



**Avis n° 08-A-06 du 6 mai 2008
portant sur un projet de disposition législative concernant le
développement des réseaux à très haut débit en fibre optique**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 8 avril 2008, enregistrée sous le numéro 08/0038 A, par laquelle la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet d'article concernant le développement des réseaux à très haut débit en fibre optique qu'il est prévu d'insérer dans le projet de loi de modernisation de l'économie ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

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

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 29 avril 2008 ;

Les représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du Code de commerce ;

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

1. Sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a demandé, par lettre du 8 avril 2008, au Conseil de la concurrence de lui rendre un avis sur un projet d'article concernant le développement des réseaux de très haut débit en fibre optique qu'il est envisagé d'insérer dans la loi de modernisation de l'économie. La saisine du ministre invite le Conseil notamment à « *mesurer l'impact des mesures envisagées sur le marché* » ainsi qu'à « *examiner leurs modalités d'application au regard de la position que chaque opérateur détient déjà en matière de réseaux, y compris à l'intérieur des immeubles* ».
2. Le texte a, depuis sa transmission au Conseil, été soumis au Conseil d'État et délibéré en Conseil des ministres le 28 avril 2008, dans une version légèrement différente. Le Conseil de la concurrence rendra donc son avis sur le texte transmis au Parlement, dans la perspective des débats qui s'y dérouleront à l'occasion de l'examen du projet de loi de modernisation de l'économie.

I. Le contexte du déploiement de la fibre optique résidentielle de type FTTh

3. Les déploiements de boucles locales résidentielles optiques par différents opérateurs marquent le point d'aboutissement d'un processus graduel d'investissement des opérateurs alternatifs dans des réseaux de plus en plus capillaires leur permettant ainsi progressivement de s'affranchir des réseaux de l'opérateur historique. Conformément aux directives communautaires constituant le « *paquet télécom* » du printemps 2002, le Conseil de la concurrence a toujours considéré que le développement de cette concurrence par les infrastructures était nécessaire pour réduire progressivement le champ de la régulation sectorielle, notamment *ex-ante*, au profit d'une seule régulation *ex-post* par les règles du droit commun de la concurrence.
4. Néanmoins, cette phase de déploiement de boucles locales optiques résidentielles risque de remettre en cause le développement de la concurrence observé sur ces marchés. Saisi par une plainte de la société Free, le Conseil s'est récemment penché, dans une décision du 12 février 2008 (décision n° [08-D-02](#)), sur les conditions de déploiement de l'accès à Internet très haut débit utilisant la fibre optique. Dans cette décision, le Conseil a notamment mis en exergue deux problématiques clés pour le fonctionnement concurrentiel des marchés. D'une part, il a souligné « *le caractère stratégique des infrastructures de génie civil pour le déploiement de la fibre optique résidentielle* » en considérant, qu'à ce stade de l'instruction (des mesures conservatoires), « *la détention d'infrastructures de génie civil par France Télécom est susceptible de lui conférer une responsabilité particulière, consistant notamment à ne pas fausser le jeu de la concurrence sur les marchés naissants du très haut débit en se réservant une utilisation de ces infrastructures qu'elle refuserait à ses concurrents ou en ouvrant leur accès de façon discriminatoire* ». D'autre part, il a noté un risque d'éventuelles distorsions de concurrence qui pourraient résulter des modalités de déploiement de la partie terminale (dans les immeubles) de ces

nouvelles boucles locales résidentielles en fibre optique. Prenant notamment acte de la préparation du projet d'article de loi qui lui est aujourd'hui soumis pour avis, le Conseil a considéré qu'aucune urgence ne justifiait, en l'espèce, le prononcé de mesures conservatoires. Mais il instruira l'affaire au fond.

5. Dans ce contexte, le Conseil se félicite de l'aboutissement rapide de la démarche de réglementation des modalités de déploiement de la partie terminale des boucles locales optiques résidentielles et approuve globalement ce texte, sur lequel il suggère toutefois quelques aménagements au vu de l'analyse concurrentielle qui suit.

II. Analyse concurrentielle

A. SUR L'OBLIGATION D'ACCES ENTRE OPERATEURS

1. 1. SUR LE PRINCIPE D'OBLIGATION D'ACCES ET DE MUTUALISATION

6. Le V. du projet de loi envisage l'ajout d'un article 34-8-3 au CPCE ainsi rédigé : « *toute personne ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique desservant un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à la dite ligne émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final. L'accès est fourni dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires. Tout refus d'accès est motivé [...]* ». Le projet de loi entend donc faire peser sur toutes les personnes, opérateurs de communications électroniques ou non, qui ont déployé ou exploitent des installations en fibre optique dans les immeubles bâtis, une obligation d'accès à ces installations. En revanche, il permet au propriétaire de s'opposer au raccordement de son immeuble par un réseau de fibre optique s'il en préexiste déjà un (II. alinéa 2 du projet de loi).
7. Les obligations d'accès puisent généralement leurs justifications dans l'existence d'un monopole, de fait ou de droit, bénéficiant à des infrastructures ou des réseaux dont l'accès est nécessaire pour assurer l'offre de services sur des marchés aval, amont ou connexes. Le détenteur du monopole doit fournir un accès non discriminatoire afin de garantir l'existence d'une concurrence effective sur ces marchés aval, amont ou connexes. Dans les secteurs régulés, l'obligation d'accès est plus fréquemment mise en place pour éviter qu'une position fortement dominante sur un marché amont, notamment d'infrastructures ou de réseaux, ne confère à son détenteur un avantage discriminatoire sur les marchés aval. En effet, l'entreprise qui détient une infrastructure difficilement reproductible mais indispensable à l'exercice de l'activité sur le ou les marchés aval, risque de s'en réserver l'accès dans des conditions plus avantageuses, et ainsi de fausser le jeu de la concurrence sur ces marchés.

8. En ce qui concerne le déploiement terminal des boucles locales optiques résidentielles, la probabilité est élevée que de telles situations se généralisent. D'une part, les copropriétés qui auront déjà accepté les travaux de déploiement d'un premier opérateur seront probablement très réticentes à autoriser un deuxième, voire un troisième opérateur à dupliquer ces installations. Ces travaux de déploiement de la partie terminale sont en effet particulièrement contraignants, puisque outre les travaux de goulotte dans les parties communes, ils nécessitent des travaux d'installation de prises optiques dans chacune des parties privatives.
9. Il ne fait donc guère de doute que les barrières à l'entrée pour un opérateur qui souhaiterait déployer son propre réseau dans un immeuble déjà fibré par un autre opérateur seraient telles que le premier opérateur en place bénéficierait d'une position comparable, à certains égards, à un monopole local sur ledit immeuble. Le risque est alors important que le marché se cloisonne par zones géographiques sans que la concurrence puisse jouer.
10. Dès lors, l'obligation d'accès, ainsi que le principe de mutualisation sous-jacent, à la partie terminale dans les immeubles est nécessaire pour contrer les menaces pesant sur la concurrence sur les marchés du très haut débit. Ce principe de mutualisation du câblage interne des immeubles a d'ailleurs fait l'objet d'un large consensus lors de la consultation publique lancée par l'ARCEP à l'été 2007.

2. 2. SUR LES MODALITES DE L'OBLIGATION D'ACCES ET DE LA MUTUALISATION

11. Le projet d'article précise que « *l'accès est fourni dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires* » et confie à l'ARCEP un pouvoir réglementaire de détermination « *des conditions techniques et financières de l'accès* » dans le cadre de l'article L. 36-6 du CPCE. L'ARCEP exerce déjà des pouvoirs réglementaires similaires à ceux envisagés par le présent projet, notamment en matière d'interconnexion. Néanmoins, la majorité des interventions du régulateur sont aujourd'hui très largement encadrées par un processus d'analyse de chaque marché que l'ARCEP juge nécessaire de réguler. Transposant les directives européennes du « paquet télécoms » de 2002, l'article L. 37-1 du CPCE pose le principe d'une limitation de la régulation aux seuls marchés sur lesquels l'exercice de l'influence significative d'un opérateur engendre des problèmes de concurrence non transitoires auxquels les instruments du droit de la concurrence ne permettent pas d'apporter, en l'état, une réponse efficace. Cet encadrement s'accompagne d'un processus d'analyse des marchés précis et contraignant qui permet une large consultation de l'ensemble des acteurs, d'une consultation pour avis du Conseil de la concurrence ainsi que d'une notification à la Commission européenne.
12. Le Conseil de la concurrence est d'avis que le pouvoir réglementaire qu'il est envisagé de confier à l'ARCEP puise sa pertinence dans la capacité du régulateur sectoriel de définir, eu égard aux objectifs que lui assigne la loi et en concertation avec les acteurs du secteur, un cadre réglementaire précis et prévisible favorisant les investissements et protégeant l'exercice d'une concurrence effective entre les opérateurs. Néanmoins, eu égard aux enjeux très importants de la définition « *des conditions techniques et financières de l'accès* », il apparaît opportun d'accompagner

l'exercice du pouvoir réglementaire de l'ARCEP par un débat ouvert et transparent dans lequel le Conseil de la concurrence serait saisi pour avis, à l'instar de la procédure d'analyses des marchés de l'article L. 37-1 du CPCE.

13. En effet, le Conseil de la concurrence entend attirer l'attention sur le caractère structurant et fondamental de la définition des modalités de l'obligation d'accès pour la concurrence qui s'exercera sur les marchés du très haut débit dans les prochaines années.

- *Localisation du point de mutualisation*

14. Le pouvoir réglementaire envisagé par le projet d'article de loi permettrait à l'ARCEP de définir le point de mutualisation à partir duquel s'impose l'obligation d'accès. Des enjeux importants pour le fonctionnement concurrentiel du très haut débit sont attachés à la localisation de ce point de mutualisation dans le réseau.
15. Tout d'abord, les conditions d'accès au point de mutualisation seront déterminantes car susceptibles de rendre difficile et coûteux tout changement d'opérateur souhaité par les consommateurs. Par exemple, s'il est nécessaire d'obtenir préalablement l'autorisation voire la présence du syndic pour chaque opération ou, de façon plus générale, si le point de mutualisation est difficilement accessible, les coûts de changement d'opérateurs seront élevés. Le Conseil de la concurrence souligne régulièrement que des *switchings costs* élevés peuvent entraver de façon significative le dynamisme de la concurrence sur un marché.
16. Par ailleurs, les alvéoles d'adduction (masques d'adduction) permettant d'entrer dans les immeubles pourraient s'avérer être des goulets d'étranglement difficilement franchissables. Dans son document soumis à consultation publique en juillet 2007, l'ARCEP indiquait qu' « *une étude réalisée pour le compte de l'Autorité montre que les adductions existantes des réseaux pénétrants sont difficilement utilisables, à l'exception de celles de France Télécom et des câblo-opérateurs* ». Toutefois, dans le cadre de son offre de fourreaux, France Télécom propose des solutions pour faciliter l'adduction des opérateurs alternatifs dans les immeubles. Néanmoins, leur efficacité devra être vérifiée.
17. En revanche, si le point de mutualisation était situé trop en amont sur le réseau, l'incitation des opérateurs à investir dans des réseaux suffisamment capillaires serait compromise. Il est probable que, compte tenu de ces diverses contraintes, des solutions diversifiées devront être étudiées en fonction de la densité de population des zones de déploiement, le point de mutualisation optimal étant sans doute situé plus près de l'abonné dans les zones urbaines.

- *Condition de réciprocité*

18. Par ailleurs, les modalités de l'obligation d'accès pourraient avoir un impact important sur la concurrence si des principes de réciprocité venaient à être posés. Dans une telle hypothèse, seuls les opérateurs actuellement présents sur le marché français seraient susceptibles de bénéficier de cette mutualisation. La barrière à l'entrée sur le marché ainsi posée pourrait s'avérer préjudiciable dans un marché qui se concentre de plus en plus et où le nombre d'acteurs susceptibles d'animer la concurrence se réduit.

- *Conditions tarifaires*

19. Enfin, la détermination des conditions tarifaires de l'accès est déterminante. D'une part, il convient d'éviter que des rentes puissent se constituer à partir de situations similaires à des monopoles locaux, d'autant que la loi les protège en permettant au propriétaire de s'opposer au raccordement de son immeuble par un nouveau réseau de fibre optique s'il en existe déjà un (II. alinéa 2 du projet de loi). L'existence de telles rentes pourrait par ailleurs générer des distorsions de concurrence sur des marchés connexes (et notamment le marché de détail du très haut débit). D'autre part, il est nécessaire d'inciter les opérateurs à investir dans le déploiement des parties terminales des boucles locales optiques résidentielles. Un rapprochement progressif, sur plusieurs années, des tarifs d'accès vers les coûts pourrait répondre à ces deux impératifs.

3. 3. SUR LA NECESSITE DE DEFINIR RAPIDEMENT UN CADRE REGLEMENTAIRE STABLE

20. Le Conseil attire l'attention sur les enjeux liés à une mise en place rapide du cadre réglementaire. En effet, l'architecture technique PON utilisée par certains opérateurs, dont France Télécom, contraint la localisation du point de mutualisation. Dès lors que la fibre est amenée de façon indissociable jusqu'à l'intérieur des immeubles, il devient difficile de remonter le point de mutualisation sur le réseau à l'extérieur de l'immeuble pour que les opérateurs alternatifs puissent déployer une fibre par abonné à partir de ce point. De plus, comme l'a déjà souligné le Conseil de la concurrence, l'un des avantages de la régulation sectorielle, notamment par rapport à une régulation *ex-post*, repose sur sa capacité à fixer un cadre prévisible permettant aux opérateurs de réaliser leurs investissements dans un environnement où l'incertitude est réduite.
21. Par ailleurs, les risques de distorsions de concurrence sur le marché de détail des services à très haut débit vont s'amplifier dans les prochains mois en l'absence de toute définition précise des modalités de l'obligation d'accès posée par le présent projet de loi. En effet, à la fin de l'année 2008, plus d'un million de prises seront raccordées au FTTh (*Fiber To The home*, fibre jusque dans l'appartement) et près de 5 millions raccordées au FTTb (*Fiber To The building*, fibre jusque à l'immeuble puis, en l'espèce, câble coaxial) des câblo-opérateurs. Si le marché de détail du très haut débit n'est que naissant, le Conseil a déjà eu l'occasion de souligner les effets structurants des distorsions de concurrence affectant les nouveaux marchés en soulignant d'une part l'importance des effets volume et d'apprentissage sur ces marchés émergents et, d'autre part, la permanence de ces effets en raison de la durée des périodes d'engagement. En effet, en l'absence de réglementation des modalités de l'obligation d'accès, les opérateurs sont susceptibles de capter un nombre de clients importants et de les engager sur de longues périodes.

4. 4. SUR LE POUVOIR DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DE L'ARCEP CONCERNANT L'OBLIGATION D'ACCES

22. Le projet de loi envisage que « *les différends relatifs à la conclusion ou à l'exécution de la convention sont soumis à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, conformément à l'article L. 36-8* ». Cette disposition est cohérente avec l'octroi d'un pouvoir réglementaire à l'ARCEP (article L. 36-6 du CPCE) dans la mesure où ces règlements de différends peuvent permettre de préciser les règles relatives à cette obligation d'accès à la partie terminale. Par ailleurs, cette disposition n'est qu'un prolongement logique de la compétence de l'ARCEP pour tout règlement de différend concernant les questions d'accès et d'interconnexion, déjà attribuée par l'article L. 36-8 I.
23. Néanmoins, la rédaction envisagée dans le projet de loi, et notamment l'emploi du présent de l'indicatif (« *sont soumis* »), peut laisser entendre que les litiges relatifs à ces conventions doivent nécessairement être portés devant l'ARCEP, à l'exclusion d'autres autorités ou juridictions, et notamment du Conseil de la concurrence. Or, à l'instar du droit et de la jurisprudence communautaire (décisions *Wanadoo* du 16 juillet 2003, *Deutsche Telekom* du 23 mai 2003, *Telefonica* du 4 juillet 2007), le Conseil a déjà souligné que « *l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce* » (point 96 de la décision n° [05-D-59](#) du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit). Afin d'éviter toute ambiguïté quant à la compétence générale du droit de la concurrence, l'expression « *sont soumis* » pourrait être remplacée par « *peuvent être soumis* ».

B. SUR LES OBLIGATIONS D'INFORMATION

1. 1. SUR L'OBLIGATION D'INFORMATION DES CONVENTIONS DE CABLAGE INTERNE SIGNEES AVEC LES SYNDICATS DE COPROPRIETE

24. La loi renvoie à un décret le soin de déterminer les modalités d'information des autres opérateurs par l'opérateur ayant réalisé le déploiement de la partie terminale (article L. 33-6, 1°, dernier alinéa). Cette information respective des opérateurs est un rempart important contre le risque de captation de la clientèle finale par l'opérateur ayant déployé la partie terminale. Sans une information rapide, l'opérateur ayant déployé sera pendant quelque temps le premier et le seul à pouvoir proposer des services à très haut débit et risque de ce fait de capter l'essentiel de la clientèle potentielle avec des engagements de durée importants qui réduiront considérablement la concurrence potentielle dans les mois ou années suivants. Ainsi, si le texte de loi venait à ne pas poser expressément le principe d'une information

dans les plus brefs délais à compter de la signature de la convention de déploiement avec la copropriété, il est souhaitable que le décret d'application l'envisage de manière claire.

25. Par ailleurs, pour éviter que ces échanges d'informations ne favorisent des comportements collusifs entre les acteurs actuels du marché, il conviendrait que le décret d'application mette en place un système d'information centralisé qui éviterait les échanges bilatéraux d'informations entre les opérateurs ou certains d'entre eux. Ces informations relatives aux déploiements internes devraient également être mises à la disposition des entrants potentiels en ne les limitant pas aux seuls opérateurs actuels du marché.

2. 2. SUR L'OBLIGATION D'INFORMATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

a) Sur la nécessité de renforcer l'information et le rôle des collectivités territoriales

26. Le IV du projet de loi envisage l'ajout d'un article 33-7 au CPCE ainsi rédigé : « *les opérateurs mettent à la disposition de l'Etat et des collectivités territoriales les informations relatives à l'implantation et au déploiement de leurs réseaux sur le territoire* », les modalités d'application étant renvoyées à un décret ultérieur.
27. Comme mentionné au paragraphe 4 ci-dessus, le Conseil a récemment souligné « *le caractère stratégique des infrastructures de génie civil pour le déploiement de la fibre optique résidentielle* » en insistant sur le fait que « *l'exigence de capillarité du réseau et du raccordement de chaque immeuble ou chaque maison ne laisse aux opérateurs que deux solutions (en excluant le déploiement aérien) : soit un déploiement par le creusement de tranchées dans toutes les rues pour déposer des fourreaux qui accueilleront le nouveau réseau, soit le développement du réseau dans des infrastructures du sous-sol déjà existantes* » (décision n° [08-D-02](#) du 12 février 2008, point 15). Reprenant le constat établi par l'ARCEP, le Conseil de la concurrence a mis en évidence les difficultés considérables d'un déploiement par la dépose de nouveaux fourreaux : « *le coût de reconstruction des fourreaux peut en effet s'élever à plusieurs milliers d'euros par foyer. [...] Sur un plan opérationnel, la nécessité d'obtenir des permissions de voirie pourrait également s'avérer handicapante à une large échelle* » (ibidem, point 16).
28. Ainsi, dans le cadre du déploiement de la fibre optique résidentielle, le rôle des collectivités territoriales envisagé par l'article 47 du CPCE pourrait se révéler déterminant. L'article 47 du CPCE dispose que « *lorsqu'il est constaté que le droit de passage de l'opérateur peut être assuré, dans des conditions équivalentes à celles qui résulteraient d'une occupation autorisée, par l'utilisation des installations existantes d'un autre occupant du domaine public et que cette utilisation ne compromettrait pas la mission propre de service public de cet occupant, l'autorité mentionnée au premier alinéa [l'autorité compétence pour délivrer des permissions de voirie] peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause* ». Si, malgré l'invitation des collectivités territoriales, les opérateurs concernés ne trouvent pas un accord sur l'utilisation des installations préexistantes, l'un d'entre eux peut porter le différend devant l'ARCEP dans le cadre d'une procédure de règlement de différend de l'article L. 36-8 du CPCE.

29. Dans cette optique, l'obligation d'information envisagée par le projet de texte au profit des collectivités territoriales des installations et des réseaux déployés sur leurs territoires pourra faciliter le déploiement de réseaux concurrents, encourager une concurrence par les infrastructures et finalement accroître la compétition entre les opérateurs. Le Conseil de la concurrence est donc d'avis que cette disposition permettra aux collectivités territoriales de faciliter une véritable concurrence par les infrastructures entre différents opérateurs et qu'elle est, à ce titre, tout à fait pertinente. Pour garantir que ces informations puissent être pleinement utiles aux collectivités territoriales, le décret d'application devrait envisager que celle-ci porte non seulement sur les réseaux actifs ou passifs (fibres noires notamment) mais aussi sur les infrastructures de génie civil en sous-sol (fourreaux et chambres notamment) ainsi que sur leur état de saturation.

b) Sur l'encadrement de ce transfert d'informations

30. L'article L. 1425-1 I. du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) permet, sous certaines conditions, aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'offrir des services de communications électroniques en qualité d'opérateur: « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent [...] établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques [...], acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants* ». Ainsi, dans le cadre de ces dispositions, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent intervenir sur des marchés de gros et de détail des communications électroniques.
31. L'encadrement de l'intervention des collectivités territoriales sur les marchés de détail des communications électroniques fait que celles-ci ne sont pas, en principe, des concurrents des opérateurs de communications électroniques privés. En revanche, sur les marchés de gros, les collectivités peuvent offrir aux opérateurs de télécommunications des infrastructures passives, soit par la mise à disposition de fourreaux, soit par la location de réseaux passifs et notamment de fibre noire. Or, les informations relatives à l'implantation et à l'occupation des infrastructures ou des réseaux ont manifestement un caractère stratégique.
32. Le deuxième alinéa du II de l'article L. 1425-1 du CGCT précité dispose 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* ». Sur le même schéma, il pourrait être précisé que lorsque les collectivités territoriales ou leurs groupements sont opérateurs de communications électroniques, les informations transmises par les opérateurs privés relatives à leurs infrastructures et leurs réseaux ne pourront être communiquées à l'entité exerçant l'activité d'opérateur de communications électroniques.

C. SUR LE RESPECT DU PRINCIPE DE NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE

33. Le texte du projet d'article de loi vise les détenteurs ou exploitants de « *réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique* ». et applique donc un cadre réglementaire et des obligations spécifiques à une technologie, la fibre optique.
34. Or, la directive « cadre » du 7 mars 2002 (2002/21/CE) qui fixe les grands principes de la réglementation et de la régulation du secteur des communications électroniques en Europe précise dans son article 8 que : « *les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, notamment celles conçues pour assurer une concurrence effective, tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre* ». L'article L. 32-1 II. du code des postes et des communications électroniques (CPCE) dispose que « *dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes [...] veillent : [...] -13° Au respect de la plus grande neutralité possible, d'un point de vue technologique, des mesures qu'ils prennent* ».
35. En effet, le libre jeu du marché permet, en principe, que les technologies les plus efficaces l'emportent sur les moins efficaces, les opérateurs privilégiant, de manière rationnelle, les solutions qui leur paraissent optimales sur le plan technique ou économique. Dans cette optique, il est souhaitable que la réglementation ne constitue pas une entrave à ce processus de sélection des technologies par le marché et soit la plus neutre possible. Par ailleurs, la violation de ce principe de neutralité technologique pourrait conduire à privilégier certains opérateurs par rapport à d'autres et engendrer ainsi des distorsions de concurrence susceptibles de perturber le libre jeu d'une concurrence par les mérites.
36. En imposant des obligations particulières aux réseaux en fibre optique par rapport à d'autres technologies permettant de fournir des services fixes de communications électroniques équivalents, le projet de loi pourrait, théoriquement, pénaliser une technologie et ainsi porter atteinte au principe de neutralité technologique. Pourtant, un examen attentif des solutions technologiques existantes et envisageables invite à considérer comme limité le risque d'atteinte à ce principe.
37. Il ne fait guère de doutes que les technologies xDSL ou celles reposant exclusivement sur le câble coaxial ne permettront pas même, à terme, d'offrir les mêmes services que le FTTh, notamment en raison de leurs débits plus faibles et asymétriques, l'affaiblissement des débits selon la longueur de la ligne ainsi que des interférences potentielles susceptibles de dégrader la qualité de la transmission. En effet, les applications visées par le très haut débit reposent, d'une part, sur des débits de transmission très élevés et constants afin de permettre des services de haute définition en usage simultané, et, d'autre part, sur des débits symétriques permettant l'envoi à très haut débit de données vers le réseau permettant le partage de données

ainsi que les applications de type web 2.0. Par ailleurs, les solutions de très haut débit mobile ne sont aujourd'hui qu'expérimentales et rien ne permet, à ce stade, d'envisager qu'elles puissent, dans l'avenir, autoriser la fourniture de services similaires répondant à des besoins identiques.

38. En revanche, l'architecture technique reposant sur l'utilisation successive de fibres optiques (notamment jusqu'au pied d'immeuble) puis de câbles coaxiaux (à l'intérieur des immeubles) présente un degré de substituabilité nettement plus important avec les déploiements de fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTh), au moins à terme prévisible. En effet, l'affaiblissement du signal ainsi que l'asymétrie des débits sont plus limités dans ce type de schéma technique. Il convient donc de s'assurer que le cadre réglementaire envisagé par le projet de loi, ainsi que les obligations qui s'y attachent, trouvent pleinement à s'appliquer aux réseaux reposant sur une architecture technique utilisant à la fois la fibre optique et le câble coaxial (de type FTTb pour Fiber to the building), à l'instar des déploiements FTTh (Fiber to the home).
39. Si l'objectif premier du texte est de permettre le déploiement d'une véritable FTTh, il convient néanmoins d'éviter que les opérateurs n'esquivent les obligations ainsi imposées en s'en tenant à des schémas techniques de type FTTb (combinant de la fibre puis, par exemple, du câble coaxial ou du cuivre ou encore du courant porteur), entraînant ainsi une distorsion dans les choix technologiques des investisseurs. En effet, d'une manière générale, la substituabilité des technologies mixtes (fibre + autres) avec le FTTh devient plus faible dès lors que la fibre est tirée jusque dans l'immeuble (même si elle s'arrête dans la cave ou sur le palier).
40. Cette inclusion est d'autant plus nécessaire que Numéricâble, qui utilise très largement un déploiement combinant une fibre optique amenée au pied de l'immeuble, raccordée ensuite au réseau en câble coaxial existant qui dessert les appartements, se présente comme le leader du très haut débit en France. Dans sa décision du 12 février 2008, le Conseil de la concurrence avait cité la déclaration significative de la société Numéricâble selon laquelle « *face aux limitations techniques de l'ADSL, le câble a donc une chance et une responsabilité : être l'acteur principal du décollage du très haut débit en France (...) sur nos 9,3 millions de prises, nous avons pour objectif que 2 millions soient raccordables au très haut débit à la fin de l'année 2007, 5 millions fin 2008 et près de 7,5 millions fin 2009* ».
41. De même, on peut imaginer que si certains opérateurs jugent les modalités relatives à l'obligation d'accès trop lourdes, ils choisissent de déployer sur un modèle de type FTTb en amenant la fibre uniquement jusqu'à la cave ou les paliers puis en utilisant les paires de cuivre existantes. Il convient d'éviter que les opérateurs déployant sur de tels schémas ne soient pas soumis aux obligations de signature d'une convention réglementée (III. du projet d'article de loi) ou encore à l'obligation d'accès (V. du projet d'article de loi).

42. A ce titre, le Conseil de la concurrence se félicite que la rédaction envisagée dans le premier projet de texte qui lui avait été soumis ait été modifiée depuis en précisant que l'obligation de signature d'une convention réglementée (III. Du projet d'article de loi) s'applique aux « *lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique établies par un opérateur à l'intérieur d'un immeuble de logements et permettant de desservir un ou plusieurs utilisateurs finals* » (soulignements ajoutés) et non seulement aux lignes en fibre optique « desservant les utilisateurs finals ». En revanche, on peut s'interroger sur les raisons de l'absence de modification terminologique similaire concernant l'obligation d'accès envisagée par le V. du projet d'article de loi.

Délibéré sur le rapport oral de M. Darodes de Tailly, par M. Lasserre, président, Mme Aubert et Mme Perrot, vice-présidentes, M. Nasse, vice-président.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

Le président,
Bruno Lasserre
