

Avis n° 2019-0635
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 23 avril 2019
rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques
portant sur la proposition d'engagements de SFR dans les départements des
Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône au titre de
l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

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

Vu la directive 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 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 7 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 de SFR en date du 13 février 2019, et de la présidente du syndicat mixte ouvert Sud Très Haut Débit, en date du 19 février 2019, annexés au courrier de M. Thomas Courbe, directeur général des entreprises, en date du 4 mars 2019, et actualisé par un courrier en date du 8 avril 2019, par lequel le Gouvernement saisit l’Arcep d’une demande d’avis sur les engagements proposés par l’opérateur SFR au titre de l’article L. 33-13 du CPCE,

Vu le courrier du syndicat mixte Sud Très Haut Débit, en date du 21 mars 2019, répondant au courrier de la directrice générale de l’Arcep en date du 14 mars 2019,

Vu les courriers de SFR en date du 3 avril 2019, répondant au courrier de la directrice générale de l’Arcep en date du 14 mars 2019,

Après en avoir délibéré le 23 avril 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 Gouvernement a, par un courrier du directeur général des entreprises en date du 4 mars 2019, saisi l’Arcep d’une demande d’avis sur la proposition d’engagements de la société SFR sur la zone d’initiative publique des départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône.

Le cadre législatif et réglementaire s’appliquant au déploiement de réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu’à l’abonné est rappelé en annexe 4.

Le présent avis de l'Arcep décrit les principales caractéristiques des engagements proposés par SFR (l'étendue de son périmètre et l'échéance ferme proposée) avant de formuler des observations sur trois points : l'offre d'accès associée à l'engagement, la clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession et la clause de sortie des engagements.

2 Les engagements proposés par SFR

Chacun des départements concernés par la proposition d'engagements de SFR est partagé, en dehors des zones très denses¹, entre une zone d'initiative privée, constituée des communes sur lesquelles un opérateur privé est engagé au titre de l'article L. 33-13 du CPCE à la suite des arrêtés 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. La proposition d'engagements de SFR concerne l'intégralité des locaux³ de la zone d'initiative publique de chacun des trois départements.

Le tableau suivant présente une synthèse des différentes zones susmentionnées pour chacun des départements selon les données de l'Arcep :

	Alpes-de-Haute-Provence	Hautes-Alpes	Bouches-du-Rhône
Nombre de communes des zones moins denses d'initiative privée	11	1	94
Nombre de locaux des zones moins denses d'initiative privée	34 000	24 000	550 000
Nombre de communes de la zone d'initiative publique	187	162	24
Nombre de locaux dans la zone d'initiative publique	97 000	116 000	51 000

Dans son courrier en date du 13 février 2019 (ci-après « le courrier d'engagement »), SFR 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 » à la fibre jusqu'à l'abonné (FttH – *Fibre to the Home*), avec les volumes annuels de locaux rendus « raccordables » suivants :

- 55 783 locaux cumulés d'ici fin 2019
- 143 477 locaux cumulés d'ici fin 2020
- 230 759 locaux cumulés d'ici fin 2021
- 100 % des locaux du périmètre de l'engagement d'ici fin 2022.

¹ La commune de Marseille est la seule commune des départements concernés appartenant aux zones très denses et n'est donc pas comptabilisée dans le tableau ci-après.

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

³ Dans l'ensemble du présent avis, le terme « locaux » désigne les logements et locaux à usage professionnel

La proposition d'engagements de SFR prévoit en outre la « reprise de 5 141 prises réalisées sous maîtrise d'ouvrage du Syndicat mixte en 2018 ». Le détail des engagements proposés par SFR est repris en annexe 1 du présent avis.

Par ailleurs, SFR mentionne dans son courrier d'engagement « son souhait de formaliser l'ensemble de ces modalités de partenariat en concluant avec le Syndicat Mixte Sud THD et les collectivités membres une Convention pour chaque département ». L'Arcep se félicite que les engagements de SFR, 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 SFR. 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 SFR propose des engagements : l'Autorité appréciera l'atteinte des échéances intermédiaires annuelles et du respect de l'échéance finale portant sur un taux de 100 % de locaux « raccordables » pour le périmètre géographique de ces engagements dans son ensemble, c'est-à-dire à l'échelle des trois départements concernés.

Les principaux aspects des engagements proposés par SFR sont examinés ci-après.

2.1 Périmètre géographique des engagements

Le périmètre géographique de la proposition d'engagement, tel qu'actualisé dans le courrier de saisine rectificative du directeur général des entreprises en date du 8 avril 2019, est constitué par une liste de 378 « codes communes » de l'Insee, répartis sur les trois départements⁴.

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 378 communes présentes dans la proposition d'engagements de SFR totalisent environ 264 000 locaux. SFR estime pour sa part dans son courrier d'engagement à près de 304 000 le nombre de locaux objets de sa proposition. Si les deux estimations diffèrent, l'échéance finale proposée par SFR porte bien sur l'intégralité des locaux la zone d'initiative publique.

Les locaux objets de la proposition d'engagement de SFR, qui couvre l'ensemble de la zone d'initiative publique des trois départements, représentent environ 23 % du nombre total de locaux de ces départements.

2.2 Des engagements pluriannuels à échéance fin 2022

SFR s'engage, de façon ferme, pour l'ensemble du périmètre géographique de sa proposition d'engagement décrite ci-dessus (cf. section 2.1), sur un échéancier pluriannuel :

- trois échéances intermédiaires juridiquement opposables à fin 2019, fin 2020 et fin 2021 à la date desquelles SFR s'engage à avoir rendu « raccordables » respectivement 55 783, 143 477 et 230 759 locaux (en cumulé) ;
- une échéance finale juridiquement opposable à fin 2022, à la date de laquelle SFR s'engage à avoir rendu « raccordables » l'intégralité des locaux des communes précisées ci-avant.

⁴ Ce sont les communes situées dans la zone d'initiative publique des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône et décomptées dans le tableau précédent (section 2). Les « codes communes » de l'Insee fournies par SFR n'étant pas à jour, 6 communes figurant dans la liste des communes de SFR n'existent plus en tant que telles en raison de fusions administratives : Antonaves (ancien code commune : 05005), Châteauneuf-de-Chabre (05034), Les Costes (05043), Montmorin (05088), Saint-Eusèbe-en-Champsaur (05141) et Sainte-Marie (05150).

Cet engagement doit permettre à l'ensemble des habitants du périmètre géographique défini par SFR d'être éligibles au FttH fin 2022. L'Autorité note également que SFR ne prévoit pas de recourir au mécanisme de « raccordable sur demande », et *a fortiori* au couplage de ce mécanisme avec une tarification spécifique, comme d'autres opérateurs ont pu le faire dans le cadre de projets d'AMEL. L'absence de recours à un tel mécanisme permet d'assurer, en cas d'acceptation des engagements par le ministre chargé des communications électroniques, un déploiement rapide et équilibré du FttH dans le périmètre du projet.

3 Les observations de l'Arcep sur la proposition d'engagements de SFR

Comme vu précédemment, SFR propose de prendre des engagements opposables pluriannuels avec pour objectif final 100 % des locaux « raccordables » en FttH à fin 2022 sur le périmètre « AMEL » des départements des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône, 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.

La proposition d'engagements de SFR appelle les observations suivantes de la part de l'Autorité.

3.1 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.

3.1.1 Les conditions tarifaires associées à l'engagement

En l'espèce, SFR renvoie, à titre indicatif et en annexe de son courrier d'engagement, à son offre de référence en dehors des zones très denses en vigueur. SFR proposera dans la zone AMEL des départements concernés des conditions d'accès identiques à celles qu'il propose en zone AMII. Les principales conditions tarifaires de cette offre sont rappelées en annexe 2 du présent avis.

SFR introduit, sur le 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, une catégorie de lignes dénommées « raccordements longs », examinée dans la section qui suit (cf. point 3.1.2).

En dehors de ces « raccordements longs », l'offre d'accès proposée par SFR permettra ainsi aux opérateurs commerciaux de retrouver dans cette zone AMEL les mêmes conditions d'accès que celles qu'ils connaissent ailleurs sur le territoire, tant en zone AMII que sur les réseaux d'initiative publique.

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.

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

Sur le segment du raccordement final situé entre le PBO et le dispositif de terminaison intérieur optique (DTlo), SFR prévoit dans sa proposition d'engagement de créer une catégorie de « raccordements longs », qu'elle définit comme étant un « *raccordement de plus de 150 mètres de la parcelle privative* » et limités à « *8 % [...] à la maille SRO sur les 3 départements et [à] un maximum de 4 % à la maille départementale des Bouches-du-Rhône* ».

Le 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 SFR 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.* »

Par ailleurs, SFR indique dans son courrier d'engagement que la tarification de ces « raccordements longs » s'effectuera « sur devis » et que « la réalisation des devis devant refléter les coûts ». Dans son courrier en date du 3 avril 2019, SFR précise, concernant son projet d'offre d'accès aux lignes FttH objets de sa proposition d'engagement, que « *l'offre de référence SFR FTTH a été mise à jour afin d'intégrer les raccordements « longs », raccordements à plus de 150 mètres de la parcelle privative.* » Dans sa recommandation du 7 décembre 2015, l'Autorité indique, 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* ». Aussi, il conviendra que, dans le cas où il identifierait un nombre important de « raccordements longs », SFR prévoi des modalités tarifaires associées suffisamment précises et transparentes, en limitant le recours à toute forme de tarification n'offrant pas une visibilité adéquate aux opérateurs commerciaux et, le cas échéant, en adaptant son offre d'accès en conséquence.

En outre, le syndicat mixte ouvert Sud THD a indiqué dans un courrier en date du 21 mars 2019 que SFR avait prévu, en dehors de sa proposition d'engagement au titre de l'article L. 33-13 du CPCE, et dans le cadre du projet de convention entre l'opérateur SFR et le syndicat mixte ouvert Sud THD, la Région Sud et les Départements, un « *engagement de réaliser les Raccordements longs au tarif des Raccordements standards pour ses clients grands publics* ». Si cette disposition est susceptible de créer une pression concurrentielle sur le marché de détail de nature à favoriser une absence de tarification spécifique des services FttH pour les locaux en « raccordement long », l'Autorité sera néanmoins vigilante à ce que n'émerge, sur le marché de gros, aucun mécanisme tarifaire ou non tarifaire concernant ces raccordements pouvant s'apparenter à des pratiques discriminatoires, par exemple de subventions croisées.

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

SFR 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 à une société tierce, le groupe Altice/SFR et ladite société tierce s'engagent à saisir le Ministre en charge des communications électroniques pour demander le transfert de ces engagements. En outre, dans le cas de la création d'une société de projet par le groupe ALTICE/SFR, les engagements de déploiement souscrits par la présente au titre de l'article L. 33-13 resteront opposables à Altice/SFR et ne seront donc pas transférés à ladite société de projet. »

Il semble naturel que SFR 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.

3.3 La clause de sortie des engagements

SFR introduit dans son courrier une clause détaillant les modalités lui permettant de demander à l'État de « *reconsidérer tout ou partie de ses engagements* » en cas d'« *impact substantiel sur son plan d'affaires* » d'une « *modification substantielle du cadre législatif et réglementaire* ».

SFR prévoit également un protocole pour demander une modification de ses engagements.⁶

Il semble naturel que dans le cadre de ses engagements SFR souhaite se prémunir d'aléas imprévisibles, comme c'est le cas pour ses engagements en zone AMII. Dans ces conditions, il appartiendra au Gouvernement et à l'Arcep d'apprécier l'existence de conséquences substantiellement négatives sur le plan d'affaires de SFR et avant toute modification éventuelle des 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.

⁶ Le courrier d'engagement de SFR prévoit à cet égard que :

« *Toute modification de ce cadre général ouvre droit pour Altice/SFR de demander, dans un délai de 2 mois suivant la modification ou son annonce, la tenue d'une réunion au cours de laquelle Altice/SFR présenterait au syndicat mixte Sud THD, aux collectivités membres de Sud THD et à des représentants du Gouvernement et de l'Arcep les raisons qui le 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 un mois suivant le jour de la demande par Altice/SFR. Au plus tard dans le mois suivant ladite réunion, Altice/SFR se réserve le droit de reconsidérer tout ou partie des susdits engagements dès lors qu'il aura démontré l'impact substantiel sur son plan d'affaires desdites modifications du cadre* ».

Conclusion

SFR 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 des Alpes-de-Haute-Provence, des Hautes-Alpes et des Bouches-du-Rhône, telle que définie plus haut et inscrite dans un périmètre comprenant 378 communes, « raccordables » en FttH à fin 2022, avec un échéancier pluriannuel juridiquement opposable.

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 SFR.

L'Autorité formule plusieurs observations, portant principalement sur :

- les conditions d'accès liées au traitement spécifique des « raccordements longs »;
- la formulation de la clause de sortie ;
- la clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession.

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

Fait à Paris, le 23 avril 2019

Le Président

Sébastien SORIANO