

Décision n° 2016-1015-FR
de la formation restreinte de l'Autorité de régulation des communications
électroniques et des postes
en date du 28 juillet 2016
portant sanction à l'encontre de la société Orange en application de l'article
L. 36-11 du code des postes et communications électroniques

La formation restreinte de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après, « la formation restreinte de l'Autorité »),

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32-1, L. 36-11, L. 42-1, L. 42-2, L. 130, D. 594 et suivants ;

Vu la loi n° 2004-575 modifiée du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, notamment son article 52 ;

Vu la décision n° 2006-0140 du 31 janvier 2006 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes autorisant la Société française du radiotéléphone (ci-après « la société SFR ») à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ;

Vu la décision n° 2006-0239 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 février 2006 autorisant la société Orange à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ;

Vu la décision n° 2009-0060 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 janvier 2009 approuvant le projet de déploiement des opérateurs mobiles dans les 364 communes complémentaires du programme Zones Blanches ;

Vu la décision n° 2009-0838 modifiée de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 5 novembre 2009 autorisant la société Bouygues Telecom à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ;

Vu la décision n° 2014-1099-RDPI de la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction (« RDPI ») de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 septembre 2014 relative à l'ouverture de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques à l'égard de la société Orange ;

Vu la décision n° 2015-0936-RDPI de la formation RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 juillet 2015 portant mise en demeure de la société Orange de se conformer aux dispositions de la décision n° 2006-0239 du 14 février 2006 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes autorisant la société Orange à utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public ;

Vu la décision n° 2016-0606-RDPI de la formation RDPI de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 avril 2016 portant notification des griefs à

la société Orange pour non-respect de l'échéance fixée au 1^{er} janvier 2016 par la décision de mise en demeure n° 2015-0936-RDPI du 22 juillet 2015 ;

Vu la décision n° 2016-0732-FR de la formation restreinte en date du 26 mai 2016, relative à la procédure dont elle est saisie en application de la décision n° 2016-0606-RDPI en date du 27 avril 2016 portant notification des griefs à la société Orange, désignant Pierre-Jean Benghozi en tant que président de la formation restreinte, Elisabeth Suel en tant que secrétaire de séance et Simon Berger en tant qu'agent chargé d'assister la formation restreinte, et fixant le calendrier de procédure ;

Vu la convention nationale de mise en œuvre du plan d'extension de la couverture du territoire par les réseaux de téléphone mobile (« programme zones blanches »), signée le 15 juillet 2003 et son avenant, signé le 13 juillet 2004 ;

Vu la circulaire du 28 octobre 2006 relative à l'« Intégration de nouvelles communes dans le plan de couverture en téléphonie mobile » ;

Vu la circulaire du 18 février 2009 adressée aux préfets de région et de département par le secrétaire d'Etat chargé de l'aménagement du territoire et le secrétaire d'Etat chargé de l'industrie et de la consommation relative à la couverture de 364 nouvelles communes dans le cadre du plan de couverture en téléphonie mobile ;

Vu le courrier de la société Orange en date du 14 janvier 2009 de transmission à l'Arcep du plan de déploiement relatif aux 364 communes du programme complémentaire ;

Vu le courrier de la société Orange en date du 12 mai 2016 concernant l'état des lieux du déploiement du centre-bourg de la commune de Guivry ;

Vu les observations de la société Orange en date du 23 juin 2016 ;

Vu les observations complémentaires de la société Orange transmises, à la suite de l'audition, le 18 juillet 2016 ;

Vu l'ensemble des pièces versées au dossier d'instruction ;

Après avoir entendu le 11 juillet 2016, lors d'une audition qui s'est tenue à huis clos, à la demande de la société et compte tenu des éléments relatifs au secret des affaires qu'elle invoque, devant la formation restreinte composée de M. Pierre-Jean Benghozi, président, et de Mme Martine Lombard, membre, M. Philippe Distler ayant renoncé à siéger :

- les observations de M. Rémi Stefanini, représentant de la formation RDPI ;
- les observations des représentants de la société Orange,
- les représentants de la société Orange ayant pris la parole en derniers ;

Cette audition s'est déroulée en présence de :

- Elisabeth Suel, secrétaire de séance de la formation restreinte,
- Simon Berger, agent désigné pour assister la formation restreinte,
- Julien Renard, rapporteur désigné par la formation RDPI pour instruire le dossier,
- et Stéphanie Demesse, responsable du greffe de l'Arcep.

La formation restreinte de l'Arcep ayant délibéré le 28 juillet 2016, en la seule présence de la secrétaire de séance et de l'agent des services de l'Autorité désigné pour assister la formation restreinte.

1 Exposé des faits et de la procédure

1.1 Contexte

Par la décision n° 2006-0239 du 14 février 2006 susvisée, l'Autorité a renouvelé l'autorisation d'utilisation de fréquences délivrée à la société Orange dans les bandes 900 et 1800 MHz. Le cahier des charges annexé à cette décision dispose, dans sa partie 1.4.3 « Zones blanches » que la société Orange « est tenue d'assurer la couverture de l'ensemble des centres-bourgs, (...) à l'intérieur des zones dites « blanches ». Cette couverture est assurée conjointement par l'ensemble des opérateurs GSM métropolitains. Les zones à couvrir sont identifiées de manière conjointe par les opérateurs, pouvoirs publics et collectivités territoriales, dans le cadre des dispositions du I de la convention du 15 juillet 2003 susvisée. (...) ».

La même obligation est inscrite dans le cahier des charges annexé à l'autorisation 2G de SFR et de Bouygues Telecom, renouvelée respectivement en 2006 et 2009.

La convention du 15 juillet 2003, signée par le ministre chargé de l'aménagement du territoire, l'association des maires de France, l'association des départements de France, l'Autorité et les opérateurs de réseaux mobiles Bouygues Telecom, Orange et SFR, a en effet mis en place le programme d'extension de la couverture mobile 2G dans les « zones blanches » (ci-après, le « programme zones blanches ») et défini sa nature et ses modalités de mise en œuvre.

Le I de cette convention définit comme suit les zones concernées par le plan d'action lancé par les pouvoirs publics :

« 1. Le plan d'action concerne les zones qui ne sont couvertes par aucun opérateur (« zones blanches »). Il exclut les zones grises, couvertes par un ou deux opérateurs.

2. Le plan d'action se fixe pour objectif de couvrir, à l'intérieur des zones blanches, les centres-bourgs, les axes de transports prioritaires, ainsi que les zones touristiques à forte affluence. En ce sens, le plan d'action ne vise pas à couvrir la totalité des zones blanches (...) ».

Pour la couverture de ces zones, deux phases sont distinguées par la convention de 2003 :

- les communes de la « phase I » dont les centres-bourgs doivent être couverts par les opérateurs de réseau 2G en installant et exploitant à leurs frais des équipements actifs sur des infrastructures passives mises à disposition par des collectivités territoriales. Pour l'exploitation de chaque site, selon le schéma de l'itinérance ou de la mutualisation, un opérateur chef de file est désigné ;
- les communes de la « phase II » dont les centres-bourgs doivent être couverts par les opérateurs de réseau 2G en installant et exploitant à leurs frais les infrastructures actives et passives, selon un schéma d'itinérance locale ou de mutualisation.

Un premier recensement des communes « zones blanches » a été effectué en 2003.

Conformément au VII de la convention de 2003 susvisée, qui prévoit que « Les modalités financières de la phase II seront définies d'ici la fin de l'année 2003 en concertation entre les parties et feront l'objet d'un avenant (...) », un avenant à la convention a été signé entre les parties le 13 juillet 2004 pour définir ces modalités financières.

La convention du 15 juillet 2003 prévoit, pour les communes de la « phase I », que :

- lorsque le schéma de l'itinérance locale a été choisi, les sites sont exploités à des fins commerciales dans un délai de 6 mois suivant leur mise à disposition soit par la collectivité locale concernée, soit par l'opérateur chef de file ;

- lorsque le schéma de mutualisation a été choisi, les trois opérateurs sont tenus d'exploiter les sites dans un délai de 12 mois après leur mise à disposition par la collectivité locale concernée, dont au moins un opérateur dans un délai de 6 mois (l'opérateur chef de file en principe).

Pour les communes de la phase II, l'avenant de 2004 à la convention de 2003 prévoit que les sites « *devront être exploités commercialement par les trois opérateurs avant fin 2007* ».

En octobre 2006, le délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires faisait état, dans une circulaire adressée aux préfets de région, du constat selon lequel « *certaines zones ont pu être oubliées à la marge lors du recensement effectué en 2003* », et formulait la demande qu'un exercice de recensement complémentaire soit mené, en vue de l'intégration de ces nouvelles zones « *dans le cadre du programme* » initial.

Ce recensement a permis d'identifier 364 nouveaux centres-bourgs comme n'étant couverts par aucun opérateur mobile et comme devant, à ce titre, compléter les communes recensées en 2003.

Le secrétaire d'Etat chargé de l'aménagement du territoire a annoncé, lors d'une conférence de presse tenue le 10 septembre 2008 en présence des membres du comité de pilotage national et notamment des trois opérateurs de réseau mobile 2G, que l'ensemble des partenaires s'étaient accordés « *sur la nécessité d'apporter au plus tôt un service de téléphonie mobile à ces 364 communes et s'engagent à couvrir 80 % d'entre elles fin 2010 et la totalité en 2011* ».

Ces trois opérateurs se sont accordés, lors du comité de pilotage du 5 décembre 2008, sur le plan de déploiement de cette liste complémentaire de communes, établie dans le cadre des dispositions du I de la convention de 2003 susvisée, et l'ont transmis à l'Autorité. Celle-ci, prenant acte du nouveau recensement et de l'accord des opérateurs, a approuvé le plan de déploiement par une décision n° 2009-0060 en date du 22 janvier 2009.

Ainsi, au 22 juillet 2015, 3303 communes étaient concernées par le « programme zones blanches » :

Phase I	Phase II	Total
1930	1373	3303

Sur chaque site à déployer pour couvrir ces 3303 communes, un opérateur a été désigné chef de file. Chaque opérateur mobile 2G est chef de file sur environ un tiers des sites ; la répartition entre opérateurs a été proposée par ces derniers et validée par l'Arcep.

Orange a été désigné opérateur chef de file concernant 1175 communes, dont 702 communes phase I et 473 phases II.

1.2 Historique des faits

Au regard de l'état des lieux transmis par les opérateurs sur l'avancement du « programme zones blanches » au 31 décembre 2011, une procédure a été ouverte, le 19 mars 2012, sur le fondement de l'article L. 36-11 du CPCE, notamment contre la société Orange pour un non-respect éventuel par cette dernière des prescriptions définies à la partie 1.4 du cahier des charges annexé à la décision n° 2006-0239 du 14 février 2006 susvisée.

Cette procédure n'a pu être poursuivie, le Conseil constitutionnel ayant, le 5 juillet 2013, déclaré contraires à la Constitution les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du CPCE.

Les services de l'Arcep ont continué à suivre l'état d'avancement du « programme zones blanches » par les trois opérateurs titulaires d'autorisations 2G.

A la date du 30 juin 2014, le fichier de suivi transmis par les opérateurs faisait état de 85 centres-bourgs de communes, soit 2,5 % du programme, qui n'étaient encore couverts par aucun opérateur. La société Orange avait été désignée opérateur chef de file sur 14 de ces communes. Ce fichier faisait également état de 90 communes non couvertes par la société Orange, pour lesquelles elle n'était pas opérateur chef de file.

1.3 L'ouverture, sur le fondement de l'article L. 36-11 du CPCE, de la procédure d'instruction et les éléments recueillis dans ce cadre

Au regard des éléments transmis par les opérateurs sur l'état d'avancement du programme zones blanches, la formation RDPI de l'Autorité a ouvert, par la décision n° 2014-1099-RDPI du 23 septembre 2014, sur le fondement des dispositions des articles L. 36-11¹ et D. 594² du CPCE, une instruction relative au manquement éventuel de la société Orange aux dispositions de la décision n° 2006-0239 du 14 février 2006 susvisée.

Dans le cadre de cette instruction, la société a été invitée, par courrier du rapporteur en date du 7 novembre 2014, à détailler notamment l'état d'avancement des déploiements effectués dans le cadre du « programme zones blanches », ainsi que, le cas échéant, les raisons de son retard et son calendrier prévisionnel pour les déploiements restant à effectuer.

La société Orange a répondu à ce questionnaire par un courrier en date du 10 décembre 2014, qui a été complété par différents éléments communiqués par les trois opérateurs de réseau 2G (Bouygues Telecom, Orange et SFR) et versés au dossier d'instruction, en particulier l'état d'avancement au 30 juin 2015, transmis le 8 juillet 2015 par courriel de la société Orange, au nom des trois opérateurs précités.

1.4 La mise en demeure du 22 juillet 2015

Le rapport d'instruction relève, au vu des éléments versés au dossier, qu'à la date du 30 juin 2015 :

- dans 3 centres-bourgs de communes « phase I » couverts par aucun opérateur et pour lesquels la société Orange est chef de file, la collectivité n'a pas mis à disposition le site. Dès lors, pour ces communes, Orange n'était pas en mesure de respecter les obligations qui lui incombent en vertu de son autorisation d'utilisation de fréquences ;
- parmi les 48 centres-bourgs couverts par un ou deux opérateurs, 8 (listés en annexe A de la décision de mise en demeure) n'étaient pas couverts en 2G par la société Orange, dont 2 pour lesquels elle est chef de file ;
- dans 6 centres-bourgs de communes « phase II » couverts par aucun opérateur et pour lesquels la société Orange est chef de file (listés en annexe B), Orange n'avait pas installé ses équipements passifs et actifs et n'exploitait pas commercialement en 2G les sites sur lesquels elle a été désignée chef de file ;
- parmi les 58 centres-bourgs couverts par aucun opérateur et pour lesquels la société Orange n'est pas chef de file (41 communes « phase I » et 17 communes « phase II ») :

¹ Telles que modifiées par l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014

² Telles qu'introduites par le décret n° 2014-867 du 1^{er} août 2014

- dans 14 communes « phase I »³ (listées en annexe C), Orange n'exploitait pas commercialement en 2G les sites mis à disposition par la collectivité locale concernée ;
- dans les 17 communes « phase II » (également listées en annexe C), Orange n'exploitait pas commercialement en 2G les sites, ceux-ci n'ayant pas été mis en exploitation par l'opérateur chef de file.

Au regard de l'ensemble des éléments du dossier, et après un examen du rapport d'instruction, la formation RDPI de l'Autorité a, par la décision susvisée n° 2015-0936-RDPI du 22 juillet 2015, mis en demeure la société Orange de respecter, dans le calendrier suivant, ses obligations relatives à la couverture en 2G des zones identifiées dans le cadre des dispositions du I de la convention du 15 juillet 2003, prévues au cahier des charges annexé à la décision de l'Arcep n° 2006-0239 du 14 février 2006 susvisée :

- « d'ici le 1^{er} janvier 2016, assurer la fourniture d'un service 2G couvrant les centres-bourgs des communes, listées en annexe A, pour lesquels au moins un autre opérateur exploite d'ores et déjà un site à des fins commerciales ;
- d'ici le 1^{er} janvier 2017, assurer la fourniture d'un service 2G couvrant les centres-bourgs des communes de la phase II, listées en annexe B, pour lesquels la société Orange a été désignée opérateur chef de file ;
- s'agissant des centres-bourgs des communes de la phase I couverts par aucun opérateur, pour lesquels les infrastructures passives ont d'ores et déjà été mises à disposition de l'opérateur chef de file Bouygues Telecom ou SFR, ainsi que des centres-bourgs des communes de la phase II pour lesquels les infrastructures n'ont pas, à ce jour, été installées et exploitées à des fins commerciales par l'opérateur chef de file (annexe C), assurer la fourniture d'un service 2G au plus tard 6 mois après l'installation et l'exploitation du site à des fins commerciales par l'opérateur chef de file. »

Afin de procéder au contrôle de la première échéance de la mise en demeure, le rapporteur a adressé un questionnaire à la société Orange, par courrier en date du 22 janvier 2016, lui demandant de fournir l'état des déploiements effectués au 1^{er} janvier 2016 pour assurer la fourniture d'un service 2G couvrant le centre-bourg des communes visées à l'annexe A de la décision n° 2015-0936-RDPI. Le rapporteur a par la suite adressé un questionnaire complémentaire demandant à la société de lui fournir un état des lieux actualisé au 15 avril 2016.

Au vu des réponses fournies par la société les 5 février et 15 avril 2016, le rapport d'instruction en date du 25 avril 2016 indique l'état des lieux suivant :

	Centres-bourgs devant être couverts au 1 ^{er} janvier 2016	Centres-bourgs couverts		Centres-bourgs non couverts	
		au 1 ^{er} janvier 2016	au 15 avril 2016	au 1 ^{er} janvier 2016	au 15 avril 2016
Annexe A	8	3	7	5	1

Le rapporteur en a conclu dans son rapport d'instruction que :

- la société ne couvrait au 1^{er} janvier 2016 que 3 des 8 centres-bourgs qu'elle devait couvrir à cette date ;

³ Le rapport d'instruction relève que dans 27 des 41 communes « phase I », la collectivité n'avait pas mis à disposition le site.

- les éléments avancés par la société ne permettaient pas de justifier le retard pris pour couvrir les centres-bourgs concernés.

1.5 La notification des griefs du 27 avril 2016

Eu égard aux manquements constatés, la formation RDPI de l'Autorité a, par la décision susvisée n° 2016-0606-RDPI du 27 avril 2016, décidé de notifier à la société Orange les griefs de ne pas avoir respecté, à la date du 1^{er} janvier 2016, son obligation d'assurer la fourniture d'un service 2G couvrant les centres-bourgs des communes, listées en annexe A de la décision n° 2015-0936-RDPI, pour lesquels au moins un autre opérateur exploite d'ores et déjà un site à des fins commerciales.

La formation RDPI de l'Arcep a, en conséquence, transmis la notification des griefs du 27 avril 2016 et le dossier d'instruction à la formation restreinte de l'Autorité.

2 Observations de la société Orange

Il ressort des observations écrites et orales formulées par la société Orange, à la suite de la notification des griefs, les éléments suivants.

2.1 Sur la couverture du centre-bourg des communes concernées par la notification des griefs

2.1.1 Sur la couverture du centre bourg de la commune de Guivry

La société Orange soutient dans ses observations écrites du 23 juin 2016 que la commune de Guivry étant « *couverte en 3G Ran sharing depuis le 23 septembre 2015* », une application de l'article 52-3 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 implique que « *cette commune doit être réputée comme couverte bien avant l'échéance de la mise en demeure* ».

Elle déclare en tout état de cause que « *le site couvrant cette commune en 2G a été ouvert le 9 mai 2016 (cf courrier d'Orange du 12 mai 2016 (...))* ».

2.1.2 Sur la couverture du centre-bourg des communes au jour de l'audition

La société déclare couvrir depuis le 9 mai 2016 le centre-bourg des 8 communes listées en annexe A de la mise en demeure du 22 juillet 2015.

Dans ses observations du 23 juin 2016, la société en conclut que l'Autorité « *ne pourra que constater qu'à date, le centre-bourg de l'ensemble des communes visées par la notification de griefs est couvert par le service 2G d'Orange* ».

Elle fournit à l'appui de ces éléments les procès-verbaux des audits de couverture de ces communes.

L'état des lieux de la couverture par les services 2G de la société Orange des centres-bourgs des communes listées en annexe A de la mise en demeure, tel que la société l'a déclaré dans ses observations du 23 juin 2016, est retranscrit en annexe de la présente décision.

2.1.3 Sur la possibilité d'une sanction concernant le centre-bourg des communes couvertes au jour de l'audition

La société Orange soutient dans ses observations écrites du 23 juin 2016 que le pouvoir de sanction de l'Autorité « *s'apprécie au regard de la persistance du manquement dans le temps* », c'est-à-dire que « *l'Arcep peut sanctionner les manquements qu'elle constate le jour du délibéré* », mais que « *si*

les manquements ont cessé le jour du délibéré, alors l'Arcep doit intégrer ce fait dans l'analyse des manquements et ne pas prononcer de sanction ».

La société Orange cite en particulier une décision du Conseil d'Etat du 4 juillet 2012, *AFORST*, estimant que le Conseil d'Etat a pour position que « *si les manquements cessent après la mise en demeure, l'Arcep ne peut que mettre un terme à la procédure de sanction (...)* ». Elle estime que cette « *analyse du pouvoir de l'Arcep est très logiquement corroborée par la pratique décisionnelle de l'Arcep qui prend en compte si le retard éventuel suite à la mise en demeure est corrélé à une volonté délibérée de l'opérateur et persiste* ». La société relève, à l'appui de son analyse, plusieurs décisions de l'Arcep, pour la plupart prononçant un non-lieu à sanctionner.

La société a repris ces points lors de l'audition du 11 juillet 2016, soulignant l'absence d'automaticité dans la sanction que la formation restreinte serait susceptible de prononcer.

2.2 Sur les justifications des retards de couverture

Dans ses observations du 23 juin 2016, la société soutient, s'agissant des 5 communes de l'annexe A de la mise en demeure dont elle ne couvrait pas les centres-bourgs en 2G au 1^{er} janvier 2016, qu'elle « *ne peut être tenue pour responsable des retards compte tenu du fait qu'elle a subi des contraintes externes combinées à des difficultés de production* ». Elle précise, pour chacune des 5 communes concernées, les éléments suivants :

- sur la commune de Saint-Martin-du-Puy, la société évoque un « *retard initial de plus de 3 mois* » du Conseil général de la Gironde pour la « *remise du document d'ouvrage exécuté (DOE)* », ainsi qu'une livraison tardive par un équipementier d'une carte de gestion ;
- sur les communes de Baume Les Messieurs et de Blois-sur-Seille, la société mentionne des « *difficultés pour le raccordement électrique de ces sites* », ERDF ayant livré le raccordement « *avec un retard d'un mois par rapport à son propre délai prévisionnel d'exécution* » ;
- sur la commune de Révillon, la société affirme que « *la commande de cette liaison louée FH (le 09/09/2015) a conduit à un retard dans la livraison et la mise en œuvre technique* », et invoque une « *erreur de paramétrage* » lors de la mise en service de la liaison louée ;
- sur la commune de Guivry, la société Orange indique avoir « *été confrontée à des difficultés inhabituelles particulièrement lourdes* », tenant notamment à la « *complexité des travaux de génie civil pour effectuer le raccordement de la Liaison Louée* ».

Lors de l'audition du 11 juillet 2016, la société Orange a fait valoir que le programme zones blanches est intrinsèquement un programme compliqué et que les communes concernées par la présente procédure étaient les « *cas résiduels* » de ce programme. La société a souligné que la plupart des centres-bourgs ont été couverts quelques semaines après l'échéance.

2.3 Sur la proportionnalité d'une éventuelle sanction

2.3.1 Sur le plafond de sanction pertinent

Dans ses observations du 23 juin 2016, la société considère que « *le niveau théorique de sanction de 200 000 € présenté dans la décision de notification de grief n'apparaît pas pouvoir être retenu* ».

Après avoir dressé un tableau indiquant la population et la superficie des 5 communes non couvertes au 1^{er} janvier 2016, ainsi que le montant maximal de sanction selon les plafonds définis par l'article L. 36-11 du CPCE en termes d'habitants et de surface non couverts, ainsi que de nombre de sites non ouverts, elle affirme que retenir ce dernier plafond « *pour des communes ayant un très faible nombre d'habitants, n'apparaît pas répondre à ce critère de proportionnalité* ».

Elle estime ainsi que « *la base de calcul maximale de la sanction devrait reposer uniquement sur une base de calcul rapportée au nombre d'habitants* », établi à partir des « *informations disponibles sur le site de l'INSEE* ».

2.3.2 Sur l'impact d'une sanction sur l'activité internationale de la société

La société Orange souligne, dans ses observations du 23 juin 2016, qu'elle « *participe à des appels à candidatures pour des fréquences dans de nombreux pays dans lesquels elle doit attester de sa crédibilité* » et que, à cet égard, une sanction aurait « *un effet particulièrement grave puisqu'elle pourrait conduire à pénaliser son accessibilité aux dites fréquences* ».

Lors de l'audition du 11 juillet 2016, la société a précisé que même une sanction symbolique aurait de telles conséquences. Elle développe dans ses observations du 18 juillet 2016 le cas de la procédure d'attribution de fréquences en Birmanie en 2013, indiquant qu'une des conditions de complétude du dossier de candidature est de fournir une « *déclaration de conformité* » par laquelle une autorité de régulation certifie l'absence notamment de sanction à l'encontre de l'opérateur durant les cinq années précédant la procédure. La société évoque également le cas de la procédure menée au Liban en 2015, dont les règles de procédure requièrent notamment qu'un candidat soit « *en règle* » (« *in a good standing* ») avec les autorités de régulation et ne pas s'être vu retirer une licence mobile.

2.3.3 Sur la sanction proposée par la formation RDPI

Lors de l'audition du 11 juillet 2016, le représentant de la formation RDPI a souligné le caractère exemplaire que devrait avoir la sanction, en raison de l'importance de la question de la couverture des zones rurales en services mobiles, et a proposé une sanction financière d'un montant de 200 000 euros, équivalent au plafond de 40 000 euros par site non ouvert pour les 5 sites nécessaires à la couverture des 5 communes non couvertes par la société au 1^{er} janvier 2016. Elle a également proposé que cette décision soit rendue publique.

La société a répondu lors de l'audition qu'une telle sanction équivaldrait à ne faire aucune différence entre un opérateur qui chercherait à échapper à ses obligations et un opérateur tel que la société Orange qui ferait d'importants efforts afin de satisfaire ses obligations, mais également qui aurait montré durant des années sa volonté à assurer la meilleure couverture possible du territoire en matière de couverture mobile.

2.4 Eléments prospectifs

La société souligne dans ses observations du 23 juin 2016 « *l'absence d'indice qu'Orange pourrait dans l'avenir et postérieurement au délibéré ne pas respecter ses obligations de couverture* ». Elle affirme être en mesure de couvrir « *dès cet été* » plusieurs des 6 communes de l'annexe B, pour lesquelles la société Orange est chef de file et qu'elle doit couvrir d'ici le 1^{er} janvier 2017.

Lors de l'audition du 11 juillet 2016, la société a produit un tableau indiquant les dates de couverture de 4 communes⁴ et des dates prévisionnelles pour les 2 autres communes de l'annexe B à la mise en demeure. Elle a transmis avec ses observations complémentaires du 18 juillet 2016 les procès-verbaux attestant de la couverture de ces 4 communes, ainsi qu'un état des lieux de l'avancement pour les 2 autres.

⁴ Arsans, Bourguignon-les-Morey, Lucheux, Molay

3 Analyse

3.1 Sur le non-respect des obligations prévues par la première échéance de la mise en demeure

3.1.1 Sur le champ des obligations de la société Orange

La formation restreinte considère que la commune de Guivry ne peut, contrairement à ce qu'affirme la société Orange dans ses observations du 23 juin 2016, « être réputée comme couverte bien avant l'échéance de la mise en demeure » du fait de sa couverture en 3G, en application des dispositions de l'article 52-3 de la loi n° 2004-575 de confiance dans l'économie numérique, qui a été créé par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

En effet, le mécanisme défini par l'article 52-3 de la loi n° 2004-575⁵ renvoie notamment à l'article 52-2 de la même loi, lequel s'applique aux « zones résiduelles » du programme « zones blanches »⁶. Il ressort des dispositions de l'article 52-2 que ces « zones résiduelles » sont celles qui, au jour de l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, n'étaient couvertes en service 2G par aucun opérateur, ou pour lesquelles aucune infrastructure n'avait été mise à disposition par une collectivité territoriale.

Or, il résulte de l'instruction que la commune de Guivry est couverte en 2G par un autre opérateur au moins depuis le 31 août 2014. Elle ne peut dès lors pas être qualifiée de « zone résiduelle » au sens de l'article 52-2 de la loi n° 2004-575.

En conséquence, les éléments invoqués par la société ne permettent pas de remettre en cause son obligation de couverture en service mobile 2G de la commune de Guivry au 1^{er} janvier 2016.

3.1.2 Sur la couverture du centre-bourg des communes au 1^{er} janvier 2016

Il ressort des pièces du dossier, et en particulier du courrier de la société en date du 5 février 2016 que la société Orange ne couvrait en 2G, au 1^{er} janvier 2016, les centres-bourgs que de 3 des 8 communes listées en annexe A de la décision n° 2015-0936-RDPI.

La société Orange a donc manqué aux obligations prévues par la première échéance de la mise en demeure du 22 juillet 2015.

La circonstance que la société fasse état au 23 juin 2016 de la couverture de l'ensemble des centres bourgs des communes concernées par l'échéance du 1^{er} janvier 2016 de la mise en demeure (comme indiqué en annexe) constitue certes une manifestation du souci de satisfaire enfin à ses obligations, mais n'est pas de nature à remettre en cause le constat de ses manquements à la date du 1^{er} janvier 2016.

⁵ Aux termes de cet article : « Lorsque l'une des zones mentionnées aux articles 52-1 et 52-2 est couverte en services de téléphonie mobile de troisième génération, elle est réputée couverte au sens de ces mêmes articles. »

⁶ L'article 52-1 de la loi n° 2004-575 modifiée porte, quant à lui, sur les communes nouvellement identifiées par arrêté ministériel en application de la loi n° 2015-990.

3.2 Sur les justifications avancées par la société

La formation restreinte relève tout d'abord que le programme « zones blanches » a été engagé en 2003 et que les échéances fixées pour couvrir ces zones au titre de l'autorisation 2G d'Orange ont expiré depuis plusieurs années.

Ensuite, par la mise en demeure du 22 juillet 2015, la société Orange devait couvrir au 1^{er} janvier 2016 les centres-bourgs dans lesquels des sites avaient déjà été déployés par un autre opérateur, qui y était déjà installé (à savoir les 8 communes listées en annexe A). Compte tenu des infrastructures déjà déployées, et du délai dont la société a déjà disposé en vertu des dispositions précitées (partie 1.1), la formation restreinte relève que l'échéance ainsi fixée à la société Orange pour couvrir ces 8 centres bourgs était réaliste. Il ressort des pièces du dossier qu'un autre opérateur 2G a d'ailleurs respecté cette échéance du 1^{er} janvier 2016, fixée dans la mise en demeure prononcée à son encontre⁷.

Enfin, les justifications invoquées par la société pour expliquer les retards pris dans la couverture des centres-bourgs concernés, qui seraient dus aux différents acteurs impliqués (collectivités, gestionnaire du réseau de distribution électrique, etc.), ne sauraient exonérer la société de ses obligations. Responsable du bon déroulement de ses déploiements, la société devait s'attacher à prendre les mesures nécessaires pour anticiper les conséquences de tels retards pouvant survenir dans le cadre de travaux de cette nature.

Plus particulièrement, la formation restreinte relève que, pour les communes de Baume les Messieurs et Blois-sur-Seille, le dépassement par la société ERDF de l'« *échancier prévisionnel de réalisation des travaux* » de six semaines indiqué dans les devis ne saurait suffire à justifier le retard de la société Orange. Par ailleurs, le choix fait par la société Orange pour la commune de Guivry d'une solution de raccordement filaire entraînant des travaux de génie civil lourds et repoussant la mise en service du site jusqu'au mois de mai ne saurait justifier le retard pris dans la couverture en 2G du centre-bourg de cette commune.

3.3 Sur la gravité du manquement

Contrairement à ce que la société Orange soutient, la circonstance que la société ait à ce jour couvert l'ensemble des centres-bourgs des communes listées à l'annexe A de la décision de mise en demeure ne fait pas obstacle à ce qu'une sanction soit prononcée à son encontre dès lors que, comme il a été précédemment indiqué, le manquement à l'échéance de la mise en demeure est avéré.

Or, la couverture en service mobile 2G des « zones blanches » revêt une importance majeure pour les citoyens. En effet, le plan d'extension de la couverture du territoire par les réseaux de téléphonie mobile de deuxième génération dans ces zones vise à assurer aux populations résidant dans les centres-bourgs des communes rurales isolées l'accès à un service de téléphonie mobile de base en veillant à ce qu'aucun centre-bourg ne soit laissé de côté. Les difficultés d'accès et l'isolement de ces communes rendent d'autant plus importante leur couverture, en particulier en termes de développement économique, de solidarité sociale, voire de santé ou d'urgence vitale en cas d'accident ou de problème médical. Le manquement de la société à ses obligations de couverture des centres-bourgs des communes du programme « zones blanches » nuit donc de manière grave et

⁷ Voir le communiqué de presse de l'Autorité en date du 19 mai 2016, *L'Arcep publie aujourd'hui la mise à jour de son observatoire des déploiements mobiles en zones peu denses*, à l'adresse : [http://arcep.fr/index.php?id=8571&no_cache=1&tx_gsactualite_pi1\[uid\]=1858&tx_gsactualite_pi1\[annee\]=2016&tx_gsactualite_pi1\[theme\]=0&tx_gsactualite_pi1\[motscle\]=&tx_gsactualite_pi1\[backID\]=2122&cHash=ad3dd5c9156ab6f84609350525b097b4](http://arcep.fr/index.php?id=8571&no_cache=1&tx_gsactualite_pi1[uid]=1858&tx_gsactualite_pi1[annee]=2016&tx_gsactualite_pi1[theme]=0&tx_gsactualite_pi1[motscle]=&tx_gsactualite_pi1[backID]=2122&cHash=ad3dd5c9156ab6f84609350525b097b4)

certaine à la réalisation de l'objectif d'« *aménagement et [d]intérêt des territoires* »⁸ auquel l'Autorité a pour mission de veiller.

3.4 Sur la proportionnalité d'une sanction

3.4.1 Sur les effets d'une sanction sur les candidatures de la société à des procédures d'attribution de fréquences

La formation restreinte observe que l'argument de la société Orange aboutirait à ce qu'aucune sanction ne soit prononcée contre les opérateurs qui participent à des appels à candidatures dans d'autres pays. Ainsi que l'a souligné le représentant de la formation RDPI lors de l'audience, une telle exemption de toute sanction au bénéfice de ces opérateurs ne peut être raisonnablement soutenue ; elle remettrait en cause le pouvoir de sanction confié à l'Autorité par le législateur au titre de l'article L. 36-11 du CPCE.

3.4.2 Sur la détermination du plafond d'une sanction pécuniaire

La formation restreinte considère que, contrairement à ce que soutient la société, le plafond d'une éventuelle sanction pécuniaire, tel que défini par l'article L. 36-11 du CPCE, doit en l'espèce être calculé en nombre de sites non ouverts, et non en nombre d'habitants non couverts.

En effet, les dispositions précitées du CPCE ne définissent pas des plafonds cumulatifs dont la formation restreinte devrait choisir celui qui aboutirait à la sanction la plus faible, mais des plafonds alternatifs, dont elle choisit celui qui est approprié aux manquements dont elle est saisie.

Or, d'une part, le financement du programme de couverture des centres-bourgs des communes « zones blanches », qu'il s'agisse des sites « phase I » ou « phase II », est défini en fonction du nombre de sites nécessaires pour couvrir ces centres-bourgs et non du nombre d'habitants de chaque centre-bourg. Les opérateurs concernés ont eux-mêmes défini le nombre de sites nécessaires à la couverture des centres-bourgs des communes du programme « zones blanches ».

D'autre part, le recours au plafond en nombre d'habitants non couverts n'est pas approprié, compte tenu de l'absence de données sur le nombre d'habitants dans les seuls centres-bourgs des communes concernées. C'est à cet égard de manière incohérente que la société Orange soutient dans ses observations du 23 juin 2016, d'une part, que devraient être utilisées les « *informations disponibles sur le site de l'INSEE [qui] permettent de connaître le nombre d'habitants de chacune de ces communes* », et, d'autre part, que « *L'obligation concernée par le manquement vise à couvrir ici non pas la totalité de la commune mais seulement son centre-bourg* ».

En tout état de cause, il ne s'agit pas, contrairement à ce que soutient la société, d'une « *méthodologie forfaitaire* », mais d'un montant maximal par site non ouvert. La formation restreinte détermine dans ces limites le montant proportionné d'une éventuelle sanction pécuniaire.

A cet égard, la formation restreinte prend acte et tient compte, dans la présente décision, des efforts engagés par la société depuis le 1^{er} janvier 2016 afin d'assurer la couverture par son service 2G des 5 centres-bourgs manquants à cette date, en particulier du fait que le retard ait été limité à trois semaines pour 3 de ces centres-bourgs.

⁸ Point 4° du II de l'article L. 32-1 du CPCE

4 Conclusion

La formation restreinte de l'Autorité considère, au vu des faits et des motifs exposés ci-avant, qu'il y a lieu de sanctionner la société Orange pour avoir manqué, à la date du 1^{er} janvier 2016, à l'obligation définie par la première échéance de la mise en demeure du 22 juillet 2015, d'assurer la fourniture d'un service 2G couvrant les centres-bourgs des communes, listées en annexe A de la décision n° 2015-0936-RDPI, pour lesquels au moins un autre opérateur exploitait d'ores et déjà un site à des fins commerciales.

Aux termes du III de l'article L. 36-11 du CPCE : « (...) La formation restreinte peut prononcer à l'encontre de l'exploitant de réseau, du fournisseur de services ou du gestionnaire d'infrastructure d'accueil en cause une des sanctions suivantes : (...) - une sanction pécuniaire dont le montant est proportionné à la gravité du manquement apprécié notamment au regard du nombre d'habitants ou de kilomètres carrés non couverts ou de sites non couverts, sans pouvoir excéder un plafond fixé à 65 € par habitant non couvert ou 1 500 € par kilomètre carré non couvert ou 40 000 € par site non ouvert lorsque la personne en cause ne s'est pas conformée à une mise en demeure portant sur le respect d'obligations de couverture de la population prévues par l'autorisation d'utilisation de fréquences qui lui a été attribuée (...) ».

Compte tenu de la nature des obligations de couverture concernées en l'espèce, et comme indiqué précédemment, il convient d'apprécier le montant de la sanction pécuniaire au regard du nombre de sites non ouverts par la société, dans la limite de 40 000 € par site.

De plus, aux termes du VI du même article : « Les décisions de la formation restreinte sont motivées et notifiées à l'intéressé. Elles peuvent être rendues publiques dans les publications, journaux ou services de communication au public par voie électronique choisis par la formation restreinte, dans un format et pour une durée proportionnés à la sanction infligée (...) ».

En l'espèce, la société Orange a été autorisée en 2006 à utiliser de manière privative, pour une durée de 15 ans, une partie du domaine public hertzien de l'Etat en contrepartie de certaines obligations, notamment de couverture des « zones blanches » dont le programme a été engagé en 2003.

En juillet 2015, la société Orange n'avait pas pris les mesures lui permettant d'assurer la couverture par ses services 2G de l'ensemble des centres-bourgs concernés par son obligation, ce qui a conduit la formation RDPI à prononcer la mise en demeure susvisée.

A la première échéance de la mise en demeure, fixée au 1^{er} janvier 2016, la société Orange ne déclarait couvrir en 2G que 3 des 8 centres-bourgs qu'elle devait couvrir à cette date. Ce n'est que le 9 mai 2016, soit plus de quatre mois après cette première échéance, que la société a fait état de la couverture en 2G de la totalité des communes concernées.

Or les différents arguments soulevés par la société pour justifier de ce retard pris dans la couverture des centres-bourgs des communes concernées ne sont pas suffisamment étayés ou probants pour lui permettre de s'exonérer de ses obligations.

Néanmoins, dans la fixation d'une sanction pécuniaire proportionnée à la gravité du manquement commis, il sera tenu compte du délai dans lequel la société a déployé chacun des 5 sites nécessaires pour couvrir les 5 centres-bourgs manquants au 1^{er} janvier 2016, dont la liste est annexée à la présente décision.

Il résulte de ce qui précède, en particulier de la gravité de ces manquements et de ses conséquences dommageables pour la bonne utilisation du domaine public hertzien, l'aménagement numérique et l'intérêt des territoires, qu'il y a lieu de prononcer une sanction pécuniaire de 27 000 euros à l'encontre de la société Orange.

En outre, eu égard aux exigences d'intérêt général qui s'attachent à ce que la présente décision soit rendue publique, la formation restreinte décide de publier, sous réserve des éléments relevant du

secret des affaires, la présente décision, d'une part, pendant un mois, sur la page d'accueil du site internet de l'Autorité et, d'autre part, dans la base de données des décisions publiées par l'Autorité, accessible sur son site internet.

Décide :

- Article 1.** Une sanction pécuniaire de 27 000 euros est prononcée à l'encontre de la société Orange.
- Article 2.** La présente décision sera publiée, sous réserve des éléments relevant du secret des affaires, pendant un mois sur la page d'accueil du site internet de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et intégrée dans la base de données des décisions publiées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, accessible sur son site internet.
- Article 3.** La présente décision sera notifiée à la société Orange.

Fait à Paris, le 28 juillet 2016,

Le président de la formation restreinte

Pierre-Jean Benghozi

Annexe de la décision n° 2016-1015-FR

Communes listées en annexe A de la décision n° 2015-0936-RDPI

Etat des lieux au 18 juillet 2016 sur le fondement des déclarations de la société Orange

Code INSEE	Commune	Date de fourniture d'un service 2G par l'opérateur
02229	COURTRISY ET FUSIGNY	<i>Avant le 1^{er} janvier 2016</i>
02362	GUIVRY	Mai 2016
02646	REVILLON	Février 2016
15076	GLENAT	<i>Avant le 1^{er} janvier 2016</i>
33446	SAINT-MARTIN-DU-PUY	Janvier 2016
39041	BAUME LES MESSIEURS	Janvier 2016
39057	BLOIS-SUR-SEILLE	Janvier 2016
60287	GRANDRU	<i>Avant le 1^{er} janvier 2016</i>