

Affaire suivie par : Jean-Louis CHAUVIN

Ligne directe : 09.71.16.60.23

Référence : JLC/CP

M. Sébastien SORIANO
Président
Autorité de Régulation des Communications
Electroniques et des Postes (ARCEP)
14 rue Gerty Archimède
75012 PARIS

Objet : consultation publique – projet d'évolution de la régulation pour 2020-2023 dans le cadre de la préparation des analyses de marchés fixes

Monsieur le Président,

Le Syndicat mixte Doubs Très Haut Débit, constitué du Département et de tous les EPCI du Doubs, est le porteur du projet très haut débit du Doubs depuis sa création par arrêté préfectoral en date du 27 février 2013.

En matière de fibrage du territoire de la zone d'initiative publique, le Syndicat assure la maîtrise d'ouvrage de la construction des Lignes FTTx, avec la mobilisation de marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux, et confie l'exploitation technique et commerciale desdites lignes dans le cadre d'une délégation de service public (DSP) prenant la forme d'une régie intéressée jusqu'en septembre 2021 à un opérateur de communications électroniques, en l'occurrence Altitude Infrastructure. Après septembre 2021, l'exploitation se fera sous forme d'affermage et la procédure d'attribution de la DSP est en cours.

A ce titre, les documents que l'Autorité a publiés le 7 février dernier n'ont pas manqué d'attirer notre attention quant à la prise en compte des réseaux d'initiative publique (RIP) au titre de la régulation.

Comme l'Autorité l'y invite, le Syndicat lui fait part ci-après de ses remarques sur les recommandations envisagées.

En particulier, l'article 6.2 du document Dispositions et recommandations envisagées par l'ARCEP précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique nécessite de rappeler le cadre auquel sont soumises les collectivités territoriales et leurs groupements qui portent des RIP.

Si le Syndicat, et les autres collectivités en général, comprennent bien l'intérêt d'assurer la pérennité des droits d'usage en cas de cession de tout ou partie d'un réseau FttH, celle-ci ne peut avoir lieu en violation des règles de la commande publique et de la domanialité publique qui s'imposent auxdites collectivités. Ce d'autant plus que le principe de continuité du service public règle en toutes hypothèses une partie des inquiétudes exprimées par l'Autorité et les opérateurs à l'article 6.2 précité.

Ainsi, le contrat d'accès de l'exploitation d'un RIP ne peut régler la question de la pérennité des droits d'usage, pour trois motifs :

- L'autorité délégante n'est nullement engagée par les clauses de l'offre d'accès puisqu'elle n'en est pas signataire ;
- Il ne pourrait aller autrement sans modification législative car l'article L. 3114-6 du Code de la commande publique ne permet pas au délégataire de fixer des conditions tarifaires d'accès au RIP plus longues que la durée du contrat de DSP dont il est titulaire. C'est là une différence fondamentale entre le droit de la commande publique et la décision 2020-1312 de l'Autorité ;
- Conformément à l'article L. 3132-3 du Code de la commande publique, seuls les baux et droits réels conclus avec l'autorisation du Délégrant constituent des accessoires à la Convention et seront, à l'issue de la durée de ladite Convention, transférés au Délégrant. Les droits d'usage pérennes n'étant pas des droits réels sur les RIP, le Délégrant ne saurait être engagé à reprendre des engagements souscrits par le Délégataire.

De plus, dans le cas de la cession précisément envisagé par l'ARCEP à l'article 6.2 précité, il convient de rappeler – sans nous prononcer sur le risque d'atteinte au principe constitutionnel du droit de propriété – que les RIP relèvent du domaine public des collectivités. Partant, pour pouvoir vendre les lignes FttH, avec ou sans les infrastructures d'accueil, il sera indispensable de mettre fin au préalable aux contrats conclus avec les opérateurs commerciaux, et donc à leurs droits sur le réseau, et ce qu'il s'agisse :

- d'une vente du réseau à une personne privée : un déclassement du RIP du domaine public sera indispensable et il ne pourra avoir lieu que si ledit RIP est désaffecté, c'est-à-dire n'est plus affecté au service public des communications électroniques. Il faut donc mettre fin aux services sur le RIP avant de pouvoir le déclasser puis le vendre ;
- d'une vente du RIP à une autre personne publique : une vente sans déclassement est possible entre personnes publiques, aux termes de l'article L.3112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, lorsque le RIP est nécessaire à l'exercice des compétences de la personne publique qui l'acquiert et est affecté à son domaine public. Cela implique toutefois nécessairement que le réseau vendu ne soit plus nécessaire à l'exercice des compétences de la personne publique cessionnaire et ne relève plus de son domaine public. Aucun droit ne peut donc être maintenu sur le RIP au jour de la cession.

Cependant, comme indiqué supra, les collectivités qui, à l'issue d'une délégation de service public, décideront de la renouveler, seront tenues par le principe de continuité du service public vis-à-vis des usagers. Sauf si elles décident de mettre fin au service public pour vendre le RIP, elles devront donc nécessairement assurer une pérennité des droits d'usage vis-à-vis des opérateurs « co-investisseurs » usagers dudit RIP.

Au-delà de ces enjeux de droit public, il me paraît important d'attirer l'attention de l'Autorité sur deux aspects qui, au contraire, bien que prévus dans les analyses de marchés fixes, ne ressortent pas des offres de référence des opérateurs de RIP :

- l'offre d'accès de certains opérateurs de RIP limite le pouvoir d'évolution unilatérale des tarifs aux seuls tarifs de cofinancement en cas de hausse exceptionnelle des coûts de construction alors que :
 - dans le cadre d'une décision de règlement des différends en date du 17 mai 2018 opposant la société Orange à la société Free, l'Autorité a jugé que la clause de modification unilatérale des tarifs figurant l'offre d'accès au réseau de la société Orange n'était pas illégale. Et cette clause concerne plusieurs tarifs ;
 - dans les documents mis en ligne par l'ARCEP le 7 février dernier au titre de la régulation des marchés fixes, le pouvoir de l'opérateur d'infrastructure de modifier tout tarif ne fait aucun débat dès lors que celui-ci respecte un préavis de trois mois (un mois en cas de baisse tarifaire) ;
 - il est admis par la jurisprudence administrative et 4° de l'article L. 6 du Code de la commande publique que l'autorité délégante possède un pouvoir de modification unilatérale des conventions de service public¹.

Si bien que, en cas d'évolution des lignes directrices tarifaires de l'Autorité sur une composante autre que le tarif de cofinancement (par exemple le tarif de raccordement final), l'opérateur de RIP ne peut répercuter cette évolution sur les opérateurs commerciaux, en méconnaissance des règles relatives aux aides d'Etat.

Il paraît indispensable que tous les opérateurs de RIP puissent disposer d'un pouvoir de modification unilatérale des tarifs, sous réserve des préavis évoqués par l'Autorité dans ses analyses de marché. Il serait utile à notre sens que l'Autorité notifie clairement ce point aux intéressés afin que certains acteurs cessent d'en faire inutilement un sujet dans les négociations OI / OC sur l'établissement des contrats d'accès ;

- D'autre part, l'offre d'accès de certains opérateurs de RIP prévoit de nombreuses prestations sur devis, en particulier pour les réinvestissements. Le Syndicat a bien noté la demande de l'Autorité à Orange dans ses analyses de marché que tous les tarifs soient inscrits dans les offres de référence et que les tarifs « sur devis » ne soient envisagés qu'à titre exceptionnel. Cette exigence nous paraît devoir être étendue aux opérateurs de RIP puisque toute condition tarifaire d'accès à un RIP doit, avant d'être validée par la collectivité, être notifiée à l'Autorité conformément à l'article L.1425-1-VI du Code général des collectivités territoriales. Le recours aux prestations sur devis n'apparaît pas compatible avec le respect de cet article.

Enfin, à titre connexe, **je m'inquiète du respect des règles en matière d'aides d'Etat du fait de certains montages commerciaux projetées sur les RIP qui conduiraient un opérateur commercial n'exerçant pas d'activité de FAI à revendre des accès à notre RIP à un tarif inférieur aux tarifs fixés par l'Autorité dans ses lignes directrices**. Nous souhaiterions disposer de l'analyse juridique de l'Autorité quant au fait que cette pratique ne soit pas contraire au point 78-h) des Lignes directrices de l'Union européenne² qui impose que les

¹ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178.

² Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'Etat dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (2023/C 25/01), JOUE 26 janvier 2013, C25/1.

tarifs d'accès aux réseaux subventionnés ne soient pas inférieurs aux tarifs fixés par le régulateur national.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération distinguée.

*Le Président du Syndicat Mixte
Doubs Très Haut Débit,*

Denis LEROUX

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'DL' with a stylized flourish.