

CONSULTATION PUBLIQUE

Juillet 2004

Collectivités Territoriales et haut débit

Consultation publique sur l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des communications électroniques : Article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales.

(15 juillet 2004 – 30 septembre 2004)



Sommaire

I.	INTRODUCTION	3
A.	Contexte	3
B.	Problématique	3
C.	Organisation de la consultation publique	4
II.	LES OBJECTIFS DE L'INTERVENTION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES.....	5
A.	La couverture du territoire.....	5
B.	Obtenir d'offres compétitives.....	6
C.	L'anticipation des nouveaux services et usages.....	6
III.	LE CADRE DE L'INTERVENTION	8
A.	L'article L. 1425-1	8
1.	<i>Service public local</i>	8
2.	<i>Caractère public des contrats susceptibles d'être conclus par une collectivité dans le cadre d'un projet de télécommunications</i>	9
3.	<i>Le constat de l'insuffisance des initiatives privées</i>	10
B.	Le partage d'infrastructures	11
1.	<i>Procédure actuelle d'invitation au partage</i>	11
2.	<i>L'accès aux infrastructures</i>	13
C.	Formes d'intervention	14
1.	<i>Les modalités de mise en œuvre d'un projet télécoms dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT</i>	14
2.	<i>L'effet de levier de la commande publique</i>	15
3.	<i>Les réseaux indépendants</i>	16
D.	Etudes préalables.....	17
1.	<i>Collecte d'informations : Liste des répartiteurs, cheminements des réseaux et points hauts</i>	17
2.	<i>Partage des informations entre tous les opérateurs / Publicité des études</i>	18
IV.	LES MODALITES DE L'INTERVENTION	19
A.	Cohérence des projets d'initiative publique	19
B.	Choix techniques.....	19
C.	La gestion des équipements de réseau.....	22
D.	Le cas particulier des délégations de service public.....	22
E.	L'équipement des zones non desservies.....	23
V.	ENJEUX CONCURRENTIELS	25
A.	L'influence sur les acteurs déjà présents.....	25
B.	L'ouverture des réseaux publics créés	26
C.	Le droit communautaire et les aides d'Etat	27
1.	<i>Le statut de service d'intérêt économique général (SIEG)</i>	28
2.	<i>La problématique d'aide d'Etat dans le cadre d'un SIEG</i>	28
3.	<i>La problématique d'aide d'Etat hors du cadre d'un SIEG</i>	29
4.	<i>La surcompensation des coûts du service public</i>	30
D.	Fixation des tarifs pratiqués par la collectivité.....	30
VI.	ROLE DE L'ART	32
A.	Gestion des déclarations d'opérateurs et délivrance des autorisations d'utiliser des fréquences	32
B.	Recueil des descriptions de projets	33
VII.	ANNEXES.....	34
A.	Annexe 1 : présentation synthétique de l'article L. 1425-1 du CGCT	34
B.	Annexe 2 : le texte de l'article L. 1425-1	36
C.	Annexe 3 : schéma simplifié des composantes d'un réseau de télécommunications.....	38

I. Introduction

Il y a encore cinq ans, seules les plus grandes entreprises disposaient classiquement d'un accès au haut débit. Le début du siècle a marqué une rupture décisive, dont le sommet de Lisbonne en 2000 semble avoir donné le signal. La demande des entreprises, mais aussi des particuliers, s'est largement développée, alors que les tarifs baissaient rapidement, permettant l'émergence d'un marché de masse du haut débit en Europe et dans le monde.

En termes purement quantitatifs, la situation française peut sembler globalement satisfaisante pour le grand public : les tarifs des offres haut débit sont parmi les plus bas du monde, la croissance du nombre d'abonnés est plus rapide que dans la plupart des autres pays européens, et le taux de souscription au haut débit a dépassé en France la moyenne européenne, pour se rapprocher de ceux de la Finlande ou des Etats-Unis.

Les besoins sont plus importants pour les entreprises qui exigent des capacités de collecte croissante (SDSL, VDSL, etc.).

En termes géographiques, la situation est plus mitigée. La croissance rapide de la demande n'a pas été complètement relayée par le rythme des investissements des acteurs du secteur. Il semble que ni l'opérateur historique ni les opérateurs alternatifs n'aient pu trouver les financements nécessaires pour équiper de manière homogène l'ensemble du territoire. Ainsi, les offres haut débit de France Télécom desservent plus de 80% des particuliers et des entreprises, mais moins de 50% du territoire. Les réseaux des opérateurs dégroupés sont concentrés dans les 20 à 40 plus grandes villes, desservent environ 50% de la population, mais seulement dix pour cent du territoire.

Le décalage entre besoins locaux en haut débit et capacité d'investissement du secteur marchand a conduit le législateur, dans le cadre de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, à renforcer les capacités d'action des collectivités en matière d'aménagement numérique de leur territoire (à l'instar de ce qui s'est passé dans les autres pays et comme le l'autorise désormais la Commission européenne).

Le nouvel article L.1425-1 du CGCT leur permet ainsi d'intervenir plus facilement sur les marchés de gros des télécommunications et, sous certaines réserves, sur les marchés de détail.

L'intervention d'acteurs publics dans un secteur marchand, ouvert à la concurrence depuis moins d'une dizaine d'années, est susceptible d'avoir des effets non négligeables. A titre d'illustration, il semble que les budgets d'investissements évoqués par les collectivités pour les prochaines années seront du même ordre de grandeur que ceux envisagés par les acteurs privés.

Par ailleurs, certaines collectivités semblent naturellement privilégier la mise en œuvre de projets structurants sur le long terme, plusieurs dizaines d'années, dans un secteur où les ruptures technologiques et concurrentielles sont fréquentes. Là aussi, la capacité d'adaptation des projets aux évolutions du secteur et à celles de la demande suppose d'établir les conditions d'un dialogue durable entre collectivités et opérateurs.

Le cadre juridique, tant au plan national qu'europpéen reconnaît désormais le bien fondé de l'intervention publique dans le secteur des télécommunications et établit un certain nombre de

dispositions, qui seront évoquées dans la suite du document, visant à concilier au mieux action publique et concurrence.

Pour dépasser ce cadre strictement juridique, l'Autorité souhaite engager une réflexion sur les principes et modalités d'intervention susceptibles de favoriser au mieux les synergies entre investissements publics et investissements privés dans le secteur des télécommunications.

La présente consultation publique s'inscrit dans cette démarche. Son objectif est de permettre la publication, à l'automne 2004, d'un document d'information qui, à partir de la synthèse des documents recueillis par l'Autorité auprès des acteurs ayant contribué à la réflexion, présente un certain nombre de points de repère permettant de concilier au mieux action publique et concurrence.

La consultation aborde les cinq thèmes suivants :

- les objectifs de l'intervention des collectivités territoriales ;
- le cadre juridique de l'intervention avec la promulgation de la loi ;
- les différents modes de cette intervention en termes techniques ;
- les enjeux concurrentiels ;
- le rôle de l'ART, dans ce nouveau contexte.

Les personnes souhaitant répondre à la présente consultation publique devront faire parvenir leurs commentaires à l'Autorité de Régulation des Télécommunications en langue française, sous format papier et sous format électronique, avant le 30 septembre 2004 à 12h00.

Les contributeurs sont invités en particulier à formuler leurs commentaires sur les questions identifiées dans le corps du présent document. Il est également possible de faire part à l'Autorité de réflexions sur tout sujet lié à l'aménagement numérique du territoire. Les commentaires écrits doivent porter la mention « réponse à la consultation publique collectivités territoriales » et être envoyés à :

Autorité de Régulation des Télécommunications
A l'attention de Jean-Claude Beauchemin
Chef de l'Unité Collectivités Territoriales
Service Collectivités et régulation des marchés haut débit
7, square Max Hymans
75730 Paris Cedex 15

Il est également possible d'envoyer des commentaires à l'Autorité par courrier électronique à l'adresse suivante: consultation-collectivités@art-telecom.fr (dans un tel cas, le sujet du courrier électronique devra être " **consultation – collectivités territoriales** "). Il est rappelé que l'envoi de courriers électroniques non sécurisés sur Internet ne garantit pas la confidentialité du message transmis.

L'Autorité s'autorise à rendre public tout ou partie des réponses qui lui parviendront, à moins que leur auteur n'indique explicitement qu'il s'y oppose. Dans ce cas, l'auteur peut signaler les éléments jugés confidentiels.

II. Les objectifs de l'intervention des collectivités territoriales

L'intervention des collectivités territoriales dans un secteur concurrentiel est soumise aux restrictions déterminées par le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Né sous la Révolution¹, ce principe est celui qui justifie l'interdiction faite aux collectivités territoriales d'exercer certaines activités. La jurisprudence du Conseil d'Etat a subordonné, dans les années vingt, l'intervention économique des collectivités territoriales à la double exigence d'une « carence de l'initiative privée » et à « l'existence d'un besoin local ».

Cette « histoire » juridique conditionne aujourd'hui encore le débat relatif à l'intervention des collectivités dans les télécommunications. Les marges de manœuvre concédées aux collectivités sont fortement encadrées.

Pourtant, force est de constater que l'intervention publique est nécessaire, compte tenu, d'une part, des attentes exprimées et non satisfaites dans le cadre du développement de la société de l'information, et d'autre part, des déséquilibres territoriaux que tout un chacun peut constater en ce qui concerne la disponibilité de services de télécommunications haut débit².

Les budgets annoncés sont par ailleurs importants : les prévisions d'investissement de la part des collectivités dans les réseaux de communications électroniques sont du même ordre de grandeur que celles de l'opérateur historique ou de l'ensemble des opérateurs alternatifs.

Il semble que trois catégories d'objectifs soient privilégiées par les collectivités territoriales :

- la couverture du territoire,
- l'obtention d'offres innovantes et compétitives,
- l'anticipation des nouveaux services et usages.

Q1. Partagez-vous cette perception des trois principaux objectifs des collectivités ?

Q2. Comment hiérarchisez-vous ces objectifs ?

La responsabilité de l'Etat en matière d'aménagement du territoire reste entière. Toutefois, le mouvement de décentralisation donne un rôle accru aux territoires en ce qui concerne la définition des politiques. L'aménagement numérique du territoire est une composante d'une politique plus vaste, mise en œuvre par l'Etat et les collectivités, dont l'un des objectifs est de corriger les déséquilibres d'offres de services dans les domaines social, culturel ou économique.

Une fois reconnue la nécessité de corriger les déséquilibres territoriaux, que les seules forces du marché ne gomment pas, la question de l'ampleur géographique de l'intervention est posée. Préalablement, une réflexion sur les objectifs de couverture du territoire n'est probablement pas inutile car il n'y a pas à proprement parler de zones « blanches », c'est-à-dire de zones pour lesquelles aucune offre haut débit n'est disponible. En effet, les solutions d'Internet haut débit par satellite sont potentiellement disponibles partout. Mais les offres ne

¹ Loi le Chapelier (1791) et Décrets d'Allarde.

² Etude ORTEL 2003 : 35 départements ont une couverture DSL inférieure à 60% de la population, dont 6 inférieure à 40%

sont pas équivalentes, en zone dense et en zone peu dense, en termes de prix ou de qualité de service.

Dès lors, les objectifs de couverture retenus par les collectivités peuvent varier substantiellement : la collectivité peut souhaiter se concentrer sur les zones « blanches » (sans offres compétitives) ou considérer qu'elle est légitime à intervenir également pour accélérer la desserte en haut débit des entreprises.

Q3. Quels sont selon vous les objectifs de couverture, en termes d'extension géographique, que doit se fixer une collectivité territoriale ?

Q4. Quels sont les moyens pour atteindre ces objectifs de couverture ?

Même si l'objectif de limiter le choix de la couverture aux zones peu denses peut paraître louable, isoler une procédure sur ces seules zones sans considérer la collecte de celles-ci peut conduire à une rupture d'égalité devant la commande publique. De plus, il y a un risque d'avoir des projets durablement subventionnés.

Les collectivités s'intéressent également aux enjeux que représentent la disponibilité d'offres haut débit pour le maintien, voire le développement, de l'activité économique, ainsi qu'aux attentes des agents exerçant une activité d'intérêt général (social, éducatif, culturel, de loisirs, services à l'administré).

De plus, l'émergence de services au client final à des prix attractifs semble être un objectif majeur pour les collectivités, point de vue que le régulateur ne peut que partager. Ceci passe par l'exercice d'une concurrence locale entre les acteurs présents sur le territoire. Cette concurrence suppose l'existence locale d'un marché de gros répondant aux attentes, ce qui n'est pas toujours le cas en l'absence de réseaux alternatifs à ceux de l'opérateur historique. L'article L. 1425-1 du CGCT donne ainsi aux collectivités une marge de manœuvre pour favoriser l'apparition de nouveaux acteurs locaux de nature privée.

Pour de nombreux territoires, l'apparition d'offres innovantes et attractives conditionne la croissance locale. Certaines mutations économiques ou industrielles sont d'ailleurs révélatrices de nouveaux besoins ; les PME de sous-traitance, par exemple, sont de plus en plus souvent confrontées à des obligations de dématérialisation de leurs relations avec les donneurs d'ordres. L'apparition de nouveaux modes de travail, partageant la présence en entreprise et la permanence au domicile, suppose une émergence de services de télécommunications performants. Il en est de même en ce qui concerne le nécessaire accompagnement des plans nationaux, comme le Plan stratégique de l'administration électronique, qui comporte des enjeux de réforme de l'Etat mais qui se traduit également par de nombreux projets de dématérialisation de la relation administration-usager au plan local.

Les collectivités sont les mieux placées pour anticiper les évolutions de leur territoire. Elles ont une capacité à se projeter sur le moyen et le long terme, les acteurs économiques privilégiant plutôt une approche de court ou de moyen terme.

Du point de vue du développement de la société de l'information, les collectivités se sont saisies de la question des usages. Aujourd'hui, la loi leur donne une certaine latitude en matière de construction et d'exploitation de réseaux, voire de fourniture de services en cas d'insuffisance des initiatives privées. La connaissance des usages et l'influence qu'elles peuvent avoir sur le développement de ceux-ci, alliée à la capacité d'agir sur les réseaux, semble conduire les collectivités à une grande prudence pour ce qui concerne le caractère nécessairement évolutif des réseaux qu'elles auront contribué à construire et des services offerts sur ces réseaux.

Pour les collectivités, semble donc se poser la question de l'adéquation entre les solutions techniques retenues, nécessairement évolutives, et l'anticipation de l'apparition d'usages pour partie encore inconnus mais qu'il faudra satisfaire. Les collectivités peuvent être amenées à privilégier des solutions techniques onéreuses, peut-être même disproportionnées. Inversement, elles peuvent être amenées à choisir des modes d'intervention qui permettent un développement quasi-immédiat de services haut débit portés par les technologies actuelles, mais qui s'avèreront insuffisantes à moyen ou long terme.

Q5. Comment une collectivité territoriale peut-elle anticiper au mieux l'évolution des services et des usages ? Est-ce son rôle ?

Q6. Du point de vue du réseau, sur quels éléments faut-il mettre l'accent pour en assurer le caractère nécessairement évolutif ?

Q7. Quelles modalités juridiques vous paraissent les mieux appropriées pour concilier l'anticipation des usages et la pertinence des choix techniques ?

III. Le cadre de l'intervention

L'insertion de l'article L. 1425-1 dans le Code général des collectivités territoriales, à l'occasion de la promulgation de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, a étendu de manière significative le champ de compétences des collectivités territoriales dans le domaine de l'aménagement numérique du territoire.

1. Service public local

En insérant l'article L. 1425-1 dans le Livre IV du CGCT consacré aux « *services publics locaux* », dans un chapitre intitulé « *Réseaux et services locaux de télécommunications* », le législateur a voulu reconnaître, de manière implicite, l'existence d'un service public local.

Rappelons que cet article permet aux collectivités territoriales d'établir et exploiter des infrastructures et des réseaux de communications électroniques, d'acquérir des droits d'usage à cette fin ou d'acheter des réseaux existants, d'exercer une activité d'opérateur d'opérateurs sous certaines conditions et de fournir des services de télécommunications au public après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals³.

Afin de disposer d'une meilleure appréhension du périmètre d'intervention consacré par le législateur, il convient de mettre en exergue les caractéristiques particulières du service public qui semblent ressortir de l'article L. 1425-1 du CGCT.

La notion de service public découlant des différentes possibilités d'interventions précitées semble tout d'abord revêtir un caractère subsidiaire par rapport au libre jeu du marché et aux interventions des opérateurs privés, censés répondre aux besoins des clients, conformément au cadre juridique communautaire (les collectivités n'interviennent que si l'un et l'autre ne suffisent pas à satisfaire les besoins locaux).

Ensuite, ce service public revêt un caractère facultatif dans la mesure où **la loi n'instaure aucune obligation d'action pour les collectivités territoriales**. Celles-ci disposent donc d'une liberté d'intervention en la matière et peuvent décider d'utiliser les compétences qui leur sont octroyées si un intérêt local le justifie.

C'est ainsi que la loi n'impose pas une couverture exhaustive des territoires. Ce sont les collectivités qui déterminent, dans le cadre de leur pouvoir d'organisation du service public, les modalités de desserte de leurs réseaux de communications électroniques et le degré de couverture de leur territoire en appréciant la nécessité de déployer ces infrastructures en fonction de leurs coûts et des besoins des usagers.

Par ailleurs, l'intervention des collectivités territoriales aboutit à la mise en place d'un service public intervenant dans un secteur concurrentiel. En effet, même si la notion d'« *insuffisance d'initiatives privées* » ne semble pas signifier une absence complète d'offres privées mais plutôt l'existence d'offres privées ne permettant pas de satisfaire les besoins en présence, l'action des collectivités territoriales n'en demeure pas moins soumise aux règles de la concurrence ainsi qu'à la réglementation relative aux aides d'Etat.

³ Un tableau de présentation de l'article L. 1525-1 du CGCT est joint en annexe.

Au regard de ces éléments, les objectifs du développement du haut débit et de l'aménagement numérique du territoire peuvent être atteints de manière efficace sans que les collectivités exercent directement leur compétence d'opérateur de services pour le client final. L'article L. 1425-1 permet en effet aux collectivités d'assurer, directement ou indirectement, une fonction d'opérateur d'opérateurs visant au premier chef à développer un cadre local d'implantation favorable aux opérateurs et fournisseurs de services de télécommunications.

Q8. Partagez-vous cette analyse ?

2. Caractère public des contrats susceptibles d'être conclus par une collectivité dans le cadre d'un projet de télécommunications⁴

En vertu de la loi du 17 juillet 1978, le libre accès aux documents administratifs est la règle et le secret l'exception. Il apparaît ainsi que ni les administrations de l'État ni les collectivités territoriales n'ont le pouvoir de déterminer librement les documents qu'elles entendent communiquer. Les règles de communication ont été définies par la loi, qui a garanti aux citoyens un droit d'accès très large aux documents détenus par les administrations. Ainsi, les seules exceptions permettant de refuser ou de différer la communication des documents demandés figurent d'une part aux articles 6 et 6 bis de la loi précitée et découlent d'autre part des décisions de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) et de la jurisprudence administrative.

Ainsi, la plupart des contrats passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics, voire les autres organismes qui en dépendent, doivent être accessibles à toute personne qui en fait la demande en application de l'article 2 de la loi précitée. Tel est le cas des marchés publics et des conventions de délégation de service public⁵.

Il convient de noter que le droit à communication s'étend à l'ensemble des documents, de nature contractuelle ou non, qui sont relatifs à la conclusion de ces contrats. Les pièces annexes au contrat sont par exemple communicables⁶. De la même manière, les documents relatifs à l'exécution du contrat sont communicables à toute personne qui en fait la demande⁷.

⁴ Pour plus d'informations, se référer au 9e rapport d'activité (1999) de la CADA retraçant le bilan de l'activité de la commission de 1995 à 1998 et traitant de la communication des documents détenus par les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

⁵ Pour exemple :

- un dossier relatif à un contrat d'affermage du service de l'eau (CADA, 4 décembre 1997, *maire de Bando*) ;
- un marché négocié (CADA, 7 mai 1998, *maire de Sisteron*) ;
- un contrat de concession du service public de restauration (CADA, 31 juillet 1997, *Apperce Bernard/Société SODEXHO*) ;

⁶ Exemples :

- Le cahier des charges d'une concession est accessible au même titre que le contrat lui-même (CADA, 12 mars 1998, *maire de Saint-Galmier*).
- les résultats d'un appel d'offres lancé par une commune (CADA, 2 avril 1992, *maire de Bondy*).

⁷ Exemples :

- les des comptes rendus technique et financier fournis périodiquement par le titulaire du contrat d'affermage pour la restauration scolaire (CADA, 31 mars 1994, *maire de Gan*)
- On peut aussi noter que la liste des fournisseurs et des entreprises travaillant pour le compte d'une commune est communicable si le document existe (CADA, 6 juillet 1989, *maire de Besançon*), tout comme la liste des sous-traitants réalisant des prestations dans le cadre d'un marché (CADA, 28 novembre 1996, *Albertini*).

Toutefois, les documents précités sont communicables sous réserve de la prise en compte de différents éléments tels que :

- le caractère achevé du contrat (pour devoir être communiqué, un document contractuel doit présenter un caractère achevé, c'est-à-dire qu'il doit avoir été signé par les parties contractantes) ;
- le caractère préparatoire des documents (un document revêt un caractère préparatoire lorsqu'il se rapporte à un contrat qui n'a pas encore été signé) ;
- et le secret en matière commerciale et industrielle⁸.

La loi du 17 juillet 1978 garantit à toute personne le droit d'accéder aux documents administratifs qui ne présentent pas un caractère nominatif. Elle institue ainsi un droit d'accès général pour tous les documents qui ne portent pas une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique déterminée. Les demandes visant la communication d'un document non nominatif peuvent dès lors émaner de personnes physiques, d'entreprises, de syndicats ou d'associations, voire même de personnes publiques. En revanche, l'accès aux documents nominatifs est réservé aux personnes concernées.

Q9. Quelles initiatives, aussi bien de la part des collectivités que des parties intéressées (délégataires, opérateurs ...), permettraient une application facilitée de la règle de libre accès aux documents administratifs introduite par la loi du 17 juillet 1978 ?

3. Le constat de l'insuffisance des initiatives privées

L'article L. 1425-1 dispose : « l'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offre déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications ».

Sachant que le recours à l'appel d'offre a pour objectif la passation d'un marché public destiné à répondre aux besoins propres d'une personne publique⁹, la procédure que doivent appliquer les collectivités dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT pour constater l'insuffisance d'initiatives privées semble contradictoire avec l'objet même d'un marché public dès lors que l'appel d'offre vise « à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications ».

⁸ Le secret en matière commerciale et industrielle est protégé par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978.

Exemples :

- La CADA a estimé que le procès-verbal de la commission d'ouverture des plis est communicable dans la mesure où il ne révèle que les conditions globales de prix proposées par les entreprises évincées (CADA, 2 avril 1992, *maire de Bondy*).

- En matière de délégation de service public, le contrat de délégation, son cahier des charges et ses annexes financières sont des documents de plein droit communicables, mais les résultats de la société délégataire sont protégés par le secret en matière commerciale (CADA, 5 septembre 1996, *maire de Saint-Pierre-de-Nogaret*).

⁹ L'article 1er du code des marchés publics prévoit que « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Deux interprétations sont possibles :

- soit l'on considère que le législateur a utilisé l'expression « *appel d'offre déclaré infructueux* » de manière générique et que la procédure d'appel d'offres visé par le L. 1425-1 est une procédure « *sui generis* » (interprétation constructive du L. 1425-1) : dans ce cas, les collectivités territoriales pourraient par exemple passer par une enquête publique permettant de constater l'insuffisance d'initiatives privées. Les collectivités pourraient ainsi passer une annonce dans un journal d'annonces légales, laquelle décrirait les besoins des utilisateurs finals en termes de services et interrogerait les opérateurs pour savoir s'ils sont en mesure de répondre à ces besoins. A l'issue d'une durée raisonnable laissée aux opérateurs pour répondre à cet appel d'offres, les collectivités apprécieraient alors si « *l'appel d'offres* » est fructueux ou non.
- soit le législateur a effectivement voulu que les collectivités territoriales passent un marché public visant « *à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications* ». Dans ce cas une difficulté juridique semble apparaître au vu de l'objet même d'un marché public (satisfaire les besoins propres d'une personne publique), sauf à considérer de manière constructive que dès lors que la loi donne compétence aux collectivités de fournir des services de télécommunications directement au public, alors l'objectif de fournir des services directement au public peut s'interpréter comme un besoin propre de la collectivité et être satisfait par l'intermédiaire d'un marché public ;

En tout état de cause, une réponse certaine ne pourrait être apportée à cette question qu'à l'occasion d'un contentieux porté devant le juge administratif ou au détour d'une question parlementaire. En l'absence d'une jurisprudence portant sur cette problématique, il serait hasardeux d'avancer une solution définitive.

Q10. Comment penseriez-vous préciser ces interprétations ?
--

4. Procédure actuelle d'invitation au partage

Le Code des postes et télécommunications prévoit la possibilité d'une utilisation partagée des infrastructures de télécommunications préexistantes entre opérateurs sur le territoire d'une collectivité territoriale. A cette occasion, les dispositions réglementaires accordent une place particulière à la collectivité territoriale ainsi qu'à l'Autorité de Régulation des Télécommunications.

Le rôle de la collectivité :

Dans un souci de rationalisation de l'occupation du domaine public routier et afin de limiter les travaux de génie civil, l'autorité compétente peut, dans le cadre de son pouvoir d'instruction des demandes de permissions de voirie, selon les cas, inciter l'opérateur de télécommunications de partager des infrastructures existantes ou les lui imposer.

Dans l'hypothèse où le droit de passage de l'opérateur peut être assuré, dans des conditions équivalentes à celles qui résulteraient d'une occupation autorisée, par l'utilisation

d'installations existantes d'un autre occupant du domaine public et que cette utilisation ne compromettrait pas la mission propre de service public de cet occupant, l'autorité compétente peut inviter les parties concernées à se rapprocher pour déterminer les conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause (article L. 47, alinéa 3, du CPT).

Malgré l'annulation de l'article R. 20-49 (Conseil d'État, dans son arrêt «SIPPEREC» en date du 21 mars 2003), le gestionnaire du domaine pourra, conformément à la jurisprudence administrative, continuer à demander à l'opérateur de déplacer ou de modifier ses installations, afin de réaliser des travaux dans l'intérêt du domaine occupé, notamment pour permettre le passage d'un autre opérateur¹⁰.

Il convient par ailleurs de noter que l'article L. 1425-1 prévoit une interdiction pour une même personne morale d'exercer une activité d'opérateur et d'être chargée de l'octroi des droits de passage. Il est en effet prévu au II, alinéa 2, de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales, qu'« *une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de télécommunications et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public* ».

Le rôle de l'Autorité dans cette problématique. Deux moyens sont possibles :

- La procédure de règlement des différends portant sur les possibilités et les conditions d'une utilisation partagée entre opérateurs d'installations existantes situées sur le domaine public routier ou sur une propriété privée (combinaison des articles L. 47 et L. 36-8 du Code des postes et télécommunications).

L'article L. 36-8, II, 1° du Code des postes et télécommunications issu de la rédaction du projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles reprend le 2° de cet article dans sa rédaction actuelle et dispose qu'« *en cas d'échec des négociations commerciales, l'Autorité de Régulation des Télécommunications peut également être saisie des différends relatifs à la mise en œuvre des obligations prévues par le présent titre, notamment ceux portant sur [...] les possibilités et les conditions d'une utilisation partagée entre opérateurs, prévue à l'article L. 47, d'installations existantes situées sur le domaine public et, prévue à l'article L. 48, d'installations existantes situées sur une propriété privée* »¹¹.

L'Autorité de Régulation des Télécommunications continuerait à se prononcer sur ces différends dans les conditions de forme et de procédure prévues au I de l'article L. 36-8¹².

¹⁰ cf. TA Strasbourg, 9 mai 2000, France Télécom c. Communauté urbaine de Strasbourg, préc. et CAA Nancy, 27 septembre 2001, Communauté urbaine de Strasbourg c. France Télécom, préc. (à propos de l'obligation pour un opérateur de télécommunications de déplacer ses installations, sans droit à indemnité, en cas de travaux dans l'intérêt de la voirie) ; cf. CE, 23 avril 2001, Syndicat intercommunal pour l'assainissement de la Vallée de Bièvre, req. n°187.007.

¹¹ Dans son avis sur le projet de loi sur les communications électroniques, l'Autorité de Régulation des Télécommunications proposait « *d'étendre de façon explicite la possibilité de saisine aux opérateurs dans le cadre d'un différend les opposant à des gestionnaires du domaine public, qu'il s'agisse de collectivités territoriales ou de gestionnaires privés, notamment pour des motifs de non-discrimination. En effet, l'Autorité a déjà été confrontée à de tels litiges, sans pouvoir y apporter de réponse* » (Avis n° 03-552 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 29 avril 2003 sur le projet de loi sur les communications électroniques).

¹² cf. Article 36-8, I, dans sa rédaction prévue par le projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

En outre, en application de ce même article, l'Autorité de Régulation des Télécommunications devra toujours procéder à une consultation publique de toutes les parties intéressées avant toute décision imposant l'utilisation partagée des installations.

- La compétence de l'Autorité de Régulation des Télécommunications en cas de différends relatifs, notamment, aux conditions techniques et tarifaires de partage des infrastructures (combinaison des articles L. 1425-1 du CGCT et L. 36-8 du Code des postes et télécommunications).

Il est prévu au III, alinéa 1er, de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales que « *L'Autorité de Régulation des Télécommunications est saisie, dans les conditions définies à l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications, de tout différend relatif aux conditions techniques et tarifaires d'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications ou d'établissement, de mise à disposition ou de partage des réseaux et infrastructures de télécommunications visées au I.* ».

- Q11. Avez-vous déjà été confrontés à cette procédure de partage ?
- Q12. Etes-vous satisfait de cette procédure? Permet-elle de répondre à vos attentes ?
- Q13. Les collectivités devraient-elles disposer d'un pouvoir plus contraignant en matière de partage d'infrastructures de télécommunications ?

5. *L'accès aux infrastructures*

Un des principaux objectifs de l'intervention publique est de favoriser l'accès des opérateurs alternatifs aux répartiteurs de France Télécom ou à d'autres concentrateurs d'accès potentiels comme les points hauts ou les transformateurs EDF. Ceci nécessite la mise à disposition de réseaux de collecte reliant ces points, notamment grâce à des offres de location d'infrastructures comme des fourreaux, des fibres ou des pylônes.

L'action des collectivités apparaît donc en partie comme un substitut à une obligation réglementaire de partage des infrastructures. Cette obligation pourrait prendre plusieurs formes :

- une analyse des marchés pourrait être conduite sur le marché de la location d'infrastructures de collecte. Une éventuelle partition géographique de ce marché pourrait permettre de prendre en compte les spécificités locales. Dans cette optique, l'obligation ne porterait que sur les acteurs puissants sur ce marché.
- elle pourrait également découler de l'analyse d'un autre marché, au titre des prestations connexes. Dans sa consultation publique sur l'analyse des marchés du haut débit, l'Autorité « *estime proportionné et justifié d'imposer à France Télécom l'obligation de formuler une offre de raccordement des répartiteurs qui n'impose pas aux opérateurs dégroupés de limiter la bande passante ou les services sur les sites qu'ils ne desservent pas avec leur propre fibre* ». Cette prestation de raccordement pourrait prendre la forme d'une offre de location d'infrastructures de collecte.

Une telle obligation permettrait de réduire les coûts de duplication du génie civil. En effet, cette duplication est économiquement inefficace et représente une part importante de coûts d'établissement de réseaux des opérateurs ou des collectivités.

Cependant, elle présente également des risques de désincitation des opérateurs :

- les opérateurs alternatifs pourraient cesser d'investir dans les réseaux de collecte, et ne relier les points de concentration que grâce aux offres de location d'infrastructures. Or l'Autorité estime nécessaire que la concurrence par les infrastructures se développe et que les opérateurs consentent des investissements, quand ceux-ci sont rationnels.
- France Télécom pourrait cesser d'investir dans ses réseaux de collecte si l'offre est trop favorable aux opérateurs alternatifs et que ceux-ci en profitent pour prendre une large part des marchés de détail associés. Une telle obligation pourrait également inciter à la construction d'infrastructures de faible capacité, afin d'en empêcher le partage efficace.

En tout état de cause, le niveau tarifaire d'une telle offre sera un paramètre influant sensiblement sur le niveau d'investissement de l'ensemble des opérateurs.

Enfin, peu de pays imposent aux opérateurs puissants le partage de leurs infrastructures. Quelques pays européens imposent un partage de fourreaux, y compris l'orientation vers les coûts des tarifs de cette prestation. Il est plus courant de trouver des obligations s'appliquant à tous les opérateurs, en cas d'impossibilité technique de duplication ou d'invitation de la puissance publique locale.

Q14. Dans quelles conditions vous paraîtrait-il proportionné d'imposer à un opérateur de partager ses infrastructures ?

Q15. Sous quelles modalités faudrait-il le cas échéant créer une offre de mise à disposition d'infrastructures ? En particulier :

- quel type d'infrastructures devrait être concerné : fibre, fourreaux, canalisations, pylônes ?
- quels principes tarifaires vous semblent-ils devoir s'appliquer ?

6. Les modalités de mise en œuvre d'un projet télécoms dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT

Le choix des modalités d'organisation du service issu de l'intervention des collectivités territoriales renvoie à la problématique d'une action proportionnée et adaptée au périmètre de l'intervention.

Le législateur, en ne précisant pas, dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT, les modalités juridiques d'établissement d'un réseau de communications électroniques, d'exploitation d'un tel réseau et, le cas échéant, de fourniture de services de télécommunications aux opérateurs et/ou aux clients finals par une collectivité territoriale, entend laisser aux collectivités territoriales une assez grande liberté pour choisir les outils juridiques parmi ceux existants afin d'assurer l'exercice de cette activité de service public.

Les collectivités territoriales auront à choisir entre un mode de gestion directe ou un mode de gestion déléguée et, par suite, à déterminer leurs modalités juridiques de mise en œuvre. Entre les différentes formes de marchés publics (de travaux ou de services) et les principales formes de délégations comme la concession (établissement et exploitation), l'affermage ou la régie intéressée (exploitation), la collectivité peut envisager différents montages en fonction

du niveau d'intervention pour lequel elle aura opté, conformément aux différentes possibilités que lui offre l'article L. 1425-1 du CGCT.

S'agissant de la construction d'infrastructures seules, un marché public de travaux peut être mis en œuvre. Dès lors que ce réseau est complété d'équipements actifs, un marché public de travaux, avec une composante de fournitures (équipements) pour l'activation du réseau peut être utilisé.

Pour la fonction d'opérateur d'opérateurs qu'elle exerce à partir d'infrastructures passives ou de réseaux, différents montages juridiques sont envisageables :

Le recours à une délégation de service public peut sembler normal en raison de l'emplacement de l'article L. 1425-1 par le législateur dans la partie « service public local ». Si la seule fourniture du service sur une infrastructure préexistante ou construite par la collectivité est envisagée, un contrat d'affermage peut par exemple être utilisé. Si la construction et l'exploitation d'une infrastructure sont envisagées comme un tout, un contrat de concession peut être choisi.

Par ailleurs, le recours à un marché public de services, même s'il peut être sujet à interprétation quant au périmètre des besoins propres de la personne publique, ne semble pas devoir être rejeté a priori puisque la loi donne compétence aux collectivités d'exercer une activité d'opérateur d'opérateurs.

Une réponse certaine semble ne pouvoir être apportée qu'à l'occasion d'une décision consécutive à un contentieux porté devant le juge administratif.

Par ailleurs, l'article L. 1425-1 du CGCT permet également aux collectivités d'effectuer des activités de télécommunications portant sur la fourniture de services au public après le constat d'une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals. Sous réserve de la constatation de cette insuffisance d'initiatives privées, les mêmes choix de montages juridiques que ceux envisagés pour la fourniture de services aux opérateurs sont envisageables pour les collectivités.

Q16. Partagez-vous cette analyse ?

7. L'effet de levier de la commande publique

On parle d'effet de levier de la commande publique lorsque l'intervention d'une collectivité territoriale, dans le cadre d'un marché public destiné à satisfaire ses besoins, déclenche des investissements d'extension des réseaux des opérateurs tout en contribuant à l'aménagement numérique du territoire.

Cet effet de levier peut en particulier être observé à l'occasion de l'intervention des régions dans le cadre de certaines de leurs compétences propres issues des lois de décentralisation.

Il en est par exemple ainsi lors de la mise en place des réseaux régionaux pour les établissements d'enseignement supérieur (universités) et de la recherche afin d'assurer la connectivité IP entre eux et avec le réseau national Renater. Ces réseaux fournissent généralement aussi un accès IP aux établissements d'enseignement sous tutelle régionale (lycées, formation professionnelle...) voire à d'autres types d'utilisateurs du secteur public.

En moyenne un réseau régional coûte 3M€ par an, concerne quelques dizaines de sites d'enseignement supérieur ou de recherche et environ 200 lycées.

Cet effet levier semble en particulier important lorsqu'un opérateur nouvel entrant est attributaire du marché. Typiquement, son réseau dans la région peut alors passer d'un point de présence à plusieurs points de présence. Cette plus forte capillarité lui permet d'abaisser son coût de revient et de concurrencer beaucoup plus vivement l'opérateur historique. Cette concurrence avivée stimule la demande et tend à abaisser les prix sur l'ensemble du marché final de la région, au bénéfice du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) sur son territoire.

Par ailleurs, certains paramètres permettent d'avoir une influence de manière plus ou moins importante sur l'effet de levier de la commande publique. L'allotissement d'un appel d'offre peut par exemple, en regroupant dans un même lot des liaisons rentables et d'autres moins rentables, être susceptible de maximiser cet effet. L'aspect relatif à l'aménagement numérique du territoire est un paramètre qui semble également pouvoir l'influencer. Toutefois, il est sans doute déconseillé de le prendre en compte dans une décision d'attribution dans la mesure où l'aménagement numérique du territoire apparaît en principe juridiquement étranger à l'objet du marché d'un réseau régional.

Q17. Avez-vous lancé ou remporté un appel d'offre de ce type ces dernières années?

Q18. Ces appels d'offres faisaient-ils l'objet d'un allotissement particulier ?

Q19. Quelles ont été les conséquences de ces appels d'offre :

- sur les investissements d'extension du réseau de l'opérateur choisi ;
- sur l'implantation des autres opérateurs ;
- sur le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs présents sur le territoire?

Q20. L'utilisation de la commande publique comme effet de levier de l'intervention des opérateurs est-elle un moyen d'intervention efficace pour les collectivités territoriales ?

Q21. Ne vaut-il pas mieux, au lieu d'isoler cette commande publique, la considérer comme un élément d'un projet territorial plus vaste afin que les infrastructures soient utilisables à d'autres fins et pour d'autres usages ?

8. Les réseaux indépendants

On entend par réseau indépendant un réseau de communications électroniques utilisé par un groupe fermé d'utilisateurs en vue d'échanger des communications internes. L'Autorité a précisé dans son avis du 30 mai 1997 qu'il fallait entendre par la notion de groupe fermé d'utilisateurs (GFU) " *un groupe qui repose sur une communauté d'intérêts suffisamment stable pour être identifié et préexistante à la fourniture du service de télécommunications* ".

Ce type de réseaux s'est très largement développé au sein des collectivités territoriales. La loi sur les communications électroniques a modifié la définition d'un réseau indépendant en restreignant le périmètre d'acteurs pouvant utiliser un tel réseau à un seul groupe fermé d'utilisateurs : le développement de réseaux multi-GFU relève donc désormais du cadre des réseaux ouverts au public.

Q22. Connaissez-vous le nombre de GFU présents sur votre territoire, le trafic qu'ils génèrent et les types de services qu'ils utilisent? Pouvez-vous estimer le chiffre d'affaire que pourrait générer le basculement de ces GFU vers un opérateur privé, par exemple le délégataire d'une collectivité ?

Q23. Les nouvelles possibilités d'intervention dévolues aux collectivités territoriales par l'article L. 1425-1 du CGCT doivent-elles amener celles-ci à effectuer une migration de leurs réseaux indépendants, en particulier les réseaux multi-GFU, vers des réseaux ouverts au public ?

9. Collecte d'informations : Liste des répartiteurs, cheminements des réseaux et points hauts

Avant de s'engager dans un projet d'aménagement numérique de leur territoire, les collectivités souhaitent en général disposer d'un recensement des infrastructures existantes. Les besoins exprimés peuvent inclure :

- l'emplacement des répartiteurs et sous-répartiteurs ;
- l'emplacement des points hauts ;
- les ressources disponibles en fibres, fourreaux ou emprises (égouts par exemple).

Une certaine partie, voire la majorité des informations sont théoriquement détenues par les collectivités, qui ont accès aux cadastres (répartiteurs), aux permis de construire (points hauts), aux déclarations de travaux (passage des fourreaux). Cependant, le recueil et la consolidation de ces données semblent être difficiles à obtenir en pratique.

Certains acteurs peuvent être réticents à fournir la liste de leurs infrastructures, soit par crainte d'une concurrence déloyale ultérieure, soit pour des raisons de sécurité civile.

Par ailleurs, il convient de noter qu'un arrêt du Tribunal Administratif de Melun (TA Melun, 25 janvier 2001, France Télécom) indique qu'un département est fondé à imposer à un permissionnaire des plans de recollement en version digitalisée, révisés une fois par an, permettant d'indiquer de manière précise l'implantation des réseaux et les installations techniques. Ces plans apparaissent nécessaires « *pour visualiser, dans l'intérêt de la conservation de la voirie, l'encombrement du sous-sol* ».

Toutefois, la portée de cette jurisprudence reste actuellement limitée puisque celle-ci n'a pas été confirmée et reste, par suite, isolée.

Par ailleurs, même si la possibilité reconnue aux collectivités de demander des plans de recollement des réseaux des opérateurs est confirmée, l'utilisation des informations récoltées par la collectivité à cette occasion sera forcément limitée au regard des lois régissant le secret des affaires et les principes y afférant (principe de loyauté).

Q24. Si vous êtes engagés dans un projet de réseau haut débit, quelles ressources (délai, coût) avez-vous ou pensez-vous investir dans le recueil d'informations préalables sur les infrastructures existantes ? Pouvez-vous, le cas échéant, dans la mesure du possible, détailler par type de données.

Q25. Quelles informations relatives aux infrastructures et réseaux devraient être communiquées ? Parmi ces informations, lesquelles devraient être rendues publiques ?

Q26. La fourniture à la collectivité d'informations détaillées relatives aux infrastructures et réseaux des opérateurs doit-elle devenir une obligation ?

Q27. Quels types de garanties souhaitez-vous que les collectivités apportent :

- pour garantir la non-diffusion d'informations confidentielles? (préciser lesquelles).
- pour garantir que ces données ne servent pas à établir une concurrence déloyale ?

Q28. Quels types de garanties pouvez-vous apporter aux acteurs que vous sollicitez pour obtenir des informations (confidentialité, séparation structurelle des fonctions, etc...) ?

10. Partage des informations entre tous les opérateurs / Publicité des études

Les collectivités territoriales ont souvent à leur disposition différentes informations relatives à l'état du développement du haut débit sur leur territoire et aux attentes des différentes catégories d'acteurs locaux, aussi bien en matière de débits que de services.

Ce type d'informations peut être important pour les opérateurs de télécommunications, car il facilite la mise en place de stratégies commerciales et, le cas échéant, de prospection ciblée des clients. Dès lors, il ne faudrait pas que tel ou tel opérateur dispose d'un accès privilégié aux informations recueillies par les collectivités territoriales sur les besoins de leur marché local.

Afin de ne pas distordre le jeu normal de la concurrence, il serait souhaitable que la mise à disposition par une collectivité territoriale respecte les principes de neutralité, d'ouverture et de symétrie d'informations fournies aux acteurs économiques.

Dans la perspective d'un partage optimal des informations entre tous les acteurs, certains proposent d'ailleurs, pendant la phase des travaux préparatoires nécessaires au lancement d'un projet d'une collectivité territoriale, de créer un « club » regroupant aussi bien les opérateurs que les associations de riverains ou les représentants du secteur économique local.

Q29. La création d'un « club » regroupant aussi bien les opérateurs que les associations de riverains ou les représentants du secteur économique local vous paraît-elle pertinente? Avec quels objectifs ?

Q30. L'adhésion à un tel « club » devrait-il au préalable supposer, de la part de chaque type d'acteur, la fourniture des informations dont il dispose sur l'état de développement des télécommunications sur le territoire considéré ?

IV. Les modalités de l'intervention

L'article L. 1425-1 stipule que « *l'intervention des collectivités territoriales et de leur groupement se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique* ».

En effet, sur un même territoire géographique peuvent co-exister différents projets télécoms portés par des entités différentes. Sans méconnaître le principe de libre administration des collectivités, il est vraisemblable qu'une concertation entre entités administratives soit utile pour :

- insérer un projet communal dans un schéma départemental, notamment pour un futur raccordement au réseau de transport ;
- gérer au mieux les frontières administratives et les réalités d'implantation des populations (une ville en limite de département pouvant être, dans certains cas, plus facilement raccordée en haut débit via le réseau d'un département voisin,...);
- faciliter l'interconnexion de réseaux départementaux.

Cette concertation est d'ailleurs l'un des pré-requis que la Commission européenne a posé dans ses lignes directrices pour l'attribution des fonds structurels.

On peut relever que certaines régions se sont déjà lancées dans une telle démarche.

Q31. Comment cette recherche de cohérence stratégique peut-elle être mise en œuvre ? Le niveau régional peut-il être amené à terme à assurer un rôle d'animation et de proposition de cohérence globale des projets? Quels pourraient être les apports des échelons régionaux de l'Etat sur ces projets ?

Les choix techniques qui seront retenus pour répondre aux cahiers des charges définis par les collectivités porteront sur différentes technologies qui seront fonction du segment de réseau considéré, d'usages différents et de besoins divers, de la population ou de la géographie du territoire concerné.

Dans un souci de clarté, il convient de rappeler brièvement les caractéristiques techniques de base attachées à la constitution d'un réseau de communications électroniques. Tout d'abord, un réseau haut débit peut se diviser en trois segments¹³ :

- le premier, entre l'abonné et un premier point de rattachement (le répartiteur dans le cas du réseau de France Télécom par exemple) regroupant les clients d'une même zone géographique, correspond à l'accès ;
- le deuxième, entre le premier point de rattachement et un point de concentration (premier brasseur ou cœur de plaque dans le cas du réseau de France Télécom), à celui de la collecte ;
- enfin, le dernier segment, entre ce point de concentration (collecte locale) et les nœuds d'échange Internet, à celui du transport.

¹³ cf. Annexe 3 pour un schéma simplifié de ces trois segments.

Les collectivités montrent une certaine prudence quant aux choix techniques ; en effet, si la pérennité d'un investissement dans une infrastructure en fibre optique passive est quasiment assurée sur une vingtaine d'années, les équipements actifs évoluent très rapidement et peuvent se révéler obsolètes en quelques années.

Q32. Compte tenu de la rapidité des évolutions technologiques, quelle vous semble être la durée d'amortissement à prendre en compte pour les équipements d'accès, de collecte et de transport ?

S'agissant de l'accès au client final, différentes technologies plus ou moins matures se différencient par les débits autorisés et la qualité de service, mais aussi par des modalités de mise en œuvre plus ou moins complexes et plus ou moins rapides. On peut ainsi distinguer :

- les techniques de transmission numérique sur paires de cuivre xDSL, qui constituent aujourd'hui le principal vecteur de diffusion du haut débit en France, avec une évolution à court terme vers de meilleurs débits et une plus grande portée, notamment au travers de l'ADSL 2+ dont des expérimentations sont prévues sur le terrain cet été ;
- les réseaux câblés présents principalement dans les villes ;
- les offres satellite disponibles aujourd'hui en tout point du territoire mais plutôt accessibles, du fait du coût actuel, pour de l'accès aux entreprises ;
- les techniques hertziennes comme la BLR¹⁴ dans la bande 26 GHz, qui semblent aujourd'hui peu plébiscitées par les acteurs du fait d'équipements assez coûteux et cela malgré la disponibilité de ressources radio ;
- des solutions techniques nouvelles pour la BLR dans la bande 3,5 GHz (soutenues notamment par le consortium d'industriels WIMAX)¹⁵ dont la normalisation est en cours de finalisation
- Une technologie émergente : le WIFI¹⁶, opérationnel sur des zones denses types hall de gare et d'aéroport mais encore en expérimentation pour de la couverture de zones rurales;
- la fibre jusqu'à l'abonné (FTTH) qui semble plutôt concerner les centres villes ;
- les courants porteurs en ligne (CPL) aujourd'hui encore au stade de l'expérimentation et reposant sur l'utilisation du réseau électrique.

Parmi les techniques permettant de collecter et de transporter le trafic des clients finals, celle qui semble aujourd'hui la plus intéressante en termes de capacité et de pérennité est la fibre optique. Son usage ne semble cependant pas toujours nécessaire pour ramener le trafic de zones d'activités isolées, d'autres solutions moins onéreuses pouvant être envisagées comme les faisceaux hertziens qui permettent d'établir des liens de plusieurs centaines de Mbit/s sur plusieurs dizaines de kilomètres ou, dans une moindre mesure, les satellites avec des débits cependant moins élevés.

Au regard de ces éléments, force est de constater que les choix techniques sont fonction de la nature des zones à couvrir et que le couplage de ces technologies d'accès et de la collecte peut s'avérer délicat.

¹⁴ BLR : boucle locale radio.

¹⁵ WIMAX : Worldwide Interoperability for Microwave.

¹⁶ WIFI : Wireless Fidelity

Q33. Quelles sont les technologies qui vous paraissent les plus adaptées aux différents types de zones à couvrir :

- zone urbaine dense ?
- zone d'activité en périphérie d'une ville moyenne ?
- commune éloignée de toute infrastructure télécoms ?
- habitations dispersées et entreprises isolées ?

Une réponse sous forme de tableau, en fonction de la densité de population et déclinant avantages et inconvénients de chaque technologie est souhaitée.

Depuis février 2004, de nombreux acteurs ont manifesté leur intérêt pour la norme IEEE 802.16 soutenue par le consortium « WIMAX ». Celle-ci faisant appel à une ressource radio rare, l'Autorité de Régulation des Télécommunications a lancé le 29 juin dernier une consultation publique¹⁷ qui permettra à court terme d'en déterminer les modalités d'attribution et une affectation aux niveaux communal, départemental, régional, multi-régional ou national.

Q34. Quelle place pourrait occuper cette technologie dans les différents projets télécoms envisagés (complément de couverture pour le grand public, couverture de zones d'activités,...) ?

Par ailleurs, le dégroupage contribuant aujourd'hui très fortement au développement du haut débit sur le territoire français, les questions qui suivent lui sont consacrées :

Q35. Quel est le seuil, en nombre de clients, à partir duquel il est économiquement viable d'aller dégroupier un répartiteur sans bénéficier d'aucune aide publique directe ou indirecte ? Si possible, détailler entre répartiteur sur zone d'activité mixant professionnels et résidentiels et répartiteurs ne desservant que des résidentiels.

Q36. Même question si une offre de location de fibre nue entre votre point de présence et ce répartiteur était disponible à un tarif de x € par mètre linéaire et par an ? Une réponse sous forme de graphe ou de tableau est souhaitée.

Q37. Même question avec une offre de bande passante à x € par Mbit et par mois ? Doit-elle aussi être fonction de la distance ? Une réponse sous forme de graphe ou de tableau est souhaitée.

En tout état de cause et s'agissant d'un service public, les choix effectués doivent conduire à la possibilité d'une utilisation partagée du réseau, condition nécessaire au bon développement de la concurrence locale en permettant sans discrimination à tous les opérateurs de télécommunications et fournisseurs de services de s'implanter et d'agir sur le territoire de la collectivité. Ceci est grandement facilité si, lors de la conception du réseau, la collectivité prend en compte les besoins des opérateurs, ce qui limite le risque de voir ses infrastructures peu utilisées ou difficilement exploitables par un éventuel délégataire.

Ces différentes technologies ne présentent pas forcément le même degré de mutualisation.

¹⁷ La consultation est disponible sur le site de l'Autorité : <http://www.art-telecom.fr>

La fourniture de services au client final nécessite un savoir-faire spécifique. Ainsi, la maîtrise de la qualité de service, notamment au travers de l'équipement présent chez le client, et des débits semblent relever de la compétence des opérateurs.

De la même façon, on peut considérer qu'une bonne partie de la chaîne de production d'un FAI repose sur son système d'information dont toutes les fonctions dépendent étroitement du type d'offres proposées : éligibilité dans le cadre du dégroupage, commande au fournisseur, envoi du modem, tarif, service après-vente, etc. Par exemple, intégrer une offre CPL ou WIFI dans un tel système requiert de nouveaux développements informatiques dont les coûts ne sont pas négligeables.

Ainsi, il faut relever qu'une des caractéristiques principales des réseaux de télécommunications se retrouve au travers de la notion de taille critique. En effet, les coûts liés à la supervision des réseaux, aux interfaces informatiques et à la gestion des clients sont tels qu'ils ne peuvent s'amortir que sur de gros volumes.

Q38. Quelle est votre estimation du coût de développement nécessaire à l'intégration dans un système d'information d'une nouvelle technologie d'accès type WIFI ou autre ?

Q39. Pour un opérateur présent sur toute la France, quel est le coût de développement nécessaire à l'intégration d'un projet local dans le système d'information existant ?

Q40. Question aux opérateurs et FAI : à partir de quels tarifs et volumes de clients seriez-vous prêt à vous adresser à un délégataire pour accéder au client final ?

La durée de référence des délégations de service public concessives qui pourront être mises en œuvre dans le cadre du L. 1425-1 semble être de l'ordre de 15 à 20 ans. Si les collectivités territoriales connaissent bien ce type de montage, notamment au travers de la gestion de l'énergie et de l'eau, il est cependant important de relever que, dans le domaine des télécommunications, les technologies évoluent très rapidement. Il paraît alors raisonnable de considérer que, si une infrastructure fibre peut avoir une durée de vie de 15 à 20 ans, les équipements actifs doivent eux être renouvelés environ tous les 4 à 5 ans.

Dans ce cadre, se pose la question de la mise à niveau technologique du réseau construit pour la collectivité territoriale et de la négociation avec le délégataire dont les points de vue pourraient être divergents de ceux de la collectivité.

Q41. Partagez-vous les estimations exposées ci dessus, soit 15 à 20 ans pour la durée raisonnable d'une DSP concessive et 4 à 5 ans pour le renouvellement des équipements actifs ? Si possible pour ces derniers, développer en fonction du type d'équipement soit accès, collecte, transport.

Q42. Quels sont les moyens et les compétences dont doivent disposer les collectivités pour négocier de façon optimum avec leurs délégataires et mener à bien le suivi de ces projets télécoms ?

A contrario, la collectivité pourrait souhaiter dissocier la réalisation de l'infrastructure de son exploitation/commercialisation et ainsi, dans le cadre d'un affermage, calquer la durée de celui-ci sur celle des équipements actifs.

Q43. Quelle vous semble être la durée optimum d'un affermage ?

Q44. Quel vous semble être l'intérêt de l'affermage pour le contrôle du délégataire ?

Par ailleurs, bien que les contrats initiaux ne le spécifient pas, il ne semble pas impossible que le délégataire puisse, en cas de difficultés financières, faire appel au travers de la subvention d'équilibre, qui ne peut être accordée qu'une seule fois, à un refinancement par la collectivité. Dans le cas extrême, le délégataire pourrait prétexter des risques de faillite qui induiraient la suspension du service aux clients finals, notamment professionnels.

Q45. Les procédures contentieuses étant encadrées par le droit des services publics locaux et une jurisprudence, quelles sont les précautions que pourrait prendre la collectivité (techniques, juridiques) pour faciliter une éventuelle sortie de crise si son délégataire traversait, à moyen ou long terme, des difficultés insurmontables ?

De même, lorsque la collectivité fixe avec son délégataire les modalités de mise à disposition de ce réseau aux opérateurs et fournisseurs de services Internet, elle peut introduire dans le catalogue des prestations une offre de fibre nue. Cette offre peut constituer une opportunité :

- de renforcer la concurrence, puisqu'elle permettrait de répondre aux besoins de catégories d'acteurs importantes comme les opérateurs dégroupés ou les opérateurs mobiles, ceux-ci étant souvent les vecteurs d'une diffusion rapide de l'innovation ;
- de maintenir la compétitivité du délégataire, celui-ci étant soumis à une concurrence accrue sur le segment de la collecte, ce qui a un effet bénéfique sur les tarifs pour le client final.

Q46. Partagez-vous l'analyse exposée sur l'importance de cette offre de fibre nue comme garantie contre l'inefficacité potentielle du délégataire ?

Enfin, peut être serait-il plus prudent pour la collectivité de prendre en charge le coût de pose d'un câble optique ou fourreau supplémentaire dont elle aurait la pleine propriété et jouissance. En cas de difficulté avec son délégataire, la collectivité pourrait alors désigner un tiers pour déployer de nouveaux équipements actifs sur cette fibre disponible puis basculer, sur ce nouveau réseau, les services fournis aux clients finals afin de limiter les nuisances liées à une éventuelle interruption du service.

Q47. L'investissement supplémentaire nécessaire à la mise en œuvre d'une telle solution vous semble-t-il justifié ? A combien l'estimez-vous ?

Une collectivité rurale, dont le souci est d'apporter le haut débit à un maximum de ses habitants ne pourra se contenter d'offres de transport sur son territoire et devra sans doute fournir des services actifs type « ligne jusqu'à l'abonné ».

Cette collectivité devra résoudre d'une part le problème de l'accès aux clients résidentiels disséminés sur une large surface et d'autre part celui de la collecte pour capter le trafic sur une infrastructure de transport distante.

En ce qui concerne les technologies d'accès potentielles, on peut ici distinguer :

- le WIFI et le CPL dont le statut aujourd'hui expérimental devrait permettre de vérifier la viabilité technico-économique ;
- le dégroupage au sous-répartiteur, point de rattachement intermédiaire situé entre le répartiteur et les clients. Des expérimentations doivent être très prochainement mises en œuvre afin de valider la faisabilité technique de celui-ci ;
- les technologies d'accès radio dans la bande 3,5 GHz (WIMAX) qui pourraient à court terme trouver leur place sur ces zones peu peuplées. Il faut ici relever que de prochaines attributions de ressources seront effectuées dans la bande des 3,5 GHz. Ces attributions se feront à l'issue d'une procédure engagée par l'Autorité et dont la première étape est le lancement d'une consultation publique.

En ce qui concerne la collecte, on peut principalement retenir les faisceaux hertziens, les offres de transport satellite mais aussi les réseaux BLR 26 GHz et 3,5 GHz dans une déclinaison collecte.

Enfin, les collectivités territoriales pourraient utilement s'appuyer sur les points hauts utilisés pour la téléphonie mobile GSM qui doit couvrir à terme 99% de la population métropolitaine, en particulier ceux mis en œuvre dans le cadre du programme « zones blanches » . Ces infrastructures dites points hauts, pourraient ainsi être dimensionnées pour, en plus des équipements GSM, recevoir par exemple des équipements de faisceaux hertziens pour l'aspect transport et des antennes et équipements BLR pour la partie accès, sous réserve de compatibilité technique.

Le programme « zones blanches » se décompose en deux phases :

- une première phase qui concerne la construction de 1249 points hauts et dont le financement est assuré à la fois par les opérateurs et la collectivité. Cette phase est très en retard puisque aujourd'hui un seul site est ouvert commercialement pour un déploiement qui devait s'échelonner de 2003 à 2004 ;
- une deuxième phase financée intégralement par les opérateurs pour les installations GSM et qui concerne la couverture de l'ensemble des centres bourgs, axes de transport prioritaires ainsi que des zones touristiques à forte affluence. Cette phase s'étend de 2005 à 2006.

Q48. Pour ces projets de petite taille, comment envisagez-vous leur intégration dans un projet au débit plus vaste de type départemental ? A contrario, comment un projet départemental peut-il être dimensionné pour accueillir ces projets locaux ?

Q49. Quels vous semblent être les couplages de technologie a priori les mieux adaptés à l'habitat dispersé ?

Q50. Pour ces différentes solutions techniques, quelle est votre estimation :

- du montant de l'investissement initial ;
- du coût de l'installation chez le client (modem,...) ;
- du tarif de détail qui pourrait être proposé au client final ?

V. Enjeux concurrentiels

L'intervention des collectivités, notamment lorsque celle-ci passe par la mise en place de nouvelles infrastructures de télécommunications, est susceptible de modifier de façon importante la situation concurrentielle locale. En particulier, les paramètres à partir desquels les opérateurs présents avaient construit leur plan d'affaires sont modifiés, ce qui peut induire une dévalorisation de leurs infrastructures. Cela concerne en premier lieu France Télécom, mais également les opérateurs alternatifs qui possèdent déjà des réseaux et les câblo-opérateurs.

Dans cette situation, si l'intervention des collectivités peut modifier les équilibres concurrentiels entre les acteurs, en particulier dès lors qu'un réseau préexiste, il convient d'en réduire les effets et de les évaluer à l'aune des effets positifs sur l'aménagement du territoire et la compétitivité des entreprises locales.

Dans son analyse du 29 avril 2004 sur le projet Atlas, la Commission souligne ce risque de dévalorisation des réseaux existants. Elle indique qu'il est possible de réduire la duplication des réseaux et les effets sur les actuels détenteurs de réseaux en proposant à ceux-ci l'achat d'une part de leurs infrastructures dans des conditions commerciales, techniques et légales appropriées.

Q51. Une proposition de rachat d'infrastructures dans des conditions appropriées vous paraît-elle être une solution acceptable au problème de dévalorisation des réseaux préexistants à l'intervention publique ?

Q52. Comment fixer les conditions appropriées de cette cession d'infrastructure ?

Q53. En particulier, quelle clef d'allocation conviendrait-il d'utiliser pour répartir les coûts de construction de l'infrastructure entre l'opérateur initial et la collectivité ou son représentant ?

Q54. Le cas échéant, par quels moyens la collectivité peut-elle proposer le rachat d'infrastructures ? Doit-elle organiser un appel d'offres ? Doit-elle contraindre son éventuel représentant à traiter avec les opérateurs déjà présents ?

On peut classer les différentes parties du territoire selon leur intensité concurrentielle en matière d'accès haut débit :

- zones non équipées ;
- zones desservies par un opérateur, à vocation non concurrentielle (c'est-à-dire qu'un deuxième opérateur ne pourrait trouver d'équilibre économique) ;
- zones desservies par un opérateur, à vocation concurrentielle ;
- zones desservies par plusieurs opérateurs.

Certains projets de collectivités mêlent des zones concurrentielles et non concurrentielles en les traitant toutes de manière uniforme.

Q55. Considérez-vous que l'intervention des collectivités doit être indépendante du degré de concurrence de la zone considérée ou au contraire dépendre de l'intensité concurrentielle de la zone pour tenir compte des opérateurs privés ? Notamment, une collectivité ou son représentant doit-il commercialiser des prestations différentes ou fixer des tarifs différents selon les zones de son territoire ?

Q56. Quelles sont les prestations dont la vente vous semble légitimer l'intervention des collectivités dans une zone déjà desservie :

- des produits non commercialisés par les opérateurs présents ?
- des produits déjà existants, mais à un prix inférieur ?

Le texte de l'article L. 1425-1 du CGCT précise que « *l'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements [...] garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises* ». Cet objectif d'ouverture des réseaux publics et de mutualisation des infrastructures ainsi créées est d'ailleurs communément mis en avant par les collectivités porteuses de projets.

Cependant, la notion d'utilisation partagée est difficile à définir de manière précise et la simple mise à disposition d'offres de gros à d'autres opérateurs ne suffit pas toujours à garantir un partage efficace et réel des infrastructures. En effet, il existe différents types d'offres de gros, différents niveaux de tarification et modalités opérationnelles de livraison.

Jusqu'à cette année, l'article L. 1511-6 du CGCT autorisait les collectivités à mettre à disposition des infrastructures passives. Les offres de gros proposées aux opérateurs étaient donc de type location de fibres, de fourreaux ou de pylônes. Ces offres permettaient notamment aux opérateurs de louer de la fibre entre un point de leur réseau et les répartiteurs de France Télécom qu'ils souhaitaient dégroupier. Elles ont permis une accélération notable du dégroupage dans les agglomérations où elles étaient disponibles. Elles ont également permis le raccordement direct en fibres d'entreprises ayant de grands besoins en télécommunications.

Toutefois, les plus petits répartiteurs ne peuvent être équipés en DSL de manière économiquement viable, même en subventionnant intégralement le réseau de transport. De même, la disponibilité de pylônes ne suffit pas toujours à assurer un équilibre économique au déploiement des réseaux hertziens. L'article L. 1425-1 permet aujourd'hui aux collectivités d'exploiter ou de subventionner les équipements actifs.

Les collectivités ou leurs représentants peuvent donc offrir des prestations plus complexes techniquement :

- la location de bande passante ;
- l'accès aux prises de clients (concentration du trafic des clients en un point central du territoire concerné, dans un principe similaire à l'option 3 de France Télécom par exemple).

La prestation d'accès aux prises de clients permet d'assurer la disponibilité d'offres de détail sur l'ensemble du territoire concerné par l'action publique. Cette offre a donc un rôle important d'aménagement du territoire. Par ailleurs, de nombreux projets en cours fixent un tarif péréqué pour cette prestation sur l'ensemble du territoire concerné, afin de permettre la disponibilité de tarifs de détail compétitifs partout.

Ces prestations ont donc une influence positive sur l'aménagement du territoire. Cependant, elles ne sont pas adaptées à tous les acteurs et ne permettent pas nécessairement d'assurer la pérennité d'offres compétitives sur le territoire. En effet, le développement des nouveaux services haut débit montre l'importance croissante pour les opérateurs de la maîtrise directe des équipements de réseaux. Pour pouvoir installer leurs propres équipements, les opérateurs ont besoin d'offres de gros adaptées : location de fibre nue ou de bande passante. L'offre de location de fibre est plus satisfaisante de ce point de vue, car elle leur permet de gérer la qualité de service de bout en bout, et n'incite pas les opérateurs à restreindre les usages pour économiser la bande passante.

En revanche, la location de fibre nue à un tarif attractif dégrade la rentabilité de l'investissement, puisqu'elle permet à d'autres acteurs d'entrer sur le marché et de capter une partie du revenu associé. Cette entrée de nouveaux acteurs ne concernera, dans un premier temps, que les zones les plus denses et les plus rentables et ne permettra pas d'atteindre les plus petits répartiteurs. Il est cependant à noter que l'arrivée de ces acteurs ne serait que retardée par l'absence d'offres adaptées : il est très probable qu'ils construiront leurs propres réseaux dans les agglomérations où leur activité est rentable.

Il apparaîtrait donc contre-productif que l'adoption du L. 1425-1 puisse entraîner la disparition des offres de location de fibre, au risque de freiner le développement des opérateurs de réseaux et la concurrence sur long terme.

- | |
|---|
| <p>Q57. Existe-t-il d'autres prestations que vous envisagez de commercialiser ?</p> <p>Q58. Existe-t-il d'autres prestations que vous souhaiteriez acheter ?</p> <p>Q59. Partagez-vous notre analyse sur les avantages et inconvénients des différentes prestations offertes par une collectivité aux opérateurs ?</p> <p>Q60. Pouvez-vous quantifier l'effet d'une offre de location de fibre nue sur le plan d'affaires de la collectivité ou de son représentant ?</p> |
|---|

La quasi-totalité des projets de collectivités repose sur le principe d'une subvention publique permettant le déploiement de réseaux ou de services dans des zones économiquement non rentables. Cependant, l'article 87 du traité CE prohibe les aides d'Etat dans le cas général. Les aides d'Etat compatibles avec le traité constituent donc des exceptions. L'enjeu de cette partie

est de déterminer dans quelles conditions les projets de collectivités peuvent entrer dans ce régime d'exceptions.

1. Le statut de service d'intérêt économique général (SIEG)

Dans ce cadre, il apparaît tout d'abord important de préciser si le service public local défini dans l'article L. 1425-1 constitue un service d'intérêt économique général au sens européen.

Selon la jurisprudence, les Etats ont un pouvoir d'appréciation important quant à la nature des services susceptibles d'être qualifiés de SIEG. La Commission veille uniquement à l'absence d'erreur manifeste.

Q61. Est-ce que l'activité d'opérateur d'opérateurs vous paraît relever du statut de SIEG :

- quand elle est exercée dans des zones non desservies par les opérateurs privés ?
- quand elle est exercée dans des zones desservies par les opérateurs privés ?
- quand elle est exercée sur un territoire mêlant des zones desservies et non desservies par les opérateurs privés ?

Q62. En cas d'insuffisance des initiatives privées, l'activité d'opérateur de services vous paraît relever du statut de SIEG ?

2. La problématique d'aide d'Etat dans le cadre d'un SIEG

Si le service public local créé par le L. 1425-1 est considéré comme un SIEG, les subventions des collectivités ne sont pas considérées comme des aides d'Etat, et ne sont donc pas soumises à notification, dès lors qu'elles respectent les quatre principes définis dans la jurisprudence Altmark¹⁸ :

- *« premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;*
- *deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;*
- *troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;*
- *quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encouru pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. »*

Cet arrêt insiste donc sur le fait que la subvention accordée ne saurait dépasser la compensation des coûts de service public. Cette simple compensation pourrait notamment être assurée par l'utilisation d'une procédure d'appel d'offres. Cependant, la Commission

¹⁸ CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH

précise¹⁹ que l'on doit procéder à un contrôle régulier de l'absence de surcompensation. Ce contrôle est de la responsabilité de la collectivité ayant accordé la subvention.

Q63. Pensez-vous qu'une procédure d'appel d'offres est un gage suffisant de juste compensation des coûts de service public ?

Q64. Quelle autre procédure peut-elle être mise en place pour assurer le contrôle d'absence de surcompensation ?

3. La problématique d'aide d'Etat hors du cadre d'un SIEG

Si le service public local créé par le L. 1425-1 n'est pas considéré comme un SIEG, les subventions des collectivités sont considérées comme des aides d'Etat, et doivent dès lors être notifiés à la Commission européenne, afin de vérifier leur conformité avec le traité CE.

Il ressort des premiers avis de la Commission, rendus début 2004 sur des projets britanniques, que la construction d'infrastructures de communications électroniques par des fonds publics constitue une aide d'Etat et entraîne une distorsion de concurrence. Cependant, le paragraphe 3 de l'article 87 du traité CE précise que les « aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun » sont compatibles avec le traité.

Etant donné l'importance reconnue du développement des TIC pour l'accroissement de la productivité européenne, la distorsion de concurrence entraînée par l'intervention publique peut apparaître faible en regard des bénéfices d'une telle intervention sur la compétitivité des entreprises européennes.

C'est ce qu'indique la Commission dans ses avis sur les projets britanniques, en précisant toutefois que l'action publique doit être proportionnée. Dans ce cadre, elle souligne certains points lui paraissant positifs pour réduire autant que possible la distorsion de concurrence induite :

- l'utilisation d'une procédure d'appel d'offres ;
- la mise en place d'un mécanisme de retour à meilleure fortune permettant le respect des critères Altmark ;
- la séparation comptable des activités commerciales et non-commerciales de l'opérateur ;
- la pleine accessibilité de l'infrastructure aux opérateurs, même après la fin de l'opération ;
- la neutralité technologique ;
- une limitation du projet dans le temps ;
- le maintien d'un certain niveau de prix supérieur ou égal à celui des zones non subventionnées ;
- le rachat d'infrastructures existantes quand cela est possible, ce qui limite l'impact négatif sur les opérateurs déjà présents ;
- la faiblesse du montant de l'aide publique par utilisateur.

¹⁹ projet d'encadrement des aides d'Etat sous forme de compensation de service public. Ce projet concerne les compensations supérieures à un certain seuil, qui n'est pas encore fixé.

4. La surcompensation des coûts du service public

Nous venons de souligner l'intérêt éventuel des clauses de retour à meilleure fortune pour éviter que la subvention de service public ne soit qualifiée d'aide d'Etat. Cette clause permet aussi de récupérer une partie de l'investissement public, par exemple si le développement rapide du marché du haut débit permettait à l'entreprise bénéficiaire de la subvention de réaliser de meilleures performances que les prévisions initiales du plan d'affaires. La collectivité évite ainsi de créer une rente de situation à l'opérateur concerné.

Cependant, ces clauses ont également un effet « désincitatif » sur l'entreprise responsable de l'exécution du service public. Si l'on reprend l'intégralité du bénéfice excédentaire, l'entreprise n'a plus d'intérêt à consentir des efforts commerciaux au-delà d'un certain point. Il est alors possible que l'on s'éloigne de l'optimum économique. Cet effet n'est pas pris en compte par la jurisprudence Altmark, mais est traité par la Commission dans son projet de décision concernant l'application des dispositions de l'article 86 du traité aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public. Il est en effet mentionné que « la compensation peut inclure tout ou partie des gains de productivité réalisés par les entreprises en cause ».

Il est donc difficile de concilier optimisation économique et minimisation de la dépense publique, et de fixer le taux de retour de la surcompensation à la collectivité.

Q65. Quel équilibre peut-on trouver entre incitation à l'efficacité d'une part et minimisation de la dépense publique et des distorsions concurrentielles d'autre part ?

Lorsqu'une collectivité décide la création d'infrastructures dans des zones peu denses, elle subventionne la construction de cette infrastructure pour que les tarifs finals soient raisonnables. Il est donc important que ces tarifs puissent refléter la subvention de la collectivité, comme le permet l'article L. 1425-1 du CGCT.

Cependant, il apparaît délicat pour la collectivité de fournir des prestations à un prix vraiment inférieur aux prix du marché national :

- la fourniture de services de télécommunications à des entreprises grâce à une subvention publique peut constituer une aide d'Etat. La Commission européenne considère comme un facteur positif de légitimation de l'aide le fait que les prix pratiqués ne soient pas inférieurs aux meilleurs tarifs nationaux ;
- l'article L. 1425-1 indique que les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions proportionnées ;
- dans les zones déjà équipées par les opérateurs privés, la fourniture par l'opérateur subventionné d'offres de gros à des tarifs inférieurs à ceux du marché est susceptible d'induire une distorsion concurrentielle envers les acteurs non subventionnés.

Q66. En zone non concurrentielle, les tarifs pratiqués par le délégataire doivent-ils être :

- un choix politique de la collectivité ?
- un reflet des coûts du projet global ?
- au niveau des meilleurs tarifs locaux, nationaux ou internationaux ?
- autre : préciser

Q67. Même question pour les zones concurrentielles, c'est à dire celles où un produit identique est commercialisé par un opérateur non subventionné.

Q68. Quels vous semblent être les principes et niveaux tarifaires légitimes des prestations suivantes :

- location de fibre nue ?
- location d'emplacements sur des pylônes ?
- location de bande passante ?
- vente de prise de clients ?

VI. Rôle de l'ART

L'Autorité de Régulation des Télécommunications s'est vue attribuée une compétence de principe pour tous litiges relatifs à la mise en œuvre des obligations des opérateurs. Cette compétence s'étend, dans le cadre de la loi sur l'économie pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), aux différends sur les conditions d'établissement, de mise à disposition ou de partage de réseaux ou d'infrastructures par les collectivités territoriales en application de l'article L. 1425-1 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT).

Les collectivités considèrent souvent l'Autorité comme un expert du secteur. Elles peuvent être tentées de la solliciter pour une prestation de conseil ponctuelle. Certaines pourraient souhaiter que l'Autorité puisse être en mesure de mutualiser les informations pertinentes. Cette action doit rester limitée à des préconisations car l'Autorité doit pouvoir ensuite être saisie de litiges dans des procédures contentieuses, ce qui pose le problème de la séparation avec d'éventuelles fonctions de conseil.

Au sein de l'ART, l'Unité Collectivités Territoriales a pour rôle de traiter toutes les sujets correspondant à la mise en place de ce nouveau cadre législatif.

Q69. Quelles sont vos attentes vis à vis de l'Autorité ?

Les collectivités territoriales et leurs représentants voire les deux peuvent être opérateurs dans le cadre d'un projet donné et sont donc assujettis au paiement de taxes et redevances.

L'Autorité de Régulation des Télécommunications a mis en place un dispositif de déclaration préalable des opérateurs depuis le 25 juillet 2003, dans l'esprit du projet de loi sur les communications électroniques. Cette déclaration n'a vocation à s'appliquer qu'aux exploitants de réseaux ouverts au public et aux fournisseurs du service téléphonique au public n'ayant pas déjà obtenu une autorisation individuelle en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 du Code des postes et télécommunications. Les collectivités souhaitant devenir opérateurs devront donc effectuer cette formalité auprès de l'Autorité.

La taxe de gestion et de contrôle est exigible au 1^{er} décembre de chaque année. La première année, la taxe de gestion et de contrôle est calculée au pro rata temporis à compter de la date de délivrance de l'autorisation ou de la déclaration complète de l'opérateur. Elle est, pour un opérateur non déclaré puissant, de 10.000 euros pour une zone de couverture inférieure ou égale à un département et de 20.000 euros pour une zone supérieure à un département.

Q70. Est-ce que le montant des taxes constitue une charge excessive pour les opérateurs locaux freinant ainsi l'aménagement du territoire?

Par ailleurs, les collectivités territoriales souhaitant établir un réseau de communications électroniques utilisant des fréquences radioélectriques doivent faire une demande d'autorisation d'utilisation de fréquences auprès de l'Autorité. Cette autorisation donne lieu au paiement de redevances.

Il est écrit dans la loi que « les collectivités et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de Régulation des Télécommunications, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques ».

A la signature des projets, les collectivités pourraient transmettre à l'ART les éléments suivants concernant leurs projets :

- le plan d'affaires ;
- le contrat signé avec le délégataire ;
- le catalogue de prestations ;
- les caractéristiques techniques (plans des réseaux existants et à construire, types de techniques utilisées,...) ;
- les éléments financiers (montant global du projet, financement public) ;
- les éléments de réalisation (date appel d'offres, date d'attribution des marchés, durée des marchés, date de début des services, couverture de la population avant et après réalisation du projet) ;
- les éléments juridiques (opérateurs retenus, partenaires, type de montage juridique).

Pour les communes qui n'auraient pas encore signé de documents contractuels dans le délai de deux mois, les dossiers pourront être complétés dès signature de ces documents.

A réception de cet envoi par la collectivité territoriale, l'ART adressera un accusé-réception.

Il est à noter que ce processus de déclaration des projets ne remplace pas la déclaration préalable à toute activité d'opérateur, lorsque celle-ci est nécessaire.

Il est possible par ailleurs de mettre en ligne sur le site de l'ART des fiches-projets qui pourraient être alimentées directement par les collectivités territoriales. Ces données serviraient, le cas échéant, de base d'informations à l'ensemble des collectivités territoriales et permettraient ainsi d'établir des statistiques voire des synthèses à leur demande.

Q71. Que pensez-vous de cette procédure ?

Q72. Quelles sont les informations qui vous paraissent pertinentes et qui peuvent être rendues publiques ?

Q73. Qu'attendez-vous de l'ART sur le traitement des données (statistiques, synthèses)?

Q74. Quels types de rendez-vous et à quelle fréquence préconisez-vous pour la suite du déroulement ?

VII. Annexes

Présentation de l'article L. 1425-1 du CGCT				
Les différentes activités autorisées	Conditions de mise en œuvre		Remarques	Dispositions soumises aux collectivités dans l'exercice d'une activité télécoms
	Conditions de forme	Principes à respecter		
<p>❶ Etablir sur leur territoire des infrastructures -passives- (idem art. L. 1511-6) et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants.</p>	<p>Deux mois au moins avant l'établissement et/ou l'exploitation :</p> <ul style="list-style-type: none"> - publier le projet dans un journal d'annonces légales - transmettre le projet à l'ART 	<p>L'intervention des collectivités :</p> <ul style="list-style-type: none"> - se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, - garantit l'utilisation partagée des infrastructures - respecte le principe d'égalité et de libre concurrence - s'effectue dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. 	<p>Pour constituer les infrastructures et les réseaux, les collectivités peuvent passer par :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'acquisition de droits d'usage ; - l'achat d'infrastructures ou de réseaux existants. 	<p>* Respecter l'ensemble des droits et obligations régissant l'activité d'opérateur de télécommunications (dans la mesure où les collectivités territoriales et leurs groupements exercent cette activité)</p> <p>* Distinguer l'activité L. 1425-1 de l'activité traditionnelle d'une collectivité :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de télécommunications et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public ; - Obligation pour la collectivité de tenir une comptabilité distincte pour les dépenses et les recettes afférentes à l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur. <p>* Respecter le régime relatif aux subventions :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Possibilité pour les collectivités de mettre les infrastructures ou réseaux de communications électroniques à disposition des opérateurs à un prix inférieur au coût de revient, selon des modalités transparentes et non discriminatoires <p>Ceci est possible lorsque les conditions économiques ne permettent pas la rentabilité de l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public ou d'une activité d'opérateur de télécommunications.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Possibilité de compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public. - En tout état de cause, respecter les règles de droit commun.
<p>❷ Etablir sur leur territoire des réseaux et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants.</p>				
<p>❸ Etablir et exploiter sur leur territoire des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du Code des postes et télécommunications.</p>				
<p>❹ Fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finals</p>	<p>Les conditions de mise en œuvre susmentionnées s'appliquent également.</p> <p><u>Conditions supplémentaires pour le ❹ :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - constater une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals. <p>Ceci, par l'intermédiaire d'un appel d'offre déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications.</p> <ul style="list-style-type: none"> - avertir l'ART de ce constat (délai ?) 	<p>La procédure permettant de constater l'insuffisance est juridiquement contestable dans la mesure où un MP ne peut être passé que dans la perspective de satisfaire les besoins propres de la collectivité.</p>		
Rôle de l'ART				
Pendant la phase préparatoire	<ul style="list-style-type: none"> - Les collectivités transmettent leur projet à l'ART deux mois avant l'établissement et/ou l'exploitation. - Les collectivités, dans la perspective de fournir des services aux utilisateurs finals, avertissent l'ART lorsqu'elles constatent une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals. 			
Une fois le projet lancé	<ul style="list-style-type: none"> - Possibilité de saisir l'ART, dans les conditions définies à l'article L. 36-8 du Code des postes et télécommunications, de tout différend relatif aux conditions techniques et tarifaires d'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications ou d'établissement, de mise à disposition ou de partage des réseaux et infrastructures de télécommunications visés au I du L. 1425-1 du CGCT. - L'ART peut demander (et les collectivités et les opérateurs concernés doivent alors les lui fournir), les conditions techniques et tarifaires faisant l'objet du différend, ainsi que la comptabilité retraçant les dépenses et les recettes afférentes aux activités exercées en application du L. 1425-1 du CGCT 			

TITRE V

DU DÉVELOPPEMENT DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Chapitre Ier

De la couverture du territoire par les services numériques

Article 50

I. - L'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales est abrogé.

II. - Le titre II du livre IV de la première partie du même code est complété par un chapitre V ainsi rédigé :

« Chapitre V

« Réseaux et services locaux de télécommunications

« Art. L. 1425-1. - I. - Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, deux mois au moins après la publication de leur projet dans un journal d'annonces légales et sa transmission à l'Autorité de régulation des télécommunications, établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de télécommunications au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques.

« Dans les mêmes conditions qu'à l'alinéa précédent, les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des télécommunications. Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées.

« L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offre déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications.

« II. - Lorsqu'ils exercent une activité d'opérateur de télécommunications, les collectivités territoriales et leurs groupements sont soumis à l'ensemble des droits et obligations régissant cette activité.

« Une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur de télécommunications et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement de réseaux de télécommunications ouverts au public.

« Les dépenses et les recettes afférentes à l'établissement de réseaux de télécommunications ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications par les collectivités territoriales

et leurs groupements sont retracées au sein d'une comptabilité distincte.

« III. - L'Autorité de régulation des télécommunications est saisie, dans les conditions définies à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications, de tout différend relatif aux conditions techniques et tarifaires d'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications ou d'établissement, de mise à disposition ou de partage des réseaux et infrastructures de télécommunications visés au I.

« Les collectivités territoriales, leurs groupements et les opérateurs de télécommunications concernés lui fournissent, à sa demande, les conditions techniques et tarifaires faisant l'objet du différend, ainsi que la comptabilité retraçant les dépenses et les recettes afférentes aux activités exercées en application du présent article.

« IV. - Quand les conditions économiques ne permettent pas la rentabilité de l'établissement de réseaux de télécommunications ouverts au public ou d'une activité d'opérateur de télécommunications, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre leurs infrastructures ou réseaux de télécommunications à disposition des opérateurs à un prix inférieur au coût de revient, selon des modalités transparentes et non discriminatoires, ou compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public.

« V. - Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à l'établissement et à l'exploitation des réseaux mentionnés à l'article 34 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

« Sur de tels réseaux, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent fournir tout type de services de télécommunications dans les conditions définies aux articles L. 34-1, L. 34-2 et L. 34-4 du code des postes et télécommunications. »

III. - L'article L. 4424-6-1 du même code est abrogé.

IV. - Les infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunications créées par les collectivités territoriales ou leurs groupements en application de l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales, ainsi que les projets de construction de telles infrastructures dont la consultation publique est achevée à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 1425-1 du même code, sont réputés avoir été créés dans les conditions prévues audit article.

V. - Le II de l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications est complété par un 4° ainsi rédigé :

« 4° Les conditions techniques et tarifaires d'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications ou d'établissement, de mise à disposition ou de partage des réseaux et infrastructures de télécommunications visés à l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales. ».

Deux modes d'accès sont ici cités en exemple pour illustrer ce schéma : le dégroupage de la paire de cuivre et la boucle locale radio.

