



**Avis n° 12-A-02 du 17 janvier 2012
relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du
développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat
concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en
matière de déploiement des réseaux à très haut débit**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente) ;

Vu la lettre enregistrée le 8 septembre 2011 sous le numéro 11/0084 A, par laquelle la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 19 décembre 2011 ;

Les représentants de l'AVICCA, du Conseil régional d'Auvergne, du Syndicat mixte Ardèche Drôme Numérique, d'Alliance TICS, de la société France Télécom, du commissariat général à l'investissement et de l'ARCEP entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Le représentant de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat ayant été régulièrement convoqué ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par lettre en date du 8 septembre 2011 enregistrée sous le numéro 11/0084 A, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat a sollicité, sur le fondement de l'article L. 461-5 du code de commerce, l'avis de l'Autorité de la concurrence sur les questions de concurrence que soulève l'intervention des collectivités territoriales dans le déploiement de la fibre optique.
2. Cette demande d'avis se situe dans le contexte du programme national « très haut débit » (PNTHD), lancé par le Gouvernement pour favoriser le déploiement du très haut débit, notamment en fibre optique, sur l'ensemble du territoire. A la demande du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre chargé de l'industrie, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis n° [10-A-07](#) du 17 mars 2010 sur le PNTHD.
3. Dans sa saisine, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat s'interroge sur la possibilité pour les collectivités d'intervenir dans le déploiement de la fibre optique au travers de « projets intégrés » couvrant à la fois des zones rentables et non rentables, en vue d'établir une péréquation.
4. Après avoir présenté le contexte de la demande d'avis la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat (I), l'Autorité de la concurrence examinera le régime applicable en matière d'aides d'État et son application possible aux projets intégrés (II). Le présent avis sera également l'occasion pour l'Autorité de se pencher sur les enjeux concurrentiels entourant l'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit et de formuler des recommandations à ce sujet (III).

I. Présentation

5. En France, la paire de cuivre du réseau téléphonique de France Télécom est le principal réseau de boucle locale (dernier maillon du réseau jusqu'à l'abonné) utilisé pour la fourniture de services d'accès à Internet haut débit par le biais de la technologie DSL. Au 30 septembre 2011, 22,4 millions de foyers ou entreprises étaient abonnés à Internet à haut débit, dont plus de 20 millions avec la technologie DSL¹.
6. Depuis quelques années, plusieurs opérateurs français investissent dans de nouveaux réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH pour *fibre to the home*), qui permettent de dépasser les limites physiques de la paire de cuivre et de fournir des services d'accès à Internet à des débits très élevés (de l'ordre de 100 Mb/s). Au 30 septembre 2011, la France comptait 175 000 abonnements au très haut débit par un réseau FTTH.
7. La fibre optique est déjà largement et couramment utilisée dans les réseaux de transport et de collecte ainsi que dans certaines boucles locales dédiées à des entreprises ou à des zones d'activités économiques. Mais le déploiement de la fibre optique auprès de l'ensemble des foyers et entreprises françaises constitue un chantier d'une ampleur considérable, dont le coût total (incluant les raccordements finaux) est estimé à une trentaine de milliards d'euros.

¹ ARCEP, observatoire trimestriel des marchés de détail des communications électroniques (services fixes haut et très haut débit) en France.

A. LA REGULATION SECTORIELLE

8. Le cadre législatif et réglementaire mis en place pour le déploiement de la fibre comporte plusieurs volets. En premier lieu, en vertu de sa compétence de régulation *ex ante*, le régulateur sectoriel, l'ARCEP, a imposé dès 2008 des mesures de régulation « asymétriques », c'est-à-dire portant uniquement sur l'opérateur historique, France Télécom, et obligeant ce dernier à donner accès à ses fourreaux de génie civil. Ces infrastructures, essentiellement installées lors du déploiement des réseaux du téléphone et du câble, ne sont que partiellement occupées. L'objectif de cette régulation est de permettre à l'ensemble des opérateurs d'y déployer de la fibre optique². Elle a plus récemment été élargie aux poteaux afin de permettre le déploiement de la fibre optique en aérien³.
9. En deuxième lieu, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a instauré des mesures pour faciliter le déploiement de la fibre dans les immeubles et permettre aux habitants de choisir leur fournisseur de services très haut débit sans être captifs de l'opérateur ayant installé la fibre dans l'immeuble (ci-après « l'opérateur d'immeuble »). A cette fin, la loi a instauré un principe de « mutualisation », entre opérateurs, instaurant un partage de la fibre installée dans les immeubles et à proximité, et confié à l'ARCEP une nouvelle compétence de régulation « symétrique », c'est-à-dire s'appliquant à l'ensemble des opérateurs, pour mettre en œuvre et faire respecter ce principe.
10. En application de ces dispositions, l'ARCEP a adopté plusieurs décisions réglementaires⁴, qui définissent un cadre différencié sur le territoire en fonction de la densité de population. Le régulateur identifie tout d'abord des zones très denses correspondant à une liste de 148 communes⁵, qui sont définies comme les communes à forte concentration de population, pour lesquelles, sur une partie significative de leur territoire, il est économiquement viable pour plusieurs opérateurs de déployer leurs propres infrastructures, en l'occurrence leur réseau de fibre optique, au plus près des logements. Dans ces zones très denses, l'accès à la fibre de l'immeuble se fait en un « point de mutualisation », qui est généralement situé au pied de celui-ci ou à proximité immédiate, chaque opérateur étant supposé pouvoir déployer un réseau en fibre optique horizontal dans les rues, en s'appuyant notamment sur les infrastructures de génie civil de France Télécom.

² Décision n° 2008-0835 du 24 juillet 2008 de l'ARCEP portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché.

³ Décision n° 2011-0668 en date du 14 juin 2011 portant sur la définition du marché de gros pertinent des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché.

⁴ Décision n° 2009-1106 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.

Décision n° 2010-1312 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes 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.

⁵ Annexe I de 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 code des postes et des communications électroniques, 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.

11. En dehors de ces zones très denses, la boucle locale en fibre optique constitue en principe un monopole naturel. C'est pourquoi la régulation mise en place par l'ARCEP dans ces zones organise le déploiement d'un réseau qui a vocation à être utilisé par tous les opérateurs sur une zone donnée, en encadrant son architecture technique, en posant les conditions nécessaires à la coordination entre les déploiements des opérateurs et en favorisant la participation du plus grand nombre d'opérateurs au financement du réseau. La régulation mise en place prévoit ainsi que parmi les modalités de l'accès à son réseau, l'opérateur d'immeuble doit proposer au niveau du point de mutualisation, outre une offre de location à la ligne, un droit d'usage pérenne et amortissable sur les lignes reliées à ce point. Cette dernière forme d'accès doit permettre une forme de co-investissement avec l'opérateur client, au moment du déploiement initial (*ab initio*) mais également plus tard (*a posteriori*). France Télécom a été la première à publier son offre⁶, permettant ainsi la conclusion d'accords de cofinancement, notamment avec Iliad, le 21 juillet 2011 ou plus récemment avec SFR.

B. L'INTERVENTION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EN MATIÈRE D'AMÉNAGEMENT NUMÉRIQUE DES TERRITOIRES

12. Depuis la loi du 10 juillet 2004, codifiée à l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les collectivités peuvent établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques. L'action des collectivités doit se faire, d'une part, dans le respect le principe d'égalité et de libre concurrence et, d'autre part, en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, qui sont les réseaux physiques construits par les collectivités. L'intervention des collectivités se fait prioritairement au niveau des infrastructures et du marché de gros sur lequel les clients sont les opérateurs privés actifs sur le marché de détail. Cette disposition ne permet aux collectivités de fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'à la condition d'avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées.
13. Depuis la mise en œuvre de cette disposition législative, l'action des collectivités en tant qu'opérateur s'est largement diffusée et mise en œuvre. Les collectivités ont participé au développement du haut débit en France en accélérant et en approfondissant le dégroupage de la boucle locale cuivre par les opérateurs alternatifs, à travers le déploiement de réseaux de collecte en fibre optique permettant de s'affranchir de ceux de l'opérateur historique. Elles ont aussi contribué à raccorder des zones d'activité pour fournir aux entreprises locales des services de capacité plus compétitifs, ainsi qu'à couvrir les zones blanches du haut débit en utilisant différentes technologies, filaires ou hertziennes.
14. La loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique a complété le cadre issu de la loi de 2004. La loi a d'abord mis en place des schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique (SDTAN). Elaborés à l'initiative des collectivités territoriales, ils doivent donner une vision de la couverture du territoire en réseaux de nouvelle génération à l'échelle d'un département ou d'une région. Les SDTAN s'articulent avec les stratégies de cohérence régionale d'aménagement numérique (SCORAN) mises en œuvre par les préfets de région, en application de la circulaire du Premier ministre du 31 juillet 2009, et qui permettent de partager une politique en matière

⁶ Offre d'accès en dehors de la zone très dense à la partie terminale des lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique de France Télécom : http://www.orange.com/fr_FR/reseaux/documentation/att00016987/Offre_cablage_FTTH_du_26092011.pdf

d'aménagement numérique entre l'ensemble des collectivités et les services déconcentrés de l'État sur le territoire d'une région.

15. La loi du 17 décembre 2009 a également créé un fonds d'aménagement numérique des territoires (FANT), qui doit contribuer au financement des travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique.
16. De nombreuses collectivités territoriales ont entamé des projets de déploiement de réseaux à très haut débit, à des degrés d'avancement très divers. Ces interventions publiques revêtent des formes juridiques variées : régie (ex : Pays Chartrain), contrat de partenariat public privé (ex : Région Auvergne), délégation de service public (ex : communauté d'agglomération de Seine-Essonne, département des Hauts-de-Seine). L'ARCEP recense, fin novembre 2011, 31 projets FTTH lancés par les collectivités représentant plus de 1,5 million de prises.

C. LE PROGRAMME NATIONAL TRES HAUT DÉBIT (PNTHD)

Le dispositif du PNTHD

17. Le Président de la République a fixé pour objectif de couvrir 70 % de la population en très haut débit d'ici 2020 et 100 % d'ici 2025⁷. Pour répondre à cet objectif, le Gouvernement a lancé, en juin 2010, le PNTHD. Le démarrage de ce programme est financé, dans le cadre du programme d'Investissements d'avenir (Grand emprunt), par le fonds national pour la société numérique (FSN), qui préfigure en quelque sorte le FANT⁸.
18. Le programme national est articulé autour de deux phases : une première phase de lancement, qui a été menée entre août 2010 et septembre 2011, et une phase de mise en œuvre engagée en juillet 2011. La première phase, (juillet 2010-février 2011), a amené le Gouvernement à solliciter les opérateurs dans le cadre d'un appel à manifestation d'intention d'investissement (AMII) visant à recenser les projets de déploiement à 5 ans de réseaux FTTH des opérateurs en dehors des zones très denses et ne nécessitant pas de subventions publiques. En réponse à cet appel, 6 opérateurs - France Télécom, SFR, Iliad, Covage, Alsatis et Ezylla - ont manifesté leur intention d'engager des déploiements sur un total de plus de 3 400 communes (« la zone AMII »).
19. Certains de ces projets de déploiement se recoupant, les sociétés France Télécom et SFR ont annoncé le 15 novembre 2011 avoir conclu un accord pour le déploiement de la fibre optique au-delà des zones très denses⁹. Cet accord a été précédé d'un échange entre le Commissaire général à l'investissement (CGI), en charge du programme d'investissements d'avenir, et le président de l'Autorité de la concurrence, afin d'assurer que les conditions de coordination des opérateurs respectent les règles de concurrence.
20. La première phase du PNTHD prévoyait également la mise en œuvre de projets pilotes FTTH, associant les collectivités locales et des opérateurs afin de permettre le déploiement

⁷ Discours de clôture des Assises des territoires ruraux, 9 février 2010.

⁸ Afin de préparer ce déploiement, le Gouvernement a décidé à l'occasion du Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire (CIADT) du 11 mai 2010 que le FANT serait amorcé grâce à une partie des fonds – 2 milliards d'euros – du programme d'Investissements d'avenir dédiés au déploiement des infrastructures numériques hors zones très denses.

⁹ http://www.orange.com/fr_FR/presse/communiqués/cp111115fr.jsp

rapide, à titre expérimental, de réseaux d'envergure géographique limitée en dehors des zones très denses. Six projets ont été sélectionnés (Issoire, Chevry-Cossigny, Aumont-Aubrac, Sallanches, Saint-Lô et Mareuil) et ont permis de dégager un certain nombre de bonnes pratiques publiées dans un recueil le 12 décembre 2011 par les services du CGI¹⁰.

21. La seconde phase du PNTHD, relative à la mise en œuvre du programme, comporte trois volets :
 - un volet « investissements privés » (anciennement « volet A »), abondé de 1 milliard d'euros et destiné à renforcer la capacité d'investissement des opérateurs, sous forme de prêts pour les initiatives ayant fait l'objet d'une manifestation d'intentions d'investir ;
 - un volet « réseaux d'initiative publique » (anciennement « volet B ») concernant les projets de collectivités territoriales, lancé au mois de juillet 2011 et doté de 900 millions d'euros ;
 - un volet de soutien à un projet de recherche et développement de technologies satellitaires de nouvelle génération dédiées à l'accès Internet très haut débit (anciennement « volet C »), doté de 100 millions d'euros.
22. Les projets de collectivités souhaitant bénéficier d'une aide doivent répondre à un ensemble de critères définis dans le cahier des charges de l'appel à projets PNTHD dédié aux réseaux d'initiatives publiques¹¹. La demande de subvention doit notamment porter sur des territoires n'ayant pas fait l'objet de manifestations d'intention d'investir de la part des opérateurs¹².
23. La circulaire du Premier ministre du 16 août 2011 prévoit à cet égard la création d'une commission consultative régionale pour l'aménagement numérique du territoire (CCRANT) associant les collectivités, les services de l'État et les opérateurs. Elle a pour objet de permettre aux opérateurs de communications électroniques de confirmer et de préciser aux collectivités les intentions de déploiement communiquées dans le cadre de la mise en œuvre du PNTHD et aux collectivités de vérifier la cohérence et la crédibilité de ces engagements.

Les débats autour du PNTHD

24. Le rapport d'information de M. Hervé Maurey pour le compte de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat sur la couverture numérique du territoire de juillet 2011 relève : *« l'esprit général du PNTHD est donc bien d'appuyer en priorité des initiatives privées et de chercher à éviter absolument la superposition de deux projets - l'un public, l'autre privé – sur une même portion de territoire. D'un point de vue financier, ne seront ainsi aidés que les projets de collectivités situés en-dehors des zones que les opérateurs s'engagent à couvrir, ou qu'ils n'auront pas couvertes dans les huit ans à dix ans au plus tard. Il n'y aura donc pas de financements*

¹⁰ <http://investissement-avenir.gouvernement.fr/content/bilan-des-projets-pilotes-de-fibre-optique-dans-les-zones-les-moins-denses-du-territoire-et->

¹¹ http://territoires.gouv.fr/sites/default/files/aap_pnthd_rip.pdf

¹² L'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 prévoit en effet que « (...) le fonds d'aménagement numérique des territoires peut attribuer, sur demande, des aides aux maîtres d'ouvrage des travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs d'aménagement numérique lorsque les maîtres d'ouvrage établissent [...] que le seul effort, y compris mutualisé, des opérateurs [...] ne suffira pas à déployer un réseau d'infrastructures de communications électroniques en très haut débit ».

pour les collectivités dans les zones où les opérateurs ont annoncé leur déploiement. Ceci constitue un réel problème pour les collectivités qui, soit obtiendront des aides publiques mais dans des zones très coûteuses à desservir, soit souhaiteront couvrir des zones rentables – en même temps que des zones non rentables, afin de réaliser une péréquation financière – mais seront alors privées de toute subvention »¹³.

25. Par ailleurs, sept collectivités et regroupements de collectivités ont publié en août 2011 un mémorandum et des propositions d'actions invitant à « *replacer les collectivités au cœur de l'aménagement numérique* »¹⁴. Le mémorandum préconise la reconnaissance d'un statut d'« *opérateur d'opérateurs* », celle d'un droit à la réalisation de projets intégrés « *qui associent dans un même déploiement des zones rentables et des zones non rentables* ». Le document propose d'imposer aux opérateurs, suite à leurs déclarations d'intention d'investissement en zone AMII, « *a minima les mêmes obligations* » que celles pesant sur les collectivités, ou encore de rendre le SDTAN « *obligatoire et opposable à l'ensemble des acteurs privés et publics* ».
26. Certaines de ces demandes ont été reprises dans une proposition de loi déposée par les sénateurs Hervé Maurey et Philippe Leroy, présentée le 17 novembre 2011 au Sénat et destinée « *à assurer un véritable "haut débit pour tous", à améliorer la mesure de couverture en téléphonie mobile et à rendre efficient le mode de déploiement choisi pour la couverture de notre territoire en très haut débit* ». L'Autorité tient à souligner qu'elle n'est pas saisie pour avis de cette proposition de loi. Mais elle en rappelle ci-après le contenu, qui éclaire le contexte de la demande d'avis reçue du Sénat.
27. La proposition de loi prévoit notamment :
 - de faire des SDTAN la base d'une contractualisation, sous l'autorité de l'Etat, entre les collectivités territoriales et les opérateurs, afin que ces derniers soient réellement liés par leur contenu et leurs propres engagements concernant la couverture en très haut débit (article 3) ;
 - de mettre en place un véritable haut débit pour tous en reconnaissant à toute personne un « droit au haut débit opposable » garanti par l'Etat, sur la base d'un débit symétrique de 2 Mbit/s en 2012 et 8 Mbit/s en 2015 (article 8) ;
 - de rendre la montée en débit sur tout type de réseaux éligible au FANT dans les cas où l'arrivée du très haut débit ne constitue pas une « porte de sortie par le haut » à court terme (article 9) ;
 - de permettre le financement public national des « projets intégrés » des collectivités, portant pour partie sur une zone non rentable, pour partie sur une zone rentable, à condition que ne soient subventionnées que les zones non rentables de ces projets (article 10) ;
 - d'ouvrir aux collectivités la possibilité de bénéficier du financement public national dans les zones que les opérateurs devaient couvrir dans les trois ans, selon les prévisions contractuelles découlant des SDTAN, en cas de carence établie par l'ARCEP à l'issue de ce délai (article n° 11) ;
 - de donner à l'ARCEP la compétence et les moyens de contrôler et sanctionner le respect des engagements pris par les opérateurs sur la base des SDTAN (article 12) ;

¹³ Rapport d'information fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat sur la couverture numérique du territoire, juillet 2011, p. 57.

¹⁴ <http://maitrisernotreamenagementnumerique.wordpress.com/>

- d'intégrer dans les SDTAN la date à laquelle aura lieu le basculement du premier type de réseau vers le second (article 13) ;
- de créer un statut d'opérateur d'opérateurs (article 14).

D. LA DEMANDE D'AVIS DU SÉNAT

28. Dans sa saisine, la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat rappelle le découpage du territoire en « trois zones – outre la zone très dense que l'initiative privée devrait normalement permettre de couvrir – dont les modalités de soutien public varient :

- une zone rentable pouvant faire l'objet d'un label assorti d'un soutien non subventionnel de l'État aux opérateurs (« volet A » du PNTHD) ;
- une zone a priori non rentable où les collectivités peuvent recevoir un soutien subventionnel de l'État (« volet B ») ;
- tout le reste du territoire, pouvant faire l'objet d'un soutien de l'État pour assurer une couverture systématique (« volet C ») ».

La saisine relève que « de nombreux parlementaires ont fait part de leurs inquiétudes sur les modalités retenues par le Gouvernement pour le déploiement du très haut débit en France dans le cadre de ce plan.

Les critiques se concentrent notamment sur les limites excessives imposées à l'intervention publique, les collectivités locales se voyant trop souvent opposer une interprétation extrêmement stricte des règles de la concurrence ».

La commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat consulte l'Autorité « afin d'avoir une vision indépendante et plus précise de la réalité des contraintes juridiques nationales et européennes que le droit de la concurrence exerce sur le déploiement et sur le financement public des réseaux très haut débit et des infrastructures associées, et notamment sur les marges d'action des collectivités territoriales » et invite plus particulièrement l'Autorité à :

- « étudier les modalités d'intervention et de subvention aujourd'hui compatibles avec ce cadre juridique contraint ;
- mettre en évidence les obstacles que représente la réglementation en vigueur en matière d'aides d'État pour le financement public des réseaux en fonction de l'intensité concurrentielle des opérateurs dans les zones considérées ;
- suggérer des adaptations juridiques compatibles avec le droit européen de la concurrence permettant aux collectivités publiques de mieux assurer les objectifs de couverture numérique du territoire ».

II. Les règles relatives aux aides d'Etat en matière de déploiement des réseaux d'initiative publique très haut débit

29. L'Autorité est interrogée sur le point de savoir s'il est possible pour une collectivité territoriale, au regard des règles de concurrence, d'intervenir au travers d'un projet public subventionné si ce projet couvre, entre autres, des zones rentables. C'est donc sur une question relative au régime communautaire des aides d'Etat, pour l'application duquel l'Autorité de la concurrence n'est pas juridiquement compétente, que porte la demande d'avis du Sénat. Aussi, les développements qui suivent constituent-ils pour l'essentiel une présentation des textes communautaires applicables et ne préjugent aucunement des décisions qui pourraient, *in fine*, être adoptées par la Commission européenne sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne.
30. A titre introductif, il faut noter que la Commission européenne s'est récemment prononcée, dans la décision N 330/2010 du 19 octobre dernier, sur le volet B du Programme national très haut débit, à la suite de la notification du gouvernement français intervenue le 22 juillet 2010. Dans sa décision, la Commission a considéré que la mesure qui lui avait été notifiée était compatible avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 107(3)c du TFUE. Pour autant, les questions étudiées dans cette procédure n'ont pas porté sur les points suivants :
- les volets A et C du programme national très haut débit n'ont pas été notifiés à la Commission et n'ont donc pas été abordés dans la décision ;
 - la question du soutien de « projets intégrés » (un projet intervenant de manière combinée dans une zone rentable au titre du volet A et dans une zone non rentable au titre du volet B), ne rentre pas dans le champ de la notification.
31. Avant de se pencher sur la question spécifique des projets intégrés (C), il convient de rappeler le cadre général du régime juridique des aides d'Etat (A) et d'exposer les règles plus particulièrement définies par la Commission en cas d'intervention en matière de haut et très haut débit (B).

A. LE RÉGIME DES AIDES D'ETAT

32. Si l'intervention publique sous forme d'aide d'Etat est par principe interdite par le Traité de fonctionnement de l'Union européenne, toute forme de subvention publique n'est évidemment pas proscrite, y compris sur les marchés ouverts à la concurrence. L'intervention publique peut constituer un outil efficace pour réaliser des objectifs d'intérêt général, en particulier pour corriger des défaillances du marché. De la même manière, une intervention publique peut être pertinente si les marchés apportent des solutions performantes mais qui sont malgré tout jugées peu satisfaisantes au niveau du fonctionnement du marché. Le cadre communautaire relatif aux aides d'Etat vise à s'assurer que les aides publiques ne supplantent pas pour autant les initiatives du marché, en particulier dans les situations où les opérateurs du marché choisiraient normalement d'investir ou dans lesquels ils ont déjà investi.
33. Dans ce cadre, il convient de distinguer les interventions publiques qui constituent, sur un plan juridique, des aides d'Etat, et qui sont donc en principe contraires aux règles du Traité (1), des modes d'intervention publique qui ne sont pas des aides d'Etat, telle que

l'intervention en qualité d'investisseur avisé et la compensation d'un service d'intérêt économique général fourni par une entreprise désignée (2).

1. LES AIDES D'ÉTAT

34. L'article 107, paragraphe 1, du TFUE (ancien article 87, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne) dispose : « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».
35. Il ressort de la pratique décisionnelle que la notion d'aide d'Etat recouvre toute mesure remplissant les conditions cumulatives suivantes :
- la mesure est financée au moyen de ressources publiques ;
 - elle apporte un avantage économique aux entreprises ;
 - l'avantage est sélectif et fausse ou menace de fausser la concurrence ;
 - et elle affecte les échanges intracommunautaires.
36. Le principe de la prohibition des aides d'État posé par l'article 107, § 1 TFUE n'exclut cependant pas l'existence d'aides d'État compatibles avec le marché commun qui sont notamment énumérées de manière limitative aux § 2 et 3 de ce même article¹⁵. La compatibilité ou l'incompatibilité des aides d'État au regard de l'article 107, § 1 TFUE relève de l'appréciation de la Commission et de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶.
37. L'aide peut en particulier s'inscrire dans le cadre d'un règlement communautaire d'exemption ou d'un régime déjà approuvé. La Commission peut exempter de notification, par voie de règlement, certaines catégories d'aides aux entreprises. La Commission a ainsi déjà adopté plusieurs règlements de ce type, comme par exemple les règlements portant sur les aides *de minimis*. Il s'agit d'une exemption relative aux aides d'importance mineure accordées à une entreprise, qui prévoit que ces aides n'ont pas à être notifiées si un certain seuil, par entreprise, au niveau national, et sur une certaine période n'est pas dépassé.
38. Il est possible de notifier un régime d'aide spécifique qui n'entre pas dans le champ d'application d'un régime déjà notifié ou exempté. Ce régime d'aide spécifique doit respecter les encadrements et les lignes directrices adoptés par la Commission.
39. Le paragraphe 3 (c) de l'article 107 TFUE précise que les « *aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* » sont compatibles avec le traité. La Commission opère une analyse au cas par cas sur la base de ces éléments.

¹⁵ L'article 107, § 2 énumère les aides qui « *sont compatibles avec le marché intérieur* » ; l'article 107, § 3 traite des aides qui « *peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur* ».

¹⁶ cf. TPICE, 27 février 1997, T-106/95, FFSA et autres c/ Commission des Communautés européennes, préc. ; CJCE, 25 mars 1998, C-174/97, FFS et autres c/ Commission des Communautés européennes, Rec. CJCE, p. 1303.

2. LES PRINCIPALES MODALITÉS D'INTERVENTION NE CONSTITUANT PAS UNE AIDE D'ÉTAT

a) Intervention en qualité d'investisseur avisé

40. Si la puissance publique intervient par le biais d'une prise de participation ou d'un apport de capitaux dans une entreprise appelée à réaliser le projet, il y a lieu d'apprécier si cet investissement comporte un élément d'aide d'État. L'article 345 du Traité prévoit que «*les [présents] traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Selon la jurisprudence de la CJUE, il résulte du principe de l'égalité de traitement que les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, ne peuvent être qualifiés d'aides d'État.
41. En revanche, lorsqu'une prise de participation ou des apports de capitaux par un investisseur public ne présentent pas de perspectives suffisantes de rentabilité, même à long terme, une telle intervention doit être considérée comme une aide au sens de l'article 107 du traité, et sa compatibilité avec le marché commun doit donc être appréciée au regard des seuls critères prévus par cette disposition¹⁷.

b) Compensation d'un service d'intérêt économique général

42. La question de l'encadrement des services publics au niveau communautaire a longtemps fait débat. Jusqu'à l'arrêt fondateur de la Cour de justice dans l'affaire Altmark en 2003¹⁸, il existait une incertitude sur la question de savoir si l'octroi, par une autorité publique, de compensations pour la prestation d'un service d'intérêt économique général (SIEG) entrainait dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, et constituait de ce fait une aide d'État.
43. Par cet arrêt, la Cour a considéré que dans le domaine des SIEG, une compensation ne constitue pas une aide d'État si elle ne fait que compenser les coûts nets liés à l'exécution de telles obligations de service public. La Cour a défini les quatre conditions qui doivent être remplies pour démontrer que des compensations de SIEG ne constituent pas des aides d'État :
- premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ;
 - deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ;
 - troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
 - quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé

¹⁷ Affaire C-303/88, Italie/Commission, points 20-22, Recueil 1991, p. I-1433

¹⁸ Arrêt de la Cour du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec. 2003 p. I-7747)

sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

44. Indépendamment de la question de la compensation, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'ils qualifient de service d'intérêt économique général. En principe, pour qu'une activité puisse être considérée comme un SIEG, elle devrait présenter certaines caractéristiques spécifiques par rapport à des activités économiques ordinaires. La définition de tels services ou missions par un État membre peut être remise en question par la Commission en cas d'erreur manifeste d'appréciation.
45. Afin d'offrir davantage de sécurité juridique aux autorités publiques et aux opérateurs économiques, la Commission a adopté en 2005 un ensemble d'instruments juridiques connu sous le nom de « paquet SIEG ». Le paquet précise les cas dans lesquels une aide d'État accordée en vue du financement d'un SIEG est compatible avec le traité. Le paquet se compose de trois instruments couramment appelés la « décision sur les SIEG »¹⁹, l'« encadrement sur les SIEG »²⁰ et la « directive sur la transparence »²¹.
46. Il convient de souligner que ce dispositif a fait l'objet récemment d'une révision à l'initiative de la Commission. Après avoir rendu public à la mi-septembre 2011 quatre projets de texte visant à revoir les règles relatives aux aides d'État sur les services d'intérêt économique général, la Commission a adopté le 20 décembre 2011 trois de ces textes :
 - la communication C(2011) 9404 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général ;
 - la communication C(2011) 9406 précisant l'encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public ;
 - la décision C(2011) 9380 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.
47. Seule l'adoption du règlement *de minimis* spécifique aux SIEG a été repoussée au printemps 2012 et devrait faire l'objet, entre-temps, d'une nouvelle consultation publique.

¹⁹ Décision 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE (soit, à présent, l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (JO L 312 du 29.11.2005, p. 67).

²⁰ Encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public, JO C 297 du 29.11.2005, p. 4.

²¹ Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, désormais codifiée dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17).

B. L'ENCADREMENT SPÉCIFIQUE DÉFINI PAR LA COMMISSION POUR L'INTERVENTION PUBLIQUE DANS LES RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES À HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT

48. La Commission européenne a adopté fin 2009 des « *lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit* ». Cette publication s'inscrit dans la stratégie Europe 2020 (« EU2020 »)²², qui a souligné l'importance du déploiement du haut débit pour promouvoir l'insertion sociale et la compétitivité de l'UE et a également fixé des objectifs ambitieux pour le développement du haut débit. En 2010, la Commission européenne a lancé la « stratégie numérique » (*digital agenda*)²³, l'une des initiatives phare de la stratégie EU2020, réaffirmant ainsi l'objectif d'EU2020 consistant à mettre le haut débit de base à la disposition de tous les Européens d'ici à 2013 et de faire en sorte que, d'ici à 2020, tous les Européens aient accès à des vitesses de connexion bien supérieures, de plus de 30 Mbps, et 50 % au moins des ménages aient une connexion internet de plus de 100 Mbps.
49. Selon la Commission, les investissements nécessaires à la réalisation de ces objectifs sont considérables : ils seraient de l'ordre de 60 milliards d'euros pour le premier et de 270 milliards pour le second. Si ces investissements devraient être principalement assurés par les opérateurs commerciaux, la Commission estime toutefois que les objectifs ambitieux de la stratégie EU2020 et de la stratégie numérique ne peuvent être atteints sans une utilisation pertinente des fonds publics²⁴. Selon la Commission, le financement public et les aides d'État seront donc importants pour compléter les investissements privés et étendre le haut débit et la couverture par les réseaux d'accès de nouvelle génération permettant un accès à très haut débit aux zones où les opérateurs du marché sont peu susceptibles de réaliser des investissements commerciaux dans un avenir proche.
50. Il convient de noter que les dispositions finales des lignes directrices relatives au haut débit prévoient que celles-ci doivent être réexaminées au plus tard trois ans après leur publication, soit à l'échéance du 30 septembre 2012. Ce réexamen doit refléter les évolutions majeures que connaissent actuellement le marché, la technologie et la réglementation dans ce domaine. C'est dans ce cadre que la Commission a dernièrement lancé une consultation publique pour refondre ses lignes directrices de 2009.
51. Les lignes directrices de la Commission exposent principalement l'encadrement des interventions publiques qui relèvent de la définition des aides d'État (1). Elles abordent également les autres modalités d'intervention, notamment en qualité d'investisseur avisé ou à travers la compensation d'un SIEG (2).

²² EUROPE 2020: une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive. Voir: http://ec.europa.eu/europe2020/index_fr.htm.

²³ Une stratégie numérique pour l'Europe. COM/2010/0245 f/2.

²⁴ La stratégie numérique (dans l'action clé 8) invite les États membres à faire « appel à des modes de financement public conformes aux règles de l'UE relatives à la concurrence et aux aides d'État » afin de répondre aux objectifs en matière de couverture, de vitesse et de pénétration définis dans la stratégie Europe 2020.

1. L'ENCADREMENT DES MESURES QUI RELÈVENT DE LA DÉFINITION DES AIDES D'ÉTAT

52. Après avoir exposé les règles relatives aux aides d'Etat compatibles développées dans les lignes directrices de la Commission du 30 septembre 2009 applicables au haut débit (a), il conviendra d'aborder les règles applicables au très haut débit (b).

a) Les règles applicables aux réseaux à haut débit

53. Pour définir les conditions dans lesquelles les fonds publics doivent être alloués au développement du haut débit dans le respect des règles de l'UE, les lignes directrices font la distinction entre les zones « blanches », « grises » et « noires », selon la présence ou non d'infrastructures privées adéquates déjà en place. Le financement public destiné à mettre en place un réseau à haut débit dans des zones blanches (essentiellement rurales) dépourvues de toute infrastructure adéquate ne pose généralement aucun problème. À l'inverse, les aides d'Etat ne peuvent être compatibles dans des zones (densément peuplées) disposant d'infrastructures à haut débit déjà en concurrence (zones noires). Quant aux projets d'aides d'État dans les zones grises, ils doivent faire l'objet d'une analyse plus approfondie.

54. En outre, lorsque la Commission autorise des aides d'État, un certain nombre de conditions doivent être remplies pour qu'elles soient compatibles (ces conditions sont détaillées au point 51 des lignes directrices).

b) Les règles applicables aux réseaux de nouvelle génération (NGA)

55. La Commission énonce dans ses lignes directrices les conditions dans lesquelles les fonds publics doivent être alloués au développement du très haut débit dans le respect des règles en matière d'aides d'État. Elle présente comment appliquer l'encadrement traditionnellement retenu pour le haut débit au nouveau domaine des réseaux d'accès de nouvelle génération (NGA pour *next generation access*).

56. Compte tenu du risque plus élevé de distorsion de la concurrence d'une intervention publique dans les réseaux NGA, résultant par exemple des infrastructures classiques à haut débit existant déjà dans les zones ciblées, la Commission estime que des conditions supplémentaires doivent être réunies par rapport aux règles applicables aux réseaux à haut débit.

57. Dans son document, la Commission considère qu'une évaluation distinguant les zones blanches, grises et noires reste appropriée pour évaluer si une aide d'Etat relative à un réseau NGA est compatible avec l'article 107 du TFUE. La Commission retient néanmoins qu'une définition plus fine est nécessaire pour tenir compte des spécificités des réseaux NGA.

58. À cet égard, la Commission estime qu'il faut tenir compte d'une dimension temporelle de plus long terme, en évaluant les perspectives de remplacement des réseaux actuels par les réseaux NGA. Par ailleurs, au vu des spécificités propres de ces nouveaux réseaux (architecture de réseau différente, services plus performants, etc.), il est probable qu'il y ait dans l'avenir des différences marquées entre les zones qui seront couvertes et celles qui ne le seront pas.

59. Au vu de ces éléments, la Commission propose les définitions suivantes :

- une « zone blanche NGA » est définie comme une zone dans laquelle de tels réseaux n'existent pas aujourd'hui et ne sont pas susceptibles d'être construits par des investisseurs privés pour être entièrement opérationnels dans un avenir proche ;

- une « *zone grise NGA* » est définie comme une zone où un seul réseau NGA est déployé ou susceptible de l'être et où aucun autre opérateur n'a prévu de déployer dans un avenir proche ;
 - une zone « *zone noire NGA* » est définie comme une zone dans laquelle au moins deux réseaux NGA existent ou seront déployés dans un avenir proche.
60. Une fois la zone d'intervention identifiée, la Commission propose une grille d'analyse permettant d'évaluer la compatibilité des aides délivrées. Compte tenu du risque plus élevé de distorsion de la concurrence sur ce type de réseau, la Commission estime que des conditions supplémentaires doivent être réunies (points 73, 75 et 79 des lignes directrices).
61. Dans le cadre des aides relatives aux réseaux NGA, la Commission indique qu'elle examinera leurs effets sur les réseaux à haut débit existants au vu du degré de substitution qui semble aujourd'hui exister entre ces deux types de réseaux. De plus, dans l'évaluation de la compatibilité d'une aide d'Etat pour les réseaux NGA, la Commission établira un bilan coûts/avantages de l'intervention publique. En particulier, la Commission sera particulièrement vigilante quant au respect du caractère de proportionnalité de la mesure.

Pour les projets en « zone blanche NGA »

62. Dans l'hypothèse d'une zone blanche NGA, la Commission considère comme compatibles avec les règles d'aide d'Etat les projets qui soutiennent le déploiement de réseaux NGA dans des zones où aucune infrastructure à haut débit n'existe actuellement et pour des zones où les actuels opérateurs haut débit n'envisagent pas de déployer de manière rentable des réseaux NGA.
63. Dans ce type de zone, lorsqu'un réseau haut débit traditionnel existe déjà (« zone grise » traditionnelle), l'octroi d'une aide pour le déploiement d'un réseau NGA doit être motivé par les autorités nationales de la manière suivante :
- il faut démontrer que les services à haut débit fournis ne sont pas suffisants pour satisfaire les besoins des citoyens et des utilisateurs professionnels de la zone considérée ;
 - il faut démontrer qu'il n'y a pas de moyens moins préjudiciables pour la concurrence (incluant les hypothèses de régulation *ex ante*) pour atteindre le même objectif.

Pour les projets en « zone grise NGA »

64. Dans les zones où un unique investisseur privé a déjà déployé un réseau NGA, ou sera en mesure de le faire dans les trois années qui viennent, et où aucun autre opérateur n'a prévu de déployer durant ces trois années, la Commission indique qu'elle effectuera une analyse plus détaillée. La Commission note qu'il existe un risque qu'une intervention dans ce type de zone évince les investisseurs existants et distorde la concurrence.
65. Pour fonder la compatibilité d'un tel projet, les autorités nationales doivent donc être capables de démontrer :
- que le réseau NGA existant ou planifié n'est pas ou ne serait pas suffisant pour satisfaire les besoins des citoyens et des utilisateurs professionnels sur la zone considérée ;
 - qu'il n'y a pas de moyens moins préjudiciables pour la concurrence (incluant les hypothèses de régulation *ex ante*) pour atteindre le même objectif.
66. Au vu de ces éléments, la Commission évaluera en particulier (i) l'existence d'une offre d'accès de réseau efficace pour des tiers, dont les conditions d'accès (régulé ou non régulé)

sont de nature à contribuer à une concurrence efficace, (ii) l'existence de barrières à l'entrée susceptibles d'écarter la venue potentielle d'autres investisseurs de réseau NGA et (iii) l'existence de mesures prises par l'autorité de régulation nationale sont capables de surmonter les problèmes rencontrés.

Pour les projets en « zone noire NGA »

67. Dans les zones où il existe déjà plusieurs réseaux NGA déployés ou en passe de l'être, la Commission considère qu'une intervention publique visant à la mise en place d'un réseau supplémentaire est probablement de nature à sérieusement distordre la concurrence, entraînant alors son incompatibilité avec les règles relatives aux aides d'Etat.

Pour les projets en « zone noire traditionnelle » (zone noire haut débit), hors « zone noire NGA »

68. La Commission considère que les zones noires traditionnelles (xDSL et des réseaux de câble) correspondent à des zones dans lesquelles des opérateurs devraient en principe faire évoluer leurs réseaux et faire migrer leurs clients existants. Dans de telles zones, aucune nouvelle intervention publique ne devrait en principe être nécessaire.
69. Cependant, un Etat membre peut réfuter un tel argument sous réserve de justifier que les opérateurs à haut débit existants ne planifient aucun projet NGA dans les années à venir dans ces zones. Dans ce cas, la Commission indique qu'un tel projet sera soumis à l'analyse détaillée correspondant aux zones grises NGA et sera apprécié par rapport à son impact en termes de distorsion de concurrence.
70. En tout état de cause, la Commission considère qu'une aide d'Etat en faveur du déploiement de réseaux NGA peut constituer un instrument approprié et justifié, à condition qu'un certain nombre de conditions fondamentales soient respectées. En sus des règles qu'elle a pu retenir pour le haut débit et compte tenu du risque plus élevé de distorsion de la concurrence sur ce type de réseau, la Commission précise un certain nombre de conditions complémentaires à respecter quel que soit le type de zone considéré :
- il devrait être exigé du bénéficiaire d'une aide d'Etat de fournir un accès de gros pour au moins sept années aux tiers. En particulier, cette obligation devrait porter sur un accès aux infrastructures passives, notamment de génie civil (fourreaux, armoires de rue) ;
 - s'agissant des modalités de mise en œuvre d'un projet public dans les zones noires et les zones grises, l'autorité de régulation nationale compétente doit être consultée pour approuver ou fixer les conditions d'accès en gros aux réseaux ;
 - le réseau bénéficiant de l'aide publique doit contribuer à un dégroupage effectif et total et être ainsi compatible avec tous les types de réseaux déployés ou en passe de l'être. La Commission souligne à ce titre que l'architecture multifibre, technologiquement neutre, est compatible avec les réseaux PON et point-à-point, permet aux demandeurs d'accès d'être totalement indépendants dans leur offre de services haut débit et favorise une concurrence durable à long terme.

2. LES MODALITÉS D'INTERVENTION QUI NE RELEVENT PAS DE LA DÉFINITION DES AIDES D'ETAT

71. La Commission présente dans ses lignes directrices différentes modalités d'intervention dépassant la simple hypothèse d'une mesure d'aide d'Etat compatible.

72. Les principales modalités d'intervention développées par la Commission concernent les SIEG, les investissements intervenant dans les conditions normales du marché (théorie de l'investisseur avisé) et la notion d'infrastructures générales.

a) Le SIEG

73. Dans sa communication C(2011) 9404 du 20 décembre 2011 précitée, la Commission précise, en particulier lorsqu'elle aborde la question de l'existence d'un service d'intérêt économique général, les éléments suivants (points 47 à 49 de la Communication) :

« Il résulte de l'article 106, paragraphe 2, du traité que les entreprises qui assument la gestion de SIEG sont des entreprises chargées d'une «mission particulière»⁷⁸. En règle générale, une «mission de service public particulière» implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions. Les États membres ou l'Union peuvent soumettre ce type de services à des obligations spécifiques en vertu d'un critère d'intérêt général.

La Commission considère ainsi qu'il ne serait pas opportun d'assortir d'obligations de service public spécifiques une activité qui est déjà fournie ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'État, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales. Quant à la question de savoir si un service peut être fourni par le marché, l'appréciation de la Commission se limite à vérifier que l'État membre n'a pas commis d'erreur manifeste.

Ce principe est parfaitement illustré par le secteur du haut débit, pour lequel la Commission a déjà fourni des indications claires quant au type d'activités qu'il est possible de considérer comme des SIEG. La Commission estime essentiellement que dans les zones où les investisseurs privés ont déjà investi dans une infrastructure de réseau haut débit (ou sont en train d'étendre leur réseau d'infrastructure) et fournissent déjà des services compétitifs d'accès au haut débit avec une couverture appropriée, la mise en place d'une infrastructure à haut débit parallèle ne doit pas être considérée comme un SIEG. En revanche, lorsque ces investisseurs ne sont pas en mesure d'assurer une couverture haut débit suffisante, une compensation de SIEG peut être accordée à certaines conditions ».

74. A cet égard, la Commission invite à se référer aux points 24 à 30 de ses lignes directrices du 30 septembre 2009 pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (JO C 235 du 30.9.2009, p. 7).
75. Dans ce document, la Commission expose ainsi une grille d'analyse précise définissant les conditions de compatibilité que doivent respecter les projets à haut débit intervenant sous forme de SIEG et souligne que ces conditions « s'appliquent mutatis mutandis aux interventions de l'État dans le domaine du déploiement des réseaux NGA ».
76. Sur la question de la qualification d'un SIEG, la Commission indique que, pour pouvoir être qualifié de SIEG, un projet doit présenter certaines caractéristiques spécifiques par rapport à des activités économiques ordinaires. Le développement économique n'est donc pas suffisant à lui seul pour justifier qu'un service soit qualifié de SIEG. Une telle qualification doit être motivée par des raisons de service public allant au-delà de l'intérêt général de développer des activités économiques. Les États membres doivent ainsi décrire les raisons pour lesquelles ils estiment que le service concerné mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques. Les États

membres doivent par ailleurs faire en sorte que la mission satisfasse à certains critères minimums communs à chaque mission de SIEG :

- l'existence d'un acte de la puissance publique confiant aux opérateurs concernés une mission de SIEG ;
- la nature universelle et obligatoire de cette mission (pour l'ensemble des utilisateurs dans une zone donnée, tant privés que professionnels ; le service doit être rendu de manière non discrétionnaire et non discriminatoire).

77. S'agissant de la question de l'insuffisance du marché, la Commission indique qu'il faut démontrer que des investisseurs privés pourraient ne pas être en mesure d'assurer, dans un avenir proche dans la zone concernée, une couverture adéquate pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs, risquant ainsi de priver d'accès à ces réseaux une partie importante de la population.

78. S'agissant des impacts sur le marché de l'intervention publique, la Commission estime qu'un réseau financé par des ressources publiques et créé dans le contexte d'un SIEG doit être rendu disponible pour l'ensemble des opérateurs intéressés, ce qui implique :

- la fourniture d'une infrastructure passive, neutre et librement accessible ;
- la fourniture de toutes les formes possibles d'accès au réseau permettant d'assurer *in fine* une concurrence effective, via des offres de gros, sur le marché de détail ;
- que la mission du SIEG n'inclut pas directement des services de communication de détail ;
- lorsque le fournisseur du SIEG est également un opérateur haut débit verticalement intégré, l'existence de garde-fous appropriés pour éviter tout conflit d'intérêt, toute discrimination induite et tout autre avantage indirect caché ;
- en tout état de cause, l'absence de droit exclusif ou spécial au fournisseur du SIEG au sens du 1. de l'article 86.

79. Concernant la question de la couverture géographique du projet (zone rentable *versus* zone non rentable) et celle concernant la possibilité de mettre en place une péréquation entre les zones, la Commission estime qu'il ne peut être exclu que le fournisseur d'un SIEG souhaite déployer une infrastructure de réseau non seulement dans les zones non rentables mais également dans les zones rentables, c'est-à-dire les zones dans lesquelles d'autres opérateurs ont peut-être déjà déployé leur propre infrastructure de réseau ou envisagent de le faire dans un proche avenir.

80. Cette possibilité est soumise, selon la Commission, à plusieurs conditions :

- la compensation éventuelle ne devrait couvrir que les coûts de déploiement de l'infrastructure déployée dans les zones non rentables ;
- si le réseau est déployé via une infrastructure qui n'appartient pas aux autorités publiques, il convient de mettre en place des mécanismes de contrôle et de récupération afin d'éviter que le fournisseur du SIEG obtienne un avantage indu en conservant, à l'expiration de la délégation du SIEG, la propriété du réseau financé à l'aide de ressources publiques ;
- l'appel d'offres initial doit imposer aux candidats de définir les zones rentables et non rentables, d'estimer les recettes attendues et de demander le montant de la compensation qu'ils estiment être strictement nécessaire.

81. C'est donc dans ce cadre et sous ces conditions qu'une intervention publique dans les réseaux NGA sous forme d'un SIEG peut être compatible avec les règles édictées par la Commission européenne.

b) L'investisseur avisé

82. Comme cela a été rappelé précédemment, la théorie de l'investisseur avisé suppose qu'une intervention publique par le biais d'une prise de participation ou d'un apport de capitaux dans une entreprise appelée à réaliser un projet ne peut être qualifiée d'aide d'État si cette intervention se fait dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché. En revanche, lorsqu'une prise de participation ou des apports de capitaux par un investisseur public ne présentent pas de perspectives suffisantes de rentabilité, même à long terme, une telle intervention doit être considérée comme une aide au sens de l'article 107 du Traité ;

83. Dans ses lignes directrices de 2009, la Commission revient sur l'application de ces critères dans le domaine du haut débit en rappelant sa décision positive concernant la ville d'Amsterdam²⁵ : *« Comme cela a été exposé dans cette décision, la conformité d'un investissement public aux conditions du marché doit être démontrée de manière exhaustive, soit en prouvant la participation importante d'investisseurs privés, soit à l'aide d'un plan d'entreprise efficient démontrant un retour sur investissement approprié. Lorsque des investisseurs privés prennent part au projet, ils doivent absolument assumer le risque commercial lié à l'investissement dans des conditions et selon des modalités identiques à celles s'appliquant à l'investisseur public ».*

84. Dans ce document, la Commission souligne que ces conditions *« s'appliquent mutatis mutandis aux interventions de l'État dans le domaine du déploiement des réseaux NGA ».*

c) La notion d'infrastructure générale

85. Les lignes directrices du 30 septembre 2009 de la Commission souligne que *« les autorités publiques peuvent décider d'entreprendre certains travaux de génie civil (comme le terrassement du domaine public, la construction de fourreaux) afin de permettre et d'accélérer le déploiement de leurs propres éléments de réseau par les opérateurs concernés. Toutefois, ces travaux de génie civil ne devraient pas être propres à l'industrie ou au secteur, mais être, en principe, ouverts à tous les utilisateurs potentiels et pas seulement aux opérateurs de communications électroniques (c'est-à-dire également aux services d'électricité, de gaz, d'eau, etc.). Pour autant qu'elles ont pour but de créer les conditions préalables nécessaires au déploiement d'infrastructures propres par les fournisseurs de services sans discrimination en faveur de l'un ou l'autre secteur ou entreprise (en diminuant notamment les coûts en capital de celle-ci), ces interventions publiques n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1 ».*

86. Cette possibilité renvoie à la notion d'infrastructure générale dégagée par la pratique décisionnelle des autorités communautaires. Un projet peut ne pas tomber dans le périmètre de l'article 107, §1 s'il correspond à une compétence propre d'une autorité

²⁵ Décision de la Commission du 11 décembre 2007 dans l'affaire C 53/2006, *Citynet Amsterdam — investment by the city of Amsterdam in a fibre-to-the home (FTTH) network*, JO L 247 du 16.9.2008, p. 27. L'affaire concernait la mise en place d'un réseau d'accès au haut débit «Fibre-to-the-Home» (FTTH) raccordant 37 000 ménages à Amsterdam, qui étaient déjà desservis par plusieurs réseaux haut débit concurrents. La municipalité d'Amsterdam avait décidé d'investir dans la couche passive du réseau aux côtés de deux investisseurs privés et de cinq sociétés de logement social. Le propriétaire et gestionnaire de l'infrastructure passive était une entité distincte dont la municipalité d'Amsterdam détenait un tiers des parts, deux investisseurs privés (ING Real Estate et Reggefiber) le deuxième tiers, et les sociétés de logement social le dernier tiers. La Commission a estimé que la notion d'investisseur avisé pouvait s'appliquer.

publique, fournissant une infrastructure générale ouverte à tous dans des conditions semblables (ex : une route).

87. La pratique décisionnelle de la Commission semble associer à la notion d'infrastructure générale différents critères : une telle infrastructure doit relever par nature de la responsabilité de la sphère publique ; cette infrastructure doit poursuivre des objectifs d'intérêt général ; elle doit constituer une facilité n'étant pas fournie par le marché ; cette infrastructure doit bénéficier à l'ensemble de la collectivité (personne publique, entreprises, particuliers) ; elle doit enfin relever d'un financement non commercial.

C. LA MISE EN ŒUVRE D'UN PROJET « INTÉGRÉ » AU REGARD DE L'ENCADREMENT COMMUNAUTAIRE

88. La question de savoir si un projet « intégré » de réseau à très haut débit porté par une collectivité territoriale peut être compatible avec les règles de concurrence dépend de la qualification juridique qui pourra être donnée au projet au regard des règles communautaires.
89. Au regard du cadre juridique précédemment exposé, il apparaît que l'intervention sous la forme d'un projet « intégré » sera difficile à justifier au titre d'une aide d'Etat compatible (1). En revanche, une telle intervention, si elle prend la forme d'un SIEG, paraît compatible sous certaines conditions (2). Il conviendra enfin de signaler que d'autres modalités d'intervention sont envisageables (3).

a) Une intervention difficile à justifier au titre d'une aide compatible

90. Contrairement à l'hypothèse du SIEG, les lignes directrices de la Commission n'envisagent pas l'intervention publique sous forme d'aide d'Etat en dehors d'une évaluation distinguant les zones blanches, grises et noires. Dans ce cadre, une intervention publique sous forme d'aide d'Etat dans les réseaux NGA sera possible dans les zones blanches NGA, envisageable dans les zones grises NGA et exclue dans les zones noires NGA.
91. Ceci implique en premier lieu que les projets publics subventionnés ne peuvent en principe desservir des zones où une concurrence par les infrastructures est envisageable entre plusieurs réseaux à très haut débit. Ceci pourrait inclure les « zones très denses » définies par l'ARCEP dans sa réglementation. Les zones actuellement couvertes par un réseau câblé pourraient également constituer des zones noires NGA dans la mesure où il est vraisemblable, d'une part, que Numéricâble modernise son réseau pour fournir du très haut débit et, d'autre part, que France Télécom ne souhaite pas laisser à cet opérateur une situation de monopole sur ce marché et décide donc également d'y déployer un réseau FTTH.
92. S'agissant en deuxième lieu de projets publics subventionnés portant en partie sur la « zone AMII », il conviendrait en principe d'opérer une distinction entre les intentions d'investissement des opérateurs sur un horizon de trois ans et celles portant au-delà. En effet, les lignes directrices mentionnent à titre principal les intentions de déploiement à trois ans comme devant être prises en compte pour établir si la zone concernée est blanche, grise ou noire, alors que le PNTHD recueille les intentions de déploiement des opérateurs à un horizon de cinq ans. Pour des raisons de cohérence et de sécurité juridique, il n'est cependant pas certain que la Commission opérerait une telle distinction en pratique. Sous cette réserve, les « zones grises NGA » paraissent pouvoir être incluses dans la « zone AMII », qui recouvre les intentions de déploiement des opérateurs recueillies dans le cadre du PNTHD.

93. S'agissant de zones grises NGA, la puissance publique ne peut en principe intervenir au travers de subventions publiques que s'il peut être démontré (i) que le réseau NGA existant ou planifié n'est pas ou ne serait pas suffisant pour satisfaire les besoins des citoyens et des utilisateurs professionnels sur la zone considérée et (ii) qu'il n'y a pas de moyens moins préjudiciables en termes de concurrence (incluant les hypothèses de régulation *ex ante*) pour atteindre le même objectif.
94. Une telle démonstration paraît difficile à réaliser de manière prospective. Il est d'abord délicat d'affirmer que la qualité et le prix des services à très haut débit qui seront fournis sur les zones desservies par les opérateurs seront nécessairement insatisfaisants. S'agissant par ailleurs du caractère exhaustif de la couverture des zones concernées et du caractère concurrentiel du marché, la réglementation *ex ante* a défini des obligations spécifiques, dont il est également délicat de prétendre qu'elles seront nécessairement insuffisantes. Sur ce dernier point, l'Autorité de la concurrence rappelle notamment que, dans son avis n° [11-A-05](#) du 8 mars 2011 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP portant sur le troisième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit, elle avait invité le régulateur sectoriel à instaurer une clause de rendez-vous à dix-huit mois pour évaluer l'efficacité du dispositif de régulation du déploiement de la fibre optique.
95. Sauf à prouver que les intentions d'investissement des opérateurs privés ne seraient pas crédibles – par exemple parce que les zones de déploiement seraient insuffisamment détaillées ou parce que leur financement serait insuffisamment documenté ou encore parce que les déploiements envisagés ne seraient que partiels et ne permettraient pas le raccordement effectif de l'ensemble des foyers et entreprises concernées –, il paraît difficile d'établir, au regard de la version actuellement en vigueur des lignes directrices de la Commission européenne, que des projets publics « intégrés » et subventionnés puissent constituer des aides d'Etat compatibles.
96. A titre incident, il faut relever que les lignes directrices actuelles de la Commission européenne ne prennent pas en compte l'hypothèse d'un co-investissement entre acteurs publics et privés en zone grise NGA. Or, en vertu de la régulation *ex ante* nationale, tout opérateur FTTH, y compris dans le cadre d'un réseau d'initiative publique, doit fournir une offre de co-investissement. Comme l'Autorité de la concurrence a pu le rappeler dans son avis n° 10-A-07 précité, le co-investissement peut, suivant certaines modalités, constituer une solution pro-concurrentielle en évitant une re-monopolisation de la boucle locale en fibre optique par l'opérateur historique. Le co-investissement compromet certes les chances de voir émerger une concurrence entre plusieurs boucles locales optiques, mais cette hypothèse est de toute manière peu probable dans les zones les moins denses.
97. Dans son analyse, la Commission relève qu'une intervention publique en zone grise NGA, c'est-à-dire dans une zone où un opérateur souhaite installer un réseau, risque d'évincer l'investissement privé dans cette zone. Mais ce risque pourrait être plus limité en France compte tenu de la réglementation nationale. D'une part, un opérateur qui souhaite investir dans un réseau FTTH sera tenu de partager l'investissement avec d'autres opérateurs si ceux-ci en font la demande. D'autre part, en cas d'intervention publique, tout opérateur a la possibilité de prendre part à l'investissement. Il en résulte qu'une analyse « contrefactuelle », consistant à comparer la situation sans intervention publique et celle avec intervention, ferait vraisemblablement apparaître des différentiels d'investissement limités entre les différentes parties prenantes, ce qui irait dans le sens d'une plus grande compatibilité du projet public au regard du régime des aides d'Etat.
98. On ne peut donc exclure que les spécificités de la réglementation française relative au co-investissement puissent conduire la Commission européenne à adapter ses lignes

directrices ou à prendre en compte ces spécificités dans le cadre de l'examen des projets au cas par cas.

b) Une intervention possible au titre d'un SIEG

99. Comme précédemment indiqué, la Commission envisage explicitement dans ses lignes directrices que le fournisseur d'un SIEG déploie une infrastructure de réseau non seulement dans les zones non rentables mais également dans les zones rentables, c'est-à-dire les zones dans lesquelles d'autres opérateurs ont peut-être déjà déployé leur propre infrastructure de réseau ou envisagent de le faire dans un proche avenir.
100. Sous réserve du respect de l'ensemble des critères posés par la Commission et rappelés précédemment, une intervention publique dans les réseaux NGA sous forme d'un SIEG consistant à déployer une infrastructure de réseau non seulement dans les zones non rentables mais également dans les zones rentables peut donc être envisagée.
101. Dans la mise en œuvre de ce type de projet, l'Autorité de la concurrence estime impératif que la compensation éventuelle ne couvre que les coûts de déploiement de l'infrastructure déployée dans les zones non rentables. C'est dans ce cadre qu'une péréquation mise en œuvre seulement des zones rentables vers les zones non rentables est de nature à minimiser le montant de la compensation publique pour les zones non rentables. A l'inverse, une péréquation ne doit en aucune manière avoir pour objet ou pour effet d'organiser un transfert des zones non rentables vers les zones rentables, ce qui aurait pour conséquence de fausser le jeu de la concurrence et d'accroître le besoin de financement public dans des où les acteurs privés ont vocation à investir. Les collectivités locales sont invitées à la plus grande attention sur ce point.
102. Enfin, il convient de rappeler, comme la Commission européenne le reconnaît dans son document de travail du 23/03/2011 -SEC(2011) 397- intitulé « *application des règles en matière d'aides d'Etat applicables aux SIEG depuis 2005 et résultats de la consultation publique* », que le retour d'expérience est aujourd'hui limité s'agissant de la compatibilité des projets NGA avec les règles de concurrence. La pratique décisionnelle de la Commission reste en effet peu développée puisque le régime d'aide destiné aux réseaux à haut débit n'a été considéré comme un SIEG que dans de très rares affaires. Selon la Commission, « *pour trois d'entre elles²⁶, la Commission a estimé que ces régimes ne constituaient pas des aides d'État (critères Altmark remplis), une seule de ces décisions ayant été prise après la création du paquet. Dans une affaire²⁷, l'aide a été jugée compatible au titre de l'encadrement sur les SIEG* ». La possibilité d'intervenir sous la forme d'un SIEG, sur un territoire donné, au-delà des zones non rentables et sur la base du principe de péréquation tarifaire reconnue par la Commission dans l'affaire N 331/2008 précitée²⁸ est d'ailleurs contestée devant le Tribunal de la Cour de justice de l'Union européenne²⁹. Enfin, il faut rappeler que les lignes directrices de 2009 de la Commission européenne sont en cours de révision.

²⁶ Affaire N 382/2004 (SICOVAL) ; affaire N 381/2004, Haut débit en Pyrénées-Atlantiques (JO C 162 du 2.7.2005, p. 5) ; affaire N 331/2008, Réseau à très haut débit en Hauts-de-Seine (JO C 256 du 23.9.2010, p. 1).

²⁷ Affaire N 196/2010, Mise en place d'une infrastructure durable permettant une connexion à l'internet à haut débit dans l'ensemble de l'Estonie (Projet «EstWin»).

²⁸ La Commission s'est prononcée sur cette affaire dans la décision C(2009) 7426 du 30 septembre 2009.

²⁹ Les recours contre la décision de la Commission correspondent aux affaires suivantes : Affaire T-79/10 (2010/C 113/87) ; affaire T-258/10 (2010/C 234/74) ; affaire T-325/10 (2010/C 288/82).

c) Les autres possibilités

103. S'agissant de l'hypothèse d'un investissement public dans des conditions de marché, il est peu probable que des projets « intégrés » puissent répondre à cette définition puisque ces projets portent, par définition, à la fois sur des zones rentables et non rentables. Un investisseur avisé n'aurait en effet pas intérêt à conduire un tel projet et limiterait en principe son intervention aux zones rentables.
104. S'agissant de la qualification d'infrastructures générales, la Commission limite son application, dans ses lignes directrices de 2009, à « *certaines travaux de génie civil (comme le terrassement du domaine public, la construction de fourreaux)* ». En particulier, il ressort de la pratique décisionnelle de la Commission qu'une telle qualification ne saurait porter sur un réseau en fibre optique, qu'il soit passif ou actif³⁰.

III. Les risques de distorsion de concurrence dans le cadre du déploiement des réseaux d'initiative publique très haut débit

105. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que, lorsqu'elle est consultée en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, elle ne peut se prononcer que sur des questions générales de concurrence. Il ne lui appartient pas dans ce cadre de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'une entreprise est contraire aux dispositions du Code de commerce réprimant les ententes, les abus de position dominante ou de dépendance économique ou les prix abusivement bas. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure contradictoire prévue au livre IV dudit code sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard desdites dispositions.
106. Ainsi qu'elle l'a rappelé dans ses avis n° [09-A-57](#) et n° [10-A-07](#) précités, l'Autorité de la concurrence considère que l'intervention des collectivités dans ce secteur est légitime, puisque participant de leur mission d'aménagement du territoire. Cette intervention joue également un rôle important dans la dynamique d'ensemble du déploiement de la fibre optique (A). L'Autorité reste cependant attentive à ce que ces interventions publiques, dès lors qu'elles concernent un marché concurrentiel et innovant tel que celui des communications électroniques, ne créent pas de distorsions de concurrence, tant sur le marché amont des réseaux d'initiative publique (B) que sur celui, aval, du haut et du très haut débit, au travers des conditions d'accès aux réseaux d'initiative publique (C).

A. LA DYNAMIQUE D'ENSEMBLE DU DÉPLOIEMENT DE LA FIBRE OPTIQUE

107. Comme signalé plus haut, de nombreux intervenants s'inquiètent de la priorité donnée par le programme national très haut débit (PNTHD) aux déploiements des opérateurs privés

³⁰ Décision de la Commission du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État C 35/05 (ex N 59/05) que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution dans le cadre du développement d'un réseau haut débit à Appingedam, JO L 86 du 27.3.2007) et affaire Atlas (décision du 20/07/2004 -C(2004) 1809-).

par rapport aux initiatives des collectivités locales. Certains d'entre eux craignent que les engagements des opérateurs ne soient pas pleinement suivis d'effets, conduisant à des retards et à des surcoûts importants dans la couverture des territoires en très haut débit. Le risque d'une stratégie de gel des déploiements, consistant pour un opérateur à annoncer des intentions d'investissement exagérées en vue de paralyser toute initiative alternative, qu'elle soit publique ou privée, est particulièrement redouté.

108. Certains acteurs dénoncent également les possibilités limitées de péréquation qui résulteraient de la priorité donnée aux déploiements des opérateurs. Ceux-ci pourraient ainsi écrémer le marché, laissant aux collectivités territoriales le soin de couvrir les zones les moins denses et les plus coûteuses. Il faut toutefois signaler que cet argument n'est pas partagé par toutes les parties prenantes. Il semble que sur certains territoires, les engagements de couverture des opérateurs de la « zone AMII » portent parfois sur des zones faiblement rentables voire non rentables, de sorte que ces initiatives privées allègeraient au final les besoins de subventions publiques. En outre, il est vraisemblable que l'appétence des consommateurs à souscrire des abonnements à très haut débit soit plus forte dans les zones peu denses, au sein desquelles les débits actuellement disponibles sont plus limités. De la sorte, même si ces zones sont plus coûteuses à couvrir, elles pourraient générer des revenus supérieurs et présenter finalement une rentabilité équivalente à certaines zones de moyenne densité.
109. En tout état de cause, l'Autorité de la concurrence n'entend pas, dans le présent avis, se prononcer sur la question de l'équilibre entre investissement privé et intervention publique. Comme exposé dans la partie II relative au régime communautaire des aides d'Etat, ce régime ouvre de larges possibilités d'intervention publique, y compris pour des projets « intégrés » portant à la fois sur des zones rentables et non rentables, à condition de respecter certaines modalités. La logique du PNTHD, tendant à favoriser l'intervention des collectivités locales en complément des annonces de déploiement des opérateurs privés, relève donc d'un choix d'opportunité sur lequel il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer.
110. Au surplus, l'Autorité de la concurrence a rendu au gouvernement un avis n° [10-A-07](#) lors de la mise en place du programme national très haut débit. Elle a formulé des recommandations pour favoriser une meilleure articulation entre les interventions des opérateurs et des collectivités, garantir l'effectivité des déploiements annoncés par les opérateurs et permettre à l'ensemble des opérateurs de prendre part à ces déploiements au travers du co-investissement.
111. En particulier, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il est indispensable de maintenir des incitations dans le déploiement de la fibre optique, tant vis-à-vis des acteurs privés que publics. Si le PNTHD a permis d'inciter France Télécom à prendre des engagements de déploiements substantiels sous la menace d'une large intervention des collectivités territoriales, il n'en demeure pas moins que cet opérateur a structurellement peu intérêt à voir se déployer une nouvelle boucle locale en fibre optique, susceptible de concurrencer son monopole sur la boucle locale en cuivre optique et de remettre en cause la rente de situation y afférente.
112. L'Autorité de la concurrence invite ainsi les pouvoirs publics à exiger des opérateurs la plus grande précision dans leurs intentions de déploiement et à veiller de manière régulière à leur strict respect. Pour la crédibilité du dispositif, il importe également que, dans l'hypothèse où les projets d'investissement devraient s'écarter de la trajectoire initialement prévue, le gouvernement envisage sérieusement de revoir en profondeur la logique du PNTHD.

B. LES APPELS D'OFFRES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES POUR LA MISE EN ŒUVRE DES RÉSEAUX D'INITIATIVE PUBLIQUE

113. Le PNTHD incite les collectivités territoriales à mettre en œuvre des projets publics de réseaux à très haut débit en complément des zones de déploiement des opérateurs privés telles qu'elles ressortent de l'appel à manifestation d'intérêt d'investissement (AMII). Il s'ensuit qu'un nombre important de procédures publiques vont être lancées prochainement.
114. L'instruction a mis en évidence d'importants risques concurrentiels dans le cadre de ces procédures publiques, résultant de la situation particulière de certains acteurs, notamment mais pas exclusivement de France Télécom. Si certains comportements étaient effectivement mis en œuvre, ils pourraient revêtir la qualification d'abus de position dominante et être à ce titre sanctionnés par l'Autorité de la concurrence. Mais le présent avis est aussi l'occasion de proposer aux pouvoirs publics l'adoption de mesures préventives visant à garantir *ex ante* le bon fonctionnement de ces marchés.
115. Ces recommandations sont d'autant plus importantes que le secteur des communications électroniques tend, en raison de son intensité capitalistique, à se stabiliser autour d'un nombre limité d'acteurs de taille significative. Le nouveau cycle d'investissement qu'ouvre le déploiement de la fibre optique jusqu'à l'abonné peut aussi bien accroître cette tendance qu'être l'occasion de s'assurer que ce secteur maintient un degré d'ouverture suffisant.

1. L'INTÉGRATION VERTICALE D'ORANGE ET DE SFR

116. Certains opérateurs répondant aux appels d'offres de collectivités exercent également une activité de fournisseur d'accès à Internet (FAI) sur le marché de détail du haut débit. Ces opérateurs verticalement intégrés sont principalement Orange et SFR. D'autres acteurs interviennent dans ces appels d'offres en tant que « *pure player* » du secteur des communications électroniques – il peut par exemple s'agir de filiales de groupes du BTP. Il s'agit notamment d'Axione et de Covage.
117. Les informations recueillies par l'Autorité lors de la préparation de l'avis ont mis en évidence les difficultés rencontrées par certains opérateurs « *pure players* » lors de la réponse aux appels d'offres. Ces difficultés découlent du fait que ces « *pure players* » ont pour principaux clients potentiels Orange et SFR, qui sont aussi leurs concurrents dans le cadre des appels d'offres publics.

Les engagements de présence

118. Seul un opérateur intégré comme Orange ou SFR est en mesure de s'engager auprès de la collectivité à ce qu'il y ait au moins un opérateur important usager du réseau public FTTH, à savoir lui-même. A l'inverse, un « *pure player* » n'est pas en mesure de s'engager auprès de la collectivité sur la venue d'opérateurs de détail sur le réseau, sauf à obtenir cet « engagement de présence » du FAI lui-même. Il existe donc un risque que les FAI, et particulièrement Orange et SFR, n'utilisent leur engagement de présence comme un instrument stratégique pour distordre la concurrence sur le marché des appels d'offres de collectivités.
119. Les engagements de présence des FAI impactent en effet très fortement l'équilibre économique des réseaux d'initiative publique. En l'absence de tels engagements, l'opérateur candidat ignore selon quel calendrier et avec quelle ampleur le réseau qu'il souhaite déployer sera loué par les différents FAI. Le candidat peut ainsi être amené à définir un scénario conservateur qui se traduira *in fine* par des besoins de financement publics supérieurs. De plus, les élus locaux sont souvent réticents à financer des

infrastructures dont il n'est pas assuré qu'elles apporteront effectivement à leurs administrés des services. De ce fait, dans leurs appels d'offres, les collectivités demandent généralement aux candidats qu'ils s'engagent à ce qu'il y ait un nombre minimal de FAI qui viennent s'implanter sur le réseau.

120. Or, dans le cadre de l'instruction, France Télécom et SFR ont indiqué ne pas souhaiter donner de position de principe quant à la possibilité pour leur branche de détail de recourir aux réseaux FTTH déployés dans le cadre de réseaux d'initiative publique. En revanche, pour leurs propres réponses aux appels d'offres pour la construction et l'exploitation de réseaux d'initiative publique à très haut débit, France Télécom et SFR ne connaissent pas la même incertitude et bénéficient de leur propre base de clients pour amortir leur réseau. Ils sont alors en mesure de demander des subventions publiques moindres auprès de la collectivité.
121. Pour éviter que les opérateurs verticalement intégrés ne puissent utiliser comme instrument stratégique le facteur d'utilisation ou non du réseau public par leur branche de détail, l'Autorité de la concurrence recommande que cette information soit connue à l'avance, indépendamment de l'identité de l'opérateur qui mettra *in fine* en œuvre le projet public.
122. Un opérateur verticalement intégré souhaitant répondre à un appel d'offres de collectivité devrait donc systématiquement informer en amont la collectivité des conditions dans lesquelles sa branche de détail serait susceptible d'utiliser le réseau public. Ces conditions doivent être objectives et peuvent par exemple porter sur les tarifs d'accès au réseau, sur l'architecture technique du réseau ou encore sur le système d'information et le processus de livraison et de service après-vente des accès. Inversement, il n'y a aucune raison d'obliger un FAI qui ne souhaiterait pas candidater à l'appel d'offres de donner cette information, qui ne constitue *a priori* plus un instrument stratégique dans le cadre de la commande publique.
123. En pratique, cette information pourrait être demandée de manière systématique par la collectivité dans le cadre de la procédure publique. La fourniture de l'information relative aux conditions d'utilisation du réseau public par l'éventuelle branche de détail du pétitionnaire pourrait constituer une condition de recevabilité de la réponse à l'appel d'offres.

La normalisation des systèmes d'information et des processus

124. Les informations recueillies lors de l'instruction ont également mis en évidence le fait que les grands FAI nationaux considèrent de nombreux réseaux d'initiative publique comme étant d'envergure trop réduite et déplorent l'absence d'harmonisation dans leurs architectures et leurs modalités d'exploitation, notamment en termes de système d'information, de processus de commande et de gestion des incidents d'exploitation. De ce fait, les FAI ont tendance à privilégier les réseaux des opérateurs dont ils sont déjà clients sur les marchés de gros du dégroupage, du « bitstream » ou des services de capacité, à savoir France Télécom et SFR.
125. Les représentants de l'ARCEP ont confirmé en séance ce manque d'homogénéité et ont indiqué avoir engagé des travaux ouverts à l'ensemble des opérateurs. Le représentant de l'AVICCA a également appelé de ses vœux la définition de références techniques, à l'établissement desquelles participeraient les FAI nationaux, et notamment France Télécom et SFR.

126. Cependant, ces opérateurs n'ont pas forcément intérêt à participer à de tels travaux. Certes, en tant que FAI, ils sont les principaux clients potentiels des réseaux d'initiative publique et devraient donc avoir intérêt à s'assurer du fait que ces réseaux répondent à leurs besoins. Mais en tant qu'opérateurs répondant aux appels d'offres des collectivités locales, ils ont au contraire intérêt à garder l'avantage compétitif qu'ils détiennent en tant que principaux acteurs sur le marché de gros.
127. Compte tenu de cette situation, l'Autorité de la concurrence invite le régulateur sectoriel à s'assurer de la participation pleine et entière d'Orange et SFR à ces indispensables travaux de normalisation.

2. L'UTILISATION D'INFORMATIONS PRIVILÉGIÉES

128. L'intervention des pouvoirs publics sous la forme de concessions ou de délégations de service public pose, dans le secteur des communications électroniques comme dans d'autres industries de réseaux, la question de l'égal accès à l'information des différents candidats potentiels.
129. Dans le cas présent, ces informations peuvent être de différentes natures. Il peut d'abord s'agir d'informations dont dispose un opérateur du fait de sa position d'investisseur privé dans la zone AMII. La connaissance précise des zones et des conditions techniques de déploiement dans les zones rentables peut en effet constituer un avantage pour répondre à un appel d'offres public portant sur des territoires complémentaires. Ensuite, un opérateur déjà partenaire d'une collectivité pour un réseau d'initiative publique (par exemple un réseau de collecte) peut disposer d'informations sur les besoins locaux qui peuvent l'avantager dans le cadre d'appels d'offres portant sur le très haut débit. Enfin, l'opérateur historique dispose d'informations sur ses infrastructures existantes (fourreaux de génie civil, poteaux, réseaux de collecte, etc.) qui peuvent faciliter le déploiement de nouveaux réseaux et avantager cet opérateur dans le cadre des procédures publiques.
130. Ainsi qu'elle a déjà eu l'occasion de l'indiquer dans son avis n° [09-A-57](#) précité, l'Autorité recommande aux acheteurs publics de rendre disponible toute information utile en amont des procédures de mise en concurrence, avec le même degré de précision et dans les mêmes délais pour l'ensemble des candidats potentiels. A cette fin, les opérateurs disposant de ces informations devraient les fournir aux collectivités territoriales en amont du lancement des appels d'offres. Si les moyens à la disposition des collectivités territoriales pour recueillir ces informations devaient s'avérer insuffisants, l'Autorité est d'avis que le régulateur sectoriel devrait être mis en mesure d'imposer aux opérateurs, et d'abord à France Télécom, la fourniture de telles informations en application de ses pouvoirs de régulation *ex ante*.

C. LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX RÉSEAUX D'INITIATIVE PUBLIQUE

131. Que ce soit directement, dans le cas d'une régie, ou indirectement, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un PPP, les collectivités qui sont à l'initiative de réseaux publics FTTH interviennent en tant qu'offreurs sur le marché de gros, en vendant des prestations de communications électroniques aux opérateurs commerciaux (les FAI) qui commercialisent ensuite des offres de détail aux clients finals. Les modalités d'accès à ces réseaux d'initiative publique sont à la fois une condition du bon fonctionnement concurrentiel du marché du très haut débit dans les zones concernées et un facteur d'attractivité du réseau considéré et donc de succès de l'initiative publique.

132. Compte tenu de ces enjeux, l'Autorité de la concurrence saisit l'occasion de la présente demande d'avis pour apporter aux collectivités territoriales un éclairage concurrentiel sur les conditions d'accès à leur réseau.

Les modulations tarifaires

133. Dans le cadre de l'instruction, l'Autorité de la concurrence a été interrogée sur la possibilité d'introduire une modulation tarifaire dans le catalogue de services du réseau public. Il peut s'agir, par exemple, de remises au volume en fonction du linéaire de réseau utilisé ou du nombre de prises souscrites par l'opérateur client. Dans le cadre des offres de co-investissement, certaines collectivités souhaitent particulièrement inciter les opérateurs clients du réseau à s'engager sur des volumes importants de commande, au travers de tarifs dégressifs, par tranche (ex : 5 % des foyers raccordables de la zone), en fonction du volume acheté. De même, certains catalogues de services prévoient une modulation des tarifs d'achat en fonction de la date de souscription de l'offre d'accès (souscription *ab initio*, lors de l'ouverture commerciale du réseau ou *a posteriori*).
134. Du point de vue du projet public, la mise en place de ce type de modulation vise à inciter les opérateurs clients à souscrire le plus grand volume de commande possible dès la phase d'ouverture commerciale du réseau. En maximisant les revenus initiaux perçus par le projet au titre du co-investissement, le financement du réseau s'en trouve allégé. En effet, l'établissement d'un réseau FTTH constitue un coût fixe important et le financement de l'investissement (coût du capital et de la dette) constitue une part importante des charges durant la phase de migration progressive des abonnés des réseaux haut débit vers le réseau FTTH.
135. Ces modulations sont cependant susceptibles de favoriser les principaux FAI, qui disposent du plus grand nombre de clients et qui sont en mesure de souscrire dès maintenant des volumes importants auprès des collectivités locales. Or, les conditions plus ou moins avantageuses dont bénéficient les FAI dans l'accès au réseau public auront un impact sur la capacité de ces opérateurs à pratiquer des tarifs plus ou moins attractifs sur les marchés aval, notamment sur le marché de détail du très haut débit. Il s'ensuit que ces modulations tarifaires peuvent distordre la concurrence.
136. L'Autorité de la concurrence a rappelé, dans son avis n° [11-A-15](#)³¹, les principes de tarification applicables aux infrastructures essentielles. Si la discrimination constitue l'une des pratiques réprimées au titre des abus de position dominante, le droit de la concurrence n'impose pas que les tarifs d'accès à ces infrastructures soient nécessairement uniformes et des modulations sont possibles. Mais ces modulations ne peuvent être compatibles avec le droit de la concurrence qu'à de strictes conditions : (i) les modulations doivent être justifiées, par exemple en termes de différence de coûts ou de prise en compte d'externalités, (ii) les modulations doivent être proportionnées au regard des justifications apportées, (iii) enfin le tarif et ses modulations doivent être transparents et leurs évolutions prévisibles.
137. S'agissant des modulations tarifaires liées à la date de souscription des tranches de co-investissement, le fait d'accorder une remise pour les tranches souscrites au moment de l'ouverture commerciale du réseau paraît pouvoir constituer la contrepartie de la réduction du risque de commercialisation pour le projet public, par rapport aux tranches acquises par les opérateurs *a posteriori*. La souscription *ab initio* induit en effet une économie de coûts objective pour le porteur du projet public en termes de réduction du risque et du poids du

³¹ Avis n° [11-A-15](#) du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire.

financement du réseau. Ce type de modulation paraît donc pouvoir être compatible avec le droit de la concurrence à condition que les niveaux des remises accordées reflètent strictement les économies de coûts correspondantes.

138. En revanche, les modulations tarifaires liées au nombre de tranches souscrites ne paraissent pas pouvoir être justifiées par des considérations objectives, en tout cas pas par des différences de coûts. Que deux opérateurs souscrivent une tranche de 5 % ou qu'un opérateur souscrive une tranche de 10 %, le coût pour la collectivité est en effet le même. L'Autorité de la concurrence recommande par conséquent aux collectivités locales de ne pas mettre en œuvre ce type de réduction au volume dans le cadre du catalogue d'accès au réseau public.

Les offres de capacité

139. La réglementation définie par l'ARCEP impose aux opérateurs FTTH de fournir une offre de co-investissement et une offre de « location à la ligne », qui est une offre d'accès à l'infrastructure passive équivalente au dégroupage. En complément, les collectivités locales souhaitent proposer des offres de capacité, c'est-à-dire des offres activées de type « bitstream ».
140. L'Autorité de la concurrence se félicite de cette initiative des collectivités locales. Dans ses avis n° [10-A-18](#) du 27 septembre 2010 et n° [11-A-05](#) du 8 mars 2011, l'Autorité avait souligné qu'il était essentiel que des offres de gros adaptées soient disponibles pour permettre aux nouveaux entrants et aux petits opérateurs, qui n'ont pas nécessairement les économies d'échelles suffisantes pour co-investir dans un réseau FTTH, ni même parfois pour installer leur propre réseau dans les différents points de mutualisation du réseau, d'entrer sur le marché du très haut débit. A cet égard, l'existence d'offres activées peut compléter l'« échelle des investissements », réduisant ainsi les barrières à l'entrée sur le marché du très haut débit et favorisant l'animation concurrentielle sur ce marché.
141. Certains acteurs ont néanmoins fait valoir que certains catalogues présenteraient un espace économique insuffisant entre les différents types d'offres proposées par le réseau public, ce qui provoquerait un effet de ciseau. Par exemple, un FAI qui achèterait une offre de co-investissement pourrait difficilement concurrencer l'offre du réseau public au niveau de la location à la ligne ou des offres de capacité. De la sorte, le partenaire privé de la collectivité locale disposerait d'un avantage concurrentiel sur les marchés de gros.
142. L'Autorité de la concurrence ne dispose pas, dans le cadre du présent avis, des éléments et analyses nécessaires pour apprécier l'existence ou non de pratiques de ciseau tarifaire sur les cas concernés. Elle invite néanmoins les collectivités territoriales à demeurer vigilantes à ce que les tarifs des différentes offres de gros du catalogue d'accès au réseau public soient cohérents entre eux et permettent l'exercice d'une concurrence effective tant au niveau du marché de détail que des marchés de gros.

IV. Conclusion

143. Comme l'Autorité de la concurrence l'a signalé à plusieurs reprises, les collectivités territoriales peuvent légitimement intervenir au travers de réseaux publics pour faciliter l'aménagement numérique de leur territoire. Le secteur des communications électroniques n'en reste pas moins un marché concurrentiel, dans lequel l'initiative privée et l'innovation

jouent un rôle central. C'est pourquoi il importe que les interventions publiques se fassent dans le respect du bon fonctionnement des marchés et des règles de concurrence.

144. Le régime communautaire des aides d'Etat encadre les conditions de financement des réseaux de communications électroniques par des ressources publiques. Le présent avis est l'occasion pour l'Autorité de la concurrence de rappeler ces règles, qui sont du ressort de la Commission européenne. Ce cadre juridique fait apparaître de larges possibilités d'interventions des collectivités locales, notamment au travers de la notion de service d'intérêt économique général (SIEG), dans le respect cependant de strictes conditions portant sur la sélection de l'entreprise chargée de fournir ce service ainsi que les modalités de compensation financière de cette entreprise.
145. Dans ce contexte, la logique du programme national très haut débit (PNTHD) lancé par le gouvernement, tendant à favoriser l'intervention des collectivités locales en complément des annonces de déploiement des opérateurs privés, relève d'un choix d'opportunité sur lequel il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de se prononcer. Les résultats de l'appel à manifestation d'intérêt (AMII) suggèrent une certaine appétence des opérateurs privés pour déployer la fibre optique. Il y a lieu de s'en féliciter, tout en veillant à ce que ces annonces soient suffisamment précises et suivies d'effet, ce qui implique de maintenir un cadre suffisamment incitatif.
146. De nombreuses collectivités locales sont appelées à lancer des projets publics de réseaux à très haut débit pour compléter les déploiements des opérateurs. L'Autorité de la concurrence alerte les pouvoirs publics sur les risques importants de distorsion de concurrence qui pourraient survenir dans ce cadre. Les opérateurs verticalement intégrés, comme Orange ou SFR, qui peuvent répondre aux appels d'offres des collectivités tout en étant, en tant que fournisseurs d'accès à Internet (FAI), les principaux clients potentiels des réseaux publics, paraissent disposer d'avantages concurrentiels déterminants face aux autres acteurs.
147. Pour prévenir ces distorsions de concurrence, l'Autorité de la concurrence recommande :
 - que les opérateurs verticalement intégrés fournissent aux collectivités locales, lorsqu'ils ont l'intention de candidater à un appel d'offres, les conditions dans lesquelles ils seraient susceptibles d'utiliser le réseau public en tant que FAI, indépendamment de l'identité de l'opérateur qui sera *in fine* désigné, de manière à ce que cette information puisse être communiquée à l'ensemble des candidats ; la fourniture de cette information pourrait constituer une condition de recevabilité de la proposition du candidat ;
 - que le régulateur sectoriel, l'ARCEP, s'assure de la bonne marche et de la pleine participation des opérateurs aux travaux de normalisation nécessaires pour garantir l'interopérabilité entre les réseaux et les systèmes d'information d'initiative publique et ceux des FAI.

Délibéré sur le rapport oral de M. Franck Bertrand, rapporteur et l'intervention de M. Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, et Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot, Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidentes.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

Le président
Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence