



Réponse à la consultation sur les lignes directrices sur les aides d'état dans le domaine du déploiement de réseaux haut débit

Iliad souligne l'importance de ce document : si une jurisprudence communautaire s'est progressivement dégagée concernant la question des aides d'état dans les réseaux haut débit et, pour l'essentiel, porte sur des réseaux de « collecte », la question des réseaux de desserte, allant jusqu'au foyer ou dans l'entreprise, reste moins abordée. Elle est pourtant au cœur des problématiques posées par les réseaux dits de nouvelle génération (NGA), ou réseaux à très haut débit, qui visent à remplacer les câbles de cuivre des réseaux de télécommunications traditionnels, par de la fibre optique allant jusqu'à la prise dans les foyers ou les entreprises. Il s'agit bien ici d'établir des réseaux de desserte, qui nécessitent des investissements et travaux sans commune mesure avec les réseaux de collecte.

De tels réseaux constituent des actifs importants pour ceux qui les établissent, leur accès est un problème crucial dans la mesure où les investissements qu'ils nécessitent ne permettent pas une répliquabilité à grande échelle et que, si l'on veut préserver une concurrence entre opérateurs proposant l'accès et/ou des services très haut débit, encore faut-il que le ou, le cas échéant, les réseaux établis soient réellement accessibles dans des conditions rendant la concurrence effective.

Dans cette optique, le rôle des aides d'Etat doit être considéré en prenant en compte :

1. l'incitation qu'elles peuvent provoquer à l'établissement de tels réseaux
2. la nécessité que ces aides soient attribuées pour des réseaux réellement ouverts et dégroupables à l'ensemble des acteurs intéressés
3. le risque qu'elles font courir aux investisseurs privés, si elles perturbent la concurrence entre opérateurs de réseau (en aidant l'un plutôt que l'autre) ou si elles privilégient une infrastructure publique, même ouverte et dégroupable, au détriment de réseaux établis, en cours d'établissement ou prochainement installés par des opérateurs privés, dès lors que ceux-ci sont également ouverts et dégroupables. L'investissement public ne saurait détruire le privé.

L'observation de certains projets en France, à l'exemple de celui prévu sur le département des Hauts-de-Seine, met en évidence le danger que recèle le risque signalé en 3 : un projet de réseau public sur l'ensemble du département, souvent qualifié de « *département le plus riche de France* », avec aide publique au consortium privé à qui son établissement est confié, vient remettre en cause les investissements de plusieurs opérateurs privés et publics, détenteurs de réseaux NGA existants, en cours d'établissement ou en projet.

En prenant en considération ce dernier point et avant d'entrer dans le détail des Lignes Directrices, **il est essentiel de souligner l'importance de l'article 86, paragraphe 2 du traité CE, dans l'étude de la problématique des aides d'état, appliquées aux réseaux haut et très haut débit.** Cet article, relatif au service public et service d'intérêt général, peut,

suivant la manière dont il est appliqué, permettre de contourner les règles devant présider au fonctionnement de ces aides d'Etat, en faisant échapper le financement public de l'exécution d'un service public à l'application de l'article 87, paragraphe 1 du traité, qui est le socle de la réglementation en la matière.

Les Lignes Directrices reconnaissent implicitement ce danger en soulignant le fait que « *les Etats-membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'ils qualifient de service d'intérêt économique général ou de mission de service public* ». La Jurisprudence dite « Altmark¹ » a fixé les critères selon lesquels le financement de l'exécution d'un service public pouvait effectivement échapper à l'article 87. Cependant, ainsi que cela est souligné dans le (24) du présent document, la définition d'un SIEG ou d'un service public peut être remise en question en cas d'erreur manifeste, une telle erreur étant caractérisée pour les zones géographiques où les investisseurs privés « *ont déjà investi dans une infrastructure de réseau haut débit (ou sont en train d'étendre leur réseau d'infrastructure)* ».

Il nous semble important que cette analyse développée dans le cadre de la partie relative aux projets de haut débit, soit étendue aux réseaux NGA.

La problématique est en effet sensiblement la même pour les réseaux NGA, sachant que ceux-ci, contrairement aux réseaux haut débit désormais déjà bien développés, en sont encore à leur tout début ; **la question des aides publiques va sans doute connaître une importance autrement plus considérable pour ces réseaux**, eu égard aux investissements nécessaires, bien plus importants que pour le haut débit. Si l'on veut prévoir un cadre favorisant le développement des réseaux très haut débit mais aussi la concurrence entre les acteurs et susciter l'investissement des fonds privés, l'intervention publique, y compris dans sa partie financement, doit faire l'objet de règles claires, à l'application prévisible.

En conséquence, **il est important de réintroduire dans la troisième partie du document, le pendant du point 2.2.2. figurant dans la partie relative au haut débit, qui étudie l'articulation entre articles 86 et 87 du traité CE, afin de mieux surveiller les projets et financements publics de réseaux très haut débit dans un contexte où se développent parallèlement des projets privés, financés sans aide publique.**

Ce paragraphe doit affirmer les principes suivants :

- s'il appartient aux états-membres de définir ce qu'ils qualifient de SIEG ou de mission de service public, **de telles définitions ne doivent pas permettre de faire échapper les projets, auxquelles elles sont appliquées, à la réglementation sur les aides d'état** et donc à l'application de l'article 87 quand il y a erreur manifeste d'appréciation telle qu'elle est définie par la jurisprudence actuelle. Dès lors :
 - o qu'il y a une aide public apportée à un projet, que celui-ci soit réalisé par un acteur public, confié à un acteur privé via une délégation de service public ou tout autre forme de partenariat, ou bien qu'il soit privé avec apport public,
 - o qu'un réseau ou un projet de réseau privé à l'horizon des 5 prochaines années, ouvert et dégroupable, est identifié sur tout ou partie du territoire visé,il apparaît nécessaire que cette aide publique soit compatible avec l'article 87 et, respecte les présentes Lignes Directrices.

¹ Décision C-280/00

- Concernant les projets sur les zones mixtes, où coexistent zones noires, zones grises et/ou zones blanches, **toute aide publique doit être interdite dans les zones noires et tout projet public doit être scindé en deux projets distincts entre zones noires d'un côté, zones grises et blanches de l'autre.**

La question de l'intérêt des projets publics en zone noire reste posée. Sans remettre en cause le fondement de l'article 86 sur la liberté laissée aux états-membres de définir eux-mêmes les SIEG ou services publics qu'ils souhaitent instituer, il convient d'étudier dans ce cas avec la plus grande vigilance le maintien des règles d'une concurrence libre et non faussée pour les projets privés déployés ou devant l'être dans un futur proche, de manière à ce que l'argent public, particulièrement précieux en ces temps de crise, aillent là où il est réellement nécessaire.

Sur le co-investissement :

L'hypothèse du co-investissement entre plusieurs acteurs pour établir un réseau NGA est effectivement intéressante pour permettre de déployer des réseaux dans des zones moins rentables. Il est nécessaire que ces réseaux soient ouverts selon une architecture qui permette réellement leur ouverture : de ce point de vue, le point à point multifibre est le plus efficace.

Le co-investissement entre acteurs publics et privés doit également être possible. Dans cette perspective, la part publique doit pouvoir rester minoritaire ce qui n'est pas sans incidence sur le droit français où les entités publiques ne peuvent investir que comme actionnaire majoritaire dans une société dite d'économie mixte. Le capital d'une telle structure pourrait d'ailleurs évoluer dans le temps, avec l'entrée de nouvelles structures

Commentaires spécifiques sur les autres points abordés par le projet de Lignes Directrices

(27) sur les aides régionales : la notion de « distorsions inadmissibles de la concurrence » paraît très restrictive. Quelles sont les distorsions « admissibles » de la concurrence ? Il est proposé de supprimer le terme « inadmissibles ».

(29) dans les questions que la Commission doit se poser sur l'aide, il en est une supplémentaire à placer éventuellement dans le (b)

- l'aide a-t-elle des effets négatifs sur certains acteurs du marché ?

La question se pose avec une certaine acuité dans le contexte du dégroupage de la sous-boucle locale (ou au sous-répartiteur) qui en permettant de toucher de nouveaux abonnés, plus éloignés du répartiteur principal et ne pouvant jusqu'à présent bénéficier des offres dégroupées, peut couper l'accès dégroupé d'autres abonnés depuis le répartiteur principal, les obligeant pour continuer à bénéficier de telles offres de souscrire un abonnement auprès des opérateurs présents au sous-répartiteur. Or, les opérateurs ayant dégroupé le répartiteur principal, n'ont pas forcément intérêt à dégroupier un sous-répartiteur où le nombre d'abonnés potentiels ne rentabilisent pas les investissements nécessaires à dégroupier ce sous-répartiteur (frais de liaisons et d'équipements actifs supplémentaires). De fait, une aide publique locale, par exemple, qui viserait au dégroupage du sous-répartiteur, si elle a des effets négatifs pour la concurrence, ne devrait pas être possible, sauf à résoudre ces distorsions (financement de la ligne supplémentaire par exemple)

(37) sur les zones noires pour le haut débit : la première phrase semble indiquer qu'en présence d'un réseau câblé et d'un réseau télécom de l'opérateur historique, les deux fournissant « *des services de haut débit dans des conditions de pleine concurrence* » (ce que

l'on peut comprendre « *entre eux* »), il n'y a pas défaillance de marché sur une zone donnée. Ce n'est pas forcément le cas, souvent parce que le réseau câblé a une couverture imparfaite de la zone. En tout état de cause, il appartient aux ARN de conduire les analyses de marchés nécessaires qui peuvent faire apparaître des positions dominantes d'acteurs impliquant la mise en œuvre d'une réglementation *ex ante*. Sans doute, faudrait-il rajouter en début de paragraphe, un bout de phrase du type : « *sans préjuger des analyses de marché portant sur l'accès à la boucle locale – marché 4 et 5- menées par l'ARN* »

(45) f) : « l'accès en gros à une infrastructure subventionnée doit être offert pendant une période de 7 ans minimum. Cette condition n'est pas subordonnée à une analyse de marché préalable ». Sur le principe, la mesure est positive mais on peut se demander pourquoi fixer la limite de temps à 7 ans, sans autre précision. En toute logique, plus le subventionnement est important, plus cette obligation d'accès devrait s'inscrire dans la durée voire ne jamais cesser, 7 ans pouvant apparaître comme un minimum, pour un faible subventionnement. Il est donc proposé :

1. d'inscrire comme obligation sans limite de temps l'accès en gros à toute infrastructure subventionnée

2. à défaut, de fixer un plancher minimum de 7 ans pour un niveau de subvention faible, durée qui pourrait ensuite progresser, et ne plus être limitée dès lors que le subventionnement public est supérieur à 50% du coût et, dans les cas où une durée est instituée, de rappeler qu'au-delà de cette durée, l'accès en gros peut être prolongé dans le cadre d'une analyse de marché.

(48) Même si ces recommandations doivent être révisées d'ici trois ans, introduire des données quantitatives pour qualifier ce qu'est le très haut débit reste un exercice complexe. Il semble cependant nécessaire de créer une différence nette entre haut débit et NGA. De ce point de vue, les minimums de 40 Mbps par voie descendante et 15 Mbps par voie remontante pour la pose de fibres dans des armoires de rues existantes ou même de 50 Mbips en voie descendante pour le Docsis 3.0 (dont les capacités en voie remontante sont par ailleurs très inférieures), paraissent bas et à peine supérieures à celles de l'ADSL 2+. Dès lors, la différenciation sera également compliquée quant aux services proposés. Pour toutes ces raisons, il semble important de marquer une césure plus nette qui pourrait être, quelle que soit la technologie utilisée, l'accès au bout du réseau, dans le foyer ou en entreprise, à au moins 100 Mps en voie descendante, 50 Mps en voie remontante, pour caractériser le très haut débit. Ce point sera évidemment à reconsidérer lors de la révision prévue dans trois ans de ces Lignes Directrices.

(63) une durée de 5 ans paraît convenir pour qualifier la notion « d'avenir proche » pour considérer la réalité d'un projet avancé de réseau NGA en la présence duquel la zone considérée ne serait plus une zone blanche ou grise. Il serait opportun d'indiquer le point de départ permettant de considérer cette durée : utilement, ce point de départ pourrait être le jour où l'aide publique est notifiée à la Commission européenne. Par ailleurs, l'idée que le projet pris en considération porte sur une part substantielle du territoire, et pas forcément sur la totalité, est également positive, quitte alors à ce que le dossier soit reconfiguré sur la seule zone qui ne serait pas couverte par le dit projet.

(66) La prise en compte de l'existence de réseaux haut débits existants, apportant déjà des services substituables à ceux également véhiculés par les réseaux NGA justifient effectivement un examen approfondi de la Commission sur l'aide publique apportée à un NGA déployé sur de telles zones.

(72) et (73) Dans la même logique, l'existence d'au moins deux réseaux haut débits sur le territoire considéré, suffisent à caractériser une zone noire pour les réseaux NGA, dès lors que ces réseaux haut débit sont effectivement en situation d'être mis à niveau relativement facilement, sans préjudice pour autant de l'application des règles d'analyse de marché qui peuvent conduire à l'ouverture de ces réseaux à d'autres opérateurs.

(74) Il est effectivement très important que les aides d'état privilégient les réseaux disposant d'une architecture « multifibres » point à point ou une architecture qui peut être dégroupée. De ce point de vue, les architectures PON point-multipoints ou FTTB + terminaisons en cuivre, qui n'obéissent pas à ce critère, devraient être exclues. Les Lignes Directrices pourraient utilement préciser ce point.