

Autorité
de la concurrence



**Avis n° 10-A-07 du 17 mars 2010
relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, de
l'industrie et de l'emploi et du ministre chargé de l'industrie sur le
programme national « très haut débit »**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 26 janvier 2009 sous le numéro 10/0004 A par laquelle le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre chargé de l'industrie ont saisi l'Autorité de la concurrence sur le programme national «très haut débit» ;

Vu les articles 101 à 109 du 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 l'avis n° 2010-0181 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 18 février 2010, relatif à une demande d'avis du Premier ministre en date du 18 janvier 2010 portant sur le programme national de déploiement du réseau à très haut débit, transmis par courrier du 22 février 2010 en application de l'article R. 463-9 du Code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement, les représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), de la direction générale de la compétitivité de l'industrie et des services (DGCIS) ainsi que ceux de la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (DATAR) entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 10 mars 2010 ;

Les représentants des sociétés France Télécom, SFR, Free, Bouygues Télécom, Numéricâble, de l'association des villes et collectivités pour les communications électroniques et l'audiovisuel (AVICCA) 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 :

SOMMAIRE

I.	Présentation	4
A.	Les réseaux de nouvelle génération.....	4
B.	Economie et Dynamique des déploiements.....	5
C.	Le programme national « très haut débit »	7
1.	Le contexte	7
2.	Le programme.....	8
II.	Cadre d'analyse	11
A.	Les autres approches envisageables	11
B.	Légitimité de l'intervention publique	12
1.	Objectifs du gouvernement.....	13
2.	Capacité du marché à atteindre ces objectifs.....	15
3.	conclusion.....	19
C.	Enjeux concurrentiels	20
1.	Préemption des déploiements	20
2.	Effets de levier.....	23
III.	Les modalités de l'intervention publique	25
A.	Capacité du programme à répondre aux objectifs	25
B.	Modalités du programme.....	27
1.	Processus de sélection et impact sur le fonctionnement du marché.....	28
2.	Condition relative à l'absence de déploiement alternatif (dite « clause de paysage »).....	30
IV.	Garanties concurrentielles complémentaires.....	31
A.	Insuffisance du programme à répondre aux enjeux concurrentiels	31
B.	Garanties Complémentaires.....	33
1.	Co-investissement.....	33
2.	Effet de levier s'appuyant sur le marché de détail	36
V.	Synthèse et conclusion	36

1. Par lettre en date du 26 janvier 2010 enregistrée sous le numéro 10/0004 A, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre chargé de l'industrie ont saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis sur le programme national « très haut débit ».
2. Ce programme est destiné à faciliter le déploiement des réseaux très haut débit, notamment en fibre optique, sur l'ensemble du territoire. Il a été mis en consultation publique par le gouvernement du 18 janvier au 26 février 2010. A la demande du Premier ministre, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après ARCEP) a rendu un avis n° 2010-0181 en date du 18 février 2010. Cet avis a été transmis à l'Autorité de la concurrence par l'ARCEP en application de l'article R. 463-9 du Code de commerce. Sur la base des contributions à la consultation publique d'une part et des avis de l'ARCEP et de l'Autorité de la concurrence d'autre part, le gouvernement prévoit de notifier son programme à la Commission européenne, qui examinera notamment sa compatibilité avec le régime des aides d'Etat. Le gouvernement souhaiterait lancer les appels à projet en mai 2010, pour une décision d'attribution des aides en mars 2011. Il a demandé à l'ARCEP de lancer le processus d'adoption du cadre réglementaire applicable dans les meilleurs délais, afin qu'il puisse être homologué par le ministre chargé des communications électroniques en novembre 2010.
3. Dans leur saisine, les ministres invitent plus particulièrement l'Autorité à « *préciser, d'une part, si des garanties sont nécessaires pour que le processus de sélection envisagé se fasse dans des conditions de concurrence loyale, notamment au regard des possibles effets de leviers qui pourraient être exercés sur le marché du très haut débit par certains acteurs, et, d'autre part, comment doit s'apprécier le co-investissement, selon ses différentes modalités, au regard des règles de concurrence. Au-delà, l'Autorité pourrait identifier les risques éventuels sur le fonctionnement concurrentiel du marché des communications électroniques à très haut débit, ainsi que l'encadrement et les remèdes à apporter. L'Autorité pourrait également se pencher sur la pertinence, au regard des règles de concurrence, des différentes modalités d'intervention publique envisagées pour favoriser le déploiement de la fibre optique, tant dans les zones rentables que dans les zones estimées non rentables* ».
4. Après avoir présenté le marché et le programme national « très haut débit » que propose d'adopter le gouvernement (I), l'Autorité définira le cadre d'analyse (II) au travers duquel elle examinera ensuite l'intervention publique envisagée (III). Puis, l'Autorité abordera la question des garanties concurrentielles nécessaires au bon fonctionnement du marché (IV) avant de présenter ses conclusions (V).
5. Le présent avis s'appuie notamment sur deux études. D'une part, une étude sur le déploiement et le financement du très haut débit, réalisée par le cabinet Tactis pour le compte de la DATAR (délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale). D'autre part, une étude sur l'impact d'une accélération du déploiement du FTTH en France, réalisée par le cabinet PMP pour le compte de la Caisse des dépôts et consignations.

I. Présentation

6. L'objet de la présente section est de présenter les réseaux de nouvelle génération (A), ainsi que l'économie et la dynamique de leur déploiement (B), avant de décrire le programme national « très haut débit » objet du présent avis.

A. LES RÉSEAUX DE NOUVELLE GÉNÉRATION

7. 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. L'étude réalisée par le cabinet PMP pour le compte de la Caisse des dépôts montre que d'ici 2020, les débits offerts par les réseaux actuels¹ ne permettront de satisfaire qu'une faible proportion des ménages et des entreprises. Le déploiement de réseaux de nouvelle génération est inéluctable à moyen terme. Il a déjà commencé au Japon, en Corée du Sud et aux États-Unis.
8. Plusieurs technologies permettent d'envisager un accroissement des débits :
- les réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH pour *fiber to the home*) : la fibre optique est le matériau le plus pérenne, qui présente une capacité quasi-illimitée et permet à court terme d'offrir au moins 100 Mb/s ; la fibre optique est en outre la seule technologie qui offre des débits symétriques (du réseau vers le client et réciproquement) ;
 - les réseaux mobiles de nouvelle génération (LTE pour *long term evolution*), qui promettent des débits de l'ordre de 10 Mb/s à l'horizon de quelques années ;
 - les technologies filaires intermédiaires, consistant à moderniser les réseaux existants du téléphone (par dégroupage des sous-répartiteurs²) et du câble coaxial (jusqu'à 100 Mb/s).
9. Le point commun de ces réseaux de nouvelle génération est qu'ils appellent tous le déploiement au moins partiel de la fibre optique. Utilisée dans les années 80 pour les communications intercontinentales (câbles sous-marins), la fibre optique a ensuite desservi les commutateurs téléphoniques (quelques centaines de points de présence en France) dans les années 90 et permis un accroissement des communications fixes, puis dans les années 2000 les centraux téléphoniques, pour fournir le haut débit par ADSL, ainsi que les sites des grandes entreprises et des universités pour amener le très haut débit (plusieurs milliers de points de présence en France).

¹ Les technologies haut débit les plus utilisés en France pour le grand public sont : (i) l'ADSL pour le fixe, qui s'appuie sur la boucle locale cuivre du réseau téléphonique et offre jusqu'à environ 20 Mb/s ; (ii) le mobile 3G pour la radio (fréquences hertziennes terrestres), qui offre un débit de plusieurs centaines de kb/s. Sauf mention contraire, dans ce qui suit, les débits indiqués en voie montante (du client vers le réseau) sont environ dix fois moindres que les débits en voie descendante (du réseau vers le client).

² Les sous-répartiteurs sont des points intermédiaires entre le client et le central téléphonique. L'injection du signal à ce niveau permet de réduire la longueur de la ligne et donc d'augmenter le débit. Le débit final varie fortement en fonction de la longueur de la ligne téléphonique. Pour les lignes les plus courtes, la technologie VDSL2 permet d'atteindre 30 à 40 Mb/s. Pour les plus courtes, le débit est de 512 kb/s.

10. Le déploiement des réseaux de nouvelle génération ouvre une nouvelle phase dans la desserte toujours plus capillaire du territoire en réseaux en fibre optique, avec deux degrés d'intensité possibles :
 - un réel changement d'échelle (option FTTH), en desservant les logements eux-mêmes ;
 - une simple intensification du maillage actuel (option de « montée en débit ») : il s'agirait de desservir en fibre optique les sites radios des futurs réseaux mobiles (option LTE) ou les sous-répartiteurs du réseau cuivre de France Télécom (option de dégroupage au sous-répartiteur) afin de remonter les flux de trafic vers l'Internet mondial ; ceci reviendrait très approximativement à doubler la densité du réseau de collecte actuel (pour atteindre de l'ordre de 10 000 à 20 000 points de présence) ; ce déploiement, plus limité que l'option FTTH, appelle cependant des investissements complémentaires significatifs dans la boucle locale.
11. Il convient enfin de signaler l'existence des réseaux satellitaires, qui suivent des logiques assez indépendantes des autres, n'appelant pas l'installation de réseaux en fibre optique. Ces solutions présentent cependant plusieurs limites : (i) elles supposent de pouvoir installer des paraboles, ce qui n'est pas toujours évident en milieu urbain ; (ii) elles induisent un temps de latence³ d'environ une demi-seconde, qui pourrait s'avérer difficilement compatible avec certains usages, actuels (ex : jeux en réseaux) ou futurs.

B. ÉCONOMIE ET DYNAMIQUE DES DÉPLOIEMENTS

12. Au niveau mondial, les réseaux fixes et mobiles de nouvelle génération suivent des logiques de déploiement relativement indépendantes, les usages correspondants étant encore considérés comme assez largement complémentaires. Les technologies filaires sont disponibles depuis déjà quelques années et les déploiements se sont concentrés à ce stade sur les zones les plus denses, essentiellement sous l'impulsion des opérateurs historiques du téléphone et du câble ainsi que de municipalités. S'agissant des technologies radios, les premiers équipements mobiles commencent juste à arriver sur le marché.
13. La présente section expose la dynamique de déploiement de ces réseaux en France.

Les réseaux FTTH (notions de zones I, II et III)

14. La situation française se distingue des autres pays par l'appétence des opérateurs alternatifs à déployer des réseaux FTTH. Cette particularité semble découler du développement exceptionnel de la concurrence dans le haut débit par ADSL. En effet, de ce fait, des opérateurs comme Free et SFR disposent de bases de clientèle et donc d'économies d'échelle suffisamment importantes, notamment dans les zones les plus denses, pour préférer investir dans une infrastructure propre plutôt que de payer des sommes importantes à France Télécom pour la location de son réseau cuivre (plus d'un milliard d'euros par an), notamment au titre du dégroupage. Free a ainsi annoncé vouloir investir un milliard d'euros dans la fibre d'ici à 2012.
15. Le coût de déploiement des réseaux FTTH est élevé et fortement croissant lorsque la densité diminue, de sorte que cette dynamique ne pourra concerner qu'une partie limitée du territoire. Comme le souligne l'étude du cabinet Tactis pour le compte de la DATAR, on

³ Temps séparant la commande de son exécution.

peut évaluer à environ 30 milliards d'euros le coût de déploiement de la fibre s'il fallait couvrir toute la France. En revanche, l'étude reconnaît que la définition précise des zones rentables paraît délicate à établir. Plusieurs facteurs demeurent encore largement inconnus, tels les niveaux de coûts à terme du fait de l'industrialisation des équipements et des processus, le succès auprès du grand public et donc le taux de pénétration, les revenus supplémentaires qui pourront être dégagés du déploiement de la fibre, notamment par la mise à disposition de contenus enrichis. Au vu des éléments dont elle dispose, 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.

16. Au-delà de cette zone, la boucle locale fibre pourrait constituer un monopole naturel, au moins à moyen terme. On parle de « zone II » lorsque l'infrastructure peut être déployée dans des conditions de marché. L'ampleur de cette zone, sur laquelle porte le volet A du programme ici examiné, dépendra surtout de la stratégie des opérateurs (cf. discussion § 58 à 64) et de l'action de la puissance publique, au-delà des incertitudes déjà mentionnées ci-dessus. L'étude du cabinet Tactis pour le compte de la DATAR évalue à 40% le taux de couverture de la population que pourraient atteindre les opérateurs privés s'ils évitent de dupliquer l'infrastructure en zone II (soit 25 % pour la zone II s'ajoutant aux 15 % de la zone I).
17. Les collectivités territoriales sont également amenées à jouer un rôle dans le déploiement de la fibre, en particulier dans les zones non rentables – dites « zone III ». Certaines d'entre elles ont d'ores et déjà engagé des projets de couverture de leur territoire, dans le cadre des pouvoirs qui leurs sont dévolus par l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales⁴. C'est notamment le cas du syndicat mixte Manche Numérique et plus récemment du Conseil général des Hauts-de-Seine. Ce dernier a signé une délégation de service public avec un consortium mené par Numéricâble pour le déploiement d'une infrastructure FTTH d'ici 2012, qui devra être accessible à l'ensemble des opérateurs.
18. A ce stade, les déploiements sont limités et, selon l'ARCEP, environ 3 % de la population était éligible aux offres FTTH au 31 décembre 2009. Des déploiements plus significatifs sont attendus dans le courant de l'année 2010. Le 10 février dernier, France Télécom a notamment annoncé son intention d'investir deux milliards d'euros dans la fibre d'ici 2015. En tout état de cause, l'installation d'un réseau de boucle locale demeure une opération fastidieuse et nécessairement progressive.

Les autres réseaux de nouvelle génération

19. S'agissant des réseaux mobiles de nouvelle génération, la dynamique de déploiement dépendra 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 »⁵. Aux termes de la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, ces conditions

⁴ En vertu de ces dispositions, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent établir et exploiter des infrastructures et des réseaux de communications électroniques. Les collectivités ne peuvent cependant intervenir sur le marché de détail qu'en cas de carence de l'initiative privée et doivent se contenter dans l'hypothèse inverse d'intervenir sur le marché de gros, en qualité d'opérateurs.

⁵ L'extinction de la télédiffusion audiovisuelle analogique à la fin novembre 2011 doit libérer une ressource spectrale dans les fréquences basses (autour de 800 MHz). Le premier ministre a décidé d'en allouer un bloc de 72 MHz aux services de communications électroniques.

devraient en principe favoriser une couverture du territoire rapide. L'ARCEP, qui doit attribuer ces fréquences dans le courant de l'année, a publié le 15 janvier dernier la synthèse d'une consultation publique qu'elle a menée à ce sujet. Il en ressort que les réseaux LTE ne devraient pas pouvoir couvrir une part prépondérante du territoire avant 2015. En revanche, ils pourraient atteindre une couverture équivalente à celle des réseaux mobiles actuels à l'horizon de la fin de la décennie.

20. S'agissant des technologies filaires intermédiaires, il semble tout d'abord que Numéricâble, après avoir investi sur fonds propres pour moderniser son réseau (jusqu'à atteindre environ 15 % de la population), se tourne désormais vers les collectivités territoriales pour qu'elles subventionnent cette opération dans les zones de moyenne densité. Dans ce cadre, le potentiel de modernisation des réseaux câblés ne paraît pas pouvoir dépasser leur empreinte actuelle, qui couvre au total 40 % de la population française.
21. Enfin, la solution de dégroupage des sous-répartiteurs du réseau téléphonique n'a pas été envisagée par les acteurs du marché, en tout cas dans un premier temps. Cette solution, qui a été promue par plusieurs opérateurs historiques à l'étranger (aux États-Unis, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Belgique, etc.), ne s'est pas imposée en France, notamment pour des raisons technologiques (la configuration du réseau téléphonique en France limite le gain en débit).
22. Néanmoins, de nombreuses collectivités territoriales étudient sérieusement la possibilité de moderniser le réseau téléphonique par dégroupage des sous-répartiteurs, dans le but de couvrir, au moins à titre transitoire, des zones pour lesquelles le déploiement de réseaux FTTH est peu crédible à moyen terme. Dans un avis n° [09-A-57](#) du 22 décembre 2009 rendu à l'ARCEP, l'Autorité de la concurrence a souligné les risques concurrentiels que soulève une telle éventualité, à la fois sur le marché des appels d'offres des collectivités territoriales, sur le marché du haut débit, enfin en ce qui concerne le déploiement futur du FTTH dans les zones concernées. L'Autorité a ainsi indiqué à l'attention des collectivités territoriales 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* » (c'est-à-dire les zones pour lesquelles les répartiteurs ne pas sont dégroupés ou ne sont pas susceptibles de l'être). Le 25 février dernier, l'ARCEP a publié des orientations sur ce sujet. Dans ce document, le régulateur sectoriel invite les acteurs, publics et privés, à ne pas mettre en œuvre ce type de solution dans les zones où le déploiement de réseaux FTTH, qui doit rester la priorité, est prévu à moyen terme. L'ARCEP indique qu'elle définira par ailleurs dans le courant de l'année les conditions permettant de pallier les risques concurrentiels identifiés en cas de dégroupage des sous-répartiteurs dans les zones « dégroupables ».

C. LE PROGRAMME NATIONAL « TRÈS HAUT DÉBIT »

1. LE CONTEXTE

23. Plusieurs États ont annoncé des plans en faveur du haut débit et du très haut débit, notamment l'Australie, le Royaume-Uni et, dans une moindre mesure, les États-Unis. Ces plans prévoient tous un soutien financier de l'État pour assurer une couverture ambitieuse du territoire. La Commission européenne a eu l'occasion de se prononcer favorablement sur ce type d'initiative, à condition de respecter 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 débit⁶.

24. En France, la loi de modernisation de l'économie, adoptée mi 2008, a instauré des mesures pour faciliter le déploiement de la fibre dans les immeubles et confié à l'ARCEP une nouvelle compétence de régulation *ex ante* « symétrique » (c'est-à-dire s'appliquant à l'ensemble des opérateurs). En application de ce texte, l'ARCEP a adopté le 22 décembre dernier une décision permettant notamment la pose de plusieurs fibres dans les immeubles de la zone I (délimitée par une liste de communes annexée à la décision). Le régulateur sectoriel a par ailleurs adopté des mesures de régulation *ex ante* « asymétriques » (s'appliquant seulement aux opérateurs les plus puissants), en imposant à France Télécom de donner accès à ses fourreaux de génie civil pour permettre à l'ensemble des opérateurs d'y déployer de la fibre. L'Autorité de la concurrence a eu l'occasion de se prononcer favorablement sur l'ensemble de ces mesures (avis n° [08-A-06](#), [08-A-09](#) et [09-A-47](#)).
25. Par ailleurs, la loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique a introduit plusieurs dispositions, notamment :
 - La mise en place de schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique. Elaborés à l'initiative des collectivités territoriales, ils doivent donner une vision de la couverture du territoire en réseaux de nouvelle génération ;
 - La création d'un fonds d'aménagement numérique, qui doit contribuer au financement des travaux de réalisation des infrastructures et réseaux envisagés par les schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique ;
 - 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 possibilité, pour les collectivités territoriales, d'intervenir en tant qu'investisseurs minoritaires dans des sociétés ayant pour objet l'installation et l'exploitation de réseaux en fibre optique.
26. Sur le plan financier, la Caisse des dépôts et consignations a d'abord été chargée de structurer, avec les opérateurs privés, un investissement de 750 millions d'euros sur trois ans destiné aux zones rentables (zone II). Cette initiative n'a pas abouti car France Télécom n'a pas souhaité co-investir avec les autres opérateurs et la Caisse des dépôts et consignations.
27. Le Président de la République a enfin indiqué que deux milliards d'euros, issus de l'emprunt national, seraient alloués au programme objet du présent avis. Le 9 février dernier, il a par ailleurs fixé pour objectif de couvrir 70 % de la population en très haut débit d'ici 2020 et 100 % d'ici 2025.

2. LE PROGRAMME

Volets A, B et C

28. Le « programme national très haut débit », objet de la présente note, se compose de trois volets :

⁶ Communication de la Commission 2009/C 235/04.

- volet A : octroi par l'Etat, après appel à projets, d'un label assorti d'un soutien financier non subventionnel destiné aux zones rentables (hors zone I) ;
 - volet B : soutien financier subventionnel de l'Etat aux collectivités territoriales, pour les zones non couvertes par le volet A ;
 - volet C : soutien pour assurer une couverture « systématique » du territoire en complément des volets A et B.
29. En ce qui concerne le volet A, le gouvernement entend lancer des appels à projets à l'échelle régionale. Sur chaque région, un ou plusieurs labels seraient octroyés, en fonction des communes sur lesquelles les opérateurs annoncent des projets de déploiement à l'horizon de cinq ans (la zone I, telle que délimitée par l'ARCEP, est exclue du dispositif). Sur une zone donnée, le bénéficiaire du label s'engage : (i) à raccorder au réseau l'ensemble des foyers des communes concernées ; (ii) à faire préalablement un appel au co-investissement auprès des autres opérateurs ; (iii) à ouvrir le réseau à la concurrence au niveau de « points de mutualisation », selon les modalités que définira l'ARCEP, à prévoir des capacités d'accueil suffisantes au niveau de ces points de mutualisation et à faire une offre de collecte en amont à destination des opérateurs tiers ; (iv) à isoler sur un plan juridique la structure en charge du déploiement. En contrepartie de ces engagements, l'Etat versera des aides non subventionnelles au bénéficiaire du label (prêt à taux bonifié, garantie d'emprunt, apport en capital minoritaire). Le document précise toutefois que l'engagement de l'opérateur ne se ferait que « *sur la base de l'absence de déploiement parallèle concurrent, permettant d'aboutir à la garantie d'un trafic suffisant provenant de l'ensemble des opérateurs* ». Enfin, si l'opérateur ne respecte pas ses engagements, le label et les aides peuvent lui être retirés.
30. Dans le cas où les projets de déploiement des opérateurs se recouvrent au moins partiellement, un processus de sélection est prévu. L'Etat est chargé de cette sélection. Elle se fait pour chaque région mais semble pouvoir conduire à l'octroi de plusieurs labels par région. Les critères de sélection envisagés sont les suivants : cohérence et homogénéité des déploiements annoncés, rapidité des déploiements, développement de la concurrence au niveau global, avis des collectivités locales, importance des co-investissements prévus. Le document ne précise pas la pondération de ces critères.
31. Pour ce qui est du volet B, le gouvernement propose de ne soutenir l'intervention des collectivités que lorsque celle-ci concerne des zones complémentaires à la zone I, telle que délimitée par l'ARCEP, et à la zone II, définie comme étant celle sur laquelle des labels auront été octroyés en application du volet A.
32. S'agissant des infrastructures éligibles, le programme distingue la « sous-boucle fibre », entre l'abonné et le « point de mutualisation », et la « collecte fibre », entre ce point et le cœur de réseau. Pour le volet A, l'éligibilité porte sur la sous-boucle fibre et, de façon accessoire et sous conditions, sur la collecte. Pour le volet B, le programme laisse ouverte l'hypothèse d'une éligibilité d'investissements limités au seul segment de la collecte, notamment dans le cadre de projets de modernisation du réseau téléphonique par dégroupage des sous-répartiteurs.
33. Pour le volet C, le programme envisage notamment de mettre en place une délégation de service public au niveau national pour la couverture des zones peu denses par voie satellitaire.
34. A ce stade, il est prévu d'abonder le programme de la manière suivante : un milliard d'euros pour le volet A, 750 millions d'euros pour le volet B et 250 millions d'euros pour le volet C.

35. En termes de calendrier, le programme prévoit un lancement de l'appel à projets en juin 2010. Les candidats auraient cinq mois pour répondre.
36. Sans faire partie du programme à proprement parler, le document du gouvernement prévoit l'adoption par l'ARCEP de mesures de régulation *ex ante* « symétriques » pour préciser les règles applicables en zone II en application de la loi contre la fracture numérique et en complément des mesures déjà adoptées (cf. § 24).

L'avis rendu par l'ARCEP

37. Dans son avis, l'ARCEP estime que la démarche du gouvernement est pertinente et cohérente avec le cadre juridique applicable. L'instance de régulation confirme son intention de compléter le cadre réglementaire applicable d'ici la fin de l'année, « *en particulier : afin de préciser les conditions de localisation du point de mutualisation en dehors des zones très denses et des modalités d'accès à ce point de mutualisation et aux ressources associées ; afin de favoriser le co-investissement entre acteurs.* » Compte tenu des discussions qui demeurent sur ces sujets, l'ARCEP recommande au gouvernement de ne pas être trop prescriptif sur les conditions du label s'y rapportant.
38. L'objectif principal du programme doit, selon l'ARCEP, rester le déploiement du FTTH, particulièrement dans la partie du réseau la plus proche des abonnés, ce qui implique d'exclure des volets A et B les investissements relatifs aux autres technologies ou à la collecte. Selon l'ARCEP, le volet C ne doit pas être lancé de manière prématurée et doit rester neutre technologiquement.
39. Dans ses modalités, le volet A du programme apparaît, selon l'ARCEP, favorable à la dynamique concurrentielle et à la rapidité des déploiements. Dans ce cadre, le régulateur sectoriel juge que faire de l'obligation de couverture intégrale des mailles élémentaires dans le cadre du label « *une condition d'éligibilité sine qua non apparaît d'autant plus nécessaire qu'une telle obligation semble difficilement pouvoir résulter d'une décision du régulateur sectoriel.* » Ce dernier ajoute que la maille élémentaire joue un rôle essentiel dans le dispositif : « *trop petite, elle risque d'induire une couverture trop morcelée du territoire ; trop grande, elle peut limiter, d'une part, le nombre de mailles que les opérateurs peuvent effectivement couvrir de manière intégrale et, d'autre part, le nombre de mailles sur lesquelles les opérateurs, notamment les opérateurs alternatifs, seraient en mesure de pouvoir être sélectionnés ou de répondre positivement à un appel au co-investissement.* » La maille de la commune, intermédiaire entre celle du département, trop grande, et celle de l'îlot, trop petite, est à cet égard jugée pertinente par l'ARCEP.
40. S'agissant de la clause d'absence de déploiement parallèle concurrent prévue par le label, l'ARCEP rappelle qu'il est juridiquement impossible d'interdire à un opérateur tiers de déployer. Au surplus, cette clause ne paraît pas utile à l'ARCEP car le risque de déploiement concurrent en zone II est limité.
41. Le régulateur sectoriel estime que le calendrier ambitieux du programme permettra d'apporter la visibilité nécessaire aux acteurs, notamment aux collectivités territoriales. L'ARCEP rappelle cependant que « *les retours d'expérience et les effets d'économies d'échelle, liés à la généralisation des déploiements FTTH dans les zones très denses, seront encore limités en 2010 mais pourraient conduire à moyen terme à réduire de manière substantielle les coûts de déploiement des réseaux très haut débit en fibre optique.* » Ceci conduit l'ARCEP à recommander au gouvernement de relancer régulièrement les appels à projets. Pour la bonne articulation entre projets publics et privés, l'ARCEP recommande par ailleurs de conduire les appels à projets des volets A et B de manière séquentielle.

42. Sous réserve de ces observations, l'ARCEP émet un avis favorable au programme du gouvernement.

II. Cadre d'analyse

43. Dans la présente section, l'Autorité de la concurrence précise le cadre d'analyse dans lequel elle examinera les modalités de l'intervention publique envisagée. A titre introductif, sont d'abord évoquées d'autres approches qui, dans l'absolu, auraient pu être envisagées par le gouvernement mais qui, ayant été écartées, ne seront pas examinées par la suite (A). La légitimité de la puissance publique à intervenir dans le secteur concurrentiel du très haut débit est ensuite examinée (B). Enfin, l'Autorité recense les enjeux concurrentiels dont il conviendra de tenir compte dans la suite du présent avis (C).

A. LES AUTRES APPROCHES ENVISAGEABLES

44. Il ressort des comparaisons internationales que plusieurs scénarios d'intervention publique sont envisageables pour favoriser le déploiement de la fibre. Ainsi, le gouvernement australien a-t-il mis en place une nouvelle entreprise publique distincte de l'opérateur historique, chargée d'installer des réseaux de nouvelle génération couvrant 90 % de la population, des entreprises et des sites publics. Le gouvernement britannique prévoit quant à lui de subventionner le déploiement des réseaux de nouvelle génération en dehors des grandes villes, par le biais d'un fonds d'un milliard de livres sterling qui sera financé par une taxe sur les lignes téléphoniques.
45. L'étude réalisée par le cabinet Tactis pour le compte de la DATAR indique ainsi : « *En zone rurale, l'optimum économique et social consisterait à ne construire qu'une seule boucle locale optique, ouverte à tous les opérateurs et neutre, afin de minimiser les investissements et de maintenir un certain degré de concurrence sur le marché de détail auprès des clients finals. L'exemple du haut débit sur la paire de cuivre, caractérisé par la compétition fondée sur le dégroupage, a montré que l'intensité concurrentielle résultant de l'usage d'une seule boucle locale passive partagée était satisfaisante, à condition toutefois de prévoir une régulation contraignante pour son détenteur. Les opérateurs se font concurrence sur les services, en utilisant tous la même infrastructure en monopole.* »
46. L'étude estime par ailleurs : « *La rentabilité du très haut débit et notamment de la fibre optique est obérée par la perspective d'une concurrence durable avec le réseau cuivre téléphonique existant et les offres haut débit que supporte ce dernier. Ceci explique que dans plusieurs pays soit considérée l'hypothèse d'une séparation structurelle de l'opérateur historique entre l'infrastructure passive et les autres activités. Cette séparation structurelle permet au propriétaire de l'infrastructure de financer la transition vers le très haut débit en y réinvestissant les revenus du monopole de la boucle locale téléphonique en cuivre, tout en prévenant les distorsions de concurrence entre opérateurs utilisateurs de la boucle.* » Dans son communiqué de presse du 11 février dernier, l'association des villes et collectivités pour les communications électroniques et l'audiovisuel (ci-après AVICCA) estime pour sa part que cette étude « *ouvre une question qui ne doit pas rester un tabou : le principal problème économique global du déploiement de la fibre est sa coexistence avec le réseau cuivre. Ceci renvoie à l'aspect intégré de l'opérateur historique, avec une*

infrastructure essentielle privatisée. Séparer l'infrastructure, à vocation publique, et les services, dans le champ concurrentiel, pourrait faire partie d'une réponse à la fois économique pour le Très haut débit, et redonnant du sens aux agents de France Télécom concernés. »

Cette approche n'a pas été retenue par le gouvernement dans le cadre du programme objet du présent avis.

47. De manière plus générale, l'Autorité de la concurrence comprend que le programme soumis à son examen privilégie une certaine continuité dans le fonctionnement du secteur, plutôt qu'un changement plus radical et tient compte de nombreux objectifs et contraintes, parmi lesquels :
- le caractère encore embryonnaire du marché du très haut débit, compte tenu d'une part des incertitudes qui demeurent sur les coûts et les revenus et du manque de retours d'expérience technique et opérationnelle, et les risques en termes d'inefficacité et de distorsion du marché qui découleraient d'une intervention prématurée ;
 - les règles de concurrence, notamment le régime communautaire des aides d'Etat, qui peuvent rendre plus difficile la justification d'une intervention publique en l'absence de carence avérée du marché ;
 - les capacités de mobilisation financière et opérationnelle ainsi que les incitations des différents opérateurs, historique ou alternatifs, pour le déploiement de la fibre ;
 - la nécessité de préserver la vigueur concurrentielle du marché de détail, au bénéfice des consommateurs et des entreprises ;
 - la volonté de nombreuses collectivités territoriales de trouver par elles-mêmes des solutions d'aménagement numérique pour leur territoire ;
 - le calendrier et le mode d'intervention, qui doivent s'inscrire en cohérence avec le schéma général retenu par l'emprunt national.
48. L'Autorité de la concurrence prend note du souci de pragmatisme du gouvernement. Les autres approches qui auraient pu être envisagées ne seront pas évoquées dans la suite du présent avis.

B. LÉGITIMITÉ DE L'INTERVENTION PUBLIQUE

49. 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.
50. Comme elle le rappelait dans son avis n° [10-A-02](#) du 1^{er} février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma, l'Autorité de la concurrence a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer sur l'opportunité et sur les modalités d'une intervention de la

puissance publique sur des marchés ouverts à la concurrence. Dans son avis n° [05-A-08](#) du 31 mars 2005, relatif à une demande d'avis de la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie, portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base, le Conseil de la concurrence avait notamment examiné la notion de service universel et l'impact concurrentiel de sa définition par les pouvoirs publics, ainsi que les modes d'attribution et de financement de ce service universel les moins distorsifs de concurrence. Dans l'avis n° [10-A-02](#) évoqué ci-dessus, l'Autorité a relevé que l'objectif de numérisation des salles de cinéma visé par le projet qui lui était soumis cherchait bien à atteindre un objectif d'intérêt général auquel le marché ne semblait pas être en mesure de répondre de manière satisfaisante pour les petites salles, mais que le moyen envisagé pour y parvenir, à savoir la création d'un fonds de mutualisation par le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), qui est aussi le régulateur du secteur, était de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence, voire à éliminer toute concurrence sur le marché du financement du cinéma numérique.

51. Le programme « très haut débit » envisagé par le gouvernement prévoit deux formes d'intervention publique : d'une part, une incitation de l'Etat en direction des entreprises présentes sur le marché, en vue de « *stimuler et optimiser l'investissement en zone rentable* » (volet A du programme); d'autre part, une intervention des collectivités territoriales, soutenues par l'Etat, ou de l'Etat lui-même, visant à assurer la couverture du territoire en complément de l'investissement privé (volets B et C du programme). Conformément au cadre d'analyse dégagé par la pratique de l'Autorité de la concurrence, celle-ci examine ci-après la légitimité de ces deux types d'intervention au regard des objectifs d'intérêt général recherchés et de la capacité du marché à les satisfaire.
52. Cet examen ne saurait préjuger de l'appréciation que pourra porter la Commission européenne sur la compatibilité du programme du gouvernement avec le régime des aides d'Etat.

1. OBJECTIFS DU GOUVERNEMENT

53. En préambule de son programme, le gouvernement indique : « *Le déploiement des réseaux de nouvelle génération à très haut débit sur l'ensemble du territoire représente un enjeu industriel majeur pour notre pays, avec plusieurs dizaines de milliards d'euros d'investissements à réaliser, un levier pour la compétitivité de nos entreprises et surtout un facteur essentiel d'attractivité de nos territoires et de développement de nouveaux services innovants, tant pour les entreprises que pour les acteurs publics et les citoyens.* ». Selon l'étude réalisée par le cabinet PMP pour le compte de la Caisse des dépôts et consignations, la couverture de 75 % des foyers en FTTH d'ici 2020 permettrait de satisfaire à 80 % la demande des ménages et des entreprises en débit, de générer des centaines de milliers d'emplois ainsi que des bénéfices économiques significatifs induits par les nouveaux usages (e-santé, e-administration, e-commerce, télétravail, jeux vidéo, etc.) « *A défaut d'une accélération du développement* » estime l'étude, « *le retard d'équipement FTTH de la France va s'accroître vis-à-vis d'autres pays développés, avec le risque que ceux-ci prennent des positions irrattrapables dans le domaine stratégique des TIC* ».
54. Si ces enjeux sont de nature à pouvoir justifier une intervention publique en cas de défaillance du marché, le gouvernement ne détaille cependant pas les objectifs qu'il recherche précisément à travers son programme. L'expérience de l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des communications électroniques depuis 2004,

dont l'ARCEP a dressé un « premier bilan » en décembre 2008, montre que les objectifs que peut se fixer la puissance publique peuvent être de différentes natures. Par exemple, ces interventions des collectivités ont souvent visé à développer la concurrence et à favoriser ainsi l'innovation ainsi que la baisse des prix sur les territoires concernés et pas uniquement à amener des services dans des zones jusqu'alors non desservies.

55. En l'absence d'objectifs précisément identifiés, il est délicat d'apprécier si ceux-ci relèvent de l'intérêt général et quelle peut être la capacité du marché à les satisfaire. Au vu des éléments en sa possession concernant les réseaux de nouvelle génération et compte tenu des modalités prévues par le programme - dont on peut essayer de déduire les objectifs qu'ils visent à atteindre -, l'Autorité de concurrence est d'avis que pourrait relever de l'intérêt général l'objectif d'assurer la fourniture de services de communications électroniques à très haut débit répondant aux conditions suivantes :

- La technologie employée doit répondre à la demande croissante en débits : certes, 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 débit⁷ ; mais compte tenu de l'accroissement constant de la demande en débits, il apparaît préférable, ainsi que l'ARCEP le recommande dans son avis, que le gouvernement ne retienne que la solution réellement pérenne, à savoir la technologie FTTH ;
- Le plus grand nombre de foyers et d'entreprises doit être éligible : ceci renvoie au critère de couverture, non seulement dans sa dimension « extensive », c'est-à-dire au travers de l'étendue du territoire couvert, mais aussi et surtout dans sa dimension « intensive », à savoir que l'ensemble des foyers et des entreprises d'une zone desservie puissent bien être raccordés à un réseau et bénéficier des services ; le gouvernement pourrait quantifier cet objectif de manière plus précise mais cet exercice peut s'avérer délicat compte tenu des incertitudes qui demeurent sur les coûts et les conditions de déploiement de la fibre ;
- L'exercice de la concurrence : la concurrence doit pouvoir s'exercer de manière effective sur les marchés concernés, de façon à favoriser l'innovation et à garantir la modération des prix pour les consommateurs ; ceci peut notamment se traduire par une ouverture de certains réseaux ou infrastructures ;
- La rapidité des déploiements : en l'absence d'usages clairement identifiés à ce jour justifiant le très haut débit, il paraît aléatoire de fixer des objectifs de rapidité des déploiements en termes absolus ; il semble qu'un objectif pourrait plutôt être défini en termes relatifs, comme étant celui de limiter les décalages dans la disponibilité des services à travers les territoires à un niveau raisonnable, de façon à minimiser le sentiment de « fracture numérique » des habitants des zones non desservies ; les objectifs de calendrier doivent en tout état de cause être mis en regard des contraintes opérationnelles de déploiement.

⁷ L'étude réalisée par le cabinet PMP pour le compte de la Caisse des dépôts et consignations estime qu'en 2020 un débit descendant de 40 Mb/s et un débit remontant de 5 Mb/s pourraient satisfaire la demande de 80 % des ménages.

2. CAPACITÉ DU MARCHÉ À ATTEINDRE CES OBJECTIFS

Zone I

56. Comme le souligne la Commission européenne dans ses lignes directrices précitées relatives aux aides d'Etat (§ 60 à 62), « *dans les domaines où des investisseurs privés sont susceptibles de se lancer dans les futurs réseaux NGA⁸, les États membres peuvent décider d'adopter une série de mesures visant à accélérer le cycle d'investissement et à encourager ainsi les investisseurs à présenter leurs plans d'investissement. Ces mesures ne doivent pas nécessairement se traduire par des aides d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1. Étant donné que le génie civil constitue une large part des coûts de déploiement des réseaux en fibre optique (terrassement, pose de câbles, câblage à l'intérieur des bâtiments, etc.), les États membres peuvent décider, conformément au cadre réglementaire de la Communauté concernant les communications électroniques, par exemple, de faciliter le processus d'acquisition de droits de passage, d'exiger que les opérateurs de réseaux coordonnent leurs travaux de génie civil et/ou partagent leur infrastructure. Dans le même esprit, les États membres peuvent imposer la mise en place d'une connexion par fibre optique dans toute nouvelle construction (y compris les nouveaux réseaux d'adduction d'eau, d'énergie, de transport ou d'eaux usées) et/ou bâtiment. (...) Des mesures similaires peuvent également être adoptées par l'ARN afin de garantir un accès équitable et non discriminatoire aux poteaux ou le partage des fourreaux détenus par des services ou des opérateurs de réseau existants.* » Des mesures de ce type ont été adoptées en France par le législateur, le gouvernement et l'ARCEP. En pratique, ces mesures consistent à permettre à l'ensemble des opérateurs d'investir dans leur propre boucle locale optique dans les zones les plus denses.
57. Bien que les déploiements soient encore peu avancés, il n'y a pas de raison de penser, en tout cas à ce stade, que ces mesures pourraient être insuffisantes pour assurer la couverture de la zone I par les seules forces du marché dans les conditions mentionnées au § 55. Plusieurs déploiements de réseaux FTTH sont en cours, certains prévoyant la desserte de l'ensemble des logements des zones desservies. Les enveloppes d'investissement et les calendriers annoncés par les opérateurs semblent d'un ordre de grandeur suffisant pour assurer la couverture de l'ensemble des foyers d'ici 2015. Enfin, l'architecture multifibres, dont l'ARCEP a rendu possible l'utilisation dans les immeubles de ces zones, est de nature à favoriser la plus grande indépendance entre les opérateurs et donc l'exercice d'une concurrence effective. Si tel n'était pas le cas en pratique, il resterait à l'ARCEP la faculté d'imposer des mesures de régulation *ex ante* complémentaires, comme l'indiquait l'Autorité dans son avis n° [09-A-47](#) précité. En tout état de cause, le droit de la concurrence s'appliquerait.

Zone II

Investissements prévisibles des opérateurs, notamment de France Télécom

58. La capacité du marché à couvrir la zone I dans des conditions satisfaisantes résulte en grande partie de la dynamique de concurrence par les infrastructures qui est à l'œuvre. Comme indiqué aux § 14 à 22, les opérateurs alternatifs de l'ADSL sont incités à déployer leur propre boucle locale optique pour économiser les charges de location du réseau de France Télécom. Numéricâble, qui a modernisé son réseau sur cette zone et passe des contrats de revente avec des acteurs comme Darty, Bouygues Télécom et récemment

⁸ *Next generation access networks* : réseaux de nouvelle génération.

Auchan, sert également d'aiguillon même si le succès commercial de ces offres demeure aujourd'hui limité.

59. Au-delà de la zone I, la dynamique est différente, au moins à moyen terme. Les opérateurs alternatifs de l'ADSL auraient intérêt à déployer la fibre pour s'abstraire du réseau de France Télécom, mais leurs parts de marché sont moins élevées et le coût de déploiement des réseaux est plus important. En outre, les représentants de Free et de SFR ont indiqué en séance disposé de capacités opérationnelles et financières limitées et avoir de ce fait vocation pour quelques années encore à porter leurs efforts pour une très large part sur la zone I. Quant à Numéricable, il aurait également intérêt à étendre la modernisation de son réseau mais ne semble pas en mesure de financer cette extension sur ses seuls fonds propres tant que les investissements déjà réalisés ne dégageront pas de revenus substantiels.
60. Seule France Télécom semble en mesure de réaliser des investissements significatifs au-delà de la zone I. Mais l'intérêt pour France Télécom de déployer le FTTH est limité en l'absence de pression extérieure, compte tenu du risque de « cannibalisation » : les nouveaux réseaux vont remettre en cause la situation de quasi-monopole de la boucle locale cuivre, qui supporte aujourd'hui 95 % des 20 millions d'abonnés haut débit par le biais de la technologie ADSL, et donc la rente sous-jacente dégagée par France Télécom.
61. D'autres incitations à investir existent en principe. La fibre peut d'abord permettre à un acteur d'accroître sa part de marché s'il peut disposer d'un avantage de premier entrant (*first mover advantage*), mais cet avantage dépendra de la fluidité du marché et peut être limité dans le temps par des mesures d'ouverture des réseaux. La fibre optique pourrait également générer des revenus supplémentaires, du fait des usages nouveaux qu'elle permet, et des économies de coûts qui en sont attendues (gestion du réseau à distance, diminution du nombre de centraux, etc.). Leur niveau est cependant très incertain. Les niveaux de prix des offres de détail FTTH pourraient notamment être contraints par les prix des offres s'appuyant sur d'autres technologies plus anciennes comme l'ADSL et le câble, à tout le moins à court terme et sur un laps de temps qui dépendra de la rapidité de développement des usages propres à la fibre. Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas évident que France Télécom puisse espérer accroître sa rentabilité, par rapport à celle qu'il connaît sur le cuivre, par une augmentation substantielle de sa part de marché ou des niveaux de prix sur le marché de détail du très haut débit.
62. France Télécom a refusé, au moins dans un premier temps, la proposition qui lui avait été formulée l'an passé par SFR de créer une structure commune pour investir dans un réseau FTTH en zone II aux côtés de la Caisse des dépôts et consignations et de Free. Comme le souligne l'étude du cabinet Tactis pour la DATAR, il serait vraisemblablement moins coûteux pour France Télécom d'investir dans la modernisation de son réseau cuivre que de co-investir dans un réseau FTTH⁹. Par ailleurs, la première option est nettement plus avantageuse pour France Télécom sur un plan concurrentiel, à la fois pour les raisons soulignées dans l'avis n° [09-A-57](#) précité et par comparaison avec la deuxième option, qui

⁹ Selon le cabinet Tactis, « l'opérateur historique n'a aucun intérêt à voir se déployer une boucle locale concurrente de la sienne. Même si une boucle locale devait être déployée à grande échelle, il n'est pas évident que France Télécom accepte de la cofinancer. Les chiffres précédents montrent que la modernisation de son réseau cuivre lui coûterait moins cher, sur une grande partie du territoire, que le tiers du coût de construction d'une boucle locale optique. D'ailleurs, les services pouvant être fournis via un réseau tout optique ne devant pas être, au moins pendant quelques années, radicalement différents de ceux pouvant être fournis sur une boucle locale cuivre modernisée, cela tend à conforter une posture attentiste de l'opérateur historique. »

aurait pour effet de faciliter le déploiement de la fibre et donc la cannibalisation du réseau cuivre. En outre, l'option de co-investissement place les opérateurs alternatifs davantage dans une économie de coûts fixes, ce qui peut les inciter à faire rapidement basculer leurs clients haut débit vers la fibre afin d'économiser les coûts de location de la paire de cuivre. A cette fin, les opérateurs alternatifs pourraient mettre en œuvre sur le marché de détail des tarifs équivalents à ceux pratiqués sur le haut débit, comme cela semble se dessiner en zone I, ce qui rendrait plus difficile pour France Télécom la possibilité de tirer des revenus supplémentaires du marché de détail. Dès lors, il est logique que France Télécom ait opposé un refus à la proposition de co-investissement qui lui était faite.

63. Finalement, la principale incitation de France Télécom à investir dans le FTTH en zone II paraît résider dans la menace de déploiements alternatifs sous l'impulsion des collectivités territoriales. En effet, comme indiqué au § 17, plusieurs projets publics locaux ont déjà été lancés et de nombreuses collectivités s'interrogent sur l'opportunité de prolonger leurs interventions passées – en faveur du dégroupage, de la desserte des zones d'activités et des zones blanches du haut débit – par une action sur le très haut débit. Ceci peut inciter France Télécom à déployer de la fibre plutôt que de laisser les collectivités investir, d'une part, pour disposer de sa propre infrastructure plutôt que de risquer de devoir la louer à une collectivité et, d'autre part, pour rendre les projets de collectivités plus difficiles à rentabiliser en les reléguant sur les zones les moins denses. A noter que cet effet incitatif peut néanmoins être limité par plusieurs facteurs : (i) la propension des collectivités à intervenir est très hétérogène sur le territoire ; (ii) les collectivités peuvent privilégier des projets de montée en débit par modernisation du réseau de France Télécom.
64. Au total, il semble que l'intérêt de France Télécom en zone II soit : (i) de limiter ses déploiements FTTH aux zones dans lesquelles des déploiements alternatifs sont crédibles à moyen terme, principalement sous l'impulsion de collectivités territoriales ; (ii) de prolonger sa rente de monopole dans les autres cas, le cas échéant par la modernisation de son réseau cuivre avec le soutien financier des collectivités territoriales. Ceci semble confirmé par les chiffres annoncés par France Télécom, significatifs mais encore modérés à ce stade. Dans son communiqué de presse, France Télécom ajoute être « *ouvert à des partenariats avec les collectivités locales pour accélérer le déploiement de la fibre avec, si le cadre réglementaire le favorise, une étape intermédiaire constituée par la montée en débit du réseau existant* ».

Examen au regard des objectifs

65. Au regard de l'objectif identifié au § 55, les déploiements susceptibles d'advenir en zone II à moyen terme s'analysent comme suit :
66. En premier lieu, sur un plan technologique, des déploiements significatifs devraient se faire en FTTH, ce qui paraît satisfaisant du point de vue de la demande des ménages et des entreprises en débit.
67. En deuxième lieu, sur le plan de la couverture « extensive », l'étude du cabinet Tactis pour le compte de la DATAR évalue à 40 % le taux de couverture de la population que pourraient atteindre les opérateurs privés en zone II, l'investissement correspondant étant évalué à un peu plus de deux milliards d'euros. Compte tenu des annonces de France Télécom et de la capacité limitée des autres opérateurs à investir, cet objectif de 40 % ne paraît pas pouvoir être atteint, à tout le moins d'ici 2015. Dans sa communication, France Télécom a néanmoins indiqué être « *ouvert à des formes de co-investissement avec d'autres opérateurs dans la zone 2* », ce qui pourrait appeler des investissements complémentaires des autres opérateurs. En tout état de cause, la zone II étant par définition

celle où le déploiement d'un réseau par des acteurs privés pourrait être rentable, il est permis de partir des investissements à venir des opérateurs pour la délimiter. A cet égard, un objectif alternatif légitime que pourrait se fixer le gouvernement sur la zone II serait de donner de la visibilité sur la couverture à venir du territoire par les acteurs privés, afin notamment de permettre aux collectivités territoriales d'établir leurs schémas directeurs d'aménagement numérique comme le prévoit la loi contre la fracture numérique. La loi précise en effet que ces schémas « *qui ont une valeur indicative, visent à favoriser la cohérence des initiatives publiques et leur bonne articulation avec l'investissement privé.* »

68. Ensuite, sur le plan de la couverture « intensive », aucun opérateur n'a pris l'engagement de raccorder à terme l'ensemble des foyers et des entreprises des zones desservies. Il existe donc un risque élevé que les opérateurs écrèment leurs zones de desserte et que des foyers ou des entreprises ne soient jamais couvertes, ou le soient à un coût prohibitif s'il faut reconstruire un deuxième réseau.
69. En troisième lieu, sur le plan de la concurrence, les capacités d'intervention déséquilibrées des acteurs tendent à indiquer que seul France Télécom est en mesure de réaliser des déploiements importants en zone II. Une part significative de la réponse qui peut être apportée à cette situation peut provenir de la régulation sectorielle. L'Autorité reviendra sur ce point dans la partie IV du présent avis.
70. En quatrième lieu, sur le plan de la rapidité des déploiements, il résulte des annonces des opérateurs que les déploiements en zone II sont amenés à s'étaler sur une période d'environ cinq ans, ce qui ne paraît pas constituer une durée excessive.

Zone III

Intervention en faveur du très haut débit

71. Par hypothèse, la zone III est la zone sur laquelle les acteurs privés ne sont pas susceptibles d'intervenir. Comme le souligne la Commission dans ses lignes directrices précitées relatives aux aides d'Etat (§ 57), « *Les États membres peuvent donc vouloir favoriser le développement des réseaux NGA dans les zones dans lesquelles il faudrait attendre plusieurs années avant que n'arrivent les investissements des opérateurs de réseaux à haut débit existants, étant donné qu'elles sont moins attrayantes sur le plan financier que certaines grandes zones urbaines. Afin d'obtenir une connectivité de réseau NGA, ou pour l'obtenir plus tôt que prévu, les États membres peuvent, dans certains cas, soit décider d'investir eux-mêmes, soit apporter un soutien financier aux opérateurs privés de manière à ce que les possibilités offertes dans le domaine de l'emploi et d'autres volets économiques puissent être exploitées aussi vite que possible.* »

Hypothèse d'une intervention de l'Etat en faveur de la montée en débit par modernisation du réseau téléphonique

72. Il convient de souligner que l'analyse ci-dessus ne vaut que pour le déploiement du très haut débit, selon le critère que retiendra le gouvernement pour le qualifier. En particulier, elle n'est pas transposable à l'hypothèse d'une intervention de l'Etat au soutien de projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique, sur laquelle le gouvernement s'interroge dans sa consultation publique.
73. S'agissant de ce type d'intervention, l'analyse est différente. Au plan technologique, l'objectif d'une modernisation du réseau téléphonique n'apparaît pas clairement. Cette option est en effet susceptible d'amener des débits très inégaux en fonction de la longueur des lignes, se situant autour d'une dizaine de Mb/s pour la plupart des ménages et des

entreprises concernées. Or, l'étude du cabinet PMP pour le compte de la Caisse des dépôts et consignations suggère que de tels débits ne satisferont qu'une part marginale des foyers en 2020, compte tenu des usages futurs. Sur le plan de la concurrence, l'Autorité a eu l'occasion de souligner dans son avis n° [09-A-57](#) précité que les projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique pouvaient soulever d'importantes préoccupations concurrentielles.

74. En tout état de cause, d'autres technologies paraissent susceptibles d'apporter des débits assez similaires à l'horizon de la décennie, notamment par voie hertzienne terrestre (LTE). Il est notamment vraisemblable que les opérateurs mobiles se voient imposer des obligations ou prennent des engagements en termes de couverture, d'ouverture des réseaux et de rapidité de déploiement des réseaux LTE dans le cadre de l'attribution des fréquences issues du dividende numérique, qui doit avoir lieu dans le courant de l'année pour la France métropolitaine. En termes de couverture, les engagements pourraient concerner une portion de la population au moins équivalente à celle prévue pour la 3G, à savoir 98 % de la population de France métropolitaine. La légitimité de l'Etat pour amener des débits de quelques Mb/s ne se justifierait donc que ponctuellement. L'étude du cabinet Tactis pour le compte de la DATAR suggère ainsi un scénario de couverture du territoire dans lequel l'essentiel des zones non couvertes par le FTTH le serait par la technologie LTE, la montée en débit par modernisation du réseau téléphonique se cantonnant à 5 % de la population.

3. CONCLUSION

75. Il résulte de ce qui précède que la puissance publique peut être légitime à intervenir en faveur du très haut débit, en complément de la régulation sectorielle et de l'application du droit de la concurrence, en vue de :
- favoriser la bonne articulation entre l'intervention publique et l'investissement privé ;
 - garantir la couverture « intensive » des zones de desserte des opérateurs ;
 - apporter un soutien financier pour le déploiement du très haut débit dans les zones non desservies par le marché.
76. En revanche, la puissance publique ne paraît pas légitime à intervenir en faveur du très haut débit dans la zone I, telle qu'elle a été délimitée par l'ARCEP, à tout le moins à ce stade.
77. Enfin, l'Autorité émet des réserves quant à la légitimité de l'Etat à intervenir en faveur de la modernisation du réseau téléphonique. Il conviendrait au préalable : (i) de préciser l'objectif recherché et de le formuler en des termes qui soient aussi neutres que possible sur un plan technologique ; (ii) de connaître les obligations et engagements que les opérateurs mobiles se verront imposer ou prendront dans le cadre de l'attribution des fréquences issues du dividende numérique, afin d'apprécier si ceux-ci sont suffisants pour répondre aux objectifs recherchés.
78. Il ne s'agit pas de remettre en cause la légitimité des collectivités territoriales à répondre, dans le respect des règles de concurrence, à la demande de montée en débit de leurs administrés au niveau local, mais de s'interroger sur une action de l'Etat tendant à favoriser une solution technique particulière au niveau national.

C. ENJEUX CONCURRENTIELS

79. Dans la présente section, l'Autorité identifie les enjeux concurrentiels relatifs au déploiement du très haut débit. Cette analyse servira pour la suite du présent avis, d'une part, à apprécier les modalités de l'intervention publique (partie III) et, d'autre part, à déterminer les garanties concurrentielles nécessaires (partie IV).
80. La plupart des risques identifiés découlent de pratiques dont il n'est pas exclu qu'elles puissent être appréhendées par la mise en œuvre des règles relatives à la répression des pratiques anticoncurrentielles. L'objet de la présente section n'est cependant pas d'examiner ces risques sous cet angle, mais de les recenser pour apprécier dans quelle mesure le programme du gouvernement peut ou non conduire à les réaliser et de chercher les moyens de les éviter.

1. PRÉEMPTION DES DÉPLOIEMENTS

Régression de la concurrence sur le marché de détail

81. Comme indiqué aux § 58 à 64 du présent avis, la capacité d'intervention des acteurs sur le marché n'est pas équilibrée. Tout d'abord, France Télécom et Numéricâble sont en avance dans les zones les plus denses. Ils ont achevé dans le courant de l'année 2009 le déploiement de la fibre dans la partie « horizontale » des réseaux (c'est-à-dire en dehors des immeubles) sur une part prépondérante de la « zone I » telle que délimitée par l'ARCEP.
82. Free et SFR ont eu progressivement accès aux fourreaux de génie civil de France Télécom. Conformément à la décision d'analyse de marché de l'ARCEP, France Télécom a publié son « offre de référence » le 15 septembre 2008. Les opérateurs indiquent avoir réalisé dans le courant de l'année 2009 les études nécessaires à ces déploiements et à l'utilisation des fourreaux de France Télécom dans les conditions prévues par cette offre de référence. En séance, les représentants de SFR ont indiqué avoir atteint une couverture correspondant à moins de la moitié de la population de la zone I. Ils ont ajouté que les déploiements ont appelé une montée en charge nécessairement progressive en termes d'organisation de moyens humains et de sous-traitants.
83. Ensuite, France Télécom dispose de capacités d'investissement supérieures à celles de ses concurrents. Afin de ne pas dégrader leurs ratios d'endettement, les opérateurs investissent en autofinancement quand ils le peuvent. Or, France Télécom dégage un EBITDA supérieur à ses concurrents¹⁰. En outre, les concurrents doivent, toutes choses étant égales par ailleurs, déboursier des sommes supérieures à France Télécom pour le déploiement de la fibre, car ils doivent s'acquitter du tarif de location des fourreaux de génie civil de ce dernier¹¹, alors que France Télécom ne supporte, du fait de son intégration verticale, que les coûts incrémentaux correspondants. Au bilan, Free et SFR semblent en mesure de dégager chacun autour de 200 M€ par an d'investissement dans la fibre et France Télécom entre 400 et 500 M€.

¹⁰ A l'occasion de la publication de leurs comptes 2009, France Télécom revendique un EBITDA d'environ 9,2 milliards d'euros sur la France et SFR d'environ 4 milliards.

¹¹ Des travaux de l'ARCEP sont en cours pour définir le tarif de location. En ordre de grandeur, la location du génie civil pourrait représenter pour les opérateurs alternatifs environ un tiers des coûts d'installation d'une boucle locale fibre.

84. Enfin, il n'est pas exclu que l'opérateur historique puisse mobiliser des capacités d'étude et de déploiement supérieures à celles de ses concurrents, en raison des synergies existantes avec son activité de gestionnaire du réseau téléphonique.
85. Compte tenu de ce qui précède, France Télécom pourrait tirer profit de son avance ainsi que de ses capacités supérieures d'investissement, d'étude et de déploiement pour préempter les déploiements ou distancer ses concurrents en zone II. Dans cette hypothèse, et s'agissant de zones pour lesquelles la boucle locale fibre constitue très vraisemblablement un monopole naturel, les autres opérateurs se trouveraient en situation asymétrique par rapport à France Télécom, dépendant de l'accès à son réseau pour offrir des services à très haut débit.
86. Une partie de la réponse à cette situation pourrait provenir de mesures de régulation *ex ante* « asymétriques ». L'ARCEP pourrait ainsi contraindre France Télécom à donner accès à son réseau. Néanmoins, il n'est pas évident que le régulateur sectoriel puisse empêcher l'opérateur historique de choisir une architecture technique qui ne permette qu'un accès dégradé au réseau. France Télécom pourrait par exemple retenir la technologie PON¹² et placer les points d'accès au réseau à deux niveaux extrêmes : (i) un accès sous forme passive à la fibre à proximité des abonnés, appelant de la part des autres opérateurs des investissements très importants, potentiellement non rentables et en tout état de cause nécessairement progressifs ; (ii) un accès sous forme active très en aval dans la chaîne de valeur, ne permettant pas de différenciation technique et économique, et ce, dans un calendrier potentiellement long de mise en place d'une telle offre. En outre, sur un plan tarifaire, les premières orientations de la Commission européenne sur les modalités de régulation des réseaux très haut débit tendent à indiquer que les opérateurs historiques pourraient bénéficier d'une prime d'investissement au travers de tarifs d'accès au réseau élevés.
87. Dans un scénario de préemption des déploiements par l'opérateur historique, il existe donc un risque important que les opérateurs alternatifs : (i) ne soient pas en capacité d'accéder au réseau dans un délai raisonnable ; (ii) ne disposent pas d'une maîtrise technique et économique suffisante. Il en résulterait une régression très significative de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail par rapport à celle que connaît le marché du haut débit depuis quelques années, grâce au développement du dégroupage de la boucle locale cuivre.

Dissuasion des déploiements tiers (préemption de la partie « horizontale » des déploiements)

88. Si le scénario précédent de préemption a au moins le mérite de permettre un déploiement de la fibre sur le territoire, il est également envisageable que les annonces de déploiement de l'opérateur historique ne soient pas pleinement suivies d'effet et conduisent à un gel au moins partiel des déploiements de fibre sur les territoires concernés.
89. Compte tenu des interrogations sur l'intérêt pour l'opérateur historique à déployer la fibre (cf. § 64), celui-ci pourrait en effet réaliser dans un délai rapproché la « partie horizontale » du réseau dans le centre des principales agglomérations de la zone II, mais ne procéder que marginalement ou lentement au raccordement des immeubles et à l'installation de la fibre

¹² *Passive optical network* : les réseaux PON se distinguent des réseaux point-à-point (comme la boucle locale cuivre) en ce qu'ils ne réservent pas une fibre de bout-en-bout entre le central et l'abonné. France Télécom a choisi la technologie PON. Ces réseaux ne peuvent pas être dégroupés.

dans les habitations des zones concernées, en dehors des quelques immeubles les plus rentables.

90. Pour France Télécom, le déploiement du seul réseau horizontal est en effet plus rapide et moins coûteux que l'installation de l'intégralité d'un réseau FTTH. En réalité, la principale difficulté pour le déploiement de ce dernier réside, selon les opérateurs, dans la partie intérieure des immeubles, qui nécessite des études au cas par cas et l'autorisation du syndic ou du propriétaire. Dans le cadre de son « pré-déploiement », initié en 2007, France Télécom paraît ainsi avoir installé, en deux ans environ et pour moins de 300 M€, la partie horizontale de son réseau fibre dans une dizaine de villes.
91. Par ailleurs, le déploiement de la partie horizontale du réseau permet à France Télécom de réduire considérablement le risque de déploiement d'une boucle locale fibre alternative sur la zone, que ce soit par des opérateurs tiers ou par des collectivités territoriales :
- Si des opérateurs tiers commencent à déployer un réseau alternatif sur une zone où France Télécom a installé la partie horizontale du réseau, il pourra accélérer le raccordement des immeubles à son réseau avec plusieurs années d'avance. Le réseau alternatif risque alors très fortement de ne jamais pouvoir être rentabilisé car se situant en zone II. Compte tenu de cette menace, les opérateurs alternatifs ne prendront donc pas le risque de déployer la fibre dans les zones où France Télécom aura installé la partie horizontale du réseau ;
 - Les lignes directrices de la Commission européenne relatives au régime des aides d'Etat prévoient que les financements publics ne peuvent être versés que dans des conditions restrictives, sauf dans les zones où aucun opérateur ne prévoit de déployer à l'horizon de trois ans¹³. Une collectivité pourrait donc plus difficilement monter un projet de couverture en fibre optique sur une zone où France Télécom a annoncé vouloir déployer, quand bien même il ne réaliserait que la partie horizontale de son réseau. L'intervention de la collectivité ne pourrait intervenir qu'en cas de carence avérée de France Télécom, avec les limites suivantes : (i) cela suppose d'attendre plusieurs années ; (ii) le réseau sera d'autant plus difficile à rentabiliser que les immeubles les plus rentables auront sans doute été raccordés ; (iii) France Télécom garderait en tout état de cause la possibilité d'accélérer le raccordement des immeubles et de rendre plus difficile et incertain le montage technique, financier et juridique du projet.

¹³ Plus précisément, la Commission identifie plusieurs hypothèses favorables à l'intervention des collectivités dans le très haut débit : (i) la collectivité intervient en tant qu'investisseur avisé, c'est-à-dire uniquement dans des zones rentables ; (ii) la collectivité fournit un service économique d'intérêt général (SIEG), ce qui suppose que son projet prévoit la couverture de l'intégralité de la population et des entreprises ainsi que la fourniture d'offres de gros passives (situation des Hauts-de-Seine, qui semble très difficile à reproduire par les autres départements, moins denses) ; (iii) le projet de la collectivité concerne un territoire où aucun acteur privé ne prévoit d'intervenir à l'horizon de trois ans ; (iv) le projet concerne un territoire où un seul déploiement privé est envisageable à l'horizon de trois ans, mais dont il peut être démontré qu'il ne répondra pas de manière satisfaisante aux besoins de la population et des entreprises ; la Commission renvoie dans ce dernier cas à une démonstration qui semble difficile (insuffisance du marché, de la régulation *ex ante* et de l'application *ex post* du droit de la concurrence).

2. EFFETS DE LEVIER

Effet de levier s'appuyant sur le marché de gros

92. En premier lieu, France Télécom et dans une moindre mesure Numéricâble disposent d'infrastructures dont certaines peuvent considérablement faciliter le déploiement de la fibre : locaux techniques (centraux téléphoniques, sous-répartiteurs, têtes de réseaux, armoires de rue), fourreaux et chambres de génie civil, appuis aériens, goulottes dans les immeubles, etc.
93. La régulation sectorielle paraît en mesure d'apporter une réponse à cette situation : (i) par des mesures de régulation « asymétrique », à l'instar de celles déjà imposées pour les fourreaux et qui pourraient être étendues si nécessaire ; (ii) au travers de règlements de différends, les directives communautaires adoptées dans le cadre de la révision du « paquet télécom » prévoyant la possibilité pour le régulateur sectoriel d'encourager et si nécessaire d'imposer le partage d'infrastructures en dehors de la régulation « asymétrique ».
94. En second lieu, sur le marché des appels d'offres de collectivités territoriales pour le déploiement de réseaux d'initiative publique, France Télécom pourrait en toute hypothèse, tirer avantage d'un accès privilégié à certaines informations ou certaines infrastructures, comme l'Autorité l'avait indiqué dans son avis n° [09-A-57](#) (§ 32) portant sur la montée en débit. France Télécom pourrait alors répondre aux appels d'offres par des offres globales qu'il est seul à pouvoir formuler, pouvant par exemple associer des déploiements de réseaux FTTH et des solutions de modernisation du réseau téléphonique par dégroupage des sous-répartiteurs.

Effet de levier s'appuyant sur le marché de détail

95. Dans son avis n° [09-A-57](#), l'Autorité avait relevé (§ 35) « *les difficultés rencontrées par les délégataires de service public non intégrés à un fournisseur d'accès à Internet, lors de la réponse aux appels d'offres [des collectivités territoriales dans le cadre de leurs projets de réseaux d'initiative publique]. En effet, seul un opérateur intégré, comme c'est le cas pour France Télécom présent à la fois sur le marché des réseaux d'initiative publique (sous la marque Orange Business Services) et sur celui du haut débit (sous la marque Orange), et dans une moindre mesure SFR et sa filiale LD Collectivités, est en mesure de s'engager auprès de la collectivité à ce qu'il y ait au moins un opérateur usager du réseau public, à savoir lui-même. A l'inverse, un délégataire de service public non intégré n'est pas en mesure de s'engager auprès de la collectivité sur la venue d'opérateurs de détail sur le réseau.* »
96. Cette préoccupation, qui est surtout apparue jusqu'à présent pour les appels d'offres de collectivités territoriales, paraît pouvoir concerner plus largement les déploiements de réseaux FTTH, non seulement en zone III mais aussi en zone II. Dans le cadre de l'instruction, France Télécom a en effet indiqué qu'elle ne souhaitait pas donner de position de principe quant à la possibilité pour sa branche de détail de recourir aux réseaux FTTH déployés par des tiers, que ce soit pour fournir des offres de détail de très haut débit ou des offres haut débit ou de service téléphonique.
97. En l'état actuel des choses, un acteur qui souhaiterait installer un réseau FTTH n'aurait donc aucune certitude quant au fait que la branche de détail de France Télécom puisse être cliente de son réseau. En toute hypothèse, France Télécom pourrait aussi bien choisir de :
- faire migrer l'ensemble de ses clients sur le réseau FTTH tiers. Cette option est peu crédible car elle conduirait France Télécom à passer d'une logique d'investissement

à une logique de location et d'une position d'opérateur contrôlant le réseau à une position d'opérateur dépendant de l'accès au réseau d'un tiers. Cette option augmenterait par ailleurs les économies d'échelle que les concurrents peuvent attendre de leurs déploiements, donc la rentabilité de ces déploiements et par conséquent la « cannibalisation » du réseau cuivre ;

- ne pas faire migrer ses clients actuels au haut débit et au service téléphonique sur le réseau FTTH tiers mais utiliser ce réseau pour proposer des offres très haut débit aux nouveaux clients ou aux clients actuels souhaitant monter en gamme. Cette option peut permettre à France Télécom de limiter la pression concurrentielle des offres très haut débit et donc les pertes de parts de marché sans cannibaliser la clientèle du réseau cuivre. Si le très haut débit se généralise à long terme, elle peut toutefois mener au même résultat que l'option précédente ;
- procéder à la modernisation de son réseau cuivre, avec ou sans soutien financier public, sans proposer d'offres sur le réseau FTTH du tiers. Cette option a, du point de vue de France Télécom, les mêmes vertus que la précédente, à condition que les services requérant des débits de plusieurs dizaines de Mb/s ne se généralisent pas trop vite. Elle présente en outre l'avantage de réduire les économies d'échelle des déploiements FTTH des tiers et donc de rendre ces déploiements plus difficiles à rentabiliser. Cette option paraît crédible puisque, selon l'étude du cabinet Tactis pour le compte de la DATAR, il est moins coûteux pour France Télécom de moderniser son réseau que de louer le réseau FTTH d'un tiers, y compris sous forme de co-investissement ;
- déployer, immédiatement ou ultérieurement en fonction du développement des usages, un réseau FTTH concurrent. Cette option permet de résister à la pression concurrentielle des offres très haut débit tout en décourageant l'investissement des concurrents. Elle est cependant plus coûteuse que les précédentes, surtout si les immeubles les plus rentables sont déjà raccordés par le premier réseau.

98. Sans contester la liberté d'une entreprise à déterminer les conditions dans lesquelles elle souhaite s'approvisionner sur le marché et, le cas échéant, à décider de s'intégrer verticalement, il convient de relever qu'en l'espèce, le comportement de France Télécom peut très fortement influencer sur les décisions d'investissement des acteurs tiers.

99. En effet, le choix que pourra retenir France Télécom entre les différentes options susmentionnées impacte la rentabilité du réseau tiers. France Télécom dispose d'une part de marché prédominante sur le marché de détail du haut débit, particulièrement dans les zones concernées. S'agissant des abonnés aux services de téléphonie fixe, qui sont également concernés à terme par ces migrations, la part de marché de France Télécom est encore plus forte. Aussi, pour le réseau tiers, le fait de pouvoir compter, au moins à une certaine échéance, sur la migration des clients de France Télécom sur son réseau, modifie totalement le plan d'affaires. La seule indétermination que laisse planer France Télécom à ce sujet peut à cet égard suffire à modifier les décisions d'investissement. Les représentants de SFR ont ainsi indiqué en séance que SFR ne déploierait de la fibre en zone II qu'à condition de co-investir avec France Télécom, de façon à s'assurer que ce dernier sera client du réseau.

100. En revanche, pour ses propres déploiements FTTH, France Télécom ne connaît pas la même incertitude. Non seulement l'opérateur historique bénéficie potentiellement de sa propre base client pour amortir son réseau, mais encore est-il peu probable que ses concurrents SFR et Free déploient des réseaux concurrents en dehors de la zone I. Les

économies d'échelle sur lesquelles peut compter France Télécom pour ses déploiements peuvent donc être bien meilleures que ses concurrents.

101. Il résulte de ce qui précède que l'opérateur historique est en capacité de protéger sa position de quasi-monopole sur la boucle locale en utilisant, par effet de levier, sa position sur les marchés de détail : ou bien en dissuadant le déploiement de réseaux FTTH par des tiers ou bien en favorisant ses propres déploiements FTTH par rapport à ceux des tiers.

III. Les modalités de l'intervention publique

102. Avant d'examiner les modalités du programme au regard des enjeux concurrentiels (B), l'Autorité formule des observations d'ordre général, de nature à renforcer la capacité du programme à atteindre ses objectifs (A). Les observations et recommandations de l'Autorité sont résumées en partie V.

A. CAPACITÉ DU PROGRAMME À RÉPONDRE AUX OBJECTIFS

Effets possibles du programme

103. En proposant d'inciter les opérateurs à dévoiler leurs intentions de déploiement de la fibre sur le territoire dans le cadre du volet A, le programme du gouvernement pourrait avoir un effet catalyseur sur l'investissement privé et donner la visibilité nécessaire aux pouvoirs publics pour anticiper la carence du marché et le cas échéant la compenser.
104. En limitant le soutien financier prévu au volet B aux projets de collectivités territoriales complémentaires, sur un plan géographique, aux zones de couverture prévisible des opérateurs telles qu'identifiées par le volet A, le programme pourrait également limiter les risques d'éviction de l'investissement privé par des interventions publiques non justifiées.
105. La combinaison des volets A et B du programme pourrait également inciter les opérateurs à investir. En effet, à l'horizon des prochaines années, l'opérateur historique paraît être le seul à avoir les moyens de déployer de manière significative son propre réseau fibre au-delà des zones très denses. Or, l'hypothèse de déploiements tiers, à l'initiative des collectivités territoriales, peut constituer une menace incitative. En signalant que les collectivités seront soutenues par l'Etat pour intervenir en complément du marché, le déploiement de la fibre devient plus inéluctable pour France Télécom et celui-ci a alors davantage intérêt à réaliser lui-même ce déploiement.
106. Le volet B est susceptible par ailleurs de favoriser l'intervention des collectivités territoriales en faveur du FTTH et limiter le risque de stratégies de court terme comme la simple modernisation du réseau téléphonique pour permettre la montée en débit. Il semble en effet plus difficile pour une collectivité territoriale de monter un projet FTTH qu'un projet de modernisation du réseau téléphonique. Comme plusieurs intervenants l'ont indiqué en séance, la difficulté à monter des projets FTTH résulte des incertitudes quant aux intentions des opérateurs de détail, notamment de l'opérateur historique, d'avoir recours aux offres de gros correspondantes. A l'inverse, une collectivité qui mettrait en œuvre un projet de montée en débit avec l'opérateur historique aurait une assurance

raisonnable que France Télécom utilise le réseau, à la fois pour ses propres besoins de détail, mais aussi pour proposer des offres de gros aux autres opérateurs ADSL.

107. Compte tenu du caractère facultatif de l'intervention des collectivités territoriales, le volet C pourrait par ailleurs amener une réponse complémentaire pour les territoires non traités par les volets A et B.
108. Dans son principe, le programme peut donc être de nature, en favorisant une organisation vertueuse du marché plutôt qu'en s'y substituant, à répondre aux objectifs d'intérêt général identifiés au § 55. En pratique, compte tenu du caractère non contraignant du programme, il n'est cependant pas exclu que des acteurs, opérateurs ou collectivités territoriales, préfèrent déployer la fibre en dehors du programme du gouvernement ou décident avant la fin des déploiements prévus de sortir du cadre du programme. En partie, la propension des uns à s'inscrire dans le cadre du programme dépendra d'ailleurs du comportement des autres : par exemple, les collectivités territoriales peuvent d'autant plus chercher à déployer la fibre sur des zones rentables et à sortir du volet B que les opérateurs seront moins crédibles à respecter les conditions de couverture « intensive » et d'ouverture des réseaux prévues par le volet A.
109. La bonne marche du programme du gouvernement semble donc reposer sur un équilibre délicat entre le comportement des différents acteurs. L'Autorité de la concurrence formule ci-après des observations d'ordre général de nature à renforcer cet équilibre.

Observations d'ordre général

Engagements des opérateurs

110. Comme l'a souligné l'ARCEP dans son avis, l'engagement de couverture « intensive » que seront amenés à prendre les opérateurs est tout à fait crucial pour la bonne marche du programme. En effet, cet engagement :
 - constitue un élément clé de la légitimité de l'intervention publique (cf. § A) ;
 - incite les collectivités territoriales à concentrer leur intervention dans les zones de carence du marché et à inscrire leur action dans le cadre du volet B (cf. § 108) ;
 - limite le risque d'effets de dissuasion par préemption des déploiements sur la partie « horizontale » (§ 88 à 91).
111. Étant donné le caractère non contraignant du programme, seul le maintien d'un équilibre raisonnable entre droits et obligations est de nature à inciter les opérateurs à souscrire ces engagements et à les respecter. À cet égard, les opérateurs ont indiqué dans le cadre de l'instruction que la couverture de l'intégralité des foyers et des entreprises à la maille de la commune pouvait constituer une contrainte disproportionnée, notamment en ce qui concerne les zones pavillonnaires. Le gouvernement pourra donc chercher à calibrer de façon plus précise les obligations de couverture des opérateurs de façon à maximiser les chances que ces engagements soient pleinement endossés et ne soient pas l'objet de contestations ultérieures.

Intervention des collectivités territoriales

112. Comme indiqué au § 91, l'hypothèse d'une intervention publique sur des zones pouvant être desservies par le marché est difficile à justifier au regard du régime des aides d'État, mais n'est pas totalement exclue. Dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, il peut être utile d'ajouter au programme du gouvernement des actions d'accompagnement à l'égard de ces dernières. Comme plusieurs acteurs l'ont

indiqué dans le cadre de l'instruction, un dialogue entre collectivités territoriales et opérateurs peut par ailleurs s'avérer nécessaire pour permettre que les réseaux installés à l'initiative des premières soient utilisés en pratique par ces derniers. Le groupe d'échange entre l'ARCEP, les collectivités et les opérateurs (GRACO, ex-CRIP), placé sous l'égide du régulateur sectoriel, paraît constituer le cadre naturel de dialogue.

113. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence recommande très vivement 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.
114. Afin de préserver ce rôle d'aiguillon des collectivités territoriales pour le déploiement de la fibre par l'opérateur historique en zone II, il importe enfin de limiter le risque d'annonces exagérément ambitieuses dans le cadre du volet A, visant à geler durablement l'intervention des collectivités territoriales. A cet égard, l'Autorité relève que le programme du gouvernement prévoit d'inclure dans le volet A les annonces des opérateurs à horizon de cinq ans, alors que la Commission européenne dans ses lignes directrices relatives aux aides d'Etat recommande une durée de trois ans¹⁴. Plusieurs intervenants ont fait valoir en séance que cette durée de trois ans était trop courte pour permettre des déploiements significatifs. En outre, une durée supérieure à trois ans est de nature à inciter l'opérateur historique à inscrire ses déploiements dans le cadre du programme. En tout état de cause, l'Autorité de la concurrence invite le gouvernement à veiller au bon séquençage des appels à projets entre opérateurs et collectivités territoriales : les premiers doivent pouvoir régulièrement actualiser leurs zones de déploiements prévisionnelles ; les secondes doivent disposer du temps nécessaire pour monter leurs projets sans risquer que de nouvelles annonces d'opérateurs remettent en cause leur intervention.

Clause de rendez-vous

115. Compte tenu du manque de recul et du caractère embryonnaire du marché, il convient de conserver de la souplesse dans le dispositif, de façon à pouvoir s'adapter aux évolutions du secteur et au rythme du marché. L'Autorité de la concurrence recommande ainsi au gouvernement de se fixer une clause de rendez-vous, par exemple à l'horizon de deux ans, pour faire le point et, le cas échéant, adapter son programme.

B. MODALITÉS DU PROGRAMME

116. L'Autorité de la concurrence examine ci-après les modalités du programme au regard des enjeux concurrentiels identifiés. L'analyse porte sur le volet A. Le volet B n'appelle pas d'observations de la part de l'Autorité, au-delà de celles déjà formulées précédemment. Le

¹⁴ Selon la Commission : « Cette période semble correspondre à la période moyenne nécessaire au déploiement d'un réseau d'accès de prochaine génération couvrant une ville ou une agglomération. Dans ce contexte, un opérateur devrait pouvoir démontrer que, dans les [trois] années à venir, il aura procédé aux investissements d'infrastructure nécessaires pour couvrir, au terme de cette période, une part substantielle du territoire et de la population concernés. » (note de bas de page n°70)

volet C est quant à lui insuffisamment précis à ce stade pour appeler des commentaires de la part de l'Autorité au-delà du principe de neutralité technologique rappelé par l'ARCEP dans son avis.

1. PROCESSUS DE SÉLECTION ET IMPACT SUR LE FONCTIONNEMENT DU MARCHÉ

117. De façon générale, on distingue deux types d'exercice du jeu concurrentiel : la concurrence « pour le marché », dans le cadre de laquelle plusieurs offreurs potentiels s'affrontent en amont pour se voir confier l'exercice d'une activité, et la concurrence « dans le marché », qui voit les offreurs concourir dans l'exercice de l'activité elle-même. Le volet A du programme du gouvernement, décrit plus haut (§ 29 et 30), combine, dans une certaine mesure, les deux types d'exercice du jeu concurrentiel.

Concurrence « pour le marché »

118. Etant donné que le titulaire du label va bénéficier de certains avantages (aides financières non subventionnelles, facilité pour rentrer dans les immeubles), le programme cherche à mettre en compétition les opérateurs sur les modalités de déploiement pour les zones concernées (couverture, rapidité de déploiement, etc.). La procédure de sélection est également l'occasion de conduire les acteurs du marché à révéler une information utile à la bonne articulation de l'intervention des collectivités territoriales et de l'investissement privé. En pratique, le programme est cependant ambigu sur la taille des lots sur lesquels se ferait la sélection. Le texte indique que les appels à projet se font à une échelle régionale mais suggère que le label sera octroyé pour une zone couvrant un ensemble de « *mailles élémentaires* », qui pourraient être des communes.
119. De manière générale, les autorités de concurrence recommandent aux autorités adjudicatrices de bien définir les lots sur lesquels ils comptent mettre en œuvre une procédure de sélection. Dans son avis n° [00-A-25](#) du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret réformant le code des marchés publics, le Conseil de la concurrence soulignait les bienfaits de l'allotissement sur le jeu de la concurrence dans certaines conditions particulières :
- *L'allotissement « peut permettre, notamment lorsque les lots sont de nature différente, à certaines PME de soumissionner à des marchés d'une importance compatible avec leur taille et, augmentant ainsi le nombre des compétiteurs, d'accentuer la pression concurrentielle. Toutefois, dans certains cas de figure résultant notamment de contraintes techniques particulières, le choix d'un marché global peut se révéler plus avantageux pour l'acheteur public : l'allotissement peut entraîner, en effet, des coûts supplémentaires de coordination et peut, en outre, faire obstacle à la réalisation d'économies d'échelle. [...]*
 - *À l'inverse, l'allotissement peut être le seul moyen de maintenir durablement une pluralité d'offres sur le marché lorsque, en raison de la position du demandeur, de la spécificité de sa demande, ou de la nature oligopolistique de l'offre, un appel à la concurrence global pourrait conduire à conférer une position dominante à l'entreprise ou aux quelques entreprises qui seraient les seules à pouvoir présenter une offre.*
 - *L'allotissement, qui peut ainsi participer de la recherche, par le demandeur, d'une meilleure efficacité sur le long terme de l'achat public, devrait toutefois être encadré pour que, dans ce cas de figure, il ne soit pas utilisé afin de répartir artificiellement*

les fournitures, prestations ou travaux entre autant d'entreprises qui seraient ainsi favorisées, ce qui aurait pour effet, actuel ou potentiel, de fausser le jeu de la concurrence entre ces entreprises et de créer des obstacles supplémentaires à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents.»

120. Le code des marchés publics prévoit d'ailleurs en son article 10 : « *afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés* ». La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics précise enfin que « *l'article 10 du code fixe comme principe que tous les marchés seront passés en lots séparés s'ils peuvent être divisés en ensembles cohérents, sauf si l'allotissement présente un inconvénient technique, économique ou financier. Les pouvoirs adjudicateurs sont donc forcément incités à recourir à l'allotissement pour l'ensemble de leurs marchés. La dévolution sous forme de marché global devient désormais l'exception.* »
121. Au contentieux, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu, au stade des mesures conservatoires, que le comportement d'une entreprise en position dominante n'allotissant pas un appel à candidatures en vue de l'occupation du domaine public pouvait constituer un abus de position dominante (n° [98-MC-13](#)).
122. Le Conseil de la concurrence a par ailleurs examiné à plusieurs reprises le comportement d'entreprises en position dominante présentant des offres globales dans le cadre d'appels d'offres prévoyant plusieurs lots. Ainsi, dans sa décision n° [09-D-10](#) du 27 février 2009, le Conseil de la concurrence a sanctionné la SNCM pour avoir présenté, lors de la procédure de délégation du service public de la desserte maritime de la Corse, une offre globale indivisible portant sur les cinq lignes de l'appel d'offres, à l'exclusion d'offres individuelles alors que, d'une part, cette compagnie était la seule à pouvoir déposer une offre globale et, que d'autre part, sa participation au moins partielle à l'exécution du service public était indispensable en raison des obligations imposées par le cahier des charges. Dans ces conditions, le Conseil a relevé que l'offre globale indivisible de la SNCM risquait de ne laisser à l'autorité délégante aucun autre choix possible que la SNCM pour assurer le service public délégué, sauf à ne pas couvrir la totalité de ce service, les offres individuelles des autres candidats étant insuffisantes pour exploiter l'ensemble des lignes maritimes. Cette offre globale produisait donc, selon le Conseil, un effet d'éviction des offres individuelles et imposait nécessairement à l'autorité délégante d'attribuer globalement la délégation de service public sans avoir pu opérer une comparaison utile entre toutes les offres - y compris les offres individuelles. Cette offre aboutissait donc à la même situation que celle qui aurait prévalu si l'autorité délégante avait décidé de ne pas allotir en cinq lignes maritimes ladite délégation. La cour d'appel a confirmé la décision du Conseil dans un arrêt du 9 mars 2010. Sur un fondement similaire, le Conseil de la concurrence a sanctionné une pratique du même type de France Télécom lors d'un appel d'offres organisé par la société Renault (n° [01-D-46](#)).
123. En l'espèce, il convient de rappeler la capacité très hétérogène des acteurs à intervenir. L'opérateur historique est en effet le seul acteur à pouvoir concourir sur des territoires étendus aux appels à projet du gouvernement dans le cadre du volet A. Comme l'indique l'ARCEP dans son avis, la définition de lots de taille trop importante, comme la région ou le département, pourrait accroître les barrières à l'entrée, déjà élevées, et favoriser l'opérateur historique. Inversement, des contraintes techniques quant aux modalités de déploiement des réseaux peuvent être incompatibles avec des lots de taille trop limitée, comme l'îlot. Le programme du gouvernement devra s'attacher à trouver le bon équilibre entre ces contraintes.

Concurrence « dans le marché »

124. Dans la plupart des cas en zone II, il est vraisemblable que l'opérateur titulaire du label sera le premier à installer son réseau et disposera, de fait, d'un monopole local d'infrastructures. Afin de permettre néanmoins l'exercice d'une concurrence effective sur le marché aval, le programme prévoit, outre l'adoption de mesures de régulation *ex ante* par l'ARCEP, que l'opérateur titulaire du label prenne plusieurs engagements : organisation d'un appel au co-investissement, ouverture du réseau, séparation juridique (cf. § 29).
125. Comme cela est développé dans la partie IV du présent avis, des mesures de ce type peuvent être pertinentes. Elles paraissent néanmoins pouvoir relever de la compétence du régulateur sectoriel. Le gouvernement devra donc d'abord veiller à la bonne articulation de son action avec celle de l'ARCEP.
126. En revanche, il ressort pleinement de la prérogative du gouvernement de veiller à une distribution équitable des aides financières. Compte tenu de la probabilité limitée que des opérateurs alternatifs soient titulaires du label, les aides devront *a minima* pouvoir bénéficier à l'ensemble des parties prenantes en cas de co-investissement.
127. S'agissant des modalités de l'appel au co-investissement, celui-ci devra enfin laisser la possibilité aux opérateurs tiers de moduler leur engagement par rapport aux projets de l'opérateur titulaire du label (cf. partie IV.B.1). A titre d'illustration, il convient d'éviter que l'opérateur historique, dont les capacités d'investissement en zone II sont supérieures à celles de ses concurrents, propose à ces derniers un choix binaire : co-investir sur un territoire trop important au regard de leurs moyens, ou ne pas co-investir du tout. A l'instar de la discussion précédente sur les modalités d'allotissement de l'attribution du label, il semble pertinent de prévoir, dans les conditions du label relatives au co-investissement, de laisser les opérateurs tiers décider de co-investir à une maille géographique raisonnable.

2. CONDITION RELATIVE À L'ABSENCE DE DÉPLOIEMENT ALTERNATIF (DITE « CLAUSE DE PAYSAGE »)

128. Le programme du gouvernement indique : « *Lors de l'ouverture des appels à projets, les investisseurs seraient invités à partir de la mi-2010 à s'engager sur leurs projets de déploiement à 5 ans, ceux qu'ils estiment rentables (i) moyennant des leviers financiers non subventionnels et (ii) sur la base de l'absence de déploiement parallèle concurrent, permettant d'aboutir à la garantie d'un trafic suffisant provenant de l'ensemble des opérateurs.* »
129. Du point de vue de l'opérateur qui souhaite installer un réseau dans une zone où un tel déploiement n'est réputé ne pouvoir être rentabilisé qu'à condition que des déploiements tiers n'aient pas lieu, il peut être légitime de chercher à obtenir une « clause de paysage » de ce type. Cet objectif semble d'ailleurs pouvoir être partagé par la puissance publique à certaines conditions. Des clauses de non concurrence sont par exemple assez fréquentes dans les contrats de délégation de service public. De telles clauses s'inscrivent cependant dans le cadre de conventions en bonnes et dues formes, organisant l'ensemble des droits et obligations des parties et prévoyant des mécanismes de dénonciation et de pénalités en cas de non respect. Or, la mise en place de telles conventions pour la zone II, qu'elles prennent la forme de délégations de service public ou de contrats de partenariat, ne correspond pas à l'approche retenue par le gouvernement dans son programme, de la même manière que le

gouvernement a écarté l'hypothèse d'une séparation structurelle de l'opérateur historique (cf. § 44 à 48).

130. En tout état de cause, sur un plan juridique, l'Etat ne peut pas octroyer une telle garantie dans le secteur des communications électroniques. La directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques dispose en effet au premier alinéa de son article 2 : « *Les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public.* »
131. Enfin, cette « clause de paysage » renvoie à la discussion sur les effets de levier que les opérateurs peuvent mettre en œuvre à travers leurs bases d'abonnés sur les marchés de détail pour influencer sur les décisions d'investissement des autres opérateurs au niveau des infrastructures (§ 95 à 101). Comme cela est discuté plus loin (cf. partie IV.B.2), le co-investissement peut être une réponse à cette question pour la zone II.

IV. Garanties concurrentielles complémentaires

132. Dans la présente partie, l'Autorité relève que le programme du gouvernement ne permet pas de répondre aux enjeux concurrentiels identifiés à la partie II.C (A), avant de proposer des mesures complémentaires (B), comme l'y invite la lettre de saisine du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre chargé de l'industrie (cf. § 3).

A. INSUFFISANCE DU PROGRAMME À RÉPONDRE AUX ENJEUX CONCURRENTIELS

133. En favorisant une accélération dans le déploiement de la fibre, le programme peut agir en faveur de l'aménagement du territoire et de la compétitivité de la France, mais il risque aussi d'avantager l'opérateur le plus avancé et le mieux outillé pour déployer, c'est-à-dire l'opérateur historique – que ce soit en zone II sur fonds propres ou en zone III aux côtés des collectivités territoriales. La puissance publique nationale ou locale pourrait ainsi favoriser, malgré elle, la reproduction d'un monopole sur la fibre.
134. L'Autorité a en effet identifié un certain nombre de risques concurrentiels sur le marché du très haut débit (§ 79 à 101) résultant de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre ou de sa capacité à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail. Ces risques sont les suivants :
- préemption des déploiements par l'opérateur historique, conduisant à une dégradation des conditions d'accès des tiers au réseau et à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail ;
 - préemption de la partie « horizontale » des déploiements par l'opérateur historique, conduisant à une dissuasion des déploiements alternatifs ;
 - accès privilégié à certaines informations ou infrastructures nécessaires aux déploiements ;

- conditions d'utilisation des réseaux FTTH tiers par la branche de détail l'opérateur historique, dissuadant les déploiements tiers ou favorisant les siens.
135. Le programme du gouvernement et l'action du régulateur sectoriel sont de nature à réduire certains de ces risques. Il en va ainsi du risque de préemption de la partie horizontale des réseaux, que le programme peut limiter à condition d'inciter les opérateurs à s'inscrire dans le cadre du programme et à respecter leurs engagements de couverture « intensive ». Comme cela a été signalé, la régulation sectorielle peut également favoriser par des mesures *ex ante* un accès non discriminatoire à certaines infrastructures ou informations.
136. Par ailleurs, le co-investissement peut, s'il est mis en œuvre dans de bonnes conditions, limiter, à tout le moins en zone II et pour les opérateurs y prenant part, le risque d'un accès dégradé au réseau et d'un effet de levier s'appuyant sur le marché de détail. En effet, en investissant aux côtés de France Télécom, les opérateurs alternatifs peuvent d'abord disposer d'un « droit de regard » sur les conditions de déploiement du réseau, et éviter notamment que l'architecture technique ne leur offre qu'un accès dégradé. Sur un plan tarifaire, le co-investissement paraît plus favorable aux opérateurs alternatifs que le versement d'une prime à l'opérateur historique dans l'hypothèse où ce dernier supporterait seul l'investissement. Enfin, les parties qui co-investissent sont fortement incitées à avoir recours au réseau sous-jacent pour commercialiser leurs offres de détail, ce qui limite les effets de levier s'appuyant sur le marché de détail : l'entreprise co-investissant avec France-Telecom bénéficie en principe de la base de clientèle de ce dernier pour y rentabiliser le déploiement de l'infrastructure.
137. Néanmoins, l'Autorité est d'avis que le programme du gouvernement n'est pas nécessairement un levier suffisant pour assurer un co-investissement effectif. Il convient en effet de rappeler que l'appréciation d'un investissement donné ne peut se faire indépendamment de l'appréciation de la rentabilité de celui. Par ailleurs, France Telecom a initialement opposé un refus à une proposition de co-investissement de ses concurrents. En effet, pour France Télécom, co-investir avec ses concurrents, c'est à la fois favoriser le déploiement d'une infrastructure concurrente de sa boucle locale cuivre, renoncer à disposer d'un avantage dans la couverture ou les conditions d'accès au réseau et risquer de voir les niveaux de prix sur le marché de détail s'aligner sur ceux du haut débit (cf. § 60 à 64). Seule une incitation particulièrement forte pourrait amener France Télécom à modifier ses arbitrages. Cette incitation ne paraît pas pouvoir venir du seul programme du gouvernement, compte tenu de l'intérêt aléatoire des acteurs à s'y inscrire (cf. § 108). A cet égard, si les annonces récentes de France Télécom, qui indique être « *ouvert à des formes de co-investissement* » sont bienvenues, elles sont à prendre avec précaution à ce stade.
138. Enfin, en zone III, la programme ne présente aucune garantie tendant à limiter les effets de levier s'appuyant tant sur les marchés de gros que sur les marchés de détail et qui pourraient distordre de manière très significative l'exercice de la concurrence dans le cadre des appels d'offres des collectivités territoriales. Or, la régulation sectorielle ne peut apporter qu'une réponse partielle à ce risque. Il convient en particulier de garder à l'esprit que, contrairement aux marchés de détail du haut débit et de la téléphonie fixe, le marché des appels d'offre des collectivités territoriales ne fait pas l'objet d'une surveillance minutieuse et quotidienne de la part de l'ARCEP visant à s'assurer de l'absence de discrimination dans l'accès aux informations et aux infrastructures ou dans les relations avec la branche de détail.

B. GARANTIES COMPLÉMENTAIRES

1. CO-INVESTISSEMENT

Les notions de partage d'infrastructures et de groupement en droit de la concurrence

139. Le partage d'infrastructures entre acteurs économiques, ou plus généralement la mise en commun de moyens, induit par hypothèse une restriction quant à l'autonomie des parties prenantes, voire quant au nombre de demandeurs ou d'offreurs sur le marché. Mais si elle est ainsi susceptible de restreindre la concurrence, la mise en commun de moyens n'est pas interdite en elle-même par le droit de la concurrence, particulièrement lorsqu'il peut être établi qu'elle produit des effets positifs sur la concurrence.
140. Aux termes de la pratique décisionnelle en matière de groupement d'intérêt économique (GIE), la constitution d'un groupement n'est pas anticoncurrentielle en tant que telle et peut même être pro-concurrentielle, par exemple si elle permet à de petits acteurs de servir le marché. En revanche, peut relever de comportements anticoncurrentiels : le fait que le GIE soit le siège ou le prétexte de pratiques anticoncurrentielles ; des conditions d'adhésion opaques ou discriminatoires, particulièrement lorsque cette adhésion est une condition d'entrée sur le marché ; le fait que le GIE conduise à restreindre artificiellement la politique commerciale de ses membres, par exemple par la fixation de barèmes de prix communs.
141. La Commission européenne et le tribunal de première instance des communautés européennes ont également eu l'occasion de se prononcer sur un accord de partage d'infrastructures entre opérateurs concurrents¹⁵. Il en ressort que le partage est d'autant plus admissible en droit de la concurrence qu'il concerne des installations neutres technologiquement et se situant en bas de la chaîne de valeur. Le TPICE n'exclut cependant pas des partages plus poussés, susceptibles de limiter la liberté technique et économique des acteurs, s'ils peuvent produire des effets pro-concurrentiels. Tel était le cas en l'espèce d'un accord d'itinérance mobile au profil d'un nouvel entrant sur le marché.
142. Dans son avis n° [09-A-45](#) du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer, l'Autorité de la concurrence a également estimé que la création d'un centre de stockage départemental unique pouvait être nécessaire pour favoriser les conditions d'approvisionnement et de distribution dans les îles et que, compte tenu du fait que les acteurs les plus puissants n'y avaient pas intérêt, la puissance publique pouvait être légitime à inciter à la mutualisation des moyens correspondants. Compte tenu de la limitation sur la concurrence qu'impliquait la mise en place d'une infrastructure unique, l'Autorité soulignait la nécessité d'assortir ce schéma de conditions, portant notamment sur l'accès à l'infrastructure. Elle ajoutait que la mutualisation devait être limitée dans son périmètre à ce qui était nécessaire : *«la suppression de la concurrence à un stade de la chaîne d'approvisionnement ne doit pas s'effectuer au détriment de la concurrence à d'autres stades»*.

¹⁵ Décision de la Commission du 16 juillet 2003. Arrêt du TPICE du 2 mai 2006 (affaire T-328/03, O2 GmbH and Co. OHG contre Commission).

Le co-investissement dans les réseaux FTTH

Légitimité

143. Comme l’Autorité le soulignait son avis n° [09-A-57](#) du 22 décembre 2009, à propos des réseaux FTTH : *« le déploiement de ces réseaux constitue une étape décisive dans la dynamique concurrentielle que connaît le marché des communications électroniques en France. L’opportunité offerte aux opérateurs alternatifs de s’affranchir progressivement des infrastructures de l’opérateur historique pourra amener à terme à réduire 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. »* Inversement, les réseaux de nouvelle génération peuvent constituer une opportunité pour l’opérateur historique de remettre en cause le développement de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, comme le suggère la progression exceptionnelle de la part de marché de NTT au Japon sur les réseaux très haut débit.
144. Compte tenu de l’accélération que va entraîner le programme du gouvernement et des asymétries entre opérateurs pour déployer la fibre en dehors de la zone I, l’Autorité de la concurrence estime que le co-investissement peut, suivant ses modalités, constituer une solution pro-concurrentielle en zone II, pour les raisons indiquées au § 136. 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 concernées. En outre, le co-investissement offre non seulement une garantie raisonnable que les conditions d’accès des opérateurs alternatifs aux réseaux ne soient pas dégradées, mais encore n’est-il pas exclu que celles-ci puissent s’améliorer par rapport au dégroupage de la boucle locale cuivre : (i) sur un plan économique, en substituant des coûts fixes à des coûts variables ; (ii) sur un plan technique, à travers un « droit de regard » sur les conditions opérationnelles (livraison des accès, SAV) et un meilleur accès à l’information. Les effets pro-concurrentiels du co-investissement sont au final susceptibles de contrebalancer ses effets restrictifs de concurrence.
145. Le caractère pro-concurrentiel du co-investissement dépend cependant fortement de ses modalités. A cet égard, l’Autorité ne saurait se prononcer de manière générale sur la licéité de ce type de montage au regard du droit de concurrence.

Modalités

146. En pratique, le co-investissement peut prendre plusieurs formes : (i) la création d’une société commune en charge du déploiement du réseau ; (ii) la copropriété, sous le régime juridique de l’indivision ; (iii) la mise à disposition du réseau par un opérateur « leader » aux co-investisseurs, par exemple sous la forme de contrats de location de longue durée de type IRU (*indefeasable right of use*), comme cela se pratique dans le domaine des câbles sous-marins. Le co-investissement peut se faire à parts égales ou prévoir des participations hétérogènes des acteurs. Les parties prenantes peuvent ou non se voir facturer une charge d’accès au réseau.
147. Plusieurs intervenants en séance ont fait part des discussions en cours entre opérateurs sur ces sujets, notamment sur les questions juridiques et de gouvernance. France Télécom, SFR et Free se sont ainsi engagés dans une expérimentation sur les conditions de co-investissement. Sans préjuger des choix que pourront retenir les acteurs, la jurisprudence évoquée plus haut paraît à tout le moins impliquer le respect des principes suivants :

- les droits dont bénéficie un acteur doivent être équitables au regard de sa contribution et des droits dont bénéficient les autres parties prenantes ;
- les conditions de participation au co-investissement ne doivent pas créer de barrières artificielles ; compte tenu des capacités hétérogènes des acteurs, il convient notamment que ceux-ci puissent moduler leur niveau d'engagement au moins dans une certaine mesure ;
- les échanges d'information et les éventuelles restrictions à la liberté commerciale des parties prenantes doivent être strictement nécessaires au bon fonctionnement de l'opération, notamment à sa rentabilité.

Levier juridique

148. Le programme du gouvernement prévoit que l'opérateur titulaire du label doit réaliser un appel au co-investissement. Comme indiqué, l'Autorité juge que le programme du gouvernement n'est sans doute pas un cadre suffisant pour assurer le bon fonctionnement d'un tel mécanisme. Compte tenu des enjeux, il semble préférable de prévoir, le cas échéant de manière cumulative, des mesures plus contraignantes de régulation sectorielle en ce domaine. L'intervention de l'ARCEP peut également permettre d'encadrer les modalités de co-investissement dans le sens des principes dégagés plus haut.
149. A l'instar des mesures qu'elle a mises en place en zone I pour permettre le cofinancement et le multifibres, il semble que l'ARCEP dispose, à la suite de l'adoption de la loi contre la fracture numérique, des compétences nécessaires pour imposer à tout opérateur déployant la fibre sur une zone d'accepter la demande d'un opérateur tiers qui souhaiterait participer au financement de l'infrastructure et bénéficier à ce titre d'un accès au réseau. L'ARCEP pourrait alternativement envisager l'imposition de mesures de régulation *ex ante* asymétriques équivalentes, dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés.
150. Ce type de mesure favorisant le co-investissement s'imposerait en tout état de cause sans préjudice des autres mesures de régulation, symétriques ou asymétriques, sur lesquelles des travaux de l'ARCEP sont en cours.

Echelle des investissements

151. Si le co-investissement peut apporter une garantie raisonnable quant à la possibilité pour les opérateurs y prenant part d'accéder au réseau de manière satisfaisante, il convient de garder à l'esprit qu'une telle option se situe à un niveau élevé dans l'échelle des investissements et pourrait ne pas suffire à garantir, à elle seule, l'exercice d'une concurrence effective, compte tenu notamment, des situations hétérogènes des acteurs et du caractère nécessairement progressif des investissements. Ainsi et pour reprendre les termes du programme, le seul accès à la « sous-boucle fibre » pourrait s'avérer insuffisant et devoir s'accompagner d'offres de « collecte ».
152. En outre, les représentants de Bouygues Télécom ont indiqué en séance ne pas disposer, sur le marché du haut débit, de parts de marché suffisantes pour pouvoir participer au co-investissement, au moins initialement. Les conditions de co-investissement pourraient selon cet acteur ménager une entrée progressive ou décalée dans le temps. Une part de la réponse pourrait également provenir de l'émergence d'offres de gros émanant des opérateurs co-investisseurs. L'expérience du marché mobile montre cependant qu'avec un petit nombre d'acteurs, l'émergence d'un marché de gros concurrentiel ne se fait pas toujours spontanément. Comme l'Autorité l'a indiqué sur la zone I dans son avis

n° [09-A-47](#), ceci paraît appeler une surveillance de la part de l'ARCEP et, le cas échéant, l'imposition de mesures complémentaires.

2. EFFET DE LEVIER S'APPUYANT SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL

153. La possibilité qu'ont les opérateurs, et particulièrement l'opérateur historique, de s'appuyer sur leurs bases de clientèle sur les marchés de détail pour dissuader les déploiements des tiers ou favoriser les leurs, peut faire courir un risque important sur le fonctionnement concurrentiel du marché.
154. En zone II, il convient néanmoins de souligner que les opérateurs alternatifs ont de toute manière une faible appétence à investir en propre, à tout le moins à court terme. En outre, le co-investissement, s'il est mis en œuvre dans de bonnes conditions, pourrait apporter une réponse suffisante (cf. § 143).
155. En zone III en revanche, l'opérateur historique est de nature à disposer d'une capacité à distordre la concurrence de manière très significative dans le cadre des appels d'offres des collectivités territoriales. Il s'agit cependant d'une simple possibilité et le droit de la concurrence peut avoir un effet dissuasif. En revanche, l'application *ex post* du droit de la concurrence pourrait présenter certaines limites, car intervenant après coup et ferait courir aux collectivités territoriales un risque juridique quant à la légalité de leurs procédures. C'est pourquoi l'Autorité de la concurrence souhaite sur ce sujet laisser toutes les options ouvertes et ne pas préjuger de la suite qu'elle pourrait donner aux affaires qu'elle peut être amenée à connaître.
156. L'ARCEP pourra également chercher, dans ses travaux avec les collectivités territoriales et les opérateurs, à dégager des bonnes pratiques quant à la définition des conditions favorables à la concurrence en amont des appels d'offres. Dans son avis n° [09-A-57](#) précité, l'Autorité avait ainsi invité les collectivités territoriales : (i) à s'enquérir, en amont de leurs appels d'offres, de l'appétence des opérateurs de détail à utiliser les réseaux qu'elles envisageaient de déployer ; (ii) à diffuser aux candidats aux appels d'offres toute information susceptible de les mettre sur un pied d'égalité.

V. Synthèse et conclusion

157. Comme l'Autorité a eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, ***le déploiement des réseaux de nouvelle génération est un enjeu essentiel, non seulement sur un plan technologique mais aussi concurrentiel***. Le déploiement d'une nouvelle boucle locale en fibre optique peut offrir l'opportunité aux opérateurs alternatifs de s'affranchir progressivement des infrastructures de l'opérateur historique et permettre à terme une réduction du champ de la régulation sectorielle *ex ante*. Inversement, les exemples étrangers montrent que ces réseaux peuvent être l'occasion pour les opérateurs historiques de remettre en cause le développement de la concurrence qu'a permis le dégroupage de la boucle locale cuivre.
158. La France n'est pas isolée, sur un plan international, dans sa volonté de promouvoir la meilleure couverture de son territoire en réseaux de nouvelle génération. Par rapport aux solutions retenues ailleurs, l'Autorité de la concurrence comprend que le programme

soumis à son examen privilégie une certaine continuité dans le fonctionnement du secteur, plutôt qu'un changement plus radical portant sur le rôle de la puissance publique et la structure de la concurrence. Tenant compte de nombreuses contraintes, notamment de la multiplicité des acteurs en présence, **le programme du gouvernement privilégie une approche pragmatique tendant à favoriser une intervention efficace du marché et des collectivités territoriales plutôt qu'à s'y substituer.**

159. Lorsqu'elle est saisie pour avis d'une intervention publique dans un secteur concurrentiel, l'Autorité de la concurrence s'attache à examiner la légitimité d'une telle intervention au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis et les conditions dans lesquelles celle-ci doit être conduite pour minimiser son impact sur la concurrence.
160. S'agissant, en premier lieu, de la légitimité de l'intervention de l'Etat, **l'Autorité appelle d'abord le gouvernement à clarifier les objectifs d'intérêt général qu'il entend poursuivre.** Dans son examen, l'Autorité retient l'objectif d'assurer la couverture d'une partie prépondérante du territoire dans un délai raisonnable par de nouveaux réseaux de boucle locale en fibre optique jusqu'à l'abonné (FTTH), dans des conditions permettant une concurrence effective sur le marché aval. Sur cette base, **la puissance publique est légitime à intervenir, en dehors des zones très denses** et en complément de la régulation sectorielle ainsi que de l'application du droit de la concurrence, en vue de : (i) favoriser la bonne articulation entre l'intervention publique et l'investissement privé ; (ii) garantir la couverture « intensive » des zones de desserte des opérateurs, c'est-à-dire le raccordement à terme de l'ensemble des foyers et entreprises concernées ; (iii) apporter un soutien financier pour le déploiement du FTTH dans les zones non desservies par le marché.
161. En deuxième lieu, l'Autorité relève que le programme du gouvernement est de nature, dans son principe, à répondre aux objectifs d'intérêt général identifiés et salue la volonté du gouvernement de prendre en compte l'objectif de concurrence dans le cadre du volet A. L'articulation des appels à projets du volet A, en direction des opérateurs, et du volet B, en direction des collectivités territoriales, peut en effet apporter une clarification dans le partage des rôles entre les acteurs et inciter au déploiement de la fibre, notamment par l'opérateur historique dans les zones rentables. **En pratique, compte tenu du caractère non contraignant du programme, sa bonne marche repose sur un équilibre entre l'incitation des différents acteurs à y inscrire leurs déploiements,** ce qui conduit l'Autorité de la concurrence à formuler les observations suivantes :
- **l'engagement de couverture « intensive » que seront amenés à prendre les opérateurs dans le cadre du volet A est tout à fait crucial** ; le gouvernement pourra chercher à préciser les obligations de couverture des opérateurs de façon à maximiser les chances que ces engagements soient pleinement mis en œuvre et ne soient pas l'objet de contestations ultérieures ;
 - **l'Autorité recommande très vivement d'exclure du volet B les projets de montée en débit par modernisation du réseau téléphonique** ; au-delà des limites que soulèvent ces projets sur un plan concurrentiel, l'objectif du programme doit rester le déploiement d'un nouveau réseau pérenne ; en incitant les collectivités territoriales à mettre en œuvre ce type de projet par nature transitoire, l'Etat désinciterait l'opérateur historique à investir dans le FTTH ;
 - pour la **bonne articulation de l'intervention des collectivités et des opérateurs**, le gouvernement devra veiller au séquençage adéquat des appels à projets de ces deux catégories d'acteurs ; le dialogue entre collectivités et opérateurs sous l'égide du régulateur sectoriel est plus que jamais nécessaire pour éviter une trop grande dispersion des pratiques locales.

162. En troisième lieu, l'Autorité relève un certain nombre de risques concurrentiels sur le marché du très haut débit. Ces risques, qui résultent de la plus grande capacité de l'opérateur historique à déployer la fibre, en tout cas à l'horizon des prochaines années, ou de sa capacité à agir par effet de levier en s'appuyant sur les marchés de gros et de détail, sont les suivants : (i) préemption des déploiements, conduisant à une dégradation des conditions d'accès des tiers au réseau, liée à l'architecture de ce dernier, et à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail ; (ii) préemption de la partie « horizontale » des déploiements, conduisant à une dissuasion des déploiements alternatifs ; (iii) accès privilégié à certaines informations ou infrastructures nécessaires aux déploiements ; (iv) conditions d'utilisation des réseaux FTTH par la branche de détail de l'opérateur historique, pouvant dissuader les déploiements tiers ou favoriser les déploiements propres.
163. Pour répondre à ces risques les modalités du programme appellent tout d'abord les remarques suivantes :
- certains engagements que cherche à obtenir le gouvernement par la voie du label paraissent également relever de la régulation sectorielle, *ce qui appelle à une bonne articulation avec l'ARCEP* ;
 - *les lots sur lesquels se feront tant l'attribution du label que l'appel au co-investissement devront être dimensionnés avec attention*, de manière à ne pas accroître artificiellement les barrières à l'entrée, tout en répondant aux contraintes opérationnelles de déploiement des réseaux ;
 - *les aides financières doivent pouvoir bénéficier à l'ensemble des parties prenantes en cas de co-investissement* ;
 - *la « clause de paysage » envisagée par le programme, consistant à conférer au titulaire du label une forme d'exclusivité territoriale, n'est ni nécessaire ni faisable juridiquement*, et ne correspond pas à l'approche générale retenue par le gouvernement.
164. Au delà du programme lui-même, la lettre de saisine des ministres invitait l'Autorité à se prononcer sur d'éventuelles mesures nécessaires à l'exercice d'une concurrence effective. Il convient à cet égard de souligner qu'*en favorisant une accélération dans le déploiement de la fibre le programme risque d'avantager l'opérateur le plus avancé et le mieux outillé pour déployer, c'est-à-dire l'opérateur historique*. La puissance publique nationale ou locale pourrait ainsi favoriser malgré elle la constitution d'un monopole sur la fibre.
165. *S'agissant des zones rentables où l'on se trouve en situation de monopole naturel, l'Autorité de la concurrence estime que la possibilité, pour les opérateurs alternatifs, de co-investir avec l'opérateur historique peut limiter les risques concurrentiels, notamment en offrant un « droit de regard » aux opérateurs alternatifs sur l'architecture du réseau*. A cette fin, le programme du gouvernement et plus précisément les avantages liés à l'obtention du label ne paraissent pas pouvoir constituer un levier suffisant. *L'Autorité invite par conséquent l'ARCEP à faire usage de ses compétences de régulation ex ante pour favoriser le co-investissement et le cas échéant en encadrer les modalités*. Ce type de mesure s'imposerait sans préjudice des autres mesures de régulation, symétriques ou asymétriques, sur lesquelles des travaux de l'ARCEP sont en cours.
166. *Dans les zones non rentables, l'opérateur historique paraît disposer d'une capacité à distordre la concurrence de manière significative dans le cadre des appels d'offres des*

collectivités territoriales. Il s'agit évidemment d'une simple possibilité et le droit de la concurrence peut avoir un effet dissuasif. L'ARCEP pourra également chercher, dans ses travaux avec les collectivités territoriales et les opérateurs, à dégager des bonnes pratiques quant à la définition de conditions favorables à la concurrence en amont des appels d'offres.

167. En dernier lieu, compte tenu du manque de recul et du caractère embryonnaire du marché, il convient de conserver de la souplesse dans le dispositif. ***L'Autorité de la concurrence recommande de fixer une clause de rendez-vous, par exemple à l'horizon de deux ans pour permettre au marché de révéler ses intentions.*** En tout état de cause, les observations formulées par l'Autorité dans le présent avis ne sauraient valoir au-delà d'une durée de cet ordre.
168. ***Sous ces réserves, l'Autorité de la concurrence émet un avis favorable au programme qui lui est soumis par le gouvernement.***

Délibéré sur le rapport oral de M. Sébastien Soriano et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot, Elisabeth Flüry-Hérard et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Véronique Letrado

Le président,

Bruno Lasserre
