



Avis n° 98-A-21 du 1^{er} décembre 1998
relatif à une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 18 septembre 1998, sous le numéro A 254, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur un projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Vu l'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications du 29 octobre 1998, sollicité par le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants des sociétés Cegetel et France Télécom, du département du Tarn, du district du Grand Toulouse et du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (Sipperec) entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée ;

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

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le projet de circulaire du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative aux interventions des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications.

Ce projet rappelle que le code des postes et télécommunications, tel qu'il a été modifié par la loi de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996, " a ouvert à la concurrence l'ensemble des activités de télécommunications, modifiant les possibilités offertes aux collectivités locales en la matière. Celles-ci peuvent actuellement constituer leur propre réseau, ou se regrouper pour partager un réseau commun pour autant qu'il reste affecté à l'échange de communications internes ".

S'agissant des autres possibilités offertes aux collectivités territoriales, le projet énonce que " compte tenu de la nature concurrentielle du secteur, il n'appartient pas aux collectivités locales, à leurs établissements publics ou aux sociétés d'économie mixte d'agir en tant qu'opérateur, ni d'établir des infrastructures de télécommunications, en vue de leur exploitation commerciale ".

Il précise que le code des postes et télécommunications " ne prévoit en aucune de ses dispositions la faculté pour les collectivités territoriales d'ériger en service public local l'exploitation de réseaux de télécommunications ou la fourniture de services de télécommunications " et constate, par ailleurs, que " le fondement d'une telle intervention qui serait susceptible d'être trouvé dans la carence de l'initiative privée n'est pas établi au cas d'espèce, compte tenu notamment des obligations de service public à la charge de l'opérateur public désigné pour en assurer la fourniture ".

Il en résulte, selon les termes du projet de circulaire, qu'est également exclue toute exploitation commerciale des infrastructures de télécommunications qui viendraient à être mises en place par les

collectivités, " aussi bien sous la forme d'une exploitation directe effectuée en régie que sous la forme d'une exploitation indirecte au travers de tiers, détenteurs ou non d'une délégation de service public ".

Serait ainsi seule admise la " mise à disposition de tiers, à titre gracieux ou payant, des infrastructures que les collectivités auraient pu implanter, et à la condition expresse, d'une part, que cette mise à disposition s'effectue dans des conditions transparentes et non discriminatoires et, d'autre part, qu'elle ne puisse leur procurer d'autres revenus qu'une redevance d'occupation du domaine public ". En outre cette mise à disposition ne pourrait en aucun cas s'opérer au travers d'une délégation de service public.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie demande au Conseil de préciser les conditions de nature à garantir que la mise à disposition des infrastructures puisse " s'effectuer dans des conditions transparentes et non discriminatoires, compte tenu notamment de l'éventuelle limitation des capacités disponibles et des avantages que certaines collectivités pourraient trouver à négocier cette mise à disposition dans le cadre d'accords d'exclusivité ou de personnes morales créées à cet effet avec des partenaires privés ".

Il demande également au Conseil " d'indiquer s'il lui semble compatible avec les exigences d'une saine concurrence que cette mise à disposition puisse s'effectuer à titre gracieux ou, d'une manière plus générale, dans des conditions ne couvrant pas l'intégralité des coûts supportés au titre de l'établissement et de l'exploitation des infrastructures ", en distinguant, notamment, " le cas où une collectivité mettrait à disposition des infrastructures réalisées pour son propre usage et pour lesquelles elle dispose de capacités excédentaires et celui où elle réaliserait des infrastructures en vue d'une mise à disposition à des opérateurs privés ", ainsi que " le cas où la mise à disposition à titre onéreux est effectuée par des tiers déjà occupants du domaine public des collectivités locales, pour le compte de ces collectivités ".

De nombreuses collectivités territoriales ont engagé des réflexions visant à faire bénéficier leurs administrés, les entreprises situées sur leur territoire ainsi que les différents services publics, de moyens modernes de télécommunications, dans le cadre de l'ouverture totale à la concurrence du 1^{er} janvier 1998.

Le rapport fait au Premier ministre en juillet 1998 par M. le député Henri d'Attilio sur le " développement des nouvelles technologies d'information et de communication dans les collectivités locales : de l'expérimentation à la généralisation " prend acte de ces développements et suggère, notamment, d'engager un débat parlementaire sur l'implication des collectivités locales en matière d'infrastructures de télécommunications, pour fixer " les conditions dans lesquelles la législation pourrait évoluer pour faciliter la fourniture au niveau local, de certains services de télécommunications non couverts par le service universel et ainsi en réduire les coûts d'accès ".

Par ailleurs, le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (Sipperec), le département du Tarn, la communauté urbaine du Grand Nancy et le district du Grand Toulouse ont adressé en octobre 1998 un mémorandum au Gouvernement, lui demandant " 1. De donner toutes instructions pour favoriser le développement des initiatives des collectivités territoriales tant en matière d'infrastructures " fibre noire " qu'en matière de nouveaux services de télécommunications (...). 2. D'appuyer les initiatives des collectivités territoriales engagées dans le déploiement de réseaux fibre noire métropolitains, départementaux ou régionaux (...). 3. D'inscrire explicitement les initiatives des collectivités territoriales en matière d'infrastructures réseaux dans le cadre d'une politique d'aménagement et de développement économique compétitive par rapport aux autres pays européens (...). 4. D'intégrer les initiatives des collectivités en matière d'infrastructures réseaux dans la réflexion sur l'intercommunalité, ses enjeux et ses développements ".

A. - Le cadre juridique des activités

Les activités des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications sont encadrées par deux droits distincts, le droit des télécommunications et le droit des collectivités territoriales. En outre, ces entités peuvent se trouver également soumises au droit de la concurrence lorsqu'elles interviennent sur un marché.

1. Le droit des télécommunications

L'intervention des collectivités territoriales dans ce domaine se rattache à une compétence, d'une part, de gestionnaire du domaine public et, d'autre part, d'intervenant dans le domaine des télécommunications.

En ce qui concerne la gestion du domaine public, l'article L. 45-1 du code des postes et télécommunications dispose que : " les opérateurs titulaires de l'autorisation prévue à l'article L. 33-1 bénéficient d'un droit de passage sur le domaine public routier et de servitudes sur les propriétés privées mentionnées à l'article L. 48 (...) ". L'article L. 47 précise que " l'occupation du domaine routier fait l'objet d'une permission de voirie, délivrée par l'autorité compétente, suivant la nature de la voie empruntée, dans les conditions fixées par le Code de la voirie routière (...). Lorsqu'il est constaté que le droit de passage de l'opérateur peut être assuré (...) par l'utilisation des installations existantes d'un autre occupant du domaine public (...), l'autorité (compétente) peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause ".

Le code des postes et télécommunications, tel que modifié par le décret n° 97-683 du 30 mai 1997 relatif aux droits de passage sur le domaine public routier et aux servitudes prévus par les articles L. 47 et L. 48 du code des postes et télécommunications, dispose, dans son article R. 20-45, que " *la permission de voirie prévue par le premier alinéa de l'article L. 47 est délivrée par le préfet sur les autoroutes non concédées et les routes nationales, les sociétés concessionnaires sur les autoroutes concédées, le président de la collectivité territoriale de Corse sur les routes relevant de cette collectivité, le président du conseil général sur les routes départementales et le maire sur les voies communales. La délivrance de ces permissions de voirie s'effectue conformément au principe de non-discrimination dans le traitement des demandes émanant des opérateurs autorisés, notamment lorsque le gestionnaire du domaine public a des intérêts dans les réseaux ou services de télécommunications* ".

L'article R. 20-48 précise que " lorsque la satisfaction de la demande d'un opérateur conduit à réserver l'usage, à son profit, de l'ensemble des capacités d'occupation du domaine public disponibles, le gestionnaire du domaine subordonne l'octroi de la permission de voirie à la réalisation de travaux permettant le passage ultérieur des installations et rend publiques les conditions d'accès à ces installations ".

Enfin, l'article R. 20-50 dispose que " si l'autorité compétente constate, conformément à l'article L. 47, que le droit de passage de l'opérateur peut être assuré par l'utilisation d'installations existantes, elle invite les parties concernées à se rapprocher en vue d'une utilisation partagée des installations en cause et le notifie aux intéressés dans un délai d'un mois à compter du dépôt de la demande de permission de voirie par l'opérateur. En cas d'échec des négociations de partage des installations constaté par l'une des deux parties dans un délai maximal de trois mois, le cas échéant prolongé jusqu'à la décision de l'autorité de régulation des télécommunications si cette dernière est saisie, à compter de l'invitation à partager les installations prévues au premier alinéa du présent article, l'opérateur peut confirmer à l'autorité compétente sa demande de permission de voirie, en précisant les raisons pour lesquelles il n'a pas été possible d'utiliser les installations existantes ".
Le montant annuel des redevances est fixé par l'article R. 20-52 du code des postes et télécommunications, qui prévoit : " Pour les routes nationales, les routes départementales et les voies communales, la valeur maximale de la redevance exprimée en kilomètre linéaire et en francs s'élève à 150 pour chaque artère ".

En ce qui concerne le domaine des télécommunications, il convient de distinguer l'établissement de réseaux indépendants et de réseaux ouverts au public.

L'article L. 33-3 du code des postes et télécommunications dispose que sont notamment établis librement les réseaux internes, qui constituent des réseaux indépendants établis sur une même propriété, de même que les réseaux indépendants de proximité, autres que radioélectriques, d'une longueur inférieure à un seuil fixé à 1 000 mètres par le ministre chargé des télécommunications. L'article L. 33-2 du code des postes et télécommunications prévoit encore que l'établissement des réseaux indépendants, autres que ceux mentionnés à l'article L. 33-3, est autorisé par l'Autorité de régulation des télécommunications. Les articles D. 99 à D. 99-5 précisent certaines des conditions dans lesquelles ces réseaux peuvent, sans permettre l'échange de communications entre les personnes autres que celles auxquelles l'usage du réseau est réservé, être connectés à un réseau

ouvert au public. Un groupe fermé d'utilisateurs se définit comme un groupe qui repose sur une communauté d'intérêt suffisamment stable pour être identifiée et préexistante à l'établissement du réseau. En vertu de l'article L. 33-2, un exploitant de réseau indépendant ne peut conférer à son réseau le caractère de réseau ouvert au public sans autorisation préalable délivrée dans les conditions prévues à l'article L. 33-1, sous peine de sanctions. Lorsque le réseau utilise des fréquences assignées à son exploitant, l'autorisation, qui doit alors être expresse, est soumise au respect d'un cahier des charges.

L'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications dispose que l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public sont autorisés par le ministre chargé des télécommunications. L'autorisation est soumise à l'application de règles contenues dans un cahier des charges, dont certaines sont conformes à des clauses types dont le contenu est déterminé par décret. Il appartient à l'Autorité de régulation des télécommunications de préciser les règles concernant les droits et obligations afférents à l'exploitation des réseaux en application de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications.

L'ART a précisé, dans son avis rendu à la demande du Conseil de la concurrence, que la pose d'infrastructures passives de télécommunications (pose de fibre noire) ne constitue pas en elle-même un réseau de télécommunications au sens de l'article L. 32 (1) du code des postes et télécommunications et que son installation ne nécessite pas d'autorisation au sens des articles L. 33-1 ou L. 33-2 de ce code.

2. Le droit des collectivités territoriales.

Les dispositions précédentes doivent s'analyser au vu de la jurisprudence qui encadre les interventions économiques des personnes publiques, en l'absence de compétence reconnue en ce domaine par la loi aux collectivités territoriales et compte tenu du caractère concurrentiel de ces activités.

Le Conseil d'Etat a, jusqu'à présent, toujours considéré que "*les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée*", les collectivités publiques ne pouvant intervenir sur un marché que si "*en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière*" (C.E. sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers).

En revanche, le Conseil d'Etat estime que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne s'oppose pas à ce que les collectivités territoriales satisfassent, par leurs propres moyens, aux besoins de leurs services (C.E., 27 juin 1936, Bourrageas).

3. Le droit de la concurrence

L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications peut s'exercer selon plusieurs modalités :

En premier lieu, une collectivité peut souhaiter créer un réseau indépendant. Dans ce cas, les services qu'elle se rend à elle-même ne se trouvent pas en concurrence avec ceux offerts par d'autres entités sur un marché. Cette analyse, menée par le Conseil dans sa décision n° 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données, décision confirmée par la cour d'appel de Paris, est partagée par la Commission européenne, qui a estimé, dans sa décision Accor/Wagons-Lits du 28 avril 1992, que "*l'autogestion (...) n'est pas un service offert sur le marché*".

En second lieu, une collectivité territoriale peut intervenir directement en tant qu'opérateur de télécommunications sur le marché. Cette hypothèse est écartée par le projet de circulaire dans la mesure où France Télécom assure le service universel des télécommunications au plan national. La collectivité serait, en pareil cas, soumise aux règles de la concurrence au même titre que les opérateurs privés.

Enfin, si une collectivité territoriale intervient essentiellement en tant que fournisseur d'infrastructures à des tiers, cette prestation de mise à disposition d'infrastructures par une personne publique pourrait

constituer également une activité de services entrant dans le champ de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

B. - Les interventions des collectivités territoriales

1. Les modalités d'interventions

Les collectivités territoriales qui interviennent dans le domaine des télécommunications le font pour satisfaire tant leurs besoins propres - parmi lesquels figurent la gestion interne, la communication avec les élus et le personnel en déplacement, la gestion du patrimoine et de l'espace local, les services à rendre aux administrés - que pour répondre aux besoins du grand public ou des entreprises, ou encore aux nécessités d'aménagement du territoire ou du développement local.

L'opérateur historique France Télécom a été sollicité pour répondre à ces besoins, comme le montrent plusieurs réalisations (réseau internet/intranet de Parthenay, téléalonnement de parkings de Limoges, télégestion des ouvrages hydrauliques et d'assainissement de la vallée de l'Orge, réseaux intersites de Niort et Chambéry, interconnexion des sites municipaux de Grenoble, téléaffichage aux arrêts de bus d'Angers, réseau de visioguichets de la région Corse et réseau d'interconnexion des services de formation de la région Midi-Pyrénées). Toutefois, certaines collectivités, comme le district du Grand Toulouse ou le département du Tarn, estiment que France Télécom ne répond pas à leur demande spécifique à des conditions satisfaisantes, tant pour elles que pour les entreprises et les services publics, ce qui ne permettrait qu'un développement inégal des télécommunications sur leur territoire.

2. Les expériences en France

Les expériences qui sont conduites présentent un degré de développement hétérogène. Les collectivités territoriales ont généralement pris en compte, dans un premier temps, leurs besoins propres, puis, par la suite, ceux qui étaient exprimés par les tiers, en créant des "*réseaux métropolitains*", systèmes de communication alternatifs au réseau national déployés à l'échelle d'une ville entière, généralement en fibre optique, en vue d'obtenir une forte baisse des coûts de télécommunications, notamment en matière de communications locales.

En effet, par la pose de ces infrastructures, les collectivités territoriales ont d'abord développé une stratégie d'aménagement des territoires en optimisant leur fonctionnement administratif (Intranet, gestion technique, sécurité urbaine, télésurveillance, gestion des transports urbains, système d'information géographique, gestion de la mobilité des agents), en améliorant la communication avec les administrés (transports, éducation, culture, information - informations légales et administratives sur Internet, consultation de documentation à distance, à domicile, dans les bibliothèques et les médiathèques, télé médecine, développement des services sociaux, formation à distance) et en assurant la promotion des collectivités (services attractifs pour les entreprises, tourisme, communication générale, conseils municipaux en ligne, envois d'e-mails aux élus), mais ont également cherché à améliorer la compétitivité des territoires et des entreprises.

En 1993, la ville de Besançon a créé un réseau de télécommunications, l'"*anneau optique du centre ville*", qui a raccordé quatorze sites (dix sites de la ville et quatre de l'université) en 1994, pour faire face à ses besoins propres et à ceux de l'université de Franche-Comté. Par la suite, la création d'un "*anneau périphérique*" a étendu le périmètre de couverture du service à des besoins supplémentaires de l'université, au centre hospitalier universitaire et au conseil général du Doubs en 1995. Puis, le rectorat et le ministère de la défense ayant exprimé des besoins, une "*antenne rectorat*" et une "*antenne défense*" raccordées à l'"*anneau périphérique*" ont été créées en 1996. Ce réseau de télécommunications à haut débit, le "*Réseau Lumière*", situé sur la commune de Besançon, est constitué de 40 kms de câble et dessert potentiellement 70 000 utilisateurs.

Le district de Castres-Mazamet a réalisé une plate-forme numérique, Castres-Mazamet 2000, offrant des services avancés de télécommunications pour les entreprises, organismes publics et habitants du district, dans le cadre de la loi du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information, d'un montant d'investissement de 26 MF. Les laboratoires Pierre Fabre, principal employeur de Castres et deuxième groupe pharmaceutique français, souhaitent disposer d'un réseau de télécommunications reliant leurs sites dispersés en France et en Europe. Une société d'économie mixte, Intermédiasud, a été créée pour exploiter ce réseau ; son

capital se répartit, notamment, entre la commune de Castres (36 %), le département (24 %), la Chambre de commerce et d'industrie (8 %), la commune de Mazamet (3 %), le groupe Pierre Fabre (20 %) et huit entreprises. A la suite d'une demande de subvention pour ce réseau, le conseil général du Tarn (département de 350 000 habitants) a le projet de créer une boucle locale reliant les villes les plus importantes du département à la zone de Toulouse.

Le district du Grand Toulouse (520 000 habitants, 15 communes) a installé 75 kms d'infrastructures passives reliant les zones d'activités, dans le secteur de l'aéronautique, aux pôles universitaire et de recherche, pour un investissement total de 18 MF. Le district a confié à un délégataire de service public le soin de commercialiser et d'assurer la maintenance du réseau. Il souhaite étendre celui-ci, dans une seconde phase, en prévoyant un nouvel investissement d'un montant identique, l'exploitation du réseau étant confiée à un délégataire qui n'ait pas d'opérateur de télécommunications dans son capital.

La communauté urbaine du Grand Nancy (260 000 habitants, 20 communes) a investi 10 MF pour mettre en place une infrastructure locale de télécommunications (réseau de fibres optiques noires non activé) de 47 kms, louée aux opérateurs en faisant la demande : la moitié de ces capacités est mise à disposition de la communauté scientifique, qui est subventionnée par la région Lorraine pour son utilisation, et l'autre moitié est réservée à d'autres acteurs. Dans une seconde phase (de 10 MF également), le district souhaite développer le réseau pour attirer des opérateurs alternatifs et offrir des prestations alternatives aux entreprises, voire aux particuliers. France Télécom a déposé un recours contre l'appel d'offres de travaux auprès du tribunal administratif de Nancy.

Il existe encore d'autres expériences, dont le développement est plus ou moins avancé. La communauté urbaine de Lyon a le projet d'utiliser, notamment, le réseau de fibres optiques du métro local. Le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (Sipperec) a décidé d'investir 129 MF pour déployer 140 kms de fibres optiques reliant 80 communes de la première couronne de la région parisienne. La commune de Montreuil-sous-Bois a conclu un accord avec le câblo-opérateur Cité Réseau et l'IUT local dans un objectif économique et social.

Par ailleurs, les collectivités territoriales disposent, notamment par la délivrance de droits de passage, des moyens nécessaires pour créer un environnement favorable à l'émergence de nouveaux réseaux de télécommunications sur leur territoire.

La ville d'Issy-les-Moulineaux a conclu un accord avec trois sociétés, WorldCom, Colt et Cegetel, afin de " mutualiser " l'infrastructure enterrée de télécommunications sur la commune, la société Cegetel étant chargée d'effectuer les travaux de génie civil. Cette infrastructure commune permet de faire coexister cinq câbles différents, un pour chaque opérateur d'origine, les deux autres câbles étant réservés à de futurs opérateurs intéressés par la détention d'une infrastructure sur la ville. En contrepartie, WorldCom et Colt ont remboursé à Cegetel une partie du coût des travaux engagés.

3. Les expériences à l'étranger

Le mémorandum adressé au Gouvernement par le Sipperec, le conseil général du Tarn, la communauté urbaine du Grand Nancy et le district du Grand Toulouse en octobre 1998 précise que :

- " Plusieurs pays européens (Grande-Bretagne, pays scandinaves, Allemagne), via de nouveaux opérateurs ou à travers l'initiative des collectivités territoriales, ont déjà pris des décisions et conduisent des politiques permettant aujourd'hui à de nombreuses agglomérations :
- " - soit de disposer de réseaux " fibre noire " qui sont loués par une grande diversité d'opérateurs (24 pour le seul réseau métropolitain " fibre noire " de Stockholm),
- " - soit de jouer un rôle direct dans l'offre de services Télécom (licences d'opérateurs Télécom. des villes de Cologne ou de Düsseldorf),
- " - soit enfin de bénéficier d'une baisse de tarif sur la boucle locale de télécommunications de près de 40 % en raison d'offres alternatives performantes (réseaux câblés britanniques) ".

C. - Les conditions d'un exercice concurrentiel

1. La concurrence sur la boucle locale

L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications s'applique à un type de liaisons, la boucle locale, qui présente un intérêt prioritaire pour le développement de la concurrence. La boucle locale se définit comme l'ensemble des équipements qui permettent de raccorder l'installation d'un abonné au commutateur correspondant. En effet, l'accès à l'utilisateur final est indispensable pour les opérateurs globaux de télécommunications, nouveaux entrants et concurrents de l'opérateur historique.

Dans sa décision n° 98-MC-03 du 19 mai 1998, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de constater que les liaisons locales s'effectuent généralement par "*le réseau public commuté, mais aussi par quelques réseaux locaux, principalement les réseaux câblés et quelques boucles locales alternatives sur une partie limitée du territoire*".

L'Autorité de régulation des télécommunications (rapport public d'activité 1997, p. 175) indique que " la boucle locale est un enjeu décisif pour le développement de la concurrence. L'expérience montre en effet que la maîtrise de l'accès direct à l'utilisateur final représente un atout considérable pour un opérateur. De plus, les services à valeur ajoutée sont développés pour une large part sur des infrastructures de boucle locale ". Elle ajoute que " l'introduction d'une concurrence effective sur la boucle locale constitue une priorité pour l'Autorité ".

En effet, la duplication du réseau fixe de France Télécom peut difficilement être envisagée par les opérateurs concurrents, en raison du coût d'investissement initial élevé du fait de la nécessité de travaux de génie civil ainsi qu'en raison de coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique. Par ailleurs, l'attribution d'un préfixe à des opérateurs de télécommunications longue distance est soumise à un calendrier de déploiement de points d'interconnexion et d'infrastructures de transmission qui mobilisent leurs capacités d'investissement.

L'utilisation des réseaux câblés, qui desservent potentiellement sept millions de foyers en France, peut représenter une solution pour le développement de services de télécommunications. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée a prévu, dans son article 34, une possibilité d'intervention des communes en ce domaine. Par ailleurs, les réseaux du plan Câble, construits par France Télécom à partir de 1982 dans une cinquantaine de villes, ont placé les collectivités territoriales au centre du dispositif, par la création de sociétés d'économie mixte réunissant des intérêts locaux, les SLEC (sociétés locales d'exploitation du câble).

Toutefois, l'utilisation de ces réseaux pour acheminer des télécommunications nécessite une mise à niveau des infrastructures. De plus, France Télécom est propriétaire des réseaux du plan Câble et la coexistence entre le gestionnaire technique, France Télécom, et l'exploitant commercial est rendue difficile du fait de l'imbrication des responsabilités. Les réseaux câblés sont, par ailleurs, principalement tournés vers les zones résidentielles et non vers les zones d'activités. Enfin, ils ne constituent pas une alternative pour les opérateurs qui ne sont pas des opérateurs de réseaux câblés.

La société Lyonnaise Câble utilise déjà le réseau de télévision câblée à Annecy pour offrir le service téléphonique à ses abonnés, sans frais de raccordement et avec 15 % de réduction sur les prix actuels du téléphone, abonnement et communications, tant locales que lointaines. Les villes de Chambéry, Orléans, Strasbourg et Paris doivent également être desservies au moyen du câble. Pour Paris, l'ART a confié à France Télécom la tâche d'assurer les travaux d'adaptation du réseau câblé parisien, propriété de France Télécom, alors que la société Lyonnaise Communications doit en assurer la maintenance.

Diverses autres possibilités existent qui sont susceptibles de développer la concurrence sur la boucle locale en offrant l'avantage d'une plus grande souplesse pour le déploiement du réseau, mais elles présentent également des limites du fait du manque de maturité des techniques ; certaines d'entre elles ne sont d'ailleurs qu'en phase d'expérimentation.

La boucle locale radio utilise la technologie points-multipoints, qui n'est pas éprouvée selon la société Cegetel et nécessite l'utilisation de points hauts d'une rareté croissante. Cette société propose,

depuis janvier 1997, des services de téléphonie locale à Nice, auprès d'un quartier de 20 000 clients potentiels, avec la technologie radio DECT (Digital Enhanced Cordless Telephone). Elle ne souhaite pas développer cette technologie pour l'avenir. L'utilisation de la boucle locale radio n'est pas autorisée en région parisienne à ce jour.

Par ailleurs, la technologie satellitaire, permettant de fournir au moyen d'une interconnexion par satellites des services de télécommunications à destination de terminaux portatifs ou fixes, reste d'utilisation restreinte, malgré certains signes de convergence entre les activités de téléphonie fixe et mobile, en raison des capacités limitées de ces satellites. Ces services ne seraient d'ailleurs compétitifs que dans les zones de faible densité ou isolées.

Enfin, si le " *dégroupage* ", qui consiste à permettre aux nouveaux opérateurs d'accéder directement à la partie locale du réseau de France Télécom grâce à leur propre réseau de télécommunications, paraît à certains d'entre eux, dont la société Cegetel, la solution qui présente le plus grand intérêt à moyen terme, il ne fait, pour l'instant, l'objet que d'études préalables à une prise de décision. La mise à disposition par les collectivités territoriales d'infrastructures de télécommunications apparaît donc au Conseil comme un des moyens de promouvoir la concurrence au niveau de la boucle locale ainsi que le progrès économique dans l'ensemble du secteur des télécommunications.

2. Les conditions nécessaires à l'exercice de la concurrence

Les collectivités territoriales peuvent être amenées à intervenir dans le secteur des télécommunications à deux titres, d'une part, en tant que gestionnaires de leur domaine public et, d'autre part, en tant que prestataires pour la mise à disposition de réseaux de télécommunications.

Le projet de circulaire soumis au Conseil pour avis mentionne que les collectivités territoriales " ne peuvent prétendre agir en tant qu'exploitant de réseau ouvert au public ou fournisseur de services de télécommunications au public ". Les collectivités territoriales ne désirent d'ailleurs pas devenir des opérateurs en télécommunications, mais souhaitent seulement mettre des infrastructures à la disposition des opérateurs.

Cette mise à disposition doit, pour permettre le libre exercice de la concurrence dans le secteur, répondre à certaines conditions en ce qui concerne les tarifs, une éventuelle exclusivité d'accès et les caractéristiques de l'offre.

S'agissant des tarifs qui seraient applicables aux utilisateurs de l'infrastructure, le projet de circulaire prévoit que les collectivités territoriales ne peuvent qu'envisager la mise à disposition d'infrastructures à titre gracieux ou se limiter à une simple redevance d'occupation du domaine public dont le montant est plafonné. Cette solution exclut une rentabilité normale pour ce type d'infrastructures. Elle présente également des risques d'atteinte à la concurrence.

La fixation d'un prix de mise à disposition à un niveau bas, trop éloigné des coûts, pourrait, dans certaines circonstances, et selon une probabilité en rapport avec l'importance de la collectivité concernée, s'analyser comme une aide faussant ou menaçant de fausser la concurrence " *en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* " conformément à l'article 92-1 du traité de Rome. La Cour de Justice des Communautés européennes considère, en effet, que, par la notion d'" *aides* ", il convient d'entendre non seulement les subventions mais également les interventions qui, sous diverses formes, allègent le budget des entreprises et qu'est considérée comme " *étatique* " toute aide, qu'elle soit accordée par l'Etat ou par des collectivités territoriales.

Le Conseil relève également que les collectivités propriétaires pourraient, en raison du caractère incitatif qu'elles souhaitent donner à cette activité, être tentées de fixer un prix très inférieur sur la partie du réseau ouverte aux tiers par rapport à celui perçu sur la partie utilisée en interne. Le surcoût supporté par le budget de la collectivité locale serait de nature à créer une distorsion de concurrence entre infrastructures concurrentes. En particulier, le réseau de France Télécom pourrait apparaître, de façon artificielle, comme moins attractif.

Il souligne qu'il conviendrait que le barème des redevances, s'il intègre des critères de modulation, indique avec précision les objectifs poursuivis par chacun des éléments de la modulation, ainsi que

ses conditions d'amplitude, afin que ces critères ne soient pas susceptibles de conduire à des discriminations entre opérateurs ayant une efficacité identique et que la multiplication des paramètres de variation des redevances ne conduise pas à une tarification complexe génératrice d'une insuffisance de transparence.

Le Conseil observe, à cet égard, que les projets de tarifs envisagés par les collectivités territoriales qui ont procédé à de la pose d'infrastructures sont établis à partir des coûts d'investissement et d'exploitation. Ils doivent garantir la rentabilité de l'investissement. Ils sont également fondés sur la durée de location et la longueur de la fibre louée, avec un taux de dégressivité.

S'agissant de l'accès aux infrastructures, le Conseil estime que tous les opérateurs devraient pouvoir en bénéficier, y compris, éventuellement, l'opérateur historique, France Télécom.

Par ailleurs, les collectivités territoriales peuvent, dans le cadre de la gestion de leur domaine public, inviter l'opérateur qui les sollicite pour obtenir un droit de passage sur le domaine public routier à se rapprocher d'un opérateur disposant d'installations préexistantes. L'établissement d'infrastructures passives ne saurait, en effet, aboutir, comme l'a précisé l'ART dans l'avis rendu en l'espèce à la demande du Conseil, à la création d'un monopole sur la pose de telles installations, ni faire obstacle à l'exercice, par les opérateurs de réseaux ouverts au public qui souhaiteraient poser leurs propres installations, du droit de passage que leur confère l'article L. 45-1 du code des postes et télécommunications.

Les collectivités territoriales ne sauraient en outre désigner un gestionnaire d'infrastructures qui soit lui-même un opérateur de réseau ouvert au public, ou ayant des intérêts directs ou indirects dans un opérateur de réseau ouvert au public.

Enfin, les collectivités territoriales, dont les infrastructures de télécommunications satisfont à la fois leurs besoins propres et ceux de tiers, devraient se doter d'un système d'information comptable et d'une comptabilité analytique permettant d'allouer précisément aux différents produits et services les ressources et les charges, en fonction de l'utilisation effective de ces prestations. Cette disposition, qui vise à contrôler l'absence de subventions croisées entre les diverses activités de ces collectivités, doit permettre de relever toute discrimination entre opérateurs et faire, notamment, apparaître les bases de facturation des services que les collectivités territoriales se rendent à elles-mêmes.

A cet égard, une séparation physique des moyens d'exploitation pour cette nouvelle activité permettrait d'éliminer d'éventuelles distorsions de concurrence et clarifierait l'appréciation des coûts d'exploitation.

En conclusion, le Conseil de la concurrence estime que la mise à disposition, par les collectivités territoriales, d'infrastructures de télécommunications à des opérateurs de télécommunications constitue un des moyens de promouvoir la concurrence au niveau de la boucle locale. Il considère néanmoins qu'il est nécessaire que cette mise à disposition d'infrastructures soit soumise à des conditions qui permettent de s'assurer que l'offre est faite dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et qu'elle ne conduit pas à imposer l'utilisation de ces installations aux opérateurs qui souhaitent conserver la maîtrise de leurs réseaux et de leurs choix technologiques.

Délibéré, sur le rapport de MM. Jean-René Bourhis et Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, M. Bon, Mme Boutard-Labarde, MM. Callu, Gicquel, Lasserre, Marleix, Pichon, Rocca, Sloan et Thiolon, membres.

Le Rapporteur général,

La Présidente,

