou financières. Les éventuelles restrictions apportées par les offres de cofinancement devraient être raisonnables, objectives, transparentes* ».

d'exécution ou en cours de commande mais non exécutées qui se poursuivent aux conditions du Contrat applicable jusqu'à la conclusion du nouveau Contrat, étant précisé que l'Opérateur ne pourra souscrire à d'autres tranches de co-investissement ni commander d'Accès à la ligne supplémentaires compte tenu de cette résiliation.» (gras ajoutés)

Il ressort de l'instruction qu'il existe dans le contrat une autre clause, l'article 18, intitulé « *garanties financières* », qui fixe la liste des cas dans lesquels une garantie financière pourra, de manière générale et tout au long de l'exécution du contrat, être demandée à l'opérateur cofinanceur, ainsi que les conséquences de son défaut de fourniture.

Les stipulations de cet article 18 prévoient ainsi qu'une garantie peut être demandée par SFR FTTH « *préalablement à la signature du présent contrat pour garantir le Plafond de l'Engagement »* et « *à tout moment pendant l'exécution du présent contrat pour garantir les paiements ».* Outre ces deux points, il est prévu que les conditions dans lesquelles une garantie de solvabilité peut être sollicitée dépendent de la situation de l'opérateur cofinanceur ou de sa maison mère (selon que l'opérateur cofinanceur, ou sa maison mère, fait l'objet d'un certain « rating » par certaines agences de notation citées au Contrat)[111].

Les stipulations de l'article 18.2.6 fixent également les conséquences du défaut de fourniture par l'opérateur cofinanceur de la garantie financière, par la mise en place d'un mécanisme d'acompte : « *L'absence de fourniture de la garantie financière, ou l'absence d'actualisation requise par SFR FTTH dans un délai d'un mois calendaire, à compter de la réception d'une lettre recommandée avec accusé de réception, entrainera une modification des conditions de facturation prévues. Ainsi, cette situation permettra à SFR FTTH d'exiger de la part de l'Opérateur au premier de chaque mois, le paiement par acompte des factures à échoir, sur une période de 12 (douze) mois maximum. Le montant de cet acompte correspond à celui du mois le plus élevé observé sur les 6 (six) derniers mois à partir de la date de demande de cet acompte. / Le non-paiement de cet acompte entraine la résiliation du présent contrat entre SFR FTTH et l'Opérateur après l'envoi d'une lettre de mise en demeure adressée par courrier recommandé avec accusé réception restée sans effet.* »

Les mécanismes issus des articles 18 et suivants du Contrat prévoient ainsi les cas dans lesquels, tout au long de l'exécution du contrat, la situation de l'opérateur cofinanceur ou de sa maison mère permet à SFR FTTH de solliciter une garantie ainsi que le mécanisme d'acompte notamment en cas de défaut de production de la garantie ainsi exigée par SFR FTTH. Il ressort des stipulations de ces articles que le mécanisme concerné peut non seulement s'appliquer à tout moment pendant l'exécution de ce dernier.

Les stipulations de l'article 26 relatives au « *Changement de contrôle de l'opérateur* » prévoient, quant à elles, que Free doit fournir à SFR FTTH des garanties de solvabilité *« au moins équivalentes à celles qui préexistaient préalablement à ce changement de contrôle »*, et qu'en l'absence de telles garanties SFR FTTH dispose de la faculté de résilier le Contrat sans même avoir recours aux mécanismes de dépôt de garantie et d'acompte de l'article 18 du Contrat.

---

[111] En substance, lorsque l'opérateur ou sa maison mère font l'objet d'un « rating » par ces agences de notation, une demande de garantie est adressée à l'opérateur cofinanceur dans deux hypothèses : Soit « *En cas de constatation de deux retards de paiement consécutifs de plus de 5 (cinq) Jours Ouvrés après mise en demeure de SFR FTTH* » soit lorsque l'opérateur cofinanceur ou, sa maison mère lorsque c'est elle qui fait l'objet de la notation (dit aussi « *rating* »), obtient une note en deçà d'un seuil prévu au Contrat.

Lorsque l'opérateur ou sa maison mère ne font pas l'objet d'un rating par les agences citées au Contrat, SFR FTTH peut lui demander la fourniture d'une garantie dans trois cas : « *En cas de constatation de deux retards de paiement consécutifs non remédiés dans les 5 Jours Ouvrés, après mise en demeure de SFR FTTH* ; « *En cas d'absence de publication par l'Opérateur de données financières »* ou en fonction de ratios financiers fixés par cet article.

Prévoir dans le contrat des mécanismes permettant à SFR FTTH d'obtenir des garanties de solvabilité de l'opérateur cofinanceur apparait légitime.

Néanmoins, l'Autorité considère, tout d'abord, que la nature des garanties attendues par SFR FTTH en application des stipulations de l'article 26 relatives au « Changement de contrôle de l'opérateur », à savoir des garanties *« au moins équivalentes à celles qui préexistaient préalablement à ce changement de contrôle* », ne sont pas clairement définies et ne sont donc pas suffisamment transparentes à l'égard de Free, ce que l'instruction est venue confirmer puisqu'elle n'a pas permis à l'Autorité de clarifier ce que SFR FTTH entendait concrètement exiger de la part de son cocontractant.

L'Autorité relève à cet égard la différence entre ces stipulations et celles de ce même article 26 relatives à la « *Cession du Contrat et des droits d'usage associés par l'Opérateur* » lesquelles prévoient plus clairement que l'accord de SFR FTTH pour la cession envisagée *« sera octroyé sous réserve de la mise en place préalable d'une ou plusieurs garanties* ***par l'opérateur cessionnaire telles que prévues à l'article 18 du présent Contrat*** *et ceux alors même que les conditions stipulées ne sont pas remplies »*.

L'Autorité estime, ensuite, que le mécanisme actuellement retenu par SFR FTTH qui implique que la durée effective des droits d'usage accordés par SFR FTTH puisse (par une résiliation ou une modification des clauses essentielles du Contrat), du seul fait d'un changement de contrôle de Free, être remise en cause dès lors que Free ne fournirait pas, dans une telle hypothèse, de garanties de solvabilité *« au moins équivalentes à celles qui préexistaient préalablement à ce changement de contrôle »*[112], n'apparaît ni justifié ni proportionné en ce qu'il est de nature à introduire une incertitude forte sur la pérennité des droits d'usage. Et ce, alors même que SFR FTTH dispose déjà, en vertu d'autres clauses du Contrat (articles 18 et suivants), de la faculté d'obtenir des garanties de solvabilité en fonction de l'évolution de la situation de l'opérateur cofinanceur ou de sa maison mère, à travers des mécanismes plus précis et plus adaptés[113].

De surcroit, si SFR FTTH soutient que *« la résiliation du Contrat ne remettrait pas en cause le bénéfice des droits d'usage déjà acquis par l'OC »*, l'Autorité relève au contraire que le Contrat, en se bornant à prévoir que *« les Parties se rapprocheront pour organiser le maintien des droits d'usage concédés à l'Opérateur »*, méconnait l'exigence de prévisibilité et de transparence des conditions d'accès dès lors que, comme le relève SFR FTTH, les droits d'usage acquis seront maintenus « *selon des conditions à définir »*[114].

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité considère que Free se trouve, *de facto*, dans une situation d'incertitude sur la durée effective de ses droits dès lors que cette durée pourrait, en pratique, en cas de changement de contrôle de Free et alors qu'aucune défaillance n'est constatée à son encontre, être remise en cause par SFR FTTH.

Ainsi, l'Autorité considère que les stipulations actuelles du Contrat sont de nature à créer, en cas de changement de contrôle de Free, une incertitude quant au devenir et donc à la pérennité des droits d'usage qui lui ont été concédés.

À cette fin, l'Autorité estime qu'il est justifié de laisser à SFR FTTH un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, pour proposer un Contrat modifié en ce sens. Afin que les négociations se déroulent dans de bonnes conditions entre les parties, SFR FTTH les initiera par l'envoi d'un premier projet de contrat modifié dans un délai raisonnable d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises en son application et des objectifs de

---

[112] Article 26 du Contrat

[113] En cas de défaut de fourniture de la garantie financière l'article 18.1 prévoit un dépôt de garantie et l'article 18.2.6 prévoit un mécanisme d'acompte

[114] Observations en défense de SFR FTTH, page 64

régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de *« développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques »* et *« d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale »*, l'Autorité considère que, compte tenu du caractère pérenne des droits d'usage accordés en contrepartie du cofinancement et de la prévisibilité légitimement attendue par l'opérateur cofinanceur, il est justifié et proportionné que SFR propose à Free un projet de contrat modifié afin que, en cas de changement de contrôle de Free, la nature des garanties attendues et les conditions dans lesquelles elles peuvent être exigées ainsi que celles relatives à une éventuelle résiliation s'inscrivent dans les mécanismes généraux déjà prévus par le Contrat, comme par exemple en renvoyant aux conditions prévues à l'article 18.

5 Sur les demandes de Free relatives aux évolutions et aux niveaux des tarifs

5.1 Cadre juridique applicable

L'article L. 34-8-3 du CPCE dispose que : *« L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point* [...] *permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers à des conditions économiques techniques et d'accessibilité raisonnables.* [...] *Il fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. »*

L'Autorité a notamment précisé les modalités de l'accès aux lignes FttH pour l'ensemble du territoire dans sa décision n° 2009-1106, dont l'article 2 dispose que :

« L'opérateur d'immeuble offre aux autres opérateurs l'accès aux lignes au point de mutualisation, sous forme passive, dans des conditions raisonnables et non discriminatoires. »

L'article 8 de la décision n° 2010-1312 relatif à la forme de l'accès précise en outre que :

« L'opérateur d'immeuble offre, au niveau du point de mutualisation, un accès aux lignes permettant de participer au cofinancement de celles-ci, tant ab initio *qu'*a posteriori*, ainsi qu'un accès passif à la ligne, en location.*

L'offre de cofinancement ab initio *permet à l'opérateur d'immeuble d'identifier, antérieurement à la construction du point de mutualisation, les demandes d'hébergements d'équipements passifs et actifs. Les offres d'accès* a posteriori *peuvent prévoir des conditions tarifaires tenant compte du risque encouru dans les conditions précisées à l'article 9 de la présente décision. »*

Les obligations tarifaires applicables sont ainsi complétées par l'article 9 de la décision n° 2010-1312 pour les territoires situés en zones moins denses[115] :

« Conformément à l'article 3 de la décision n° 2009-1106 de l'Autorité, les conditions tarifaires doivent être raisonnables et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité. Les conditions tarifaires de l'accès au point de mutualisation doivent correspondre à une prise en charge d'une part équitable des coûts d'installation des lignes et des ressources associées. Le taux de rémunération du capital utilisé pour la détermination des conditions tarifaires tient compte du risque encouru et confère une prime à l'opérateur d'immeuble. ».

S'agissant du partage du financement *ab initio*, l'Arcep a précisé dans la décision n° 2009-1106 que : *« Dans ce cadre et en application de l'article L. 34-8-3 du CPCE, il est raisonnable de prévoir que chaque*

[115] L'article 3 de la décision n° 2009-1106 précise les obligations tarifaires applicables à l'ensemble du territoire

opérateur paye une part équitable des coûts ayant vocation à être partagés par l'ensemble des opérateurs, et, en revanche, assume les coûts imputables à ses choix et modalités de déploiement propres, dans le respect des principes définis précédemment ».[116]

Les motifs de la décision n° 2009-1106 indiquent que la tarification des offres d'accès doit être établie en respectant les principes suivants, ainsi définis :

- *« le principe de non-discrimination : un traitement discriminatoire d'opérateurs se trouvant dans des situations similaires aurait pour conséquence d'affaiblir la dynamique concurrentielle sur le marché de détail, en favorisant artificiellement une situation ou un choix stratégique ;*
- *le principe d'objectivité : la tarification mise en œuvre par l'opérateur doit pouvoir être justifiée à partir d'éléments de coûts clairs et opposables ;*
- *le principe de pertinence : les coûts doivent être supportés par les opérateurs qui les induisent ou ont usage des infrastructures ou prestations correspondantes ; ainsi, l'opérateur d'immeuble ne doit pas supporter de coûts induits par la pose de fibres supplémentaires pour d'autres opérateurs ; en outre, ce principe appelle une cohérence entre partage des coûts et partage des revenus ultérieurs éventuels liés à l'accueil d'opérateurs se raccordant ultérieurement à l'immeuble ;*
- *le principe d'efficacité des investissements : les coûts pris en compte doivent correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace ; il convient donc que l'opérateur d'immeuble ne fasse pas supporter de coûts indus ou excessifs aux opérateurs tiers* [...] *».*

Ces principes sont rappelés aux articles 6 et 9 de la décision n° 2010-1312 relatifs à l'obligation d'accès passif au point de mutualisation et aux modalités tarifaires applicables. Ces deux articles prévoient en particulier que l'accès au point de mutualisation doit être proposé « *dans des conditions raisonnables, objectives, transparentes et non discriminatoires* ».

L'article 4 de la décision n° 2009-1106 impose la publication d'une offre d'accès ainsi que l'obligation d'établir et de tenir à jour *« des informations relatives aux coûts retraçant les investissements réalisés et présentant un degré de détail suffisant pour permettre le contrôle par l'Autorité du respect des dispositions de l'article 3 »* ; cette obligation est reprise dans les mêmes termes à l'article 10 de la décision n° 2010-1312.

L'Arcep a indiqué, dans les motifs de la décision n° 2009-1106, que la tarification de l'opérateur d'infrastructure doit *« <u>encourager l'investissement des opérateurs, notamment à travers les schémas de cofinancement</u> prévoyant un partage équitable des coûts entre opérateurs »*[117] et notamment qu'*« [i]l convient que les conditions tarifaires mises en place* […] *<u>incitent les opérateurs à investir et a minima ne les en dissuadent pas</u>* […] *le schéma proposé* [du cofinancement] *<u>favorise l'investissement dans le fibrage des immeubles, en encourageant un partage des coûts et donc du risque</u> »*[118] (soulignements ajoutés).

Pour favoriser l'investissement des opérateurs alternatifs dans les réseaux FttH en mutualisant la partie terminale du réseau, le cadre réglementaire promeut ainsi le cofinancement, particularité de la régulation du FttH.

L'Arcep a également précisé que cette incitation à venir cofinancer se traduit par une nécessité de visibilité pour les opérateurs cofinanceurs, comme l'indique la décision précédemment citée : *« Pour s'engager dans des projets d'investissement ou de co-investissement aussi importants, <u>les opérateurs</u>*

---

[116] Décision n°2009-1106, page 29

[117] Décision n° 2009-1106, motifs, page 27

[118] Décision n° 2009-1106, motifs, page 29

<u>ont besoin d'une certaine visibilité</u> sur les coûts qu'ils encourront et sur les recettes qu'ils percevront »[119] (soulignement ajouté).

Dès lors, au regard de l'objectif d'inciter les opérateurs à investir en cofinancement dans les réseaux FttH et à *« construire des plans d'affaires précis »*[120], il apparait justifié que les opérateurs cofinanceurs puissent bénéficier d'une visibilité adéquate sur leurs investissements.

Ce besoin de visibilité renforcée est d'autant plus nécessaire que, s'il est exact que tout opérateur est libre d'investir dans le réseau FttH de SFR FTTH, il n'en demeure pas moins que la boucle locale optique mutualisée revêt, selon l'Autorité de la concurrence, le caractère de « monopole naturel » dans les zones moins denses[121] et que les conditions de prévisibilité entourant le processus de fixation des tarifs du cofinancement du FttH constituent des facteurs favorisant une concurrence effective et loyale entre les opérateurs, au même titre que le niveau tarifaire proposé.

L'Arcep a notamment pu rappeler que *« La détention et l'exploitation du réseau mutualisé, qui n'est pas réplicable, sur un marché dont les prestations sont indispensables à la fourniture sur un marché de détail aval sont susceptibles de générer des comportements anticoncurrentiels et économiquement sous-optimaux. D'une part, le détenteur de cette portion non réplicable peut se livrer à des abus d'exploitation, notamment en pratiquant un prix d'accès à son infrastructure bien supérieur au prix d'équilibre afin de se réserver une rente de monopole dont les ressources peuvent distordre la concurrence sur d'autres marchés.* […] *D'autre part, le détenteur de cette portion non réplicable peut se livrer à des abus d'éviction sur le marché aval en favorisant sa propre entreprise ou sa filiale dans la fourniture de la prestation amont* […] *»*.[122] Ces éléments renforcent le besoin de visibilité des cofinanceurs, permettant notamment de satisfaire l'objectif de l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale, prévu par les dispositions de l'article L. 32-1 du CPCE.

L'Arcep considère qu'apporter une visibilité raisonnable à l'opérateur cofinanceur du réseau FttH sur les tarifs dont il s'acquitte et aura à s'acquitter participe au maintien de la confiance et à l'incitation à l'investissement dans un réseau FttH qui a vocation à devenir progressivement l'infrastructure de référence de boucle locale fixe et, partant, le principal support de l'activité des opérateurs sur le marché du haut et du très haut débit à moyen et long termes, tout en permettant de donner davantage d'autonomie aux opérateurs qui participent au développement d'une concurrence pérenne au bénéfice des utilisateurs finals, et répond ainsi aux objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE.

Dans le cadre de la décision de règlement de différend n° 2018-0569-RDPI en date du 17 mai 2018 opposant la société Free et la société Orange[123], l'Autorité a indiqué que *« le cadre réglementaire précisant les modalités de l'accès au réseau FttH a* […] *bien établi un lien entre les tarifs d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux »*.

---

[119] Décision n° 2009-1106, motifs, page 28

[120] Décision n 2009-1106, motifs, page 28

[121] Avis n° 10-A-18 du 27 septembre 2010 relatif à un projet de décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le déploiement de la fibre optique en dehors des zones très denses [projet de décision n° 2010-1312], page 8 : *« Dans les zones concernées, désignées « zones moins denses » par l'ARCEP, cette situation présente plusieurs caractéristiques : / - la boucle locale en fibre optique revêt le caractère d'un monopole naturel, c'est-à-dire qu'un opérateur qui installerait un réseau fibre aurait peu de chance de voir un réseau concurrent s'installer* […] *»*. L'ADLC notait à cet égard que *« Cette situation n'est cependant pas absolue : il peut exister une concurrence technologique ; les incitations des acteurs à déployer peuvent évoluer ; des stratégies d'éviction peuvent motiver des investissements non rentables à court terme, etc. »*

[122] Décision n° 2010-1312, motifs, pages 30 et 31

[123] Décision n° 2018-0569-RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 17 mai 2018 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Free et la société Orange

La Cour d'appel de Paris[124], saisie d'un recours exercé par Orange à l'encontre de cette décision de règlement de différend, a considéré que *«* [l]*es tarifs que la société Orange fixe dans le contrat d'accès qu'elle propose aux autres opérateurs doivent garantir le caractère raisonnable des conditions économiques d'accès à ses lignes locales FttH et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité ».* En estimant qu'il n'est pas contesté que *« la société Orange n'est soumise à aucune obligation de corrélation entre ses tarifs et les coûts qu'elle supporte, ni d'orientation vers ces coûts »*, la Cour d'appel souligne que *«* [p]*our autant, on ne saurait en conclure, comme le fait la société Orange, à l'absence de tout lien entre les tarifs et les coûts dont il pourrait être déduit que la décision attaquée, en imposant une obligation d'explicitation et de transparence, a méconnu les principes posés, en particulier, par l'article L. 34-8-3 du CPCE »* et précise que *« ce lien résulte directement du cadre réglementaire de l'accès aux boucles locales et du cofinancement »*.

Par ailleurs, les décisions n° 2009-1106 et n° 2010-1312 susmentionnées mettent en avant le besoin de prévisibilité des opérateurs commerciaux, à travers plusieurs dispositions, qu'il s'agisse des obligations de transparence (publication des offres) ou des obligations tarifaires.

Dans les motifs de la décision n° 2009-1106 se rapportant à l'obligation de publication des offres d'accès mentionnée à l'article 4 de cette même décision, il est indiqué que *«* [l]*es opérateurs tiers ont besoin, lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leurs stratégies techniques et commerciales, de disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par l'opérateur d'immeuble. »* (Soulignement ajouté)

Dans les motifs de la décision n° 2009-1106 se rapportant aux conditions tarifaires de l'accès, l'Autorité indique *« partage*[r] *pleinement l'analyse de la Commission concernant la nécessité d'un niveau de prévisibilité suffisant pour permettre à l'ensemble des opérateurs, et notamment à ceux souhaitant s'engager dans le co-investissement, de construire des plans d'affaires précis. Pour s'engager dans des projets d'investissement ou de co-investissement aussi importants, les opérateurs ont besoin d'une certaine visibilité sur les coûts qu'ils encourront et sur les recettes qu'ils percevront. »*[125]

Dans les motifs de la décision n° 2010-1312, l'Autorité précise qu'*«* [e]*n dehors des zones très denses, il apparaît nécessaire que l'opérateur d'immeuble propose aux opérateurs tiers des modalités d'accès garantissant un accès pérenne dans des conditions non discriminatoires et permettant de monter dans l'échelle des investissements. »*[126]

Il ressort de ce qui précède, au regard de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions prises pour son application, des objectifs de prévisibilité qu'elles visent ainsi que des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE liés en particulier à la promotion des investissements et de l'innovation dans les infrastructures, à l'exercice, au bénéfice des utilisateurs, d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau, à l'aménagement et l'intérêt des territoires et la diversité de la concurrence dans les territoires, que, d'une part, les évolutions tarifaires doivent reposer sur des éléments objectifs qui doivent pouvoir être justifiés, afin notamment qu'elles n'aient pas pour effet de fragiliser les investissements consentis ou de remettre en question les investissements projetés par les opérateurs commerciaux en remettant *in fine* en cause leur accès aux lignes FttH.

[124] CA Paris, pôle 5 – ch. 7, 26 sept. 2019, n° 18/15781

[125] Décision n° 2009-1106, page 28

[126] Décision n° 2010-1312, page 30

5.2 Sur la demande de Free relative à la capacité de SFR FTTH de modifier unilatéralement ses tarifs (demande 2)

5.2.1 Rappel des demandes

Free demande à l'Arcep que *« les facultés de modification unilatérale des conditions tarifaires liées à l'offre de cofinancement du Contrat et pour les prises situées en zone AMII ne puissent être exercées qu'aux deux conditions cumulatives suivantes :*

- *la modification tarifaire unilatérale s'effectue en application de l'indexation tarifaire prévue à l'article 15.4 du Contrat et pour les seuls tarifs qui sont explicitement listés aux articles 15.4.1 et 15.4.2 ;*
- *la modification tarifaire unilatérale ne conduit pas à ce que le cumul des tarifs récurrents applicables entre le NRO et le PM d'une part, et entre le PM et la PTO d'autre part, ramené à la ligne active, excède la moyenne des tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires.*

Les autres modifications tarifaires, que ce soit par modification d'un tarif existant ou création d'un nouveau tarif ne peuvent être effectuées de manière unilatérale, mais uniquement par l'intermédiaire d'un avenant négocié de bonne foi et signé par les deux parties au Contrat. »[127]

Free demande ainsi l'encadrement du pouvoir de modification unilatérale de SFR FTTH en prévoyant, d'une part, que les tarifs récurrents éligibles à l'indexation ne dépassent pas la moyenne des tarifs récurrents de la zone AMII, d'autre part, pour les évolutions tarifaires hors indexation, que SFR FTTH soit tenu de conclure un avenant après négociation de bonne foi.

5.2.2 Sur l'encadrement de l'évolution des tarifs prévu actuellement au contrat d'accès de SFR FTTH

Le Contrat de SFR FTTH encadre les conditions de modification par SFR FTTH des tarifs d'accès, aussi bien en cofinancement qu'en location à la ligne. Il prévoit d'une part des clauses d'indexation pour la quasi-totalité des tarifs[128] (5.2.1.) et, d'autre part, une clause permettant d'augmenter les tarifs unilatéralement dans des cas précis (5.2.2).

a) Les clauses d'indexation

Aux termes du Contrat de SFR FTTH, la quasi-totalité des tarifs[129] peut être révisée en application de la clause d'indexation, laquelle précise que (articles 15.4.1 et 15.4.2) : *« Les tarifs seront révisés uniquement à la hausse une fois par année civile (…) en fonction de l'évolution de l'indice ».*

---

[127] Saisine de Free, page 13-14

[128] 1 Tarifs applicables au PM, 2 Tarifs applicables au raccordement au PRDM, 3 Tarifs applicables aux Lignes FTTH en cofinancement, 4 Tarifs applicables aux Lignes FTTH (accès passif en location), 6 Contribution au CCF et répartition entre les opérateurs

[129] Les tarifs non indexés sont les suivants : droits de suite pour les lignes FTTH en cofinancement, cas de raccordement long pour le CCF, les contributions au CCF, leur répartition entre opérateurs (sauf les frais de gestion à charge de SFR FTTH) et les pénalités de SFR FTTH.

L'article 15.4.1 qui concerne les dépenses d'investissement prévoit que les tarifs visés[130] évoluent en fonction de l'évolution de l'indice Insee TP12d - Réseaux de communication en fibre optique.

L'article 15.4.2 qui concerne les dépenses de fonctionnement prévoit que les tarifs visés[131] évoluent en fonction de l'évolution de l'indice Insee ICT - Salaires et charges « Information, communication » pondérée à 75 %.

b) D'autres clauses fixent les conditions de modification des principaux tarifs

Le Contrat stipule que *« L'Annexe 2 sur les prix peut être modifiée à tout moment par SFR FTTH en cours d'exécution du présent contrat ».* Dans ce cas, le Contrat encadre les conditions de notification de ces évolutions tarifaires, le délai prévenance est de 1 mois en cas de changement à la baisse et de 3 mois en cas de changement à la hausse.

Par exception à cette capacité à modifier les prix « *à tout moment* », les principaux tarifs[132] *« ne sont pas modifiables unilatéralement à l'exception de la mise en œuvre des stipulations de l'article 15.4 indexation »* sauf dans trois cas fixés par l'article 19 :

- « *à la suite d'une décision de l'Arcep saisie en règlement de différend » ;*
- *« en tant que résultante d'une évolution de la réglementation applicable aux déploiements des lignes FTTH sur la zone concernée » ;*
- *« en cas d'événement extérieur dument motivé, indépendant de la volonté de SFR FTTH, bouleversant l'économie générale du Contrat et ayant pour effet de renchérir les coûts de déploiements ou d'exploitation des Lignes FTTH pouvant être mises à disposition au titre du présent Contrat. »*

En revanche, l'Autorité relève qu'il ressort de la lecture du Contrat qu'aucune stipulation ne précise les conditions encadrant la création de tarifs et leur évolution.

5.2.3 Analyse de la demande de Free d'encadrer le pouvoir de modification unilatérale de certains tarifs d'accès de SFR FTTH

À titre liminaire, l'Autorité estime que la demande 2 de Free ne saurait se confondre, contrairement à ce que soutient SFR FTTH, avec la demande qui avait été portée par Free dans le cadre du règlement de différend avec Orange en 2018.

---

[130] Frais d'accès au service d'hébergement au PM (hébergement actif ou passif) (Article 1 de l'Annexe 2), Passage d'un câble entre infrastructure Orange et un PM (Article 2 de l'Annexe 2), Frais d'accès au service – Raccordement au PRDM (Article 2 de l'Annexe 2), Tarifs applicables aux lignes FTTH – co-investissement (Article 3.a et 3.b de l'Annexe 2), Frais d'accès au service pour un Raccordement final d'une Ligne FTTH

[131] Redevance mensuelle par Ligne Active (Co-investissement) (Article 3.d de l'Annexe 2), Maintenance du Câblage Client Final Raccordement final (Article 3.e de l'Annexe 2), Redevances mensuelles par Ligne Active (accès passif en location) (Article 4 de l'Annexe 2), Frais de migration de l'accès passif en location vers le Co-Investissement (Article 4 de l'Annexe 2), Redevance mensuelle d'un Raccordement final réalisé ab initio, Frais de gestion du Raccordement final par Ligne (Article 6.c de l'Annexe 2), Pénalité pour cas de défaut d'envoi du compte rendu d'installation de CCF d'un Raccordement final par l'OC, Pénalité pour déplacement à tort de technicien, Pénalité en cas d'activation de Ligne sans commande d'accès, Pénalité pour commande d'accès non conforme, Pénalité pour annulation par l'OC de commande postérieure à l'envoi du CR de commande, Pénalité pour non-confirmation de rendez-vous suite à une réservation dans E-RDV, Pénalité pour signalisation à tort de SAV

[132] 1 Tarifs applicables au PM, 2 Tarifs applicables au raccordement au PRDM, 3 Tarifs applicables aux Lignes FTTH en cofinancement, 4 Tarifs applicables aux Lignes FTTH (accès passif en location), 6 Contribution au CCF et répartition entre les opérateurs

En effet, et comme l'indique Free dans ses écritures, il n'est pas demandé à SFR FTTH de lui fournir des éléments lui permettant d'appréhender ses coûts. En l'occurrence, Free considère en substance qu'il ne peut pas se fier aux coûts que lui fournirait SFR FTTH, du fait de la structure actionnariale du groupe Altice, qui contient plusieurs sociétés de sous-traitance auxquelles SFR FTTH fait appel pour la construction ou l'exploitation du réseau.[133]

Free souligne dans ses écritures que : *« Dans le cadre du différend 2018-0569 Free demandait à Orange de supprimer toute capacité de modification unilatérale de ses tarifs. La demande formulée dans le cadre du présent différend est restreinte aux seuls tarifs récurrents, et laisse à SFR FTTH la faculté de modifier unilatéralement ces tarifs, tant qu'ils ne dépassent pas le niveau constaté sur le reste de la zone AMII. »*[134]. Il précise en réponse au deuxième questionnaire des rapporteurs que *« Nous demandons à ce que les facultés de modifications unilatérales soient bornées pour les tarifs récurrents et pour les tarifs non-récurrents par les dispositions d'indexation tarifaire définies par les articles 15.4.1 et 15.4.2. Nous demandons en outre pour les « seuls tarifs récurrents » (attachés au coinvestissement) que ces modifications unilatérales soient de plus, bornée par un deuxième plafond, évolutif dans le temps, défini par la moyenne des tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires »*[135].

L'Autorité estime que la demande qui avait été formulée dans le cadre du règlement de différend l'opposant à Orange en 2018 et celle faisant l'objet du présent règlement de différend ne sauraient se confondre. En particulier, l'Autorité relève que la demande 2 de Free dans le cadre du présent différend ne recoupe que partiellement celle formulée à l'encontre d'Orange en 2018. Ainsi, dans le règlement de différend de 2018, les demandes de Free portaient sur un besoin de visibilité des évolutions tarifaires compte tenu de sa position particulière de cofinanceur, et l'une de ses demandes visait à ce que *« le principe de modification unilatérale de prix par Orange soit supprimé »* au profit d'une clause imposant un accord entre les parties pour toute évolution tarifaire. La demande de Free examinée dans la présente décision vise bien à modifier le mécanisme de modification unilatérale de SFR FTTH afin de le limiter aux tarifs soumis à la clause d'indexation et jusqu'à un certain plafond pour les tarifs récurrents. Ainsi, si, en 2018, Free demandait à Orange la suppression pure et simple de la clause de modification unilatérale des tarifs d'Orange, Free demande ici un encadrement des modalités d'évolution des tarifs.

L'Autorité estime ainsi, contrairement aux affirmations de SFR FTTH, que la demande 2 de Free dans le présent règlement de différend, si elle rejoint l'objectif poursuivi par Free dans le cadre du règlement de différend de 2018 contre Orange, à savoir notamment de disposer de plus de prévisibilité, est différente de la demande qui avait été examinée par l'Autorité en ce qu'elle consiste à organiser, dans sa relation contractuelle avec SFR FTTH, les modalités de discussion des évolutions tarifaires. Par conséquent, SFR FTTH n'est pas fondé à prétendre que la demande de Free doit être, pour les mêmes raisons que celles débattues devant l'Autorité dans le cadre de son RDD contre Orange, rejetée.

---

[133] *« SFR FTTH est, au contraire d'Orange, une structure assez légère. Une grande partie des coûts de production et d'exploitation du réseau de SFR FTTH découlent de contrats de sous-traitance conclus sans mise en concurrence avec des sociétés ayant des actionnaires communs. Nous estimons, à tort ou à raison, ne pas avoir le même niveau de garantie que les coûts constatés par SFR FTTH correspondent aux coûts réels et efficaces de construction et d'exploitation du réseau. » ;* Mémoire en réplique de Free, page 22

[134] Mémoire en réplique de Free, page 22

[135] Réponse de Free au deuxième questionnaire des rapporteurs, p.15.

a) Le principe d'un encadrement des clauses de modification unilatérale des tarifs est légitime

Free soutient que sa demande vise à « *encadrer les facultés contractuelles laissées à SFR FTTH pour augmenter unilatéralement ses tarifs existants* »[136] de façon à ce que « *les tarifs de gros de SFR FTTH ne soient pas modifiables, a minima au-delà d'une certaine limite correspondant aux prix de marché dans des zones équivalentes, sans que SFR FTTH n'engage avec Free une négociation de bonne foi* »[137]. Ainsi, « *Cela ne veut pas dire que les tarifs ne pourront jamais évoluer, par mutuel agrément ou suite à un contentieux, si SFR FTTH apporte les preuves d'une nécessité de hausse* »[138] ; « *[l]a seule vraie contrainte qu'induit la demande 2, c'est que si SFR FTTH veut augmenter ses tarifs au-delà* [de cette limite]*, elle devra apporter les arguments et éléments de quantification soutenant sa demande* »[139].

Free motive sa demande d'encadrement du pouvoir de modification unilatérale de SFR FTTH en indiquant également qu'il entend « *coinvestir massivement* »[140] dans les réseaux déployés par SFR FTTH en zone AMII mais qu'il convient préalablement d'encadrer *« les capacités de SFR FTTH à faire évoluer de manière unilatérale les prix dans la durée »*[141].

De son côté, **SFR FTTH** soutient que *« le débat élevé par Free porte essentiellement sur le plafonnement des tarifs récurrents de cofinancement »*[142]. Ainsi *« Free semble vouloir « caper » les tarifs récurrents »*[143]. Or, *« à rebours de ce que prétend Free, il va de soi que les prix doivent pouvoir évoluer si les coûts évoluent, et ce d'autant plus qu'aucune obligation d'orientation vers les coûts n'est imposée aux OI. »*[144]

SFR FTTH fait également valoir qu'il n'appartient pas à Free de décider *« si les évolutions qu'il entend appliquer sont justifiées ou non »*[145] et que la visibilité à laquelle l'opérateur cofinanceur peut prétendre, laquelle dépend de son niveau de cofinancement, est une visibilité raisonnable et *« non pas absolue »*[146]. Il indique également que : *« soumettre les évolutions des tarifs en cause à l'accord de Free »*, *« remettrait en cause le principe de non-discrimination que SFR FTTH est tenue d'appliquer »*[147] et que la demande est d'autant moins justifiée qu'en cas de désaccord sur l'évolution tarifaire, *« Free pourrait naturellement en discuter avec SFR FTTH avant leur entrée en vigueur et, en cas de désaccord, en saisir l'ARCEP en* [règlement de différend] *»*[148].

L'Autorité rappelle que, conformément au cadre législatif et réglementaire (rappelé ci-avant, partie 5.1), la société SFR FTTH doit, en tant qu'opérateur d'infrastructure *« établissant ou ayant établi »* une ligne FttH, donner accès à cette ligne aux opérateurs commerciaux à des conditions raisonnables, tant

---

[136] Saisine de Free, page 38

[137] Saisine de Free, page 34

[138] Saisine de Free, page 34

[139] Mémoire en réplique de Free, page 23

[140] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 8

[141] Saisine de Free, page 32. Free ajoute dans sa réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 17 : *« Compte tenu des sommes en jeu, il est indispensable que les contrats entre les OI et les OC soient robustes. Le principe d'une modification unilatérale et libre des tarifs à l'initiative de l'opérateur d'immeuble n'est pas compatible les besoins légitimes de l'opérateur commercial cofinanceur, notamment avec le besoin de sécurité et de prévisibilité économiques attachés à la notion de droit pérenne pour le cofinancement de ces réseaux ».*

[142] Observations en défense de SFR FTTH, page 78

[143] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 42

[144] Observations en défense de SFR FTTH, page 10

[145] Observations en défense de SFR FTTH, page 80

[146] Observations en défense de SFT FTTH, page 79

[147] Observations en défense de SFR FTTH, page 80

[148] Observations en défense de SFR FTTH, page 80

au moment de l'élaboration et de la publication que de la modification des conditions tarifaires de son offre d'accès[149].

En l'espèce, Free formule une demande de révision des conditions contractuelles de mise en œuvre par SFR FTTH de son pouvoir de modification unilatérale, au profit de l'introduction au Contrat d'un seuil au-delà duquel les évolutions tarifaires envisagées par SFR FTTH ne pourront être décidées que par voie d'avenant, après négociation de bonne foi.

L'Autorité considère qu'il est légitime que l'opérateur d'infrastructure puisse faire évoluer ses tarifs lorsque cela est justifié. À cette fin, si un pouvoir de modification unilatérale de l'opérateur d'infrastructure peut, dans certaines circonstances, être légitime, un tel pouvoir de modification doit néanmoins être mis en balance avec le besoin légitime de Free de disposer de la visibilité et de la prévisibilité adéquates au regard des investissements nécessaires au cofinancement.

En l'espèce, et compte tenu du fait que le mécanisme actuel n'encadre ni les évolutions tarifaires successives qui pourraient être décidées en application du mécanisme d'indexation, ni celles résultant de l'application des stipulations de l'article 19, il apparaît que Free se trouve dans une situation d'incertitude sur les évolutions tarifaires qui pourraient intervenir pendant la durée pour laquelle les droits d'usage lui ont été consentis, impactant ses besoins de visibilité et de transparence.

Or, l'Autorité considère que le statut particulier de cofinanceur du réseau FttH implique que celui-ci dispose d'une prévisibilité et d'une transparence adéquate, s'agissant notamment des dépenses récurrentes, ainsi que de la visibilité nécessaire lui permettant d'apprécier le caractère raisonnable des évolutions tarifaires envisagées.

L'Autorité constate à cet égard que la demande de Free, qui porte sur les modalités contractuelles selon lesquelles certaines évolutions tarifaires pourront être décidées unilatéralement par SFR FTTH alors que d'autres devront impliquer un avenant signé par les parties après négociation de bonne foi, a pour implication première de renforcer la nécessité pour SFR FTTH d'expliquer et justifier ses évolutions tarifaires au-delà d'un certain seuil tout en lui laissant la possibilité de saisir, le cas échéant, l'Arcep en l'absence de signature d'un avenant, sur la base de ses propres informations.

Par ailleurs, si la demande de Free est effectivement susceptible de faire obstacle à une augmentation de ses tarifs par SFR FTTH sans recourir à un avenant avec Free, elle ne peut en revanche être regardée comme ayant pour objet ou pour effet de créer un plafond au-delà duquel SFR FTTH ne pourrait en toute hypothèse faire évoluer ses tarifs.

Partant, et au regard des éléments développés précédemment (cf en particulier partie 5.1), l'Autorité considère que Free est légitime à demander que l'étendue du pouvoir de modification unilatérale des tarifs prévue par le Contrat soit fondée sur des bases objectives et transparentes et encadrée par un mécanisme de seuil défini au contrat, participant à la satisfaction du besoin de ce dernier de disposer d'une visibilité et prévisibilité suffisantes sur l'évolution des tarifs.

De plus, la circonstance que certaines modifications des tarifs nécessiteraient l'accord de Free n'est pas de nature à constituer en soi un manquement à l'obligation de non-discrimination. Ceci ne fait en effet pas obstacle à ce qu'elles soient proposées à d'autres opérateurs cofinanceurs et si Free demande à en bénéficier, il ne demande pas à ce qu'elle lui soit réservée.

Enfin, contrairement à ce que soutient SFR FTTH, l'Arcep estime que la faculté dont dispose Free de saisir l'Arcep d'un règlement de différend portant sur les conditions tarifaires de l'accès proposées par SFR FTTH n'exonère pas ce dernier de fournir à Free, en sa qualité de cofinanceur, des modalités contractuelles encadrant les évolutions tarifaires de l'accès. Pour des évolutions devant faire l'objet d'un avenant, et en cas de refus de la part de Free de signer, il sera toujours possible pour SFR FTTH

[149] Décision n° 2009-1106, motifs, page 28

de saisir l'Autorité sur la base d'éléments dont il a l'entière maîtrise, lui permettant de justifier de l'évolution tarifaire souhaitée.

Au regard de ce qui précède, l'Arcep considère, en l'espèce, qu'un mécanisme contractuel qui impose à SFR FTTH de procéder par voie d'avenant pour les augmentations tarifaires excédant un certain seuil constitue un encadrement justifié et proportionné du pouvoir de modification de l'opérateur d'infrastructure sur les tarifs d'accès. Un tel mécanisme participe au maintien de la confiance et à l'incitation et à la fiabilité des investissements consentis par les cocontractants cofinanceurs dans un réseau FttH qui a vocation à devenir progressivement l'infrastructure de référence de boucle locale fixe, et répond ainsi aux objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE de *« développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques »* et *« d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale »*.

b) Les mécanismes actuellement prévus par le Contrat sont insuffisants pour répondre à ce besoin

Selon Free, « *les facultés de modification unilatérales des tarifs du Contrat* » ne sont « *ni objectives ni raisonnables au sens de l'article 9 de la décision n° 2010-1312 » et « contreviennent au principe de prévisibilité économique »*[150].

SFR FTTH soutient de son côté que les stipulations du Contrat ne font que : *« traduire les conditions objectives dans lesquelles SFR FTTH peut devoir faire évoluer ses tarifs, notamment en considération des évolutions de ses conditions de déploiement. »*[151]

En premier lieu, selon Free, la clause d'indexation, telle que prévue au Contrat, confère à SFR FTTH une *« capacité d'évolution tarifaire unilatérale du Contrat [qui] n'est ni raisonnable ni objective »*[152].

D'abord, la clause d'indexation de SFR FTTH, qui exclut de répercuter sur les tarifs une éventuelle diminution des indices auxquels elle se réfère, « *parait déséquilibrée* » selon Free. Elle permet seulement l'évolution des tarifs à la hausse, ce qui *« ne peut, mécaniquement, qu'entrainer un déséquilibre progressif du Contrat initial, en éloignant les tarifs récurrents des coûts sous-jacents. »*[153]

Ensuite, le recours à un indice fixe ne permet pas, selon Free, de rendre compte des évolutions dans la durée des différentes composantes du tarif récurrent[154] et souligne ainsi que *« l'index du contrat ne capture qu'une partie des coûts, moins de la moitié ; il n'est pas rationnel d'indexer les coûts de génie civil ou les frais financier sur un index de coût du travail »*[155].

SFR FTTH indique, pour sa part, que cette clause est légitime car *« les évolutions pouvant intervenir en vertu de l'article 15.4 du Contrat sont toutes liées à des évolutions des coûts sous-jacents pour fournir*

---

[150] Saisine de Free, page 42

[151] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 44

[152] Saisine de Free, page 38

[153] Free indique également que *« L'indexation ne capte donc que les facteurs haussiers salariaux, sans les facteurs baissiers liés aux frais financiers. Et même si d'aventure l'indice des salaires baissait, SFR FTTH a inclus une rigidité à la baisse » ;* Saisine de Free, page 39

[154] Free soutient que les tarifs récurrents de cofinancement *« recouvrent une composante de génie civil, une composante de travail et d'exploitation, et une composante financière elle-même liée au coût du capital, au coût de construction des prises et au rythme de vente des tranches. En outre les proportions entre ces trois composantes de génie civil, d'exploitation et de portage financier évoluent dans le temps, ce qui conduirait à ce que les pondérations des différentes composantes (travail, capital, …) de l'index évoluent elles-mêmes dans le temps. Dès lors construire un index composite reflétant les coûts et tarifs récurrents parait complexe. » ;* Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 17

[155] Réponse de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 17

les prestations en cause, ce que reflètent les indices Insee pour les tarifs indexés et ce qu'indique expressément l'article 19 du Contrat en visant leur évolution imprévisible »[156] et considère que le cadre réglementaire l'autorise à prendre en compte les effets de l'inflation[157].

Ensuite, il soutient que l'article d'indexation 15.4 du Contrat apporte une visibilité raisonnable à un opérateur cofinanceur *« puisque les Tarifs indexés (qui incluent ceux de cofinancement sur lesquels porte uniquement la Demande) évoluent sur la base d'indices définis, pertinents et publiés (et donc opposables). »*[158]

L'Autorité considère que le principe d'un encadrement de l'évolution des tarifs, tel que la mise en œuvre d'une indexation tarifaire, peut viser à permettre à l'opérateur d'infrastructure de procéder à une évolution des tarifs, en regard d'une évolution attendue de ses coûts, tout en tenant compte des besoins de prévisibilité des opérateurs commerciaux.

En effet, le principe d'une indexation annuelle de certains tarifs de cofinancement fondée sur l'évolution en glissement annuel d'un indice pertinent et transparent participe de la visibilité des opérateurs cofinanceurs sur les évolutions tarifaires tout en permettant à l'opérateur d'infrastructure que ses tarifs ne se dévaluent pas dans le temps au regard de certaines évolutions attendues de ses coûts. À cet égard, l'Autorité constate que le principe d'une clause d'indexation des tarifs de cofinancement, qui constitue d'ailleurs une pratique d'une partie du marché, n'est pas remis en cause par Free.

Pour autant, ainsi que rappelé dans le cadre juridique exposé ci-avant, un opérateur d'infrastructure doit fournir aux opérateurs commerciaux un accès à des conditions raisonnables, notamment tarifaires, et cette obligation s'applique tant aux tarifs initiaux qu'aux tarifs modifiés ultérieurement.

En conséquence, l'Arcep estime que l'application d'une indexation n'apparait justifiée que dans la mesure où elle ne conduit pas à un tarif déraisonnable. Elle rappelle à cet égard que le cadre réglementaire précisant les modalités de l'accès au réseau FttH a établi un lien entre les tarifs d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux ; le caractère raisonnable d'un tarif s'apprécie donc en particulier au regard des coûts.

Or, l'application automatique et successive de l'indexation, uniquement à la hausse et *a fortiori* au niveau de son plafond, est susceptible de conduire à une décorrélation entre les coûts et les tarifs.

En l'espèce, d'une part, la clause d'indexation de SFR FTTH, qui exclut en tout état de cause la révision des tarifs à la baisse, comprend des indices de nature à faire évoluer les tarifs à la hausse alors même que certains coûts sous-jacents des tarifs de l'accès semblent orientés à la baisse à long terme[159]. Par

---

[156] Observations en défense de SFR FTTH, page 78

[157] Observations en défense de SFR FTTH, page 75 : *« De la même manière, l'ARCEP indique qu'il convient de tenir compte chaque année de l'inflation :* « Dans un souci de simplification des calculs et de stabilisation du modèle, la modélisation est effectuée sans prendre en compte l'inflation. Les tarifs sont donc exprimés en euros constants de l'année de référence choisie (2014 à la date de la première consultation publique) et il est le cas échéant nécessaire, toutes choses égales par ailleurs, de les corriger chaque année de l'évolution des prix des biens et services concernés constatée. » *».*

[158] Observations en défense de SFR FTTH, page 79

[159] En particulier et titre d'illustration, s'agissant des tarifs récurrents, le modèle de tarification de l'accès prévoit qu'ils sont composés de trois composantes : la réserve, la maintenance et la contribution au génie civil. Or, d'une part, par construction, la réserve, qui rémunère le capital immobilisé correspondant aux tranches de cofinancement non souscrites, a vocation à disparaitre au fur et à mesure que le réseau est cofinancé par les opérateurs commerciaux et que le capital immobilisé restant a été financé par les tarifs récurrents et, d'autre part, la contribution au génie civil a elle aussi vocation à baisser à l'horizon 2030 après qu'une partie significative du génie civil d'Orange aura été amortie. Ainsi, quand bien même SFR FTTH aurait modélisé ses tarifs avec des flux intertemporels, c'est-à-dire en anticipant les dépenses et les recettes sur une durée donnée, comme par exemple le modèle de tarification de l'Arcep, à l'issue de l'horizon économique (25 ans dans le modèle), toutes choses étant égales par ailleurs, le tarif récurrent aurait vocation à diminuer sensiblement

ailleurs, l'Arcep relève également que les formules de tarification de l'accès des industries de réseau tiennent traditionnellement compte d'un facteur d'efficacité[160] ou de progrès technique[161], qui sont des éléments qui sont susceptibles d'orienter les tarifs à la baisse, ce que ne comprend pas l'indexation retenue par SFR FTTH.

D'autre part, dans l'hypothèse où les tarifs initiaux seraient plus éloignés des coûts, la hausse des coûts sous-jacents ne devrait pas nécessairement être répercutée intégralement dans les tarifs. En effet, des tarifs initiaux éloignés des coûts ne pourraient se justifier que dans la mesure où d'une part, ils sécurisent l'opérateur d'infrastructure en favorisant le partage *ab initio* du risque lié à l'investissement avec le cofinanceur et d'autre part, ils bénéficient à l'opérateur cofinanceur en lissant les tarifs dont il est redevable lui évitant, dans une certaine mesure, d'être exposé à des hausses de tarifs récurrents pendant la durée des droits qui lui ont été consentis. Ainsi, l'appréciation de la pertinence de l'indexation doit aussi s'inscrire en cohérence avec le niveau des tarifs initiaux.

L'Autorité estime ainsi que l'augmentation des tarifs d'accès résultant de l'application de l'indexation telle que prévue par le Contrat de SFR FttH et cumulée sur plusieurs années pourrait compromettre le caractère raisonnable des conditions d'accès de Free puisqu'elle risque d'entraîner une décorrélation entre les tarifs et les coûts supportés.

Compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-avant, il apparaît qu'en ne prévoyant aucun mécanisme contractuel permettant de prémunir Free contre des effets injustifiés de l'indexation, le Contrat n'offre pas à Free une prévisibilité suffisante sur l'évolution des tarifs et est susceptible de méconnaitre l'obligation de fournir l'accès à des conditions tarifaires raisonnables. À cet égard, et contrairement à ce que soutient SFR FTTH[162], la circonstance que l'indice est pondéré à 75 % ne suffit pas à ce que les évolutions susceptibles d'en résulter conduisent nécessairement à des tarifs raisonnables.

En deuxième lieu, Free considère que les stipulations de l'article 19 ne sont pas *« compatible*[s] *avec le besoin de prévisibilité économique attaché à la notion de droit pérenne ».*

Selon Free, les cas dans lesquels SFR FTTH peut *« déroger au plafond d'indexation pour retrouver une capacité de modification tarifaire non bornée »*[163] génèrent *« une incertitude rédhibitoire pour un opérateur commercial cofinanceur »*[164] :

- La faculté de SFR FTTH de modifier unilatéralement les tarifs « *à la suite d'une décision de l'Arcep saisie en règlement de différend* », est d'une part, « *inutile* » en tant qu'elle vise les cas où Free et SFR FTTH sont parties au règlement de différends dès lors que la décision s'impose d'elle-même aux parties, et d'autre part, « déséquilibrée », en tant qu'elle vise les cas dans lesquels des tiers seraient parties au RDD dans la mesure où elle permet à SFR FTTH d'*« imposer à Free au sein du Contrat des conclusions favorables issues de différends entre tiers»*[165].
- La faculté de modification unilatérale pour tenir compte d'une « *évolution de la réglementation applicable aux déploiements des lignes FTTH sur la zone concernée* » est considérée comme trop large dès lors que *« certaines évolutions de la réglementation n'ont*

[160] V. par exemple, les travaux de de Stephen Littlechild sur la formule RPI-X, *The Regulation of Privatized Monopolies in the United Kingdom* (1989), cité notamment par https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-articles/articles/article-i6394-out-of-step/

[161] V. par exemple, le *price cap* du tarif du cuivre.

[162] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 34

[163] Saisine de Free page 41

[164] Saisine de Free, page 41

[165] Saisine de Free, page 42

aucun impact significatif sur les coûts »[166] et qu'à supposer cet impact réel, il « *peut être haussier ou baissier, et l'éventuelle répercussion équitable de cet impact sur les tarifs s'accommode mieux d'une discussion de bonne foi entre les parties pour décider si les tarifs du Contrat doivent évoluer et le cas échant dans quelle proportion* »[167].

- La faculté de modification unilatérale « *en cas d'événement extérieur dument motivé, indépendant de la volonté de SFR FTTH, bouleversant l'économie générale du Contrat et ayant pour effet de renchérir les coûts de déploiements ou d'exploitation des Lignes FTTH* », est déséquilibrée car « *uniquement à la hausse alors que les effets d'un évènement extérieur peuvent être haussiers ou baissiers »*[168] et en tout état de cause inutile, car figurant déjà à l'article 1195 du code civil.

Selon **SFR FTTH**, les exceptions permettant à SFR FTTH d'augmenter unilatéralement ses tarifs sont bien définies et parfaitement justifiées. En effet, ces évolutions *« s'appliquent dans les cas où ces évolutions* :

- *s'imposeraient aux parties (i.e. en cas de décision de [règlement de différend] ou d'évolution de la réglementation ;*
- *seraient indépendantes de la volonté de SFR FTTH et bouleverseraient l'économie du Contrat* ».[169]

Ainsi, il estime que *« l'on ne saurait reprocher à SFR FTTH de ne pas définir à l'article 19 du Contrat les hypothèses par définition imprévisibles pour les deux parties permettant de s'écarter de cette indexation. »*[170].

L'Autorité relève d'abord que le Contrat de SFR FTTH prévoit d'ores et déjà un encadrement des conditions de modification unilatérales hors application de la clause d'indexation. En effet, l'article 19 du Contrat restreint les cas dans lesquels SFR FTTH peut modifier de manière unilatérale les principaux tarifs aux trois cas susmentionnés. Les autres cas nécessitant la conclusion d'un avenant entre les parties.

Pour autant, alors même que les hypothèses de modification unilatérale limitativement énumérées par l'article 19 du Contrat correspondraient, comme le soutient SFR FTTH, à des évènements dont la survenance est indépendante de sa volonté et susceptible d'avoir un impact sur les coûts, il n'en demeure pas moins qu'il résulte des stipulations de cet article que SFR FTTH, dispose, dès lors qu'il estime que la situation relève de l'un des cas de figure envisagés par cet article, d'un pouvoir de modification unilatérale dépourvu de tout encadrement.

L'Autorité constate, d'une part, que les stipulations de l'article 19 ne prévoient aucune obligation pour SFR FTTH de justifier de l'incidence de l'évènement invoqué sur ses coûts et donc sur ses tarifs. Free ne dispose pas non plus d'éléments lui permettant d'apprécier le caractère raisonnable des évolutions tarifaires décidées en application des dispositions de l'article 19, en méconnaissance du principe de transparence des conditions d'accès.

L'Autorité constate, d'autre part, que les stipulations de l'article 19 autorisent SFR FTTH à pratiquer unilatéralement des évolutions importantes de tarifs, en particulier des tarifs récurrents, susceptibles de remettre en cause les conditions initiales du cofinancement qui ont présidé à la décision d'un opérateur commercial, tel que, Free de cofinancer le réseau de SFR FTTH.

---

[166] Saisine de Free, page 42

[167] Saisine de Free, page 42

[168] Saisine de Free, page 42

[169] Observations en défense de SFR FTTH, page 77

[170] Observations en défense de SFR FTTH, page 79

Ce faisant, en privant Free de la faculté de négocier de bonne foi et, le cas échéant, de s'opposer à une augmentation tarifaire décidée en application de l'article 19, quels que soient les tarifs auxquels cette augmentation aboutit, le Contrat ne garantit pas à Free la prévisibilité à laquelle il pourrait prétendre en qualité de cofinanceur.

Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère que Free est fondé à soutenir que le Contrat de SFR FTTH ne fournit pas les garanties suffisantes en matière de prévisibilité et de transparence concernant les évolutions tarifaires qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre de l'article 19.

En troisième lieu, **Free** relève que l'encadrement du pouvoir de modification de SFR FTTH ne concerne pas tous les tarifs [171] et en particulier n'inclut pas les nouveaux tarifs, ce qui *« génère une imprévisibilité »*[172].

À cet égard, **SFR FTTH** considère qu'il *« n'est pas possible d'interdire à SFR FTTH l'ajout de nouvelles prestations (et le tarif associé) au Contrat de façon unilatérale (par exemple dans l'hypothèse de la fourniture de prestations optionnelles avec GTR) »*.

L'Autorité constate tout d'abord que les clauses du Contrat ne précisent pas l'étendue du pouvoir de modification unilatérale de SFR FTTH concernant l'introduction de nouveaux tarifs, ni le régime auquel serait soumise leur modification ultérieure. Or, en permettant à SFR FTTH de créer unilatéralement de nouveaux tarifs sans encadrer cette faculté ni la subordonner à aucune justification, il apparaît que les stipulations actuelles du Contrat ne permettent pas d'assurer à Free la prévisibilité qu'il est en droit d'attendre en tant que cofinanceur, *a fortiori* s'agissant des « principaux tarifs ».

En effet, l'Autorité constate que la demande de Free, qui concerne certains tarifs non récurrents[173] et certains tarifs récurrents[174] visés respectivement par les articles 15.4.1 et 15.4.2 du Contrat, porte sur les « principaux tarifs » du contrat c'est-à-dire les tarifs associés à des prestations regardées comme nécessaires à la fourniture effective de services de communications électroniques à l'utilisateur final concerné [175], dès lors qu'un opérateur commercial cofinance le réseau ou active une ligne.

---

[171] Free indique que : « *SFR FTTH peut modifier librement l'annexe tarifaire pour modifier les tarifs existants correspondant aux parties « 5 Tarifs d'installation de CCF », « 7 Pénalités à la charge de l'Opérateur Commercial » et « 8 Pénalités à la charge de SFR FTTH » »* Saisine de Free, page 41

[172] Saisine de Free, page 41

[173] Frais d'accès au service d'hébergement au PM (hébergement actif ou passif) (Article 1 de l'Annexe 2), Passage d'un câble entre infrastructure Orange et un PM (Article 2 de l'Annexe 2), Frais d'accès au service - Raccordement au PRDM (Article 2 de l'Annexe 2), Tarifs applicables aux lignes FTTH – co-investissement (Article 3.a et 3.b de l'Annexe 2), Frais d'accès au service pour un Raccordement final d'une Ligne FTTH

[174] Redevance mensuelle par Ligne Active (Co-investissement) (Article 3.d de l'Annexe 2), Maintenance du Câblage Client Final Raccordement final (Article 3.e de l'Annexe 2), Redevances mensuelles par Ligne Active (accès passif en location) (Article 4 de l'Annexe 2), Frais de migration de l'accès passif en location vers le Co-Investissement (Article 4 de l'Annexe 2), Redevance mensuelle d'un Raccordement final réalisé ab initio, Frais de gestion du Raccordement final par Ligne (Article 6.c de l'Annexe 2), Pénalité pour cas de défaut d'envoi du compte rendu d'installation de CCF d'un Raccordement final par l'OC, Pénalité pour déplacement à tort de technicien, Pénalité en cas d'activation de Ligne sans commande d'accès, Pénalité pour commande d'accès non conforme, Pénalité pour annulation par l'OC de commande postérieure à l'envoi du CR de commande, Pénalité pour non-confirmation de rendez-vous suite à une réservation dans E-RDV, Pénalité pour signalisation à tort de SAV

[175] La décision n° 2010-1312 prévoit à l'article 10 [publication] que « *Conformément à l'article 4 de la décision n° 2009-1106 de l'Autorité, l'opérateur d'immeuble publie, antérieurement à l'installation du point de mutualisation, des offres de cofinancement ab initio et a posteriori ainsi qu'une offre de location permettant un accès passif à la ligne. Ces offres définissent notamment les conditions d'accès aux lignes, au niveau du point de mutualisation, et aux ressources associées. Elles précisent en outre les conditions d'hébergement d'équipements passifs et actifs au niveau du point de mutualisation, les conditions d'accès au lien de raccordement distant ainsi que les conditions de construction des raccordements finaux pour l'ensemble des logements et locaux à usage professionnel de la zone arrière du point de mutualisation. Pour chacune de ces prestations, les offres précisent notamment les conditions de souscription et de résiliation, les informations préalables, les caractéristiques*

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, le principe de l'introduction d'un mécanisme créant un seuil en deçà duquel SFR FTTH peut modifier unilatéralement ses tarifs et au-delà duquel il est tenu de conclure un avenant avec Free après négociations de bonne foi, apparaît justifié et proportionné au regard des principes de transparence et de prévisibilité des évolutions tarifaires, tout en conservant une faculté de modification unilatérale de SFR FTTH pour des évolutions plus mineures.

c) Sur les modalités d'encadrement du pouvoir de modification unilatérale demandées par Free

Dans le cadre de l'instruction, **Free** formule sa demande en indiquant qu'il souhaite « *que toute évolution unilatérale des tarifs liés au cofinancement soit bornée par l'application des indices tarifaires définis aux article 15.4.1 et 15.4.2* » et que *« que toute évolution unilatérale des tarifs récurrents soit, de plus, bornée par un deuxième plafond, évolutif dans le temps, défini par la moyenne des tarifs récurrents, et seulement des tarifs récurrents, constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires »*[176].

Free précise à cet égard que : *« les tarifs moyens de la zone AMII jouent le rôle de déclencheur : - tant que les tarifs de SFR FTTH restent inférieurs à la moyenne de la zone AMII, SFR FTTH conserve la faculté de modifier ses tarifs unilatéralement dans les limites, souples, de l'article 15.4 »*[177].

SFR FTTH conteste ce plafonnement établi *« sur la base d'un référentiel qui n'est ni pertinent, ni praticable »*[178]. En effet, *« SFR FTTH comprend que les tarifs récurrents devraient, selon Free, être plafonnés en pratique par ceux d'Orange en ZMD AMII (la formulation* « *tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires* » *étant pour le moins sibylline), et ce alors même que les réseaux FTTH d'Orange en ZMD AMII ne sont pas comparables à ceux en SFMD. »*[179]

D'une part, il considère que les tarifs sont non comparables en raison des prestations respectives qu'ils recouvrent, SFR FTTH précisant à cet égard qu'ils *« dépendent de nombreux éléments comme la durée des droits (plus longue avec SFR FTTH qu'Orange), leurs conditions de renouvellement (plus favorables chez SFR FTTH qu'Orange), etc. »*[180] SFR FTTH estime que les tarifs sont d'autant moins comparables que *« La structuration des tarifs de cofinancement entre montants forfaitaire et récurrent peut différer d'un OI à l'autre –* […] *»*[181].

D'autre part, SFR FTTH fait valoir que *« le mécanisme de plafonnement des tarifs récurrents de cofinancement que propose Free sur la base des tarifs d'Orange est parfaitement injustifié puisque SFR FTTH supporte notamment des coûts plus élevés qu'Orange »* alors qu'en outre *« <u>jamais</u> l'ARCEP n'a imposé un alignement de tarifs sur la base de ceux d'un autre opérateur dont il était établi qu'il jouissait de coûts inférieurs, ce qui est le cas ici. »*[182] (SFR FTTH souligne).

L'Autorité relève tout d'abord que, comme rappelé précédemment, les opérateurs d'infrastructure sont soumis à une obligation de pratiquer des tarifs raisonnables et que la réglementation sur les modalités de l'accès au réseau FttH prévoit un lien entre les conditions tarifaires raisonnables d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique pratiqués par un opérateur et les coûts de déploiement de ces réseaux qu'il supporte.

---

techniques, les processus de livraison et de service après-vente, les délais et préavis, la qualité de service et les conditions tarifaires. »

[176] Réponse de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 14

[177] Saisine de Free, page 45

[178] Réponse de SFR FTTH au premier questionnaire des rapporteurs, page 14

[179] Observations en défense de SFR FTTH, page 78

[180] Note de bas de page n° 15, réponse de SFR FTTH au premier questionnaire des rapporteurs, page 14

[181] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 29

[182] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 31

L'Arcep considère à cet égard que la comparaison des tarifs d'un opérateur d'infrastructure avec ceux d'autres opérateurs d'infrastructure exploitant des réseaux FttH dans des zones comparables constitue un indice pertinent pour apprécier *prima facie* le caractère raisonnable des tarifs d'un opérateur d'infrastructure, par exemple en cas de divergence importante entre les tarifs de deux opérateurs comparables.

Néanmoins, la demande de Free prévoit des conditions cumulatives, à savoir :

- d'une part, qu'aucune modification unilatérale ne soit possible en dehors de l'application du mécanisme d'indexation prévu au Contrat ;
- d'autre part, que les tarifs récurrents ne soient pas modifiés unilatéralement si l'application de ce mécanisme d'indexation aboutit à dépasser la moyenne des tarifs pratiqués en zone AMII.

Concernant la première condition, elle apparaît excessive en ce qu'elle conduirait à ce que SFR FTTH doive passer par la conclusion d'un avenant pour toute modification, même mineure, qui ne s'inscrirait pas dans l'indexation. Si imposer le recours à un avenant apparaît légitime, comme exposé précédemment, pour les modifications au-delà d'un certain seuil, le généraliser n'apparaît pas proportionné.

Concernant la seconde condition, il apparaît que la référence à la moyenne des tarifs sur une zone relativement similaire soulève des difficultés ; à titre d'illustration, dans un marché à plusieurs opérateurs il serait susceptible de se déclencher quand bien même les tarifs de SFR FTTH seraient inférieurs à ceux de plusieurs des autres opérateurs sur la zone. En l'espèce, il n'apparaît pas pertinent à l'Autorité que la moyenne des tarifs pratiqués en zone AMII puisse constituer l'unique référence, pour moduler le pouvoir de modification unilatérale de SFR FTTH à l'occasion de la mise en œuvre du mécanisme de l'indexation pour les tarifs listés aux articles 15.4.1 et 15.4.2 du Contrat.

Par ailleurs l'Autorité note qu'un tel seuil, ne faisant référence qu'aux seuls tarifs des autres opérateurs, serait susceptible, s'il était également adopté par ces autres opérateurs dans leurs contrats, de constituer une référence cyclique et ainsi de perdre de son effet modérateur, puisque les hausses unilatérales des uns permettraient les hausses unilatérales des autres, et ainsi de suite.

Ainsi, si l'Autorité a précédemment estimé qu'était légitime la demande d'introduction dans le Contrat d'un mécanisme créant un seuil en deçà duquel SFR FTTH peut modifier unilatéralement ses tarifs et au-delà duquel il est tenu de conclure un avenant avec Free après négociations de bonne foi, compte tenu de ce qui précède, la demande visant à ce qu'une évolution tarifaire ne puisse intervenir unilatéralement qu'à la double condition de s'inscrire dans le mécanisme d'indexation prévu par le Contrat à l'article 15.4, pour les tarifs listés aux articles 15.4.1 et 15.4.2 du Contrat, et sans excéder la moyenne des tarifs récurrents constatés en zone AMII à périmètre de réseau et de prestations similaires, apparaît néanmoins, en l'espèce, excessive.

Au regard de tout ce qui précède, **l'Autorité estime qu'il est équitable,** comme le demande Free, **que SFR FTTH introduise dans son contrat un mécanisme créant un seuil au-delà duquel ses droits de modification unilatérale de ses tarifs ne s'appliquent plus,** que ce soit dans le cadre de leur indexation (articles 15.4.1 et 15.4.2), dans le cadre des exceptions permettant une modification unilatérale prévues par l'article 19, ou dans le cadre de la création de nouveaux tarifs. **Un mouvement tarifaire aboutissant à des tarifs qui, agrégés, se situent au-dessus de ce seuil ne pourra ainsi être effectué unilatéralement par SFR FTTH et devra passer par une négociation de bonne foi entre SFR FTTH et Free et faire l'objet d'un avenant**. L'Autorité note qu'une telle négociation de bonne foi amènera en particulier SFR FTTH à devoir exposer précisément à Free les raisons l'amenant à vouloir faire évoluer les tarifs, ainsi que le bien-fondé de la nature et de l'ampleur de cette évolution.

Il importe également que le mécanisme créant ce seuil soit caractérisé de manière à englober l'effet de nouveaux tarifs dans l'hypothèse où la modification consisterait en la création de nouveaux tarifs. Pour assurer la pleine effectivité du mécanisme encadrant l'évolution de ces tarifs et afin que

l'introduction de nouveaux tarifs s'inscrive également dans ce mécanisme, **il apparaît nécessaire à l'Autorité que le Contrat stipule comment ce mécanisme trouve à s'appliquer lors de l'introduction de nouveaux tarifs, notamment quand ceux-ci viendraient s'ajouter à la liste des « principaux tarifs »**, c'est-à-dire lorsqu'un nouveau tarif s'ajouterait ou se substituerait obligatoirement à l'un des tarifs listés aux articles 15.4.1 et 15.4.2 ou à l'un des tarifs visés par l'exception prévue à l'article 19. Si l'introduction du nouveau tarif devait conduire à dépasser le plafond autorisé par l'encadrement de l'indexation, celui-ci ne devrait pas pouvoir être introduit de manière unilatérale.

Par ailleurs, si l'Autorité ne retient pas le principe de la conclusion nécessaire d'un avenant pour des modifications restant en dessous du seuil, deux précautions devraient être prises en compte par SFR FTTH dans ces évolutions, et faire l'objet d'une traduction dans le Contrat.

D'une part, si les modifications tarifaires restant en dessous du seuil n'ont pas nécessairement à faire l'objet d'un avenant, il apparaît légitime dans ce cas que, comme il en bénéficierait dans le cadre d'une négociation de bonne foi, Free reçoive une information précise de SFR FTTH justifiant de façon claire et transparente des raisons, de la nature et de l'ampleur de la modification, dans un délai suffisant avant leur mise en œuvre.

D'autre part, pour les modifications effectuées unilatéralement par SFR FTTH qui ne dépassent pas ce seuil et qui sont mises en œuvre en application de l'article 19, il importera qu'elles ne puissent l'être que si elles s'inscrivent dans les stipulations actuelles et répondent à des modifications de coûts ou de paramètres exogènes présidant à la formation initiale des tarifs à partir des coûts.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises en son application et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs de *« développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques »* et *« d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale »*, l'Autorité considère que, compte tenu du caractère pérenne des droits d'usage accordés en contrepartie du cofinancement et de la prévisibilité légitimement attendue par l'opérateur commercial cofinanceur, il est justifié et proportionné que SFR FTTH mène avec Free, s'agissant des lignes situées en zone AMII au sein de la zone SFMD, une négociation de bonne foi devant aboutir à une modification du Contrat, dans un délai de 3 mois à compter de la présente décision, traduisant la détermination du seuil au-delà duquel les évolutions tarifaires envisagées nécessiteraient la signature d'un avenant. Afin que les négociations se déroulent dans de bonnes conditions entre les parties, SFR FTTH les initiera, par la transmission d'un premier projet dans un délai raisonnable d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

Enfin, l'Autorité souligne que si la demande de Free est circonscrite à la partie de la zone AMII comprise au sein de la zone SFMD, les développements qui précèdent devraient demeurer *a priori* pertinents en dehors de cette zone.

6 Sur la demande de Free relatives aux niveaux des tarifs de SFR FTTH (demande 3.a)

6.1 Rappel de la demande

Dans sa saisine, Free formule une demande relative au niveau des tarifs de cofinancement *ab initio* et récurrent de SFR FTTH. Sa demande est formulée en les termes suivants[183] :

« 3.a. Nous demandons à ce que le tarif de cofinancement total applicable aux lignes FTTH en co-investissement ab initio (article 3.a de l'annexe 2) des prises situées en zone AMII ne soit pas supérieur à 513,6 € et la redevance mensuelle par ligne active comprenant maintenance et génie civil (annexe 2, premier tableau de l'article 3.d) attachée à ces lignes soit inférieure à 5,12 € HT pour un cofinancement à hauteur de 20 % et, pour les autres tranches, cohérente avec les pratiques de marché [*] ».

[*] *« Soit 5,48 € HT pour ligne active par mois si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est de 5%, de 5,29 € si le taux est de 10%, de 5,19 € si le taux est de 15%, de 5,12 € est de 20%, de 5,06 € si le taux est de 25% et de 4,99 € si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est supérieur ou égal à 30%. »*

Enfin, Free précise que *« Les demandes tarifaires 2, 3.a et 3.b sont formulées au titre du Contrat et pour les prises situées en zone AMII. Nous ne formulons pas de demande, au titre du présent différend, pour les prises qui seraient déployées par SFR ou par SFR FTTH en zone RIP ou en zone AMEL »*[184]. Ainsi, la demande de Free ne concerne que la partie de la zone AMII comprise au sein de la zone SFMD.

6.2 Sur la demande de se prononcer sur le niveau des tarifs dans la partie AMII de la zone concernée par le contrat

6.2.1 Sur la demande de se prononcer sur un niveau maximal des tarifs

Free demande à payer le « *juste prix défini par le cadre réglementaire, c'est-à-dire une part équitable des coûts efficaces d'installation des lignes FttH, coût auquel est intégrée une rémunération raisonnable du capital tenant compte du risque* »[185]. Free constate que les tarifs de cofinancement proposés par SFR FTTH dans son contrat v2.0 sont désormais plus chers que le reste de la zone AMII et dans la mesure où il ne peut observer directement les coûts de SFR FTTH pour contester le lien entre les coûts et les tarifs, Free souhaite que les tarifs pratiqués ne soient pas supérieurs au reste du marché

---

[183] Saisine de Free, page 14

[184] Saisine de Free, page 14

[185] Saisine de Free, page 36 : *« notre demande de fond est de payer le juste prix défini par le cadre réglementaire, c'est-à-dire une part équitable des coûts efficaces d'installation des lignes FttH, coût auquel est intégrée une rémunération raisonnable du capital tenant compte du risque. Mais les coûts de SFR FTTH sont difficilement observables pour Free, du fait de l'asymétrie structurelle d'information et des relations intragroupe notamment. Nous adoptons dans le cadre du présent différend une approche pragmatique :*

- *tant que les tarifs pratiqués par SFR FTTH restent inférieurs à ceux pratiqués sur le marché pour des zones similaires, nous acceptons que SFR FTTH puisse augmenter ses tarifs, sans devoir nous apporter de justification particulière au titre du Contrat ;*
- *en revanche, nous n'acceptons pas que SFR FTTH puise augmenter ses tarifs de manière unilatérale, sans préalablement négocier et le cas échéant apporter les éléments justifiant de la hausse, si cette hausse conduit à des niveaux de prix supérieurs à ceux du marché, sur des zones similaires. »*

sur une zone similaire. La demande 3a de Free vise à ce que le niveau tarifaire du cofinancement ne soit pas supérieur à ce qui est pratiqué dans le reste de la zone AMII[186].

Free considère sa demande d'autant plus justifiée que, selon lui, *« le partage territorial de la zone AMII entre Orange et SFR FTTH constitue une entente horizontale »*[187], que *« cette entente, comme toutes les autres, n'est acceptable que si elle bénéfice aux consommateurs »*[188] et « [qu'elle] *ne doit pas entrainer de hausse de prix »*[189]. Pour Free, il convient ainsi de s'assurer que *« le partage territorial de la zone AMII n'ait pas d'effet haussier sur les prix, soit donc effectivement acceptable, et le reste dans la durée. »* [190]

SFR FTTH estime que Free dénature la portée des obligations réglementaires de l'opérateur d'infrastructure. Pour SFR FTTH, le principe d'objectivité *« implique que la tarification des offres d'accès repose sur des « éléments de coûts » clairs et opposables, il n'impose pas de justifier de l'intégralité desdits coûts, et ce d'autant plus que la tarification applicable n'est pas soumise à une orientation vers les coûts. »*[191] SFR FTTH n'est donc nullement tenu de justifier ses coûts aux opérateurs commerciaux et l'obligation de pratiquer des tarifs raisonnables n'implique pas que ces tarifs soient *« orientés coûts ».*[192] Ainsi, l'opérateur d'infrastructure a le droit d'avoir une marge commerciale sans pour autant que l'on puisse qualifier ses tarifs de déraisonnables.

Par ailleurs, il explique que, si ses tarifs sont plus chers que dans le reste de la zone AMII, c'est qu'il faut *« tenir compte de différents paramètres justifiant précisément que les tarifs de SFR FTTH soient supérieurs à ceux d'Orange. »*[193]

Enfin, SFR FTTH indique qu'il avait repris les tarifs qu'appliquait SFR avant lui depuis 2012, que ces tarifs étaient inférieurs à ceux d'Orange et qu'il était donc légitime pour lui de les actualiser.[194]

L'Autorité note, ainsi que relevé en section 5.1[195], que l'article L. 34-8-3 du CPCE, précisé par la décision n° 2009-1106 de l'Autorité, et en particulier ses articles 2 et 9, prévoit que l'opérateur d'infrastructure qui déploie et exploite des lignes à très haut débit en fibre optique doit fournir l'accès aux dites lignes dans des conditions tarifaires qui doivent être raisonnables et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité.

---

[186] Ibid., même page : *« SFR FTTH nous a notifié le 2 novembre 2019 une hausse tarifaire unilatérale significative, de l'ordre de 9%, sans aucune justification. Ces nouveaux tarifs ont été repris dans la nouvelle version du Contrat transmis le 8 janvier 2020, objet du présent différend. Les tarifs du Contrat sont devenus plus chers que ceux du reste de la zone AMII. Nous demandons par l'intermédiaire du présent différend, qu'en l'absence d'éléments qui seraient fournis par SFR FTTH, par exemple dans le cas du présent règlement de différend, et justifiant le bien-fondé de l'ensemble de cette hausse tarifaire, cette hausse soit limitée, capée, au niveau de tarifs du reste de la zone AMII. »*

[187] Saisine de Free, page 38

[188] Saisine de Free, page 38

[189] Free ajoute également *« La condition* nécessaire *pour qu'un partage territorial de la zone AMII soit acceptable est qu'il n'entraine pas de hausse de prix, parce que les parties s'y seraient engagées ou parce que les pouvoirs publics ont les moyens de s'y opposer. » ;* Saisine de Free, page 38

[190] Saisine de Free, page 38

[191] Observations en défense de SFR FTTH, page 72

[192] SFR FTTH précise que : *« Ce point est d'ailleurs clairement rappelé par l'ARCEP dans son document accompagnant le modèle de tarification qu'elle a publié sur la tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique en dehors des zones très denses (respectivement le « **Modèle** » et le « **Document sur le Modèle** ») : Le cadre réglementaire symétrique en vigueur n'impose pas de proposer des tarifs orientés vers les coûts. »*, observations en défense de SFR FTTH, page 72

[193] Observations en défense de SFR FTTH, page 84

[194] Observations en défense de SFR FTTH, page 84

[195] La section 5.1 présente le cadre juridique commun aux demandes 2 et 3a de Free

Cette obligation relative aux conditions économiques de l'accès est une composante essentielle de l'équilibre du cadre relatif à l'accès aux lignes à très haut débit en fibre optique. Elle vise en particulier à assurer l'équilibre entre, d'une part, la juste rémunération de l'investissement de l'opérateur d'infrastructure, en tenant compte du risque lié à cet investissement et, d'autre part, la capacité de l'opérateur commercial utilisant l'accès à ces lignes à exercer au bénéfice des utilisateurs une concurrence effective et loyale.

Dans ces conditions, l'Autorité estime qu'il y a lieu d'examiner si le niveau des tarifs actuels de SFR FTTH n'est pas raisonnable, et dans ce cas si le niveau des tarifs demandés par Free est équitable.

6.2.2 Sur la zone retenue pour l'examen du caractère raisonnable des tarifs

Free fait valoir que sa demande ne porte que sur la partie de la zone dite « AMII » comprise au sein de la zone SFMD.

Selon **SFR FTTH**, le Contrat couvre aussi bien l'accès aux lignes de la zone AMII dans laquelle il déploie (hors zone SFOR) que celles des zones AMEL dans lesquelles il s'est engagé à déployer. Or, compte tenu de leur faible densité, SFR considère que *« les communes relevant des AMEL qui seront couvertes par SFR FTTH sont beaucoup plus coûteuses à déployer »*[196]. Selon SFR FTTH, les tarifs ne peuvent ainsi être évalués *« sur la base des seuls coûts et conditions de déploiement en zone AMII »* alors qu'ils sont, conformément au cadre législatif et règlementaire[197] et aux engagements pris en application des dispositions de l'article L. 33-13 du CPCE[198] qu'il a souscrits, péréqués sur toute la zone couverte par le Contrat, incluant les AMEL. Par ailleurs, SFR FTTH qui a expressément indiqué dans ses lettres d'engagement, approuvées par l'Arcep, que ces tarifs étaient fournis à titre indicatif, estime être légitime à les faire évoluer.

Selon **Free**, *« il serait inacceptable que la réalisation des engagements AMEL de SFR FTTH se traduise par une hausse généralisée des tarifs de gros en zone AMII afin d'éponger les éventuels déficits encourus »* [199]. Free fait valoir les éléments suivants. D'abord, SFR FTTH a librement décidé de prendre des engagements en zone AMEL. Ensuite, ces engagements pris par SFR FTTH auprès des pouvoirs publics consistaient à pratiquer des tarifs équivalents aux tarifs historiques de la zone AMII et non à ces tarifs augmentés du déficit prévisionnel de la zone AMEL.[200] Enfin, il n'y a pas de fondement à la péréquation revendiquée par SFR FTTH dès lors que *« les coûts mutualisables entre zones AMII et AMEL représentent une faible fraction du total »,* que les zones AMEL sont *« déficitaires pour les tarifs de gros existants en zone AMII »* et qu'*« une péréquation entre AMII et AMEL n'est pas une condition d'équilibre économique des projets AMEL, tant que ces projets sont raisonnables »*[201]. À cet égard, Free soutient qu'*« une péréquation entre zone AMII et AMEL n'était pas nécessaire à la formulation d'un projet raisonnable de couverture des zones AMEL avec des tarifs similaires à ceux de la zone AMII comme le démontrent les engagements AMEL d'Altitude Infrastructure et de Covage »*[202]. Par ailleurs,

[196] Observations en défense, page 86

[197] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pages 35 à 37

[198] Article L. 33-13 du CPCE

[199] Mémoire en réplique de Free, page 21

[200] Mémoire en réplique page 21

[201] Mémoire en réplique page 21

[202] Réponse au second questionnaire des rapporteurs, page 17

le cadre législatif invoqué par SFR FTTH *« ne* [vise] *pas à encourager la péréquation, mais à décourager les stratégies d'écrémages qui exploiteraient cette péréquation »*[203].

L'Autorité constate que la demande de Free porte exclusivement sur la zone AMII. Par ailleurs, l'adjonction des AMEL dans la zone SFMD[204] est postérieure à la signature initiale du contrat d'accès entre Free et SFR en 2018. Elle est également postérieure aux appels à cofinancement des zones de cofinancement situées en zone AMII. Partant, au moment de prendre une décision de cofinancer en zone AMII SFR, Free ignorait les intentions de SFR en zones AMEL et ne pouvait tenir compte des coûts associés aux déploiements dans cette zone. En conséquence, Free, qui a souscrit à un contrat d'accès sur la zone AMII, ne pouvait anticiper une augmentation des tarifs justifiée selon SFR FTTH par l'intégration de la zone AMEL au Contrat.

Compte tenu des exigences du cadre réglementaire relatives à la prévisibilité et la transparence des tarifs pour un opérateur cofinanceur, l'Autorité considère qu'un opérateur d'infrastructure n'est pas légitime à augmenter ses tarifs en zone AMII, au motif qu'il se serait engagé volontairement à déployer au-delà de la zone AMII (en zones AMEL) et que les coûts associés aux déploiement dans ces zones seraient plus importants, *a fortiori* quelques mois seulement après s'être engagé à déployer en mettant en avant les mêmes tarifs que ceux qu'il pratiquait en zone AMII à la date de son engagement. Les opérateurs commerciaux qui ont fait le choix d'investir en zone AMII l'ont fait sur le fondement des informations mises à leur disposition par l'opérateur d'infrastructure (conditions techniques et financières de l'accès, intentions de déploiements, calendrier prévisionnel…). Ainsi, si un opérateur d'infrastructure est libre de déployer au-delà de la zone AMII, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait modifier de manière substantielle les termes de l'accès à une zone initiale, et partant, remettre en cause les hypothèses d'investissement des opérateurs commerciaux, au motif qu'il a décidé d'étendre ses déploiements (sauf évidemment accord exprès des opérateurs commerciaux).

Dès lors, il apparaît pertinent, comme le demande Free, de n'examiner en l'espèce que les tarifs sur la seule zone AMII au sein de la zone SFMD.

6.3 L'utilisation du modèle de tarification du FttH en zones moins denses est pertinente pour évaluer les tarifs d'accès

Afin notamment d'éclairer les opérateurs dans la détermination des tarifs de leurs offres sur le marché de gros dans le respect du principe d'échelle des investissements consacré par le cadre réglementaire, et de la cohérence tarifaire entre l'offre de cofinancement et l'offre de location qu'il implique, l'Arcep a mis en consultation publique en 2014 et 2015 un modèle générique de tarification de l'accès aux boucles locales optiques mutualisées en dehors des zones très denses (ci-après « le modèle de tarification »).

À la suite de cette consultation, l'Arcep a ainsi publié en 2015 des éléments d'orientation sur la tarification en zones moins denses, constitués d'un modèle et de son document d'accompagnement[205],

[203] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs page 29

[204] Les dates des appels à cofinancement des déploiements en zone AMEL sont les suivants :

- AMEL Eure-et-Loir : 17 octobre 2019
- AMEL PACA : 21 octobre 2019
- AMEL Nièvre : 25 février 2020

[205] https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/modele_PRDM-PTO.xlsx ; https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/doc-model-tarif-acces-ftth-oct2015.pdf

ayant vocation à servir de support aux négociations tarifaires entre les différents acteurs du marché de gros par l'introduction d'une méthodologie de référence[206].

Ce modèle vise à donner des garanties de long terme sur le caractère raisonnable et équitable des conditions d'accès aux réseaux FttH, pour tous les opérateurs, et à donner de la visibilité aux acteurs sur les tarifs des offres de gros passives en zones moins denses en vue de sécuriser leurs plans d'affaires.

Ledit modèle a notamment été utilisé par l'Autorité pour établir les lignes directrices relatives à la tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique déployés par l'initiative publique[207].

Le modèle cherche à équilibrer, pour un opérateur d'infrastructure, les revenus et les coûts en valeur actuelle nette en fonction de différentes hypothèses sur les revenus, les chroniques de coûts, les caractéristiques et conditions de déploiements et d'exploitation du réseau, et les paramètres financiers[208].

En pratique, le modèle tel qu'il a été publié en 2015, est constitué de deux modules. Le premier module est relatif au cofinancement et permet de déterminer le niveau du tarif récurrent de cofinancement assurant une rentabilité de l'opérateur d'infrastructure, à partir d'un tarif non récurrent de cofinancement donné. Le deuxième module est relatif à la location et permet, à partir des tarifs de cofinancement, de déterminer le tarif de location assurant une rentabilité à un opérateur de gros *fictif* qui achèterait des tranches de cofinancement auprès de l'opérateur d'infrastructure pour les revendre en location à la ligne aux opérateurs commerciaux sur un marché de gros secondaire.

Dans le cadre du présent règlement de différend, Free et SFR FTTH utilisent tous les deux le « modèle de tarification » -- et plus particulièrement son premier module --, pour discuter du niveau du tarif récurrent du cofinancement pertinent en lien avec la demande 3.a de Free et en particulier *« pour évaluer le caractère raisonnable et équitable des conditions d'accès à ces réseaux »*[209]. Dans le cadre de cette procédure, chaque partie a produit plusieurs versions de ce modèle[210], qui diffèrent par les jeux de paramètres d'entrée retenus, à l'appui desquels les parties soulèvent différents arguments.

Compte tenu de ces différents éléments, l'Autorité considère que l'utilisation du « modèle de tarification » est pertinente pour l'appréciation des niveaux tarifaires dans le cadre du présent règlement de différend.

---

[206] Notice du modèle (lien), page 11

[207] https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/lignes-dir-ARCEP-tarification-RIP-dec2015.pdf

[208] Le modèle est un modèle de flux de trésorerie fondé sur une confrontation pluriannuelle de l'ensemble des coûts et des revenus supportés par un opérateur agissant sur le marché de gros. La modélisation repose donc sur une vision prospective de ces coûts et revenus, déterminés à partir d'hypothèses sur des séries chronologiques prévisionnelles relatives aux paramètres financiers et au comportement des acteurs sur les marchés de gros et de détail. Le modèle vise à déterminer, par l'actualisation des flux financiers sur une longue période depuis le lancement du projet jusqu'à un horizon temporel de référence, les niveaux tarifaires assurant la rentabilité à cet opérateur de gros étudié. Concernant l'actualisation des flux financiers, le document d'accompagnement du modèle de tarification de 2015 précise qu'*«* [e]n *pratique, pour équilibrer les flux financiers du projet, le modèle de l'Arcep obtient une valeur actuelle nette (VAN) nulle sur l'ensemble de la période considérée en garantissant un taux de rentabilité interne (TRI) cible à l'opérateur d'immeuble. »* (page 15) Afin de déterminer le taux d'actualisation nécessaire au calcul de la valeur actuelle nette des flux de trésorerie sur l'horizon temporel du projet, le modèle utilise les paramètres relatifs au coût moyen pondéré du capital, à la prime de risque du projet, et au taux d'inflation (page 29 du document d'accompagnement).

[209] Mémoire en réplique de Free, page 29

[210] Free introduit ce modèle de tarification dans son mémoire en réplique. En retour SFR FTTH discute des choix de Free et propose sa version du modèle dans ses deuxièmes observations en défense. Par la suite, les parties présentes deux versions additionnelles : Free présente deux versions dans sa réponse au second questionnaire et SFR FTTH rapporte une version dans sa réponse au second questionnaire et une version complémentaire dans ses quatrièmes observations en défense.

6.4 Examen des tarifs au moyen du modèle de tarification

Ainsi qu'exposé en section précédente, le modèle de tarification permet, à partir d'un tarif non-récurrent de cofinancement donné en entrée, de déterminer en sortie le niveau du tarif récurrent de cofinancement adéquat, c'est-à-dire équilibrant les revenus et les coûts en valeur actuelle nette, à l'aide d'un taux d'actualisation qui rend compte de la rémunération de l'opérateur d'infrastructure.

L'utilisation du modèle de tarification pour évaluer la pertinence de tarifs donnés nécessite tout d'abord de fixer les valeurs appropriées du jeu de données d'entrée du modèle (hypothèses sur les coûts et sur la demande, paramètres financiers, etc). Une fois ces valeurs fixées, le modèle, sur la base d'un tarif non récurrent donné en entrée, produit ensuite en sortie le tarif récurrent correspondant. Pour évaluer la pertinence d'un tarif récurrent compte tenu d'un tarif non-récurrent donné, il convient donc de faire fonctionner le modèle à partir du tarif non récurrent, pour ensuite comparer la sortie du modèle avec le tarif récurrent.

Dans la suite, l'Autorité examine donc successivement les valeurs pertinentes pour le jeu de données d'entrée du modèle (section 6.4.1), le niveau du tarif non-récurrent à utiliser comme entrée (section 6.4.2) puis le niveau du tarif récurrent produit en sortie (section 6.4.3), avant de conclure sur le caractère justifié et proportionné ou non du couple (tarif non récurrent ; tarif récurrent) demandé par Free (section 6.4.4).

6.4.1 Valeurs pertinentes du jeu de données d'entrée

L'utilisation du modèle de tarification suppose de fixer un certain nombre de données et paramètres utilisés comme entrées du modèle. Chacun de ces paramètres est discuté dans l'Annexe à la présente décision.

Compte tenu des éléments développés dans l'Annexe à la présente décision, l'Autorité considère, au regard des positions des parties, qu'il est justifié et proportionné de retenir globalement les paramètres suivants dans le modèle de tarification pour l'analyse du présent règlement de différend :

1. une année de démarrage du modèle à 2014 (cf. Annexe section 8) ;
2. des coûts de déploiements par prise sur le segment PM-PBO de 280 € en fourchette basse et 372 € en fourchette haute, exprimés en euros 2020 ; ces coûts sont répartis entre coûts par prise programmée et coût par prise raccordable selon un ratio 40 %/60 % (cf. Annexe section 1) ;
3. des coûts de maintenance correspondant à 2% des dépenses d'investissements (cf. Annexe section 2.1) ;
4. pour le tarif d'accès à l'offre GC BLO d'Orange, la chronique de tarifs proposée par SFR FTTH (cf. Annexe section 2.2) ;
5. pour la vitesse de déploiement du réseau (lignes raccordables et lignes programmées), la trajectoire proposée par SFR FTTH (cf. Annexe section 3) ;
6. pour le taux de pénétration, la trajectoire de SFR FTTH, corrigée pour retrouver un taux asymptotique de 80,5% (cf. Annexe section 4.1) ;
7. un taux de cofinancement correspondant au taux de pénétration arrondi aux 5% supérieurs (cf. Annexe section 4.2) ;
8. un coût moyen pondéré du capital de 9,5% sur les deux premières années et de 8,7% sur les années suivantes (c'est-à-dire l'hypothèse retenue pour l'établissement des lignes directrices tarifaires susvisées) (cf. Annexe section 5.1) ;
9. une prime de risque du cofinancement de 2% (cf. Annexe section 5.2) ;
10. une inflation correspondant à la chronique retenue par SFR FTTH, c'est-à-dire égale à l'inflation réelle entre 2014 et 2019 et à 0,8% ensuite (cf. Annexe section 6) ;

11. un coefficient ex post correspondant à celui présent dans le contrat 2.0 de SFR FTTH (cf. Annexe section 7) ;
12. un ajustement du modèle sur la formule des réinvestissements proposé par SFR FTTH (cf. Annexe section 9).

6.4.2 Tarifs non-récurrents

Comme exposé supra, dans sa saisine, **Free** demande que le tarif non-récurrent total applicable aux lignes FttH en co-investissement *ab initio* (tel que précisé à l'article 3.a de l'annexe 2 du nouveau contrat de SFR FTTH) pour les lignes situées en zone AMII ne soit pas supérieur à 513,6 €/ligne.

Dans son mémoire en réplique, dans lequel il utilise le modèle de tarification de l'Arcep pour étayer sa demande, Free utilise 485 € (en euros 2013) comme valeur de tarif non-récurrent de cofinancement en entrée du modèle, qu'il indique correspondre à la valeur actualisée en 2013 d'un tarif de cofinancement de 510 € (euros courants) de 2013 à 2020 et du tarif de 513,6 €, stable en euros courants, à partir de 2020. Il considère qu'il s'agit d'une hypothèse basse, dans le cas où SFR FTTH ferait le choix de ne pas actualiser son tarif de cofinancement.

Dans ses deuxièmes observations en défense, en réponse à la démonstration de Free utilisant le modèle de tarification de l'Arcep, **SFR FTTH** retient comme valeur d'entrée pour le modèle de tarification le niveau de tarif non-récurrent du cofinancement qu'il propose dans son Contrat, c'est-à-dire 520 €[211]. Il réalise également une estimation complémentaire en utilisant son tarif pratiqué jusqu'au 1er février 2020, soit 510 €[212].

L'Autorité, afin de tester le caractère justifié et proportionné de la demande de Free sur les niveaux des tarifs non récurrent et récurrent de cofinancement, envisage de retenir le niveau du tarif non récurrent de cofinancement demandé par Free comme valeur d'entrée du modèle.

Néanmoins, dans la mesure où le tarif non-récurrent de cofinancement a pour vocation première de permettre le recouvrement des coûts de déploiement[213], il est utile de vérifier si le niveau de tarif récurrent envisagé est au moins similaire aux coûts de déploiement estimés[214]. Comme indiqué en section précédente, compte tenu des éléments apportés par les parties, l'Autorité estime que les coûts de déploiements du segment PM-PBO pour SFR FTTH sur la partie AMII de la zone du Contrat se situent dans une fourchette entre 280 € par ligne (borne basse) et 372 € par ligne (borne haute) (voir détail en Annexe de la présente décision). L'Autorité note donc que le niveau du tarif non récurrent demandé

---

[211] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12. Frontier ajoute que : « *Le prix des prises pratiqués par SFR FTTH est inférieur à son coût. Cela est pris en compte dans le modèle de l'Arcep à travers un coût de la réserve plus haut. Cela traduit un choix stratégique de SFR FTTH pour favoriser l'achat de tranches que de proposer un tarif récurrent plus bas et de recouvrer la partie restante de ses coûts à travers un tarif récurrent relativement plus élevé*. »

[212] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°83, page 2.

[213] Décision n° 2009-1106 : *« Dans le respect de ces principes, lorsque l'opérateur bénéficiaire de l'accès participe au financement* ab initio *de l'installation des lignes de l'immeuble, sa contribution se compose du financement des coûts qui lui sont imputables, ainsi que d'une quote-part équitable des coûts ayant vocation à être partagés entre opérateurs. (…) Dans ce cadre, il convient que l'opérateur d'immeuble puisse exiger que l'opérateur bénéficiaire participe* ab initio *au financement de l'installation des lignes en fibre optique dans l'immeuble. »*

[214] Document d'accompagnement du modèle tarifaire : *« Enfin, pour déterminer le tarif non récurrent sur le segment PM-PBO, il est possible d'appliquer un coefficient de marge sur le coût moyen à la ligne. Le TRI de l'opérateur d'immeuble étant garanti par l'ajustement du tarif récurrent selon les mécanismes exposés précédemment, l'équilibre du projet n'est pas modifié à l'échéance de l'horizon temporel fixé par une variation de la marge. Cependant, l'ajustement de cette dernière, en déplaçant des flux de revenus dans le temps et en augmentant notamment le niveau des revenus non récurrents perçus tôt par l'opérateur d'immeuble dans le déroulement du projet, permet d'améliorer la vitesse de retour à l'équilibre de celui-ci et donc de diminuer le tarif récurrent. »*

par Free est compatible avec les estimations de coûts de déploiements, puisqu'en tout état de cause largement supérieur à celles-ci.

L'Autorité retient donc le niveau de 513,6 €/ligne du tarif non récurrent demandé par Free pour initialiser le modèle de tarification, afin de déterminer le niveau de tarif récurrent adéquat correspondant.

6.4.3 Tarifs récurrents

L'Autorité présente, ci-après, les résultats issus du modèle de tarification initialisé avec le jeu de données d'entrée présenté en section 6.4.1 et le tarif non récurrent demandé par Free, soit 513,6 €/ligne.

S'agissant de la répartition du tarif entre partie payée à la ligne programmée et partie payée à la ligne raccordable[215], Free retient une répartition de 40% et 60%[216]. SFR FTTH retient pour sa part une répartition conforme à celle actuellement pratiquée dans son contrat, soit 40,8% et 59,2%[217]. Free ne s'oppose pas au choix de cette répartition par SFR FTTH[218]. Par conséquent, l'Autorité retient la répartition actuelle du contrat de SFR FTTH (c'est-à-dire respectivement 40,8% et 59,2%).

Le modèle étant établi en euros constants, avant d'être injectés dans le modèle, les coûts de déploiement et les tarifs non-récurrents sont convertis en euros de la première année du modèle, (euros 2014), à l'aide de la chronique d'inflation retenue.

Sur ces bases, le modèle aboutit aux résultats suivants. Deux valeurs sont présentées, correspondant respectivement à l'exécution du modèle tarifaire sur la borne basse et la borne haute du coût de déploiement PM-PBO.

	Tarif récurrent de cofinancement issu du modèle de tarification ($€_{2020}$/ligne/mois)[219]
Borne basse du coût de déploiement PM-PBO (280 €/ligne)	2,08
Borne haute du coût de déploiement PM-PBO (372 €/ligne)	4,17

Ces niveaux de tarifs récurrents de cofinancement se comparent au niveau demandé par Free, à savoir 5,12€ par ligne et par mois pour une tranche de cofinancement 20 %. Ils apparaissent ainsi significativement inférieurs au niveau demandé par Free, y compris dans l'hypothèse de borne haute des coûts de déploiement.

[215] Comme détaillé en Annexe en section 1.5, le modèle de tarification, en accord avec la pratique des opérateurs, décompose la facturation du tarif non récurrent du segment PM-PBO en deux étapes : la première lorsque les lignes deviennent « programmées », lors de la pose et de la mise à disposition du PM ; la seconde lorsque les lignes deviennent « raccordables », lors de la mise à disposition des PBO.

[216] Réponses au second questionnaire des rapporteurs, réponse à la question 27 ; Réponse au second questionnaire des rapporteurs, réponse à la question 33

[217] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce 70 ; Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce 80

[218] Réponse au second questionnaire des rapporteurs, pages 26 et 27

[219] Le tableau présente des tarifs exprimés en euros de l'année 2020 compte tenu de l'année de la saisine et de la décision. Les conclusions demeurent toutefois inchangées pour des tarifs non-récurrents et récurrents de respectivement 513,6 € et 5,12 € exprimés en euros 2021.

6.4.4 Conclusion sur l'analyse des tarifs demandés au regard des résultats

Le modèle de tarification, initialisé avec le jeu de données d'entrée présenté ci-avant en section 6.4.1, associe au niveau de tarif non récurrent de cofinancement de 513,6 €/ligne demandé par Free des niveaux de tarif récurrent de cofinancement compris entre 2,08 €/ligne/mois et 4,17 €/ligne/mois, selon l'hypothèse de coût de déploiement PM-PBO, qui sont donc les valeurs permettant d'équilibrer les revenus de l'opérateur d'infrastructure et ses coûts en valeur actuelle nette, à l'aide d'un taux d'actualisation qui rend compte de sa rémunération. Ces niveaux de tarifs récurrents de cofinancement apparaissent tous deux significativement inférieurs au niveau de 5,12 €/ligne/mois demandé par Free.

SFR FTTH considère que la notion de tarifs raisonnables se distingue de celle des tarifs orientés vers les coûts[220] en autorisant l'opérateur d'infrastructure à réaliser une marge commerciale bornée au-delà de la prise en compte du risque[221]. SFR FTTH estime qu'il est en droit de pratiquer une prime de rendement minimal allant au-delà des primes de risque définies dans le modèle[222] et que le tarif d'accès au FttH peut donc inclure un taux de rendement minimal équivalent à un tarif orienté vers les coûts auquel serait ajouté une marge[223].

Free réfute cette argumentation puisqu'il estime que *« la lecture de l'article 9 de la décision n° 2010-1312 est sans ambiguïté à cet égard (…) Les conditions tarifaires d'accès aux réseaux FttH sont donc basées sur les coûts et sur une prime permettant de tenir compte du risque encouru par l'opérateur d'immeuble. Cette prime, dont le caractère raisonnable peut être apprécié à l'aide de diverses mesures objectives, ne saurait être confondue avec une marge commerciale, dont la fixation serait selon SFR FTTH parfaitement libre. »*[224]

Au regard des éléments produits par les parties dans le cadre de l'instruction et des résultats du modèle tarifaire présentés en section précédente, calculés sur la base d'un modèle incluant déjà le taux de rémunération du capital et une prime de risque spécifique, il apparaît que le tarif demandé par Free permet à SFR FTTH de réaliser en sus une marge certaine. Ce constat est tiré alors même que plusieurs des niveaux de paramètres retenus semblent, au vu des éléments apportés par les parties, protecteurs pour SFR FTTH, comme souligné dans l'Annexe.

Ainsi, au regard des éléments produits par les parties sur la base du modèle de tarification et de leur analyse, et sans qu'il ne soit besoin, en l'espèce, de se prononcer plus avant sur la pertinence pour SFR FTTH d'obtenir une prime de rendement minimal allant au-delà de la prime de risque et sur son niveau, l'Autorité constate que les niveaux des tarifs de cofinancement demandés par Free

---

[220] Observations en défense de SFR FTTH, page 73 : « *l'obligation de pratiquer des tarifs raisonnables ne saurait aboutir à imposer à l'OI de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts (comme le revendique in fine Free au travers du « lien fort » qui devrait exister selon elle entre coûts et prix). »*

[221] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 45 : « *SFR FTTH a souligné dans ses Observations n°190 que, sur le plan réglementaire, la notion de tarifs raisonnables se distingue de celle de tarifs orientés vers les coûts en autorisant l'opérateur à réaliser une marge au-delà de la prise en compte du risque pris par ses soins pour réaliser l'investissement en cause. Cette marge est cependant « bornée » puisque les tarifs pratiqués par l'OI doivent permettre aux OC de développer une activité compétitive et rentable sur le marché de détail. »*

[222]Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 47 : « *Elle [SFR FTTH] souligne d'ores et déjà que le Rapport Frontier qu'elle produit confirme qu'il est justifié pour SFR FTTH d'appliquer une prime de rendement minimal allant au-delà des primes de risque du Modèle (et au-delà de la fourchette de prime avancée par Free) afin de refléter la réalité du risque qu'elle encourt et la marge commerciale qu'elle est en droit de réaliser dans le cadre d'une obligation de pratiquer des tarifs raisonnables. »*

[223] Deuxièmes observations en défense de SFT FTTH, page 52 : « *Dès lors que, sur un plan réglementaire, un prix orienté vers les coûts inclut la prise en compte d'un WACC pertinent pour l'activité et l'opérateur en cause, un tarif raisonnable correspond au tarif qui résulterait d'une stricte orientation vers les coûts auquel peut être ajoutée une marge raisonnable. »*

[224] Mémoire en réplique de Free, pages 23-24

permettent à SFR FTTH de réaliser une marge certaine, en sus de la rémunération déjà conférée par un taux de rémunération du capital et une prime de risque spécifique appropriés, tels que retenus par l'Autorité dans son analyse.

6.5 Autres éléments d'appréciation apportés par les parties

En sus du modèle de tarification, les parties produisent d'autres éléments relatifs au niveau du tarif.

6.5.1 Sur le caractère rentable de l'activité de l'opérateur commercial pour l'appréciation des tarifs

SFR FTTH soutient que les tarifs d'accès ne doivent pas être excessifs : *« La jurisprudence est d'ailleurs parfaitement claire sur le fait qu'un tarif raisonnable se distingue d'un tarif orienté vers les coûts et permet la réalisation d'une marge, à la condition de ne pas être excessif. »*[225]. SFR FTTH avance en particulier que la contrainte applicable aux tarifs est qu'ils ne doivent pas empêcher les opérateurs commerciaux d'exercer rentablement leur activité de détail, autrement dit que les tarifs ne doivent pas créer d'effet de ciseau[226]. SFR FTTH soutient que Free bénéficie d'une forte croissance et qu'*«* [il] *ne démontre à aucun moment que lesdits tarifs l'empêcherait de proposer des offres rentables et compétitives. »*[227]

L'Autorité note que, comme précédemment rappelé, le cadre règlementaire précisant les modalités de l'accès au réseau FttH a établi un lien entre les tarifs d'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique et les coûts de déploiement de ces réseaux. Par conséquent, la circonstance qu'un opérateur commercial puisse exercer son activité de manière rentable sur le marché de détail sur la base des tarifs pratiqués par l'opérateur d'infrastructure n'est pas suffisante pour apprécier le caractère raisonnable des tarifs pratiqués par ce dernier.

6.5.2 Sur les facteurs haussiers et baissiers sur les coûts

Au-delà des calculs présentés à l'aide du modèle de tarification, les parties ont mis en avant divers facteurs haussiers ou baissiers sur les coûts dans le cadre de l'instruction.

Tout d'abord, Free considère que les tarifs initiaux de SFR FTTH sont déjà supérieurs aux coûts de déploiement alors que les facteurs de baisse des coûts sont susceptibles de l'emporter dans un contexte où l'inflation salariale progresse peu et où les taux de rémunération du capital et de la dette baissent. Les tarifs initiaux sont donc déjà, d'après Free, largement surévalués[228]. **SFR FTTH** soutient, quant à lui, que la seule actualisation des tarifs par l'inflation justifie la hausse proposée dans la nouvelle annexe tarifaire puisque les tarifs n'auraient pas été mis à jour depuis 2012 alors que l'inflation a progressé de 5,7 % sur cette période[229].

---

[225] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 46

[226] *Ibid.*, page 47

[227] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 57

[228] Saisine de Free, page 43 : « *SFR a fixé librement les tarifs lorsqu'elle a commencé à déployer en zone AMII. Depuis cette date, les facteurs baissiers prédominent, avec une inflation salariale restreinte et une baisse de taux de rémunération du capital et de la dette. Les niveaux tarifaires initialement retenus s'avèrent nettement sur évalués, ex-post, au vu des coûts de déploiement constatés.* » ; Mémoire en réplique de Free, page 25 »

[229] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 60

L'Autorité considère que les hypothèses partagées par les parties dans le cadre des calculs à l'aide du modèle de tarification comme présenté en section 6.4 intègrent déjà ces considérations. En effet, les paramètres utilisés incluent bien les coûts de déploiement, les coûts d'exploitation, le taux de rémunération du capital ainsi que l'inflation, dont les valeurs ont été discutées en détail dans l'Annexe à la présente décision. S'agissant plus particulièrement de l'inflation, le modèle tarifaire (comme expliqué dans sa notice) calcule des tarifs en euros constants qui ont été convertis en euros 2020 dans le résultat présenté en section 6.4, ce dernier tenant donc bien compte de l'effet de l'inflation.

Ensuite, SFR FTTH indique subir une hausse non prévue de ses coûts de maintenance en raison notamment de dégradations aux PM [230] ce qui selon lui devrait être pris en compte dans la revalorisation du tarif récurrent contrairement à ce que fait valoir **Free** qui assure, lui, que la question de savoir de quelle manière doivent être répercutés ces coûts doit être discutée sous l'égide de l'Arcep[231].

Sur ce sujet, si **l'Autorité** ne remet pas en cause les surcoûts que peuvent engendrer les problèmes d'exploitation, une évolution des conditions tarifaires, qui conduirait à faire porter la charge financière sur les seuls opérateurs commerciaux, lui apparait prématurée à ce stade. Elle rappelle en effet à cet égard, qu'à son initiative, plusieurs groupes de travail réunissant les acteurs du marché travaillent actuellement sur le sujet pour faire émerger des solutions permettant de remédier à cette situation. De plus, les acteurs se sont accordés, lors des discussions en groupe de travail, pour confirmer la responsabilité de principe des opérateurs d'infrastructure quant au maintien de l'intégrité des réseaux, dans la continuité de la décision n° 2015-0776 dont il ressort que l'opérateur d'immeuble est *« responsable de la ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique de bout en bout, c'est-à-dire du point de mutualisation jusqu'au dispositif de terminaison intérieur optique »*[232]. La responsabilité de SFR FTTH ne saurait donc être écartée du seul fait qu'il aurait confié aux opérateurs commerciaux la réalisation de certaines opérations. Les modalités de refacturation des malfaçons non imputables à l'opérateur d'infrastructure sont également en cours de discussion.

Par ailleurs, les parties évoquent dans leurs écritures la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19. **SFR FTTH** considère que la crise sanitaire aura un impact non négligeable sur les déploiements et la pénétration des réseaux FttH [233]. D'après lui, la situation de la pandémie fait porter un risque supplémentaire à SFR FTTH qui ne pourra réaliser ses opérations dans de bonnes conditions : selon lui cette situation l'expose à une augmentation possible de ses coûts et à une modification de son calendrier des déploiements[234]. SFR FTTH considère ainsi que la crise sanitaire fait partie des éléments qui justifient l'actualisation de ses tarifs[235].

D'après **Free**, l'argumentation de SFR FTTH selon laquelle les risques encourus du fait de cette épidémie ont augmenté et que sa rémunération devrait en tenir compte doit être écartée. Selon lui,

---

[230] Observations en défense de SFR FTTH, page 94 ; Réponse de SFR FTTH au premier questionnaire des rapporteurs, page 22 : *« elles [les évolutions tarifaires intervenues au 1er février 2020] visent notamment à tenir compte des hausses de coûts supportées par SFR FTTH. L'ARCEP est par exemple parfaitement au fait des impacts sur les OPEX des dégradations de points de mutualisation »*

[231] Mémoire en réplique de Free, page 25 : *« Il convient de noter que les PM fortement dégradés du fait d'un enchevêtrement inextricable de dizaines de jarretières résultent en partie d'un défaut de supervision et de maintenance préventive de la part des OI. […] Il nous parait pour le moins prématuré de considérer que les remises en état de PM devraient se déverser dans les coûts de maintenance PM – PBO, plutôt que d'être recouvrés via le tarif de maintenance CCF (la jarretière étant connexe à la pose du CCF) ou tarifés à l'acte. »*

[232] Décision n° 2015-0776, 4.2.1, page 43

[233] Observations en défense de SFR FTTH, page 91

[234] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 4

[235] Observations en défense de SFR FTTH, pages 84 et 91. SFR FTTH précise que l'évolution tarifaire est à la hausse de 2% pour le tarif non-récurrent et de 9% pour le tarif récurrent. L'évolution est au 1er février 2020 (cf. ibid., page 4).

d'une part, la prime de risque ne vise pas à neutraliser les effets du risque et à verser une rémunération une fois le risque réalisé mais à garantir une rémunération tenant compte du risque ; d'autre part, le réseau de SFR FTTH en zone AMII étant largement construit, les éventuelles hausses de coûts ne dégraderont pas significativement le plan d'affaires de SFR FTTH dans les années à venir, et on pourrait même supposer qu'en ralentissant les travaux et dépenses et en augmentant l'adoption de la fibre, la crise a eu un effet positif[236].

L'Autorité constate tout d'abord que, sur ce sujet, les parties s'en tiennent à des affirmations générales, sans apporter d'éléments précis sur l'impact sur les coûts supportés par SFR FTTH.

Ensuite, si l'Autorité est consciente des difficultés rencontrées pendant la crise sanitaire, elle estime qu'il est encore trop tôt pour déterminer si cette dernière aura un impact structurant et s'inscrivant dans la durée sur le déploiement et l'activité de SFR FTTH. L'Autorité relève à cet égard que SFR FTTH a indiqué lui-même que *« il n'est pas possible, à date, d'anticiper les conséquences de la pandémie qui sévit actuellement en France (et au plan mondial) »* et que *« les conditions de déploiement et de commercialisation des offres FTTH risquent d'être négativement affectées dans des proportions qu'il n'est pas possible d'anticiper à ce stade »*[237] .

Or, comme rappelé précédemment, les tarifs d'accès FttH visent à assurer une rentabilité financière du projet de déploiement sur le marché de gros sur un horizon temporel raisonnable[238], pour donner une visibilité aux investisseurs quant aux retours sur investissements attendus. Dans ces conditions, de la même manière qu'il est trop tôt pour établir que les conséquences de la crise s'inscriront dans la durée pour les activités de SFR FTTH, il est trop tôt pour considérer qu'elles sont de nature à modifier en profondeur les hypothèses sous-jacentes à la construction par SFR FTTH de ses tarifs.

Au surplus, l'argument relatif à l'impact de la crise sanitaire, pour justifier le niveau tarifaire mis en œuvre par SFR TTH ne saurait être invoqué alors que l'état d'urgence sanitaire n'a été déclaré que postérieurement à l'entrée en vigueur des nouveaux tarifs d'accès.

Dès lors, l'Autorité considère que cet argument n'est pas de nature à remettre en cause les conclusions découlant de l'analyse des échanges sur la base du modèle de tarification.

6.5.3 Sur la comparaison avec les tarifs pratiqués par les autres opérateurs

Les parties mobilisent également dans leurs écritures des comparaisons entre les tarifs pratiqués par SFR FTTH et ceux pratiqués par d'autres opérateurs notamment Orange.

Selon **Free**, le niveau tarifaire formulé dans sa demande n° 3.a est cohérent avec ce qui est observé sur le marché. Free considère que les lignes de la zone SFOR qui ne font pas l'objet du contrat v2.0 mais appartiennent à SFR FTTH depuis 2018, sont commercialisées par SFR FTTH au même tarif que celui pratiqué par Orange en zone AMII alors que cette zone est moins dense que la zone SFMD (hors AMEL). Free soutient également que les tarifs d'accès annoncés par SFR FTTH pour la zone AMEL, dans le cadre des engagements pris au titre de l'article L. 33-13 correspondaient aux tarifs de la zone AMII alors en vigueur ce qui confirme qu'il est « *a fortiori*, *très nettement rentable pour SFR FTTH de commercialiser les prises de zone AMII régies par le Contrat, avec une densité supérieure à 500 habitants par km2, avec des tarifs identiques à ceux pratiqués sur le reste de la zone AMII* »[239].

---

[236] Mémoire en réplique de Free, page 24

[237] Observations en défense de SFR FTTH, page 91.

[238] L'horizon temporel retenu dans le modèle de tarification de 2015 est de 25 ans.

[239] Saisine de Free, page 44 : « […] *SFR a de plus accepté, et probablement demandé, à se voir transférer une partie de la zone AMII précédemment déployée et commercialisée par Orange, tout en ayant connaissance des conditions de commercialisation attachées (par exemple un récurrent de 5,12 € par ligne et non de 5,42 € par ligne) et malgré le fait que cette zone transférée*

SFR FTTH réfute cette argumentation, en justifiant que les tarifs proposés tiennent compte de sa situation spécifique, s'agissant de ses coûts et conditions de déploiement, arguant de coûts plus élevés[240]. SFR FTTH considère ainsi que ses tarifs ne peuvent être alignés sur la zone AMII d'Orange, ni sur les tarifs des opérateurs de RIP qui bénéficient de conditions différentes[241].

SFR FTTH procède également à une comparaison avec les tarifs d'Orange en comparant ses propres tarifs sur la zone AMII et AMEL à ceux d'Orange sur la zone AMII, pour conclure à l'inverse que ses tarifs devraient être supérieurs à ceux d'Orange toutes autres choses égales par ailleurs[242].

L'Autorité relève que la comparaison avec les tarifs pratiqués par les autres opérateurs peut constituer un élément d'appréciation pertinent, et en tout état de cause un bon indice, même si son utilisation nécessite une mise en perspective des conditions de déploiement et d'exploitation que connaissent les opérateurs concernés.

Les parties s'entendant sur le fait qu'une densité plus importante implique, toutes choses égales par ailleurs, des coûts plus faibles, et Free détaillant que la densité de la partie AMII de la zone du contrat de SFR FTTH, objet du présent règlement de différend, est supérieure à celle de la zone AMII Orange, l'Autorité estime que cette comparaison est un indice de nature à conforter les conclusions de l'analyse développée en section 6.4, dans la mesure où les niveaux des tarifs demandés par Free sont, de fait, similaires à ceux d'Orange en zone AMII.

6.5.4 Sur l'articulation avec la décision de règlement de différend Bouygues Telecom c. SFR FTTH

Dans ses cinquièmes observations en défense, SFR FTTH réagit à la décision de l'Autorité portant sur un différend entre Bouygues Telecom et SFR FTTH sur les conditions d'accès au réseau de fibre optique de ce dernier[243].

En premier lieu, **SFR FTTH** considère que la décision adoptée par l'Autorité, en annulant la hausse du tarif de location et en le portant à maximum 13,20 €/ligne/mois, au lieu de 16,40 €/ligne/mois précédemment, aura un impact négatif sur l'équilibre entre les tarifs de cofinancement et de location.

Selon l'opérateur, en premier lieu, ce mouvement aura un effet négatif sur les revenus de SFR FTTH, ce qui devrait selon lui emporter des effets de bords sur le tarif récurrent du cofinancement.

En effet, SFR FTTH fait valoir que des [SDA]

---

est deux fois moins dense que la zone régie par le Contrat objet du présent règlement de différend. […] *Ces engagements démontrent que ces projets sont rentables, avec des prises commercialisées au même prix que la zone AMII.»*

[240] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 60 : *« SFR FTTH a notamment souligné que ces tarifs, péréqués avec la zone AMEL, tiennent notamment compte des coûts liés à ces déploiements (nécessairement plus élevés que ceux d'Orange), de son WACC (plus élevé que celui d'Orange) et des conditions de déploiement qu'elle rencontre (pénétration, taux de cofinancement, etc.).»*

[241] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, page 13

[242] Quatrièmes observations en défense, pièce n°83, page 2 : *« Free demande à ce que le tarif forfaitaire pour les prises en zone AMII ne soit pas supérieur à 513.6€ et le tarif récurrent de cofinancement ne soit pas supérieur à 5.48€ / mois pour une tranche de 5%. Ces tarifs correspondent aux tarifs pratiqués actuellement par Orange en zone AMII.5*

Or, cette demande n'est pas recevable compte tenu de la différence de densité entre la zone de déploiement d'Orange et la zone de SFR FTTH, et des coûts de déploiement plus élevés pour SFR FTTH du fait des difficultés à accéder par endroits aux infrastructures de génie civil d'Orange. Toutes choses égales par ailleurs, ces différences justifient – à elles seules – des tarifs de cofinancement plus élevés pour SFR FTTH. »

[243] Décision n° 2020-1168-RDPI du 5 novembre 2020 se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant la société Bouygues Telecom et la société SFR FTTH

L'Autorité note, comme rappelé dans le cadre juridique exposé ci-avant, qu'il appartient aux opérateurs d'infrastructure de proposer une offre de cofinancement à des conditions tarifaires raisonnables. Or, la circonstance que le tarif de location, sur la base duquel les investisseurs auraient évalué le rendement du projet, devra être revu à la baisse à la suite de la décision de règlement de différend opposant les sociétés Free et Bouygues Telecom ne peut être valablement invoqué dans l'appréciation en l'espèce du caractère raisonnable du tarif récurrent de cofinancement, qui doit faire l'objet d'une analyse propre aux circonstances de l'espèce.

En second lieu, selon **SFR FTTH**, la décision de règlement de différend inciterait les opérateurs commerciaux à rester en location et partant, aurait également un impact à la baisse sur le taux de cofinancement, nécessitant là encore une hausse du tarif récurrent du cofinancement[244].

Selon **Free**, SFR FTTH ne démontre pas que son plan d'affaire, qu'il n'a pas produit à l'instance, serait remis en cause par la décision de l'Autorité concernant le RDD Bouygues alors que d'une part, les recettes de l'opérateur d'infrastructure augmentant avec la quote-part de location, le tarif du récurrent d'équilibre tel que calculé par Free avec 100 % des lignes activées en cofinancement est le plus élevé possible[245] et que d'autre part, SFR FTTH n'a jamais indiqué que son plan d'affaires reposait sur un recours massif et durable des opérateurs commerciaux à ses offres de location.

L'Autorité relève d'abord que si SFR FTTH soutient que la décision de règlement de différend aurait pour effet de privilégier le recours des opérateurs commerciaux à la location plutôt qu'au cofinancement, il n'étaye pas ses propos. En tout état de cause, comme indiqué en section 4.2 de l'annexe, les parties se sont mises d'accord sur la prise en compte d'un taux de cofinancement lié au taux de pénétration pour le calcul du tarif récurrent, sans que le tarif de location pratiqué ne soit utilisé pour la fixation de cette hypothèse.

6.6 Conclusion

Au vu de l'ensemble des éléments exposés ci-avant, et au vu en particulier de l'article L. 34-8-3 du CPCE, des décisions réglementaires prises en son application et des objectifs de régulation visés à

---

[244] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, page 14 : « *Enfin, et il s'agit d'un point fondamental, la décision adoptée par l'ARCEP dans le différend l'ayant opposé à Bouygues Telecom fixe, de manière contestable, le tarif de location de SFR FTTH en SFMD à 13,20 € (hors indexation).*

Or, un tel tarif :

D'une part, impactera négativement les revenus de SFR FTTH et, partant, doit emporter des effets de bord sur ses tarifs de cofinancement.

D'autre part, affectera défavorablement le taux de cofinancement en raison du resserrement qui en résulte entre tarifs de cofinancement et de location, ce qui va à l'encontre de l'échelle des investissements. Les OC qui ont les moyens mais se refusent à co-investir comme Bouygues Télécom sont en effet incités à demeurer dans une telle stratégie et les OC cofinanceurs sont incités à minimiser – ou a minima différer – leurs achats de tranches.

Une baisse du taux de cofinancement impactera là aussi négativement les tarifs de cofinancement de SFR FTTH, comme Frontier le relève. »

[245] Observations complémentaires de Free, page 6 : *«*

Free tient à rappeler que SFR FTTH n'a toujours pas présenté ledit plan d'affaires initial qui aurait permis d'analyser et le cas échéant de confirmer (quod non) ces affirmations. (…)il n'existe aucun jeu de paramètres raisonnables conduisant à une VAN 25 ans de location, même à 13,2 €, inférieure à la VAN générée par le cofinancement ; prendre une quote-part de lignes en location augmente donc les recettes de l'OI et fait baisser mécaniquement le tarif récurrent d'équilibre des prises en cofinancement ; le tarif récurrent d'équilibre calculé par Free dans son mémoire en réplique, avec 100 % des lignes activées en cofinancement, est donc le plus élevé possible et le plus favorable pour SFR FTTH (…)

SFR FTTH n'a jamais prétendu, dans le cadre du présent différend, avoir principalement fondé l'équilibre de son plan d'affaire (qui n'a pas été transmis) sur un recours massif et durable des OC à ses offres de location. »

l'article L. 32-1 du CPCE et en particulier de l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques et la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence, la demande de Free de bénéficier d'un tarif de cofinancement dans la partie AMII de la zone du contrat qui –ne dépasse pas la borne haute de 5,12 €/mois/ligne[246] pour un tarif non-récurrent maximal de 513,6 €/ligne, apparaît justifiée et proportionnée.

Dès lors, l'Autorité estime qu'il doit être fait droit à la demande de Free tendant à ce que SFR FTTH fixe le tarif de cofinancement dans la partie AMII de la zone du contrat à un niveau qui (1) ne saurait dépasser 513,6 €/ligne pour la composante non-récurrente du tarif et (2) ne saurait dépasser la redevance mensuelle de 5,12 €/mois/ligne pour un cofinancement à hauteur de 20 %.

Les tarifs pour la redevance mensuelle pour les autres niveaux de cofinancement devront être établis par SFR FTTH soit au même niveau tarifaire soit, si SFR FTTH choisissait de retenir une tarification dégressive au volume comme actuellement, selon le même mécanisme de dégressivité que celui actuellement prévu au Contrat, en cohérence avec celle mise en œuvre par les autres acteurs du marché qui la pratiquent[247], et en l'actualisant avec le tarif indiqué ci-avant.

Il apparaît raisonnable que SFR FTTH propose en ce sens une modification du Contrat dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision.

6.7 À propos des tarifs sur la zone AMEL

Si l'Autorité enjoint à SFR FTTH de modifier ses tarifs sur la seule zone AMII, qui est la seule partie de la zone SFMD à faire l'objet de la demande de Free, l'Autorité note pour autant que les motifs qui sous-tendent cette décision pourraient être fondés sur l'ensemble de la zone SFMD, y compris les AMEL. En effet, SFR FTTH n'a apporté aucun élément démontrant que les tarifs demandés par Free ne seraient pas raisonnables pour une application à l'ensemble de la zone SFMD comme il semblait l'envisager initialement, lorsque SFR a proposé ses engagements au Gouvernement en application de l'article L. 33-13 du CPCE, en affichant alors pour les zones AMEL les tarifs qu'il pratiquait alors sur la zone AMII et qui sont inférieurs à ceux demandés par Free. La présente décision ne constitue donc pas, *a fortiori*, une invitation à distinguer deux tarifs distincts, au sein de la zone SFMD, entre la zone AMII et les zones AMEL.

En premier lieu, l'Autorité note que SFR FTTH défend que les tarifs demandés par Free ne sont pas compatibles avec la réalisation des déploiements dans ses zones AMEL, alors même qu'il s'est engagé à déployer ces zones en affichant des tarifs alors inférieurs à ceux aujourd'hui demandés par Free.

Avant de proposer des engagements juridiquement opposables devant le Ministre sur le fondement des articles L. 33-13 du CPCE, SFR a dû effectuer ses estimations de coûts de déploiement[248] sur les

---

[246] Pour un cofinancement de 20% des lignes.

[247] Soit 5,48 € HT pour ligne active par mois si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est de 5%, de 5,29 € si le taux est de 10%, de 5,19 € si le taux est de 15%, de 5,12 € si le taux est de 20%, de 5,06 € si le taux est de 25% et de 4,99 € si le taux de cofinancement de l'opérateur commercial est supérieur ou égal à 30%.

[248] Ainsi, pour exemple, l'appel à manifestation d'engagement local d'Eure-et-Loir qui a ensuite donné lieu à un engagement de SFR en application de l'article L. 33-13 du CPCE auprès du Ministre, le Syndicat Mixte Ouvert Eure-et-Loir Numérique, porteur du projet, demander la présentation « un plan d'entreprise crédible » : https://www.numerique28.fr/wp-content/uploads/2018/04/180423_consultation_AMEL_Eure-et-Loir.pdf

zones pour lesquelles il entendait prendre ces engagements. Ainsi, à la date de ces derniers, SFR avait, d'ailleurs, pu établir ses hypothèses et anticiper l'éventuel surcoût représenté par les engagements ; si une difficulté avait émergé de son analyse, il lui eût été alors loisible de l'évoquer dans sa lettre d'engagement auprès du Ministre. Le taux de raccordements longs que SFR s'est engagé à ne pas dépasser dans son courrier à l'adresse du Ministre[249], implique d'ailleurs qu'il se soit livré à un exercice d'évaluation des modalités de déploiement du réseau sur les zones concernées et des coûts supportés en conséquence de l'engagement pris.

Il résulte de ce qui précède que SFR a dû estimer les coûts de déploiement en zone AMEL au moment où il a pris ses engagements et que c'est en connaissance de cause qu'il a décidé de proposer des engagements sans ajuster ses tarifs. SFR FTTH n'apparait ainsi aujourd'hui pas non plus fondé, au demeurant, à se prévaloir de ses engagements pour justifier des tarifs d'accès plus élevés.

En deuxième lieu, l'Autorité relève que la grille tarifaire de SFR jointe à sa lettre d'engagement a certes été présentée à titre indicatif, mais a été un élément du dossier[250] qui a éclairé tant l'Arcep dans les avis favorables[251] qu'elle a rendus, que le Gouvernement pour accepter ledit engagement par arrêté. En effet, en soulignant dans cet avis le caractère essentiel, pour l'examen des propositions d'engagement de couverture FttH en zone AMEL, de l'appréciation des conditions d'accès aux réseaux dont le déploiement est envisagé, et en relevant particulièrement le fait que l'offre d'accès en vigueur (donc avant hausse) permettait aux opérateurs commerciaux de disposer des mêmes conditions d'accès en zone AMEL que dans les zones AMII et RIP, il apparaît que l'avis favorable de l'Autorité a en partie reposé sur les conditions d'accès, y compris tarifaires, alors en vigueur, c'est-à-dire celles valables avant l'intervention de la hausse tarifaire.

En troisième lieu, le résultat des calculs réalisés à partir du modèle de coût et du modèle de tarifs sur la zone SFMD globale (en ce compris la partie de la zone AMII SFR et les zones AMEL concernées) ne permet pas d'établir que le tarif récurrent produit par les modèles serait manifestement incompatible avec le tarif de 5,12 €/ligne/mois demandé par Free pour un cofinancement de 20 %.

En conclusion, et au regard de tout ce qui précède et des éléments de l'instruction, il n'apparaît pas que le tarif demandé par Free sur la zone AMII soit par ailleurs manifestement incompatible avec la réalisation des déploiements en zone AMEL. L'Autorité souligne ainsi que l'injonction qui est faite à SFR FTTH d'ajuster ses tarifs en zone AMII, limitée à la zone AMII selon la demande de Free,

---

[249] Dans sa lettre d'engagement relative à l'appel à Manifestation d'Engagements Locaux (AMEL) du programme d'aménagement numérique 2018-2022 sur le département de la Nièvre (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/annexes-19-1617.pdf), SFR indique : *« Altice France / SFR s'engage à ce que le nombre de raccordements longs ne dépasse pas 8% des raccordements à l'échelle du projet et 20% à l'échelle d'une commune »*.

[250] L'Autorité a ainsi indiqué dans son avis, s'agissant des conditions tarifaires associées à l'engagement : *« En l'espèce, SFR renvoie, à titre indicatif et en annexe de son courrier d'engagement, à son offre de référence en dehors des zones très denses en vigueur. SFR proposera dans la zone AMEL des départements concernés des conditions d'accès identiques à celles qu'il propose en zone AMII. Les principales conditions tarifaires de cette offre sont rappelées en annexe 2 du présent avis. SFR introduit, sur le segment qui relie le PBO au local de l'utilisateur final et est construit lors de la souscription d'une offre commerciale par un client, une catégorie de lignes dénommées « raccordements longs », examinée dans la section qui suit (cf. point 3.1.2). En dehors de ces « raccordements longs », l'offre d'accès proposée par SFR permettra ainsi aux opérateurs commerciaux de retrouver dans cette zone AMEL les mêmes conditions d'accès que celles qu'ils connaissent ailleurs sur le territoire, tant en zone AMII que sur les réseaux d'initiative publique. »* (Soulignements ajoutés).

[251] Avis n° 2019-0635 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 avril 2019 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR dans les départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (page 5) ; Avis n° 2019-0861 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 4 juillet 2019 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR sur le département de l'Eure-et-Loir au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (page 5) ; Avis n° 2019-1617 de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse en date du 7 novembre 2019 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR sur le département de la Nièvre au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (page 5)

n'implique en rien pour SFR FTTH de pratiquer un tarif différent en zone AMEL, et qu'il appartiendrait le cas échéant à SFR FTTH d'en démontrer toute la pertinence au regard des éléments discutés dans la présente décision.

7 Sur la demande de Free relative au tarif de maintenance du câblage client final (demande 3.b)

Free formule une demande relative au tarif proposé par SFR FTTH pour la prestation de maintenance du câblage client final. Sa demande est formulée en ces termes :

« 3.b Nous demandons que le tarif récurrent de maintenance du Câblage Client Final (annexe 2, article 3.f) attaché aux prises cofinancées en zone AMII, reflète les coûts constatés ; nous demandons en particulier que ce tarif soit égal à 0 pour Free, dans la mesure où Free ne commande pas à SFR FTTH d'opération de maintenance des CFF et que Free ne facture pas SFR FTTH pour d'éventuels travaux de maintenance des CFF que Free pourrait réaliser elle-même. »

Lors de l'audience du 4 décembre 2020, Free a indiqué qu'il se désistait de cette demande.

L'Autorité prend acte du désistement de Free.

Décide :

Article 1. La société SFR FTTH doit, à compter de la notification de la présente décision, d'une part, transmettre à la société Free dans un délai d'un mois un premier projet de contrat modifiant le projet de contrat de SFR FTTH concernant l'accès aux lignes à très haut débit en fibre optique dans la zone SFMD et, d'autre part, transmettre à l'issue d'une négociation menée de bonne foi et au plus tard dans un délai de trois mois, le projet de contrat modifié par lesquels il est prévu explicitement qu'en cas transfert de tout ou partie des lignes à très haut débit en fibre optique du réseau cofinancé, SFR FTTH est tenu de garantir à la société Free, en contrepartie de son cofinancement, la continuité des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées à ces droits.

Article 2. La société SFR FTTH doit, à compter de la notification de la présente décision, d'une part, transmettre à la société Free dans un délai d'un mois un premier projet de contrat modifiant le projet de contrat de SFR FTTH concernant l'accès aux lignes à très haut débit en fibre optique dans la zone SFMD et, d'autre part, transmettre à l'issue d'une négociation menée de bonne foi et au plus tard dans un délai de trois mois, le projet de contrat modifié par lesquels il est prévu un mécanisme visant à une juste indemnisation de la société Free en cas de perte de tout ou partie des droits d'usage et des conditions essentielles d'accès associées à ces droits à l'occasion du transfert des lignes à très haut débit en fibre optique de SFR FTTH.

Article 3. La société SFR FTTH doit à compter de la notification de la présente décision, d'une part, transmettre à la société Free dans un délai d'un mois un premier projet de contrat modifiant le projet de contrat de SFR FTTH concernant l'accès aux lignes à très haut débit en fibre optique dans la zone SFMD et, d'autre part, transmettre à l'issue d'une négociation menée de bonne foi et au plus tard dans un délai de trois mois, le projet de contrat modifié par lesquels la partie relative au « Changement de contrôle de l'Opérateur » de l'article 26 du projet de contrat est modifiée dans les conditions prévues à la partie 4.3.2 de la présente décision.

Article 4. La société SFR FTTH doit, à compter de la notification de la présente décision, d'une part, transmettre à la société Free dans un délai d'un mois un premier projet de contrat modifiant le projet de contrat de SFR FTTH concernant l'accès aux lignes à très haut débit en fibre optique dans la zone SFMD et, d'autre part, transmettre à l'issue d'une négociation menée de bonne foi et au plus tard dans un délai de trois mois, le projet de contrat modifié concernant la partie de la zone AMII comprise au sein de la zone SFMD, complétant les articles 15.4.1 et 15.4.2 et 19 par un mécanisme visant à ce qu'au-delà d'un seuil à définir par le contrat, toute évolution tarifaire envisagée fasse l'objet d'un avenant négocié de bonne foi entre les parties.

Article 5. La société SFR FTTH doit, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, au sein de la zone SFMD, pour les lignes situées en zone AMII, prévoir que le tarif de cofinancement *ab initio* du segment point de mutualisation – point de branchement optique (PM-PBO) des lignes à très haut débit en fibre optique prévu par le projet de contrat de SFR FTTH concernant la zone SFMD ne soit pas supérieur à 513,6 € et que le tarif de la redevance mensuelle par ligne ne soit pas supérieur à 5,12 € pour un cofinancement à hauteur de 20 % et, pour les autres tranches soit en cohérence avec ce tarif.

Article 6. Le surplus des demandes de la société Free est rejeté.

Article 7. La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision aux sociétés Free et SFR FTTH. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 17 décembre 2020,

Le Président

Sébastien SORIANO

ANNEXE - PARAMETRES DU MODELE DE TARIFICATION

Table des matières

1 Sur les coûts de déploiement ... 83

1.1 Les coûts de déploiement de SFR FTTH ... 83

1.2 Les coûts issus du modèle de boucle locale optique mutualisée (BLOM) ... 84

1.2.1 Le modèle BLOM ... 84

1.2.2 Méthodologie proposée par Free ... 85

1.2.3 Sur la pertinence de l'utilisation du modèle pour l'évaluation des coûts d'un opérateur de FttH ... 86

1.2.4 Analyse quantitative ... 87

a) Éléments présentés par les parties ... 87

b) Analyse de l'Autorité ... 88

1.2.4.b.1 L'utilisation du modèle sur la zone moins dense d'initiative privée ... 88

1.2.4.b.2 Les estimations des coûts à l'aide du modèle sur la partie AMII de la zone du contrat ... 89

c) Synthèse ... 90

1.2.5 Sur le respect du principe du contradictoire ... 91

a) Eléments avancés par les parties ... 91

b) Analyse de l'Autorité ... 94

1.2.6 Conclusion ... 95

1.3 Les autres références de coûts de déploiement produites par les parties ... 95

1.4 Autres éléments d'appréciation des coûts de déploiement ... 99

1.5 Conclusion ... 101

2 Sur les autres éléments de coûts ... 102

2.1 Les coûts d'exploitation et de maintenance ... 102

2.2 Les tarifs d'accès au génie civil de boucle locale d'Orange ... 104

3 Sur la vitesse de déploiement des lignes (lignes programmées et raccordables) ... 104

4 Sur les paramètres de marché ... 105

4.1 Sur le taux de pénétration ... 105

4.2 Sur le taux de cofinancement ... 107

5 Sur le coût moyen pondéré du capital et la prime de risque ... 108

5.1 Sur le coût moyen pondéré du capital avant prise en compte d'une prime de risque ... 109

5.2 Sur la prime de risque ... 112

6 Sur l'inflation ... 115

***7* Sur le coefficient *ex post* ... 116**

8 Année de démarrage du modèle ... 116

9 Adaptation du calcul de la composante du tarif récurrent liée à la réserve dans le modèle de tarification ... 117

Comme indiqué en section 6.4, le modèle de tarification permet d'évaluer les niveaux tarifaires pratiqués en zones moins denses en fonction de différents paramètres.

Plus spécifiquement, ce modèle permet de calculer un tarif récurrent de cofinancement et un tarif récurrent de location sur le segment PM-PBO en fonction des paramètres suivants : les coûts de déploiement du réseau ; les coûts d'exploitation et de maintenance et d'accès au génie civil de boucle locale ; la vitesse de déploiement du réseau ; les taux de pénétration et de cofinancement ; le coût moyen pondéré du capital et la prime de risque ; l'inflation ; les tarifs non-récurrents pratiqués et le coefficient ex-post.

Dans cette section, l'Autorité passe en revue ces différents paramètres pour, au vu des arguments des parties, retenir pour chacun une valeur pertinente (ou une chronique de valeurs selon les cas), afin *in fine* d'utiliser les valeurs retenues dans le modèle de tarification et examiner au regard de ses résultats le caractère équitable du niveau tarifaire demandé par Free.

1 Sur les coûts de déploiement

S'agissant des coûts de déploiement du segment PM-PBO, plusieurs approches sont évoquées par les parties dans la procédure :

- les propres coûts de déploiement de SFR FTTH ;
- les coûts modélisés par le modèle de coût d'un réseau de boucle locale optique mutualisée (« modèle BLOM ») développé par l'Arcep ;
- des études externes et d'autres arguments.

Ces différentes approches sont étudiées successivement dans les sections qui suivent.

1.1 Les coûts de déploiement de SFR FTTH

SFR FTTH estime que le coût des prises à retenir dans le modèle tarifaire de l'Arcep est de 500 € en zone AMII[252].

SFR FTTH ne produit toutefois aucun élément correspondant à ses propres coûts au cours de la procédure. Ainsi, dans sa réponse au second questionnaire, SFR FTTH, via Frontier Economics, affirme que *« au regard de notre expérience du secteur à date, cette hypothèse de 500€ est en ligne avec les coûts de déploiement encourus par un opérateur comme SFR FTTH »*[253] sans apporter d'éléments provenant de ses propres coûts de déploiement.

SFR FTTH n'ayant pas produit ses propres coûts de déploiement, ceux-ci ne peuvent être utilisés par l'Autorité dans le cadre de la présente procédure.

Il est également à noter que Free considère que les coûts de SFR FTTH pourraient être supérieurs à ceux d'un opérateur efficace, puisqu'une grande partie des coûts de production et d'exploitation de SFR FTTH découlent de contrats de sous-traitance conclus sans mise en concurrence avec des sociétés ayant le même actionnaire commun[254]. Free estime que de tels liens contractuels peuvent inclure une

[252] « *500€ pour les prises dans les zones AMII (75% des prises) [et] 800€ pour les prises dans les zones AMEL (25% des prises)*» Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12

[253] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, page 6

[254] Mémoire en réplique de Free, page 22

marge et que la communication publique d'Altice ne mentionne pas que les prestations entre Altice France et SFR FTTH seraient orientées vers les coûts[255]. SFR FTTH conteste toutefois que ses coûts de déploiement ne seraient pas à des prix de marché[256].

1.2 Les coûts issus du modèle de boucle locale optique mutualisée (BLOM)

Free propose de fonder l'évaluation des coûts de déploiement supportés par SFR FTTH sur l'utilisation de la modélisation ascendante de la boucle locale optique mutualisée développée par l'Arcep (dit « modèle BLOM ») [257].

1.2.1 Le modèle BLOM

Depuis 2011, l'Arcep a mené des travaux de modélisation, afin de « *se doter d'un modèle de référence d'évaluation des coûts de déploiement des réseaux FttH* »[258].

Les travaux de modélisation publiés par l'Arcep sur ce sujet en 2017 et en 2020 s'inscrivent dans le cadre de la recommandation « non-discrimination et méthodes de coûts » de la Commission européenne, qui a recommandé que, pour la fixation du tarif d'accès au réseau cuivre, « *les ARN devraient adopter une méthode de calcul des coûts BU LRIC+ (modèle ascendant des coûts différentiels à long terme plus) qui associe une approche de modélisation ascendante utilisant le modèle LRIC comme modèle de coûts à une majoration pour la récupération des coûts communs* » [259].

L'Arcep a publié quatre versions successives de ce modèle en 2017 et 2020 :

- en avril 2017 (version 1.0), lors d'une consultation spécifique à ce modèle[260] ;
- en octobre 2017 (version 1.1), à l'appui de la consultation publique sur la fixation de l'encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour la période 2018-2020[261] ;
- en avril 2020 (version 1.2), lors d'une consultation spécifique sur une mise à jour de ce modèle[262] ;

---

[255] Saisine de Free, page 33

[256] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 37 : *« SFR FTTH considère pour le moins mal venu pour Free de critiquer ses tarifs en raison de coûts qui ne seraient pas des « prix de marché » (quod non) »*

[257] Mémoire en réplique de Free, page 29 : « *Nous utiliserons ci-après ces deux modèles successivement : le modèle BLOM pour évaluer les coûts des réseaux déployés par SFR FTTH dans la zone régie par le Contrat objet du présent différend, ainsi que dans les autres parties de la zone AMII puis le modèle de tarification pour évaluer le «* caractère raisonnable et équitable des conditions d'accès *» à ces réseaux* »

[258] Voir notamment, la consultation « Modèle de coûts de déploiement des réseaux FttH », menée du 15 juin au 15 juillet 2011, https://www.arcep.fr/actualites/les-consultations-publiques/p/gp/detail/modele-de-couts-de-deploiement-des-reseaux-ftth.html

[259] Recommandation n°2013/466/UE du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit (§30)

[260] https://www.arcep.fr/actualites/les-consultations-publiques/p/gp/detail/consultation-publique-une-modelisation-ascendante-dun-reseau-de-boucle-locale-optique-mutualisee.html

[261] https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/tarif-du-degroupage-larcep-propose-un-nouvel-encadrement-tarifaire-pour-la-periode-2018-2020.html

[262] https://www.arcep.fr/actualites/les-consultations-publiques/p/gp/detail/mise-a-jour-de-la-modelisation-ascendante-dun-reseau-de-boucle-locale-optique-mutualisee-pour-la-ta.html

- en septembre 2020 (version 1.3), à l'appui de la consultation publique sur la fixation de l'encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour la période 2021-2023[263].

Le code source du modèle a été publié à chacune de ces occasions. Lors des publications de 2020, l'Autorité a également publié des fichiers d'entrée, les unités d'œuvre résultats du modèle agrégées nationalement et par département (avec, dans les deux cas, la décomposition entre zones très denses, zones moins denses d'initiative privée et zones moins denses d'initiative publique), ainsi que, lors de la publication de septembre 2020, les coûts calculés par le modèle au format tableur[264].

Lors de ces consultations, l'Autorité a reçu des contributions d'opérateurs de détail, d'opérateurs de gros spécifiquement actifs sur le FttH ainsi que d'autres acteurs de marché.

1.2.2 Méthodologie proposée par Free

Dans le cadre de la présente procédure, Free utilise la dernière version (version 1.3) du modèle BLOM publiée par l'Arcep en septembre 2020[265] afin d'estimer les coûts de déploiement de SFR FTTH pour le segment PM-PBO, sur la partie de la zone du contrat qui se situe au sein de la zone AMII (« zone AMII du contrat »).

La méthodologie qu'il présente consiste :

- en ce qui concerne les données d'entrée, à utiliser *« dans la mesure du possible les données que l'Arcep a utilisées »*[266], sauf pour les fichiers d'entrée non publiés par l'Arcep que l'opérateur indique avoir reconstruits, ces derniers étant « *le fichier des point de concentration cuivre, le fichier des liens de collecte, le fichier « immeubles.csv » donnant pour chaque NRA la distribution d'immeubles présents sur le périmètre de la zone arrière de NRA en fonction du nombre de logements de chacun d'entre eux* ». Free précise avoir reconstitué ces fichiers, d'une part, d'après des informations obtenues auprès d'Orange (il s'agit du fichier « *« LP_totalesT42019.csv » correspondant à l'ensemble des points de concentration actifs fourni par Orange* »[267] et du fichier « *liens_collecte.csv* » pour lequel Free utilise « *l'ensemble des liens LFO reliant les répartiteurs d'Orange* »[268]) et, d'autre part, d'après « *la base des immeubles Pitney Bowes 2020 et les fichiers de forme correspondant aux zones arrière des NRA* »[269] ;
- en ce qui concerne le paramétrage du modèle, à reprendre l'approche présentée par l'Autorité dans son projet de décision fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023[270] et consistant à *« calculer une borne basse et une borne haute des coûts de réseau par zone, en utilisant les jeux de paramètres bas et hauts fournis par l'Autorité dans sa dernière version du modèle »*[271] *;*

---

[263] https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/tarifs-du-degroupage.html

[264] Ceux-ci étaient déjà calculables par les tiers à partir des sorties publiées de la version 1.2.

[265] *Ibid*.

[266] Mémoire en réplique de Free, page 30

[267] *Ibid*., même page

[268] *Ibid*., même page

[269] *Ibid*., même page

[270] https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-projdec-encadrement-tarifaire-boucle-locale-2021-2023_sept2020.pdf

[271] Mémoire en réplique de Free, page 30

- en ce qui concerne le périmètre du réseau modélisé, à extraire « *les seuls coûts aval PM* »[272], ce qui est justifié selon Free par le fait que « *la prestation d'accès au PM correspond uniquement à la partie du réseau comprise entre le PM (inclus) et le PBO* »[273]. Free précise qu'en « *sortie du modèle, les coûts totaux d'investissements aval du point de mutualisation correspondent aux postes de coûts suivants : coûts des PM, coûts de distribution (câble et fibre), quote-part des coûts d'ingénierie et conception, coûts des PBO* »[274].

Le modèle BLOM présente en sortie des résultats sur le territoire national répartis par zone arrière de NRO (ZANRO). Free indique répartir les coûts nationaux calculés par le modèle, par opérateur d'infrastructure d'une part et par zone (ZTD, AMII, AMEL, RIP) d'autre part, en fonction des codes INSEE des NRO positionnés par le modèle, « *en faisant successivement correspondre à chaque NRO son code INSEE puis au code INSEE la zone réglementaire et l'opérateur d'immeuble* ». Free indique alors calculer le coût à la ligne correspondant à un opérateur et à une zone réglementaire[275] donnés à partir du coût total et du nombre total de lignes calculés par le modèle pour les NRO ainsi sélectionnés pour cet opérateur et/ou cette zone réglementaire[276].

1.2.3 Sur la pertinence de l'utilisation du modèle pour l'évaluation des coûts d'un opérateur de FttH

SFR FTTH conteste la pertinence de l'utilisation du modèle BLOM dans la présente procédure, indiquant que ce dernier « *n'est de toute façon pas représentatif des coûts encourus par un opérateur alternatif comme SFR FTTH* », précisant qu'il « *s'agit d'un modèle conçu pour calculer la tarification du dégroupage de l'opérateur historique. Il se base à ce titre sur les actifs et l'architecture du réseau cuivre historique d'Orange. A titre d'exemple, il suppose la réutilisation systématique des NRA pour les convertir en NRO et que les PB seront localisés sur des points de concentration du réseau cuivre* ». SFR FTTH en conclut que « *ceci n'a pas de sens pour SFR FTTH* »[277].

SFR FTTH ajoute que « *L'ARCEP n'a au demeurant jamais affirmé que le Modèle BLOM pourrait avoir vocation à déterminer le coût des prises FTTH afin de fixer les tarifs des offres d'accès des OI. Elle l'a toujours présenté comme un modèle donnant un signal de coûts pour le tarif du dégroupage* », en ajoutant que « *Les remarques que SFR a pu formuler lors des consultations publiques de l'ARCEP ne peuvent être comprises que dans le contexte de la fixation des tarifs du dégroupage. En aucun cas, l'ARCEP n'a consulté les opérateurs sur l'utilisation du Modèle BLOM dans le cadre de la fixation d'une référence de coûts des prises pour la tarification du FTTH* »[278].

L'Autorité estime, sur le premier point, que, comme toute modélisation, les hypothèses retenues contiennent certaines simplifications, mais que SFR FTTH n'apporte aucun élément précis à l'appui de sa critique. L'Autorité note en particulier que l'architecture du réseau cuivre d'Orange est largement réutilisée pour le déploiement du FttH. S'agissant du génie civil d'Orange, celui-ci est massivement utilisé par des opérateurs qui déploient des réseaux FttH dans le cadre de l'offre régulée GC-BLO qu'Orange doit fournir en vertu des décisions d'analyses de marché. En application des décisions d'analyse de marché, Orange propose également une offre d'hébergement au sein de ses locaux pour

---

[272] *Ibid*., même page

[273] *Ibid*., même page

[274] *Ibid*., page 31

[275] Free ne mentionne que « par opérateur »

[276] Mémoire en réplique de Free, page 31

[277] Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, paragraphe 41, pages 7 et 8

[278] *Ibid*., paragraphe 43, page 8

les équipements de boucle locale optique. S'agissant des choix de localisation des actifs plus précisément visés par SFR FTTH (NRO et PB), que le modèle positionne à des emplacements d'actifs du réseau de cuivre[279], ce dernier n'a pas apporté dans le cadre de l'instruction d'éléments quantitatifs de nature à estimer l'impact de cette simplification sur les résultats du modèle.

Sur le second point, l'Autorité estime que le fait que les dernières publications de son modèle des coûts de la fibre optique aient été réalisées dans le cadre de la préparation des encadrements tarifaires du dégroupage n'empêche pas que ce modèle, dont le principe est d'estimer les coûts d'une boucle locale optique mutualisée déployée par un opérateur efficace, puisse être utilisé dans un autre contexte.

Par conséquent, l'Autorité considère que le modèle BLOM est un outil adéquat pour fournir une estimation pertinente des coûts de déploiement du segment PM-PBO.

1.2.4 Analyse quantitative

Dans cette section, l'Autorité présente les coûts calculés à l'aide du modèle BLOM par les parties puis son analyse.

a) Éléments présentés par les parties

Free commence par indiquer avoir fait fonctionner le modèle BLOM sur le territoire national, à l'aide des données publiées par l'Autorité et des fichiers qu'il a reconstruits (*cf*. section 1.2.2). Il indique que les calculs menés aboutissent en moyenne sur la France entière à « *un coût moyen aval PM par ligne compris entre 406 € et 554 € »*. Free estime que ces derniers résultats sont cohérents avec les données publiées par l'Arcep[280] [281].

Il indique ensuite avoir calculé, à l'aide du modèle BLOM, les coûts de la partie AMII de la zone du contrat, selon la méthodologie mentionnée en section 1.2.2. Sur cette zone, Free indique calculer un coût moyen aval PM par ligne compris entre 264 € et 354 €[282]. Free ajoute qu'une méthode plus précise, consistant à utiliser le code INSEE non pas des NRO mais des points de mutualisation (PM), donne en pratique des résultats identiques[283].

Enfin, en réponse aux arguments de SFR FTTH sur le caractère non contradictoire du modèle BLOM (voir section 1.2.5), Free avance[284] qu'à supposer même que ses calculs sur la base du modèle BLOM soient écartés – ce qu'il conteste – en raison l'incapacité de SFR FTTH à utiliser ce modèle, il demeure que « *le coût moyen de construction des prises en moyenne* AMII *a été publié par l'Arcep dans ses fichiers de résultats ; même si SFR FTTH ne sait pas utiliser le modèle BLOM, elle ne peut prétendre ne pas savoir lire un résultat dans un tableur Excel* » et que « *la zone du Contrat SFR FTTH étant plus dense que la zone AMII, les coûts de déploiement y sont nécessairement inférieurs, ce que confirme bien*

[279] Les NRO sont positionnés par le modèle à l'emplacement de NRA existants. Les PB (également appelés PBO) sont positionnés à l'emplacement des points de concentration existants.

[280] Mémoire en réplique de Free, page 31

[281] Le coût unitaire moyen aval PM issu des résultats publiés par l'Autorité dans la version 1.3 du modèle est de respectivement 406 € et 553 € dans les bornes basse et haute de la fourchette, soit quasiment identique au chiffre avancé par Free. Ces chiffres s'obtiennent par moyenne pondérée des coûts unitaires du segment de distribution par ligne des fichiers « Module de coûts » publiés dans ce modèle, selon la pondération présentée dans la consultation publique par zone de régulation s'agissant des taux de reconstruction du génie civil en pleine terre en aérien et en conduite.

[282] Voir le tableau de résultats en zone AMII présenté par Free dans son mémoire en réplique, page 32

[283] Mémoire en réplique de Free, page 31

[284] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 19

évidemment la modélisation détaillée »[285]. Free ajoute *« le coût issu par la lecture directe du modèle de l'Arcep pour l'ensemble de la zone AMII nous semble un majorant absolu (301 et 404 €) »*[286].

SFR FTTH, au-delà de ses critiques sur la pertinence du modèle (cf. section 1.2.3) et sur le respect du principe du contradictoire (*cf*. section 1.2.5), critique la méthodologie utilisée par Free pour attribuer les coûts calculés par le modèle BLOM à une zone donnée (en l'occurrence la zone AMII SFR FTTH du contrat) : « *l'analyse faite par Free afin d'identifier les lignes FTTH de SFR FTTH sur la base du code INSEE d'un ancien NRA d'Orange transformé en NRO n'est absolument pas fiable. Il n'y a en effet aucune assurance que les lignes FTTH de SFR FTTH situées dans une commune correspondent à un NRO qui se situe lui-même dans cette commune et vice versa* »[287].

Tout en contestant l'utilisation du modèle BLOM (voir *supra*), il retient dans la simulation tarifaire qu'il présente, comme hypothèse de coût de déploiement en zone AMII, la borne haute de la fourchette de coûts de déploiement produite par le modèle BLOM en AMII, soit 404 € par prise[288]. Frontier Economics précise en effet qu'il s'agit des coûts qui se rapprochent le plus de son estimation de 500 €.

b) Analyse de l'Autorité

L'Arcep examine dans le cadre de son analyse dans un premier temps l'utilisation du modèle sur la zone moins dense d'initiative privée et l'estimation des coûts de déploiement qui en découle, puis dans un second temps son utilisation et les résultats sur la partie AMII de la zone du contrat, sur laquelle porte la demande de Free s'agissant du niveau des tarifs pratiqués par SFR FTTH.

1.2.4.b.1 L'utilisation du modèle sur la zone moins dense d'initiative privée

Comme indiqué en section 1.2.1, le modèle fournit des résultats décomposés selon trois zones, notamment la zone moins dense d'initiative privée, définie dans le modèle comme les communes hors zone très dense faisant l'objet d'engagements de déploiement « AMII » dans le cadre de l'article L. 33-13 du CPCE ou bien d'intentions privées de déploiement sans que des engagements de déploiement n'aient été pris au titre de cet article L. 33-13[289].

Comme vu *supra*, les résultats du modèle sur cette zone pour le segment PM-PBO, de respectivement 301 € et 404 € pour la borne basse et la borne haute du modèle, sont présentés à la fois par Free et par SFR FTTH dans leurs écritures. Ils proviennent d'un calcul simple effectué par les parties sur la base des résultats figurant dans les quatre modules de coûts au format tableur publiés par l'Arcep[290].

L'Autorité estime toutefois qu'il est pertinent d'apporter un ajustement au modèle (et donc ses résultats) dans le cadre du présent règlement de différend. Il convient en effet d'exclure les coûts des coupleurs optiques présents au point de mutualisation. En effet, ces coûts sont inclus dans le modèle depuis la version 1.1 de celui-ci[291] car il a été considéré, à la suite des réponses à la consultation publique d'avril 2017 sur le modèle, que leur prise en compte est pertinente dans le cadre son utilisation pour la tarification du dégroupage. Dans le cadre de l'accès passif à la boucle locale optique (PM-PBO), l'installation et le branchement de ces coupleurs ne sont toutefois pas réalisés par

---

[285] *Ibid*., même page.

[286] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27

[287] Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, paragraphe 42, page 8

[288] Calcul Arcep sur la base de la réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, page 11, note de bas de page 18

[289] *Cf*. : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-publique-modele-BLOM-avril2020.pdf , page 44

[290] Onglet « CAPEX agrégés », ligne 44 – *cf*. réponses de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 23

[291] Voir la section « 3.1 Ajout des coupleurs », page 2 de la liste des changements apportés entre la version 1.0 publiée le 7 avril 20171 et la version 1.1 publiée le 5 octobre 2017, jointe à la consultation sur le projet de décision fixant un encadrement du tarif de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2018 à 2020, https://www.arcep.fr/actualites/les-consultations-publiques/p/gp/detail/projet-de-decision-fixant-un-encadrement-tarifaire-de-lacces-a-la-boucle-locale-cuivre-pour-les-ann.html

l'opérateur d'infrastructure mais par l'opérateur commercial, et il convient donc d'exclure ces coûts du périmètre du calcul.

Les coûts par ligne sur le segment PM-PBO pour la zone moins dense d'initiative privée tenant compte de cet ajustement sont respectivement de 298 € et 398 € pour la borne basse et la borne haute de la fourchette.

1.2.4.b.2 Les estimations des coûts à l'aide du modèle sur la partie AMII de la zone du contrat

Plusieurs méthodes peuvent être utilisées pour estimer un coût sur la partie AMII de la zone du contrat à l'aide du modèle.

En effet, le modèle ne calcule pas directement des coûts sur une sous-zone arbitraire, en particulier une liste de communes. Le découpage le plus fin pour lequel il est possible d'obtenir les unités d'œuvre et donc les coûts correspondant au déploiement du réseau est celui correspondant aux zones arrière de NRO (ZANRO) et aux zones arrière des points de mutualisation (ZAPM), correspondant à l'architecture de déploiement du modèle. Pour estimer les coûts sur une liste de commune donnée, il est donc nécessaire de faire un choix méthodologique.

Le calcul sur la base de la sélection des NRO des communes de la zone AMII du contrat

Il s'agit de la méthode utilisée par Free (*cf. supra*).

En répliquant cette méthode sur la base du modèle v1.3 publié, sans tenir compte des coûts des coupleurs optiques (cf. *supra*), le calcul aboutit à un coût aval PM par ligne de 281 € en bas de fourchette et 374 € en haut de fourchette.

Ces résultats sont plus élevés que ceux mentionnés par Free (respectivement 264 € et 354 €).

SFR FTTH critique la fiabilité de cette méthode (*cf. supra*), s'agissant de la correspondance entre commune des NRO et commune des lignes.

En sus de la méthode présentée par Free, l'Autorité a réalisé deux estimations alternatives des coûts sur la zone AMII du contrat sur la base du modèle.

Le calcul sur la base de la quote-part des communes de la zone AMII du contrat dans les différentes ZANRO calculées par le modèle

Une méthode alternative consiste à attribuer, à une commune donnée, pour chaque NRO desservant des lignes situés dans cette commue, les unités d'œuvre et les coûts de déploiement de la zone arrière de ce NRO à proportion des lignes de cette commune desservies par ce NRO dans l'ensemble des lignes de ce dernier[292] [293]. Ce calcul utilise les résultats du modèle par ZANRO, qui n'ont pas été publiés par l'Autorité mais qui sont disponibles en sortie de modèle[294].

Ce calcul permet ainsi d'estimer respectivement le coût et le nombre de lignes d'une zone quelconque, définie par une liste de communes, comme la somme des coûts et des nombres de lignes de chacune des communes qui la constituent, puis d'en déduire le coût unitaire moyen par prise sur la zone.

L'Autorité a mené ce calcul, à l'aide du même modèle v1.3, pour la zone AMII du contrat de SFR FTTH, qui conduit aux coûts suivants :

- 280 € par prise dans le scénario « bas de fourchette » ;
- 372 € par prise dans le scénario « haut de fourchette ».

---

[292] Ainsi, une commune comportant 30 % des lignes d'un NRO1 et 20 % des lignes d'un NRO2 se voit affecter 30 % des unités d'œuvre et des coûts du NRO1 et 20 % de ceux du NRO2.

[293] Le calcul de l'appartenance est en pratique réalisé sur la base du croisement des limites géographiques de la commune, des coordonnées géographiques des PBO et des PM intérieurs calculés par le modèle et de l'identifiant du NRO de rattachement de ces PBO et PM intérieurs.

[294] Fichiers UONatparNRO*.csv

Cette méthode semble plus précise et robuste que celle proposée par Free, dans la mesure où elle ne se limite pas à une simple hypothèse de correspondance entre la commune des lignes et la commune d'implantation du NRO.

Le calcul sur la base de la quote-part, par département, de la partie AMII de la zone du contrat dans le total de la zone moins dense d'initiative privée.

Comme indiqué en section 1.2.1, l'Autorité a, en sus des coûts unitaires par zone de régulation disponibles dans les « modules de coûts », publié les unités d'œuvre résultats du modèle décomposées par département, avec la décomposition entre zones très denses, zones moins denses d'initiative privée et zones moins denses d'initiative publique.

Sur la base de ces éléments, il est possible de réaliser une estimation des coûts d'une zone donnée, sous-ensemble de la zone moins dense d'initiative privée :

- en calculant, département par département, la quote-part des lignes de la zone moins dense d'initiative privée du département qui appartient à cette zone donnée ;
- en estimant, département par département, les coûts des lignes de la zone donnée, comme étant le produit de cette quote-part et du coût de la zone moins dense d'initiative privée sur le département en question ;
- en finissant par faire la somme sur l'ensemble des départements.

Cette estimation est un peu moins fine que celle issue du calcul précédent mais est réalisable, sans exécution du code source, sur la base des données publiées par l'Autorité, à savoir :

- des données publiées lors de la consultation publique sur un projet de décision fixant un encadrement tarifaire de l'accès à la boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023[295] :
    - les unités d'œuvres détaillées (pour chaque intersection de zone de régulation et de département) issues du modèle BLOM (fichiers UONatDetail*.csv),
    - les coûts unitaires inclus dans les différentes versions du module de coûts ;
- la « meilleure estimation des locaux » fournie trimestriellement pour chaque commune par l'Autorité dans son observatoire des déploiements (par cohérence, les calculs sont ici menés avec la version publiée pour le 1er trimestre 2020 qui a été utilisée pour le modèle BLOM dans sa version 1.3).

Ce calcul mène, pour la zone AMII du contrat de SFR FTTH, aux coûts suivants :

- 284 € dans le scénario « bas de fourchette » ;
- 377 € dans le scénario « haut de fourchette ».

c) Synthèse

Les différents résultats obtenus peuvent être récapitulés ainsi :

[295] https://www.arcep.fr/actualites/les-communiques-de-presse/detail/n/tarifs-du-degroupage.html

Capex PM-PBO (€/ligne)	Borne basse	Borne haute
1 – Coût pour la zone moins dense d'initiative privée		
Méthode 1 : utilisation directe des sorties du modèle	297	397
2 – Coût pour la partie AMII de la zone concernée par le contrat		
Méthode 2a : estimation sur la base du code INSEE des NRO	281	374
Méthode 2b : estimation sur la base de l'intersection des ZANRO et des communes de la zone	280	372
Méthode 2c : estimation sur la base de la quote-part de la zone AMII du contrat dans la zone moins dense d'initiative privée département par département	284	377

1.2.5 Sur le respect du principe du contradictoire

a) Eléments avancés par les parties

SFR FTTH demande que les analyses menées par Free sur la base du modèle BLOM soient écartées pour violation du principe du contradictoire[296], arguant du fait que Free n'a pas produit « *l'ensemble des hypothèses et paramètres qu'elle a pris en compte pour ses calculs* »[297]. SFR FTTH vise à cet égard les fichiers que Free indique avoir reconstruits, à savoir le fichier des points de concentration, le fichier des liens de collecte et le fichier « immeubles.csv »[298].

Free réfute cet argument dans sa réponse au second questionnaire des rapporteurs, indiquant notamment que :

- ce modèle « *est central pour la régulation sectorielle ; il a contribué à former le tarif régulé du dégroupage entre 2018 et 2020, et est la pierre angulaire du tarif du dégroupage fixé pour les années 2021 à 2023* » ; Free précise que « *le groupe Altice seul a payé plus d'un milliard d'euros de dégroupage depuis 2018* »[299] ;
- qu'il « *a fait l'objet de deux consultations publiques en 2017 et 2020 ; à ces occasions, et depuis trois ans, aucun opérateur majeur n'a jamais fait état d'impossibilité dirimantes à l'utiliser, d'incapacité à reproduire le résultats où à en critiquer les résultats* »[300] ;
- que le groupe Altice a répondu à ces deux consultations publiques, sans faire état d'une incapacité à utiliser le modèle, qu'il était parfaitement en mesure d'appréhender le fonctionnement du modèle et d'en critiquer les hypothèses et résultats ;

[296] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pages 58 à 60 ; « faute pour Free de produire l'ensemble des paramètres utilisés par ses soins dans le Modèle BLOM (et au demeurant le modèle lui-même incluant ces ajustements), ses arguments fondés sur les analyses qu'elle aurait réalisées en l'utilisant seront écartées des débats pour non-respect du principe du contradictoire », page 60.

[297] *Ibid.*, page 58, paragraphe 370 (soulignement d'origine)

[298] *Ibid.*, paragraphe 371

[299] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 18

[300] *Ibid.*, même page.

- que le mémoire en réplique apporte une démonstration supplémentaire que la reproductibilité du modèle BLOM ne soulève aucun obstacle dirimant [301] puisque Free recalcule quasi exactement les résultats déjà publiés par l'Arcep pour la zone AMII dans son ensemble.

Il s'étonne donc de lire que SFR FTTH ne peut pas faire fonctionner le modèle et conclut que si SFR FTTH ne sait pas le faire fonctionner, c'est parce qu'elle n'a pas voulu mobiliser les compétences adéquates pour le faire[302].

Il ajoute que « *la mécanique globale du fonctionnement du modèle est bien documentée dans les consultations publiques menées par l'Autorité, les codes sources des algorithmes sont publics, les paramètres de coûts unitaires aussi* »[303] et qu'« *Il ne* [lui] *semble pas pouvoir exister de prise à une quelconque critique d'absence de transparence ou de reproductibilité sur le modèle lui-même* »[304].

Quant aux calculs menés, Free ajoute qu'ils « *ne dépendent ensuite que des données sources introduites en entrée du modèle, aspect sur lequel se concentrent les critiques de SFR FTTH* »[305]. Sur ce point, Free avance que SFR FTTH peut se procurer toutes les données sources utilisées par Free[306].

En particulier, il indique que « *les fichiers de forme des zones réglementaires, la liste de départements limitrophes, coûts unitaires etc. ont été publiés par l'Arcep ; en fait, tout ce qui a été utilisé par Free a été publié par l'Autorité, à l'exception de trois fichiers (que l'Arcep ne pouvait publier car ces données sont disponibles, mais marchandes)* »[307].

Free détaille par la suite comment il a pu se procurer ces derniers[308] :

- concernant le fichier des points de concentration cuivre, Free indique que cette base peut être achetée auprès d'Orange dans le cadre de la « *fourniture de données d'éligibilité, d'adresse et de géolocalisation, relatives aux infrastructures de la boucle locale cuivre d'Orange* »[309] ;
- concernant le fichier des liens de collecte, Free indique que « *la liste des LFOs disponibles peut être achetée auprès d'Orange dans le cadre de la prestation «* Informations présence de Fibre Optique *»* »[310] ;
- enfin, concernant le fichier « immeubles.csv », Free indique l'avoir « *élaboré en croisant la base des immeubles Pitney Bowes 2020 et les fichiers de forme correspondant aux zones arrière des NRA, tels que calculés par le modèle de l'Arcep* »[311] et précise que « *la base immeubles Pitney*

---

[301] Réponse au questionnaire n°2 des rapporteurs, page 18

[302] *Ibid.*, *« Il est donc assez extraordinaire de lire dans les écritures de SFR FTTH, contrôlée par le groupe Altice, qu'elle ne connait pas le fonctionnement du modèle, qu'elle est incapable de le faire fonctionner, qu'elle ne dispose pas des jeux de données nécessaires pour le faire fonctionner (sur la propre zone où elle déploie), qu'elle ne peut pas en reproduire les résultats, et que ces résultats doivent donc être écartés. Si SFR FTTH s'avérait, comme elle le dit, incapable de faire fonctionner le modèle BLOM de l'Arcep, c'est qu'elle n'a pas développé les compétences internes adéquates, qu'elle a été incapable de mobiliser les ressources pertinentes au sein de son Groupe (qui existent nécessairement compte tenu des réponses de SFR aux consultations publiques), qu'elle n'a pas souhaité avoir recours à des consultants externes. Cette défense ne pourra pas être retenue par l'Autorité. »*

[303] *Ibid.*, page 19

[304] *Ibid.*, même page

[305] *Ibid.*, même page

[306] *Ibid.*, même page

[307] *Ibid.*, même page

[308] Ces indications ayant déjà été données en réponse au premier questionnaire des rapporteurs, c'est de ce document que sont tirés les extraits qui suivent, en page 22 ; Free les reprend néanmoins dans ses réponses au second questionnaire des rapporteurs.

[309] Réponses de Free au premier questionnaire des rapporteurs, page 22

[310] *Ibid.*, même page

[311] *Ibid.*, même page

Bowes peut être achetée sur leur site internet, ce n'est par ailleurs pas l'unique prestataire qui fournit ces données »[312].

SFR FTTH réagit à la réponse de Free à ce même questionnaire, maintenant que « *les calculs fondés sur le Modèle BLOM ne sont aucunement reproductibles »,* faute pour Free de produire toutes les données sources, hypothèses et *in fine* le modèle calibré[313]. Il avance que Free reconnaît que si la plupart des fichiers d'entrée ont été publiés par l'Arcep, d'autres ne le sont pas.

Sur ces derniers, il fait valoir qu'il est faux d'avancer qu'un opérateur pourrait se les procurer facilement, et ce de surcroît dans un délai compatible avec la présente procédure.

Il avance sur ce point que[314] :

- les fichiers en question doivent être achetés auprès d'Orange et Pitney Bowes dans le cadre de prestations payantes ;
- s'agissant de l'offre d'informations préalables sur les infrastructures de boucle locale d'Orange à laquelle renvoie Free, « *Les informations sont mises à disposition <u>sous un délai de 15 jours ouvrés, avec un maximum de 30 départements commandés</u> par mois calendaire* »[315] ;
- au-delà du coût, SFR FTTH est dans l'incapacité d'en disposer rapidement, sachant que même si c'était le cas, les données doivent ensuite être calibrées et injectées dans le modèle BLOM, ce qui prend du temps.

SFR FTTH ajoute que le fait que le groupe Altice ait répondu aux consultations publiques de l'Arcep fondées sur ce modèle BLOM ne change rien, puisque « *ses commentaires se sont bornés à des points de principe, sans faire fonctionner ce modèle avec les données utilisées par Free* ».

Il avance que « *le principe du contradictoire exige que la partie qui avance un argument (ici une modélisation économique) mette l'autre partie en situation d'en débattre en produisant elle-même les données permettant à cette dernière de le faire*. »

Enfin, SFR FTTH ajoute[316] qu'il ne prétend nullement être incapable de faire fonctionner ce modèle, mais qu'il est totalement inacceptable de voir Free critiquer la prétendue incompétence de SFR FTTH, ajoutant que (i) Free a attendu ses « *observations n°1* » pour faire valoir des arguments fondés sur celui-ci, (ii) Free a attendu une question des rapporteurs (questionnaire n°2) pour produire le modèle calibré par ses soins, (iii) Free « *se refuse toujours à produire les données d'entrée non publiques qu'elle a utilisées. »*

Free avance par ailleurs qu'il est possible de calculer les bornes basse et haute des coûts du réseau sur la zone AMII à partir des sorties du modèle, qui aboutit à un coût par prise entre 301 € et 404 €[317], et conclut que « *quand bien même SFR FTTH ne saurait pas calculer le coût du FttH dans la zone qu'elle déploie, elle pourrait utiliser les résultats agrégés pour l'ensemble de la zone AMII »*[318].

SFR FTTH procède à ce même calcul dans ses écritures ultérieures[319].

---

[312] *Ibid*., page 23

[313] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 39

[314] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 39 ; Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, page 7

[315] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 39, citant l'offre de référence pour la fourniture d'informations préalables sur les infrastructures de la boucle locale d'Orange, page 11 (soulignement ajouté par SFR FTTH).

[316] Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, page 7

[317] Voir section 1.2.4a)

[318] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 20

[319] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, page 11, note de bas de page 18

b) Analyse de l'Autorité

L'Autorité note que :

- le modèle a été publié dans le cadre quatre consultations publiques successives entre 2017 et 2020, dont deux spécifiquement dédiées à ce modèle (cf. section 1.2.1). Le groupe Altice a répondu à toutes ces consultations publiques et a ainsi une connaissance de ce modèle ;
- ces consultations comportaient le code source du modèle et une documentation du modèle spécifiant en particulier les données d'entrée à utiliser[320] ainsi que, pour les versions les plus récentes, la majorité des données d'entrée (à l'exception de certaines données non publiques comme soulevé par les parties *supra*) ;
- s'agissant des trois fichiers non publiés discutés par les parties *supra*, l'Autorité constate que ces données peuvent être commandées auprès d'Orange et de Pitney Bowes :
    - s'agissant des fichiers de points de concentration, ces données sont disponibles auprès d'Orange pour ses clients en application de la décision n° 2018-0169 de l'Arcep[321] ;
    - les informations relatives aux liens de collecte en fibre optique sont disponibles dans le cadre de l'offre d'informations préalables sur les infrastructures de la boucle locale d'Orange ;
    - Free indique que la base de Pitney Bowes est disponible et commercialisée sur son site internet, ce qui n'est pas contesté par SFR FTTH. D'autres bases immeubles sont par ailleurs disponibles publiquement, notamment dans le cadre de l'open data publié par l'Arcep[322] ;
- compte tenu de leur nature, ces données apparaissent comme des données usuelles et accessibles pour un opérateur de communications électroniques de taille importante : elles sont en effet utiles pour le calcul des couvertures et des déploiements ;
- l'Autorité a publié des résultats du modèle (unités d'œuvre, coûts). Dans le cas où un opérateur ferait fonctionner le modèle avec des données différentes de celles utilisées par l'Arcep, la comparaison des résultats qu'il obtient avec ceux publiés par l'Autorité est de nature à lui permettre d'évaluer la pertinence des fichiers qu'il utiliserait en remplacement des données d'entrée non publiées ;
- s'agissant des délais, dans le temps de l'instruction, il était possible à SFR FTTH de se procurer les données adéquates pour produire ses propres hypothèses.

Ainsi, quoiqu'une partie des données d'entrée du modèle BLOM n'ait pas été publiée par l'Autorité ni produite par Free dans le cadre de la procédure pour les raisons avancées par Free *supra*, l'Autorité considère que, dans le cas où SFR FTTH n'aurait pas disposé de ces données à la date de la réception de la réplique de Free, ces données ou des données équivalentes auraient pu être obtenues dans des délais compatibles avec la procédure.

Au surplus, SFR FTTH n'a apporté dans le cadre de la présente procédure, au-delà de l'argument discuté en section 1.2.3, aucun élément précis au fond sur le modèle BLOM sur la base des éléments disponibles publiquement, qu'il s'agisse de son fonctionnement ou des résultats détaillés publiés par l'Autorité.

---

[320] Voir notamment : https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consultation-publique-modele-BLOM-avril2020.pdf, publié dans la version 1.2, section 4, republié dans la version 1.3 ; ainsi que le document « Aide à l'utilisation du code source » publié dans la version 1.3

[321] Décision n° 2018-0169 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 février 2018 relative aux contenus et aux modalités de publication de cartes de couvertures des réseaux et des services d'accès à internet en situation fixe, et aux modalités de transmission des informations sous-jacentes ; cf annexe 2

[322] https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/ma-connexion-internet-beta/#_

Par conséquent, l'Autorité considère que la demande de SFR FTTH d'écarter les résultats provenant de l'exécution par Free du modèle BLOM sur la base du contradictoire est injustifiée.

1.2.6 Conclusion

Au vu de ces différents éléments, il apparaît que :

- le modèle BLOM fournit une estimation pertinente des coûts de déploiement du segment PM-PBO ;
- la demande de SFR FTTH d'écarter les résultats provenant de l'exécution par Free du modèle BLOM sur la base du contradictoire est injustifiée.

Pour l'analyse du présent règlement de différend, l'Autorité considère qu'il est pertinent de retenir l'estimation des coûts sur la zone concernée par celui-ci, soit la partie AMII de la zone concernée par le contrat.

Sur les trois méthodes disponibles, l'Autorité estime, se fondant notamment sur les analyses de la section 1.2.4, que :

- la méthode 2b, aboutissant à une fourchette de 280 € à 372 €, est la plus précise, au sens où elle estime la quote-part des coûts de chaque ZANRO calculée par le modèle qui est supportée par la zone AMII du contrat ;
- la méthode 2a, présentée par Free, aboutissant à une fourchette de 281 € à 374 €, est un peu moins précise, dans la mesure où elle s'appuie sur une hypothèse de correspondance entre la commune des NRO et la commune des lignes que ces derniers desservent, qui n'est pas toujours vérifiée ;
- la méthode 2c, aboutissant à une fourchette de 284 € à 377 €, est également moins précise que la méthode 2a, dans la mesure où elle se fonde sur les coûts de la zone moins dense d'initiative privée par département ; à la différence des deux autres, elle présente toutefois l'intérêt d'être calculable sur la base des résultats publiés par l'Autorité.

Ces trois méthodes aboutissent néanmoins à un coût par ligne très proche.

Compte tenu de ces éléments, la fourchette 280 € à 372 €, correspondant à la partie AMII de la zone concernée par le contrat, est retenue comme estimation pertinente des coûts efficaces de déploiement du segment PM-PBO sur la base du modèle BLOM pour l'analyse de la demande de Free.

Toutefois, l'Autorité note que, compte tenu des calculs menés ensuite et au vu des résultats qu'ils produisent, retenir une autre méthode, y compris l'estimation des coûts sur la seule zone moins dense d'initiative privée, ne serait *in fine* pas de nature à remettre en cause les conclusions du présent règlement de différend.

1.3 Les autres références de coûts de déploiement produites par les parties

Frontier Economics propose, dans son rapport joint par SFH FTTH au premier questionnaire des rapporteurs, de retenir un coût de déploiement en zone AMII de 500 €/ligne[323], mais n'apporte alors aucune justification à ce coût.

[323] Deuxièmes observations de SFR FTTH en défense, pièce n° 66, « Rapport de Frontier Economics dans le cadre d'un RDD devant l'ARCEP de Free contre SFR FTTH », page 12

Dans son rapport joint par SFR FTTH à ses réponses au second questionnaire des rapporteurs, Frontier Economics indique d'abord que cette hypothèse « *avait été retenue par l'Arcep dans la version finale du modèle de tarification publiée sur son site internet* »[324].

L'Autorité observe que cet argument ne peut être retenu. Ainsi que cela est précisé dans le document d'accompagnement du modèle, les paramètres avec lequel il est initialisé peuvent être remplacés par des valeurs appropriées, ce qui doit être le cas pour le paramètre relatif aux coûts de déploiement. En effet, les coûts de déploiement dépendent de la zone dans laquelle l'opérateur déploie son réseau. Par ailleurs, des outils spécifiques ont été mis en place pour leur estimation. Ainsi, d'une part, l'Autorité a imposé aux opérateurs des obligations comptables afin de suivre ces coûts[325], d'autre part, elle a développé une modélisation ascendante permettant de les estimer (cf. section 1.2.1), qui tient compte du retour d'expérience depuis la publication du modèle de tarification. Le document d'accompagnement du modèle de tarification précise d'ailleurs qu'il n'a pas pour objectif de modéliser l'estimation détaillée des coûts de déploiement, renvoyant pour cela à des modélisations dédiées, comme celle développée par l'Autorité, ainsi qu'aux données comptables tenues à jour par les opérateurs.

Frontier Economics cite également une note de bas de page issue de ce même document d'accompagnement (« *Le tarif généralement observé sur le marché à l'heure actuelle se situe autour d'un ordre de grandeur de 500 euros par ligne pour le segment PM-PBO pour des PM regroupant de l'ordre de 300 à 1000 lignes* »[326]). Cette référence ne semble pas non plus pertinente pour justifier le niveau des coûts de déploiement dans la mesure où elle ne se rapporte pas à ceux-ci mais aux tarifs non récurrents (section « *1.1.2.2 Caractéristiques des offres d'accès passives prévues par la réglementation sur les différents segments du réseau à très haut débit en fibre optique* » de ce document d'accompagnement).

Frontier Economics propose également de s'appuyer sur plusieurs études externes pour justifier le coût de construction de 500 € par prise en zone AMII, dont il estime qu'elles « *viennent appuyer le constat* » que ce chiffre est « *en ligne avec les coûts de déploiement encourus par un opérateur comme SFR FTTH* »[327] :

- Frontier Economics présente[328] un graphique (« *Figure 2* ») issu d'un rapport de 2017 du FttH Council intitulé « *The Cost of Meeting Europe's Future Network Needs* »[329] sur lequel figure un nuage de points représentant des « *coûts de construction (« cost per home passed »)* » en fonction de la densité de foyers par km², mettant en évidence une tendance nettement décroissante des coûts lorsque la densité augmente. Frontier Economics fait remarquer que ces coûts de construction « *dépassent le seuil des 500€* ». La plupart des points représentés sur ce graphique sont effectivement situés au-dessus de cette valeur mais il existe également des points en-deçà. Or, Frontier Economics ne donne aucune précision sur la méthodologie de l'étude ni sur les hypothèses nécessaires pour tirer des conclusions sur le cas des réseaux

[324] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, « Réponses de Frontier au deuxième questionnaire de l'Arcep », page 6

[325] Cf. décision n° 2020-1312 de l'Arcep, article 10 : « *L'opérateur d'immeuble établit et tient à jour les informations relatives aux coûts retraçant les investissements réalisés* »

[326] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, « Réponses de Frontier au deuxième questionnaire de l'Arcep », note de bas de page n° 6, page 6, citant le document d'accompagnement précédent

[327] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, « Réponses de Frontier au deuxième questionnaire de l'Arcep », page 6

[328] *Ibid*, page 7

[329] FttH Council, « *The Cost of Meeting Europe's Future Network Needs* », https://ftthcouncil.eu/documents/Reports/2017/FTTH%20Council%20Cost%20Model%202017_final.pdf

déployés par SFR FTTH. L'article lui-même permet toutefois de constater que l'étude réalisée procède d'une approche consistant à calculer un déploiement réaliste sur un *« ensemble sélectionné de zones représentatives (couvrant plus de 350 000 foyers à travers l'Europe)* », puis à « *en déduire une relation coût-densité* » pour l'extrapoler à l'ensemble de l'Union européenne, l'impact de « *réductions de coûts* » étant enfin appliqué pour obtenir le « *résultat final* »[330]. La méthode du FttH Council pour construire le graphe présenté semble faire des hypothèses en apparence assez éloignées de la pratique en France dans sa modélisation de déploiement, en particulier en supposant que tout le génie civil nécessaire est construit par le modèle[331] et ce exclusivement en souterrain (« *tous les calculs permettant d'obtenir les coûts pour rendre les foyers raccordables ou raccordés (activés) sont basés sur l'hypothèse de l'utilisation de matériel et de techniques de micro-tubes et de câbles soufflés (…) ce n'est pas l'option la moins chère (…) par exemple, les installations aériennes sont moins chères lorsqu'un réseau aérien est envisageable* »[332]). Enfin, le document précise que « *les graphes de la figure 5* [dont est extrait le graphique présenté par Frontier Economics] *doivent être interprétés avec beaucoup de précaution et ne doivent en aucun cas être utilisés pour déterminer le coût d'un projet FttH particulier* »[333] ;

- Frontier Economics présente également à l'appui du coût proposé un graphique (« *Figure 3* ») issu d'un rapport publié par la *National Infrastructure Commission* (Royaume-Uni), également en 2017, intitulé « *Costs for Digital Communications Infrastructures* »[334] qui, selon Frontier Economics, *« évalue les coûts selon différents scénarios de déploiement et pour différentes régions (plus ou moins denses) »*. Il présente un « *scénario 2 : 100% FttH* » dans lequel, suivant le géotype, le coût par local s'étale entre plus de 900 £ et 1 400 £, avec des coûts qui décroissent des zones les plus rurales vers les zones les plus urbaines. Frontier Economics n'apporte néanmoins aucun élément d'explication quant à la façon d'utiliser les résultats de cette étude dans le cas du segment PM-PBO des réseaux FttH passifs déployés par SFR FTTH. En particulier, l'Autorité relève que le rapport présenté propose de comparer différentes options pour le futur déploiement des réseaux télécom au Royaume-Uni et propose cinq options de mix

---

[330] *Ibid*., page 6 (traduit de l'anglais par les rapporteurs)

[331] La méthode appliquée par les auteurs pour obtenir le chiffrage du coût total de déploiement du FttH en Europe tient compte de l'utilisation de génie civil reconstruit, mais uniquement sous forme d'une « réduction de coûts », n'intervenant qu'à la dernière étape de l'étude. Le graphique présenté correspond au calcul précis des déploiement pour un échantillon de projets. On lit en effet dans le rapport, page 12, « *La figure 5 montre le « coût par foyer » pour les 36 zones de l'échantillon, qui présentent des densités de foyers différentes* » puis, page 22, « *l'échantillon de données qui a été utilisé pour créer la relation coûts-densité* », et page 23, « *le résultat pour chaque zone de l'échantillon est un plan de réseau optimisé, les unités d'œuvres associées et une estimation précise des coûts* » (traduit de l'anglais par les rapporteurs). Il s'agit donc bien visiblement des coûts calculés par le modèle de déploiement de réseau ayant servi au calcul précis, ensuite extrapolé à l'ensemble de l'UE28 et donc avant l'application des réductions de coûts.

[332] *Ibid.*, page 8 (traduit de l'anglais par les rapporteurs). À titre de comparaison, les hypothèses retenues dans le cadre du modèle BLOM concernant le génie civil à reconstruire dans les zones moins denses d'initiative privée sont :

- 50 % en aérien et 50 % en souterrain pour le scénario « bas de fourchette » ;
- 40 % en aérien et 60 % en souterrain pour le scénario « haut de fourchette ».

Le rapport précise que « *pour déterminer le coût linéaire du génie civil souterrain, des hypothèses sont faites concernant l'adoption (future) de méthodes d'excavation, telles que les micro- et les mini-tranchées (les hypothèses de réalisation des tranchées sur le périmètre EU28 allant jusqu'à 30 %). Il est possible de critiquer cette hypothèse, mais nous pensons que si 30 % des longueurs de câbles ne sont pas déployées avec ces méthodes meilleur marché, alors il est également possible qu'elles le soient en utilisant des câbles aériens sur des poteaux, ce qui aurait un impact similaire sur les coûts* ». Par conséquent, le FttH Council semble supposer, dans tous les cas, l'utilisation de de 70 % de génie civil traditionnel, au minimum.

[333] *Ibid*., page 13, texte en gras dans le document d'origine (traduit de l'anglais par les rapporteurs)

[334] Tactis et Prism, « *A Cost Analysis of the UK's Digital Communications Infrastructure options 2017-2050* », https://nic.org.uk/app/uploads/Cost-analysis.pdf

technologiques basés sur des technologies fibre, cuivre et radio[335]. Par conséquent, ni le périmètre du réseau (du POP – point de présence de l'opérateur – au local desservi, y compris activation), ni le mode de calcul des coûts, qui incluent non seulement des coûts de déploiement mais également des coûts d'exploitation escomptés sur une durée de 30 ans (« *Whole Life Cost Per Premise* »[336]), ne semblent correspondre aux coûts de déploiement attendus en entrée du modèle de tarification du FttH ;

- enfin, Frontier Economics mentionne qu'il a réalisé une étude pour le compte de la Banque européenne d'investissement en 2016, dont il indique qu'elle a montré que les coûts de déploiement augmentent rapidement quand la densité baisse. Il ajoute que les coûts de déploiement estimés pour les zones moins denses étaient du même ordre de grandeur, voire plus élevés, que les coûts issus des études mentionnées *supra*. Frontier Economics indique toutefois que le rapport de cette étude n'est pas public, mais précise que certains de leurs collaborateurs ont publié un article présentant certains résultats dans un article publié en 2018[337], dont un tableau (« *Figure 4* ») est produit[338]. Ce tableau présente des coûts moyens de déploiement dans l'Union européenne par « *premise passed* », en fonction de la technologie (dont le FttH) et du type de commune (de l'urbain à l'extrême rural, les coûts augmentant fortement du premier au second). Frontier Economics ne donne aucun détail sur la méthodologie de calcul des chiffres qui figurent dans ce tableau ni de la façon dont on peut en tirer des conclusions sur les coûts de déploiement sur le segment de SFR FTTH sur le segment PM-PBO. L'article lui-même est particulièrement succinct sur les hypothèses prises pour le calcul des coûts. Il en ressort en particulier (i) que le calcul des coûts présentés semble être réalisé au moyen d'une procédure heuristique constituant à réaliser une moyenne pondérée à partir de différentes sources pouvant être relativement anciennes[339], la pondération dépendant par ailleurs uniquement du caractère plus ou moins local du projet, (ii) qu'en particulier, au vu des indications données, les projets qui ont servi au calcul des coûts sont susceptibles d'être très hétérogènes, par exemple quant à la capacité de réutilisation du génie civil existant, qui a un impact majeur sur les coûts – l'article prend pour hypothèse que 70% des coûts de déploiement sont liés à des travaux de génie civil[340], sans donner de précision sur la formation de ce chiffre, (iii) il n'est pas assuré que le périmètre objet du tableau présenté soit assimilable au segment PM-PBO, le coût étant présenté par « *passed premises* » sans définition du terme, les auteurs excluant certes les coûts de réseau cœur, dorsal, de transport et de collecte, qui ne font pas partie de ce segment, mais semblant n'exclure, côté aval, que l'équipement actif côté abonné (« *CPE » : customer premises equipment*)[341] et pas explicitement le raccordement final qui ne fait pas non plus partie du segment PM-PBO. En tout état de cause, les auteurs précisent, dans l'annexe qui détaille la méthodologie de calcul des coûts de déploiement, que « *le principal*

[335] Voir notamment pages 6 et 7 du même rapport

[336] Cf. aussi la Figure 3 du rapport de Frontier Economics (Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, « Réponses de Frontier au deuxième questionnaire de l'Arcep »), page 8

[337] Claudio Feijóo *et al.*, « *A study on the deployment of high-speed broadband networks in NUTS3 regions within the framework of digital agenda for Europe* », *Telecommunications Policy*, 2018.

[338] Réponse de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, « Réponses de Frontier au deuxième questionnaire de l'Arcep », page 9

[339] *Ibid*., page 695

[340] A la lecture de l'article, il est possible que ces travaux puissent inclure la réalisation du génie civil lui-même mais également les travaux de pose de câble au sein du génie civil.

[341] *Ibid*., même page

intérêt de cette étude est la comparaison des coûts entre différentes étapes de déploiement et pas nécessairement leur valeur absolue »[342].

En conclusion, si ces différentes études semblent bien illustrer le fait que les coûts baissent lorsque la densité augmente, les différents éléments apportés par Frontier Economics n'apportent pas de justification convaincante à l'appui du choix de retenir une valeur de 500 € pour le niveau des coûts de déploiement PM-PBO dans la partie AMII de la zone du contrat de SFR FTTH.

1.4 Autres éléments d'appréciation des coûts de déploiement

En sus de ces éléments quantitatifs, les parties développement des éléments complémentaires au sujet des coûts de déploiement.

Tout d'abord, les parties avancent des éléments relatifs à l'influence de la densité sur les coûts de déploiement. **Free** considère que les coûts de déploiement dépendent de la densité des locaux dans la zone de déploiement puisqu'ils augmentent lorsque la densité est plus faible (et inversement)[343]. **SFR FTTH** est en accord avec cette analyse[344].

Les parties en tirent toutefois des conclusions différentes. Ainsi, **Free** déduit de la comparaison de la densité des différentes zones que les coûts de SFR FTTH sur la zone du contrat sont inférieurs aux coûts d'Orange en zone AMII[345]. De son côté, **SFR FTTH** met en avant la comparaison entre la densité de la zone SFMD couverte par le contrat, incluant la zone AMEL, et celle de la zone AMII d'Orange[346].

L'Autorité retient, ainsi qu'exposé en section 6.2 de la présente décision, une analyse du présent règlement différend sur la partie AMII de la zone du Contrat. Il ressort ainsi des éléments développés par les parties que, toutes choses égales par ailleurs, les coûts unitaires de déploiement de SFR FTTH sur la zone AMII du contrat devraient être inférieurs à ceux du reste de la zone AMII.

Ce constat est cohérent avec les calculs menés à l'aide du modèle BLOM récapitulés en section 1.2.6, d'où il ressort que les coûts unitaires sur la zone du contrat sont inférieurs aux coûts unitaires sur l'ensemble de la zone moins dense d'initiative privée.

Par ailleurs, **SFR FTTH** avance que Free omet de tenir compte du fait qu'Orange bénéficie d'économies d'échelle et de gamme sans aucune mesure avec celles de SFR FTTH[347]. D'une part, l'avantage compétitif lié à des économies d'échelles[348] dont bénéficierait Orange en raison de l'ampleur des déploiements qu'il effectue en ZMD et en ZTD lui offrirait une capacité de négociation supérieure et

---

[342] *Ibid*., même page (traduit de l'anglais par les rapporteurs)

[343] Saisine de Free, page 37 : « *La construction d'un réseau FttH suppose de déployer des câbles jusqu'aux locaux devant être raccordés. Le coût de construction par prise est en grande partie dépendant du linéaire de câble à déployer par prise, donc du linéaire de génie civil ou de route par prise. Le coût de construction par prise est fonction inverse de la densité de locaux. Plus la zone est dense, plus le linéaire de câble à déployer est faible ramené à la prise* »

[344] Réponses de SFR FTTH au premier questionnaire des rapporteurs, page 18 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce 66, page 4

[345] Saisine de Free, page 37. « *les coûts de déploiement et d'exploitation d'un opérateur efficace sur la zone AMII SFR FTTH sont inférieurs à ceux de la zone AMII Orange* »

[346] Observations en défense de SFR FTTH, page 11

[347] Observations en défense de SFR FTTH, page 88

[348] Observations en défense de SFR FTTH, page 88 : « *Il va de soi qu'Orange, compte tenu de l'ampleur des déploiements auxquels elle procède en tant qu'OI, tant en ZTD qu'en ZMD (comme le mettent en évidence les chiffres issus des observatoires de l'ARCEP), dispose d'économies d'échelle et de gamme sans commune mesure avec celles dont peut bénéficier SFR FTTH. (…) Les coûts de SFR FTTH sont ainsi, par construction, plus élevés que ceux d'Orange* ».

lui permettrait d'obtenir des remises au volume[349]. D'autre part, Orange pourrait tirer parti d'effets de mutualisation avec son réseau en cuivre (économies de gamme sur les coûts de maintenance ; possibilité que les similitudes de l'architecture des deux réseaux FTTH et cuivre fasse qu'Orange ait des coûts moins élevés que SFR FTTH qui déploie un réseau indépendant ; détention d'une meilleure information sur la disponibilité des conduits et leur état que SFR FTTH qui doit demander l'accès)[350].

Dans son mémoire en réplique, **Free** conteste formellement toute différence de coûts *a priori* entre SFR FTTH et Orange[351]. Tout d'abord, Free considère que ce sont tous deux des opérateurs d'envergure nationale avec des réseaux FttH de plusieurs millions de lignes, et qu'il n'y a ainsi pas de rupture d'ordre de grandeur[352]. Free ajoute qu'Altice Europe, auprès de laquelle SFR FTTH se fournit en prestations de construction, opère également via Altice France un réseau FTTB de plus de 8 millions de lignes, et pour la majeure partie duquel les opérations de maintenance s'opèrent sur de la fibre optique avec des techniques proches du FttH[353]. Il ajoute que SFR FTTH a une structure de coût compétitive puisqu'elle a su remporter plusieurs appels d'offres dans le cadre du plan France Très Haut Débit, notamment face à Orange ; que le fait que d'autres opérateurs ayant une empreinte plus petite (Axione, Altitude, Covage) aient été lauréats de tels appels d'offres démontre qu'une empreinte de quelques millions de lignes est suffisante pour atteindre des économies d'échelle suffisantes sur le marché français du FttH[354]. Free finit en avançant que si la structure de coûts de SFR FTTH était dégradée par rapport à celle d'un opérateur efficace, cela résulterait vraisemblablement de ses coûts d'achat et de sous-traitance ; que les coûts d'achat intragroupe pourraient ne pas être ceux d'un opérateur efficace et que cette inefficacité éventuelle n'a pas à être répercutée sur les clients de gros de SFR FTTH[355].

Dans le cadre de la réponse de **SFR FTTH** au second questionnaire des rapporteurs, Frontier Economics mentionne que les coûts de déploiement supportés par les opérateurs alternatifs pour le déploiement du FTTH sont plus élevés que ceux des opérateurs historiques. Il ajoute que ce surcoût est lié à la capacité ou non pour les alternatifs d'accéder au génie civil de l'opérateur historique, et qu'en France SFR FTTH fait face à des difficultés avérées d'accès au génie civil d'Orange : génie civil en pleine terre à reconstruire, rénovation fréquente nécessaire du génie civil aérien d'Orange.

SFR FTTH maintient enfin[356] qu'Orange bénéficie de coûts optimisés en raison (i) de la détention de génie civil et des conditions plus efficaces dans lequel elle y accède et le rénove (ii) du nombre de prises qu'elle déploie et qui lui permet d'optimiser ses conditions de sous-traitance en bénéficiant de remises au volume.

L'Autorité constate, concernant la comparaison opérée par SFR FTTH de ses coûts avec ceux d'Orange, que SFR FTTH est amené à déployer environ 2,6 millions de lignes en zone AMII et qu'il s'agit d'un des opérateurs majeurs du FTTH en France. Ainsi, s'il est possible qu'Orange dispose de quelques économies d'échelle encore supérieures, SFR FTTH doit déjà disposer d'économies d'échelle très conséquentes.

L'Autorité note par ailleurs que l'estimation des coûts d'un réseau FttH réalisée sur la base du modèle BLOM calcule les coûts d'un opérateur efficace, qui n'est pas nécessairement Orange, avec une borne basse et une borne haute. Or, en application du cadre symétrique, les coûts à prendre en compte pour l'appréciation des tarifs sont les coûts d'un opérateur efficace. Par conséquent, la comparaison opérée

---

[349] Observations en défense de SFR FTTH, page 88 ; Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 7

[350] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 7

[351] Mémoire en réplique de Free, page 26

[352] *Ibid*., page 26

[353] *Ibid*., page 26

[354] *Ibid*., page 26

[355] Ibid., page 27

[356] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, page 11

par SFR FTTH entre ses propres coûts et ceux supportés par Orange n'a pas d'effet sur la pertinence de l'usage des coûts de déploiement à l'aide du modèle BLOM pour l'estimation des coûts de déploiement de SFR FTTH dans le cadre du présent règlement de différend.

Enfin, l'argument de SFR FTTH sur le fait qu'Orange bénéficie de coûts optimisés en raison de la détention de génie civil et des conditions plus efficaces dans lesquelles elle y aurait accès n'est pas opérant, dans la mesure où, en vertu des décisions d'analyses de marché, Orange est tenu d'offrir l'accès à son génie civil aux opérateurs déployant de la fibre optique, et ce dans des conditions non-discriminatoires par rapport à son propre usage. S'agissant des deux difficultés plus particulièrement mises en avant par SFR FTTH, l'Autorité note d'une part que les coûts liés à la reconstruction de génie civil aux endroits du territoire où le génie civil d'Orange n'est pas disponible sont pris en compte dans le modèle BLOM ; d'autre part que la rénovation[357] du génie civil d'Orange peut être effectuée par ce dernier à la demande de l'opérateur d'infrastructure qui déploie ou bien, lorsqu'elle est réalisée par l'opérateur d'infrastructure, remboursée par Orange à ce dernier sur la base des coûts efficaces encourus.

1.5 Conclusion

Il ressort de l'analyse présentée ci-dessus que :

- SFR FTTH n'a pas produit d'éléments sur les propres coûts qu'il supporte sur cette zone dans le cadre de la présente procédure ;
- le modèle BLOM fournit une estimation pertinente pour le calcul des coûts efficaces de déploiement sur la zone AMII du contrat, comprise entre 280 € et 372 € par prise pour le segment PM-PBO ;
- les autres éléments quantitatifs invoqués par les parties ne représentent pas une référence utilisable pour le présent règlement de différend ;
- les arguments relatifs à la densité et à la comparaison des coûts de SFR FTTH et d'Orange ne sont pas de nature à remettre en question les conclusions précédentes.

Compte tenu de ces éléments, la fourchette de coûts issue du modèle BLOM, à savoir 280 € à 372 € par ligne sur le segment PM-PBO, est retenue pour l'analyse du présent règlement de différend.

Par ailleurs, le modèle de tarification distingue deux étapes correspondant à la construction de segments du réseau facturées de façon distincte[358]. La première étape concerne les lignes programmées, qui sont définies comme les lignes en zone arrière d'un PM, et dont la facturation a lieu lors de la pose et de la mise à disposition du PM. La seconde étape concerne les lignes raccordables, qui sont définies comme les lignes reliant le PM à un PBO, et dont la facturation s'effectue progressivement au fur et à mesure de la pose et de la mise à disposition de ces PBO. Le modèle de tarification distingue ces deux étapes, tant pour la facturation (décomposition du tarif entre tarif par ligne programmée et tarif par ligne raccordable) que pour les coûts encourus.

S'agissant des coûts de construction, Free retient l'hypothèse que *« ces coûts sont répartis entre prises déployées et raccordable au prorata de la tarification (40%/60%) du Contrat SFR FTTH »*[359].

---

[357] Par rénovation du génie civil, on entend la remise en état de ce dernier en vue d'y permettre le déploiement de nouveaux câbles en fibre optique. La rénovation peut être distinguée de la réparation du génie civil, qui consiste en son entretien une fois les câbles déployés (cf. décision n° 2020-1445 de l'Arcep sur l'analyse du marché du génie civil).

[358] Cf. document d'accompagnement du modèle de tarification, page 18

[359] Mémoire en réplique de Free, page 34

Dans la première version du modèle qu'il présente, SFR FTTH, propose que la part correspondant aux prises raccordables représente 72% des coûts totaux du segment PM-PBO[360], ce qui est l'hypothèse présente dans le modèle publié par l'Arcep. Dans les versions suivantes du modèle qu'il utilise, une répartition des coûts de 60% pour les lignes raccordables et de 40% pour les lignes programmées est retenue[361].

Compte tenu de ces éléments, l'hypothèse commune retenue par les parties, à savoir une répartition des coûts de déploiement estimés entre coûts des prises programmées et coûts des prises raccordables de respectivement 40% et 60% des coûts, est retenue pour l'analyse du présent règlement de différend.

2 Sur les autres éléments de coûts

Comme indiqué précédemment, outre les coûts de construction des lignes FttH, le modèle de tarification tient compte des coûts d'exploitation et de maintenance ainsi que des coûts d'accès au génie civil d'Orange.

2.1 Les coûts d'exploitation et de maintenance

Le modèle retient une modélisation des coûts d'exploitation en pourcentage de la valeur brute cumulée des investissements, ce qui constitue une approche classique de modélisation pour les coûts d'exploitation.

Free et SFR FTTH présentent deux évaluations chiffrées de ce ratio entre coûts d'exploitation et maintenance (OPEX) et coûts de déploiement (CAPEX). Free introduit un chiffrage à partir du modèle BLOM qu'il retraite à l'aide d'un pourcentage d'interventions constatées sur le premier semestre 2020. SFR FTTH retient pour ses calculs une approche directe en pourcentage des dépenses d'investissements (CAPEX).

Free présente une évaluation des coûts sur la base du modèle BLOM publié par l'Autorité et d'un pourcentage d'interventions constatées sur le premier semestre 2020[362].

Il reprend les OPEX par ligne tels que calculés dans le modèle, en ajustant toutefois les coûts de service après-vente (SAV). Free note en effet que le modèle publié par l'Arcep calcule le coût de SAV sur l'ensemble du segment NRO-PTO, et que le taux de SAV correspondant à des interventions de l'opérateur d'infrastructure est plus faible que le taux de SAV global sur ce segment. Free considère en effet qu'environ 20% des incidents sont sur le segment PM-PBO et nécessitent une intervention de l'opérateur d'infrastructure, tandis qu'environ 80% des incidents sont des erreurs de brassage au point de mutualisation auxquelles l'opérateur commercial peut remédier seul ou bien concernent le câblage

[360] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°70

[361] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°80 ; Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, Annexe à la pièce n°83.

[362] Mémoire en réplique de Free, pages 32 et 33.

client final et ne relèvent donc pas du segment PM-PBO[363]. D'après Free ce taux est le même pour les différents opérateurs commerciaux et similaire chez d'autres opérateurs d'infrastructures[364].

Free présente dans son mémoire en réplique une décomposition des incidents de SAV sur la base du nombre de tickets de service après-vente (SAV) ouverts en interne sur son parc moyen d'abonnés sur le réseau SFR FTTH en zone AMII au 1er semestre 2020, au nombre de [SDA] tickets, à comparer à un parc moyen d'abonnés de [SDA] lignes. Il précise que ces tickets donnent une indication du nombre de fautes par ligne sur le réseau. Free constate que cela correspond à un taux d'incident par ligne annuel de 9,9%, ce qu'il juge cohérent avec la fourchette proposée dans le modèle de l'Arcep (6 à 10,5%). Il ajoute par ailleurs que le nombre de tickets SAV ouverts auprès de SFR FTTH sur le même périmètre est inférieur au nombre total de tickets SAV ([SDA] tickets sur les [SDA] comptabilisés au total). Cela lui permet d'observer le nombre d'incidents signalés à SFR FTTH par rapport à l'ensemble des interventions qu'il recense. Il en déduit alors un taux de signalisation annuel de [SDA]% en moyenne sur le 1er semestre 2020, avec un maximum de [SDA]% sur le mois de mars. En injectant ces valeurs dans le modèle BLOM, Free estime un coût d'exploitation par ligne et par mois entre 0,44€ et 0,80€, correspondant selon ses calculs à un pourcentage des CAPEX compris entre 2,0% et 2,7%.

SFR FTTH, sans remettre en cause le principe de ces calculs, conteste toutefois l'utilisation du modèle BLOM par Free pour ces analyses et précise que le nombre de tickets ouverts par Free auprès de SFR FTTH sur le 1er semestre 2020 est de [SDA] et non [SDA][365].

De son côté, SFR FTTH utilise dans les trois versions du modèle de tarification présentées aux rapporteurs le même taux d'OPEX/CAPEX, à savoir 1%. SFR FTTH indique à l'appui de ce choix que : « *Une revue de modèles « bottom-up » utilisés en Europe montre qu'un ratio OPEX/CAPEX de l'ordre de 1% est souvent utilisé.* »[366].

SFR FTTH estime que c'est une hypothèse susceptible de sous-estimer ces coûts[367] mais ne présente pas d'autre chiffrage.

Free constate que la valeur retenue par SFR FTTH donne des résultats proches de la fourchette basse avancée par Free, puisque qu'il constate qu'elle aboutit, sur la base des coûts de déploiement par ligne retenus par SFR FTTH, à un coût de maintenance par ligne et par mois sur le segment PM-PBO de 0,41 €[368] proche des 0,44 € estimés par Free[369]. Free note que les taux qu'il calcule sont probablement

---

[363] Réponse de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 21 : *« Le sujet est le suivant, en simplifiant les chiffres. Le taux de faute par ligne et par an est de l'ordre de 10% :*

a) 20% de ces défauts sont entre le PM et le PBO, c'est-à-dire sur le segment de réseau « horizontal » inaccessible à l'OC et pour lequel il est obligé d'ouvrir un ticket auprès de l'OI ;

b) 80% de ces défauts sont soit des erreurs de brassage au PM auquel l'OC peut remédier seul, soit des problèmes sur CCF (câblage client final) et dans ce cas-là le plus souvent au sein du logement ; l'OC peut réparer lui-même ces défauts, ou les signaler à l'OI. »

Voir aussi : ibid., page 22 : « *Si certains OC signalent à l'OI des défauts sur le CCF, les coûts afférents doivent être déversés sur le récurent CCF, et non sur le récurrent PM PBO. Notre raisonnement est donc généralisable à tous les OC* ».

[364] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 21.

[365] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 49.

[366] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12.

[367] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12 : *« ces modèles font l'hypothèse implicite d'un temps de travail flexible, ce qui en pratique entrainerait des coûts plus élevés (taux de salaire plus élevés, ou besoins de supervision plus importants). Ces modèles ne tiennent également pas compte de façon robuste d'autres types de charges d'exploitation, comme les frais de support et d'hébergement. Nous notons donc que les OPEX dans le modèle sont susceptibles d'être sous-estimées »*

[368] Sur la base du coût par prise de 500 € mentionné par SFR FTTH sur la zone AMII (500 € x 1% / 12 mois = 0,41 €)

[369] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 22.

des majorants des coûts réels de SFR FTTH, vu le rapport de Frontier Economics mentionnant l'estimation fréquente du taux de 1%. Il conclut qu'une valeur intermédiaire de 2,0% pourrait être retenue.[370]

L'Autorité constate ainsi in fine que :

- SFR FTTH retient systématiquement un taux de 1%, tout en considérant ce chiffre conservateur ;
- Free présente une fourchette variant entre 2% et 2,7%, et propose *in fine* de retenir un taux de 2%.

Compte tenu de ces éléments, et en particulier des valeurs proposées respectivement par chaque partie, un taux de charges d'exploitation de 2% des dépenses d'investissement est retenu pour la suite de l'analyse de ce règlement de différend, ce qui est en tout état de cause plus protecteur pour SFR FTTH que le chiffre qu'il propose dans ses écritures.

2.2 Les tarifs d'accès au génie civil de boucle locale d'Orange

Le modèle de tarification utilise comme paramètre une chronique des tarifs d'accès au génie civil de boucle locale d'Orange, exprimée en euros par accès programmé et par mois.

Le modèle tel que publié en 2015 comprend une chronique par défaut, intégrant une simulation alors réalisée de ce tarif pour les années futures[371].

Dans leurs différentes versions du modèle tarifaire[372], les parties présentent chacune une chronique pour ces tarifs. Ces chroniques se rejoignent toutes les deux à un niveau de 25 € par accès et par an vers la 30e année, mais diffèrent auparavant, celle de SFR FTTH comportant des tarifs plus élevés que ceux de Free sur l'essentiel de la période précédente.

Free considère que les projections de Free et de Frontier Economics divergent légèrement pour le futur mais indique ne pas avoir d'objection forte à ce que la chronique de SFR FTTH soit retenue[373].

Compte tenu de ces éléments, la chronique utilisée par SFR FTTH est retenue pour l'évaluation du présent règlement de différend.

3 Sur la vitesse de déploiement des lignes (lignes programmées et raccordables)

Dans son mémoire en réplique, **Free** indique retenir une trajectoire de déploiement des lignes raccordables recalée, pour le passé, sur les données de l'observatoire HD-THD publié par l'Arcep et,

---

[370] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27.

[371] Document d'accompagnement du modèle, page 20.

[372] Voir notamment :

Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°70

Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, pièce « Q27-Modele_PRDM-PTO-v8 »

[373] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27 : « *pour le passé, il convient dans la mesure du possible de prendre en compte les coûts constatés de génie civil ; pour le futur, les projections de Free et de Frontier divergent légèrement ; nous nous en remettons à l'analyse de l'Autorité* ». Free mentionne ce paramètre au sein des *« Paramètres pour lesquels nous pensons justifié de reprendre nos hypothèses mais pour lesquels nous n'avons pas d'objection forte à retenir les hypothèses de Frontier »*

pour le futur, sur une cible de déploiement cohérente avec les engagements pris par SFR dans le cadre de l'article L. 33-13 du CPCE[374]. Il indique modifier la trajectoire de lignes programmées du modèle de tarification publié par l'Arcep en conséquence, correspondant à un délai moyen compris entre deux et trois ans entre le déploiement d'une ligne programmée et le déploiement d'une ligne raccordable qu'il juge cohérent avec ce qui est proposé dans le modèle initial de l'Arcep[375].

Dans ses deuxièmes observations, **SFR FTTH** reprend la courbe de lignes programmées du modèle de tarification de l'Arcep et, s'agissant des lignes raccordables, retient un déploiement [SDA][376].

Dans sa réponse au second questionnaire des rapporteurs, **Free** n'émet pas d'objection sur la trajectoire des lignes programmées retenue par SFR FTTH. Quant à la transformation des prises programmées en prises raccordables, Free considère le rythme retenu par SFR FTTH comme trop rapide mais indique ne pas avoir d'objection forte à retenir cette vitesse de déploiement[377].

Compte tenu de ces éléments, le rythme de déploiement du réseau proposé par SFR FTTH, tant pour les prises programmées que pour les prises raccordables, est retenu.

4 Sur les paramètres de marché

4.1 Sur le taux de pénétration

Dans ses premières observations en défense, **SFR FTTH** indique qu'il enregistre un taux de pénétration beaucoup plus faible que celui retenu dans les hypothèses du modèle tarifaire en raison notamment de la stratégie d'Orange de ne pas co-investir à hauteur de sa part de marché historique en zone SFMD et de sa volonté de minimiser ses coûts en conservant ses clients sur ADSL plutôt que de les faire migrer vers le FttH. SFR FTTH avance ainsi par exemple qu'en 2019 le taux de pénétration est de [SDA]% contre 41% prévu dans le scénario « DSL » du modèle[378].

Dans son mémoire en réplique, **Free** propose deux scénarios de pénétration[379] : d'une part, un scénario bas[380] construit sur le taux de pénétration réel constaté par SFR FTTH dans ses premières observations en défense et sur une prolongation progressive de ce taux pour atteindre 80% en 2031 et gardé stable ensuite ; d'autre part, un scénario haut[381] basé sur le taux moyen de pénétration du FTTH du marché issu de l'observatoire HD/THD publié par l'Arcep puis une croissance pour atteindre 85% en 2027. Free

---

[374] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[375] Ibid, page 34.

[376] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12.

[377] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27 : *« Paramètres pour lesquels nous pensons justifié de reprendre nos hypothèses mais pour lesquels nous n'avons pas d'objection forte à retenir les hypothèses de Frontier : Vitesse de déploiement : l'hypothèse de déployer 50% des lignes programmées la première année et 50% la deuxième année nous semble trop rapide ; »*

[378] Observations en défense de SFR FTTH, page 93.

[379] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[380] Mémoire en réplique de Free, page 35 : « *Dans le scénario bas, nous avons retenu le taux de pénétration avancé par SFR au §620 de son mémoire en défense (18% en 2017, 25% en 2018, 32% en 2019) en prolongeant la droite pour le passé (0% en 2014) et pour le futur avec une augmentation annuelle du taux de pénétration de 4% (80% en 2031 et stable ensuite)* »

[381] Mémoire en réplique de Free, page 35 : « *Dans le scénario haut, nous avons retenu pour le passé le taux moyen de pénétration du FTTH tel qu'issu des observatoires HD THD, avec ensuite une croissance en sigmoïde jusqu'à atteindre 85% en 2027 et stable ensuite.* »

souligne que le taux de pénétration constaté par SFR FTTH dans ses écritures, « *particulièrement faible* »[382], ne lui semble fondé sur « *aucune raison structurelle* »[383]. Il remarque que le taux de pénétration proposé par SFR FTTH dans ses premières observations est plus bas que la moyenne nationale[384]. Free voit pour seule raison à ce taux plus faible des barrières que SFR puis SFR FTTH auraient mises elles-mêmes à l'arrivée des opérateurs commerciaux. Une faible progression du taux de pénétration serait donc imputable à SFR FTTH. Par ailleurs, Free explique que le scénario haut qu'il retient s'appuie sur les perspectives de fermeture du réseau cuivre[385]. Il indique que le taux de pénétration du FttH une fois le réseau cuivre fermé devrait être de 85%, taux de pénétration cible retenu par l'Arcep dans son modèle BLOM.

SFR FTTH produit, dans ses deuxièmes observations, une analyse de Frontier Economics qui estime que ces hypothèses de fermeture du cuivre sont particulièrement optimistes, que le planning de la fermeture commerciale sur le réseau cuivre prévue en 2021 n'a pas encore été annoncé et risque de déborder, et que cette fermeture commerciale n'est pas la garantie d'une migration massive et complète vers les réseaux FttH[386]. Par ailleurs, Frontier Economics estime que « *le risque de pénétration pèse entièrement sur l'OI et il nous semble raisonnable de maintenir notre hypothèse cohérente avec l'expérience acquise lors de l'adoption du DSL.* »[387] Il propose donc une chronique alternative avec un taux de pénétration à terme inférieur au scénario bas proposé par Free, mentionnant une cible de 80% mais joignant un tableur de calcul avec une cible à 78% atteinte la 22e année[388].

Free réagit sur ces éléments, en considérant qu'un taux de pénétration à terme à 78% n'est pas raisonnable et maintenant qu'un taux de 85% est justifié. Il présente toutefois un calcul en réaction au calcul présenté par Frontier Economics, en retenant la trajectoire de pénétration de SFR FTTH, mais indiquant que si le taux de pénétration de SFR FTTH devait être retenu, il devrait à tout le moins être modifié pour une asymptote à au moins 85%[389]. Free développe plusieurs arguments pour établir que le taux de 85% est une estimation basse du taux de pénétration du FTTH en zone AMII à moyen terme :

---

[382] Mémoire en réplique de Free, page 35.

[383] Ibid, page 35.

[384] Ibid, page 35 : *« SFR FTTH avance dans son mémoire un taux de pénétration plus bas que la moyenne nationale. Ce taux de pénétration particulièrement faible pour le passé ne nous semble avoir aucune raison structurelle, si ce n'est les barrières que SFR puis SFR FTTH ont mises elles-mêmes à l'arrivée des autres opérateurs commerciaux : NRO ne permettant pas un hébergement actif et imposant donc aux opérateurs tiers de redéployer une collecte ou un hébergement actif, barrières contractuelles au coinvestissement faisant l'objet du présent différend, tarif de location nettement plus élevés que le marché ralentissant la migration des abonnés DSL. Le faible taux de pénétration du FttH de la zone AMII SFR FTTH résulte d'une inefficacité de SFR FTTH en tant qu'opérateur wholesale, et éventuellement, le cas échéant, de « turpitudes anticoncurrentielles » de son prédécesseur SFR. »*

[385] Ibid, page 35 : *« Ce scénario haut est calé sur l'extinction du cuivre. Le Président Directeur Général d'Orange Stéphane Richard a indiqué que la boucle locale cuivre serait éteinte en 2030. Orange a depuis indiqué qu'elle envisageait de fermer commercialement le cuivre sur environ dix millions de lignes en 2021, correspondant aux lignes où les quatre opérateurs nationaux sont présents en fibre et câble. L'ensemble de la zone AMII devrait être fermée commercialement en 2022. Un délai de 5 ans entre l'extinction commerciale et technique est prévu pour le RTC, et n'a pas de raisons d'être supérieur pour le cuivre. Une extinction complète du cuivre en 2027 sur la zone AMII semble cohérente avec une extinction complète du cuivre en France en 2030. Le taux de pénétration du FttH sera alors le taux de pénétration cible, fixé à 85% par l'Autorité dans le modèle BLOM. Nous ne commenterons pas plus avant le scénario bas, qui nous parait objectivement trop pessimiste, l'hypothèse sous-jacente étant qu'il restera des lignes cuivre active en zone AMII en 2031. »*

[386] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 13.

[387] Deuxièmes observations en défense de SFT FTTH, pièce n°66, page 13.

[388] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°70, onglet « hypothèses ».

[389] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27 : « *Taux de pénétration : nous retenons le scénario de SFR FTTH (même si nous maintenons que le taux de pénétration asymptotique à 78% est trop faible et que si le scénario de pénétration SFR FTTH était retenu, il devrait à tout le moins être modifié pour une asymptote à au moins 85%)* »

un calcul sur la base du cahier des charges du plan France Très Haut Débit ; le taux de personnes disposant d'une connexion internet à domicile selon une étude du CREDOC de 2019 ; et l'absence de câble dans la zone objet du présent règlement de différend.

Frontier Economics maintient que son hypothèse de taux de pénétration est plus proche de la réalité[390]. Toutefois, **SFR FTTH** présente un dernier calcul utilisant la trajectoire de taux de pénétration utilisée pour les lignes directrices tarifaires de l'Arcep (trajectoire dite DSL (2002-2013) - cible de 80,5% atteinte au bout de 20 ans)[391].

Compte tenu de ces éléments, la courbe de pénétration proposée par SFR FTTH sur les années 2014 à 2019, modifiée pour atteindre progressivement 80,5% (et non 78%) **en fin de période[392], est retenue pour l'analyse du présent règlement de différend.**

Ce scénario reprend le taux de pénétration constaté par SFR FTTH jusqu'en 2019. S'agissant du taux cible, l'Autorité note que SFR FTTH n'a pas apporté de justification précise à l'appui du taux de 78% qu'elle utilise, de nature à justifier un taux cible à la fois plus bas que celui retenu dans le modèle de tarification publié en 2015 (80,5%)[393] et que le taux de remplissage du réseau retenu dans le modèle BLOM publié par l'Arcep plus récemment en septembre 2020 (85%)[394]. L'Autorité note au surplus à ce titre que, dans sa communication financière intervenue à l'occasion de la création de SFR FTTH, le groupe Altice n'a pas mis en avant de risque particulier sur le taux de pénétration pour SFR FTTH[395].

Ce scénario reste toutefois prudent à deux titres. D'une part, il ne tient pas compte de la possibilité que le fait que le taux de pénétration de SFR FTTH ait été inférieur à la moyenne nationale sur la période constatée soit dû à une inefficacité de sa part dans sa commercialisation auprès des opérateurs commerciaux ; d'autre part, il retient une hypothèse cible inférieure au taux de 85% retenu plus récemment dans le modèle BLOM par l'Arcep et défendu par Free dans ses écritures avec plusieurs arguments qui n'ont pas été précisément remis en cause par SFR FTTH.

4.2 Sur le taux de cofinancement

Dans son mémoire en réplique, **Free** retient une hypothèse de chronique de taux de cofinancement correspondant au taux de pénétration arrondi aux 5% supérieurs[396]. Selon lui, c'est une hypothèse doublement basse. Il avance en effet, d'une part, qu'il y a plusieurs opérateurs commerciaux, que chacun achète des tranches de cofinancement et que, par conséquent, les arrondis d'achat qui en résultent[397] peuvent se cumuler faisant que la différence entre taux de pénétration et taux de cofinancement peut être supérieure à 5%. Il estime, d'autre part, que certains opérateurs peuvent, de

---

[390] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce n°76, page 11 : « *Nous conservons néanmoins notre hypothèse précédente pour le taux de pénétration, qui est plus proche de la réalité.* »

[391] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°83 et Annexe pièce n°83, onglet « hypothèses »

[392] Taux atteint la 22e année.

[393] Ce taux cible a été alors estimé sur la base de la trajectoire de pénétration du xDSL entre 2002 et 2013

[394] Ce taux national a été établi en tenant compte à la fois du total d'accès fixes actuellement commercialisés, du cahier des charges du plan France Très Haut Débit, ainsi que des données de pénétration cibles retenues pour la tarification du FttH en zones moins denses (modèle de tarification publié par l'Arcep ou projections d'opérateurs), cf. décision n° 2020-1493 du 16 décembre 2020 fixant un encadrement tarifaire de l'accès àla boucle locale cuivre pour les années 2021 à 2023

[395] Cf. "Creation of a Leading FTTH Wholesaler in France", http://altice.net/sites/default/files/pdf/Altice-Europe-ftth-Presentation.pdf, 30 novembre 2018, pages 11 et 12 : "highest take-up" / "high visibility wholesale model" / "No business case for "overbuilders" comforting strong expected take up rate and full return for the infrastructure operator"

[396] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[397] Le cofinancement de lignes FttH peut être effectué par « tranches » de 5% du nombre total des lignes d'une zone de cofinancement donnée.

manière volontaire ou contrainte, être en location, plus rémunératrice pour SFR FTTH que le cofinancement[398].

Dans ses deuxièmes observations en défense, **SFR FTTH** retient une trajectoire différente de l'hypothèse proposée par Free, reposant sur les données réelles qu'il constate entre 2014 et 2019 puis sur des projections qui se stabilisent à un taux de cofinancement de [SDA]% en fin de période[399]. Il indique que certaines hypothèses de Free ne correspondent pas à la réalité, et que notamment le niveau de cofinancement est plus faible qu'initialement prévu. Il avait indiqué dans ses premières observations que *« s'agissant du cofinancement, SFR FTTH constate à date que :* [SDA][400].

Free conteste cette trajectoire dans sa réponse au second questionnaire[401], indiquant que le cadre de régulation est fondé sur le principe du cofinancement[402] ; qu'en conséquence « *les hypothèses naturelles d'un OI efficace dans son plan d'affaires sur le niveau de cofinancement de son réseau devraient être proches du taux de pénétration, sinon supérieures du fait des effets de palier des tranches de 5 % et de l'incitation des OC à cofinancer ab initio. »*. Il ajoute que si cette hypothèse est en décalage avec le taux réel observé par SFR FTTH, cela doit signifier que SFR FTTH a mis en place des conditions d'accès décourageant le cofinancement des tiers[403]. Il en conclut que le taux de cofinancement effectivement constaté ne saurait être utilisé pour établir les tarifs et qu'il n'est pas raisonnable de retenir dans le modèle de cofinancement un taux inférieur au taux de pénétration[404].

Dans ses écritures suivantes, **SFR FTTH** retient, via son conseil Frontier Economics, l'hypothèse proposée par Free[405] d'un taux de cofinancement égal au taux de pénétration arrondi aux 5% supérieurs, avançant que lorsque le taux de cofinancement passe sous le taux de location, le modèle de tarification peut aboutir à des résultats incohérents.

L'Autorité constate que les parties retiennent toutes les deux *in fine* ce choix d'un taux de cofinancement arrondi aux 5% supérieurs du taux de pénétration.

Dès lors, cette hypothèse d'un taux de cofinancement égal au taux de pénétration arrondi aux 5% supérieurs est retenue pour l'analyse du présent règlement de différend.

5 Sur le coût moyen pondéré du capital et la prime de risque

Le coût moyen du pondéré du capital (CMPC) utilisé dans le modèle de tarification inclut un CMPC de base auquel s'ajoute une prime de risque spécifique.

---

[398] Free précise qu'un tarif de location de 12,2€ par mois serait équivalent aux tarifs de cofinancement du contrat, et que le tarif de location actuel de « *16,5€* » assure donc une sur-rémunération à SFR FTTH.

[399] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12, et pièce n°70.

[400] Observations en défense de SFR FTTH, page 94.

[401] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 25

[402] Il ajoute que le co-investissement est « *le mode d'accès le plus favorable à la fois aux OI et aux OC d'envergure nationale, en ce qu'il permet un meilleur partage des risques et une meilleure visibilité pour les opérateurs*. »

[403] Voir aussi Ibid., page 27 : « *si SFR FTTH a mis des barrières contractuelles au cofinancement et/ou a fixé un tarif de location moins chers ou moins rémunérateurs que le cofinancement, cela ne peut pas être opposable aux tiers* »

[404] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 26.

[405] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce 76, pages 11 et 12

5.1 Sur le coût moyen pondéré du capital avant prise en compte d'une prime de risque

Selon **SFR FTTH**, le document d'accompagnement du modèle de tarification[406] précise que le CMPC (ou WACC en anglais) doit être ajusté en fonction des spécificités de chaque acteur[407] et que son risque est « *nécessairement plus élevé que celui d'Orange ».* Il le justifie par le fait que, si le taux de pénétration du FttH est plus faible qu'escompté, Orange continuera à percevoir des revenus au travers du dégroupage, ce qui implique que le coût du capital d'Orange est « *bien inférieur à celui des autres OI* »[408].

A l'appui de sa démonstration, SFR FTTH fait valoir[409] que l'Autorité avait d'ailleurs estimé, à l'occasion d'un précédent règlement de différend[410], que compte tenu notamment « *des parts de marché importantes, des économies d'envergure et d'échelle* » dont bénéficie France Télécom la prime de risque attaché à un opérateur alternatif comme Neuf Télécom « *est supérieure à celle de France Télécom et renchérit d'autant la juste rémunération des capitaux investis par Neuf Télécom pour développer son activité »* et que, quand bien même le service en cause diffère, l'analyse est totalement transposable aujourd'hui au FTTH.

Dans son mémoire en réplique, **Free** produit un premier chiffrage, retenant l'utilisation des taux réglementaires fixés par l'Arcep sur 2013-2020 puis la dernière valeur calculée de 4,8% à partir de 2021[411] qui repose sur la méthodologie publiée par la Commission européenne[412] en 2019.

Free remarque dans sa réponse au second questionnaire que sa proposition est prudente puisqu'elle avait historiquement formulé des critiques sur la méthodologie utilisée par l'Arcep par le passé : « *Le taux de 4.8% aurait donc pu être utilisé pour toute la période* »[413] car il est selon lui représentatif du niveau de risque dans le secteur des communications électroniques.

Dans ses secondes observations en défense, **SFR FTTH** considère de son côté que son WACC standard peut être évalué à 9% avant impôts[414], ce qui est selon lui cohérent avec la communication financière d'Altice. Il cite à l'appui de ce chiffre une étude de Frontier Economics[415], qui décompose la rentabilité minimale que SFR FTTH est en droit d'attendre comme la somme d'un WACC standard et d'une prime de rendement minimale. S'agissant du WACC standard, Frontier Economics commence par rappeler que SFR FTTH n'estime pas son propre coût du capital et qu'aucune évaluation de tiers n'est disponible. Il s'appuie ensuite pour effectuer ce chiffrage sur le rapport *Regulatory accounting in practice* de l'ORECE publié en 2019 : « *nous nous appuyons sur les éléments de preuve fournis par l'ORECE, (…) qui*

---

[406] https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/doc-model-tarif-acces-ftth-oct2015.pdf

[407] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 49 : *« les primes de risque incluses dans le Modèle et qui s'ajoutent au WACC standard visent précisément à refléter le risque spécifique que suscite le déploiement des réseaux FTTH, comme le prévoient d'ailleurs tant les décisions n°2009-1106 que n°2010-1312. »*

[408] Observations en défense de SFR FTTH, page 90.

[409] Observations en défense de SFR FTTH, page 90

[410] Décision n° 06-0551 de l'Autorité, p. 80 et 81.

[411] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[412] Référence 2019/C 375/01 : « Communication de la Commission relative au calcul du coût du capital pour l'infrastructure historique dans le cadre de l'examen par la Commission des notifications nationales dans le secteur des communications électroniques dans l'Union européenne »

[413] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 24.

[414] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 61 : *« Le WACC standard de SFR FTTH peut être évalué à 9% avant impôts, sachant que la communication financière d'Altice produite par Free évoque en 2018 et 2019 des WACC de 7% et 6% après impôts ;* »

[415] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 5.

reflètent le coût du capital pour les activités régulées « standards » des opérateurs historiques. Cette analyse indique que le coût du capital avant impôt « standard » a varié entre 11,8% et 6,75% (en moyenne dans les pays considérés) au cours des dix dernières années, la moyenne sur dix ans étant d'environ 8,9%. Sur cette base, nous considérons qu'un coût du capital de 9% représenterait une référence conservatrice pour le coût du capital « standard » de SFR FTTH. »[416]. Frontier Economics en déduit que 9% est une valeur conservatrice pour trois raisons : (i) les taux de rémunération varient d'année en année et il est donc utile de considérer une valeur de long terme ; (ii) les taux de rendement minimaux ont tendance à être stables dans le temps ; (iii) les opérateurs alternatifs tels que SFR FTTH sont soumis à plus forte pression concurrentielle.

Sur le choix de retenir une moyenne sur les 10 dernières années dans un contexte de baisse des taux d'intérêt, SFR FTTH avance que Frontier démontre que : « *une baisse des taux d'intérêt n'étant pas positivement corrélée à une baisse des risques perçus par les investisseurs pour un projet FTTH comme celui considéré ici, ne devrait donc pas entrainer à court terme une baisse du taux de rendement minimal attendu d'un opérateur comme SFR FTTH ; Par conséquent, le taux de rendement minimal (reflétant notamment les risques liés à un investissement dans le FTTH pour un opérateur comme SFR FTTH) n'étant pas sensible aux variations de court-terme des conditions de marché, un taux constant pour le coût du capital standard de SFR FTTH a été retenu.* »[417] SFR FTTH ajoute que l'investissement dans le FTTH étant modélisé sur une période de 25 ans, compte tenu des fluctuations du taux sans risque, la période actuelle n'est pas représentative du taux qui prévaudra sur la durée du projet.

Free avance également dans son mémoire en réplique que le CMPC de SFR Group est de 6 à 7% pour l'année 2019[418]. **Frontier Economics** fait valoir que le CMPC à injecter dans le modèle doit être avant impôt et non après impôt et que le CMPC estimé au niveau du groupe Altice entre 6% et 7% en 2018 et 2019 est exprimé après impôt, ces deux notions étant différentes[419]. Frontier Economics ajoute que les taux de 6 à 7% après impôts et 9% avant impôts sont cohérents[420] (l'argumentation étant toutefois sujette à un accord de confidentialité signée entre Frontier et SFR FTTH). **Free** avance des données chiffrées montrant selon lui que le taux d'imposition d'Altice Group est très faible voire négatif, et que sur cette base le WACC standard avant impôt de SFR Group doit rester proche de 6-7%[421]. **Frontier**

---

[416] Ibid., page 5.

[417] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, page 45.

[418] Mémoire en réplique de Free, page 26 : *« la structure financière de SFR FTTH et plus généralement du groupe SFR est compétitive par rapport aux standards du secteur, et n'est pas dépositionnée par rapport à celle d'Orange ; le coût de la dette de SFR FTTH de l'ordre de 5% et le WACC de SFR Group de l'ordre de 6 % à 7% pour l'année 2019, soit à un niveau inférieur à celui du coût du capital pour les activités régulées d'Orange qui était de 7,6 % en 2019 ; »*

[419] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 5 : *« Enfin, Free fait référence dans son mémoire en réplique au rapport annuel d'Altice dans lequel le CMPC estimé au niveau du groupe se situe entre 6% et 7% (en 2018 et 2019). Il est crucial de relever ici que ces taux sont exprimés après impôt, alors que le CMPC à renseigner dans le modèle générique de l'Arcep est exprimé avant impôt. »*

[420] Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°81, page 1 : *« Pour estimer le CMPC standard à appliquer dans le modèle de l'ARCEP, Frontier s'est référé au CMPC standard appliqué aux opérateurs historiques par les autorités de régulation nationales en Europe sur les dix dernières années – le taux a ainsi été estimé à 9%.*

Frontier a également pris en compte d'autres données pour corroborer son estimation du CMPC standard. Une de ces données est le CMPC après impôts des activités d'Altice en France (voir « Pièce 1 - Altice - Annual report 2019 - 20200402 [extraits] » jointe au mémoire en réplique de Free). Ce taux (de 7% en 2018) a été mis en avant par Free pour arguer qu'un taux inférieur devrait être retenu pour le CMPC standard.

Dans notre réponse à Free, nous avons expliqué que l'approche correcte pour estimer un CMPC standard, pouvant faire référence comme CMPC standard en donnée d'entrée du modèle ARCEP, serait d'estimer le CMPC avant impôts pour les activités « standard » de SFR en France. Ce document en présente donc la meilleure approximation. Frontier a analysé les calculs aboutissant au CMPC après impôts figurant dans la Pièce 13 précitée de Free et conclu que le CMPC avant impôt des activités d'Altice en France était cohérent avec sa précédente estimation du CMPC standard à 9%.»

[421] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, pages 24-25.

Economics avance[422] que regarder le CMPC réalisé est inexact pour quatre raisons : (i) il s'agit de retenir le taux auquel un opérateur comme SFR FTTH ferait face pour financer ses activités standard en France ; (ii) pour le passage du CMPC avant impôt au CMPC après impôt pour la préparation de ses états comptables, Altice applique bien le taux d'imposition normatif en France ; (iii) l'Arcep, dans ses décisions fixant le CMPC réglementaire, s'est toujours référée au taux d'imposition normatif, et (iv) c'est également la recommandation de la Commission européenne.

Enfin, **SFR FTTH** ajoute[423] que les opérateurs d'infrastructure ont besoin de prévisibilité réglementaire, compte tenu de leurs investissements, dont les décisions ont été prises au regard de la rentabilité raisonnable attendue ; qu'ainsi le CMPC pris en compte pour les tarifs de SFR FTTH ne saurait être aligné sur la base du taux régulé que l'ARCEP vient d'arrêter pour le futur.

Sur ce sujet, **l'Autorité** constate que :

- le niveau proposé par SFR FTTH (9% avant impôts) est proche de celui présent dans le modèle de tarification tel que publié en 2015 (9,5% pour les premières années puis 8,7%), reposant sur les taux réglementaires du capital d'alors (respectivement applicables pour les années 2013 à 2015 puis 2016 à 2017), qui a servi notamment à la fixation des lignes directrices tarifaires en 2015 ;
- les taux réglementaires du capital en question ont été calculés sur la base non pas du coût du capital d'Orange mais sur la base de données issues de l'observation d'un groupe d'opérateurs exerçant dans les activités de communications électroniques en Europe, qui ne sont pas forcément des opérateurs historiques ;
- SFR FTTH justifie à titre principal le taux de 9% qu'il propose par la comparaison des taux réglementaires appliqués en Europe par les autorités de régulation, sur la base d'une moyenne sur les dix dernières années et de la plus forte pression concurrentielle supportée par les opérateurs alternatifs ;
- sur les dernières années, il est observé une baisse sensible des taux d'intérêt et des taux de rémunération du capital réglementaires régulés tant en France qu'en Europe ;
- SFR FTTH n'explique en rien en quoi l'analyse menée par l'Arcep dans sa décision n° 06-0551 sur la situation de Neuf Télécom serait transposable à la présente décision, alors même que la situation diffère, SFR FTTH étant uniquement actif sur le marché de gros à la différence de Neuf Télécom, et la décision n° 06-0551 étant prise en référence à la décision n° 05-0425 de l'Autorité[424], prévoyant un cadre spécifique pour les opérateurs alternatifs à la différence du cadre symétrique qui s'applique à l'ensemble des opérateurs déployant des boucles locales optiques mutualisées ;
- SFR FTTH met en avant le fait que le projet correspond à un investissement sur longue période et le besoin de prévisibilité réglementaire.

Compte tenu de ces éléments, la chronique de coût moyen pondéré du capital utilisée dans le modèle publié (soit 9,5% pour les années 2014 et 2015 puis 8,7% ensuite) est retenue pour l'examen du présent règlement de différend.

Ce choix, très proche du taux proposé par SFR FTTH, apparaît toutefois conservateur, compte tenu de la baisse substantielle des taux d'intérêt et des coûts moyens pondérés du capital appliqués par les autorités de régulation en France et en Europe.

---

[422] Troisièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°81, page 2.

[423] Quatrièmes observations en défense de SFR FTTH, page 10.

[424] Décision n° 05-0425 de l'Autorité en date du 27 septembre 2005 portant sur la définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes, la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre

5.2 Sur la prime de risque

En sus du coût moyen pondéré du capital « standard », le modèle de tarification utilise un paramètre de prime de risque de cofinancement traduisant le risque encouru par l'opérateur d'infrastructure pour le déploiement du FttH[425].

Dans son mémoire en réplique, **Free** propose pour cette prime de risque de cofinancement un scénario bas et un scénario haut de respectivement 0,9% et 4,81%, correspondant respectivement aux valeurs minimale et maximale des primes de risque utilisées par les autorités de régulation européennes pour les investissements FttH recensées par le rapport *Regulatory Accounting in Practice* de l'ORECE de 2019[426].

SFR FTTH considère que le coût moyen pondéré du capital doit « *correspondre à la situation de l'OI et tenir compte des risques spécifiques qu'il encourt pour le déploiement de ses réseaux FTTH* »[427] et soutient qu'il est nécessaire de calculer un taux de rendement minimal, ajoutant au coût moyen pondéré du capital standard une prime de rendement minimal qui reflète à la fois les risques du déploiement et les attentes de rentabilité qu'il est en droit d'exiger[428]. SFR FTTH mobilise à cet effet une étude du cabinet Frontier Economics[429].

Frontier Economics avance tout d'abord que « *l'activité de déploiement de réseaux FTTH (surtout en ZMD) est plus risquée que celle tenant aux réseaux historiques (de cuivre et câble)* »[430], ce par quoi il conclut que le coût moyen pondéré du capital standard doit être supérieur au coût moyen pondéré du capital des activités régulées arrêté par l'Arcep. Il avance par ailleurs que, sur le FttH, l'activité de SFR FTTH est plus risquée que celle d'Orange ce qui justifie, en plus, que son coût moyen pondéré du capital standard soit ajusté au projet pour tenir compte des risques via une prime nécessairement supérieure à celle d'Orange[431].

Il cite plusieurs raisons qui justifient selon lui cette différence de risque entre SFR FTTH et Orange : une taille moins importante impliquant moins de flexibilité ; un risque de demande plus élevé en l'absence de base d'abonnés équivalente à migrer et de la concurrence avec l'opérateur historique ; que le FTTH représente un changement majeur de stratégie pour l'opérateur ; l'absence de synergie avec le réseau cuivre ; des incertitudes liées au déploiement dues au déploiement plus lent que prévu et qui pourraient s'accroître sur les communes restant à déployer ; les chocs économiques impactent plus particulièrement les opérateurs alternatifs qui ont des économies d'échelle moins favorables[432].

Frontier Economics indique qu'il est très difficile de quantifier de façon fiable les facteurs contribuant à cette prime de rendement minimal, c'est-à-dire l'articulation exacte entre la composante reflétant les risques et celle reflétant la marge commerciale. Il s'appuie donc sur trois éléments pour fonder son analyse : (i) des critères d'investissements appliqués par les opérateurs alternatifs, avançant deux

---

[425] Document d'accompagnement du modèle, page 23 : « *Pour rendre compte du risque encouru par l'opérateur d'immeuble qui intervient dans une situation d'incertitude, il est souhaitable que le coût moyen pondéré du capital soit augmenté d'une prime de risque sur l'ensemble de la durée d'exploitation du projet afin de garantir le TRI du projet* »

[426] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[427] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 47.

[428] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 51 : « *La prime de rendement minimale que SFR FTTH est en droit d'appliquer à son WACC standard pour refléter la réalité du risque qu'elle encourt* ***<u>et</u>*** *ses attentes légitimes en termes de rentabilité de son projet peut être estimée entre 5% et 9%* » (gras et soulignement d'origine)

[429] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n° 66

[430] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 1.

[431] Ibid., page 7.

[432] Ibid., page 6.

critères résumés en un taux de rendement mininum égal ou proche du double du capital standard[433], (ii) une étude[434] indiquant que les primes de rendement minimal ont été d'environ 8%, (iii) les primes de risque utilisées par les autres autorités de régulation pour les réseaux de nouvelle génération, de l'ordre de 2 à 5%[435].

Sur cette base, Frontier Economics retient une fourchette de 5% à 8-9% pour la prime de rendement minimal : (i) la borne inférieure étant basée sur la fourchette de primes de risque citées *supra* adoptées par les autorités de régulation européennes pour leurs opérateurs historiques – avançant des risques plus élevés pour SFR FTTH que pour un opérateur historique, Frontier retient la valeur haute de 5%, (ii) la borne supérieure étant fondée sur l'expérience de Frontier Economics et les preuves empiriques dans différents secteurs, donnant une prime de rendement minimale entre 8% et 9%.

Frontier réfute enfin la fourchette proposée par Free : « *cette fourchette [estimée par Free] s'applique aux opérateurs historiques (cuivre) déployant du FTTH. (…) SFR FTTH présente un profil de risque plus élevé qu'un opérateur historique pour l'activité FTTH, ce qui par conséquent implique une prime de risque strictement plus élevée que celle appliquée aux opérateurs historiques.* »[436]

Free réplique que la prime de risque n'est pas à confondre avec une marge commerciale[437]. Il maintient sa référence au rapport de l'ORECE précité dont il met en avant le caractère opposable et objectif. Il avance que la fourchette de prime de risque qui en ressort est valable pour une activité spécifique et ne dépend pas du caractère historique ou non de l'opérateur[438]. Il avance que le code européen ne distingue pas, pour l'accès symétrique, le fait que l'opérateur soit historique ou non ; que le rapport Brattle[439] défendant une prime de risque pour les réseaux NGA la justifie par trois raisons : (i) un niveau élevé d'investissement en capital, (ii) un retour sur investissement sur une période plus longue et (iii) une incertitude plus grande sur la demande de service ; et que le caractère historique ou non de l'opérateur n'est pas un critère. Enfin, il ajoute qu'Altice n'est pas dans une situation moins favorable que les opérateurs historiques des autres pays européens, SFR Group ayant été valorisé lors d'une offre publique sur la base de comparables européens incluant des opérateurs historiques.

Il ajoute qu'un taux de rendement du projet situé entre 14% et 18% qui résulterait de l'hypothèse de Frontier Economics serait « *totalement déraisonnable* » [440], conduisant, sur la base d'un taux d'endettement de 50%, à un taux de rémunération du capital de 25%, ce qui lui semble déconnecté de la réalité d'une infrastructure essentielle. Lorsqu'il réagit au modèle de Frontier Economics, il propose

---

[433] Ibid., page 7 : « *Par exemple :*

i. Un opérateur international de télécommunications avec lequel nous avons travaillé applique (comme critère minimum) un taux de référence d'environ le double de son coût du capital standard (…)

ii. De même, un autre opérateur exigeait un taux de rendement minimal égal à au moins son coût des fonds propres, qui était également à peu près le double de son coût moyen du capital à l'échelle de l'entreprise. »

[434] https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/working-paper/2018/business-investment-cost-of-capital-and-uncertainty-in-the-uk-evidence-from-firm-level-analysis.pdf?la=en&hash=607C4B7AAEE9007319F7C76BD719E14467294FBA

[435] Frontier Economics mentionne également (Ibid., page 8) que : *« au Royaume-Uni, l'Ofcom a accordé à BT une période de flexibilité en matière de tarification d'accès qui, selon ses estimations, équivalait à une prime d'environ 5% au-dessus de son coût du capital « standard ». »*

[436] Ibid., page 9

[437] Réponse de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 23.

[438] Ibid., page 23 : «*le benchmark du BEREC est une source opposable et objective qui permet de fournir une estimation de ce niveau de prime de risque. (…) Ces primes de risque sont établies pour une activité spécifique, et non pas pour un opérateur particulier. (…) le code ne distingue pas la situation d'un opérateur historique de celui des autres opérateurs*»

[439] *Review of approaches to estimate a reasonable rate of return for investments in telecoms networks in regulatory proceedings and options for EU harmonization* ; The Brattle Group ; https://op.europa.eu/s/oods

[440] Réponse de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 27

de le modifier pour retenir un taux de rémunération du capital de 4,8% et une prime de risque de 4,8%, soit au total 9,6%, à compter de 2021[441].

L'Autorité constate **tout d'abord** que le modèle de tarification, tel que publié en 2015 et utilisé pour la fixation des lignes directrices tarifaires[442], qui ont fait suite à une consultation publique, retient une valeur de 2%, sans que de nouveaux éléments intervenus depuis lors donnent des raisons particulières de penser que ce niveau doive être revu à la hausse, vu la forte progression du déploiement et de la pénétration du FttH.

Elle note **ensuite** que les primes de risque utilisées par les autorités de régulation européennes pour les réseaux de nouvelle génération s'établissent, selon le rapport *Regulatory accounting in Practice 2019* de l'ORECE, entre 0,9% et 3,3% (cf. *supra*), si l'on exclut les primes de risque spécifiques aux réseaux activés[443].

De plus, les arguments mobilisés par SFR FTTH pour justifier son estimation de borne basse et de borne haute ne semblent pas recevables.

Tout d'abord, la fourchette proposée par SFR FTTH, soit une borne basse de 5% et une borne haute de 8% ou 9%, correspond non pas à une prime de risque mais à une prime de rendement minimal, incluant la prime de risque et des attentes de rentabilité au-delà de cette prime de risque[444].

Par ailleurs, s'agissant de sa borne basse, qu'il fixe à 5%, SFR FTTH retient la valeur haute des primes de risque adoptées par les régulateurs pour la régulation des réseaux fixes de nouvelle génération déployés par les opérateurs historiques dans les différents Etats membres, en justifiant ce choix par les risques supérieurs qui seraient encourus, pour le déploiement de réseaux FttH, par SFR FTTH par rapport aux opérateurs historiques. L'Autorité observe tout d'abord que la borne haute qui découle du rapport précité est de 3,3% pour les réseaux passifs, et que l'accès au segment PM-PBO, objet de la présente demande, est un accès passif et non activé. Par ailleurs, les différents arguments[445] avancés par SFR FTTH pour justifier d'un risque plus important par rapport aux opérateurs historiques ne sont pas accompagnés d'une estimation quantitative de leur éventuel impact, et cette mise en avant de risques particuliers semble également en désaccord avec la communication financière du groupe Altice, qui met en effet en avant le modèle d'affaires attractif de SFR FTTH, fondé sur un mouvement unanime des clients vers la fibre optique une fois que les réseaux FttH sont disponibles[446]. Cette communication financière insiste également sur les conditions de développement du FttH en France, où la régulation symétrique impose aux opérateurs d'infrastructure de proposer des offres de

---

[441] Ibid., même page.

[442] Lignes directrices - Tarification de l'accès aux réseaux à très haut débit en fibre optique déployés par l'initiative publique – Décembre 2015 (https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/lignes-dir-ARCEP-tarification-RIP-dec2015.pdf)

[443] Primes de risque par ordre croissant figurant dans le rapport de l'ORECE cité par Free (Mémoire en réplique de Free, pièce n°6) : 0,9% ; 1,25% ; 1,41% ; 2% ; 2% ; 2,5% ; 2,5% ; 3,2% ; 3,3% ; 4,81%. D'après cette pièce, les primes de 1,25% et 4,81% sont appliquées uniquement pour des infrastructures activées et non passives.

[444] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 51 : « *La prime de rendement minimale que SFR FTTH est en droit d'appliquer à son WACC standard pour refléter la réalité du risque qu'elle encourt* ***<u>et</u>*** *ses attentes légitimes en termes de rentabilité de son projet peut être estimée entre 5% et 9%* » (gras et soulignement d'origine)

Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, page 51 : « *La prime de rendement minimale que SFR FTTH est en droit d'appliquer à son WACC standard pour refléter*

la réalité du risque qu'elle encourt ***<u>et</u>*** *ses attentes légitimes en termes de rentabilité de son projet peut être estimée entre 5% et 9%* » (gras et soulignement d'origine)

12 : "high visibility wholesale model" / "No business case for "overbuilders" comforting strong expected take up rate and full return for the infrastructure operator"

cofinancement de leurs réseaux[447], limitant la probabilité d'une concurrence par les infrastructures et soutenant les perspectives d'une trajectoire de pénétration rapide[448]. Les comparaisons avec les pays étrangers doivent d'ailleurs à cet égard être effectuées en tenant compte de cette situation française, dans la mesure où dans d'autres pays des déploiements de FttH concurrents entre opérateurs peuvent avoir lieu, avec par conséquent un risque supérieur pour les plans d'affaires des opérateurs concernés.

Enfin, s'agissant de la borne supérieure fournie par SFR FTTH, chiffrée à 8% ou 9%, selon le critère avancé par Frontier Economics du double du capital standard, l'Autorité relève que la justification de ce niveau avancée est à titre principal fondée par l'expérience de Frontier Economics, ainsi que celui-ci l'indique lui-même, même s'il se réfère aussi à certaines études. Il ne développe toutefois pas précisément le lien qui pourrait être fait avec la situation de l'activité de SFR FTTH, à savoir le déploiement et l'exploitation d'une future boucle locale de référence, qui possède un profil de risque favorable par rapport à un investissement générique, comme cela ressort également de la communication financière d'Altice rappelée *supra*.

Il est ainsi *a priori* pertinent de retenir ce niveau de 2% pour l'appréciation du présent règlement de différend.

A titre complémentaire, il est utile de rappeler que le modèle de tarification n'utilise pas le coût moyen du capital et la prime de risque chacun isolément, mais la somme des deux. Les parties raisonnent d'ailleurs elles-mêmes sur une rentabilité globale incluant à la fois le coût moyen pondéré du capital (avant prime de risque) et la prime de risque, Frontier Economics estimant qu'« *une rentabilité globale qui se situe entre 14 et 18% est appropriée pour le déploiement du FTTH par SFR FTTH* »[449] quand Free estime que « *un TRI projet global compris entre 14% et 18% nous semble totalement déraisonnable* ». Il est ainsi pertinent d'apprécier le niveau à retenir pour ces paramètres de façon conjointe. Or, ainsi qu'il a été noté en section 5.1, le coût moyen pondéré du capital avant prime de risque retenu pour l'analyse du présent règlement de différend est protecteur pour SFR FTTH.

Compte tenu de ces éléments, une prime de risque de 2%, aboutissant en l'espèce à un taux de rémunération du capital, prime de risque incluse, de 10,7%[450], est retenue pour l'appréciation du présent règlement de différend.

6 Sur l'inflation

Les hypothèses du modèle intègrent une chronique d'inflation.

Free retient les taux d'inflation issus de l'évolution des prix à la consommation calculés par l'INSEE pour les années 2013 à 2019. Pour les années 2020 à 2022, il utilise les estimations de la Banque de France publiées en septembre 2020, et retient pour les années suivantes un taux de 1%, correspondant à la dernière estimation de la Banque de France[451].

SFR FTTH retient la même chronique de l'INSEE sur 2014-2019 puis 0,8% jusqu'à la fin du projet[452].

---

[447] Ibid., page 12 : "Symmetrical regulation applying to all infrastructure operators with an obligation to provide access offer to retail operators (including obligation to offer co investment hence limiting attractiveness of overbuild)"

[448] Ibid., page 6 : « Only wholesale operator in footprint »

[449] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 2

[450] Plus précisément, 11,5% pour les années 2014 et 2015 et 10,7% pour les années 2016 et suivantes.

[451] Mémoire en réplique de Free, page 34.

[452] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 12.

Dans sa réponse au second questionnaire, Free indique ne pas avoir d'objection à utiliser cette chronique de SFR FTTH[453].

Dès lors, la chronique proposée par SFR FTTH est retenue pour l'appréciation du présent règlement de différend.

7 Sur le coefficient ex post

Le coefficient *ex post* est un facteur multiplicatif qui s'applique au tarif non-récurrent du cofinancement *ab initio* pour déterminer le tarif non-récurrent applicable aux opérateurs cofinançant *a posteriori*. Il vise à tenir compte de la moindre visibilité qu'ont les premiers opérateurs cofinanceurs lors de leur prise de décision. Ce coefficient est exprimé sous forme de chronique, le coefficient étant fonction dans le modèle du nombre d'années de décalage entre l'année où les lignes deviennent programmées (au moment de la pose et de la mise à disposition du point de mutualisation) et l'année du cofinancement par l'opérateur.

Free propose dans son mémoire en réplique de tenir compte du coefficient ex post proposé par SFR FTTH dans son contrat V2.0[454].

SFR FTTH retient en premier lieu la version du coefficient ex post calculée par le modèle de tarification[455], puis dans son analyse ajustée la chronique qu'elle propose dans son contrat V2.0[456].

L'Autorité estime que la chronique du coefficient ex post telle que prévue dans le contrat correspond à la réalité de ce qui sera payé par les opérateurs. Par ailleurs, les parties s'accordent sur l'utilisation de cette chronique dans le cadre de cette procédure.

Dès lors, cette chronique de coefficient *ex post* est retenue pour l'analyse du présent règlement de différend.

8 Année de démarrage du modèle

Dans son mémoire en réplique, Free explique qu'il retient l'année 2013 comme année de démarrage du modèle, « *correspondant au démarrage des déploiements à l'échelle industrielle.* »[457]

SFR FTTH retient quant à lui l'année 2014 comme date de début des déploiements[458].

---

[453] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 26 : « *Inflation : pour le passé Free et SFR FTTH retiennent les valeurs constatées. Pour le futur, nous pensons que les prévisions de la Banque de France que nous utilisons sont plus robustes que le taux utilisé par Frontier qui n'est pas sourcé ; pour autant l'impact est faible et nous n'avons pas d'objection à reprendre les hypothèses de Frontier ;* »

[454] Mémoire en réplique de Free, page 34. Les coefficients ex post sont présentés dans le contrat (pièce 8 de la réplique de Free) pour les années 0 à 20. Free retient la valeur de l'année 20 pour compléter la chronique pour les années suivantes (cf. Réponse de Free au second questionnaire des rapporteurs, pièce «Q27-Modele_PRDM-PTO-v8.xlsx ».)

[455] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce 70

[456] Réponses de SFR FTTH au second questionnaire des rapporteurs, pièce 76, page 11 : « *nous utilisons les coefficients ex-post de SFR FTTH au lieu des coefficients modélisés de l'Arcep utilisés précédemment dans notre calibration du modèle.* »

[457] Mémoire en réplique de Free, page 33.

[458] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°70.

Free ne s'oppose pas à ce choix dans ses écritures[459].

Par ailleurs, l'Autorité a retenu la courbe de déploiement proposée de SFR FTTH pour l'analyse du présent règlement de différend (voir section 3).

Dès lors, l'année 2014 est retenue comme année de démarrage du modèle dans l'analyse du présent règlement de différend.

9 Adaptation du calcul de la composante du tarif récurrent liée à la réserve dans le modèle de tarification

La réserve est la part des coûts de construction du réseau déjà encourus qui n'a pas encore été cofinancée. Son financement est pris en compte dans le tarif récurrent de cofinancement[460].

Au-delà des paramètres utilisés, SFR FTTH procède à un ajustement du mode de calcul de la composante liée à la réserve dans le modèle tarification de l'Arcep[461].

Free n'a pas formulé d'objections à cette modification dans ses écritures.

Par ailleurs, l'ajustement proposé par SFR FTTH semble cohérent.

Cet ajustement est par conséquent retenu dans l'analyse du présent règlement de différend.

---

[459] Réponses de Free au second questionnaire des rapporteurs, page 26 : Free apporte la précision suivante : « *Free a choisi de faire démarrer le projet en 2013, ce qui correspond au démarrage des déploiements à l'échelle industrielle. Nous comprenons que Frontier a choisi de faire démarrer le projet en 2014. Il faut donc comparer les prix en € 2013 des résultats obtenus par Free aux prix en € 2014 des résultats calculés par Frontier.* »

[460] Le tarif récurrent dans le modèle de tarification se décompose en trois composantes : composante liée à la réserve, composante liée aux coûts de location du génie civil et composante liée aux charges d'exploitation (cf. document d'accompagnement du modèle de tarification, page 6)

[461] Deuxièmes observations en défense de SFR FTTH, pièce n°66, page 11 : « *Nous avons ajusté le modèle concernant le calcul de la réserve. « Dans l'onglet « Calcul de la réserve », les coûts de construction entre les années 21 et 25 n''ont pas été pris en compte dans le modèle initial de l'Arcep. Cela est en cependant nécessaire afin de rendre les résultats du modèle cohérents avec un horizon temporel de 25 ans (et non de 20 ans). Dans cet onglet, la formule en ligne 13 a donc été étendue entre les colonnes W et AA ».* ». Cet ajustement est maintenu dans le modèle présenté en réponse au second questionnaire (cf. pièce 76, page 11)