

Avis n° 2019-0431
de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 19 mars 2019
rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques
portant sur la proposition d’engagements d’Altitude Infrastructure THD au titre de
l’article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel
Les données et informations protégées par la loi sont présentées
de la manière suivante : [SDA]

Vu le Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, et notamment ses articles 106 et 107,

Vu la directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), modifiée par la directive n° 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 (directive « mieux réguler »),

Vu la directive n° 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l’accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu’à leur interconnexion (directive « accès »), modifiée par la directive « mieux réguler »,

Vu les lignes directrices de l’UE pour l’application des règles relatives aux aides d’État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit de 2013 (2013/C 25/01),

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32-1, L. 33-13, L. 34-8, L. 34-8-3 et L. 36-11,

Vu la décision n° 2009-1106 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l’accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée,

Vu la décision n° 2010-1312 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l’accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l’ensemble du territoire à l’exception des zones très denses,

Vu la décision n° 2013-1475 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 10 décembre 2013 modifiant la liste des communes des zones très denses établie par la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009,

Vu la décision n° 2015-0776 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique,

Vu la recommandation de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 5 décembre 2015, relative à la mise en œuvre de l’obligation de complétude des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu’à l’abonné en dehors des zones très denses,

Vu la recommandation de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 24 juillet 2018, relative à la cohérence des déploiements en fibre optique jusqu’à l’abonné,

Vu l’avis n° 2017-1293 de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires,

Vu les courriers d’Altitude Infrastructure THD en date du 8 janvier 2019, et de M. François Sauvadet, président du Conseil départemental de la Côte-d’Or, en date du 13 septembre 2018, annexés au courrier de M. Thomas Courbe, directeur général des entreprises, en date du 28 janvier 2019, complété par un courriel en date du 13 mars 2019 et par un courrier en date du 18 mars 2019, qui saisit l’Arcep d’une demande d’avis sur les engagements proposés par l’opérateur Altitude Infrastructure THD au titre de l’article L. 33-13 du CPCE,

Vu le courrier d’Altitude Infrastructure THD en date du 15 mars 2019, répondant au courrier de la directrice générale de l’Arcep en date du 19 février 2019,

Vu le courrier du Conseil départemental de la Côte-d’Or, en date du 11 mars 2019, répondant au courrier de la directrice générale de l’Arcep en date du 19 février 2019,

Après en avoir délibéré le 19 mars 2019,

1 Contexte

L’article L. 33-13 du CPCE permet au ministre chargé des communications électroniques d’« *accepter, après avis de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à l’aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l’accès des opérateurs à ces réseaux.* » Dans ce cadre, l’Arcep doit ainsi rendre un avis sur la proposition d’engagements d’un opérateur à la suite de la saisine du ministre. Après acceptation des engagements par le ministre, l’Autorité en contrôle le respect et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l’article L. 36-11 du CPCE. L’Arcep veille ainsi à la bonne application des engagements.

Par ailleurs, l’Autorité a souligné, dans son avis n° 2017-1293 en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires, l’utilité d’engagements fondés sur l’article L. 33-13 du CPCE pour le déploiement des réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu’à l’abonné, tant en zone d’initiative privée qu’en zone d’initiative publique.

Le Gouvernement a invité les collectivités territoriales à saisir et sécuriser, dans le cadre d’appels à manifestations d’engagements locaux (AMEL), de nouvelles opportunités d’investissement privé, afin d’accélérer la couverture numérique de leur territoire. Ce dispositif prévoit que les collectivités territoriales puissent sélectionner un opérateur privé qui s’engage selon les modalités de l’article L. 33-13 du CPCE. Cet opérateur doit notamment s’engager à déployer un réseau FttH sur tout ou partie du territoire de la collectivité en complémentarité des déploiements des opérateurs tiers, qu’ils relèvent d’initiative privée ou publique.

Le directeur général des entreprises a saisi l’Arcep d’une demande d’avis, datée du 28 janvier 2019, sur la proposition d’engagements de la société Altitude Infrastructure THD sur une partie de la zone d’initiative publique du département de la Côte-d’Or. Cette saisine est la première saisine de l’Autorité d’une demande d’avis sur des engagements dans le cadre des AMEL.

Ainsi, après un rappel du cadre législatif et réglementaire s'appliquant au déploiement de réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné, le présent avis de l'Arcep décrit les principales caractéristiques des engagements proposés par Altitude Infrastructure THD (l'étendue de son périmètre et l'échéance ferme proposée) avant de formuler des observations sur cinq points : l'offre d'accès associée à l'engagement, la crédibilité de l'engagement, la clause de sortie des engagements, le suivi de la réalisation des déploiements et la déclinaison locale des engagements.

2 Rappel du cadre juridique pour les réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné

En France, le législateur a décidé d'encadrer les déploiements de réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné. Ils sont ainsi soumis aux dispositions de l'article L. 34-8-3 du CPCE. Ce même article a confié à l'Arcep le soin de préciser les modalités d'accès au réseau et la possibilité de trancher les différends qui s'y rapportent. En application de cet article, l'Autorité a adopté plusieurs décisions, et notamment les décisions n° 2009-1106, n° 2010-1312, n° 2013-1475 et n° 2015-0776 susvisées. Ces décisions imposent notamment une obligation de fournir une offre d'accès passive à la partie terminale des réseaux déployés (offre de « mutualisation »), et pour les zones en dehors des zones très denses une obligation de donner accès plus en amont du réseau (au niveau d'un point regroupant au moins 1 000 lignes), combinée à l'obligation de complétude des déploiements sur chaque zone arrière.

2.1 Obligation d'accès mutualisé

La décision n° 2009-1106 de l'Autorité impose aux opérateurs d'infrastructure d'offrir l'accès au point de mutualisation dans des conditions raisonnables et non discriminatoires. L'accès doit être fourni sous forme passive, dans des conditions raisonnables, objectives, transparentes, et non discriminatoires, dans le cadre d'une offre publiée. La décision n° 2010-1312 précise que l'opérateur d'infrastructure a l'obligation de publier, avant l'installation du point de mutualisation (PM), une offre d'accès comprenant des offres de cofinancement *ab initio* et *a posteriori*, ainsi qu'une offre de location passive à la ligne. Ces deux décisions prévoient que les conditions tarifaires doivent être raisonnables et respecter les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité.

2.2 Obligation de complétude des déploiements

La décision n° 2010-1312 de l'Autorité impose aux opérateurs d'infrastructure de déployer un réseau horizontal à proximité immédiate de l'ensemble des logements et locaux à usage professionnel de la zone arrière de chaque PM, permettant de raccorder l'ensemble de ces locaux¹, et ce dans un délai raisonnable à la suite de la déclaration de la zone arrière de son point de mutualisation. Les motifs de la décision indiquent qu'« *un délai de déploiement, au plus de deux à cinq ans, en fonction des caractéristiques locales, semble, à cet égard, raisonnable* ».

La recommandation de l'Autorité en date du 7 décembre 2015, portant sur la mise en œuvre de l'obligation de complétude des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné en dehors des zones très denses, précise que déployer un réseau « à proximité immédiate » d'un local

¹ Dans l'ensemble du présent avis, le terme « locaux » désigne les logements et locaux à usage professionnel.

implique d'avoir installé le PM, le point de branchement optique (PBO) et établi la continuité optique entre ces deux éléments.

Néanmoins, elle a introduit la possibilité pour l'opérateur d'infrastructure de différer au-delà du délai de complétude (donc au-delà de l'échéance précitée de deux à cinq ans) la pose du PBO pour certains locaux situés en zones d'habitat dispersé. Cette possibilité doit être exercée de manière ciblée, pour des locaux bien identifiés au moment de la consultation préalable aux déploiements, notamment au regard du coût à la ligne des lignes concernées et d'une attente de commercialisation faible à court et moyen termes. Enfin, la mise en service du PBO devrait dans ce cas être effectuée conformément aux modalités définies par le cadre réglementaire en vigueur, dans un délai qui ne devrait *a priori* pas excéder 6 mois à compter de la commande d'un opérateur commercial. Les logements et locaux à usage professionnel identifiés desservis par des lignes dont la pose du PBO a été différée sont dits « raccordables sur demande ».

Cette obligation de complétude s'impose à tout opérateur qui déploie un réseau à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné. Ainsi, les engagements opposables qui seraient souscrits par un opérateur ne sauraient lui permettre de méconnaître le cadre réglementaire, en particulier l'obligation de complétude. De tels engagements ne sont susceptibles que de venir *s'y ajouter*, le respect cumulé des obligations issues du cadre réglementaire et des obligations issues des engagements devenant alors nécessaire.

L'Autorité a également adopté une recommandation en date du 24 juillet 2018, relative à la cohérence des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné. Elle vise à assurer un déploiement cohérent et complet des réseaux FttH, prévenir les doublons inutiles, et maximiser l'investissement efficace, afin d'assurer la connectivité des territoires en très haut débit fixe. Elle permet de donner de la visibilité aux acteurs sur l'application du cadre réglementaire et les actions à mener par les opérateurs pour assurer la bonne articulation des déploiements FttH entre l'ensemble des opérateurs (privés ou publics) mobilisés.

La recommandation explicite le cadre de maillage des territoires par zone technique de déploiement de la fibre. Lorsqu'un opérateur déployant la fibre sur un territoire déclare en statut « cible » une zone arrière de point de mutualisation, cette déclaration doit être rapidement suivie par des déploiements effectifs. La déclaration marque ainsi le point de départ de l'obligation de couverture de l'intégralité de la zone et du délai qui y est attaché. Ce zonage peut dès lors faire référence pour tous les déploiements sur le territoire concerné et apporter la transparence nécessaire aux collectivités locales.

3 Les engagements proposés par Altitude Infrastructure THD

Le département de la Côte-d'Or est partagé entre une zone d'initiative privée, constituée des 70 communes (comprenant un total de 170 000 locaux) sur lesquelles l'opérateur Orange est engagé au titre de l'article L. 33-13 du CPCE à la suite de l'arrêté du ministre du 26 juillet 2018², et une zone d'initiative publique qui, au sens du plan France Très Haut Débit, en est la zone complémentaire et totalise 137 000 locaux. La zone d'initiative publique se partage ensuite entre la zone sur laquelle porte la proposition d'engagements d'Altitude Infrastructure THD dans le cadre de l'AMEL (ci-après dite « zone AMEL ») et la zone où le réseau d'initiative publique (RIP) assurera les déploiements FttH dans le cadre de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

² Arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d'engagements de la société Orange au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

Dans son courrier en date du 8 janvier 2018 (ci-après « le courrier d’engagement »), Altitude Infrastructure THD propose un engagement, sur un périmètre géographique défini par une liste de « codes communes » de l’Insee situés en dehors des zones très denses, visant à rendre 100 % des locaux « raccordables » ou « raccordables sur demande » à la fibre jusqu’à l’abonné (FttH – *Fibre to the Home*) d’ici fin 2022 (avec moins de 4 % de « raccordables sur demande »)³. Le détail des engagements proposés par Altitude Infrastructure THD, et des précisions qu’elle a pu apporter sur ceux-ci au Gouvernement ou à l’Arcep, sont repris en annexe 1 et 2 du présent avis.

Les principaux aspects des engagements proposés par Altitude Infrastructure THD sont examinés ci-après.

3.1 Périmètre géographique des engagements

Le périmètre géographique initial de la proposition d’engagement, indiqué dans le courrier d’engagement, était constitué par une liste de 251 « codes communes » de l’Insee. Ce périmètre a été actualisé par un courrier du directeur général des entreprises en date du 18 mars 2019 adressé à l’Arcep, qui indique qu’Altitude Infrastructure THD, en accord avec le département de la Côte d’Or, retire de son engagement trois communes sur lesquelles Orange est déjà engagé à déployer au titre de l’article L. 33-13 du CPCE⁴.

Le périmètre géographique sur lequel Altitude Infrastructure THD propose de s’engager à déployer un réseau à très haut débit en fibre optique jusqu’à l’abonné est donc constitué de 248 « codes communes » du code officiel géographique publié par l’Insee (cf. annexe 2 du présent avis).

Sur certaines de ces communes, Altitude Infrastructure THD propose de s’engager sur une partie de la commune, ces communes faisant l’objet du déploiement du RIP sur le restant de leur territoire. Le courrier du président du Conseil départemental en date du 11 mars 2019 témoigne d’une bonne articulation globale des déploiements prévue. Néanmoins, une délimitation exacte et cohérente des zones relevant de la proposition d’Altitude Infrastructure THD et de celles relevant du RIP reste à effectuer à l’échelle infra-communale. Altitude Infrastructure THD a fourni à la Côte-d’Or au cours de la préparation du présent avis une délimitation de l’aire concernée par les déploiements, reprise en annexe 4, qui doit être définitivement stabilisée avec le Département. L’Autorité invite donc le ministre, avant qu’il ne décide d’accepter l’engagement proposé, à demander à la Côte-d’Or et à Altitude infrastructure THD de communiquer la délimitation finalisée de leurs déploiements respectifs à l’échelle infra-communale, et que celle-ci soit répercutée dans l’engagement d’Altitude Infrastructure THD pour les déploiements qui le concernent.

L’Autorité précise qu’elle a effectué son analyse sur la base de la géographie administrative au 1^{er} janvier 2018, qui permet de disposer de l’ensemble des statistiques à jour produites par l’Insee. À cette aune, il ressort que les 248 communes présentes dans la proposition d’engagements d’Altitude Infrastructure THD et prises dans leur globalité totalisent environ 60 000 locaux ; ce chiffre inclut néanmoins les portions de ces communes qui seront *in fine* déployées par le RIP, l’Autorité n’ayant pas eu les moyens de mener un décompte des locaux à l’échelle infra-communale dans le délai d’instruction de son avis. Altitude Infrastructure THD estime pour sa part dans son courrier

³ Altitude Infrastructure THD s’engage notamment à : « Finaliser le déploiement FttH au plus tard fin 2022, c’est-à-dire à avoir rendu raccordables (point de branchement optique posés) 100 % des Locaux des communes ou parties de communes visées à l’annexe 1 » et « De manière dérogatoire, recourir au mécanisme de prises « raccordables sur demande » [...] » L’engagement précise : « En tout état de cause, Altitude Infrastructure s’engage à ce qu’ils n’excèdent pas 4% des Locaux visés par le présent engagement » (voir annexe 1 du présent avis).

⁴ Voir l’arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d’engagements de la société Orange au titre de l’article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques.

d'engagement à près de 57 000 le nombre de locaux objets de sa proposition, en tenant compte des parties de communes qui seront déployées par le RIP et en excluant donc du décompte les locaux concernés.

Les locaux objets de la proposition d'engagement d'Altitude Infrastructure THD représentent environ 19 % du nombre de locaux de la Côte-d'Or et 44 % du nombre de locaux de sa zone d'initiative publique.

3.2 Un engagement à l'échéance fin 2022

Altitude Infrastructure THD s'engage, de façon ferme, pour l'ensemble du périmètre géographique de sa proposition d'engagement (cf. section 3.1), à avoir rendu « raccordables » fin 2022 au minimum 96% des logements et locaux à usage professionnel des communes précisées ci-avant, les 4 % étant « *raccordables sur demande, c'est-à-dire éligibles commercialement à une offre FttH et pouvant bénéficier d'un raccordement sous 6 mois* ».

Cet engagement doit permettre à l'ensemble des habitants du périmètre géographique défini par Altitude Infrastructure THD d'être éligibles au FttH fin 2022. Pour que cette éligibilité soit effective, il importe qu'Altitude Infrastructure THD respecte le délai de 6 mois annoncé pour rendre « raccordable » un local « raccordable sur demande » après commande d'un opérateur.

Le taux de 4 % de locaux « raccordables sur demande » s'appréciera à l'échelle du périmètre géographique de la zone « AMEL » du département. Il paraît acceptable que le taux de « raccordables sur demande » puisse varier d'une commune à l'autre, pour permettre une flexibilité à Altitude Infrastructure THD. Toutefois, il importera qu'Altitude Infrastructure THD veille à ce que des communes ne concentrent pas des taux élevés, autant dans un souci d'équité territoriale que pour des questions opérationnelles, afin de garantir sa capacité à effectivement rendre « raccordables » les locaux « raccordables sur demande » dans un délai qui ne devrait pas excéder 6 mois. De manière similaire, il importe également que les locaux à usage professionnel ne soient pas surreprésentés dans les locaux relevant de la catégorie « raccordables sur demande ».

4 Les observations de l'Arcep sur la proposition d'engagements d'Altitude Infrastructure THD

Comme vu précédemment, Altitude Infrastructure THD propose de prendre des engagements opposables avec pour objectif 100 % des locaux « raccordables » ou « raccordables sur demande » au FttH à fin 2022 sur le périmètre « AMEL » de la Côte-d'Or, engagements qui sont de nature à contribuer à l'aménagement et à la couverture du département par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux.

L'Arcep salue cette proposition d'engagements qui rend juridiquement opposables le périmètre et le calendrier du déploiement de la fibre optique jusqu'à l'abonné dans la zone concernée, permettant à l'Autorité de sanctionner les éventuels manquements qui seraient constatés, dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 du CPCE.

La proposition d'engagements d'Altitude Infrastructure THD appelle les observations suivantes de la part de l'Autorité.

4.1 L'offre d'accès associée à l'engagement

Dans le cadre de l'examen des propositions d'engagement de couverture FttH en application de l'article L. 33-13 du CPCE, il est essentiel que l'Autorité puisse apprécier les conditions d'accès aux réseaux dont le déploiement est envisagé.

Lorsque l'Autorité s'est prononcée en juin 2018 sur les engagements d'Orange et SFR en zone AMII⁵, les offres d'accès de ces deux opérateurs étaient connues, publiées de longue date et utilisées par les opérateurs commerciaux, qui y avaient souscrit. Tel n'est pas nécessairement le cas pour les projets d'AMEL.

En l'espèce, Altitude Infrastructure THD a joint à son courrier d'engagement un projet indicatif d'offre d'accès aux lignes FttH. Altitude Infrastructure THD a indiqué qu'elle entendait proposer en Côte-d'Or des conditions d'accès identiques à celles qui sont proposées par les filiales du groupe exploitant des réseaux d'initiative publique (cf. annexe 3 du présent avis).

Altitude Infrastructure THD a indiqué que les tarifs mentionnés dans le projet indicatif d'offre d'accès ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des lignes, à l'exception de celles qui seront identifiées par Altitude Infrastructure THD dans deux catégories qu'il introduit, dénommées « cas exceptionnels » et « raccordements longs ». Ces deux cas sont examinés dans les deux sections qui suivent (cf. ci-après, points 4.1.1 et 4.1.2).

Dans la proposition d'Altitude Infrastructure THD, la première catégorie, dite « cas exceptionnels », concerne certains cas d'installation du PBO et d'établissement du lien PM-PBO afférent ; la deuxième catégorie, dite « raccordements longs », se rapporte à certains cas d'établissement du « raccordement final », segment qui relie le PBO au local de l'utilisateur final et est construit lors de la souscription d'une offre commerciale par un client. Ces deux catégories concernent donc des segments différents du réseau. Un local donné pourrait dans certaines circonstances être amené à se retrouver dans les deux catégories.

4.1.1 Les « cas exceptionnels » : report de l'installation du PBO jusqu'au paiement d'un tarif spécifique (segment PM-PBO)

a) L'engagement d'Altitude Infrastructure THD

Altitude Infrastructure THD propose de recourir, pour un volume limité de lignes particulièrement coûteuses, à la possibilité de reporter l'installation du PBO jusqu'au paiement d'un tarif spécifique et s'engage à :

« De manière dérogatoire, recourir au mécanisme de prises « raccordables sur demande », c'est-à-dire éligibles commercialement à une offre FttH et pouvant bénéficier d'un raccordement sous 6 mois, pour les Locaux ou grappes de Locaux qui impliqueraient un coût de déploiement de plus de 5 000 € par logement ou local à usage professionnel. »

Altitude Infrastructure THD précise en outre que :

« Ces locaux qualifiés de « cas exceptionnels » seront traités au travers d'une tarification différenciée non péréquée. Cette tarification sera orientée vers les coûts. En tout état de cause,

⁵ Avis n° 2018-0364 de l'Autorité du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements d'Orange au titre de l'article L. 33-13 et avis n° 2018-0365 de l'Autorité du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR au titre de l'article L. 33-13.

Altitude Infrastructure THD s'engage à ce qu'ils n'excèdent pas 4 % des Locaux visés par le présent engagement. » (soulignements ajoutés)

Enfin,

« Altitude Infrastructure THD s'engage à identifier les locaux concernés par les catégories « cas exceptionnels » et « raccordements longs » définis précédemment au sein des informations mises à disposition à la maille de l'immeuble au plus tard lors de la première consultation préalable aux déploiements conformément à la décision de l'Arcep n° 2015-0776 et aux travaux du groupe Interop'Fibre, des modifications pouvant être faites lors de la mise à disposition d'un point de mutualisation. »

b) La problématique des PBO correspondant à des lignes très coûteuses (segment PM-PBO)

Dans les zones moins denses d'initiative privée de même que dans la zone d'initiative publique, les opérateurs d'infrastructure ont jusqu'ici choisi de proposer un tarif forfaitaire unique (péréqué) pour l'intégralité des lignes des zones de cofinancement considérées.

Ici, Altitude Infrastructure THD estime nécessaire d'exclure un certain nombre de lignes particulièrement coûteuses du tarif forfaitaire standard et de conditionner l'installation du PBO au paiement d'un tarif spécifique. Les locaux sujets à une tarification différenciée seraient considérés comme « raccordables sur demande » : l'opérateur d'infrastructure aurait l'obligation de les rendre « raccordables » dès lors que le tarif spécifique serait payé par un demandeur. Concrètement, cette approche signifie que certains locaux ne deviendraient raccordables au réseau FttH qu'à la condition du paiement d'un tarif visant à couvrir les surcoûts spécifiques aux lignes concernées.

Au soutien de cette nouvelle approche, Altitude Infrastructure THD, de même que d'autres opérateurs souhaitant s'inscrire dans le cadre de l'AMEL, avancent que les zones dont la couverture est envisagée comprennent des zones composées de locaux dont le coût de déploiement s'écarte très significativement de la moyenne, en raison de leur dispersion ou de difficultés d'accès. Selon ces opérateurs, l'existence de ces lignes très coûteuses pourrait ainsi empêcher le déploiement d'une zone arrière de point de mutualisation au tarif habituellement constaté en zone AMII (et en zone RIP), quand bien même la majorité des locaux concernés présenterait des coûts similaires à ceux de la zone AMII.

Exemple illustratif :

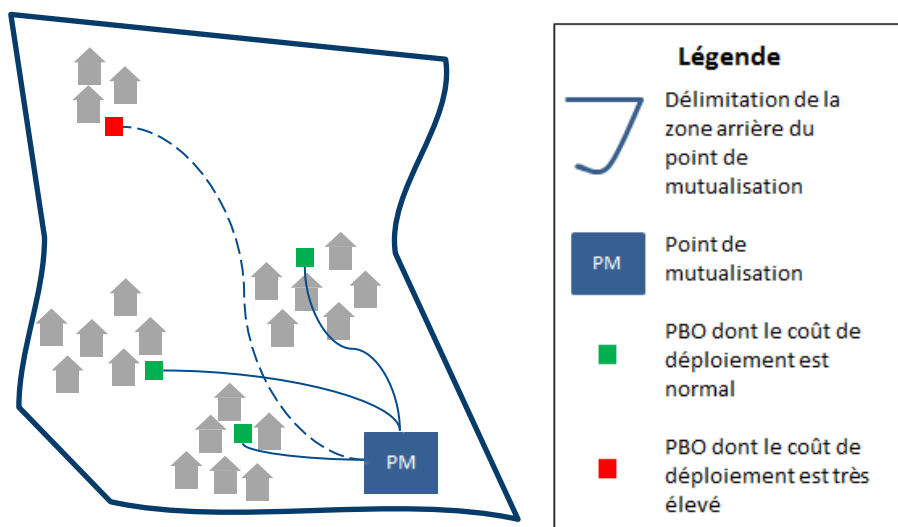


Schéma d'une zone arrière de point de mutualisation comprenant des lignes très coûteuses

Dans le schéma ci-dessus, la présence de lignes très coûteuses (PBO rouge) au sein de la ZAPM pourrait dissuader l'opérateur de déployer les autres PBO de la ZAPM (PBO verts), et donc *in fine* l'ensemble de la ZAPM, au tarif de gros forfaitaire péréqué habituellement proposé sur le marché s'il était contraint de déployer ces lignes à ce tarif forfaitaire et qu'il lui était impossible de recourir à une forme de tarification différenciée pour ces lignes coûteuses.

Dès lors, la possibilité de recourir, pour un nombre limité de lignes, à une tarification spécifique couplée au mécanisme de « raccordable sur demande » apparaît comme un moyen de déployer la fibre et donner accès à la quasi-totalité des lignes aux tarifs habituels constatés en dehors des zones très denses.

c) L'analyse de l'Autorité

Au regard de l'importance de la règle de complétude des déploiements, l'introduction d'une pratique différente de la pratique habituelle du marché doit être examinée avec une grande précaution. L'Autorité estime toutefois que les spécificités des zones couvertes par certains AMEL peuvent néanmoins justifier certaines différences.

En effet, l'habitat dans les zones concernées par des AMEL étant globalement plus difficile d'accès et pouvant être plus dispersé que celui de la zone AMII, la possibilité de recourir à un traitement spécifique pour certaines lignes très coûteuses peut paraître pertinente, en particulier lorsqu'elle permet de donner accès à la quasi-totalité des locaux aux tarifs habituellement constatés en zone AMII (et en zone RIP), alors que cela ne serait pas possible sans. Néanmoins, ce mérite serait perdu si le nombre de lignes concernées par ce traitement spécifique s'avérait trop important. Par ailleurs, il convient d'identifier ces locaux dès la consultation préalable pour octroyer une visibilité adéquate aux opérateurs commerciaux.

Pour ces raisons, l'Arcep estime que le report de la pose du PBO jusqu'à une demande de pose qui soit assortie du paiement d'un tarif couvrant les coûts spécifiques de pose du PBO concerné peut être envisagé, sous réserve que les conditions suivantes soient remplies :

- i. un tel report devrait être limité aux seules lignes dont les coûts par local sont supérieurs à un coût particulièrement important ;
- ii. un tel report devrait être limité en nombre absolu de lignes, en proportion du nombre de locaux concernés par le déploiement ;
- iii. l'obligation de rendre le local « raccordable » devrait être honorée dès lors qu'une demande est formulée et financée, *a priori* dans un délai maximum de 6 mois après cette commande ;
- iv. les locaux concernés devraient être désignés et annoncés dès la consultation préalable aux déploiements et identifiés dans les informations interopérateurs ;
- v. le tarif proposé devrait refléter les coûts ;
- vi. enfin, si l'économie du projet le permet, tout ou partie des locaux concernés devrait progressivement être réintégré dans le tarif forfaitaire standard.

Au cas d'espèce, la proposition d'engagement d'Altitude Infrastructure THD, qui, en particulier, établit un seuil de coût de 5000 € par local et limite en tout état de cause le volume des lignes concernées à 4 % du volume total, vérifie les conditions exposées ci-dessus. L'Autorité estime donc que la proposition d'Altitude peut être acceptée dans son principe.

L'Autorité a demandé à Altitude Infrastructure THD communication du projet d'offre d'accès complet prévoyant les conditions contractuelles et tarifaires associées à ces « cas exceptionnels ». Altitude Infrastructure THD a transmis à l'Autorité, par courrier en date du 15 mars 2019, un projet de grille tarifaire concernant le traitement des lignes dites « cas exceptionnels » et « raccordements longs », qui présente les grandes lignes des modalités de tarification envisagées. En l'état, celles-ci n'appellent pas d'observation de la part de l'Autorité. Néanmoins, les premiers éléments transmis ne

comportent pas le détail des stipulations contractuelles qui seraient envisagées. Aussi, l'Arcep invite le ministre chargé des communications électroniques à demander à Altitude Infrastructure THD de communiquer, au Gouvernement et à l'Arcep, le projet complet de stipulations contractuelles afférentes cohérentes avec l'engagement avant d'accepter ou non ses engagements.

4.1.2 Les « raccordements longs » (segment PBO-DTlo)

Sur le segment du raccordement final situé entre le PBO et le dispositif de terminaison intérieur optique (DTlo), Altitude Infrastructure THD prévoit dans sa proposition d'engagement de créer une catégorie de « raccordement longs », définis comme étant « *un raccordement final pour lequel l'éloignement entre le PBO et la limite du domaine privé est supérieur à 100 mètres* » et limités à « *8 % des Locaux au global et 20 % au maximum par point de mutualisation* ».

Ces « raccordements longs » « *pourront être traités au travers d'une tarification différenciée en cas de demande par un opérateur commercial. Cette tarification sera orientée vers les coûts. Les lignes concernées par ce dispositif seront clairement identifiées vis-à-vis des tiers.* »

Ce taux de 8% a retenu l'attention de l'Autorité, en ce qu'il peut apparaître élevé. Dans un premier temps, l'Autorité tient à rappeler qu'il appartiendra à Altitude Infrastructure THD de respecter sa recommandation du 7 décembre 2015, qui s'applique en parallèle des obligations qui seront le cas échéant issues des engagements proposés et qui indique que « *dans le cas où les câbles de raccordement final d'un groupe de trois logements ou plus devraient cheminer en parallèle sur plus de 100 mètres, il serait préférable de poser un PBO supplémentaire, plus proche des logements, de manière à supprimer le cheminement en parallèle des câbles de raccordement final.* »

Il conviendra également que les modalités tarifaires de l'offre d'accès aux lignes qu'Altitude Infrastructure THD a prévues de déployer dans le cadre de l'AMEL soient transparentes, en limitant le recours à toute forme de tarification n'offrant pas une visibilité adéquate aux opérateurs commerciaux. La recommandation du 7 décembre 2015 indique en effet, à propos du raccordement final, que : « *si la facturation ponctuelle de prestation sur devis ne semble pas problématique en tant que telle, l'Autorité estime que le recours trop fréquent à cette pratique irait à l'encontre du principe de transparence prévu par l'article L. 34-8-3* ».

Or Altitude Infrastructure THD, tout en indiquant dans son courrier en date du 15 mars 2019 que les modalités tarifaires relatives à la catégorie de « raccordements longs » seront « sur devis » seulement pour certaines situations exceptionnelles, ne précise pas le niveau des tarifs prévus et les stipulations contractuelles afférentes. L'Arcep invite le ministre chargé des communications électroniques à demander à Altitude Infrastructure THD de communiquer, au Gouvernement et à l'Arcep, les stipulations contractuelles afférentes cohérentes avec l'engagement avant d'accepter ou non les engagements.

4.1.3 Les conditions de renouvellement des droits d'usage pérenne

L'offre d'accès type du groupe Altitude Infrastructure THD prévoit l'octroi de droits d'usage de 60 ans renouvelables par période quinquennale après les 20 premières années. L'Arcep note que cette offre prévoit des conditions tarifaires différentes pour les opérateurs commerciaux selon qu'ils souscrivent des tranches de cofinancement au cours des cinq premières années du réseau ou après la cinquième année. L'Autorité s'interroge sur les conditions tarifaires attachées au renouvellement des droits d'usage, en ce qu'elles pourraient induire une différence de traitement entre les opérateurs cofinanceurs.

L'Autorité a donc demandé à Altitude Infrastructure THD dans quelle mesure l'équilibre du plan d'affaires de son projet reposait sur des revenus attachés au renouvellement de droits d'usage conférés après la cinquième année. Altitude Infrastructure THD a indiqué à cet égard dans un courrier en date du 15 mars 2019 que « *les revenus complémentaires applicables au renouvellement*

des droits d'usages pour les opérateurs commerciaux cofinanceurs après le pic ex post ne constituent pas un élément essentiel au plan d'affaires d'Altitude Infrastructure ». Ainsi, la modification éventuelle des conditions tarifaires sur ce point ne porterait pas atteinte au plan d'affaires présenté par Altitude Infrastructure THD et donc *in fine* à la crédibilité du projet d'Altitude Infrastructure THD et de sa proposition d'engagements.

4.2 La crédibilité de l'engagement

4.2.1 La création d'une société *ad hoc* pour exécuter l'engagement

Dans son courrier d'engagement, Altitude Infrastructure THD prévoit de recourir à une société *ad hoc* créée dans le but exclusif d'exécuter les engagements, dans le cas où ils seraient acceptés par le Gouvernement :

« Altitude Infrastructure créera une société ad hoc (entité légale qu'il contrôle directement ou indirectement au sens des articles L.233-1 du Code de commerce) dédiée à la conception, à la construction et au financement du réseau et à laquelle sera automatiquement transféré le présent engagement dans son intégralité et sans exception. Cette substitution emporte transfert à la société ad hoc de l'ensemble des actes passés, prestations réalisées et contrats conclus par Altitude Infrastructure THD pendant la période comprise entre la date d'entrée en vigueur de l'engagement et la date de substitution, ainsi que des responsabilités en découlant. Cette substitution se matérialisera par l'envoi d'un courrier au Premier Ministre ou au Ministre chargé des communications électroniques précisant que la société ad hoc s'oblige irrévocablement et inconditionnellement à reprendre l'intégralité des obligations d'Altitude Infrastructure THD résultant du présent engagement L.33-13.

[...] Pour garantir la solvabilité de la société ad hoc et protéger l'Etat contre une défaillance de celle-ci, Altitude Infrastructure THD s'engage à détenir le contrôle de la société ad hoc de manière directe ou indirecte au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce durant toute la période de construction du réseau FttH. »

Altitude Infrastructure THD propose également d'assortir son engagement d'une garantie financière qui prend la forme d'un cautionnement solidaire :

« le présent engagement est par ailleurs accompagné d'un cautionnement solidaire de la société Altitude Infrastructure THD, présentée en annexe 3, à hauteur de [SDA] euros, qui pourra être sollicitée pour le paiement de toute sanction qui ne serait pas honorée par la société ad hoc, ou en cas de dissolution de cette dernière sans que les engagements souscrits dans le cadre du présent courrier n'aient été transférés au préalable en accord avec le paragraphe précédent »

Le transfert d'engagement à une société de projet dédiée suppose de s'assurer de la capacité financière de la société de projet à faire face aux conséquences des engagements souscrits. À titre d'illustration, il convient d'éviter que le montage juridique retenu pour la société de projet ne puisse lui permettre renoncer au projet et à ses engagements sans conséquence financière pour elle ou ses actionnaires.

Il revient au Gouvernement d'apprécier la pertinence et le caractère satisfaisant des garanties fournies par Altitude Infrastructure THD au regard des engagements proposés, assurant, *in fine*, à l'Arcep de pouvoir exercer un contrôle effectif du respect des engagements pris.

4.2.2 La clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession de l'engagement

Altitude Infrastructure THD prévoit une procédure à suivre dans le cas où elle souhaiterait céder le réseau qu'elle propose de déployer ou bien l'engagement pris au titre de l'article L. 33-13 du CPCE :

« En cas de cession de l'engagement L.33-13 ou du réseau, et à l'exception d'une cession à une société qu'Altitude Infrastructure THD contrôle directement ou indirectement au sens des articles L.233-1 du Code de commerce, le cédant s'engage à saisir le ministre chargé des communications électroniques, conjointement avec le cessionnaire pressenti, pour demander le transfert de l'ensemble du présent engagement.

« L'Etat vérifie alors si le cessionnaire présente bien toutes les garanties professionnelles et financières pour assurer la réalisation des engagements. En cas de refus d'agrément la cession, l'Etat devra dûment motiver sa décision. En cas d'acceptation, le cédant est libéré de l'exécution de son engagement à compter de l'arrêté du ministre chargé des communications électroniques portant acceptation du transfert de l'engagement au titre de l'article L.33-13 du CPCE. »

Il semble naturel Altitude Infrastructure THD puisse vouloir céder à un tiers le réseau déployé. L'Autorité rappelle néanmoins le caractère *intuitu personae* d'un engagement pris au titre de l'article L.33-13 du CPCE auprès du ministre chargé des communications électroniques. Le transfert d'engagements qui ont été souscrits nominativement par une société n'apparaît ainsi envisageable et juridiquement possible que sous la condition d'un accord du ministre qui a accepté l'engagement initial, et supposera un nouvel avis de l'Autorité.

En particulier, dans le cas où un transfert de l'engagement serait demandé, il appartiendra bien au Gouvernement et à l'Arcep d'apprécier « toutes les garanties professionnelles et financières » du cessionnaire proposé et au Gouvernement, *in fine*, d'accepter ou de refuser la cession de l'engagement.

4.3 La clause de sortie des engagements

Altitude Infrastructure THD introduit dans son courrier une clause détaillant les modalités lui permettant de demander à l'État de se voir délier de ses engagements en cas de « *circonstance particulière venant dégrader de façon substantiellement négative le plan d'affaire, comme par exemple [une] modification du cadre législatif et réglementaire précisé ci-dessus ou [un] déploiement de FTTH de la part d'un opérateur tiers sur la zone concernée par les présents engagements* ».

Altitude Infrastructure THD prévoit également un protocole pour demander une modification de ses engagements.⁶

Il semble naturel que dans le cadre de ses engagements Altitude Infrastructure THD souhaite se prémunir d'aléas imprévisibles. Dans ces conditions, il appartiendra au Gouvernement et à l'Arcep d'apprécier l'existence de conséquences substantiellement négatives sur le plan d'affaires d'Altitude Infrastructure THD et avant toute modification éventuelle des engagements.

⁶ Le courrier d'engagement d'Altitude Infrastructure THD prévoit à cet égard que :

« Les modifications précitées ouvrent droit pour Altitude Infrastructure THD de demander la tenue d'une réunion au cours de laquelle Altitude Infrastructure THD présenterait à des représentants du Gouvernement et de l'Arcep les raisons qui conduisent à envisager de reconsidérer tout ou partie des engagements ici proposés à l'aune de l'impact sur son plan d'affaires de cette modification. Cette réunion devra se tenir au plus tard trente (30) jours suivant le jour de la formulation par Altitude Infrastructure THD d'une telle demande. Au plus tard dans les deux (2) mois suivant la demande de convocation de ladite réunion, Altitude Infrastructure THD se réserve le droit de reconsidérer tout ou partie des susdits engagements dès lors qu'elle aura démontré l'impact substantiel sur son plan d'affaires desdites modifications.

En cas de survenance d'une circonstance singulière venant dégrader de façon substantiellement négative son plan d'affaires et le conduisant à demander la révision de ses engagements, selon la procédure susmentionnée, AI THD s'engage à produire toutes les justifications permettant de démontrer qu'il a fait toute diligence pour remplir ses engagements. »

En tout état de cause, il est utile de noter que le cadre législatif et réglementaire a vocation à se préciser et pourra donc évoluer, notamment à la suite de la transposition en droit français du cadre européen. Par ailleurs, l'Arcep peut être amenée à préciser l'application du cadre réglementaire en vigueur, notamment par des recommandations ou à se prononcer, lorsqu'elle est saisie, dans le cadre de décisions de règlement de différend au titre de l'article L. 36-8 du CPCE.

4.4 Le suivi de la réalisation des déploiements

Comme détaillé en section 3.2, les engagements proposés par Altitude Infrastructure THD consistent à rendre « raccordables » ou « raccordables sur demande » les locaux de la zone AMEL de la Côte-d'Or, soit près de 57 000 locaux d'après Altitude Infrastructure THD, d'ici fin 2022, c'est-à-dire en l'espace de plus de trois ans.

Il doit être souligné qu'en l'absence d'un ou plusieurs jalons intermédiaires juridiquement opposables, l'Arcep ne sera en mesure de constater d'éventuels manquements d'Altitude Infrastructure THD à son engagement en Côte-d'Or qu'à partir du moment où il pourra être constaté un risque caractérisé que l'opérateur ne respecte pas à l'échéance prévue les obligations qui découlent de son engagement.

Ainsi, si l'Arcep restera attentive au rythme des déploiements d'Altitude Infrastructure THD en Côte-d'Or tout au long de la durée de son engagement, elle ne pourra véritablement apprécier la capacité de l'opérateur à respecter les délais de ses engagements qu'à l'approche de l'échéance.

4.5 La déclinaison locale des engagements

Dans son courrier en date du 11 mars, le Conseil départemental de la Côte-d'Or indique qu'une convention de programmation et de suivi des déploiements pourrait être signée avec Altitude Infrastructure THD pour encadrer localement ses déploiements dans le cas où le Gouvernement les accepterait.

L'Arcep se félicite que les engagements d'Altitude Infrastructure THD, en cas d'acceptation par le Gouvernement, puissent être déclinés au niveau communal dans une convention de déploiements FttH en zone AMEL liant le Département, l'État et l'opérateur Altitude Infrastructure THD. Une telle convention permettrait d'informer localement les collectivités et les représentants de l'État du déploiement des réseaux FttH. Le contrôle de l'Arcep, quant à lui, s'effectuera sur le périmètre géographique global des communes pour lequel Altitude Infrastructure THD propose des engagements : c'est-à-dire que l'Autorité appréciera l'atteinte des taux de 100 % de locaux « raccordables » ou « raccordables sur demande », dont au plus 4 % de « raccordables sur demande » pour le périmètre géographique de ces engagements dans son ensemble.

Le Conseil départemental de la Côte-d'Or a indiqué dans le courrier susvisé qu'une « *convention à conclure entre le Conseil Départemental et l'opérateur définissant les modalités plus opérationnelles du partenariat [...] pourrait prévoir des pénalités à verser au Conseil Départemental en cas de non remise des études selon le planning annoncé* ». Un tel contrôle contractuel viendrait s'ajouter au contrôle de l'Autorité. Il est important de veiller à la bonne articulation entre ces deux mécanismes, leur coexistence pouvant causer des ambiguïtés. Le mécanisme tel qu'il est envisagé ici, portant uniquement sur les délais de livraisons de documents administratifs, ne semble néanmoins *a priori* pas présenter un risque de doublon avec les pouvoirs de l'Autorité de contrôle du respect des engagements et de sanction des manquements constatés prévus à l'article L. 33-13 du CPCE.

Conclusion

Altitude Infrastructure THD propose de prendre des engagements juridiquement opposables relatifs à ses ambitions de couverture FttH en dehors des zones très denses, qui le conduiraient à rendre 100 % des locaux de la zone AMEL de la Côte-d'Or, telle que définie plus haut et inscrite dans un périmètre comprenant 248 communes, « raccordables » ou « raccordables sur demande » en FttH à fin 2022, avec moins de 4 % de locaux « raccordables sur demande » (devant être rendus « raccordables » dans un délai de 6 mois après une demande).

À la suite de l'étude des engagements proposés, l'Autorité porte un avis positif sur la proposition d'engagements au titre de l'article L. 33-13 du CPCE de la société Altitude Infrastructure THD.

Néanmoins, l'Autorité formule plusieurs observations, portant principalement sur :

- le périmètre géographique des engagements ;
- les conditions d'accès liées au traitement spécifique des lignes très coûteuses et les modalités contractuelles dudit traitement ;
- la formulation de la clause de sortie ;
- la clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession ;
- la déclinaison locale des engagements.

Concernant le périmètre géographique des déploiements et le traitement spécifique des lignes très coûteuses, l'Arcep invite le ministre à demander, avant qu'il ne décide d'accepter la proposition d'engagements et de les rendre opposables :

- au Conseil départemental de la Côte-d'Or et à Altitude infrastructure THD de communiquer la délimitation finalisée de leurs déploiements respectifs à l'échelle infra-communale, et l'incorporation de celle-ci dans l'engagement d'Altitude Infrastructure THD pour les déploiements qui le concernent ;
- à Altitude Infrastructure THD de transmettre au Gouvernement et à l'Arcep les modalités contractuelles précises relatives aux catégories « cas exceptionnels » et « raccordements longs » identifiées dans son courrier d'engagements.

L'Autorité restera donc, dans l'hypothèse où le ministre accepterait ces propositions d'engagements, très vigilante quant à leur réalisation.

Fait à Paris, le 19 mars 2019

Le Président

Sébastien SORIANO