

Règlements de différends devant l'Arcep : vers une seconde jeunesse ?

Le champ d'application et les pouvoirs d'intervention de l'Arcep en matière de télécoms sortent étendus et renforcés de la transposition du troisième paquet télécom et de la pratique décisionnelle récente en matière de règlements de différends. Cette procédure, désormais ouverte aux fournisseurs de services sur Internet, pourrait prochainement connaître un regain de vigueur.



Sylvain Justier, avocat associé



Amélie Le Provost, avocat

SUR LES AUTEURS

Fondé en 2008, Magenta est un cabinet dédié au droit de la concurrence, aux secteurs dérégulés (télécoms et énergie notamment), aux nouvelles technologies et aux médias. Comptant désormais huit avocats issus des plus grands cabinets, Magenta connaît un fort développement et est reconnu pour la qualité de ses interventions en droit de la concurrence et dans les secteurs des télécoms et de l'énergie.

Outil complémentaire à ses pouvoirs de régulation *ex ante*, la procédure de règlement de différends permet à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) d'intervenir à l'initiative d'un opérateur afin de trancher un litige avec un autre opérateur concernant les conditions techniques et/ou tarifaires d'un accord d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques¹. Depuis sa mise en place, cette procédure a connu un grand succès en raison tant de sa rapidité (décision exécutoire en principe sous quatre mois) que des pouvoirs importants dont dispose l'Arcep, lui permettant de fixer en équité les conditions techniques et/ou tarifaires de ces accords, qu'ils soient ou non régulés. La transposition du troisième « Paquet Télécom »² par l'ordonnance du 24 août 2011 et la pratique décisionnelle récente concernant cette procédure conduisent à en accroître l'attractivité puisque son périmètre en sort étendu et conforté

et que les pouvoirs d'intervention de l'Arcep apparaissent renforcés.

Une procédure étendue aux fournisseurs de services sur Internet

Initialement réservé aux seuls opérateurs, le règlement de différends a été étendu par l'ordonnance précitée aux litiges entre opérateurs et entreprises fournissant des services de communication au public en ligne (Google, Dailymotion, etc.) concernant les « *conditions réciproques techniques et tarifaires d'acheminement du trafic* ». Il s'agit d'une évolution majeure au regard de la problématique de la *net neutrality*³ puisque l'Arcep pourra notamment se prononcer sur le contenu de ces accords (par exemple en cas de tarifs excessifs/discriminatoires), et ce d'autant plus que figurent désormais parmi les objectifs de la régulation la garantie d'une concurrence effective et loyale pour la transmission des contenus et la non-discrimination dans les relations entre opérateurs et fournisseurs de services de communications au public en ligne.

Une procédure pleinement applicable dans le cadre d'une DSP

L'Arcep⁴ a récemment confirmé que cette procédure, applicable aux offres fournies par une collectivité locale exerçant une activité d'opérateur⁵, l'est tout autant aux offres fournies par son délégataire. Ainsi, le fait que l'offre de gros d'un opérateur s'inscrive dans et soit encadrée par une DSP ne saurait restreindre la capacité d'intervention de l'Arcep, qui peut parfaitement imposer la modification de cette offre. Il appartient dans ce cas à l'opérateur délégataire d'obtenir en amont les modifications contractuelles de la DSP rendues nécessaires par la décision de l'Autorité. Cette solution, d'une portée majeure à l'heure où se multiplie ce type de conventions, ne peut qu'être approuvée dès lors que la compétence de l'Autorité ne saurait dépendre du mode de gestion du service public choisi par une collectivité.

Une plus grande rétroactivité des décisions adoptées

Il est admis de longue date que les décisions réglant les différends peuvent couvrir une période anté-

LES POINTS CLÉS

La transposition du troisième Paquet Télécom et la pratique décisionnelle récente en matière de règlement de différends sont venues notamment :

- étendre cette procédure aux litiges entre opérateurs et fournisseurs de services de communication au public en ligne,
- reconnaître l'effet rétroactif des décisions avant même la formalisation du différend,
- préciser les méthodes de l'Arcep lorsqu'elle se prononce en « pure équité ».

rière à leur prononcé, l'Arcep faisant alors coïncider la date de formalisation du différend avec le point de départ des effets de sa décision si elle entend lui donner une portée rétroactive. La Cour de cassation a remis en cause cette solution en précisant que le pouvoir de l'Autorité s'étend à l'ensemble de la période couverte par le différend, peu important sa date de formalisation⁶. Ainsi, en cas de différend portant par exemple sur le caractère excessif d'un tarif, un opérateur pourra être tenu, si la décision fixe un prix à la baisse, de rembourser le demandeur sur une période très longue débutant le cas échéant avant même la contestation dudit tarif. Relevons néanmoins que l'Arcep semble vouloir limiter les effets d'une telle rétroactivité en se plaçant sur le terrain de l'équité. Ainsi, dans sa décision du 21 juillet 2011, l'Arcep a jugé recevable la demande de rétroactivité à compter de la mise en place du tarif en cause (qui n'avait été contesté que bien plus tard). Mais elle a considéré qu'une

telle rétroactivité serait inéquitable dès lors que cela pourrait impacter des opérateurs tiers (étaient en cause des modalités de financement d'une infrastructure fondées sur un partage des coûts entre opérateurs) et ne relevait pas d'une nécessité manifeste et urgente puisque la contestation avait été élevée très tardivement.

Si l'arrêt de la Cour de cassation ouvre donc des perspectives importantes pour les demandeurs, ils demeureront bien inspirés de continuer à formaliser rapidement leurs désaccords éventuels sur les conditions qui leur sont proposées.

Une clarification de la méthode suivie en « pure » équité

Si le pouvoir de règlement de différends est guidé par la recherche de l'équité, cette considération est d'autant plus importante lorsque sont en cause des prestations non régulées, l'Autorité statuant alors au regard des seuls objectifs généraux de la régulation. À cet égard, s'il est plus délicat d'anticiper l'accueil que réserver

l'Autorité à une demande présentée en « pure » équité, la pratique décisionnelle récente permet d'éclairer la méthode – et les principes – qui guident son approche. Les points saillants en sont les suivants :

- il pèse sur le demandeur une exigence probatoire renforcée, celui-ci devant établir par des éléments concrets et précis que la mesure sollicitée est bien commandée par l'équité, sous peine d'être rejetée⁷ ;
- chacune des demandes fait l'objet d'un contrôle de nécessité au regard des objectifs de la régulation et de proportionnalité au regard des contraintes qu'elle impose sur l'autre partie⁸ ;
- lorsqu'est en cause un tarif inéquitable, l'Arcep peut en apprécier l'économie au regard des coûts sous-jacents mais aussi le mettre en perspective avec le prix de prestations d'autres opérateurs. Le caractère inéquitable d'un tarif ne résulte cependant pas de la seule existence d'une marge, serait-elle importante ;
- enfin, même en l'absence d'éléments précis lui permettant de déterminer *in concreto* le niveau équitable d'un tarif, l'équité commande qu'il respecte les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité et ne suscite pas de ciseau tarifaire⁹.



¹ D'autres accords peuvent être concernés (art. L. 36-8 II CPCE)

² Directives 2009/140/CE et 2009/136/CE

³ Cf. notre article dans *Décideurs* n°112, 2010

⁴ Décision 2010-0742, confirmée par CA Paris, 24 fév. 2011 (pourvoi en cours)

⁵ Art. L. 1425-1 CGCT

⁶ Com., 14 déc. 2010, 09-67371

⁷ Décision 2010-1179

⁸ Décision 2011-0893

⁹ Décision 2011-0596