

Autorité
de la concurrence



Avis n° 10-A-23 du 29 novembre 2010
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques et des postes sur les conditions de
réalisation d'infrastructures et des réseaux de communications
électroniques pour bénéficier des aides du fonds d'aménagement
numérique des territoires

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée sous le numéro 10/0092 A le 18 octobre 2010, par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a saisi l'Autorité pour avis, en application des dispositions de l'article 24 de la loi n° 2009-1572 relative à la lutte contre la fracture numérique ;

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), notamment son article 5, modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 ;

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

Vu la communication 2009/C 235/04 de la Commission du 17 septembre 2009 établissant 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 ;

Vu le code général des collectivités territoriales et notamment ses articles L. 1425-1 et L. 1425-2 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, les représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, entendus lors de la séance du 19 novembre 2010;

Les représentants des sociétés Iliad-Free et France Télécom entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. La loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique prévoit la mise en œuvre d'un fonds d'aménagement numérique des territoires (ci-après «le fonds») pour financer le déploiement d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques à très haut débit.
2. Son article 24 dispose que « *le fonds d'aménagement numérique des territoires a pour objet de contribuer au financement de certains travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique mentionnés à l'article L. 1425-2 du code général des collectivités territoriales.* »
3. Parmi les critères d'attribution des aides de ce fonds, la détermination de certains critères relève de la compétence de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après l'ARCEP). Il en est ainsi des conditions d'ouverture et d'accessibilité des infrastructures et réseaux aidés par le fonds :
4. « *Les aides du fonds d'aménagement numérique des territoires ne peuvent être attribuées qu'à la réalisation d'infrastructures et de réseaux accessibles et ouverts, dans des conditions précisées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, après avis des associations représentant les collectivités territoriales et de l'Autorité de la concurrence et consultation des opérateurs de communications électroniques* ».
5. Au regard de l'ensemble des critères posés par l'article 24 de la loi, les aides seront attribuées, sur demande, aux maîtres d'ouvrage des travaux de réalisation d'infrastructures et de réseaux « *par arrêté conjoint du ministre chargé de l'aménagement du territoire et du ministre chargé des communications électroniques pris après avis du comité national de gestion du fonds* ».
6. C'est par une lettre enregistrée le 18 octobre 2010 sous le numéro 10/0092 A que l'ARCEP a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence conformément à l'article 24 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 précitée.
7. Le projet de décision transmis à l'Autorité a également été soumis pour avis aux associations représentant les collectivités territoriales et fait l'objet, de manière parallèle, d'une consultation publique des opérateurs de communications électroniques.
8. Après avoir présenté le contexte dans lequel s'inscrit l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 (I), l'Autorité analysera les conditions d'accessibilité et d'ouverture proposées par l'ARCEP auxquelles doivent répondre les projets de réalisation d'infrastructures et des réseaux de communications électroniques pour pouvoir bénéficier des aides du fonds d'aménagement numérique des territoires (II).

I. Contexte

9. En instaurant la possibilité d'un financement public, l'article 24 de la loi conduit en premier lieu à s'interroger sur la légitimité de l'intervention publique pour le développement des réseaux de nouvelle génération (A). En second lieu, la question des critères d'ouverture et d'accessibilité, dont la définition relève exclusivement de la compétence de l'ARCEP, ne peut être appréhendée indépendamment des autres critères

visés par le dispositif, ce qui nécessite donc de clarifier, ou d'aider à la clarification, des critères d'éligibilité à ce dispositif d'aide (B).

A. RÉSEAUX DE NOUVELLE GÉNÉRATION ET INTERVENTION PUBLIQUE

10. Les caractéristiques techniques et financières des réseaux de nouvelle génération peuvent rendre nécessaire une intervention publique pour assurer leur déploiement dans les zones peu denses (1) : il s'agit d'une option retenue par la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 précitée relative à la lutte contre la fracture numérique (2). Les autorités de concurrence, tant française que communautaire, ont souligné la légitimité de cette intervention sous réserve du respect de certains critères (3).

1. LES ARGUMENTS EN FAVEUR D'UNE INTERVENTION PUBLIQUE POUR LE DÉPLOIEMENT DE RÉSEAUX DE NOUVELLE GÉNÉRATION

11. Les besoins en capacités des réseaux numériques ne cessent de croître, sous la double pression d'une consommation croissante des équipements connectés et de la multiplication de ces équipements au sein des ménages et des entreprises. A moyen terme, les débits offerts par les réseaux actuels ne permettront plus de satisfaire qu'une faible proportion des ménages et des entreprises. Comme le démontrent les exemples du Japon, de la Corée du Sud et des États-Unis, le déploiement de réseaux de nouvelle génération apparaît inéluctable à moyen terme.
12. Parmi ces réseaux, les réseaux FTTH (pour « Fiber To The Home ») permettent d'assurer le niveau de performance le plus élevé en l'état actuel des technologies. Toutefois, le coût de leur installation est important et fortement croissant lorsque la densité diminue, de sorte que leur déploiement par le seul jeu des opérateurs privés ne pourra concerner qu'une partie limitée du territoire. L'ARCEP estime qu'une première zone, où plusieurs opérateurs privés seraient susceptibles de déployer leur propre boucle locale en fibre optique (dite « zone I »), pourrait concerner environ 15 % de la population.
13. Au-delà de cette zone, lorsque la densité décroît, les coûts de déploiement augmentent et les parts de marché des opérateurs alternatifs diminuent, de sorte qu'il n'est plus rentable pour ces derniers de déployer leur propre réseau fibre. Dans ces zones, désignées « zones moins denses » par l'ARCEP, le déploiement de la boucle locale en fibre optique revêt le caractère d'un monopole naturel, c'est-à-dire qu'un opérateur qui installerait un réseau fibre aurait peu de chance de voir un réseau concurrent s'installer. C'est dans ces zones moins denses que se pose la question de la légitimité de l'intervention publique pour assurer la desserte de leur territoire en fibre optique en complément du marché.
14. Plusieurs programmes prévoyant un soutien financier de l'État pour assurer une couverture ambitieuse du territoire en faveur du haut débit et du très haut débit ont été engagés à travers le monde, notamment en Australie, au Royaume-Uni et, dans une moindre mesure, aux États-Unis.

2. LES MODALITÉS D'ORGANISATION DE L'OCTROI D'AIDES AU DÉPLOIEMENT DE RÉSEAUX DE NOUVELLE GÉNÉRATION

15. En France, la loi de modernisation de l'économie, adoptée mi 2008, a instauré différentes mesures pour faciliter le déploiement de la fibre dans les immeubles en confiant, notamment à l'ARCEP, de nouvelles compétences de régulation.
16. C'est en complément de ces premières mesures que la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 précitée relative à la lutte contre la fracture numérique a été adoptée. Outre le renforcement des compétences de régulation symétriques de l'ARCEP, « *notamment en vue d'assurer la cohérence des déploiements et une couverture homogène des zones desservies* », la loi du 17 décembre 2009, notamment au travers de son article 24, instaure un ensemble de mesures rendant possible une intervention publique en cas d'insuffisance de l'initiative privée.
17. Afin d'assurer une mise en œuvre cohérente de l'ensemble de ces mesures, le gouvernement a lancé un programme national « très haut débit », publié le 14 juin 2010, destiné à faciliter le déploiement sur l'ensemble du territoire de réseaux très haut débit, notamment en fibre optique. L'Autorité s'est prononcée sur ce programme par son avis n° [10-A-07](#).
18. Si le fonds d'aménagement numérique des territoires existe indépendamment du programme national très haut débit, il apparaît important, comme le souligne l'ARCEP, que les critères d'accès au fonds soient établis en cohérence avec les critères d'attribution du volet B de ce programme dans la mesure où le fonds devrait en partie être abondé financièrement par les ressources dégagées par le gouvernement pour le programme national très haut débit¹.

3. LA LÉGITIMITÉ DES DISPOSITIFS D'AIDE AU REGARD DES RÈGLES DE CONCURRENCE

19. En instaurant la possibilité d'un financement public de certains travaux de réalisation des infrastructures et réseaux de ces schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique, l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 s'inscrit dans la problématique d'un soutien financier de l'État pour assurer une couverture ambitieuse du territoire en faveur du très haut débit en cas de possible carence de l'initiative privée.
20. Dans son avis sur le programme national très haut débit [10-A-07](#), l'Autorité a indiqué qu'une intervention publique peut être légitime dans un marché ouvert à la concurrence, à condition de remplir un objectif d'intérêt général que le marché ne suffit pas à satisfaire et que ses modalités de mise en œuvre ne conduisent pas à distordre la concurrence. En l'occurrence, l'Autorité a estimé que l'objectif d'assurer la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit peut relever de l'intérêt général, sous réserve de respecter certains critères de technologie, de couverture et de concurrence prédéfinis.

¹ Le programme indique que « *le fonds d'aménagement numérique des territoires institué par la loi relative à la lutte contre la fracture numérique, sera alimenté par le FSN [fonds national pour la société numérique], en fonction des besoins. Il sera consacré à l'abondement de projets d'initiative publique prévu dans le volet B de la phase de soutien aux déploiements* ».

21. La Commission européenne a eu l'occasion de se prononcer favorablement sur ce type d'initiatives, à condition qu'elles respectent les règles de concurrence. A cette fin, elle a notamment publié des lignes directrices pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communications électroniques à haut débit².
22. Ainsi, au-delà des règles nationales du droit de la concurrence, l'analyse des conditions d'accessibilité et d'ouverture proposées par l'ARCEP appellera donc, de la part de l'Autorité, une prise en compte attentive des règles édictées par la Commission dans la mesure où la réalisation des infrastructures et des réseaux visés par l'article 24 de la loi bénéficiera d'aides du fonds d'aménagement numérique des territoires.

B. SUR LA PRISE EN COMPTE DU DISPOSITIF GLOBAL DE L'ARTICLE 24 DE LA LOI

23. L'Autorité de la concurrence est appelée à donner son avis sur les conditions d'ouverture et d'accessibilité définies par l'ARCEP dans son projet de décision. Toutefois, il convient de souligner que l'article 24 de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009, qui renvoie à l'ARCEP le soin de définir des critères d'ouverture et d'accessibilité auxquels l'octroi d'une aide sera conditionné, comprend d'autres critères d'éligibilité (1). Il est alors nécessaire de prendre en compte ces derniers pour l'élaboration des critères d'ouverture et d'accessibilité (2).

1. LES DIFFÉRENTS CRITÈRES D'ÉLIGIBILITÉ DÉFINIS PAR L'ARTICLE 24 DE LA LOI DU 17 DÉCEMBRE 2009

24. Certains de ces critères propres appellent plus particulièrement l'attention.
25. En premier lieu, en disposant que les aides doivent permettre sur la zone concernée par le projet « *d'accéder aux communications électroniques en très haut débit* », l'article 24 de la loi semble poser un critère technologique ouvrant une typologie de projet couvrant aussi bien le très haut débit fixe que mobile.
26. En précisant que cet accès aux communications électroniques en très haut débit doit bénéficier « *à l'ensemble de la population de la zone concernée* », l'article 24 de la loi semble fixer un critère lié au degré de couverture du projet.
27. En posant comme condition préalable à l'octroi de l'aide que soit établi « *que le seul effort, y compris mutualisé, des opérateurs déclarés en application du I du même article L. 33-1 ne suffira pas à déployer un réseau d'infrastructures de communications électroniques à très haut débit* », l'article 24 semble poser un critère de zonage déterminé en fonction de la carence de l'initiative privée. Il convient de noter qu'un décret précisera comment établir cette insuffisance de l'initiative privée.
28. Enfin, en se référant à la notion « *de maître d'ouvrage* », la loi amène à s'interroger sur l'existence d'un critère lié à l'identité de la personne qui porte le projet.

² Communication de la Commission 2009/C 235/04 (17 septembre 2009), *Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit*.

2. LA NÉCESSAIRE ARTICULATION DES CRITÈRES D'ACCESSIBILITÉ ET D'OUVERTURE AVEC LES AUTRES CRITÈRES D'ÉLIGIBILITÉ ÉNONCÉS DANS L'ARTICLE 24 DE LA LOI

29. Si la demande d'avis de l'ARCEP ne porte que sur la détermination des conditions d'ouverture et d'accessibilité, l'Autorité de la concurrence considère que ces deux critères ne peuvent être appréhendés indépendamment des autres critères posés par l'article 24 de la loi. En effet, la détermination des critères d'ouverture et d'accessibilité d'une infrastructure ou d'un réseau est susceptible d'appeler un traitement différencié en fonction de l'appréciation qui pourra être faite de chacun des autres critères posés par l'article 24 de la loi.
30. Pour sa part, l'ARCEP a souhaité donner une stricte lecture de la loi en définissant les conditions d'ouverture et d'accessibilité indépendamment des autres critères posés par la loi. L'ARCEP considère, d'une part, que l'articulation de l'ensemble des critères relève de la responsabilité du gouvernement et du comité de gestion du fonds à l'occasion de l'appréciation des projets qui leur seront soumis et, d'autre part, que les différentes mesures de régulation sectorielle qu'elle a prises ou qu'elle s'apprête à prendre sont de nature à fournir des éléments d'appréciation suffisants.
31. Ce faisant, le projet de décision de l'ARCEP propose des conditions d'ouverture et d'accessibilité formulées en des termes très généraux. Cette approche, que la lettre de la loi peut effectivement suggérer, pose toutefois deux types de difficultés. En premier lieu, il ressort des différents échanges menés avec les acteurs du secteur dans le cadre de l'instruction que les conditions d'ouverture et d'accessibilité ainsi définies sont susceptibles d'entraîner, selon certains acteurs du secteur, une insécurité juridique.
32. En second lieu, le caractère général des conditions établies par l'ARCEP apparaît d'autant plus problématique que celle-ci se déclare elle-même incompétente pour juger du respect de la décision qu'elle est amenée à prendre sur le fondement de l'article 24 de la loi, aussi bien au titre d'une procédure de sanction sur le fondement de l'article L.36-11 du code des postes et des communications électroniques qu'au titre d'un règlement de différend sur le fondement de l'article L. 36-8 du même code.
33. Il apparaît ainsi nécessaire à l'Autorité de tenir compte, dans son analyse, du champ d'application global du dispositif prévu par l'article 24 de la loi n°2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique. Elle appréhendera donc la définition des critères d'ouverture et d'accessibilité au regard des autres critères posés par l'article 24 et vérifiera leur cohérence avec les règles de droit préexistantes, aussi bien communautaires que nationales.

II. Analyse

34. L'exigence de cohérence qui vient d'être rappelée conduit l'Autorité de la concurrence à confronter les conditions précisées par l'ARCEP avec les différentes technologies permettant de véhiculer des services de communications électroniques à très haut débit (A), à s'interroger sur le traitement des réseaux de collecte dans le cadre du dispositif de l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 (B) ainsi que sur les conséquences liées à l'identité du porteur du projet (C).

A. SUR LA NECESSITÉ DE PRÉCISER LE STATUT DES DIFFÉRENTES TECHNOLOGIES

35. Il ressort de la combinaison de l'article 24 de la loi et de l'article L. 1425-2 du code général des collectivités territoriales (ci-après « CGCT ») que les infrastructures et réseaux éligibles au fonds visent à desservir la population en très haut débit, aussi bien à travers des infrastructures THD fixe que mobile, y compris satellitaires.
36. L'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 n'exige pas de l'ARCEP qu'elle donne des éléments d'appréciation sur le champ couvert par la notion de très haut débit. L'ARCEP ne s'étant pas saisie elle-même de cette question dans son projet de décision, elle propose donc des conditions d'ouverture et d'accessibilité formulées en des termes généraux dont l'interprétation est susceptible d'entraîner, selon certains acteurs du secteur, une insécurité juridique lorsque le comité de gestion du fonds sera amené à combiner la décision de l'ARCEP avec la notion de très haut débit, aussi bien pour les réseaux mobiles (1) que pour les réseaux fixes (2).
37. Même si, aux termes de loi, il ne revient pas à l'ARCEP de définir la notion de très haut débit posée par l'article 24, il ne lui est pas interdit, compte tenu de sa connaissance du secteur³, de donner des éléments d'appréciation de nature à éclairer le comité de gestion du fonds dans l'appréciation qu'il fera des projets qui lui seront soumis, celui-ci restant en tout état de cause responsable de ses choix.

1. LE TRÈS HAUT DÉBIT MOBILE

a) Les évolutions récentes et à venir des services de communications mobiles

38. Les services de communications mobiles s'apprêtent à suivre la même évolution que celle des services fixes, c'est-à-dire une transition accélérée vers l'accès à haut et très haut débit. Cette tendance peut dès à présent être constatée à travers la croissance des débits et du trafic de l'UMTS. Le déploiement des réseaux 3G en France a ainsi permis la mise en place de nouveaux services de données à haut débit modifiant les usages en matière de téléphonie mobile puisque viennent progressivement s'ajouter aux services traditionnels de la voix et de messages, des services enrichis, tels que l'accès à Internet et à des contenus multimédias.
39. L'introduction de nouveaux systèmes, qui se substitueront progressivement aux réseaux mobiles de troisième génération au cours de la prochaine décennie, est désormais engagée en Europe et dans le monde.
40. Il est ainsi attendu du déploiement des nouveaux réseaux mobiles une augmentation importante des débits par rapport à la 3G. Cette augmentation des débits est permise d'une part, par l'identification de ressources en fréquences supplémentaires (bandes 800 MHz et

³ Le législateur a ainsi demandé à l'ARCEP de faire « *des propositions pour favoriser le déploiement du très haut débit en zone rurale dans des conditions permettant le développement de la concurrence au bénéfice du consommateur* » (art. 109 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) et d'établir un rapport « *décrivant l'état des technologies fixes et mobiles, y compris satellitaires, qui pourront permettre d'augmenter le débit disponible en communications électroniques, et les services que ces technologies permettront de fournir. Ce rapport prend en compte les investissements déjà réalisés, le coût des investissements à réaliser selon la technologie utilisée et la possibilité de réutiliser ces investissements dans le cadre d'une couverture ultérieure des territoires en lignes de communications électroniques à très haut débit. (...)* » (art. 32 de la loi relative à la lutte contre la fracture numérique du 17 décembre 2009).

2,6 GHz) qui augmenteront significativement les capacités des réseaux pour acheminer le trafic et, d'autre part, par la mise en œuvre de nouvelles technologies dites de quatrième génération.

41. Ces technologies mobiles devraient permettre de fournir des performances nettement supérieures. Il s'agit notamment de la technologie dite LTE (« Long Term Evolution »), qui devrait en particulier présenter une meilleure efficacité spectrale que les technologies 3G (le LTE vise des débits crêtes théoriques d'environ 30 à 40 Mbit/s dans un canal de 5 MHz lorsque les technologies 3G actuellement déployées atteignent 14,4 Mbit/s dans un tel canal).
42. Au regard de ces éléments, il apparaît que la notion de très haut débit mobile concerne les réseaux de 4^{ème} génération, notamment à travers la technologie dite LTE, plutôt que les réseaux de troisième génération.

b) L'articulation du projet de décision de l'ARCEP avec les différentes technologies

43. Il ressort des échanges menés avec les acteurs du marché dans le cadre de l'instruction que l'absence de référence du projet de décision de l'ARCEP aux éléments d'appréciation décrits aux paragraphes 38 et 39 suscite une réelle interrogation sur le type de réseaux concerné par les conditions d'ouverture et d'accessibilité et ainsi éligible à une aide du fonds. Si certains opérateurs considèrent que les réseaux de 3^{ème} génération sont éligibles au fonds, d'autres estiment que la notion de très haut débit ne concerne que les réseaux de 4^{ème} génération.
44. Les clarifications qui pourraient être données à cet égard apparaissent d'autant plus nécessaires qu'elles sont de nature à avoir un impact sur la dynamique concurrentielle liée au déploiement de ces nouveaux réseaux. Contrairement aux réseaux de 3^{ème} génération, dont le déploiement est en cours de finalisation, le déploiement des réseaux mobiles THD interviendra selon un calendrier différent, dépendant d'au moins deux facteurs : (i) le calendrier de disponibilité des équipementiers, qui est largement fonction de l'appétence mondiale pour la technologie ; (ii) les conditions d'octroi par l'ARCEP des fréquences nécessaires aux opérateurs mobiles pour les réseaux LTE issues du «dividende numérique».
45. En n'apportant pas d'élément d'appréciation sur la notion de très haut débit appliquée aux réseaux mobiles, le projet de décision de l'ARCEP propose des conditions d'ouverture et d'accessibilité dont l'interprétation peut amener à rendre éligible des réseaux mobiles de troisième génération qui, en tant que tels, ne participeront pas à un renforcement de la dynamique concurrentielle comme pourraient le faire des réseaux mobiles de nouvelle génération.
46. En tout état de cause, l'intervention de la puissance publique sur des marchés ouverts à la concurrence n'est envisageable que si elle apparaît légitime au regard de l'existence d'un intérêt général que le marché n'est pas à même d'atteindre seul. Or l'octroi de ressources publiques pour le déploiement des réseaux de troisième génération ne paraît pas être justifié au regard de ce deuxième critère, compte tenu notamment de l'accord de mutualisation des installations signé par les opérateurs en février dernier sous l'égide du régulateur, qui doit permettre une large couverture du territoire.
47. Bien qu'il ne revienne pas à l'ARCEP de définir, aux termes de l'article 24 de la loi, la notion de très haut débit, l'Autorité invite l'ARCEP à donner, à tout le moins, des éléments

d'appréciation sur le statut qu'il convient de donner à ces technologies au vu de la notion de très haut débit mobile afin de permettre une bonne interprétation des conditions d'ouverture et d'accessibilité qu'elle précise.

2. LE TRÈS HAUT DÉBIT FIXE

48. Plusieurs technologies permettent d'envisager un accroissement des débits au niveau des réseaux filaires :
- les réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH pour fiber to the home) ;
 - les technologies filaires intermédiaires, consistant à moderniser les réseaux existants du téléphone (par dégroupage des sous-répartiteurs) et du câble coaxial.
49. Certains extraits du projet de décision de l'ARCEP suscitent des interrogations sur la portée qu'elle entend donner à la notion de très haut débit. En particulier, l'ARCEP estime que serait éligible au fonds « *un réseau en fibre optique déployé afin de raccorder un réseau d'accès filaire* », notamment si ce réseau d'accès filaire propose une offre d'accès passive. En s'exprimant ainsi, l'ARCEP tend à prendre en considération non seulement les réseaux en fibre optique, mais aussi le réseau cuivre de France Télécom et le réseau câblé de Numéricâble.
50. Certains acteurs considèrent qu'une telle marge d'interprétation n'offre pas de garantie juridique suffisante.
51. Pour déterminer si ces technologies peuvent légitimement entrer dans le dispositif de l'article 24 de la loi, plusieurs éléments paraissent devoir être pris en compte, parmi lesquels :
- (i) les débits disponibles à court ou moyen terme ;
 - (ii) la possibilité de réutilisation des infrastructures pour des évolutions à plus long terme ;
 - (iii) le degré d'ouverture possible à la concurrence du réseau à court ou moyen terme ;
 - (iv) l'impact de ce choix sur la dynamique de déploiement des réseaux à très haut débit.

a) S'agissant des réseaux FTTH

52. Les débits susceptibles d'être véhiculés sur les réseaux FTTH ne posent pas de problème. Cette technologie permet de répondre de manière pérenne aux besoins en capacités des réseaux numériques qui ne cessent de croître.
53. Au regard des critères concurrentiels précités, ce type de réseaux permet également de répondre aux exigences de l'ouverture à la concurrence sous certaines conditions.
54. A cet égard, l'Autorité approuve l'ARCEP lorsqu'elle estime que « *les précisions portant sur les conditions d'accessibilité et d'ouverture des infrastructures et réseaux susceptibles d'être aidés par le fonds doivent nécessairement être cohérentes avec le cadre réglementaire imposant la mutualisation de la partie terminale des réseaux en fibre optique* ».

55. Les conditions d'accessibilité et d'ouverture définies par l'ARCEP doivent en particulier être cohérentes avec le cadre réglementaire portant sur la mutualisation de la partie terminale des réseaux en zone moins dense, en particulier pour traiter la question de la garantie d'un accès effectif au réseau.
56. Comme l'Autorité a déjà été amenée à le préciser, le fait de garantir un accès effectif au réseau peut passer à travers des considérations propres à son architecture. Une comparaison entre les réseaux cuivre et fibre permet en effet de penser que les paramètres essentiels pour la concurrence de l'architecture du réseau fibre sont : (i) la taille des points de mutualisation ; (ii) la présence de liens de collecte en fibre optique et (iii) les conditions d'hébergement des équipements.
57. Sur ce dernier point, l'Autorité souhaite rappeler qu'elle considère que les critères retenus pour la question de l'hébergement des équipements doivent être neutres technologiquement et prendre en compte aussi bien les spécificités de la technologie point-à-point que celles de la technologie PON.
58. L'Autorité renvoie aux développements qu'elle a consacrés à ce sujet dans son avis n° [10-A-18](#).

b) S'agissant de la modernisation du réseau téléphonique

59. L'ARCEP n'exclut pas qu'un projet de réseau de collecte puisse bénéficier du fonds dès lors qu'il donne, en raccordant le réseau cuivre de France Télécom au niveau de la sous boucle, la possibilité à plusieurs opérateurs de desservir la population en très haut débit grâce à l'accès passif qu'il est susceptible d'offrir en ce point de raccordement. Il ressort donc des conditions d'accessibilité et d'ouverture précisées par l'ARCEP qu'un projet visant à la modernisation du réseau cuivre de France Télécom, en permettant éventuellement dans le futur un accroissement significatif des débits par le dégroupage de la sous-boucle, peut bénéficier des aides du fonds.
60. Au vu de ces éléments, l'Autorité s'interroge sur la compatibilité de ce dispositif avec les différents critères précités.
61. Par rapport à la notion de très haut débit consacrée par l'article 24 de la loi, cette interrogation est d'autant plus justifiée lorsque l'on considère les débits susceptibles d'être véhiculés sur le réseau cuivre de France Télécom en l'état actuel de la technologie. S'il est avéré que la modernisation des réseaux existants du téléphone (par dégroupage des sous-répartiteurs) permet un accroissement des débits, elle n'est pas comparable, même à moyen terme, avec les débits véhiculés sur les réseaux FTTH ou les réseaux câblés ayant fait l'objet d'une modernisation et, par suite, ne semble pas correspondre, en l'état actuel de la technologie, aux débits cibles identifiés par la Commission européenne dans sa stratégie numérique pour l'Europe (par exemple 30 ou 100 Mb/s).
62. L'Autorité a ainsi pu noter dans son avis [10-A-07](#) sur le programme national pour le très haut débit que si « *à court terme, un seuil pourrait être fixé de manière technologiquement neutre, par exemple de 50 Mb/s en voie descendante et 5 Mb/s en voie remontante conformément au critère fixé par l'ARCEP dans son tableau de bord du très haut débit* », il apparaissait néanmoins préférable, compte tenu de l'accroissement constant de la demande en débits, de retenir une solution réellement pérenne, à savoir la technologie FTTH. L'Autorité note à cet égard que l'ARCEP est elle-même parvenue à la même conclusion, notamment dans son avis sur le programme national pour le très haut débit.

63. L'Autorité s'interroge par ailleurs sur la compatibilité de ce dispositif avec la dynamique concurrentielle du déploiement des réseaux en fibre optique à très haut débit. Elle souhaite à cet égard rappeler avoir vivement recommandé dans son avis 10-A-07 (§113) « *d'exclure du volet B les projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique, ainsi que le suggère également l'ARCEP dans son avis. Au-delà des limites déjà soulevées sur ces projets, sur un plan concurrentiel (n° 09-A-57) et du point de vue de la légitimité de l'intervention de l'État (§ 72 à 74), en favorisant ces projets, l'Etat désinciterait les collectivités territoriales, et en conséquence l'opérateur historique, à déployer la fibre, ce qui est contraire à l'objectif du gouvernement et à la logique du programme. L'objectif du programme doit donc rester le déploiement d'un nouveau réseau pérenne et non pas la mise à jour d'un réseau existant* ».
64. Au regard de ces éléments, l'Autorité considère donc que les projets de montée en débit n'ont pas vocation à s'inscrire dans le cadre de l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 au vu d'une part de la référence au très haut débit que fait cette disposition législative et d'autre part des risques inhérents à ce type de projet sur la concurrence et la dynamique des déploiements.
65. Au demeurant, l'Autorité est consciente que le déploiement de la fibre optique suppose des investissements et des délais importants et que d'autres solutions de plus court terme, comme la montée en débit, sont susceptibles de répondre aux souhaits de certaines collectivités locales de vouloir répondre rapidement aux besoins de leurs administrés. C'est en effet en arbitrant entre le risque concurrentiel posé par la montée en débit et les besoins de court terme des consommateurs habitant des zones à faible densité de population que l'Autorité a pu considérer que « *les projets de montée en débit au travers des solutions d'accès à la sous-boucle locale de France Télécom doivent être réservés à des situations exceptionnelles, et en priorité aux zones non-dégroupables* » (avis n° 09-A-57).
66. En outre, si le dispositif de l'article 24 de la loi n'apparaît pas comme le cadre d'intervention pertinent pour satisfaire la demande de ces consommateurs, d'autres dispositifs pourraient avoir vocation à répondre à ces situations exceptionnelles, en particulier le volet C du programme national très haut débit qui, aux termes de la consultation publique lancée le 27 octobre dernier par le gouvernement, devrait concerner « *la couverture des zones les moins denses de notre territoire qui ne seront pas rapidement desservies en très haut débit grâce à la fibre optique* ».
67. En tout état de cause, la mise en œuvre de tels projets appelle la définition d'une régulation claire et précise répondant aux risques concurrentiels qu'elle soulève (à la fois sur le marché des appels d'offres des collectivités territoriales, sur le marché du haut débit et sur le déploiement futur du FTTH dans les zones concernées), à laquelle l'ARCEP a précisé en séance être actuellement en train de travailler.

c) S'agissant des réseaux câblés

68. S'agissant des réseaux câblés, un véritable choix doit être opéré au niveau de la définition des conditions d'ouverture et d'accessibilité.
69. L'ARCEP considère dans son projet de décision que les réseaux éligibles à une aide du fonds d'aménagement numérique des territoires comme ouverts s'ils font « *l'objet d'une offre d'accès non discriminatoire, garantissant une utilisation partagée, et respectant le principe d'égalité et de libre concurrence sur le marché des communications électroniques* ». En l'espèce, l'ARCEP considère qu'il doit s'agir « *d'une offre d'accès passif effective* ».

70. Les échanges menés avec le câblo-opérateur dans le cadre de l'instruction montrent qu'un réseau coaxial n'est pas de nature à pouvoir offrir une telle offre. Le câblo-opérateur affirme néanmoins être en mesure de proposer des offres actives suffisamment de bas niveau susceptibles de laisser une certaine autonomie aux opérateurs sur le marché de détail. L'Autorité note que cette possibilité a été remise en cause lors de la séance par les opérateurs France Télécom et Free.
71. Au vu des débits susceptibles d'être amenés par la modernisation des réseaux existants du câble coaxial (jusqu'à 100 Mb/s), l'Autorité s'interroge sur l'impact qu'amènerait la définition de conditions d'ouverture et d'accessibilité qui limiteraient fortement la possibilité pour les réseaux coaxiaux de pouvoir s'inscrire, au même titre que les réseaux FTTH, dans le dispositif de l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009. Même si la modernisation du réseau coaxial n'apparaît pas comme la solution la plus pérenne, en particulier en termes de débit symétrique, ni la plus ouverte en termes d'accès au réseau, elle n'en reste pas moins une source d'émulation importante dans le cadre de la dynamique concurrentielle du déploiement des réseaux à très haut débit.
72. Au regard de ces éléments, l'Autorité invite l'ARCEP à opérer un choix sur le statut des réseaux câblés et d'en tirer les conséquences quant au critère d'ouverture consistant en la fourniture obligatoire « *d'une offre d'accès passif effective* ». Dans cette perspective, il conviendrait d'analyser les caractéristiques de l'offre active de suffisamment bas niveau susceptible d'être proposée par le câblo-opérateur, en particulier au vu des doutes émis en séance par les opérateurs France Télécom et Free, et de mettre en balance les avantages et les inconvénients des réseaux câblés coaxiaux vis-à-vis de l'objectif visé, sans négliger le facteur d'émulation concurrentielle.

B. SUR LE TRAITEMENT DES RÉSEAUX DE COLLECTE DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 24

73. En visant les zones où « *le seul effort, y compris mutualisé, des opérateurs déclarés en application du I du même article L. 33-1 ne suffira pas à déployer un réseau d'infrastructures de communications électroniques à très haut débit* », l'article 24 de la loi semble conditionner l'octroi d'une aide issue du fonds à un critère d'insuffisance de l'initiative privée. Un décret viendra à cet égard préciser comment les maîtres d'ouvrage établiront que le seul effort des opérateurs ne suffira pas à déployer un réseau d'infrastructures de communications électroniques à très haut débit.
74. Cette considération renvoie aux conditions dans lesquelles une intervention publique peut être, selon l'Autorité, légitime sur le très haut débit. Parmi ces conditions, figure l'incapacité du marché à répondre seul à un objectif d'intérêt général clairement identifié, à savoir ici le déploiement du très haut débit (avis n° 10-A-07).
75. Or, ce critère est complexe à évaluer s'agissant de réseaux de collecte qui, par essence, ont vocation à desservir une multitude de réseaux d'accès (réseau cuivre, réseau fibre – notamment dans les zones d'activité, réseaux mobiles et hertziens). Lorsqu'il s'agit en particulier de raccorder sur une zone considérée des réseaux d'accès préexistants, on peut s'interroger sur l'incitation propre du propriétaire du réseau à réaliser cette opération sans soutien public et sur le risque d'une intervention publique qui viendrait finalement financer de manière induue la modernisation du réseau d'un acteur particulier.

76. Il convient ainsi de redoubler de vigilance dès lors que le réseau de collecte vise de manière significative à raccorder des réseaux d'accès préexistants issus de l'initiative privée.
77. A cet égard, une telle vigilance semble également de rigueur au regard des règles en matière d'aides d'État définies par la Commission européenne. En effet, pour apprécier la compatibilité d'une aide d'État en faveur du déploiement d'un réseau de nouvelle génération (NGA) avec les règles relatives aux aides d'État, la Commission vérifie de la même manière les effets d'une telle aide sur les réseaux à haut débit existants étant donné le degré de substitution qui semble actuellement exister entre les services haut débit offerts à la fois par le biais des réseaux à haut débit et des réseaux NGA. Dans cette hypothèse, la Commission appliquera le critère de mise en balance en appréciant en particulier le caractère proportionné de l'aide octroyée.
78. Au regard de l'ensemble de ces éléments, il semble périlleux de justifier des projets limités à la réalisation de réseaux de collecte au regard du critère d'insuffisance de l'initiative privée que pose l'article 24 de la loi dans la mesure où ces réseaux, en l'état actuel du projet de décision de l'ARCEP, peuvent desservir une multitude de réseaux d'accès différents et préexistants.
79. En tout état de cause, force est de constater qu'en ne desservant pas des nouveaux réseaux d'accès et qu'en se contentant de desservir des réseaux d'accès préexistants, a fortiori s'ils ne sont pas en fibre optique, un réseau de collecte peut constituer un avantage indu pour les opérateurs en place, dont les réseaux seraient améliorés grâce à l'aide publique sans nécessité objective.
80. Il apparaît donc préférable d'exclure les réseaux de collecte du fonds d'aménagement des territoires, sauf en tant qu'accessoire à la réalisation d'un nouveau réseau d'accès à très haut débit. En portant sur le seul champ d'application du fonds d'aménagement numérique des territoires, cette analyse ne remet aucunement en cause la légitimité d'une action des collectivités territoriales tendant à établir des réseaux de collecte pour structurer l'aménagement numérique de leur territoire.

C. SUR LES CONSÉQUENCES LIÉES À L'IDENTITÉ DU PORTEUR DU PROJET BÉNÉFICIAIRE DE L'AIDE

81. Avant d'aborder les conséquences que peut avoir l'identité du porteur de projet sur la définition des conditions d'ouvertures et d'accessibilité (2), l'Autorité souhaite effectuer certains rappels sur la portée susceptible d'être donnée à la notion de « maître d'ouvrage » au regard des conditions d'octroi d'une aide (1).

1. LA NOTION DE « MAÎTRE D'OUVRAGE » AU VU DES CONDITIONS D'OCTROI D'UNE AIDE

82. Le fonds s'adresse « *aux maîtres d'ouvrage* » de travaux de réalisation d'infrastructures et de réseaux à très haut débit envisagés dans les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique prévu à l'article L. 1425-2 du code général des collectivités territoriales.
83. L'ARCEP considère ainsi que « *la loi ne préjuge donc pas du cadre d'intervention des maîtres d'ouvrage pouvant formuler une demande d'attribution d'aides au fonds* »

d'aménagement numérique des territoires. Ces derniers peuvent en principe être des acteurs publics ou privés ».

84. Ce constat appelle de la part de l'Autorité différentes observations.
85. L'Autorité note que si la Commission européenne envisage dans sa communication du 17 septembre 2009 précitée la possibilité d'apporter un soutien financier aux opérateurs privés, elle est amenée à en apprécier la compatibilité au regard de l'article 87, paragraphe 3, du traité. La Commission pose différentes conditions afin de limiter les effets potentiels de distorsion de la concurrence d'une aide d'État. Elle considère en particulier, pour apprécier le caractère proportionné des mesures qui lui sont notifiées, que l'attribution d'une aide doit s'inscrire dans le cadre d'une « *procédure d'appel d'offres ouvert* »⁴.
86. Le fait d'inscrire le processus dans le cadre d'un appel d'offres ouvert permet, au-delà de la seule dimension financière, de limiter d'autres risques concurrentiels susceptibles de découler de certains comportements d'opérateurs. L'Autorité a ainsi pu rappeler (avis n° [04-A-15](#), n° [09-A-57](#) et n° [10-A-07](#)) qu'il appartenait aux autorités publiques, aux termes de la jurisprudence nationale et communautaire du droit de la concurrence, d'intégrer dans leurs interventions les risques de comportements abusifs d'une entreprise partenaire en position dominante.
87. En l'espèce, l'article 24 ne prévoit pas que l'aide soit attribuée à l'issue d'un appel d'offres, le texte précise simplement que « *le fonds d'aménagement numérique des territoires peut attribuer, sur demande, des aides aux maîtres d'ouvrage* » et que ces aides « *sont attribuées par arrêté conjoint du ministre chargé de l'aménagement du territoire et du ministre chargé des communications électroniques pris après avis du comité national de gestion du fonds* ».
88. Au regard de ces éléments, il semble préférable que les aides du fonds d'aménagement numérique des territoires, dès lors qu'elles bénéficient à un acteur privé, ne soient attribuées qu'à la condition que cet acteur privé soit retenu à la suite d'une procédure d'appel d'offres ouvert. Tel peut être le cas lorsqu'une collectivité locale lance une procédure de marché de travaux, de DSP, de concession ou de contrat de partenariat. C'est d'ailleurs selon ces modalités que le financement public subventionnel du très haut débit a été envisagé par le programme national très haut débit du gouvernement (volet B du programme).

2. CONSÉQUENCES EN TERMES D'ACCESSIBILITÉ ET D'OUVERTURE

89. Le fait d'inscrire un projet susceptible de bénéficier du fonds dans le cadre d'un appel d'offres ouvert entraînerait, s'il s'insère dans l'action d'une collectivité territoriale, l'application de l'article L. 1425-1 du CGCT. Cet article offre des garanties complémentaires en termes d'accessibilité et d'ouverture en imposant en particulier aux collectivités territoriales une obligation de séparation comptable, et dans certains cas, une

⁴ La Commission estime que « *cette méthode permet de garantir la transparence à tous les investisseurs qui souhaitent présenter une offre pour la réalisation du projet subventionné. Dans un appel d'offres ouvert, il est indispensable de traiter tous les soumissionnaires de manière équitable et non discriminatoire. Cette procédure permet de limiter l'avantage potentiel que représente une aide d'État et, en même temps, de réduire le caractère sélectif de l'aide dans la mesure où le choix du bénéficiaire n'est pas connu à l'avance* » (§ 51 et 71 de sa communication du 17 septembre 2009).

séparation légale lorsque la collectivité est aussi en charge de la gestion du domaine public.⁵

90. L'Autorité souhaite souligner l'importance de ce type de mesures du point de vue du droit de la concurrence, dès lors que l'infrastructure ou le réseau considéré relève par nature d'un monopole naturel, comme c'est le cas pour les projets considérés (§ 13 du présent avis). Or, aucune des garanties précitées n'est donnée dans l'hypothèse où le projet éligible au fonds ne s'inscrirait pas dans le cadre d'un projet lancé sur le fondement de l'article L. 1425-1 précité.
91. Comme elle a déjà été amenée à le préciser dans un avis n° [00-A-29](#), l'Autorité estime que la régulation d'activités monopolistiques doit inclure des mesures de séparation avec les activités en concurrence suffisamment transparentes et contrôlables.
92. Des mesures ciblées de séparation fonctionnelle pourraient être envisagées (avis n° [09-A-55](#)) afin d'inclure de nombreuses garanties relatives, par exemple, au rattachement des salariés, à la circulation de l'information ou encore à l'autonomie de la stratégie (avis n° [00-A-29](#)).
93. L'Autorité relève que, sans aller jusqu'à la séparation fonctionnelle, l'ARCEP a pu imposer à France Télécom, en complément de la séparation comptable, la publication d'indicateurs de qualité de service permettant de vérifier l'absence de discrimination de la part de la branche de gros au bénéfice de la branche de détail, ainsi que la formalisation de protocoles de cession interne précisant les conditions techniques et tarifaires dans lesquelles la branche de détail s'approvisionne auprès de la branche de gros.
94. Dans le cadre d'un projet éligible au fonds d'aménagement numérique des territoires, ce type de mesure (séparation comptable, indicateurs de qualité de service, protocole de cession interne) peut prendre tout son sens dès lors que le projet peut mettre en relation un opérateur verticalement intégré, le porteur de projet, susceptible d'intervenir sur le marché de détail et, d'autre part, des opérateurs tiers ne pouvant adresser le marché aval qu'en se fournissant en gros auprès de cet opérateur verticalement intégré. Il s'agirait ainsi en premier lieu de limiter les risques de discrimination sur le plan technique, en évitant par exemple que la branche de détail de l'opérateur verticalement intégré qui porterait le projet puisse proposer certaines prestations techniques de détail ou un certain niveau de qualité de service qui ne seraient pas disponibles auprès des opérateurs tiers dans son offre de gros. En second lieu, cela permettrait sur le plan tarifaire d'éviter les effets de ciseau entre le tarif proposé par la branche de détail de l'opérateur verticalement intégré sur le marché aval et le tarif de gros proposé aux opérateurs tiers.
95. L'Autorité invite donc l'ARCEP à envisager des conditions d'ouverture et d'accessibilité complémentaires de ce type pour que la gestion des infrastructures et des réseaux considérés fasse l'objet d'une séparation plus aboutie, répondant davantage aux préoccupations concurrentielles qu'amènerait un porteur de projet verticalement intégré qui ne s'inscrirait pas dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT.

⁵ Cet article dispose, d'une part, qu'une « même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de communications électroniques et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public » et, d'autre part, que « les dépenses et les recettes afférentes à l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur de communications électroniques par les collectivités territoriales et leurs groupements sont retracées au sein d'une comptabilité distincte ».

Conclusion

96. Le soutien financier mis en place par l'article 24 de la loi du 17 décembre 2009 pour favoriser le déploiement futur des réseaux à très haut débit doit remplir un objectif d'intérêt général que le marché ne suffit pas à satisfaire.
97. L'objectif d'assurer la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit relève de l'intérêt général, sous réserve de respecter certains critères de technologie, de couverture et de concurrence prédéfinis. C'est au regard de ces éléments que la mise en œuvre de l'action publique doit être analysée et que le projet de décision de l'ARCEP appelle les principales observations suivantes.
- S'agissant du critère technologique, il apparaît souhaitable d'explicitier le traitement des différentes technologies envisageables et, dans ce cadre, d'une part, de ne pas inclure dans le champ d'application de l'article 24 de la loi les projets de montée en débit en l'état actuel de la technologie, ne serait-ce qu'en raison de la référence législative au très haut débit et, d'autre part, de clarifier la situation des réseaux câblés par rapport aux conditions d'ouverture que ce type de réseau est capable de garantir.
 - Au vu de la difficulté à justifier des projets limités à la réalisation de réseaux de collecte raccordant des réseaux d'accès préexistants, en particulier au regard du critère d'insuffisance de l'initiative privée que pose l'article 24 de la loi, il apparaît préférable d'exclure ce type de projet du fonds d'aménagement des territoires, sauf en tant qu'accessoire à la réalisation d'un nouveau réseau d'accès à très haut débit. En portant sur le seul champ d'application du fonds d'aménagement numérique des territoires, cette analyse ne remet aucunement en cause la légitimité d'une action des collectivités territoriales tendant à établir des réseaux de collecte pour structurer l'aménagement numérique de leur territoire.
 - L'hypothèse amenant à octroyer directement une aide financière publique à un acteur privé est potentiellement source de distorsions de concurrence. Dans ces conditions, la définition de garde-fous aussi bien en termes de procédure qu'en termes de prévention des risques de conflits d'intérêt apparaît nécessaire.

Délibéré sur le rapport oral de M. Franck Bertrand et l'intervention de M. Etienne Pfister, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, Mme Elisabeth Flüry-Hérard et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,

Françoise Aubert