



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 30.09.2009
C(2009) 7426 final

Objet : Aide d'Etat N 331/2008 – France
Compensation de charges pour une Délégation de Service Public (DSP) pour
l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très
haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine

Monsieur le ministre,

I. PROCEDURE

1. Par courrier en date du 27 juin 2008, les autorités françaises ont notifié le projet d'octroi à un groupement d'entreprises, choisi à l'issue d'une mise en concurrence, d'une compensation de charges de service public de €59 million pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau des communications électroniques à très haut débit (ci-après, projet THD 92) dans le Département des Hauts-de Seine. Le 15 juillet 2008, les autorités françaises ont déposé un complément à la notification susmentionnée.
2. En date du 22 juillet 2008, la Commission a reçu une contribution confidentielle de la part d'un opérateur des communications électroniques (ci-après, opérateur A) actif sur le territoire des Hauts-de-Seine selon lequel le projet THD 92 devrait être déclaré comme étant incompatible avec les dispositions de l'article 87§3 du traité.
3. Par courriers distincts, enregistrés le premier août 2008, deux opérateurs des réseaux et des services des communications électroniques (Colt, Free) ainsi que le syndicat intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication ("Sipperec") ont déposé des observations mettant en cause la compatibilité du projet THD 92 avec les règles des aides d'état. Par courrier en date du 22 septembre 2008, France Télécom, opérateur historique des communications électroniques, a également déposé des observations à l'égard de certains aspects du projet THD 92. Une version non-confidentielle desdites observations a été envoyée aux autorités françaises le 10 octobre 2008.

Son Excellence Monsieur Bernard KOUCHNER
Ministre des Affaires étrangères
37, Quai d'Orsay
F - 75007 – PARIS

4. Par courrier en date du 18 août 2008, des informations complémentaires ont été demandées aux autorités françaises. Après avoir demandé un premier délai de réponse le 8 septembre 2008, et de nouveau le 16 octobre 2008, afin de pouvoir prendre en considération les observations susmentionnées de France Télécom, les autorités françaises ont transmis les renseignements sollicités par courrier en date du 19 novembre 2008. Par courrier en date du 28 novembre 2008, les autorités françaises ont envoyé un complément au courrier précédant.
5. Par courrier du 21 novembre 2008 et 16 février 2009, Sipperec a déposé des observations supplémentaires sur certains aspects relatifs au déploiement du réseau THD 92.
6. Par courrier en date du 23 janvier 2009, la Commission a envoyé aux autorités françaises une demande supplémentaire d'information.
7. Par courrier en date du 6 février 2009, France Télécom a communiqué à la Commission ses prévisions pour le déploiement de son réseau à très haut débit aux Hauts-de-Seine.
8. Par différents courriers en date du 12 novembre 2008, 9 et 10 décembre 2008, 7 et 22 janvier 2009, 4 et 13 février 2009, 12 mars 2009, 26 mai 2009, 8 et 26 juin 2009, Free a exprimé son opposition au projet THD 92 en faisant valoir qu'il constitue une aide incompatible avec l'article 87.3(c) du Traité.
9. Ayant demandé l'octroi d'un délai de réponse par lettres en date du 27 février et 3 mars 2009, les autorités françaises ont soumis le 13 mars 2009 leurs réponses aux questions posées par la Commission dans son courrier susmentionné du 23 janvier 2009.
10. Par courrier en date du 29 mai 2009, la Commission a demandé aux autorités françaises de soumettre leurs observations éventuelles sur le courrier de Free du 26 mai 2009. Les autorités françaises ont déposé leurs observations par courrier en date du 17 juin 2009.
11. Par courrier en date du 13 juillet 2009, Colt a de nouveau demandé à la Commission de ne pas approuver le projet notifié.
12. Par courrier enregistré le 10 août 2009, les autorités françaises ont déposé un complément à leurs réponses précédentes.

II. DESCRIPTION DETAILLÉE DE LA MESURE

2.1 *La genèse du projet THD 92*

a. le Département des Hauts-de-Seine

13. Le Département des Hauts-de-Seine est une collectivité territoriale française qui recouvre la périphérie immédiate nord ouest - ouest - sud ouest de Paris. Il présente une superficie restreinte d'environ 176 km² et une densité élevée avec plus de 700 000 logements et 84 000 établissements y implantés. Sa population s'élève à près de 1,5 millions d'habitants, répartie dans 36 communes. Un grand nombre de sociétés françaises et internationales y sont présentes, notamment dans le quartier d'affaires de la Défense. Pour ces entreprises, y compris les PME qui sont dispersées dans tout le territoire du Département, la présence des infrastructures des communications électroniques constitue un vecteur important de croissance et de productivité.

14. Malgré ces atouts, le Département serait caractérisé par une hétérogénéité des caractéristiques aussi bien économiques, sociologiques, topographiques et infrastructurelles d'une commune à l'autre, qui, selon les autorités françaises, crée de véritables inégalités à l'échelle Départementale.¹

15. Pour faire face à ces disparités, le Département, dans le cadre de sa politique de cohésion et solidarité territoriale, dès 2004 a décidé de procéder au déploiement d'un réseau des communications électroniques à très haut débit (réseau en fibres optiques) afin d'offrir un socle pérenne en matière de technologies d'information et de communication, ces technologies ayant un poids économique déterminant pour le Département.

b. les initiatives de concertation publique

16. Depuis l'adoption le 21 juin 2004, de la loi sur la confiance dans l'économie numérique, les collectivités locales françaises disposent d'une nouvelle compétence leur permettant, dans le cadre d'un service public local, d'établir et d'exploiter des infrastructures et des réseaux de communications électroniques, instituée par l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après « CGCT »).

17. Selon les autorités françaises, les collectivités françaises ont déployé de nombreux réseaux d'initiative publique au cours des ces dernières années. Selon l'Autorité de régulation des communications et des postes (ci-après « l'ARCEP »), ces réseaux du fait qu'il ont été mis à la disposition d'opérateurs tiers, sont devenus un des principaux moteurs du dégroupage de la boucle locale métallique de France Télécom et un levier important d'investissement privé² ainsi qu'un vecteur de concurrence. Le réseau THD 92 se base également sur l'article L.1425-1 du CGCT.

18. Dans le cadre de l'examen de la compétence tirée de l'article L.1425-1, une large concertation avec les opérateurs concernés fût organisée par le Département préalablement à la rédaction de la convention relative au projet THD 92. Ainsi, une étude d'opportunité pour le déploiement d'une infrastructure en fibre optique a été réalisée en mars 2004 faisant état des lieux des réseaux présents sur le territoire Départemental permettant d'évaluer les potentiels et besoins liés aux sites publics, aux entreprises et aux particuliers. Une étude de faisabilité d'un projet de très haut débit a été ensuite engagée d'octobre 2004 à juin 2005, afin d'évaluer avec les acteurs du secteur leurs attentes en la matière. Il en a résulté que le projet devrait être construit autour des principes fondamentaux suivants: (i) limiter l'initiative publique à la seule desserte finale et non à la collecte Départementale, et (ii) cantonner l'intervention publique à une infrastructure passive et ouverte à tous les opérateurs visant prioritairement les besoins publics et s'élargissant aux entreprises et aux foyers. De plus, des rencontres et auditions ont eu lieu dans le cadre d'une consultation publique qui a été adressée à plus d'une trentaine d'acteurs, dont l'ensemble des fournisseurs d'accès internet, des opérateurs grands publics et des professionnels du secteur présents sur le territoire.

¹ En effet, si certaines des communes de la première couronne parisienne (Puteaux, Neuilly-sur-Seine, Puteaux, Levallois-Perret, Boulogne-Billancourt) sont densément peuplées et accueillent de nombreuses entreprises prospères, d'autres communes plus éloignées du territoire parisien restent à l'écart de ce dynamisme économique

² Ces réseaux ont généré plus de €1,717 milliard d'investissement, dont € 800 millions d'investissements privés.

19. Tous ces travaux ont abouti à un triple constat: (i) le développement des nouveaux usages provoquera une rupture technologique, (ii) les réseaux actuels de desserte ne seront pas capables de les fournir, et (iii) le marché ne supportera pas seul l'investissement en infrastructures indispensable pour construire une nouvelle boucle locale optique à l'échelle Départementale.
20. S'agissant en particulier de l'incapacité des réseaux existants à supporter cette évolution technologique, les autorités françaises soulignent que les infrastructures des boucles locales existantes révèlent leurs limites dès lors que les usages demandent davantage de capacités de transmission. Ainsi, ces infrastructures ne permettent que des débits asymétriques dans la majorité des cas, elles saturent en termes de débits offerts au fur et à mesure que la distance s'accroît entre le dernier nœud de raccordement au réseau et l'utilisateur final, et leurs capacités d'évolutions dans le temps sont plafonnées (quelques dizaines de Mégabit/sec sur une distance d'un kilomètre environ, sans changer de câblage).

c. la nécessité d'un déploiement d'une boucle locale optique

21. Pour remédier aux insuffisances techniques des réseaux métalliques existants, les autorités françaises soulignent que la technologie VDSL/VDSL2 pourrait être utilisée sur le réseau de l'opérateur historique en installant des DSLAM aux sous-répartiteurs³. Or, bien qu'adoptée par les opérateurs historiques néerlandais et allemands, la technologie VDSL a en revanche été écartée par les opérateurs français. En effet, compte tenu du faible nombre de sous-répartiteurs par nœud de raccordement d'abonnés (10 en moyenne en France, contre 40 et 17 en Allemagne et aux Pays-Bas), la longueur moyenne des lignes entre le sous-répartiteur et les abonnés est si importante que le gain potentiel en termes de débit d'un déploiement de DSLAM au sous-répartiteur ne justifie pas un tel investissement. Ainsi la mutation directe du marché urbain vers le FTTH (fibre to the home) constituerait la piste la plus probable pour des raisons technico-économiques propres au marché français.
22. Les autorités françaises expliquent ensuite que les réseaux présents dans les Hauts-de-Seine peuvent être classés en réseaux de collecte ("metropolitan area networks") et réseaux de desserte ("local loop"). Elles soulignent que le Département est déjà bien desservi par des réseaux de collecte, qu'ils soient d'initiative publique ou d'initiative privée.
23. Quant aux réseaux de desserte, à part les boucles locales métalliques déployées par France Télécom et Numericable lesquelles ne peuvent pas offrir les débits nécessaires au développement des usages du très haut débit, seuls quelques réseaux en fibre optique desservent les bâtiments d'utilisateurs en direct, ces derniers étant le plus souvent des prolongements capillaires des réseaux de collecte construits à la fin des années 90. Dans les Hauts-de-Seine, environ un millier d'immeubles de bureaux (les grands sièges d'entreprises et les très grands sites publics - quartier de la Défense) disposent d'un raccordement optique direct. A cet égard les autorités françaises soulignent que ces

³ Quant à la possibilité d'installer la technologie FTLA (Fibre to the last amplifier) sur les réseaux câblés, les autorités françaises ajoutent que le dégroupage du câble est techniquement compliqué, n'a jamais été mis en œuvre en Europe et n'est pas imposé par l'ARCEP; voir, "*Consultation publique de l'ARCEP relative à l'analyse du marché de gros des offres d'accès haut débit livrées au niveau infranational, décembre 2007*", p. 15 et s.

réseaux optiques ne sont pas conçus pour se substituer, à terme, à la boucle locale métallique et ne sont prolongés qu'en fonction des opportunités offertes par la demande des grands comptes. En outre, aucun de ces opérateurs n'envisage d'étendre de manière systématique son réseau à l'échelle Départementale.

d. les annonces d'investissement des opérateurs privés

24. D'après les autorités françaises, alors que la procédure d'attribution du contrat relatif au projet THD 92 était déjà lancée, deux opérateurs, Free et France Télécom, ont annoncé des déploiements de réseaux FTTH sur les Hauts-de-Seine. L'opérateur Free aurait annoncé dès septembre 2006, un ambitieux plan de déploiement à Paris et dans les Hauts-de-Seine. Or, depuis cette annonce, l'ambition de Free n'aurait sans cesse été revue à la baisse avec la volonté de se concentrer sur les quartiers les plus rentables et les plus faciles à fibrer rapidement.⁴ Quant aux annonces faites par France Télécom en novembre 2007, son réseau fibré dans les Hauts-de-Seine serait composé d'un total de 203 000 logements «adressables», 2550 abonnements souscrits et 900 clients effectivement raccordés.⁵
25. Au total, les annonces des opérateurs Free et France Télécom non seulement ne seraient pas suivies, mais elles seraient illustratives d'une politique sélective d'investissement directement liée à une rentabilité probable, ainsi qui serait d'ailleurs confirmé par des analyses approfondies menées par des cabinets d'experts pour le compte du Département.⁶ Face aux enjeux stratégiques induits par le développement du très haut débit pour l'aménagement de son territoire, le Département ne pourrait donc se contenter de perspectives incertaines variant au gré des stratégies commerciales et financière des opérateurs privés.
26. Selon les autorités françaises, le déploiement déséquilibré du territoire Départemental en matière de très haut débit semblerait d'ores et déjà acquis, et se traduirait par la coexistence à la fois des zones blanches, non couvertes ou très faiblement couvertes, d'une part, et des zones couvertes en «peau de léopard» avec de nombreux interstices non desservis, d'autre part. Le projet THD 92 serait conçu pour remédier précisément à ce déséquilibre.

2.2 Les objectifs du Projet THD 92

27. Les objectifs primordiaux du projet THD 92 sont au nombre des trois: (i) la couverture universelle du territoire, (ii) la neutralité technologique de l'infrastructure déployée, et (iii) la péréquation des prix pratiqués à l'échelle du Département.

La couverture universelle

28. Selon les autorités françaises, le projet THD 92 a pour objectif de couvrir, dans une période de 6 ans, la totalité du territoire Départemental par une infrastructure de desserte à très haut débit qui sera mise à disposition de tous les opérateurs dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, objectif qui tranche clairement avec la

⁴ Voir Annexe 1 à la notification, "Analyse de marché et pertinence du projet THD 92", *Rise Conseil*, p. 24 à 27.

⁵ Voir, Décision n°08-D-08 du Conseil de la concurrence du 12 février 2008 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles de type FTTH, p. 25.

⁶ Analyse et simulations effectuées par les cabinets "Rise" et "Tactis", annexes 1 et 8, respectivement, à la notification.

volonté des opérateurs de se concentrer sur les zones les plus denses du territoire en ignorant celles dans lesquelles un investissement similaire ne serait pas rentable. Le projet THD 92 assurera ainsi la mutualisation des investissements à consentir sur la couche passive de l'infrastructure (génie civil et fibres optiques) et permettra aux opérateurs de se concentrer sur la couche active qui demeure de leur seul ressort. Cette intervention sera par ailleurs proportionnée, car l'infrastructure sera dédiée à la seule desserte des clients finaux et ne pourra pas être utilisée pour la collecte. Le projet THD 92 assurera ainsi une solidarité Départementale en permettant à tout particulier ou entreprise d'être raccordé à un réseau à très haut débit dans un délai de six ans et de pouvoir choisir par ce biais un large choix d'opérateurs de services.

La neutralité technologique

29. L'objectif de la neutralité technologique est le corollaire de la mise à disposition de l'infrastructure à des opérateurs tiers. Ainsi, l'exploitant de THD 92 doit concevoir les boucles locales optiques pour accueillir indifféremment les architectures "point à point" ou "point-multipoints" ("PON"). L'exploitant de THD 92 proposera des offres de mise à disposition de fibres nues au NRO, mais aussi en aval de celui-ci, au pied des immeubles, permettant aux opérateurs de bénéficier de THD 92, quelle que soit leur infrastructure de collecte ou de desserte existante dans les Hauts-de-Seine. Ainsi l'opérateur client maîtrisera toute la couche active de transmission de ses services sur la boucle locale alors que les consommateurs disposeront d'une véritable liberté de choix en termes de services et de tarifs.

La péréquation tarifaire

30. L'exploitant du réseau THD 92 sera tenu de proposer des tarifs identiques quelle que soit la localisation des infrastructures mises à disposition sur le territoire Départemental. L'exploitant est tenu, dans un souci d'intérêt général, d'instituer une solidarité Départementale afin que les recettes tirées des zones plus rentables viennent compenser les pertes occasionnées par la construction de l'infrastructure dans les zones non rentables. Les distinctions tarifaires ne pourront être fondées que sur des paramètres objectifs, transparents et non discriminatoires telle que la nature des prestations ou leur volume.

2.3 La procédure d'attribution

31. *Le choix de la délégation de service public*: Plutôt que de créer une entité publique sous forme de régie, le Département a choisi de confier la réalisation du projet THD 92 à un tiers dans le cadre d'une délégation de service public (DSP) sous forme concessive en lui accordant une subvention pour couvrir les coûts y afférents. Le titulaire de la convention se rémunérera sur toute sa durée en exploitant l'infrastructure construite. Cette durée est calculée en prenant en compte la durée d'amortissement des ouvrages à construire ce qui coûte moins cher à la collectivité qu'un marché public.⁷
32. *Les règles d'attribution d'une DSP*. Conformément aux règles applicables en la matière (articles L.1411-1 et suivants du CGCT, directive 2004/18/CE⁸) la procédure de dévolution de la DSP relative au projet THD 92 a débuté par le vote de l'assemblée

⁷ L'obtention de subventions réduit l'investissement du concessionnaire et, en conséquence, la durée de la concession qui est calculée sur la durée d'amortissement des investissements du concessionnaire.

⁸ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOCE 2007, L 134 p. 114.

délibérante du Département le 24 mars 2006. Ensuite, une procédure restreinte s'est mise en place afin de sélectionner les candidatures éligibles et les meilleurs offres. Les critères de sélection des candidatures et des offres ont été préalablement arrêtés et inscrits dans les différents avis déjà publiés par le Département.

33. *La mission confiée au Délégué.* La DSP prévoit que le délégataire aura la double mission de construire et d'exploiter un réseau de FTTH. En particulier, l'infrastructure à construire comportera tous les éléments d'une boucle locale optique, à savoir (a) des nœuds de raccordement optiques (NRO) permettant l'accès aux fibres et l'hébergement des équipements actifs des opérateurs ; (b) des câbles optiques partant des NRO jusqu'au pied des immeubles, ces câbles optiques pouvant être déployés sous voirie, en égouts ou dans des fourreaux mobilisables; et (c) des câbles optiques dans les colonnes montantes des immeubles (ou zones pavillonnaires) permettant l'adduction des logements/entreprises/points techniques désignés par les opérateurs.
34. Quant à l'exploitation du réseau, les services à fournir ne concernent que des services «de connectivité optique», c'est-à-dire de location de fibre noire. Les fibres optiques ne pourront être activées que par les seuls opérateurs clients du réseau THD 92. Selon les autorités françaises, ces services ont été définis de manière suffisamment large pour permettre aux candidats de proposer les solutions les plus diverses fondées sur les architectures "point à point" ou "point-multipoints", permettant l'accès FTTB (fibre to the building) ou FTTH à partir du NRO, voire en aval de celui-ci.
35. *La procédure de sélection.* Six candidatures ont été reçues, examinées et invitées par la Commission de délégation de service public du 3 juillet 2006 à présenter une offre: (i) le groupement Numericable/LD Collectivités/Eiffage (ii) le groupement Axione/ETDE (iii) le groupement Axia/Vinci/Sogetrel (iv) MGP Contracting (v) France Télécom; et (vi) Tutor Online. Seuls les trois premiers candidats ont finalement déposé une offre le 22 novembre 2006. Selon les autorités françaises, cette dernière phase de négociation, révélatrice du fort intuitu personae qui caractérisent les DSP, permet de discuter avec les candidats sur le contenu de leur offre y compris le montant de la compensation sollicitée. Cette négociation demeure encadrée par les critères d'attribution préétablis et ne peut en aucun cas dénaturer l'objet du contrat annoncé dans les avis de publicité sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.
36. France Télécom a finalement renoncé à présenter une offre au motif que la couverture universelle n'était pas possible même avec une subvention de €70 millions. L'opérateur historique a toutefois indiqué qu'il pourrait être client du futur réseau. De sa part, le groupement Axia/Vinci/Sogetrel a considéré que les investissements annoncés d'opérateurs tiers sur les zones les plus rentables du Département (Boulogne-Billancourt, Levallois et Neuilly/Seine) seraient susceptibles de déséquilibrer l'économie générale de la délégation.
37. Les critères de sélection et leur pondération furent les suivants. (i) qualité technique de l'offre - 40 points, (ii) niveau de la participation financière publique attendue – 30 points, (iii) adéquation des caractéristiques techniques et commerciales de l'offre aux objectifs de développement et d'évolution du très haut débit sur le territoire des Hauts-de-Seine – 20 points, et (iv) modalités de la couverture territoriale, rapidité et cohérence du plan de déploiement – 10 points.
38. Les autorités françaises relèvent que des trois candidats restants, l'offre de MGP Contracting, ramenée de €110 millions au plafond de €70 millions, a soulevé des

interrogations quant à la capitalisation et les garanties financières de la société à former, et l'absence d'un engagement précis concernant la couverture de l'habitat pavillonnaire. Ce groupement a finalement retiré son offre. Par son offre, Axione/ETDE avait proposé de coordonner ses propres déploiements avec ceux des opérateurs privés. Ces derniers s'engageaient vis-à-vis du délégataire à construire sur les zones considérées comme rentables et à lui conférer une exclusivité de revente en gros des capacités de ces réseaux, alors que le délégataire devrait construire sur les autres communes en faisant usage de la subvention. Ce candidat n'a toutefois pas présenté un plan de financement définitif de son projet.

39. Quant à l'offre du groupement Numericable/LD Collectivités/Eiffage, elle se fondait sur une réutilisation massive des capacités de fourreaux utilisés par le réseau câblé de Numericable et qui appartiennent à France Télécom (Numericable dispose d'un droit d'usage de ses fourreaux expirant, selon les communes des Hauts-de-Seine, de 2019 à 2024). Les autorités françaises précisent à cet égard que dans sa première offre le groupement a proposé au Département de bénéficier uniquement du «vide continu» (l'intérieur des fourreaux de France Télécom) dont il dispose sur la quasi-totalité du territoire Départemental, sans toutefois transférer au délégataire ce droit d'occupation. Au contraire, le groupement a voulu accorder à la société ad hoc délégataire un droit irrévocable d'usage (indefeasible right of use, IRU) de ces fibres en contrepartie du paiement d'une somme de 147,5 millions d'euros payable à Numericable dans les 6 premières années d'exécution de la convention de délégation de service public.
40. Selon les autorités françaises, dans la mesure où c'était Numericable et non pas le délégataire qui restait propriétaire des fibres, cette articulation a été jugée incompatible avec la volonté du Département de disposer à l'issue de la convention d'un «bien de retour» tangible constitué par l'intégralité du réseau y compris les fibres tirées. Afin de se plier à cette exigence fondamentale du Département, le groupement a finalement accepté que la société ad hoc délégataire devienne pleinement propriétaire des fibres, ce qui, selon les autorités françaises, instaure une véritable séparation structurelle avec la maison-mère, Numericable. Par ailleurs, le Département a considéré qu'il était impossible, compte tenu de la réutilisation d'infrastructures préexistantes, de conserver un montant de compensation égal au plafond de 70 millions d'euros. Selon les autorités françaises, après d'âpres discussions, le groupement a également accepté de réduire sa demande de participation publique à 59 millions d'euros et de ramener la durée de la convention de 30 à 25 ans. Enfin, en matière d'engagement de couverture, le groupement a proposé un déploiement accéléré compte tenu de la réutilisation d'infrastructures existantes sur la majeure partie du territoire, ce qui permettra de dégager plus rapidement des ressources (provenant des recettes d'exploitation) pour la desserte des zones pavillonnaires. Ainsi, l'offre du groupement Numericable/LD Collectivités/Eiffage a pu obtenir la meilleure notation en application des critères de sélection fixés par le Département.

2.4 Le contenu de la Délégation de Service Public

41. *L'objet*: Le délégataire s'engage, d'une part, à concevoir, financer, construire et déployer un réseau universel de communications électroniques de desserte en fibre optique et, d'autre part, à l'exploiter en le mettant à disposition de ses usagers, à savoir des opérateurs de communications électroniques et éventuellement des utilisateurs de réseaux indépendants, restant ainsi un «opérateur d'opérateurs» («*Carriers' carrier*») n'intervenant que sur le marché de gros (article 2). La convention a une durée de vingt-

cinq (25) ans, justifiée par la durée d'amortissement des ouvrages construits par le délégataire (article 4).

42. Les autorités françaises soulignent qu'un des aspects fondamentaux du projet est que le délégataire assumera seul les risques inhérents à la construction et l'exploitation, ainsi que la maîtrise d'ouvrage de la conception et la réalisation du réseau (article 9). La phase de construction du réseau s'échelonne sur une durée de 6 ans, études préalables comprises. Cette durée de construction se décompose en deux phases successives de 36 mois chacune.
43. *Services offerts*: Le délégataire fournira des services de location de fibre optique nue (ou service de connectivité optique) à l'exclusion de tout service actif permettant ainsi aux opérateurs d'offrir leurs services en optant indifféremment pour les deux architectures « point à point » et « point multipoint » (article 3). Par ailleurs, le délégataire fournira aussi un accès aux seules colonnes montantes en fibre optique aux opérateurs ne souhaitant se raccorder au réseau qu'au pied de chaque immeuble et non au NRO.
44. Par ailleurs, en application du principe de mise en cohérence des réseaux d'initiative publique, le délégataire ne pourra proposer aucun service visant à assurer la collecte du trafic des NRO afin de ne pas perturber l'équilibre économique et financier du réseau Irisé du Sipperec⁹ (article 13.1.1). De même, toutes les interventions du délégataire se feront, sous le contrôle du Département, en cohérence avec tous les autres délégataires de réseaux d'initiative publique, ceux du Sipperec notamment. (articles 13.1.2 et suivants).
45. *Les tarifs des services*: Les tarifs des services sont fixés en Annexe 7 à la convention.¹⁰ Le délégataire a la faculté de solliciter une adaptation mesurée du montant du tarif de chacun des services existants, à la hausse ou à la baisse, dans une proportion de 15 % sur une période d'un an, à compter de chaque date anniversaire de la signature de la convention pour des motifs bien précisés dans la Convention. Au-delà de ce seuil, toute modification des tarifs devra faire l'objet d'un avenant à la convention soumis au vote du Conseil général (article 31).
46. *Respect des obligations d'exploitation*: Le délégataire est tenu, d'une manière générale, de faire évoluer les capacités du réseau sur toute la durée de la convention pour permettre en toute hypothèse la satisfaction des besoins des opérateurs tiers (article 21). En cas de méconnaissance de ces obligations, le Département pourra appliquer la pénalité prévue pour le retard dans la remise en service du réseau (article 43.2). De même, en cas de difficultés nécessitant la réalisation de travaux, ceux-ci pourront être exécutés d'office par le Département, éventuellement en mobilisant la garantie à première demande d'un montant de €5 millions durant trois ans, puis €2 million souscrite à son profit par le délégataire du terme de la phase 2 jusqu'à la fin de la convention (article 38). Enfin, en cas de graves difficultés, le Département pourra utiliser la clause de mise en régie (article 43.4), prenant ainsi le contrôle du projet THD 92.

⁹ Irisé est le concessionnaire d'une délégation de service public octroyée par le syndicat intercommunal de Sipperec, dont la mission consiste au déploiement d'un réseau de fibre noire sur le territoire des communes appartenant au Sipperec.

¹⁰ Pour chaque offre de location de fibre optique sont distingués (i) des frais d'accès au NRO (ou « droit de présence »), dont le montant dépend du nombre de lignes de celui-ci, et (ii) des frais de location de lignes, qui soit sont payés en une fois pour une longue durée (IRU), soit font l'objet de frais de location mensuels. De même, ces offres distinguent selon la nature résidentielle ou professionnelle de l'utilisateur final servi par l'opérateur.

47. *Les biens de retour*: Les biens nécessaires à l'exécution du service public acquis ou construits par le délégataire, y compris les données techniques et commerciales constituées au fil de l'exécution de la convention, constituent des biens de retour qui seront remis gratuitement au Département en fin de convention. Ces biens sont répertoriés dans un inventaire mis à jour régulièrement par le délégataire.
48. *Mesures de publication - phase de suivi des travaux*: L'information de tous les tiers intéressés sur tous les projets de déploiement du réseau THD 92 sera organisée à tous les stades importants des procédures d'élaboration et de suivi, et ce dès le début du processus de déploiement.¹¹ En particulier, les informations opérationnelles relatives au détail du plan de déploiement seront rendues publiques dès le début de la phase d'études, c'est-à-dire dès présentation au Département dans le cadre du 'Comité de Suivi' des avant-projets sommaires (« APS ») correspondant à chaque NRO et définis à l'Annexe 2 de la Convention.¹²
49. Les étapes relatives au suivi du plan de déploiement (et tous changements concernant les informations publiques) seront rendues publiques au fur et à mesure de leur validation par le comité de pilotage ou de leur présentation au comité de suivi. Par ailleurs, il est prévu de permettre aux opérateurs tiers d'être immédiatement informés des décisions concernant le déploiement adoptées par les comités de suivi et de pilotage de la délégation de service public.

2.5 L'équilibre économique et financier de la Convention : la subvention versée

50. *La subvention*: Afin de compenser les surcoûts non compensés induits par les sujétions de service public qui lui sont imposées, à savoir la couverture intégrale du Département, le déploiement d'un réseau neutre et ouvert, et la péréquation tarifaire, le délégataire bénéficiera d'une subvention de €59 millions. Le Département s'engage à verser au délégataire €25 millions pour la phase 1 de réalisation et €34 millions pour la phase 2, sous réserve à l'issue de la phase 1 de l'adoption par le Conseil général d'une délibération affirmant ce montant (article 28.1). Selon les autorités françaises la subvention ne compense que les coûts de la mission de service public du délégataire issus du déploiement du réseau THD 92 dans les zones non rentables qui correspondent à 40% du territoire à couvrir. Le versement de la subvention est subordonnée à la décision préalable favorable de la Commission.
51. *Clause de retour à meilleure fortune*: Au cas où le résultat d'exploitation cumulé est supérieur de plus de 15% à celui figurant au plan d'affaires (annexe 5 de la convention), le délégataire sera tenu de reverser au Département 25% de la somme excédentaire dudit résultat d'exploitation, dans la limite de la subvention, dont le montant aura été actualisé au taux de refinancement de la BCE. Cette clause sera mise en œuvre la neuvième, quatorzième, dix-neuvième et la vingt-cinquième année suivant l'entrée en vigueur de la Convention (article 28.5). Selon les autorités françaises, ce reversement de 25 % des excédents commerciaux s'explique par le faible niveau du TRI ('taux de retour interne') du projet, fixé à 10,63 %, comparé aux taux habituellement rencontrés dans le secteur des communications électroniques (les TRI constatés dans ce secteur étant de l'ordre de 15 à 20 %). En effet, un résultat d'exploitation cumulé de 15 % supérieur au plan d'affaires ne

¹¹ Ce mécanisme sera précisé par un avenant à la Convention et entrera en application dès l'entrée en vigueur de ce dernier qui interviendra dès qu'une décision de la Commission sera prise.

¹² Les APS contiennent toutes les informations permettant aux opérateurs tiers d'anticiper le déploiement du réseau (article 3.1 de l'annexe 2 à la Convention).

porterait ce TRI qu'à environ 11,64 %, l'ARCEP retenant un TRI bien plus élevé de 12,83 % comme référence pour les déploiements de boucle locale optique.¹³

52. D'après les autorités françaises, le seuil de 15 % n'est par ailleurs qu'un seuil de déclenchement des reversements, l'assiette de ces derniers étant bien la totalité de l'excédent cumulé par rapport au plan d'affaires. Le mécanisme de quatre "rendez-vous" donnant lieu chacun à un reversement dans la limite de 25 % de l'excédent total aurait en outre été justifié par les incertitudes sur les évolutions de la délégation sur une durée de 25 ans. Exiger un reversement de 100 % de l'excédent dès sa constatation pourrait mettre en danger la pérennité de l'exploitation et supprimerait toute incitation à la performance pour le délégataire. A cet égard, les autorités françaises soulignent que à chaque rendez-vous, le taux de reversement est appliqué à la surperformance cumulée, c'est-à-dire en y intégrant l'excédent des périodes antérieures ayant déjà donné lieu à reversements.
53. Il en résulterait que le résultat mécanique des quatre rendez-vous prévus par la Convention serait le remboursement intégral de la participation publique dès lors que le délégataire parvient à porter son TRI à 12,59 %.¹⁴
54. *Moyens de contrôle*: Selon les autorités françaises, le Département dispose des moyens de contrôler la performance de son délégataire de manière approfondie et continue. Outre les moyens de contrôle prévus par le code général des collectivités territoriales, la convention, en particulier son article 39, lui accorde des pouvoirs d'investigations étendus assortis d'un accès intégral aux comptes du délégataire allant jusqu'à faire supporter à ce dernier la charge financière des experts que le Département choisira de s'adjoindre pour ces audits et vérifications comptables, sans que ce paiement donne un quelconque pouvoir de contrôle au délégataire sur les auditeurs. Les comptes et les rapports des auditeurs sont soumis chaque année au contrôle de l'Assemblée délibérante du Département.

2.6 La société délégataire et les mesures prises pour éviter la confusion d'intérêts avec ses actionnaires

55. Pour mener à bien la mission de service public qui lui est confiée et pour permettre un contrôle effectif du Département sur sa conduite, le groupement attributaire s'est engagé à créer une société ad hoc. Ainsi, les relations entre les actionnaires qui sont également des opérateurs des réseaux (NeufCegetel, Numericable) et le délégataire s'organiseront dans le même et seul cadre qui régit les relations avec les opérateurs tiers, à savoir le catalogue de services.

¹³ Voir, ARCEP – « Le modèle de coût de déploiement des réseaux de boucle locale en fibre optique (mai 2008) ».

[http://www.arcep.fr/index.php?id=8455&tx_gspublication_pi1\[typo\]=8&tx_gspublication_pi1\[uidDocument\]=607&cHash=e6f0f1eaa2](http://www.arcep.fr/index.php?id=8455&tx_gspublication_pi1[typo]=8&tx_gspublication_pi1[uidDocument]=607&cHash=e6f0f1eaa2)

http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/modele-cout-ftth-mai08.xls. (Onglet « Hypothèses », cellule I124). Les autorités françaises précisent à cet égard que compte-tenu des risques afférents à un tel projet, dont le TRI sans subvention s'établirait à seulement 6,57 %, permettre au Délégué de conserver pendant l'exécution l'excédent dès lors qu'il ne dépasse pas 15 % serait en outre indispensable pour lui permettre de faire face aux nombreuses difficultés éventuelles.

¹⁴ Ainsi que rappelé par les autorités françaises, le Département des Hauts-de-Seine dispose en application des principes généraux du droit administratif français d'un pouvoir de modification unilatéral du contrat qui lui assure la possibilité, en particulier au moment de l'examen des comptes définitifs de la convention, d'exiger un reversement intégral de l'excédent total, déduction faite des reversements intermédiaires, et dans la limite du montant de la participation publique de €59 millions.

56. De plus, afin d'éviter tout risque de confusion d'intérêts entre le délégataire et ses actionnaires, la convention stipule que (i) celui-ci ne puisse faire prévaloir les intérêts commerciaux de ses actionnaires sur ceux dont il a la charge au titre de la concession, (ii) que les marges pratiquées sur les contrats passés avec les actionnaires ne puissent excéder celles habituellement pratiquées dans des cas comparables, et (iii) que le délégataire s'engage à ne communiquer à ses actionnaires aucune information de nature à leur conférer un avantage concurrentiel sur le marché sur lequel ils interviennent au titre de leur activité commerciale propre (article 6.2). Les autorités françaises précisent que dans l'hypothèse où le délégataire se livrerait à de telles pratiques, il pourrait aussi faire l'objet, le cas échéant, d'une saisine de l'ARCEP prévue spécifiquement au 4° du II de l'article L.36-8 du code des postes et des communications électroniques pour les réseaux d'initiative publique exploités sous l'égide de collectivités territoriales, voire d'une saisine du Conseil de la concurrence. De même, dans l'hypothèse où le Département constaterait, au stade du déploiement, une confusion entre les intérêts du Délégataire et de ceux de ses actionnaires, il sera fondé à suspendre les versements de la subvention prévus à l'article 28.2 de la convention.

III. LA MISE EN PLACE D'UN SIEG CONFORME AUX EXIGENCES DE LA JURISPRUDENCE 'ALTMARK'

3.1 La création d'un SIEG

57. A titre liminaire, les autorités françaises rappellent qu'un SIEG constitue une activité économique commerciale dont l'exercice est soumis à des contraintes que ne supporterait pas un opérateur se souciant uniquement de la rentabilité de son investissement. En matière d'industrie de réseaux, ces contraintes se résument, sur un territoire déterminé, à la fourniture d'un service selon des conditions d'accès, de continuité et de qualité, et une grille tarifaire indépendantes de la localisation géographique de l'utilisateur, afin d'assurer une péréquation entre les zones rentables et non rentables. L'implantation d'un SIEG n'est donc pas limitée aux seules zones sur lesquelles sa fourniture serait économiquement non rentable, mais s'étend aussi aux zones rentables d'un territoire, si non aucune péréquation ne serait possible. Elles rappellent que selon la jurisprudence, la Commission ne peut exercer aucun contrôle d'opportunité sur la qualification d'une activité de SIEG par une collectivité, mais uniquement un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.¹⁵

58. Selon les autorités françaises, une collectivité publique d'un Etat-membre peut qualifier une activité de SIEG dès lors qu'aucune réglementation communautaire sectorielle ne traite la question.¹⁶ En matière de communications électroniques, la réglementation communautaire et notamment la directive 2002/22/CE ne prévoit que l'obligation pour les Etats-membres de garantir, pour un prix raisonnable, l'accès à un réseau téléphonique permettant d'émettre et de recevoir des appels téléphoniques, des télécopies et de se connecter à internet (service universel)¹⁷, laissant les Etats membres libres de développer

¹⁵ Communication de la Commission « Les services d'intérêt économique général » (COM(2000) 580).

¹⁶ Décision 2005/842/CE de la Commission européenne du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOCE L 312/67 du 29 novembre 2005, point 9.

¹⁷ Article 4 de la Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel").

des services de SIEG plus évolués.¹⁸ A cet égard, les autorités françaises font référence à des décisions dans lesquelles la Commission a déjà considéré que le développement des infrastructures à haut débit à l'initiative de collectivités territoriales françaises relève de la notion du SIEG.¹⁹

59. Les autorités françaises considèrent que le projet THD 92 constitue un service public au regard du droit français (article L.1425-1 du CGCT), et également un SIEG au sens de l'article 86.2 du Traité et la jurisprudence *Altmark*.²⁰ Elles rappellent à cet égard que les objectifs et les sujétions de service public ont été préalablement précisés dans le programme de la consultation publique, et ont été ensuite réinscrites en tant qu'obligations contractuelles dans la convention et ses annexes (articles 2 et 3, annexes 1, 3 et 7). Les objectifs de service public assignés au projet THD 92 peuvent se résumer comme suit.
60. *La desserte universelle*: Le délégataire a l'obligation de couvrir l'intégralité du territoire des Hauts-de-Seine au cours d'une durée maximale de 6 ans divisée en deux phases de 3 ans respectivement. Ainsi, le délégataire devra construire 126 900 prises raccordées et 423 800 prises raccordables à l'issue de la phase 1, et à l'issue de la phase 2, un total de 573 000 prises raccordées et 827 900 prises raccordables. Cependant, le réseau THD 92 ne couvrira pas le quartier d'affaires de La Défense, largement desservi déjà par différents opérateurs d'entreprises. A cet égard, les autorités françaises rappellent que s'il est vrai que Free et France Télécom envisagent de déployer des réseaux à très haut débit dans les zones les plus rentables, il n'en reste pas moins que seul le projet THD 92 sera en mesure d'offrir une couverture universelle.
61. *Un accès pour toute la population*: Le réseau THD 92 devra permettre aux opérateurs de desservir tant les entreprises que les particuliers, y compris les services publics des Hauts-de-Seine, autrement dit, toute la population Départementale. Selon les autorités françaises, cette vocation universelle est fondamentale en matière de SIEG et constitue une caractéristique spécifique le distinguant des autres services commerciaux.
62. *La péréquation tarifaire*: Au vue des variations des coûts de déploiement d'une zone à l'autre en fonction de la densité de la population, le Département a imposé dans le programme de consultation une péréquation territoriale pour garantir l'uniformité des tarifs de chaque service quelle que soit la localisation du client final. Cette contrainte constituerait une des caractéristiques propres aux SIEG, comme la Cour l'aurait, par ailleurs, confirmé dans ses arrêts "*Corbeau*"²¹ et "*Almelo*".²²
63. *L'incitation au développement de la concurrence*: Les autorités françaises rappellent qu'en l'espèce, l'intervention du Département est limitée aux infrastructures passives, à savoir les fibres optiques, les fourreaux et les salles d'hébergement d'équipement, dont la part représente de 60 à 80 % du coût d'investissement total. L'exploitation de la couche passive du réseau par une entité neutre qui n'intervient que sur le marché de gros constituerait, selon les autorités françaises, la condition du caractère proportionné d'un projet d'initiative publique. Le projet de THD 92 serait ainsi utile pour les opérateurs ne disposant d'aucune infrastructure comme ceux ayant des infrastructures de collecte et/ou

¹⁸ Le considérant 46 de la directive 2002/22/CE.

¹⁹ Décisions Aides d'Etat, N382/2004 ("Dorsal") et N 381/2004 ("Pyrénées-Atlantiques").

²⁰ Arrêt de Cour du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-208/00, Rec. p. I-7747.

²¹ Arrêt de la Cour du 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993, p. I-2533.

²² Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec. 1994, p. I-1477.

de desserte car il permettra à ces derniers de raccorder de nouveaux clients tout en conservant leur propre architecture technique et sans forcément se raccorder au NRO.

3.2 Les critères de la jurisprudence *Altmark*

64. Les autorités françaises considèrent que tous les critères de la jurisprudence *Altmark* seraient remplis en l'espèce, de sorte que la subvention de €59 million ne serait pas non plus une aide d'état.
65. *Définition de la mission de service public*: Le délégataire a effectivement été chargé de l'exécution d'obligations de service public les quelles ont été clairement définies dans la convention de délégation de service public signée entre le Département et le groupement Numericable/LD Collectivités/Eiffage, et notamment ses articles 2 et 3.
66. *Fixation préalable des conditions et modalités du calcul de la compensation*: Les paramètres du financement public ont été fixés de manière objective et transparente dans le programme et le règlement de consultation. Tous les candidats ont dû ainsi fournir des tableaux de financement permettant de savoir (i) quels paramètres ils avaient utilisés pour distinguer les zones rentables et non rentables, et à partir de quel niveau de TRI (taux de rendement interne) ils considéraient une zone rentable; (ii) quelle contribution les zones rentables apportaient à la couverture partielle ou totale du besoin de financement des zones non rentables; et (iii) quel besoin de financement résiduel il était nécessaire d'apporter par le biais d'une subvention.²³
67. *Attribution de la convention à la suite d'une mise en concurrence* : Ainsi qu'exposé ci-dessus (voir Section 2.3), la sélection du délégataire s'est effectuée au sein d'un ensemble restreint comportant la totalité des candidats ayant déposé une offre et a garanti ainsi le choix de l'opérateur le plus efficace parmi les candidats en présence. Selon les autorités françaises, la mise en concurrence a donc conduit à la sélection de l'opérateur économiquement le plus efficace au sein des opérateurs candidats, ce qui a permis de minorer le besoin de subvention publique à €59 millions.
68. *Absence de surcompensation*: Afin d'éviter une surcompensation le Département a procédé, d'abord, à une analyse circonstanciée des coûts et des recettes de l'offre retenue ainsi que de la méthodologie de calcul de la subvention demandée, et ensuite à sa confrontation en ayant recours à l'outil mis en place par des experts tiers mandatés à cet effet.

1. Les coûts et recettes prévisionnels du groupement choisi

69. S'agissant des coûts prévisionnels, les autorités françaises relèvent que le groupement choisi avait évalué le montant total de premier investissement à €280 millions H.T. ce qui

²³ Pour calculer leur besoin de financement et déterminer les zones rentables et non-rentables du territoire couvert, les candidats étaient appelés à identifier le taux de rendement interne (« TRI ») qu'ils attendaient sur la durée de la concession. Les candidats devaient justifier ce taux au regard des pratiques habituelles du secteur et des caractéristiques particulières du réseau Départemental. Le calcul de ce TRI et l'ensemble des calculs devaient être réalisés sur la base du catalogue tarifaire proposé par les candidats tout en intégrant la contrainte de péréquation tarifaire. Au vu de l'architecture de réseau proposée, les candidats devaient aussi déterminer les tronçons du réseau proposé sur lesquels le TRI qu'ils attendent ne pourrait pas à leur sens être atteint. Ces tronçons étaient dénommés « tronçons non rentables ». Ils devaient à cet égard remplir le tableau « tronçons - rentabilité » des annexes financières en faisant apparaître ces tronçons sur une cartographie spécifique qui devrait permettre de distinguer (i) les tronçons dont le TRI serait supérieur au TRI attendu par les candidats, (ii) les tronçons dont le TRI serait inférieur à ce dernier tout en demeurant positif, et (iii) les tronçons dont le TRI serait négatif.

revient à un coût moyen à la prise raccordée de €405 H.T. De leur part, les experts mandatés par le Département ont conclu à un coût moyen à la prise de €625 H.T alors que ce coût était de €561 H.T dans l'offre du groupement d'Axione. Cet écart de l'ordre de 40 à 50 % avec les coûts rencontrés sur le marché s'expliquerait par la réutilisation des infrastructures de génie civil existantes dont Numericable a la jouissance en tant qu'opérateur du réseau câblé sur 34 des 36 communes des Hauts-de-Seine. En effet, Numericable mettra à disposition du délégataire ses capacités de fourreaux excédentaires dont elle dispose sur 75 % du territoire Départemental pour un montant assez réduit de €3 millions.²⁴ A cet égard les autorités françaises relèvent qu'au cours des négociations, le Département a pu écarter toute surcompensation sur ce poste (utilisation des fourreaux), le coût d'utilisation des fourreaux étant directement lié au rachat du réseau câblé et déjà amorti à ce titre par Numericable, ce qui explique la faible valeur de l'IRU.

70. Par ailleurs, à compter de l'année 17, le plan d'affaires du délégataire prévoit des investissements de rénovation significatifs pour remettre au Département, en année 25, un réseau en parfait état de fonctionnement. Sur ce point, Numericable a pris en compte des durées de vie des infrastructures entre 15 et 25 ans. De plus, le coût moyen d'entretien et de maintenance rapporté à la prise atteint 1,19 euros H.T. par prise raccordée et 0,99 H.T. euros par prise raccordable et par mois et reste en tout état de cause inférieur aux coûts standards du secteur, qui oscillent entre 1,7 euros et 2,3 euros H.T. par mois. Ainsi, le montant de la subvention octroyée de €59 millions représenterait une part relativement minime de 14 % du montant total des investissements nécessaires.
71. S'agissant des recettes prévisionnelles, les autorités françaises expliquent que les recettes prévisionnelles inscrites dans le 'business plan' de Numericable sont basées sur une hypothèse d'une montée des recettes progressive sur les huit premières années d'exploitation, pour culminer à 40 millions d'euros H.T. de recettes annuelles. Cette hypothèse reposerait sur un déploiement rapide de l'infrastructure et le basculement progressif d'une partie du parc d'abonnés DSL vers le réseau THD 92.

2. La méthodologie appliquée par le délégataire pour déterminer le montant de la subvention sollicitée

72. En substance, le délégataire a considéré comme « non rentables » les zones dont le TRI est inférieur à 9%, le TRI moyen du projet étant de 10,63% (« TRI Projet »).²⁵ A cet égard, deux autres catégories ont été distinguées : la première dont le TRI est compris entre 9% et 10,63%, et la seconde dont le TRI est supérieur ou égal à 10,63%. Il résultait que le TRI global hors subvention était de 6,57%, soit 0,57 point au dessus du taux d'emprunt prévu au plan d'affaires du délégataire. Au total, les performances des zones dont la rentabilité est supérieure au TRI Projet (10,63 %) ne sauraient, à elles seules,

²⁴ Au lieu de €136 million au vue des tarifs de l'offre LGC DPR de France Télécom, voir Annexe 2 à la notification, Analyse économique de l'offre du groupement Numericable/LD Collectivités/Eiffage, Rise Conseil, p. 9. Cette rémunération constitue le seul paiement effectué par le Délégataire à ses actionnaires à raison de l'usage de ces infrastructures. Ce droit d'usage accordé par Numericable au Délégataire ne concerne que certaines infrastructures horizontales, le Délégataire étant tenu de développer l'ensemble du réseau de fibre optique et de construire l'ensemble des infrastructures verticales nécessaires à la mise en œuvre de la délégation de service public.

²⁵ Ce TRI de 9% correspondait à la limite acceptable d'intervention d'un opérateur privé est était cohérente avec les pratiques du secteur relevées par la Commission dans sa décision "Amsterdam", qui oscillent entre 8,1 % et 10,6 %, voir Décision de la Commission du 11 décembre 2007, C 53/2006 Citynet Amsterdam [2008] JO L 247, 16.9.2008, p.27, point 129.

compenser le manque de recettes des autres zones. Ainsi, le délégataire a sollicité un besoin de financement de €70,5 millions pour obtenir un TRI de 9 % pour l'ensemble des zones non rentables. Toutefois, lors des négociations, la contribution à dégager par les recettes des zones rentables au delà du TRI Projet de 10,63% a été chiffrée à €11,5 millions. Par conséquent, le besoin de financement résiduel a été ajusté et la participation publique a été fixée à hauteur de €59 millions (soit 70,5 – 11,5).

- *Le contrôle et vérifications effectués par le Département*

73. Afin d'apprécier la réalité du besoin de financement sollicité par le délégataire, le Département a procédé à sa propre évaluation du besoin de subvention publique par zone. Ainsi, l'outil de vérification élaboré par l'expert du Département a permis de reconstituer la rentabilité de l'offre au niveau de chaque SRO²⁶, ce qui a représenté un maillage territorial de 1 633 unités alors que le maillage territorial du candidat prenait en compte seulement trois zones distinctes par commune, en fonction de la typologie d'habitat concerné, et ne reposait donc que sur 108 unités (3 x 36 communes). En moyenne, chaque SRO agrège 4 îlots, ce qui correspond à la plus petite unité territoriale pour laquelle l'INSEE²⁷ fournit des données démographiques pertinentes. La valeur actuelle nette (VAN) de l'offre de Numericable a ainsi été calculée pour chaque îlot, puis agrégée au niveau du SRO. Une typologie des SRO a ainsi pu être dressée en fonction du TRI obtenu:

Dynamiques de rentabilité des SRO				
TRI par SRO	Nombre de SRO	% des SRO	Nombre de prises	% des prises
SRO < 6%	667	40,8%	293 498	35,5%
6% < SRO < 9%	239	14,6%	138 928	16,8%
9% < SRO < 11%	124	7,6%	69 272	8,4%
SRO > 11%	603	36,9%	326 202	39,4%
TOTAL	1 633	100%	827 900	100%

74. Il en résulte que 667 SRO représentant 41 % des prises se situent à un TRI inférieur à 6 %, soit un TRI inférieur au coût de financement. En sens inverse, 603 SRO représentant 37 % des prises présentent une rentabilité supérieure à 11 %, soit le niveau acceptable de rentabilité pour ce type de projets. En retenant un taux d'actualisation de 11 %, la VAN cumulée par catégories de SRO est la suivante :

²⁶ Sous Répartiteur Optique. Le Sous Répartiteur est une armoire de rue qui concentre les câbles venant des abonnés et les envoie vers le répartiteur (NRO).

²⁷ Institute National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE).

Impact financier des différentes typologies de SRO	
TRI par SRO	VAN actualisée à 11% (en M€)
SRO < 6% (1)	-56,5
6% < SRO < 9% (2)	-4,4
9% < SRO < 11% (3)	-0,9
SRO > 11% (4)	17,2
TOTAL ZONES DEVANT BENEFICIER D'UNE PARTICIPATION PUBLIQUE (1) + (2)	-61,8
TOTAL TOUTES ZONES (1) + (2) + (3) + (4)	-44,6

75. Il en résulte un besoin de financement actualisé de 44,6 millions d'euros, qui correspond à €63 millions lorsqu'il est ramené en euros courants selon l'échéancier prévu de versement de la subvention.

	Année 1	Année 2	Année 3	Année 4	Année 5	Année 6
Participations publiques* (M€ - € courants)	6,0	10,5	8,5	30,0	5,5	2,5
Somme des Participations publiques (M€ - € courants)	63,0					
Valeur actuelle nette - 11% (M€ - € constants)	44,6					

* données prises en compte dans le Plan d'Affaires de référence

76. Selon les autorités françaises, il ressortirait un besoin de subvention à hauteur de 63 millions d'euros, alors même que la négociation avec le groupement retenu a abouti à un montant de subvention significativement moindre de €59 millions.²⁸ L'expert du Département a aussi procédé à une analyse de sensibilité de sa propre évaluation en modélisant l'impact de 9 scénarios sur le montant de la subvention afin d'obtenir un TRI constant de 11 %. A la fin, le montant de €59 millions sollicité par le délégataire comparé avec les vérifications menées par les experts du Département a été considéré comme étant cohérent au vu des éléments de coûts et de recettes sur lesquels son plan d'affaires se fonde. Si les coûts de premier investissement sont nettement inférieurs à ceux constatés sur le marché, ceci est dû aux économies retirées de l'utilisation des fourreaux de Numericable qui sont répercutées sur le coût d'investissement, ce qui écarte tout risque de surcompensation.

77. Les autorités françaises en concluent que bien qu'une subvention conséquente soit accordée au délégataire, il n'en reste pas moins que ce dernier ait pris un risque réel en proposant l'établissement et l'exploitation du réseau THD 92, compte tenu d'une part,

²⁸ Cette analyse a permis d'allouer la subvention commune par commune. Ainsi, le déploiement du réseau sur 7 communes des Hauts-de-Seine ne requiert aucune subvention (Boulogne-Billancourt, Clichy, Courbevoie, Levallois-Perret, Montrouge, Neuilly-sur-Seine, Puteaux) celle-ci n'étant donc nécessaire que pour les 29 communes restantes.

d'une structure de coûts dans la quelle les coûts fixes sont largement prépondérants, et d'autre part, du besoin d'une pénétration rapide, pénétration qui dépendra directement de la rapidité de son déploiement. En effet, toute modification des montants d'investissement nécessaires pour se conformer aux exigences de la délégation, et des recettes escomptées rendra le projet THD 92 non rentable. Au final, tous ces éléments montreraient que la subvention de €59 million serait proportionnée aux missions du service public assignées au délégataire tout en écartant le risque de surcompensation.

IV. LES OBSERVATIONS DEPOSEES PAR LES OPERATEURS TIERS

78. Ainsi qu'indiqué ci-dessus (voir paragraphes 2 et 3) cinq opérateurs de réseaux privés et publiques ont soumis des observations au sujet du projet THD 92. L'opérateur A, Colt et Free se sont opposés au projet THD 92 en considérant qu'il s'agit d'une aide incompatible avec l'article 87.3 (c) et l'article 86.2 du Traité.
79. L'opérateur A considère que le projet THD 92 n'est pas un SIEG dès lors qu'il est prévu de connecter les entreprises et les autres sites professionnels du Département. En outre, l'aide serait captée, de façon indirecte, par les actionnaires du délégataire et aurait un effet sur la concurrence vu la substituabilité du réseau THD 92 avec les réseaux ADSL existants. Selon cet opérateur, la localisation de plus de la moitié de NRO sur le périmètre du réseau câblé de Numericable profiterait à celle-ci. Enfin, contrairement à ce que prévoit l'article L. 1425-1 du CGCT, il n'y aurait pas eu de coordination préalable entre THD 92 et les autres réseaux d'initiative publique.
80. Dans ses observations écrites, le *Syndicat intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de Communication* (Sipperec) a également mis l'accent sur l'absence alléguée de cohérence entre le réseau THD 92 et les autres réseaux d'initiative publique présents dans les Hauts-de-Seine.
81. *Colt*, opérateur alternatif des réseaux des communications électroniques servant le secteur professionnel, considère que les Hauts-de-Seine est une zone "noire" composée de communes très denses dans lesquelles, ainsi que l'ARCEP l'aurait souligné, plusieurs opérateurs pourraient déployer leur propres réseaux à très haut débit sans qu'il soit par conséquent nécessaire d'octroyer une subvention publique. Selon *Colt*, si la Commission devait approuver ce projet, son modèle économique serait mis en échec. De plus, une telle décision découragerait gravement les investissements privés futurs en réseaux à très haut débit. En outre, la création d'un SIEG serait en l'espèce entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et devrait, par conséquent, être sanctionnée par la Commission.
82. De sa part, *Free* a en outre soulevé un certain nombre d'interrogations ayant trait (i) aux avantages indirects que les actionnaires du délégataire pourraient tirer du projet THD 92, et (ii) à des aspects techniques du projet (*le contenu de la DSP*). Dans ses courriers du 26 mai et du 11 juin 2009, *Free* a également déclaré être en position de couvrir l'intégralité du territoire des Hauts-de-Seine d'ici fin de 2012 par un réseau de desserte locale à très haut débit à des coûts qui seraient inférieurs à ceux du délégataire (*la question de couverture*).
- Le contenu de la DSP*
83. Plus particulièrement, le délégataire bénéficierait selon *Free* d'un accès privilégié à des infrastructures appartenant à France Télécom et aux communes du Département ce qui donnerait lieu à une surcompensation. Bien que le coût d'occupation des infrastructures

de France Télécom pour 25 ans, fixé à € 3million, serait considérablement inférieur au coût estimé par *Free* (€160 million), *Free* considère qu'il ne saurait être exclu que le vrai montant de location de ces infrastructures soit inférieur à €3 million. De même, le délégataire bénéficierait d'un accès privilégié non seulement aux infrastructures de France Télécom mais aussi aux infrastructures appartenant aux communes du Département. Cet accès privilégié et prioritaire constituerait une aide au profit du délégataire. En outre, *Free* considère que le dimensionnement de NRO (18 à 25m²) serait insuffisant et favoriserait les opérateurs de technologie 'point à multipoints'.²⁹ Il en serait de même du catalogue des services du délégataire.

La couverture future du Département par un réseau fibré de Free

84. Dans son courrier du 26 mai 2009, *Free* a déclaré qu'en dehors des réseaux fibrés déjà déployés aux Hauts-de-Seine par Orange (France Télécom) et Numericable, elle prévoit d'équiper l'ensemble de 36 communes du Département d'un réseau en fibres optiques d'ici la fin 2012.³⁰ Par courrier du 11 juin 2009 *Free* a réitéré de nouveau son opposition au projet THD 92 en tant qu'aide incompatible en soulignant que les coûts du déploiement de son propre réseau sur l'ensemble du Département seraient inférieurs à ceux qu'elle devrait supporter en utilisant le réseau du délégataire. A l'appui de cette déclaration, par courrier du 2009, *Free* a déposé un rapport confidentiel rédigé pour son compte par un expert tiers³¹.
85. De sa part, dans ses observations écrites, *France Télécom* a fait valoir que les droits d'utilisation de son génie civil qu'elle avait concédés pour 25 ans à Numericable ne sauraient permettre à celle-ci de les concéder au délégataire. France Télécom a soulevé les mêmes interrogations à l'égard des infrastructures concédées à Numericable par les collectivités locales. Enfin, dans sa lettre du 6 février 2009, France Télécom a détaillé ses prévisions de déploiement d'un réseau à très haut débit dans les Hauts-de-Seine comme suit :

Au 31 décembre 2008	Au 31 décembre 2009 (prévisionnel)
<i>prises raccordées : 4 299</i>	<i>prises raccordées : 10 517</i>
<i>prises raccordables : 57 905</i>	<i>prises raccordables : 116110</i>
<i>prises adressables : 457 081</i>	<i>prises adressables : 478 951</i>

V. LES REPONSES DES AUTORITES FRANÇAISES

86. Dans leurs réponses écrites aux différentes questions de la Commission, les autorités françaises ont apporté un certain nombre de clarifications supplémentaires au sujet de la mise en œuvre de la convention, et notamment les mesures prises pour éviter que les actionnaires du délégataire puissent profiter de façon indirecte de la subvention. Elles ont

²⁹ Selon *Free*, ses propres NRO ont une surface de 70m² avec au moins 42 m² dédiés aux équipements/baies permettant d'accueillir les opérateurs.

³⁰ Dans son courrier *Free* soulignait que 50 000 prises étaient d'ores et déjà en cours d'installation sur les villes de Levallois-Perret et Montrouge et plus de 120 000 prises étaient en cours d'études de commandées à France Telecom dans 6 autres communes. A cet égard un planning de déploiement d'ici la fin 2012 a été joint à ce courrier.

³¹ *Free* a demandé que ce rapport soit couvert par les secrets d'affaires.

pris position également à l'égard des déclarations faites par France Télécom et Free au sujet de leurs prévisions respectives du déploiement de leur propres réseaux à très haut débit dans les Hauts-de-Seine.

Sur l'opposition de Colt à la réalisation du projet THD 92

87. Concernant Colt, les autorités françaises soulignent que l'attitude de Colt relève en substance d'une position de principe dans la mesure où cet opérateur n'a jamais participé aux phases de concertation, n'a pas voulu répondre à l'étude d'appétence, et a contesté le projet avant même de connaître la décision sur l'attribution et le contenu du contrat de délégation de service public.

Sur la confusion d'intérêts du délégataire et de ceux de ses actionnaires

88. Dans leur réponse du 19 novembre 2008, les autorités françaises ont relevé que, afin d'accroître davantage les possibilités de contrôle du Département et éviter toute confusion possible entre les intérêts du Délégué et ceux de ses actionnaires (voir ci-dessus, paragraphe 56), le Département a en outre convenu avec le délégataire d'insérer à la convention les six modifications suivantes qui interviendront par voie d'avenant soumis au vote du Conseil général.

- *l'Autorité Délégante rendra publique la couverture du Réseau au fur et à mesure de son élaboration*
- *Si l'Autorité Délégante constate un manquement délibéré du Délégué aux obligations prévues supra au (i) ou au (ii), celle-ci mettra en demeure la société Délégué de lui apporter toute explication et justification nécessaires dans un délai d'au minimum un mois. Dans le cas où (i) la mise en demeure resterait sans effet ou, (ii) que les explications ou justifications ne seraient pas convaincantes, l'Autorité Délégante (i) mettra en demeure le Délégué de demander à l'actionnaire considéré de cesser immédiatement de bénéficier de l'avantage indûment procuré et (ii) en informera les autorités administratives ou judiciaires compétentes*
- *L'hypothèse d'une mutualisation des infrastructures avec un ou plusieurs actionnaires de la société Délégué est envisageable sous réserve du respect des dispositions de l'article 6.2 de la convention*
- *Dans le but de réduire les coûts de maintenance, le délégataire s'engage à prendre contact avec les opérateurs concernés, en vue d'une réalisation conjointe des prestations correspondantes, pour autant qu'une telle mutualisation ne soit pas de nature à nuire à la qualité des prestations et/ou affecter la bonne continuité du service public. L'hypothèse d'une telle mutualisation avec un ou plusieurs actionnaires de la société Délégué est envisageable sous réserve du respect des dispositions de l'article 6.2 de la convention*
- *Dans un souci d'information équitable et non discriminante des autres opérateurs de communications électroniques intervenant sur le territoire des Hauts-de-Seine, l'Autorité Délégante pourra inviter lesdits opérateurs à assister à tout ou partie de la réunion du Comité de suivi afin de les informer du déploiement du Réseau et de l'évolution des Services et recueillir leurs observations*
- *Dans un souci d'information équitable et non discriminante des autres opérateurs de communications électroniques intervenant sur le territoire des Hauts-de-Seine, l'Autorité Délégante pourra inviter lesdits opérateurs à assister à tout ou partie de la réunion du Comité de pilotage afin de les informer du déploiement du Réseau et de l'évolution des Services et recueillir leurs observations*

89. Dans leur réponse du 30 avril 2009, les autorités françaises ont précisé que les actionnaires du délégataire disposeront nécessairement, du fait de la réutilisation de leurs

infrastructures, et dès lors qu'ils assureront certains travaux, d'indications sur le plan de déploiement, sans que cela cependant puisse être considéré comme une violation de l'article 6.2 de la convention. En effet, les indications ainsi obtenues se rapporteront à un plan de déploiement dont les modalités auront déjà été publiées lors des phases d'élaboration et de suivi permettant ainsi aux opérateurs tiers d'anticiper la couverture du réseau et d'être immédiatement informés des décisions de déploiement adoptées par les comités de suivi et de pilotage de la délégation de service public. Les autorités françaises en concluent que les actionnaires du délégataire n'auront jamais connaissance avant les opérateurs tiers de quelque option de déploiement validée, ce y compris au stade des études préalables.

Sur les infrastructures concédées par Numericable au délégataire et les biens de retour.

90. Concernant la question de savoir à qui vont appartenir à la fin de la convention les fourreaux, les fibres, les NRO et tous les éléments du réseau passif, étant donné que France Télécom est censée récupérer la plénitude de ses droits sur les fourreaux dont le droit d'usage est conféré à Numericable jusqu'à 2019-2024, les autorités françaises ont fourni les réponses suivantes.
91. A titre liminaire, les autorités françaises soulignent que contrairement aux allégations des opérateurs tiers, le délégataire ne bénéficie pas d'un accès privilégié ou prioritaire accordé par France Télécom à ses fourreaux au titre de mutualisation, mais d'une cession d'un droit irrévocable d'usage (IRU) de Numericable sur ses infrastructures horizontales moyennant une rémunération. De même concernant l'accès aux infrastructures appartenant aux collectivités, y compris celles appartenant au Département, le délégataire ne bénéficierait d'aucun accès privilégié, voire contractuel.
92. S'agissant des biens de retour, les autorités françaises soulignent que les infrastructures à construire (NRO) appartiendront au Département. Tous les fourreaux déjà concédés à Numericable par les collectivités locales et France Télécom resteront la propriété de celles-ci. Quant aux fourreaux de France Télécom, les autorités françaises considèrent que l'opérateur historique sera tenu de prolonger les droits des occupants de ses installations. Elles ajoutent que les conventions liant France Télécom et Numericable posent en outre un principe de renouvellement, ce qui est d'ailleurs pris en compte dans le plan d'affaires du délégataire. Dans ce contexte, le Département a considéré que le réseau THD 92 pourrait bénéficier de ce renouvellement, d'autant plus que les fibres optiques, s'agissant des biens intégrés au domaine public, lui appartiendront et seront à ce titre inaliénables et intangibles c'est-à-dire, ils ne pourront être enlevés des infrastructures qu'ils occupent.
93. A cet égard, les autorités françaises soulignent que le montant global que le délégataire devra verser à Numericable pour l'usage des infrastructures de cette dernière pour une période de 25 ans (€3 million) a clairement été pris en considération dans la détermination du montant de la subvention de sorte que le délégataire seul supportera le risque de devoir recourir à des modalités plus coûteuses de déploiement au cas où France Télécom et/ou les collectivités locales décideront de ne plus renouveler les droits d'occupation concédés à Numericable. Dans ce cas, le délégataire ne pourra pas bénéficier d'une revalorisation quelconque de la subvention octroyée.

Sur les prévisions de couverture du Département des Hauts-de-Seine par France Télécom

94. Les autorités françaises soulignent que le très faible nombre de prises effectivement « raccordées » par l'opérateur historique (10 517) atteste de l'insuffisant développement de la fibre optique sur le Département des Hauts-de-Seine, ce qui s'avère d'autant plus exact dès lors que l'on procède à une analyse des données concernant le déploiement des prises autres que « raccordées » fournies par France Télécom, à savoir les prises « adressables » et les prises « raccordables ».
95. A cet égard, les autorités françaises se réfèrent à la réponse fournie par l'ARCEP relative au déploiement des opérateurs sur les Hauts-de-Seine. Selon l'ARCEP :
- « *fin 2008 les immeubles d'habitation à proximité de la fibre optique représentaient près de 460 000 logements dits « adressables ».*
 - « *parmi les immeubles adressables, certains sont déjà équipés en fibre optique ou en passe de l'être dans un délai court car la convention a déjà été signée avec le propriétaire. L'Autorité estime, au vu des informations dont elle dispose, que l'ensemble des immeubles regroupait 95 000 logements fin 2008 ».*
 - « *Ce parc de [95 000] logements a vocation à augmenter régulièrement, au rythme des immeubles qui seront démarchés par les opérateurs, et tendre ainsi, à terme, vers le parc de logements adressables ».*
96. S'agissant de la notion des prises adressables, les autorités françaises précisent qu'ainsi que l'a relevé le *Conseil de la Concurrence*, un "logement adressable est un logement situé dans un immeuble à proximité du réseau de transport de la fibre (le réseau est déployé dans la rue)"³². De même dans une communication du 7 avril 2009, l'ARCEP aurait évoqué « *la présence de fibre à proximité des logements* » explicitant ainsi clairement qu'une prise « adressable » ne correspond pas à une fibre allant jusqu'au pied d'immeuble. Ainsi défini, le concept de prises « adressables » ne constituerait pas un indicateur fiable des déploiements d'un opérateur et de sa capacité à commercialiser des services à « très haut débit ». En effet, cet indicateur, ne permettrait pas de prendre en compte de nombreux éléments importants inhérents au processus de déploiement effectif du FTTH, notamment, en ce qui concerne la desserte horizontale en domaine public, les déploiements complémentaires en linéaire, et en capacité sur le linéaire total, vers toutes les habitations d'une zone donnée. En effet, quelques fibres dans une rue ne permettraient pas de garantir le passage d'un statut d' « adressable » à « raccordable » de l'ensemble des logements (pavillons ou immeubles collectifs) de cette même rue alors même qu'ils sont « adressables ».³³ Or, l'ensemble de ces actions représenterait un coût d'investissement encore à réaliser considérable.
97. De plus, les prévisions de France Télécom, telles que présentées dans sa lettre du 6 février 2009, feraient apparaître un ratio de 2 % entre prises « raccordées » et « adressables », ce qui

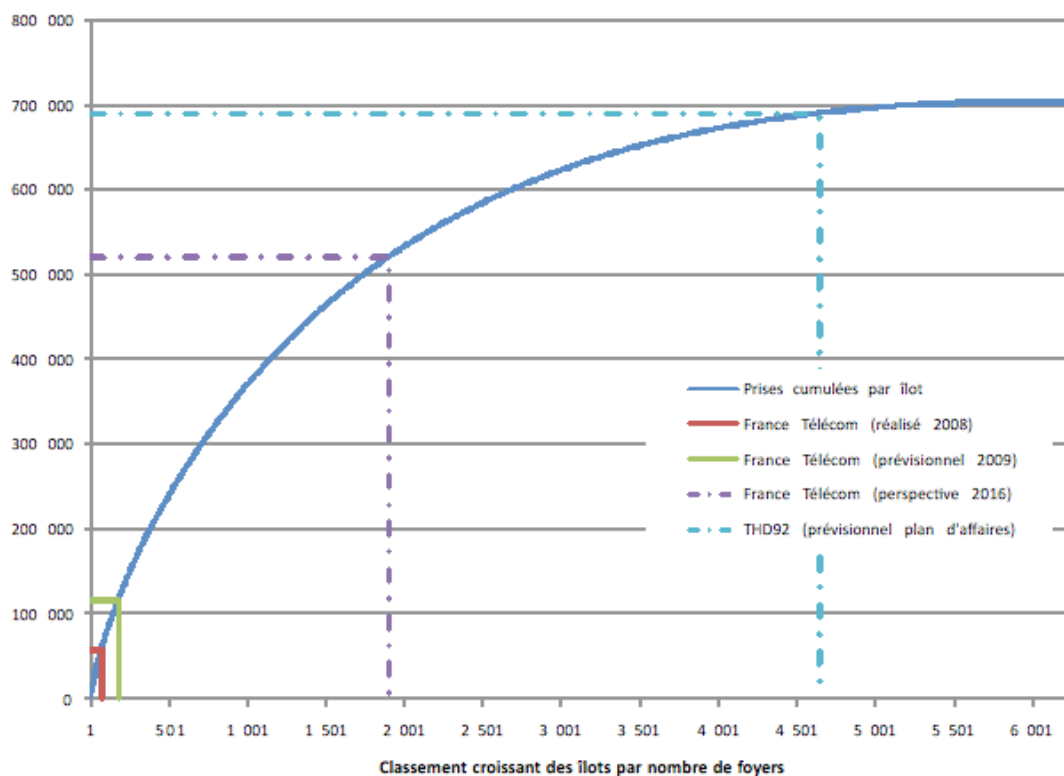
³² Décision n° 08-D-02 du 12 février 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de boucles locales optiques résidentielles de type FTTH.

³³ De même, s'agissant de la desserte verticale en domaine privé, cet indicateur ne prendrait pas en compte la négociation de conventions avec les acteurs immobiliers, la réalisation des travaux d'installation à l'interne, y compris le raccordement des câbles optiques

confirmerait la réticence des opérateurs à consentir l'investissement conséquent nécessaire pour rendre opérationnels leurs déploiements. Au final, les autorités françaises soulignent que la notion de prises « adressables » ne permet pas de refléter de nombreux aspects importants d'un déploiement opérationnel FTTH, et donc de l'investissement réel réalisé et encore à consentir.

98. Pour ce qui est des prises « raccordables », les autorités françaises considèrent que le nombre de 95 000 prises mentionné dans le courrier de l'ARCEP correspondrait à 87000 logements pour France Télécom et près de 8000 pour les opérateurs alternatifs. Selon les autorités françaises, la prédiction de l'ARCEP selon laquelle « *ce parc de [95 000] logements a vocation à augmenter régulièrement, au rythme des immeubles qui seront démarchés par les opérateurs, et tendre ainsi, à terme, vers le parc de logements adressables* » ne serait qu'une hypothèse optimale qui devrait être mise en perspective avec le déploiement de THD 92 qui est fondé sur des engagements fermes et contractuellement contraignants. Selon les autorités françaises, à supposer même que la totalité des prises « adressables » de France Télécom deviennent effectivement « raccordables », il n'en reste pas moins que le projet THD 92 permettra *a minima* la couverture de plus de 300 000 prises supplémentaires.
99. Afin d'illustrer géographiquement l'impact des perspectives de déploiement de France Télécom sur la couverture du territoire des Hauts-de-Seine, les autorités françaises ont procédé à une analyse qui classe les îlots par densité de foyers et identifie le nombre d'îlots cibles à couvrir pour atteindre les quantitatifs de prises estimées. Selon les autorités françaises, l'effort pour couvrir les 200 000 foyers complémentaires conduit à un déploiement géographique sans commune mesure (de 2 000 îlots à plus de 4 500 îlots).

Répartition des foyers par îlot dans les Hauts-de-Seine



100. Selon les autorités françaises, il suffirait à France Télécom, pour atteindre 500 000 prises raccordables, de ne couvrir que 1900 îlots environ, soit à peine 40 % du nombre d'îlots qui sera couvert par THD 92. Ainsi, à suivre les annonces de France Télécom, plus de 60 % du Département ne serait pas couvert. L'objectif de 100% de couverture du territoire Départemental ne pourrait donc en aucun cas être satisfait par l'initiative privée, de sorte que les prévisions sur la base desquelles a été décidé le lancement du projet THD 92 seraient confirmées par les données de l'opérateur historique lui-même.

Sur le fait que les Hauts-de-Seine ne sont pas une "zone noire" et que la subvention ne couvre que les coûts du déploiement dans les zones blanches (40% du territoire)

101. A la lumière des observations déposées par des opérateurs tiers mettant en cause la décision du Département de procéder à la création même d'un SIEG et d'octroyer une subvention, les autorités françaises ont réitéré de nouveau dans les réponses écrites le fait que l'intervention publique ne cible que les zones blanches du Département, à savoir 40% des prises raccordables.

102. A cet égard, les autorités françaises ont produit le tableau ci-dessous qui présente les différentes hypothèses de déploiement de la couverture FTTH dans le Département des Hauts-de-Seine en prenant en compte les hypothèses de mutualisation déjà étudiées par l'ARCEP.

	ZONES NOIRES		ZONES GRISES	ZONES BLANCHES	Total
	3 boucles locales rentables	2 boucles locales rentables	1 boucle locale rentable	pas de boucle locale rentable	
mutualisation en pied d'immeuble	141 868 (17%)	213 056 (26%)	139 252 (17%)	333 724 (40%)	827 900
	354 924 (43%)				
mutualisation en pied d'immeuble pour immeubles > 12 logements + mutualisation voie publique pour les autres logements (immeubles et pavillons)	299 244 (36%)	132 063 (16%)	62 869 (8%)	333 724 (40%)	827 900
	431 307 (52%)				
mutualisation en pied d'immeuble pour immeubles > 24 logements + mutualisation voie publique pour les autres logements (immeubles et pavillons)	389 275 (47%)	90 144 (11%)	14757 (2%)	333 724 (40%)	827 900
	479 419 (58%)				

103. Selon les autorités françaises, dans les hypothèses les plus favorables, la concurrence par les infrastructures rendra possible un investissement d'au moins deux boucles locales concurrentes en FTTH sur une fourchette variant de 355 000 à environ 480 000 prises. Les quartiers rentables pour une seule boucle locale représenteraient alors entre près de 15 000 et 140 000 prises. Cela montrerait que les hypothèses de point de mutualisation influent sur la desserte du périmètre couvert par une ou plusieurs boucles locales. Cependant, elles n'influent plus sur les zones « insuffisamment ou non rentables » qui cumulées représentent plus de 330 000 prises sur le Département, soit 40%.

104. A l'appui de leur thèse essentielle selon laquelle pour atteindre l'objectif de couverture totale dans un délai fixe de 6 ans, la compensation apportée par le département vise uniquement les zones non rentables ou « zones blanches », les autorités françaises

rappellent que les modèles utilisés à cet égard ont été basés sur les règles élaborées par l'ARCEP et actualisées de nouveau à la date d'avril 2009, ainsi qu'il ressortirait du tableau suivant

	ZONES NOIRES		ZONES GRISES	ZONES BLANCHES	Total
	3 boucles locales rentables	2 boucles locales rentables	1 boucle locale rentable	pas de boucle locale rentable	
Investissement totaux sur 25 ans	173 000 000		29 000 000	220 000 000	422 000 000
Investissement de premier établissement	115 000 000		19 000 000	147 000 000	281 000 000
Subvention	0		0	59 000 000	59 000 000

(montants en € TTC)

105. Concernant la desserte des « zones grises », les autorités françaises rappellent que l'insuffisance de rentabilité et les servitudes de la délégation de service public seraient intégralement financées par le surplus d'exploitation généré sur les zones noires. Par ailleurs, le Délégué ne bénéficiera dans ces « zones noires » d'aucun avantage concurrentiel de nature à limiter les déploiements des opérateurs privés. Au contraire, selon les autorités françaises, il souffrira d'un désavantage concurrentiel né directement des obligations de service public qui lui sont imposées. En particulier, le délégué devra faire face au fait que la péréquation pèsera sur la rentabilité de zones noires³⁴. De même, le déploiement d'un réseau universel neutre génèrera des surcoûts de l'ordre de 28%.³⁵

Sur les diverses déclarations faites par Free au sujet du projet THD 92

106. A titre liminaire, les autorités françaises soulignent que bien que tous les opérateurs concernés aient été invités à participer à la procédure publique de mise en concurrence, ce n'est qu'à la veille de la délibération portant sur l'attribution de la convention que l'opérateur Free s'est manifesté arguant, en pleine contradiction avec la position de l'opérateur historique, France Télécom, pouvoir couvrir tout le territoire Départemental à bref délai et sans subvention. Cette proposition de Free, s'exprimant à l'extérieur du cadre légal d'attribution de la DSP et mettant ainsi en cause l'égalité de traitement des candidats, ne s'accompagnait d'aucun engagement réel et ne pouvait, par conséquent, être prise en compte par le Conseil général du Département.

107. S'agissant en particulier de l'intention de Free d'équiper les 36 communes du Département d'un réseau de fibre optique d'ici fin de 2012, les autorités françaises considèrent avoir déjà pleinement démontré que 40 % du territoire du Département des Hauts-de-Seine ne sera pas couvert par les opérateurs tiers, ces zones non rentables étant dispersées sur l'ensemble du territoire. Elles soulignent que pour avancer ce chiffre, elles se sont appuyées d'une part, sur le postulat, non contesté, qu'une zone ne sera pas couverte

³⁴ 6% en moyenne de contribution sur les revenus tirés de cette exploitation, les 4 communes les plus attractives atteignant même une participation respective de 25% sur Neuilli, 21% à Neuilli-Perret, 19% à Boulogne-Billancourt et 16% à Puteaux.

³⁵ Il s'agit de l'installation de fibres excédentaires en colonne montante reconnues comme un surcoût par l'ARCEP, soit un surcoût d'au moins 10%; capacités en fibres des câbles et capacité des NRO pour recevoir plusieurs opérateurs, nouveaux entrants y compris, où le différentiel de coût entre un réseau PON et un réseau point à point serait de l'ordre de 18% selon le modèle de l'ARCEP.

si sa rentabilité n'atteint pas un niveau suffisant pour un investisseur avisé, et d'autre part, sur deux méthodes parallèles pour déterminer la rentabilité des différentes zones, à savoir une procédure formalisée de mise en concurrence qui a permis de discuter trois offres, et à laquelle Free a choisi de ne pas participer, et un modèle économique validé par l'ARCEP publié par elle précisément dans le but de déterminer les opportunités de déploiement des réseaux fibré par des opérateurs. Ainsi, la déclaration de Free du 26 mai 2009 ne saurait remettre en cause leur analyses antérieures relatives au fait que 40% des prises à installer ne seront pas rentables ("zones blanches")

108. A cet égard, les autorités françaises soulignent que les annonces de Free sont rarement suivies d'effet. En effet, alors qu'en décembre 2007 Free indiquait qu'elle était en train de réaliser des travaux pour installer 150 000 prises sur le territoire du Département et que des études avaient déjà été lancées pour 180 000 prises supplémentaires, dix-huit mois plus tard, non seulement les 150.000 prises n'ont pas été installées, mais selon le planning transmis par Free à la Commission en date du 26 mai 2009, le nombre de prises actuellement en travaux serait limité à 50 000 alors que les plaques pour lesquelles des études ont été lancées (ou le seront d'ici fin juin 2009) correspondent à seulement 140 000 prises supplémentaires.

109. A l'appui de leur thèse selon laquelle l'annonce de Free d'une couverture complète de tous les communes de Hauts-de-Seine d'ici fin 2012 serait peu crédible, les autorités françaises font référence à un courrier confidentiel de Free du 6 mai 2009 adressée au président du Conseil Général des Hauts-de-Seine. Dans cette lettre, tout en réitérant sa volonté de ne pas être cliente du réseau THD 92 dans la mesure où elle pourrait déployer son propre réseau à un coût moindre qu'en recourant à l'offre du délégataire, Free a suggéré que ["..."]*.

110. Selon les autorités françaises, le Département aurait refusé d'entrer dans une logique [...] qui ne pourrait conduire qu'à un partage des zones blanches de son territoire entre différents monopoles locaux qui seront encore renforcés par les incompatibilités techniques existant entre les architectures des opérateurs (PON et point à point). Au contraire, ainsi qu'il résulterait de l'ensemble du dossier notifié à la Commission, le Département aurait pris dès le début le soin [...] et de vérifier la véracité des déclarations des uns et des autres. Il aurait également, conformément aux principes dégagés dans l'arrêt *Altmark*, choisi l'opérateur bénéficiaire de l'aide pour le déploiement sur ces zones blanches au travers d'une procédure de mise en concurrence ouverte à tous les opérateurs. Bien que Free aurait reconnu dans cette lettre [...].

111. Les autorités françaises ajoutent que le déploiement du réseau Départemental, qui aurait selon les dires de Free des coûts supérieurs à celui du déploiement en propre par cet opérateur, ne privera pas ce dernier de la possibilité d'effectuer ses propres déploiements, et de concurrencer avec une meilleure offre tarifaire le réseau Départemental et les offres des clients de ce dernier.

Sur le dimensionnement de NROs

112. Contrairement aux interrogations soulevées par Free à l'égard du dimensionnement inadéquat des NRO, dans leur réponse du 30 avril 2009, les autorités françaises ont fait valoir qu'une superficie de 25 m² NRO avec une capacité minimale de 12 baies serait

* Données confidentielles

techniquement suffisante pour héberger à moins 3 opérateurs y compris ceux qui feront appel à la technologies point à point.³⁶ A cet égard, les autorités françaises expliquent que, en tout état de cause, le contrat de délégation donne au Département les moyens de s'assurer que le réseau effectivement déployé sera dimensionné de façon à répondre de manière précise aux besoins du marché, et s'adaptera rapidement à leur évolution.³⁷ Elles ajoutent qu'un certain nombre de précisions seront introduites par voie d'avenant afin de lever toute ambiguïté sur ce point.³⁸

113. Dans son courrier du 23 janvier 2009, la Commission a invité les autorités françaises à préciser, entre autres, les mesures prises pour éviter un traitement de facto discriminatoire des tiers concurrents des actionnaires du Déléataire dans l'hypothèse où un des actionnaires du Déléataire obtient dès le début du déploiement de réseau THD 92 accès aux NRO, et les entreprises tierces concurrentes se voient par après refuser accès jusqu'à ce que des travaux supplémentaires de redimensionnement soient effectués.

114. Dans leur réponse du 30 avril 2009, les autorités françaises n'ont pas exclu qu'en théorie un opérateur puisse adopter une stratégie opportuniste vis-à-vis du réseau THD 92 et « préempter » ainsi l'ensemble des lignes d'un NRO en vue d'exclure par avance les opérateurs concurrents. Bien qu'un mécanisme contractuel existe permettant d'éviter un traitement discriminatoire des concurrents des actionnaires du déléataire, les autorités françaises, afin de renforcer davantage la maîtrise de ce risque, ont proposé d'intégrer au contrat de délégation les engagements suivants :

- En premier lieu, ainsi que mentionné ci-dessous, la configuration des NRO sera contrôlée en comité de suivi sur la base des besoins exprimés par l'ensemble des opérateurs présents sur le marché;

³⁶ Selon les autorités françaises, un opérateur utilisant la technologie point à point (tel que Free) ou PON (tel que SFR) n'aura besoin au maximum que de 3 baies de connexion. Il restera dans cette hypothèse encore une capacité de 6 baies pour accueillir d'autres opérateurs, avant d'envisager une extension. A cet égard les autorités françaises rappellent que, à l'instar de la pratique de France Télécom sur ses nœuds de Raccordement d'Abonnés (« NRA »), les contrats signés avec les utilisateurs du réseau dans le cadre de la délégation permettront uniquement l'installation, dans les NRO, de matériel destiné au transport de données, à l'exclusion des matériels de services (traitement de données), qui peuvent en effet s'avérer à terme particulièrement volumineux. L'interdiction d'installation de matériels de services permettra de limiter le nombre maximum de baies nécessaire à un seul opérateur, et ainsi de garantir l'accueil au sein des NRO du plus grand nombre de fournisseurs de services possibles sur le réseau géré dans le cadre de la délégation. Le traitement des données et la gestion des services resteront donc sous l'entière responsabilité des opérateurs dans le cadre soit de leurs plateformes de services centralisées, soit d'espaces techniques implantés à proximité des NRO du Déléataire. Les capacités qui seront allouées aux opérateurs dans le cadre de la Délégation ne peuvent donc en tout état de cause être comparées avec celles qu'ils utilisent dans le cadre des installations leur appartenant en propre.

³⁷ L'article 21 de la Convention de délégation impose au Déléataire de faire évoluer le réseau afin de répondre aux besoins avérés des usagers. De plus, le paragraphe 2.1 de l'annexe 2 à la Convention de délégation prévoit le principe selon lequel, « *L'architecture du Réseau doit permettre aux Usagers d'opter indifféremment pour des offres de location de fibre optique pour des solutions point à point et point multipoint telles qu'elles sont prévues au Catalogue de Services* ».

³⁸ Il sera notamment confirmé que, pour les besoins du calibrage initial du dimensionnement des NROs à construire dans le cadre du projet « THD92 », le Déléataire organisera des groupes de travail techniques avec les opérateurs potentiellement usagers de THD92, afin d'évaluer leurs besoins réels en termes de connexion au réseau. A la suite de ces réunions, le Déléataire remettra un rapport au Département et c'est sur la base de ce rapport que seront actées, via le comité de suivi de la Délégation, les spécifications des NROs.

- En tout état de cause, chaque NRO sera doté au minimum de 12 baies, ce qui devrait permettre la connexion de trois Fournisseurs d'Accès à Internet (« FAI ») ainsi que de plusieurs opérateurs d'entreprise ;
- Lorsqu'un FAI exprimera le souhait d'être client du Déléataire sur un NRO particulier dans le cadre d'une offre de services de type IRU, une capacité de 3 baies lui sera automatiquement réservée, étant entendu qu'une offre de services «IRU point à point» sera intégrée au catalogue de services par avenant ;
- Enfin, chaque FAI pourra également bénéficier à sa demande d'une option pour une baie supplémentaire, valable un an. Afin de bénéficier de cette option supplémentaire, le FAI concerné devra cependant justifier [de] l'utilisation effective des 3 baies qui lui sont déjà allouées dans le cadre d'une offre de services IRU. Dans le cas où l'option ne serait finalement pas levée, les capacités concernées seront remises sur le marché.

115. Les autorités françaises considèrent ainsi que ces mesures, couplées avec l'obligation contractuelle imposée au délégataire de faire évoluer le réseau en fonction des demandes des opérateurs tiers, élimineront définitivement le risque en question.

VI. APPRECIATION DE LA MESURE

116. L'article 16 du traité dispose que la Communauté, sans préjudice des articles 73, 86 et 87, utilise les pouvoirs qui lui sont conférés afin de veiller à ce que les services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Afin que certains services d'intérêt économique général fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions, un soutien financier de l'État destiné à prendre en charge tout ou partie des coûts spécifiques résultant des obligations de service public peut s'avérer nécessaire. Conformément aux dispositions de l'article 295 du traité, telles qu'interprétées par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, il est indifférent au regard du droit communautaire que ces services d'intérêt économique général soient gérés par des entreprises publiques ou privées.

117. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Altmark*, la Cour de justice a indiqué que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 87 du traité pour autant que quatre critères cumulatifs soient remplis. Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies. Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente. Troisièmement, la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes y relatives et d'un bénéfice raisonnable. Enfin, lorsque le choix de l'entreprise à se charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée aurait encourus.

118. Lorsque ces quatre critères sont remplis, les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État, et les dispositions des articles 87 et 88 du traité ne s'appliquent pas. Si un de ces critères n'est pas rempli et les critères généraux

d'applicabilité de l'article 87, paragraphe 1, du traité sont réunis, les compensations de service public constituent des aides d'État soumises aux dispositions des articles 87 et 88 du traité. A cet égard, il convient d'ajouter que le 17 septembre 2009, la Commission a aussi adopté des "Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit" lesquelles traitent également de la question de l'application des critères *Altmark* dans le secteur du haut et du très haut débit.³⁹

119. Il convient donc d'examiner si, ainsi que les autorités françaises l'ont fait valoir, la subvention versée par le Département des Hauts-de-Seine respecte les quatre conditions susmentionnées de l'arrêt *Altmark*.

6.1 Les critères de l'arrêt "Altmark"

Premier critère: obligations effectives et clairement définies

120. L'application des critères *Altmark* présuppose qu'une entreprise ait effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public au sens de l'article 86(2) du Traité.

121. Il résulte de la jurisprudence, qu'en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la nature des services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général. Néanmoins, les services en question doivent revêtir un intérêt économique général qui présente des caractéristiques spécifiques par rapport à ceux que revêtent d'autres activités économiques⁴⁰ et les entreprises en cause doivent avoir été chargées d'une mission particulière attribuée par l'Etat.⁴¹ La Cour a ainsi relevé le fait que certaines mesures d'exclusion ou de restriction de la concurrence sur un marché donné pouvaient ne pas être justifiées par une mission de service public d'intérêt économique général, au sens de l'article 86, paragraphe 2, du Traité.⁴²

122. A cet égard, il y a lieu de relever que les parties tierces qui ont soumis des observations à l'encontre du projet THD 92, ont essentiellement fait valoir que, en ce qui concerne au moins le premier critère de l'arrêt *Altmark*, à savoir la création d'un service public ou SIEG, ce critère ne saurait de toute façon être rempli en l'espèce car le territoire du Département des Hauts de Seine serait couvert dans les années à venir par des réseaux de très haut débit d'initiative privé. En effet, dans sa lettre du 25 mai 2009 Free a même déclaré être en mesure de couvrir toutes les 36 communes des Hauts-de-Seine d'ici fin de 2012 par son propre réseau de très haut débit mettant ainsi en cause l'existence des zones non rentables dans le Département. Ainsi, il n'existerait aucune raison pour justifier une intervention publique, les besoins du public étant en train d'être satisfaits par des déploiements de réseaux fibrés entrepris par les opérateurs privés.

³⁹ Voir en particulier, paragraphes 20 à 30 desdites lignes directrices. Ces lignes directrices vont s'appliquer dès le premier jour qui suit leur publication au Journal officiel de l'Union européenne.

⁴⁰ Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*. Affaire C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889, point 27.

⁴¹ Arrêt de la Cour du 21 mars 1974, *BRT c/SABAM*. Affaire 127/73, Rec. 1974 p. 313; arrêt du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*. Affaire 66/86, Rec. p. 803, point 55).

⁴² Arrêt du 13 décembre 1991, *GB-INNO-BM*. Affaire C-18/88, Rec. p. I-5941, point 22.

123. Il convient, par conséquent, d'examiner de prime abord la question de l'état de couverture actuelle et projetée des Hauts-de-Seine par des réseaux de très haut débit d'initiative privée, et notamment l'existence des zones non rentables.
124. A cet égard, il y a lieu de relever que, ainsi qu'il ressort du dossier, à l'époque de la conception du réseaux THD 92, le Département avait entrepris une large consultation publique afin d'établir l'appétance des opérateurs du haut débit pour une infrastructure neutre, ouvert et mutualisée de très haut débit couvrant la totalité du territoire départementale, et recueillir aussi leurs plans de déploiement futurs de tels réseaux. La consultation publique a non seulement confirmé que le Département ne serait pas couvert dans son ensemble par des réseaux à très haut débit d'initiative privée, mais que la plupart des opérateurs concernés, y compris Free et France Télécom, étaient même favorables au déploiement d'un réseau aux caractéristiques du THD 92.
125. En effet, ainsi que le processus d'attribution de la délégation de service public l'a démontré, tous les groupements qui ont soumis une candidature se sont précisément basés sur l'existence dans le Département des zones non rentables dont la couverture aurait nécessité l'octroi d'une subvention publique. En particulier, il convient de constater à cet égard que l'opérateur historique, France Télécom, a également participé à la procédure de mise en concurrence pour se retirer par la suite au motif que même avec une subvention de €70 millions le projet envisagé ne lui serait pas rentable. En effet, ce n'était que lors de l'annonce du choix du délégataire que pour la première fois Free a exprimé son opposition au projet THD 92 en annonçant ses propres plans de déploiement d'un réseau à très haut débit dans le Département.
126. Lorsque France Télécom par courrier du 6 février 2009 a communiqué à la Commission ses propres prévisions de déploiement d'un réseau à très haut débit dans les Hauts-de-Seine (voir ci-dessus paragraphe, 85), la Commission a demandé aux autorités françaises de recueillir sur cette question l'avis de l'ARCEP, autorité responsable pour la régulation du marché français du haut et du très haut débit, et chargée actuellement, à la suite de l'adoption de la nouvelle loi de modernisation de l'économie en août 2008 (voir ci-dessous, paragraphe 140) d'un rôle important de coordination en matière de développement du très haut débit en France.⁴³ Cette demande de la Commission a été motivée notamment par le fait que, ainsi que le *Conseil de la Concurrence* l'avait déjà constaté en 2008, France Telecom jouit d'une position dominante sur le marché du très haut débit en raison d'un réseau de plus de 300 000 Km des fibres posées dans toute la France et du contrôle subséquent d'un nombre significatif des fourreaux qui sont des infrastructures essentielles (non duplicables) pour le déploiement de tels réseaux par des opérateurs alternatifs (voir ci-dessus, paragraphe 96).⁴⁴

⁴³ A la demande du gouvernement français, les principaux opérateurs de réseaux des communications électroniques ont mené, sous l'égide de l'ARCEP, depuis le début de l'année 2009, des expérimentations pour la mise en œuvre du principe de mutualisation de la partie terminale (notamment à l'intérieur des immeubles) des boucles locales en fibre optique posé par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

⁴⁴ En effet dans sa décision no 08-D-02, le Conseil de la Concurrence a constaté que "*il est d'ores et déjà possible de constater que les infrastructures de génie civil de France Télécom totalisent environ 300 000 kms de fourreaux, répartis de façon homogène sur l'ensemble du territoire national et desservant l'ensemble des habitations. (...) Ces caractéristiques sont de nature à donner à France Télécom un avantage concurrentiel inégalable sur les marchés émergents du très haut débit. Or, ces infrastructures de génie civil ont été construites avant l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications et, pour l'essentiel, au début des années 1970 lors du plan d'équipement au téléphone de l'ensemble des usagers. Elles ont été financées par des*

127. Ainsi qu'il ressort de la réponse de l'ARCEP aucun opérateur n'a à ce jour déployé un réseau universel en fibre optiques aux Hauts-de-Seine. En effet, le parc d'abonnés des prises raccordables ne dépassait 95 000 logements fin 2008, alors que les prises adressables déjà déployées par France Télécom représentaient 460 000 logements.
128. S'agissant du nombre des prises adressables de France Télécom, ainsi que les autorités françaises l'ont souligné, cet indicateur ne permet pas de prendre en compte des paramètres qui jouent un rôle déterminant dans le déploiement effectif d'un réseau FTTH, tels que la desserte horizontale en domaine public, le déploiement complémentaire en linéaire et en capacité vers tous les habitations d'une zone donnée. Ainsi le fait que des fibres optiques ont été posées sur la voirie publique ne signifie pas que ces prises seront converties automatiquement en prises raccordables ce qui semble par ailleurs être confirmé par le très bas ratio (2%) actuel entre prises "raccordables" et prises "adressables" de France Télécom.
129. Ceci dit, à supposer même que dans le futur, France Télécom arrive à convertir toutes ses prises adressables à des prises raccordables, il n'en reste pas moins qu'ainsi les autorités françaises l'ont démontré, il suffirait à France Télécom de ne couvrir que 40% du département pour atteindre même 500 000 prises raccordables, ce qui signifie que plus de 60% du territoire du Département ne serait pas couvert. En tout état de cause même si un jour toutes les prises adressables de France Télécom deviennent des prises raccordables, le réseau THD 92 aura couvert 300 000 prises supplémentaires à savoir plus au moins 40% en plus en terme de couverture territoriale.
130. Ainsi, les données contenues dans la réponse de l'ARCEP ne font que confirmer les analyses effectuées par les experts du Département qui, basées sur les règles de mutualisation élaborées par l'ARCEP, montrent que les prises raccordables non-rentables représentent 40% du total des prises du Département.⁴⁵
131. Quant au courrier de Free du 26 mai 2009, selon lequel ledit opérateur serait en train de déployer d'ici fin 2012 un réseau à très haut débit couvrant toutes les 36 communes du Département, courrier qui selon les autorités françaises serait dépourvue de toute crédibilité et viserait uniquement par le seul fait d'annonce de déstabiliser le projet THD 92, il y a lieu de constater que Free avait déjà en 2007 annoncé, lorsque la délégation du THD 92 a été octroyée, qu'elle était en train de réaliser des travaux pour installer 150 000 prises sur les Hauts-de-Seine. Or, ainsi que les autorités françaises l'ont souligné, dix huit mois plus tard, Free n'aurait pas atteint cet objectif, ses travaux restant limités à 50 000 prises.

redevances perçues au profit du budget annexe des postes et télécommunications. (...) Il résulte de ces constatations, à ce stade de l'instruction, que la détention d'infrastructures de génie civil par France Télécom est susceptible de lui conférer une responsabilité particulière, consistant notamment à ne pas fausser le jeu de la concurrence sur les marchés naissants du très haut débit en se réservant une utilisation de ces infrastructures qu'elle refuserait à ses concurrents ou en ouvrant leur accès de façon discriminatoire" Le Conseil de la Concurrence est parvenu aux mêmes conclusions dans son Avis n° 08-A-09 du 5 juin 2008, 'relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros du haut débit et du très haut débit'.

⁴⁵ Il convient de relever à cet égard que France Télécom, en dehors du courrier du 6 février susmentionnée qui fait état de ses prévisions de déploiement d'un réseau en fibres optiques dans les Hauts de Seine jusqu'à la fin de 2009, n'a pas présenté d'autres plans d'investissements futurs à cet égard avant, durant et après le déroulement de la procédure d'attribution de la DSP.

132. Dans son courrier susmentionné, à l'appui de son affirmation qu'elle a décidé de déployer dans les trois années à venir un réseau universel à très haut débit, Free a également indiqué qu'elle a déjà entrepris récemment des démarches auprès de France Télécom pour avoir accès à ses fourreaux. Bien que ces démarches ne soient pas en soi à suffisantes pour démontrer que Free est effectivement en train de déployer un réseau en fibres optiques en construisant autant de prises optiques que celles prévues par le réseau THD 92 (plus de 800 000 prises raccordables), elle doit en tout état de cause être relativisée dès lors que France Télécom, opérateur historique et concurrent direct de Free, (aux fourreaux desquels Free aurait demandé d'avoir accès), ne fait état que de 450 000 prises "adressables" déployées aux Hauts-de-Seine.
133. En outre, l'annonce susmentionnée de Free semble être en contradiction avec le courrier qu'elle a adressé au Président du Département quelque semaines auparavant dans lequel elle proposa [...]. Ainsi qu'il découle de ce courrier, Free ne serait pas opposée, si sa proposition devrait être acceptée par le Président du Département, qu'une subvention publique soit accordée à la condition qu'elle serait engagée sur les zones [...].
134. Sur la base des considérations qui précèdent la Commission considère que, en partant de la prémisse que les zones non rentables pour le déploiement du réseau THD 92 représentent 40% du territoire des Hauts-de-Seine (en termes de prises raccordables), les autorités françaises n'ont pas commis à cet égard une erreur d'appréciation dans le cadre de la délégation d'un service public pour le déploiement du réseau THD 92. Il convient, par conséquent, d'examiner si les autorités françaises, en ayant recours à une délégation de service public, ont en l'espèce respecté les exigences de la jurisprudence susmentionnée (voir ci-dessous, paragraphe 121).

Réglementation communautaire en la matière

135. Dans le secteur des communications électroniques, la législation communautaire a déjà harmonisé les principes applicables aux obligations de service universel, lesquelles consistent en la fourniture d'un ensemble de services de base.⁴⁶ Selon l'article 4 de la directive 2002/22/CE, le service universel comprend le raccordement au réseau téléphonique public, à leur demande, de tous les usagers finaux quel que soit le lieu géographique, et à un prix abordable selon les critères nationaux. Le service universel comprend le droit d'accès à une connexion permettant à l'utilisateur final de composer et recevoir des appels, des facsimiles, ainsi que la transmission de données. La transmission de données se réfère à une connexion Internet à bas débit (normalement à une vitesse inférieure ou égale à 56kbis/s). Le service universel implique une obligation incombant à un opérateur désigné pour laquelle il peut ou non être compensé.
136. Ainsi que les autorités françaises l'ont souligné, les réseaux et services à très haut débit sont par définition beaucoup plus performants que la connexion à haut débit, et à fortiori à bas débit qui est prévue par le service universel. En substance, les réseaux à très haut débit auront la vitesse et la capacité de fournir des contenus à haute définition (vidéo ou télévision), de supporter des applications à la demande gourmandes en capacité et

⁴⁶ Voir, Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), JO L 108 du 24.4.2002, p. 51.

d'apporter aux usagers des connexions haut débit symétriques abordables, que seules les grandes entreprises peuvent s'offrir aujourd'hui.

137. Dans le domaine du très haut débit, le défi consiste à rendre possible, dans un délai raisonnable, en l'espèce, dans une période de six ans, un accès équitable à tous les citoyens et entreprises établis dans le Département, et leur offrir le choix entre des services technologiquement avancés dans des zones géographiques où pour des raisons économiques l'offre concurrentielle de ces services ne sera pas possible car peu rentable.
138. En outre, la directive 2002/22/CE spécifie que les Etats membres peuvent chercher à assurer la fourniture d'autres services spécifiques en dehors des services couverts par le service universel⁴⁷.
139. A cet égard il y a lieu de relever que dans son plan de développement de l'économie numérique, publié en octobre 2008,⁴⁸ le gouvernement français a mis en exergue le rôle déterminant des technologies numériques dans le développement économique et la compétitivité des économies développées et a fixé comme objectif de faire la France l'un des "leaders" en matière de très haut débit. Selon le gouvernement français, outre le développement des services pour les Français, de la compétitivité des territoires et des entreprises, le projet industriel que représentent la fibre optique et les réseaux à très haut débit, sera générateur d'investissements – près de 10 milliards d'euros sur 10 ans – et créateurs d'emplois. Ainsi l'arrivée du très haut débit devra se faire au bénéfice des usagers et des entreprises grâce à un réseau de fibre optique pour le plus grand nombre et à un réseau ouvert à la concurrence.
140. Pour atteindre cet objectif plusieurs mesures viennent d'être prises, notamment dans le cadre de la nouvelle "Loi de modernisation de l'économie" (LME)⁴⁹. Cette loi consacre déjà (i) un droit à la fibre optique qui doit ainsi permettre à chaque citoyen français de se faire raccorder à un réseau en fibre optique s'il dispose d'une offre d'un opérateur, et ((ii) le pré-câblage obligatoire en fibre optique à partir de 2010 de tous les immeubles afin d'accélérer davantage le déploiement du très haut débit. Une obligation de mutualisation des réseaux à très haut débit en un point de raccordement facilement accessible pour les opérateurs tiers y figure également. Par ailleurs, les différentes infrastructures (réseaux câblés, électriques, de distribution d'eau ou d'assainissement) devront être utilisées pour le déploiement du très haut débit. Toutefois, ainsi que ce rapport le souligne, *"il existe un risque non négligeable que certains opérateurs se contentent d'équiper les grands immeubles, dans les zones à forte densité d'habitation, et commercialisent leurs offres de détail de manière sélective"* et que *"le mode de déploiement choisi par le marché est*

⁴⁷ La directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel ») a spécifié en son considérant 46 que les « États membres peuvent prendre des mesures supplémentaires (par exemple, favoriser le développement d'infrastructures ou de services dans des circonstances où le marché ne répond pas de manière satisfaisante aux exigences des utilisateurs finals ou des consommateurs), conformément à la législation communautaire » et en son article 32 que : « Les Etats membres peuvent décider de rendre accessibles, au public, sur le territoire national, des services additionnels, à l'exception des services qui relèvent des obligations du service universel définies dans le chapitre II, mais, dans ce cas, aucun mécanisme de compensation impliquant la participation d'entreprises spécifiques ne peut être imposé ».

⁴⁸ Premier Ministre, Secrétariat d'Etat chargé de la prospective de l'évaluation de politiques publiques et du développement de l'économie numérique, Eric Besson, *"France Numérique 2012 – Plan de Développement de l'économie numérique"*, Octobre 2008.

⁴⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

essentiellement orienté vers une duplication des investissements en zones denses, comme par exemple à Paris où chacun des principaux opérateurs a débuté son déploiement".⁵⁰ Dans ce rapport, le gouvernement français reconnaît ainsi le rôle déjà joué par les collectivités locales dans le déploiement de nouveaux réseaux en fibres dans des zones peu rentables ainsi que le développement de la concurrence au profit des consommateurs.⁵¹

141. La Commission reconnaît également la nécessité d'une intervention des pouvoirs publics pour étendre plus rapidement la couverture des zones mal desservies, car peu rentables, dans le respect des principes réglementaires et du droit de la concurrence. En conséquence, la décision des autorités françaises de développer comme un SIEG un réseau à très haut débit dans les Hauts-de-Seine qui va bien au-delà des limites des réseaux actuels à haut débit et assurer ainsi une couverture des zones non rentables ne contraste pas avec la réglementation communautaire en la matière.

Intérêt général qui présente des caractéristiques spécifiques

142. Selon la jurisprudence de la Cour, les services en question doivent revêtir un intérêt économique général présentant des caractères spécifiques par rapport à ceux que revêtent d'autres activités de la vie économique.⁵²

143. L'établissement dans les Hauts-de-Seine d'une infrastructure passive, neutre, ouverte à tous les opérateurs tiers et mutualisée, autorisant tout opérateur intéressé à fournir des services à très haut débit en utilisant soit une technologie point-à-points, soit une technologie point-à-multipoints peut avoir un impact économique significatif. Comme indiqué par les autorités françaises, par sa couverture quasiment universelle du territoire Départementale et ses grandes capacités technologiques, ce réseau à très haut débit permettra de préserver sa compétitivité fortement dépendante des technologies de l'économie numérique. Le développement économique n'est cependant pas suffisant à lui seul pour justifier qu'un service soit qualifié de SIEG. Une telle qualification doit être motivée par des raisons de service public allant au-delà de l'intérêt général de développer des activités économiques.

144. De telles raisons peuvent exister en faisant référence à des services qui ne seraient pas spécifiquement offerts aux entreprises, mais plutôt à la population au sens large ce qui est la mission du réseau THD 92. En outre il convient d'ajouter que le réseau THD 92 va aussi fournir une connectivité à très haut débit à l'ensemble des établissements publics du Département, y compris les établissements scolaires, collèges, lycées et établissements de formation de la région, les hôpitaux et autres services publics, en promouvant ainsi l'accès à certains services de e-santé, e-gouvernement et de télétravail qui constituent également des objectifs promus par la Communauté européenne.

145. La Commission estime donc que l'accès aux services de très haut débit pour l'ensemble de la population du Département répond à un besoin général et présente un intérêt général spécifique par rapport à celui que peuvent revêtir d'autres activités de la vie économique.

⁵⁰ Idem., page 19

⁵¹ Idem., page 19

⁵² Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA contre Siderurgica Gabrielli SpA*, Affaire C-179/90, Rec. 1991 p. I-5889, point 27.

Mesures justifiées par une mission de service public d'intérêt économique général

146. En plus de ses finalités d'intérêt général, les services doivent posséder certaines caractéristiques qui les rendent différents des services commerciaux normaux et justifient l'attribution d'une mission particulière par l'Etat.
147. Les services en question, bien qu'étant gérables commercialement et donc qualifiables «d'économiques», ne sont pourtant pas prestés à l'heure actuelle par d'opérateurs tiers d'une façon complète et satisfaisante sur le marché concerné. Ainsi, aucun opérateur commercial n'a, à ce jour, déployé aux Hauts-de-Seine un réseau de desserte à très haut débit et couvrant l'ensemble des usagers résidentiels et professionnels du Département. En effet, le déploiement d'un tel réseau universel comporte des coûts fixes très élevés. Par conséquent, en dehors des zones censées être rentables pour la migration technique et commerciale du haut vers le très haut débit, les opérateurs privés peuvent rencontrer des difficultés sérieuses pour déployer de tels réseaux dans des zones dans lesquelles la densité de population n'est pas très importante et le retour sur investissement incertain. Ainsi, seuls les habitants des zones rentables pourront profiter dans le futur de l'arrivée et de l'accès aux services à très haut débit, ce qui est de nature à miner le développement harmonieux et la solidarité départementale.
148. Le soutien public va par conséquent accélérer la mise en place d'un réseau passif, neutre, librement accessible ('ouvert') et mutualisé dans les zones moins rentables, tout en assurant, grâce à ses caractéristiques, que la concurrence ne soit pas entravée dans le futur. En ce sens, il existe un élément de particularité concernant ce service qui le différencie d'autres services commerciaux surtout dans les zones non rentables et qui peut justifier l'intervention de l'Etat.
149. Il importe à cet égard de faire en outre une distinction entre les investissements liés aux réseaux à très haut débit et la fourniture sur ces réseaux de l'ensemble des services liés au très haut débit.⁵³ Ainsi, le Département des Hauts-de-Seine a pris soin de ne pas permettre que le délégataire du réseau THD 92 puisse fournir des services de très haut débit aux clients finaux, en concurrence directe avec les autres opérateurs clients dudit réseau. L'objectif du réseau THD 92 n'est donc pas de créer un SIEG pour la fourniture des services de contenu, pour lesquels les opérateurs tiers sont en mesure d'assurer pleinement la prestation aux habitants du Département, mais de fournir dans les zones non rentables l'infrastructure indispensable pour que ces services puissent être également fournis.
150. Dans le projet notifié, les obligations de service public sont notamment définies comme la construction, l'exploitation et la commercialisation d'un réseau de très haut débit sur la totalité du Département. Le réseau THD 92 devra être mis à la disposition de tous les opérateurs à un prix unique sur tout le territoire. Le financement public vise donc à rendre possible l'accès au haut débit et à la prestation de services y afférent pour la population et les entreprises du département, au moyen d'une infrastructure librement accessible ('ouverte') à tous les opérateurs et gérée par une entreprise indépendante sur la

⁵³ En effet, il y a lieu de souligner que le service de connexion fourni à l'utilisateur final et l'offre de contenu y accompagnée peuvent être constitutifs de services très différents qui ne rentrent pas nécessairement dans la définition de services d'intérêt général.

base du principe de péréquation tarifaire, principe qui, selon la jurisprudence, constitue l'un des caractéristiques particuliers du service public.

151. En outre, comme indiqué ci-dessus, le délégataire sera en l'espèce un « grossiste » d'infrastructure (*carriers' carrier*) dès lors qu'il commercialisera uniquement la bande passante, de la fibre noire mais en aucun cas du service à l'utilisateur final. En fait, c'est la location de la fibre qui paraît la plus importante pour le développement d'une concurrence pérenne, car elle permettra d'instaurer une concurrence par les infrastructures. En effet, elle permettra aux opérateurs tiers de disposer d'un réseau parallèle à celui du délégataire et de l'exploiter eux-mêmes.
152. Cette mise à disposition d'un réseau des communications électroniques autorisant l'accès généralisé de la population aux services du très haut débit présente des caractéristiques spécifiques par rapport aux autres services commerciaux et justifie l'attribution d'une mission particulière par le Département.
153. En conclusion, la Commission considère que le service tel que défini par les autorités françaises ne contraste pas avec la réglementation communautaire en la matière, présente un intérêt économique général qui va au-delà de l'intérêt normal que revêtent d'autres activités de la vie économique, et possède des caractéristiques spécifiques qui justifient l'attribution d'une mission particulière. La Commission considère donc que les autorités françaises n'ont pas commis d'erreur manifeste à qualifier le service en question comme SIEG.⁵⁴

Obligations clairement définies

154. Le respect du premier critère de l'arrêt Altmark impose aussi que les obligations de service public soient clairement définies et ressortent distinctement de la législation nationale et l'acte de la convention signée en l'espèce. Les autorités françaises ont choisi un mécanisme transparent d'attribution des obligations de service public par mise en concurrence. Par conséquent, une description extrêmement détaillée de ces obligations a été fournie dans le règlement et le programme de consultation qui a été remis aux candidats. Cette description est reprise dans la présente décision aux paragraphes relatifs au contenu de la convention de la Délégation de service public (voir ci-dessous paragraphes 41 à 49).
155. La Commission considère donc que le premier critère de l'arrêt Altmark est rempli.

Deuxième critère: paramètres établis préalablement

156. La Cour a également indiqué que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente.

⁵⁴ Voir dans le même sens la décision de la Commission du 16 novembre 2004 concernant un Projet de réseau de télécommunications haut débit de la région Pyrénées Atlantiques (N. 381/2004).

157. En l'espèce, les paramètres du financement public ont été définis de façon objective et transparente dans le programme de consultation ainsi que dans le règlement de consultation. En effet, le programme de consultation prévoyait que tous les candidats devraient fournir des tableaux de financement permettant de savoir les paramètres utilisés pour définir les zones rentables et non rentables et à partir de quel TRI une zone devenait non rentable; la contribution que les zones rentables apportaient à la couverture partielle ou totale du besoin de financement des zones non rentables; et le besoin résiduel qui devait, le cas échéant, être versé par le Département. Sur la base de ces tableaux, les candidats devaient être en mesure de justifier leur demande pour une subvention qui ne saurait en tout état de cause dépasser le plafond de €70 million. Le délégataire choisi devrait construire un réseau de desserte universel, neutre, mutualisé et procéder à son exploitation pour une certaine période à convenir à la fin de laquelle ledit réseau devrait être retourné en état complet et parfait au Département. Les risques commerciaux relatifs à la construction, déploiement et l'exploitation d'un tel réseau ainsi qu'au respect des obligations découlant de la délégation d'un service public étant à charge du délégataire, aucune subvention supplémentaire ne saurait être versée en dehors de la subvention initialement convenue.

158. La Commission considère donc que le deuxième critère de l'arrêt *Altmark* est également rempli.

Troisième critère: absence de surcompensation

159. Quel que soit le mécanisme utilisé pour la délégation d'un service public et le calcul du niveau de la contribution publique, la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations. Il pourrait exister des circonstances dans lesquelles, en vue notamment du caractère atypique et/ou de la complexité du service, l'attribution de la délégation du service public sur la base de la meilleure offre disponible sur le marché, c'est-à-dire au candidat proposant d'offrir ledit service au moindre coût pour la collectivité, ne suffit cependant pas à exclure une surcompensation de l'opérateur. Ceci pourrait être le cas si un opérateur a un accès privilégié à une infrastructure nécessaire pour l'offre du service ou si la concurrence dans le secteur est très limitée. Il est de même des avantages indirects que le délégataire pourrait en retirer.

160. Dans le cas d'espèce, il existe, en plus de la procédure de mise en concurrence, un certain nombre de clauses de sauvegarde visant à assurer que le délégataire ne reçoit pas plus que ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par le service public ainsi qu'un bénéfice raisonnable.⁵⁵ En premier lieu, ainsi qu'il a été décrit ci-dessus (voir paragraphes 73 à 77), le business plans du délégataire a été contrôlé et vérifié de façon approfondie par les experts du Département sur base des critères et paramètres très détaillés ce qui a permis de vérifier la vraisemblance des estimations du candidat. En effet, ces vérifications ont démontré que le montant d'aide convenu finalement avec le délégataire se situait au dessous du montant que celui-ci aurait pu réclamer.

⁵⁵ Voir aussi à cet égard, paragraphe 50, ci-dessous et la référence faite également au TRI indiqué par l'ARCEP comme référence pour les déploiements de boucle locale optique.

161. Par ailleurs, les autorités Départementales ont exigé la constitution d'une société *ad hoc* afin de préserver la neutralité des actionnaires du délégataire. Il existe donc une séparation non seulement comptable mais également juridique entre les activités commerciales et les activités de service public des actionnaires du délégataire. De plus, la société délégataire ne saurait fournir des services aux clients finaux, ce qui signifie que ses actionnaires ne sauraient profiter du réseau THD 92 qu'au même titre que tout autre opérateur. A cet égard, ainsi qu'il a été décrit ci-dessus (voir Section 2.6 et paragraphes 88-89), la convention contient plusieurs clauses visant à assurer que les actionnaires du délégataire ne bénéficient, soit de façon directe ou indirecte, d'aucun avantage susceptible de fausser la concurrence avec les opérateurs tiers et porter atteinte au respect du principe de non discrimination et d'égalité de traitement.
162. Il existe également une liste prédéfinie de biens de retour. Ainsi que les autorités françaises l'ont expliqué, le délégataire ne bénéficie pas d'un accès privilégié aux fourreaux déjà concédés par France Télécom et les communes au Numericable, mais d'une cession d'un droit irrévocable d'usage de Numericable sur ses infrastructures horizontales moyennant une rémunération. Bien que les différents droits d'usage de ces fourreaux concédés à Numericable expirent entre 2019-2024, ceci n'affecte en rien l'obligation du délégataire de retourner au Département à la fin de la convention un réseaux en état parfait et complet. Ainsi que les autorités françaises l'ont souligné, tous les fibres déployées à l'intérieur des fourreaux en question appartiendront uniquement au Département en tant que biens inaliénables et intangibles. En effet, c'est le délégataire seul qui assume le risque de devoir recourir à des modalités de déploiement plus coûteuses au cas où France Télécom et/ou les collectivités locales décideront de ne plus renouveler les droits d'occupation des fourreaux ainsi concédés, sans qu'il puisse dans ce cas-là bénéficier d'une revalorisation ou renégociation quelconque du montant de la subvention.
163. La Commission considère que l'ensemble des éléments ci-dessus permet de considérer que le troisième critère de l'arrêt *Altmark* est rempli.

Quatrième critère: Détermination du niveau de compensation

164. Le quatrième critère de l'arrêt *Altmark* a pour but d'éviter que la compensation ne soit fixée à un niveau qui ne soit pas le moindre coût pour la collectivité et qui permettrait à des entreprises moins efficaces d'être sélectionnées pour l'exécution du service public. Dans ce cas, il y aurait présence d'une aide au sens de l'article 87(1) du traité même en absence de surcompensation des coûts de l'entreprise délégataire du service.
165. La Cour indique deux solutions possibles pour respecter le critère du moindre coût: (i) attribution de la délégation du service par procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût, ou (ii) détermination du niveau de compensation sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée aurait encouru pour exécuter ces obligations.
166. Lorsque les autorités publiques utilisent des procédures de marché public dans lesquelles elles gardent une marge substantielle d'appréciation dans le choix final du délégataire, il y a lieu de s'assurer que la procédure conduise effectivement à la sélection de l'entreprise capable de fournir les services au moindre coût. Dans le cas d'espèce, la

procédure utilisée pour l'attribution de la délégation de service public a été une procédure spécifique applicable pour l'attribution d'un contrat de concession – qui n'est soumise que partiellement aux Directives « Marchés publics » – et dans laquelle les autorités publiques ont gardé une marge d'appréciation dans le choix final du délégataire. Dans une telle situation il n'est pas possible de conclure automatiquement que le résultat atteint équivaut au prix du marché du point de vue des aides d'Etat.

167. En effet, bien que la procédure de publicité et de mise en concurrence utilisée ait conduit à une phase de négociation avec les opérateurs sur plusieurs éléments et que les caractéristiques du service public en cause ont permis une spécification précise des obligations afférentes à cette mission dans le règlement de consultation, il ne saurait être exclu que même si les conditions d'exécution du service et les paramètres de compensation puissent être déterminés préalablement, les différentes modalités possibles quant aux moyens techniques de mise en œuvre rendent impossible d'en établir *ex ante* une complète spécification.
168. Les documents soumis à cet égard à la Commission indiquent que la procédure utilisée a effectivement permis un degré substantiel de concurrence effective entre les trois offres et que celle retenue était capable de fournir le service en question au moindre coût pour la collectivité.
169. En effet, les autorités Départementales ont procédé en deux étapes. Elles ont premièrement mené des études initiales de faisabilité qui ont porté sur différents scénarios de couverture du territoire départemental en matière de très haut débit ainsi que des consultations publiques auprès des opérateurs concernés afin d'établir les besoins d'une couverture universelle du Département, les caractéristiques du service public, et estimer les coûts du projet et le montant du cofinancement public potentiel. Sur base de ces études, le département a ainsi fixé dès le début de la procédure un montant maximal de subvention de € 70 million.
170. Deuxièmement, les autorités Départementales ont lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence (pour plus de détail sur la procédure choisie voir ci-dessus section 2.3). Les différents paramètres identifiés ainsi que les obligations de service public incombant au futur délégataire ainsi que les critères de sélection ont été portés à la connaissance des 6 candidats initiaux au moyen du programme de consultation.
171. Par la suite, les autorités Départementales ont comparé les aspects quantitatifs et qualitatifs de l'offre des candidats en terme notamment de technologie utilisée, de revenus, d'investissements, et de subvention. Des trois groupements qui ont finalement déposé une offre, un a par la suite retiré sa candidature (MGP Contracting) alors que le groupement Axione/ETDE qui avait sollicité la subvention maximale de € 70 millions, n'a pas été en mesure de présenter un plan de financement définitif. Seul le groupement mené par Numericable a pu présenter une offre complète, demander une subvention moindre et obtenir à la fin la meilleure notation.
172. Ainsi que décrit en détail ci-dessus, le Département a effectué par la suite une analyse circonstanciée des coûts et des recettes de l'offre retenue, de la méthodologie de calcul de la subvention demandée par le groupement mené par Numericable, et a procédé à une vérification supplémentaire au moyen d'un outil méthodologique beaucoup plus approfondi, mis en place par l'expert mandaté à cet effet par le Département.

173. Compte tenu de tous ces éléments, la Commission conclut que, dans le cas en question, les autorités françaises ont effectivement sélectionné le candidat capable donc de fournir ce service en question au moindre coût pour la collectivité.

174. Le quatrième critère de l'arrêt Altmark a donc aussi été respecté.

175. Il ressort de tout ce qui précède que la mesure notifiée ne constitue pas une aide.

VII. SUR LES OBSERVATIONS SOUMISES PAR DES OPERATEURS TIERS A L'ENCONTRE DU PROJET THD 92

176. Concernant les observations soumises par l'opérateur "A" (voir ci-dessus, paragraphe 79), ainsi qu'il résulte de ce qui précède, le projet notifié est articulé autour d'une série de dispositions qui visent à éviter et, le cas échéant, sanctionner une confusion éventuelle entre les intérêts du délégataire et ceux de ses actionnaires. D'autres mesures ont également été prévues afin que ces derniers ne puissent bénéficier des avantages directs ou indirects réservés au seul délégataire. En outre, s'agissant des observations soumises non seulement par l'opérateur 'A' mais aussi par "Sipperec" (voir ci-dessus, paragraphe 80), la convention prévoit expressément l'obligation pour le délégataire de respecter le principe de coordination préalable entre le réseau THD 92 et les autres réseaux d'initiative publique présents dans le Département.

177. Quant aux arguments soulevés par Colt et Free (voir ci-dessus paragraphes 81 et 82), l'examen par la Commission du projet notifié a démontré que la subvention accordée au délégataire ne constitue qu'une compensation pour les obligations du service public souscrites par ce dernier pour le déploiement d'un réseau passif, neutre et ouvert dans des zones non rentables du Département. Ainsi que la Commission vient de le constater, une telle subvention est compatible avec la jurisprudence Altmark. En effet, les coûts du déploiement du réseau THD 92 en dehors de ces zones non rentables restent à charge du délégataire et n'entrent pas dans le calcul de la subvention. Dans ce cas-là, les effets du déploiement du réseau THD 92 sur la position de Colt sur le marché ne sont pas différents d'un déploiement d'un réseau similaire par des opérateurs tiers concurrents.

178. S'agissant des arguments de France Télécom et de Free portant sur la couverture future du Département par des réseaux de très haut débit d'initiative privé, Colt, (voir ci-dessus, paragraphes 84 et 85), ainsi que l'examen du projet notifié l'a démontré, bien qu'il soit probable que ces deux opérateurs arrivent dans les années à venir à déployer leur propres réseaux de très haut débit dans le Département des Hauts-de-Seine, il n'en reste pas moins que 40% du territoire départemental (en termes des prises connectables) ne sera pas couvert car non rentable.

179. Quant aux arguments de Free et de France Télécom (voir ci-dessus paragraphes 83 et 85) tirés du fait que Numericable ne serait pas propriétaire des fourreaux concédés au délégataire, et que ce dernier bénéficierait d'un accès privilégié aux infrastructures concédées à Numericable par France Télécom et les collectivités locales, ainsi que les autorités françaises l'ont souligné, le délégataire ne bénéficie d'aucun accès privilégié en la matière mais d'une cession d'un droit irrévocable d'usage de Numericable sur ces infrastructures moyennant une rémunération (voir ci-dessus, paragraphe 162). A part l'application du principe du renouvellement des droits de concession dont jouit

actuellement Numericable sur les fourreaux de France Télécom et ceux qui lui ont été concédés par les collectivités locales, il n'en reste pas moins que toutes les fibres qui seront posées dans ces fourreaux appartiendront au Département en tant que bien inaliénable et intangible. S'il s'avère que les droits d'occupation de ces fourreaux doivent revenir à France Télécom et/ou à d'autres collectivités locales avant la fin de la concession, il incombera au délégataire de trouver les solutions appropriées afin de respecter ses obligations contractuelles sans qu'il puisse à ce moment là demander une revalorisation quelconque de la subvention octroyée (voir ci-dessus, paragraphe 162).

180. Enfin s'agissant des préoccupations exprimées par Free quant au dimensionnement insuffisant des NRO du réseau THD 92, ainsi que les autorités françaises l'ont expliqué, le dimensionnement initial des NRO, d'une surface de 25 m² permettra l'hébergement au moins de trois opérateurs y compris ceux qui feront appel à la technologie "point à point". En outre, et en tout état de cause, l'article 21 de la convention impose au délégataire l'obligation de faire évoluer le réseau THD 92 afin de répondre aux besoins avérés des usagers (voir ci-dessus, paragraphe 112).

VIII. DECISION

181. Au terme de son analyse, la Commission considère que la mesure notifiée ne constitue pas une aide au sens de l'article 87.1 du traité.

Dans le cas où cette lettre contiendrait des éléments confidentiels qui ne doivent pas être divulgués à des tiers, vous êtes invités à en informer la Commission, dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la date de réception de la présente. Si la Commission ne reçoit pas une demande motivée à cet effet dans le délai prescrit, elle considérera que vous êtes d'accord avec la communication à des tiers et avec la publication du texte intégral de la lettre dans la langue faisant foi, sur le site Internet:

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/state_aids_texts_fr.htm

Cette demande devra être envoyée par lettre recommandée ou par télécopie à :

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Greffé des aides d'Etat
Rue Joseph II, 70
B-1049 BRUXELLES
Fax : +32 (0)2 296 12 42

Veillez croire, Monsieur le Ministre, à l'assurance de ma haute considération.

Par la Commission

Neelie KROES
Membre de la Commission