Les partenariats public-privé dans les infrastructures de télécommunications à haut et très haut débit : les enjeux concurrentiels

*Conciliating public-private partnerships in broadband network infrastructures
and competition policy requirements*

Frédéric Marty

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rei/5525>

DOI : 10.4000/rei.5525

ISSN : 1773-0198

Éditeur

De Boeck Supérieur

Édition imprimée

Date de publication : 21 juin 2013

Pagination : 73-116

ISBN : 978-2-8041-7826-0

ISSN : 0154-3229

Référence électronique

Frédéric Marty, « Les partenariats public-privé dans les infrastructures de télécommunications à haut et très haut débit : les enjeux concurrentiels », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 141 | 1er trimestre 2013, mis en ligne le 21 juin 2015, consulté le 02 juin 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rei/5525> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rei.5525>

LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ DANS LES INFRASTRUCTURES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS À HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT : LES ENJEUX CONCURRENTIELS

Frédéric MARTY, Université Nice Sophia Antipolis,
GREDEG CNRS – Chercheur affilié OFCE, Sciences Po. Paris

Mots-clés : Partenariats public-privé, aides publiques, réseaux de télécommunications, distorsions de concurrence, approche par les effets.

Key words : Public-Private Partnerships, State Aids, Broadband Network Infrastructures, Competition Distortions, Effects-Based Approach.

Depuis la libéralisation du secteur des télécommunications, l'initiative privée est la règle en matière d'investissements eu égard aux avantages informationnels dont bénéficient les opérateurs et à l'efficacité des incitations fournies par les signaux de prix sur le marché. L'intervention publique peut – du moins en principe – se limiter à une régulation sectorielle *ex ante*, laquelle devrait, dans l'idéal, s'effacer progressivement au profit de la seule application des règles de concurrence, une fois une structure de concurrence effective établie sur les marchés concernés. Cependant, eu égard aux coûts de déploiement des réseaux de télécommunication à haut débit et particulièrement des réseaux à très haut débit (*i.e.* en fibres optiques) et aux perspectives de rendement encore incertaines, le niveau d'investissement spontané de marché peut s'avérer sous-optimal. Ce risque est d'autant plus élevé dans les zones rurales pour lesquelles le couple risque/rendement de l'investissement s'avère peu attractif. Une intervention publique peut être nécessaire pour corriger cette défaillance de marché ou du moins garantir l'accès au haut (ou très haut) débit dans

le cadre de politiques de cohésion territoriale. Les collectivités locales sont d'autant plus incitées à garantir l'accès à ces services que ces derniers apparaissent comme une composante essentielle de l'attractivité des territoires.

Cependant, les collectivités publiques ne disposent pas des ressources adéquates pour s'engager elles-mêmes dans l'édification et l'exploitation de tels réseaux. En France, mais aussi dans la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne, les partenariats public-privé (ci-après PPP), qu'il s'agisse de montages concessifs de type délégation de service public ou de contrats de partenariat, se sont imposés eu égard à la fois à leurs potentialités en termes de levée de financements, de mutualisation optimale des risques et d'efficacité contractuelle. Cependant, les cofinancements public-privé et les transferts monétaires dont peuvent bénéficier les partenaires privés dans le cadre de leur investissement ou dans celui de l'exploitation des infrastructures peuvent poser des problèmes de concurrence.

Les premiers tiennent aux risques de distorsion induits par les soutiens publics, lesquels doivent être passés au crible de l'encadrement européen des aides publiques. Les seconds portent sur les risques de forclusion des marchés du haut et du très haut débit qui peuvent découler de la signature d'un contrat de PPP avec un opérateur donné. Notre propos dans cet article tient à l'analyse de la pratique décisionnelle de la Commission européenne quant aux conditions de mise en œuvre de contrats de PPP et aux exigences en termes de préservation de la concurrence tant en matière d'attribution du contrat que d'accès des tiers à l'infrastructure. Nous visons, en filigrane, à préciser les marges de manœuvre des pouvoirs publics, les clauses contractuelles s'imposant dans les PPP concernés et les compromis entre politiques de concurrence et politiques de développement territorial qu'accepte la Commission.

Cet article s'appuie sur l'analyse des 101 décisions de la Commission relatives aux projets de soutien public rendues publiques entre décembre 2003 et juillet 2012 ainsi que sur ses lignes directrices de septembre 2009. Une entrée par les décisions individuelles permet de saisir en situation la façon dont la Commission applique ses critères pour valider ou non l'intervention publique et définit les remèdes qui lui paraissent adéquats pour limiter les distorsions de concurrence.

Au point de vue pratique, l'analyse des critères de décisions et des remèdes qu'elle est susceptible d'exiger permet aux porteurs de projets d'adapter *ex ante* leurs montages contractuels. Au point de vue théorique, l'étude de ce corpus décisionnel permet de saisir en situation les compromis possibles entre intervention publique et politique de concurrence, témoignant de la possibilité de développement d'une *action publique située*. Il permet également d'évaluer dans quelle mesure l'encadrement des aides publiques converge, à l'instar du traitement des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle préalable des opérations de concentration, vers une approche plus économique fondée non plus sur des catégories juridiques mais sur l'évaluation des effets des mesures sur le marché.

À cette fin, notre propos se structure en trois parties. Une première est consacrée à la présentation des initiatives publiques en matière de soutien à l'édification et à l'exploitation des réseaux de télécommunications à haut et à très haut débit, en illustrant notre propos avec le cas français. Notre deuxième partie met l'accent sur la conciliation de ces initiatives avec les politiques de concurrence européennes. Notre troisième partie montre dans quelle mesure et sous quelles conditions, la Commission peut accepter de telles interventions publiques dans un domaine rendu en principe à une gouvernance concurrentielle. Elle s'attache également à la mise en perspective des remèdes imposés par la Commission avec ses prescriptions traditionnelles en matière de politique de concurrence.

1. LES SOUTIENS PUBLICS AU DÉVELOPPEMENT DES RÉSEAUX À HAUT ET TRÈS HAUT DÉBIT : FONDEMENTS, MODALITÉS ET ENJEUX DES INITIATIVES FRANÇAISES

Les partenariats public-privé, au sens large (*i.e.* couvrant aussi bien dans le cas français les délégations de service public que les contrats de partenariats au sens de l'ordonnance de juin 2004) constituent la clé de voûte des interventions publiques dans les réseaux de télécommunications, à la fois dans le cadre d'initiatives prises par des collectivités territoriales et à l'échelon national (à l'instar du programme national pour le très haut débit de juin 2010).

En France, ces initiatives procédèrent initialement de la loi du 10 juillet 2004 sur l'économie numérique (Marty, 2007). Celle-ci permet aux collectivités territoriales – en cas de défaillance avérée de l'initiative privée – de porter des projets de construction et d'exploitation de réseaux à haut débit¹. L'intervention des collectivités passe principalement dans ce cadre par l'édification de réseaux et la fourniture d'un accès de gros aux opérateurs privés exerçant leur activité sur le marché de détail (notion d'opérateur d'opérateurs). Une fourniture directe de services aux consommateurs finaux n'est possible qu'après constatation de la défaillance de l'initiative privée en la matière. La loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique (dite loi Pintat) donne la possibilité aux collectivités d'établir des schémas directeurs d'aménagement numérique des territoires, rendant ces derniers éligibles à des financements ouverts au titre du fonds d'aménagement numérique créé par cette même loi. Enfin, le programme national relatif au très haut débit (PNTHD) prévoit des financements en faveur du déploiement de réseaux de fibre optique dans des zones non spontanément couvertes par les opérateurs privés. Le dispositif du PNTHD s'est articulé en deux phases. Une première a notamment permis de solliciter des opérateurs des intentions de projets d'investissements. Il s'agissait de distinguer entre les zones dans lesquelles les investissements privés seront suffisants et celles pour lesquelles une action publique subsidiaire doit être mise en œuvre. À partir de cette phase, le PNTHD se décline en trois volets. Le premier volet porte sur les investissements privés. Un milliard d'euros est consacré au renforcement de la capacité d'investissement des opérateurs dans les zones ayant fait l'objet d'une manifestation d'intentions d'investissement. Un deuxième volet, doté de 900 millions d'euros porte sur le soutien aux

1 La distinction entre réseaux à haut débit et réseaux à très haut débit est essentielle en matière d'analyse de l'encadrement européen des initiatives publiques. Au point de vue technique, les réseaux haut débit recouvrent principalement les technologies ADSL alors que les réseaux à très haut débit (*Next Generation Access* – NGAs) abandonnent la paire de cuivre (i.e. la boucle locale de télécommunications classique) pour la fibre optique (il s'agit par exemple des réseaux de type FTTH – *fiber to the home*), autorisant une meilleure vitesse de connexion. Ces réseaux qui ne constituent pas une simple amélioration des réseaux existants mais qui ont vocation à s'y substituer, introduisent la possibilité d'une concurrence entre infrastructures (*infrastructure based competition*), permettant potentiellement d'éroder les positions de marché des opérateurs historiques, contrôlant toujours la paire de cuivre.

Figure 1. Ventilation des décisions par État
Répartition par États-membres des décisions de la Commission

projets des collectivités territoriales². Enfin, un troisième volet porte sur le soutien à des projets de recherche-développement, à hauteur de 100 millions d'euros.

Les initiatives françaises s'inscrivent dans un ensemble de politiques publiques en faveur des réseaux commun à la plupart des États membres de l'Union européenne, comme le montrent les origines géographiques des mesures examinées par la Commission entre 2003 et juillet 2012. Les décisions rendues par la Commission concernent quelque 21 États membres sur 27 et se caractérisent par une forte représentation britannique, allemande et dans une moindre mesure italienne (58 % des décisions en cumul), témoignant du fort nombre d'initiatives lancées par les collectivités territoriales à des fins de réduction de la fracture numérique ou de renforcement de l'attractivité économique en zones urbaines (voir figure 1).

L'action publique en faveur des réseaux prend des formes très diverses allant de politiques d'environnement, visant à favoriser l'initiative privée, à des politiques de soutien par solvabilisation de la demande privée,

2 La coordination des projets portés par les collectivités locales au sein de programmes nationaux répond notamment à un souhait de la Commission européenne, en vue de renforcer l'efficacité des initiatives décentralisées et de prévenir les éventuelles distorsions de concurrence qui pourraient en résulter.

Tableau 1. Les politiques publiques en faveur du déploiement des réseaux de télécommunications

Supply side policies	→				Demand side policies
Cartographies, simplifications administratives, mutualisations d'infrastructures, obligations d'accès,...	Incitations fiscales	Subventions, prêts à taux préférentiels	PPP	Agrégation/ Soutien demande privée	Demande publique

voire par la demande publique elle-même, au travers notamment de programmes de *e-government*, *e-education* ou encore de *e-health* (voir tableau 1), en passant par des montages partenariaux (Belloc et al., 2012).

Les mesures relevant d'une politique de l'offre sont des mesures de nature administratives ou réglementaires. Elles peuvent créer un cadre favorable à la prise d'initiative des opérateurs privés mais aussi porter sur les conditions d'accès aux réseaux existants ou encore sur la coordination et la mutualisation des travaux de génie civil entre les opérateurs. Elles présentent l'avantage de ne pas induire l'investissement de fonds publics et, *a priori*, de distorsions de marché. Ces mesures sont d'autant plus efficaces qu'elles sont organisées par un plan national. Ainsi, des initiatives

Figure 2. Répartition des dossiers examinés par la Commission

Figure 3. Les modalités de l'action publique en faveur du déploiement des réseaux de télécommunications

décentralisées de collectivités locales sont ici moins pertinentes (Papadias *et al.*, 2009). Ces dernières – qui constituent 61 % des projets d'aides (59 contre 38) examinés par la Commission entre décembre 2003 et juillet 2012 (voir figure 2) – passent donc par des politiques de soutien à la demande (réseaux publics ou soutien à la demande privée par des vouchers) mais surtout par des montages partenariaux.

Au-delà de ce premier axe structurant, les interventions publiques peuvent se distribuer selon un second axe représentatif du degré d'exposition de la collectivité en termes financiers (investissements initiaux et risque d'exploitation).

Dans la représentation fournie par la figure 3, inspirée de Gomez-Barroso et Feijoo, (2010), les investissements publics directs – notamment en matière d'infrastructures (de génie civil principalement) – figurent dans un quadrant Nord-Ouest. Il s'agit d'une politique de construction d'infrastructures de réseaux reposant exclusivement sur des financements publics. La prise

en charge directe de réseaux conçus comme des biens publics tout comme les programmes de commande publique portés par des programmes *d'e-government* etc. représentés dans le quadrant Nord-Est s'inscrivent dans un modèle de convention de l'État extérieur³ au sens de Salais et Stoper (1993). La contestation de la capacité des acteurs publics à identifier ces investissements et à les prendre en charge conduit à la mise en cause de cette convention de l'État au profit de celle de l'État absent, pour limiter son intervention à des politiques visant à garantir des conditions de concurrence non faussées ou à des politiques d'environnement. La libéralisation des télécommunications reposait sur cette vision, laissant à l'initiative privée le développement des réseaux et confiant aux politiques de concurrence et de régulation sectorielle la tâche de prévenir d'éventuelles entraves à l'accès au marché.

La mise en œuvre de partenariats public-privé s'écarte de cette vision pour participer d'une convention de l'État situé ou encore subsidiaire. Les modalités d'interventions publiques les plus adaptées se définissent en situation de façon à lever les difficultés entravant l'initiative privée et à porter les objectifs de développement local et d'équité, sans pour autant se substituer à celle-ci. La forme et l'intensité de l'intervention publique sont appelées à varier d'un contrat à l'autre pour concilier deux objectifs : la réalisation des investissements socialement souhaitables et la minimisation des distorsions de concurrence. Ainsi, les PPP en la matière peuvent-ils décrire un *continuum* d'arrangements traduisant à la fois les contraintes pesant sur l'équilibre économique (et financier) du contrat mais aussi les préoccupations quant à la préservation (ou à l'encouragement) d'une concurrence entre opérateurs. La diversité des arrangements public-privé qui peut découler de cette action publique située peut s'apprécier selon des grilles d'analyses techniques, concurrentielles ou encore contractuelles.

a) Une grille de lecture technique : quelle répartition public-privé des différents maillons des réseaux ?

La répartition des tâches entre le public et le privé peut tout d'abord varier au cas par cas, comme le montre le tableau 2 inspirée de Nucciarelli et al.,

3 Dans le cadre de ce paradigme dominant jusqu'aux années soixante-dix, l'État était considéré comme capable de déterminer « en surplomb » quels étaient les investissements collectivement optimaux sur le long terme et de les mettre en œuvre au travers d'entreprises publiques ou par l'intermédiaire de la commande publique.

Tableau 2. Répartition des arrangements public-privé en matière verticale

	Infrastructures physiques (génie civil, etc.)	Infrastructures actives (routeurs,...)	Exploitation et maintenance	Contenus et services
Modèle purement public (1)	Contrôle public			
Modèle hybride fermé (2)	Contrôle public	Opérateur privé		
Modèle public ouvert en aval (3)	Contrôle public			Ouverture à la concurrence
Modèle hybride ouvert avec gestion privée (4)	Contrôle public	Opérateur privé		Ouverture à la concurrence
Subvention publique pour un réseau privé (5)	Opérateur privé			Ouverture à la concurrence

(2010). Il est possible de distinguer différents modèles selon que le contrôle public porte sur l'ensemble de l'infrastructure jusqu'au service rendu à l'utilisateur, qu'il se limite aux seules infrastructures amont, ou que l'intervention du privé prenne la forme d'un modèle fermé (un opérateur jouissant d'un contrat exclusif) ou ouvert à la concurrence (sur les segments en aval).

L'intervention des pouvoirs publics peut, en effet, porter sur tout ou partie des éléments constitutifs du réseau. Plus l'intervention porte sur des segments situés en aval, plus l'effet d'éviction des investissements privés peut être significatif. En amont, se situent les infrastructures de génie civil et les éléments techniques difficilement ou inutilement répliquables, constitutifs des infrastructures de réseaux. Il s'agit indubitablement des actifs qui se rapprochent le plus de facilités essentielles (Marty et Pillot, 2012), nécessitant un accès des tiers pour rendre possible la concurrence sur les marchés aval. Un financement et un contrôle public (ou à défaut une mutualisation entre opérateurs malgré les risques induits de collusion) peuvent avoir pour effet d'accroître le bien-être en favorisant l'émergence de nouveaux services portés par les infrastructures à très haut débit. Le segment correspondant aux infrastructures actives peut être contrôlé par la personne publique ou un prestataire privé. Si ce dernier est intégré en aval

de ce segment (contrôle du marché de gros ou *a fortiori* de détail), l'effet de verrouillage peut être élevé. Il est donc préférable, pour éviter le risque de préemption du marché, que le segment aval soit ouvert à la concurrence et que les opérateurs puissent à terme investir dans leurs propres équipements de réseaux actifs pour différencier leurs offres et pour réduire leur dépendance vis-à-vis du contractant de l'Administration. L'accent placé par la Commission sur le caractère ouvert de l'infrastructure au point de vue technologique et sur les conditions tarifaires d'accès procède de cette approche.

b) La grille de lecture concurrentielle de la Commission

Cette première typologie s'avère proche des quatre modèles distingués par la Commission dans son projet de révision des lignes directrices relatives aux aides publiques visant au déploiement de réseaux à haut débit, publié en juillet 2012⁴. Une première modalité de soutien passe par des aides financières directes en faveur d'opérateurs privés chargés de construire et d'exploiter un réseau de télécommunications⁵. Ces financements, proches du cinquième cas de figure distingué *supra*, doivent alors être notifiés à la Commission dans la mesure où ils peuvent contrevenir à l'encadrement européen des aides publiques. Le soutien public peut également passer par l'édification sur fonds publics de tout ou partie des infrastructures de réseaux et leur mise à disposition des opérateurs privés. Les formes les plus classiques d'une telle intervention tiennent à la mise à disposition d'infrastructures passives ou à la prise en charge des travaux de génie civil⁶. Ces interventions (correspondant aux deuxième et troisième modèles *supra*) peuvent également être considérées en première approximation comme constituant des aides publiques dans la mesure où les opérateurs privés

4 Commission européenne, (2012), *Draft of EU Guidelines for the application of state aids rules in relation to the rapid deployment of broadband networks*.

5 La mesure de soutien public peut soit porter sur l'ensemble de l'infrastructure (édification d'un réseau *ex nihilo* ou *greenfield project*) ou porter sur des éléments terminaux des réseaux, tels la connexion d'immeubles (*aid to roll-out access (last-mile) infrastructure*). Ce second cas correspond par exemple aux décisions de la Commission SA32021, *Broadband in rural areas of Saxony* et N 299/2010, *Broadband Scheme in Bavaria*. Le prestataire n'est alors chargé que de la réalisation du segment d'infrastructure manquant. L'intervention publique a pour effet de rendre possible le développement du marché aval.

6 Rappelons que les travaux de génie civil représentent en moyenne 70 % du coût total de déploiement d'un réseau.

bénéficient des investissements pris en charge par la collectivité. Une troisième voie d'intervention correspond à un réseau construit directement pour le compte d'une collectivité territoriale et exploitée directement par celle-ci en régie, éventuellement au travers d'une société publique (premier modèle *supra*). Celle-ci peut commercialiser les services directement auprès des usagers finaux ou le cas échéant offrir un accès de gros aux opérateurs privés. Offrir un tel accès correspond à une activité économique et doit à ce titre être également envisagé à l'aune de l'encadrement des aides publiques. Enfin, une quatrième voie d'intervention tient, selon la Commission, à une solution déléguée conduisant à charger un opérateur privé, dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé ou d'une délégation de service public (pour reprendre les catégories françaises) de l'édification d'un réseau et de son exploitation, de préférence sous la forme de la fourniture d'un accès aux opérateurs actifs sur le marché des services. Ici encore, dans ces modèles revenant au cas de figure 3, la conformité des mesures doit être envisagée à l'aune de l'encadrement des aides publiques.

c) Une grille de lecture contractuelle

Cette répartition entre les différentes modalités d'intervention se retrouve dans le cas français en matière d'éventail des solutions contractuelles. La première de celles-ci correspond à un marché de services. Dans ce cadre, la collectivité conclut plusieurs contrats séparés. Un premier ensemble de contrats porte sur la construction de l'infrastructure. Un second contrat porte sur l'exploitation du réseau. Celle-ci peut être assurée en régie ou par l'intermédiaire d'un partenaire privé. Bien que des versements liés à l'accès de gros soient réalisés par les opérateurs actifs sur le marché de détail, l'opérateur privé ne supporte pas le risque commercial, lequel est toujours pris en charge par la collectivité. La deuxième modalité d'intervention correspond au modèle de l'affermage. L'opérateur choisi pour l'exploitation du réseau va se rémunérer à partir des paiements réalisés par les opérateurs du marché des télécommunications et va assumer l'intégralité du risque commercial. En contrepartie, la collectivité ne sera pas intéressée financièrement à l'exploitation. Une troisième modalité d'intervention passe par des délégations de service public. Le délégataire construit et exploite le réseau à ses risques et périls. Il fait donc face à la fois aux coûts d'investissements et aux risques commerciaux. La quatrième modalité d'intervention repose sur les contrats de partenariat. Dans ce cas, le risque

commercial n'est pas obligatoirement transféré au contractant privé mais peut être partagé.

Il apparaît donc au final que les arrangements contractuels optimaux dépendent étroitement du niveau des coûts et de la nature des risques liés au déploiement des réseaux. Quand le couple risque/coût est favorable (forte densité de population, raisonnabilité des coûts de génie civil et forte propension marginale à payer des usagers), l'initiative publique peut passer par des voies somme toute traditionnelles, à savoir le soutien par la demande publique ou la mise en œuvre d'une politique d'environnement destinée à favoriser les investissements privés. Cependant, dès lors que l'offre privée est spontanément insuffisante, une action publique « subsidiaire » est nécessaire. La collectivité doit arbitrer en fonction du niveau de risque qu'elle accepte de porter et des ressources dont elle dispose. À l'extrême, un réseau peut être construit à l'initiative d'une collectivité et être exploité pour le compte de cette dernière, par l'intermédiaire d'un opérateur dépendant de la collectivité ou via un contrat de services. Se posent alors toutes les difficultés liées à l'intervention publique directe, qu'il s'agisse de la maîtrise des coûts de construction (Blanc-Brude *et al.*, 2009), de la non-prise en compte des effets externes entre les phases de construction et d'exploitation (Hart, 2003), des inefficiences dues à l'allocation des marchés (de Brux et Desrieux, 2012) ou encore des problèmes incitatifs liés au contrôle de l'opérateur chargé de l'exploitation du réseau. La collectivité publique doit non seulement investir des domaines pour lesquels elle ne dispose pas des compétences idoines, mais gérer aussi les interfaces entre les différents contrats et porter l'ensemble des risques liés à l'investissement et à l'exploitation du réseau.

Si le PPP paraît une solution adaptée, il recouvre un large éventail de solutions contractuelles. Les arbitrages entre les autres types d'arrangements vont dépendre des risques afférents aux investissements pour les opérateurs privés et des écarts pouvant se faire jour entre le niveau des investissements liés aux perspectives de rentabilité et les objectifs relevant de politiques d'aménagement du territoire (Marty, 2010). Les contrats signés par les collectivités territoriales françaises⁷, témoignent d'un arbitrage entre CP et DSP réalisé

7 En juillet 2012, la Mission d'Appui aux PPP (MAPPP) dénombrait six contrats de CP portant sur des infrastructures de télécommunications conclus par des collectivités territoriales, en l'occurrence, les régions Auvergne et Languedoc-Roussillon, les

au cas par cas, en fonction notamment de la possibilité ou non de transférer une part substantielle du risque commercial au contractant. Dans une DSP, la collectivité doit arbitrer entre le montant de la subvention d'équilibre qu'elle versera à son contractant et le tarif d'accès qui sera supporté par l'utilisateur final. Si elle souhaite conserver la maîtrise de ce tarif tout en évitant de devoir verser une forte subvention, elle aura tout intérêt à opter pour un CP, à la nuance près que le risque commercial ne sera plus transféré au contractant. Ainsi, l'arbitrage entre CP et DSP va étroitement dépendre de la question de la subvention⁸.

Quelle que soit la forme contractuelle finalement choisie, ces diverses modalités de soutien ou d'interventions publiques doivent être confrontées aux règles relatives aux aides publiques dans la mesure où elles peuvent constituer autant de mesures de soutien sélectives financées par des fonds publics et donc susceptibles d'introduire des distorsions de concurrence. À ce titre, la question de la compatibilité avec l'encadrement des aides publiques est posée. En effet, la conclusion d'un arrangement public-privé est susceptible de conduire des distorsions de concurrence au profit du contractant de l'Administration. Ce risque est d'autant plus significatif que des mesures de soutien public ont été introduites depuis la crise de

départements de la Meurthe et Moselle, de la Gironde, du Morbihan, du Finistère, des Hautes Pyrénées et la ville de Montauban. D'autres collectivités ont opté pour des DSP à l'instar des départements des Hauts de Seine, des Pyrénées Atlantiques, de la Manche ou encore de la Savoie.

- 8 Dans l'évaluation préalable réalisée pour le contrat de CP dans les Hautes-Pyrénées (évaluation qui a lieu avant l'appel à concurrence et qui donc repose sur des hypothèses quant aux propositions des opérateurs privés), la subvention qui était anticipée dans le cas d'une DSP s'élevait à 24,3 millions d'euros, soit 69 % du coût total de l'investissement. Cette subvention crée un surcoût vis-à-vis du CP qui n'est résorbé que si des hypothèses fortes sont faites en termes de dérives des coûts d'exploitation ou de forte baisse du chiffre d'affaires, risques transférés au contractant dans le cadre d'une DSP.

Avis n° 2008-13 de la MAPPP du 19 novembre 2008 sur le projet de construction et d'exploitation d'une infrastructure de télécommunications à haut débit dans les Hautes-Pyrénées.

Le poids de la subvention publique dans les montages concessifs est une donnée constante comme le montre le cas du réseau déployé dans les Pyrénées-Atlantiques. La décision de la Commission relative à ce projet – accepté au titre des SIEG – relève que sur un investissement initial total de près de 62 millions d'euros, le délégataire n'apporte que 20 millions (décision N 381/2004, du 16 novembre 2004).

2008 pour favoriser l'accès des contractants aux financements⁹, conduisant à améliorer significativement pour les prestataires le couple risque/rendement attaché aux investissements dans les PPP (Dupas et al., 2012).

2. LES INTERVENTIONS DES COLLECTIVITÉS LOCALES FACE AUX PRINCIPES DE L'ENCADREMENT EUROPÉEN DES AIDES PUBLIQUES

Il s'agit, dans cette deuxième partie, de s'attacher à sa politique vis-à-vis des réseaux à haut et très haut débit en mettant en exergue les compromis réalisés entre politique de concurrence et politiques de développement, avant d'analyser dans notre troisième partie de la pratique décisionnelle de la Commission.

2.1. Les déterminants de l'intervention publique : défaillance de marché ou objectif de cohésion territoriale

Les infrastructures de télécommunications apparaissent à la fois comme des relais essentiels de croissance, des prérequis pour les politiques d'attractivité économique et des éléments essentiels de la cohésion territoriale. De nombreuses études mettent en évidence les effets positifs sur la croissance du développement des dits réseaux. Par exemple, sur la base d'un panel de 25 États membres de l'OCDE entre 1996 et 2007, Czernich et al. (2011) établissent qu'une hausse de 10 % du taux de pénétration de l'accès au haut débit se traduit par une augmentation de 0,9 à 1,5 % de la croissance *per capita*. Sur la période 2002-2007, il a été estimé que les réseaux de

9 Le bouclage financier du contrat peut impliquer des co-financements public-privé ou l'insertion de clauses de garanties portant sur le service de la dette du contractant de l'administration. Ce dernier peut, ce faisant, accéder aux marchés dans des conditions privilégiées (réduction de la prime de risque exigée par les marchés de fonds prêtables). De la même façon, par le mécanisme de cession de créances acceptée (cession Dailly), le contractant de l'administration peut bénéficier de conditions financières plus favorables dans la mesure où une partie du risque d'exploitation est potentiellement ré-internalisé par le contractant public.

télécommunications ont contribué à la croissance du PIB de l'UE-15 à hauteur de 0,63 %, soit 17 % de la croissance de la période (Koutroumpis, 2009). Les réseaux à haut débit s'avèrent des inducteurs de croissance d'autant plus importants qu'ils constituent des innovations « capacitanes » pour de nombreuses innovations complémentaires.

Cependant, à la différence de la période considérée, le développement des réseaux devrait être porté par les seuls investisseurs privés. Il n'est pas acquis que les investissements procédant des seuls signaux et incitations de marché conduisent à un niveau de couverture collectivement optimal. Les défaillances de marché sont probables, particulièrement pour les réseaux à très haut débit dans la mesure où le couple risque/rendement est souvent défavorable¹⁰. Les coûts d'investissements (notamment liés aux travaux de génie civil) sont très élevés et les perspectives de revenus relativement incertaines dans la mesure où elles dépendent pour partie de la migration des utilisateurs vers ces nouvelles infrastructures (OCDE, 2008). Le différentiel entre rendement privé et rendement social re-légitime un soutien, sinon une intervention publique dans le secteur (Falch and Henten, 2010).

La Commission reconnaît la nécessité d'une telle intervention, eu égard à ces défaillances de marché. Les investissements dans les réseaux de télécommunications à haut et très haut débit s'insèrent de plus dans sa politique de développement économique initiée par la stratégie de Lisbonne et réaffirmée dans sa « Stratégie de croissance Europe 2020 », dans la mesure où ils apparaissent comme des vecteurs de compétitivité, d'inclusion sociale et d'emploi¹¹. Ils font donc l'objet d'un traitement particulier de la Commission, favorable au déploiement des PPP. En effet, la Commission considère que si ses objectifs doivent être portés essentiellement par des

10 Dans la notification du PNTHD à la Commission européenne, le gouvernement français a produit une étude indiquant qu'en l'absence de soutien public seulement 25 à 40 % de la population française pourraient avoir in fine accès aux services à très haut débit. Voir Commission européenne, (2011), décision relative au volet B du programme national très haut débit français, aide publique N 330/2010, 19 octobre.

11 Ils furent également désignés comme des volets prioritaires de soutien dans le cadre du plan pour la relance économique établie par la Commission en réponse à la crise de 2008. Voir Commission européenne, (2009), *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*, Communication 2009/C-235/04, 30 septembre, JOUE, C-235/7-25

investissements privés, des financements publics sont nécessaires dans les zones pour lesquelles les perspectives de rentabilité commerciale sont insuffisantes. Un accès de tous à des vitesses de connexion supérieures à 30 Mbps suppose un investissement global de 60 milliards d'euros. Offrir des vitesses de connexion supérieures à 100 Mbs pour 50 % des ménages impliquerait un investissement de 270 milliards, en l'absence de toute initiative permettant la réutilisation des infrastructures passives existantes et la mutualisation des nouveaux équipements¹². Si le soutien public est indispensable, les investissements publics doivent être complémentaires et non substituables aux investissements privés pour la Commission, dans une logique d'État subsidiaire n'intervenant que si et seulement si les conditions le requièrent et dans la limite des besoins qui apparaissent en situation.

Les aides publiques doivent donc être définies de façon à limiter autant que possible les effets d'éviction sur les investissements privés futurs, les effets négatifs sur le rendement des investissements déjà réalisés et à permettre une concurrence effective sur le marché des services en aval. Cependant, les interventions des collectivités ne sont pas limitées par la Commission aux seuls cas de défaillances avérées de marché *stricto sensu*. Elles peuvent être admissibles dans les situations où le fonctionnement spontané des marchés ne permet pas de remplir des objectifs d'intérêt commun européen¹³. Il en est ainsi en cas de niveaux d'investissements certes efficaces économiquement mais non satisfaisants au point de vue de l'équité territoriale, comme le montrent les nombreuses décisions favorables rendues par la Commission au titre de l'article 107(3) du Traité pour des initiatives portant sur la réduction de la fracture numérique.

2.2. Une exception dans un cadre européen défavorable aux aides publiques

Il convient d'insister sur l'approche particulièrement favorable de la Commission vis-à-vis de ces initiatives publiques, alors que par principe

¹² Commission européenne, (2010), *European Broadband : Investing in Digitally Driven Growth*, COM (2010) 0472 final.

¹³ Commission européenne, (2012), *EU State Aid Modernization*, COM (2012) 209 final.

celle-ci traite avec une méfiance certaine les aides publiques¹⁴. En effet, sur 101 décisions rendues jusqu'en juillet 2012¹⁵, seuls trois cas firent l'objet d'un examen approfondi et *in fine* un seul projet fut rejeté¹⁶. Si le Japon, la Corée du Sud et même les États-Unis ont pu soutenir le développement d'infrastructures à haut débit au travers de soutiens publics directs (conditions de financement privilégiées en faveur des opérateurs historiques pour les premiers et impulsion budgétaire de 7,2 milliards de dollars dans le dernier cas), de telles aides directes ne vont pas *a priori* d'elles-mêmes dans le cadre européen (Papadias *et al.*, 2009). La prohibition des aides publiques constitue un principe de base de la politique de concurrence européenne et constitue en ce sens un « levier d'intégration négative » (Blauberger, 2008), reposant sur la garantie d'une concurrence libre et non faussée non seulement vis-à-vis des acteurs du marché mais aussi entre les territoires, notamment pour prévenir les dynamiques collectivement sous-optimales de concurrence fiscale (Malavolti-Grimal et Marty, 2010).

a) Des interventions nécessaires malgré les risques de distorsions

L'approche restrictive vis-à-vis des aides publiques, adoptée dès le traité de Rome, visait, dans une inspiration ordolibérale (Akman, 2009), à limiter autant que possible les interférences gouvernementales sur le processus de

¹⁴ Pour la seule année 2011, la Commission a examiné et rendu des décisions favorables pour 18 régimes d'aides en faveur de programmes de haut et de très haut débit représentant un investissement cumulé de 2 milliards d'euros. Commission européenne, (2012), Rapport sur la politique de concurrence 2011, COM (2012) 253 final, 30 mai.

¹⁵ La liste des décisions de la Commission relatives aux projets d'infrastructures de télécommunications est disponible sur le site Internet de la DG Concurrence à l'adresse suivante : (http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf). Sa dernière mise à jour remonte au 6 juillet 2012.

¹⁶ Il s'agissait d'un projet de déploiement d'une nouvelle infrastructure dans une ville déjà dotée d'infrastructures privées. Les effets adverses sur la rentabilité des infrastructures en question étaient donc très élevés (décision de la Commission dans le dossier d'*Appingedam*, C-35/2005, 19 juillet 2006). Notons cependant, que dans certains cas, des projets font l'objet d'amendements après l'annonce d'investigations approfondies, conduisant à prendre en compte les prescriptions de la Commission. Le projet fait alors l'objet d'une décision favorable mais est significativement transformé. Il en fut par exemple ainsi du projet pragois (décision N 24/2007, *Prague municipal wireless network*). En l'espèce le projet de la ville fut ramené à de seules finalités non commerciales (concentration sur des bâtiments publics). Voir sur ce cas, Gaël *et al.* (2007).

marché et à éviter des initiatives pouvant entraver la construction du marché intérieur. Les considérations liées à l'efficacité économique elle-même ne constituaient pas des préoccupations de premier rang (Friedriszick *et al.*, 2007), il s'agissait bien plus de garantir les conditions d'une concurrence libre et non faussée. Cependant, un sous-investissement dans les réseaux à très haut débit, peut non seulement porter préjudice à la stratégie de croissance portée par la Commission mais aussi à la structure de concurrence elle-même sur le marché des télécommunications électroniques. En effet, les opérateurs historiques peuvent préempter les nouveaux marchés, s'ils bénéficient d'aides publiques sans contreparties suffisantes pour laisser un accès effectif aux tiers. Symétriquement, le secteur entier risque également de basculer tardivement et imparfaitement vers le très haut débit si les opérateurs renoncent à investir dans des infrastructures alternatives à celles contrôlées par l'opérateur historique (Farrell and Klemplerer, 2007). Ainsi, l'intervention publique peut prévenir deux risques concurrentiels. Le premier tient à un niveau d'investissement collectivement sous-optimal dans les infrastructures haut débit. Le second tient à un risque de conclusion du marché, faute d'une possible concurrence inter-plates-formes.

L'obligation d'accès au réseau apparaît traditionnellement comme un remède suffisant aux yeux de la Commission pour permettre une concurrence par les services. Conformément à la théorie de l'échelle des investissements les entrants sont progressivement incités à investir dans leurs propres actifs de réseaux¹⁷. Cependant, en matière de très haut débit, la garantie d'une future structure de concurrence effective suppose des remèdes plus intrusifs passant par des interventions publiques, portant sur la structure même des infrastructures (neutralité technologique, fibres surnuméraires) et la tolérance d'un certain degré de coordination et de coopérations entre les opérateurs pour rendre possibles les investissements (Bourreau *et al.*, 2010). En d'autres termes, la mise en œuvre des

17 Après une phase de concurrence par les services, les nouveaux entrants s'engageraient dans une concurrence par les infrastructures (Cave, 2006). Les opérateurs sur le segment aval entrent d'autant plus facilement sur le marché qu'ils peuvent accéder aux infrastructures des opérateurs historiques (limitant ainsi les coûts échoués). Ils sont sur le long terme incités à se doter de leurs propres infrastructures de réseaux (du moins actives) pour différencier leurs services. Une telle remontée vers l'amont est d'autant plus aisée que le portefeuille de clients déjà acquis limite les risques liés à l'investissement. Ainsi, l'obligation d'accès (couplée à la neutralité technologique des réseaux) peut permettre de concilier efficacité statique et efficacité dynamique.

règles de concurrence doit s'adapter aux nécessités spécifiques à ces dernières. Il n'en demeure pas moins que cet ajustement ne doit pas occulter les risques concurrentiels induits, à savoir l'éviction des investissements privés, les décisions d'investissements sous-optimales propres à la gestion publique¹⁸ ou encore les effets croisés entre les régulations des deux types de réseaux¹⁹.

b) Le cadre décisionnel de la Commission

L'article 107(1) du Traité proscrit toute mesure remplissant les quatre conditions cumulatives suivantes : i) le financement à partir de ressources étatiques²⁰, ii) l'octroi d'un avantage économique au bénéficiaire, iii) une distorsion induite de concurrence et iv) un effet sur les échanges. La pratique décisionnelle traditionnelle de la Commission est d'autant plus restrictive que les deux dernières conditions sont réputées réunies dès lors que la mesure considérée est « sélective » quant à l'avantage économique qu'elle induit en faveur du bénéficiaire. Cette position fait écho

¹⁸ Il peut par exemple s'agir d'un risque de surinvestissement ou du moins de biais en faveur des technologies les plus capitalistiques (Averch et Johnson, 1962), dès lors que la fibre optique serait préférée à des alternatives techniques certes moins performantes mais moins dispendieuses.

Décisions de la Commission européenne N 461/2009, *Cornwall & Isles of Scilly Next Generation in Broadband Network* et N 646/2009, *National Broadband Plan for Rural Areas in Italy*.

¹⁹ Il convient de considérer les interactions pouvant se faire jour entre tarifs d'accès aux réseaux haut débit et aux réseaux très haut débit et les répercussions que celles-ci peuvent avoir sur les incitations des opérateurs à investir dans les nouveaux réseaux (Bourreau et al., 2012). Par rapport à une problématique classique de tarification d'accès à une infrastructure essentielle, il faut considérer les interactions avec le tarif d'accès à l'infrastructure haut débit. Un tarif d'accès élevé pour celle-ci incite les opérateurs à se tourner vers les réseaux de nouvelle génération mais a pour effet de forclure l'accès haut débit. Un tarif peu élevé pour les réseaux traditionnels couplés avec un tarif plus élevé pour le réseau très haut débit pose la question des incitations de l'opérateur historique à investir dans ces nouvelles infrastructures – en dehors d'aides publiques – mais met également en cause la disposition des consommateurs à migrer vers ces réseaux qui seront d'autant plus onéreux.

²⁰ Il peut s'agir de toute forme de financement public que cela passe par des transferts monétaires directs (telles des subventions), des prêts à taux préférentiels, des garanties ou même des dépenses fiscales comme des réductions d'impôts. Ce dernier levier a été utilisé pour soutenir le déploiement de réseaux haut débit en Hongrie (décision de la Commission N 398/2005, *Development Tax Benefit for Broadband*).

à la préférence affichée par la Commission, notamment dans le cadre de ses communications sur la modernisation des aides publiques, pour des mesures générales et horizontales. Ces dernières ont pour mérite de limiter les distorsions entre entreprises²¹. Cependant, au moins pour partie, les interventions en faveur du haut débit et du très haut débit ne participent pas à cette seule optique horizontale (*supply-side policy*) mais supposent une aide à un opérateur donné.

La Commission accepte des aides sectorielles dès lors qu'elles correspondent à un régime d'exemption ou qu'elles se situent dans le cadre des exceptions, dont relèvent par exemple les aides destinées à compenser un handicap régional. Au titre de l'article 107(3) du Traité, des mesures peuvent être compatibles avec le Traité dès lors qu'elles visent à compenser un tel handicap (défini en termes d'écarts de niveaux de vie ou de taux de chômage), à promouvoir des objectifs européens, à remédier à des conditions économiques majeures ou encore à développer certaines activités ou régions (sans que cela ne se traduise par des distorsions économiques majeures). Les mesures en faveur des services d'intérêt économique général (SIEG) entrent également dans le domaine d'application de cet article. Il s'agit donc de réaliser une balance entre les effets économiques positifs de la mesure et ses effets négatifs quant aux distorsions de concurrence induites.

Dès lors qu'une mesure publique est susceptible de constituer une aide, la Commission évalue sa compatibilité avec le Traité au travers d'une démarche en trois temps. Le premier est l'identification d'une défaillance de marché ou d'un objectif d'intérêt européen. Le deuxième tient à la démonstration que l'aide est un instrument approprié pour y remédier (i.e. qu'il n'existe pas d'instrument alternatif), qu'elle est proportionnée à ce qui est strictement nécessaire et qu'elle est de nature à affecter les incitations des acteurs concernés. Le troisième temps, enfin, est celui du *balancing test* ou bilan économique. Il confronte les effets positifs et négatifs de la mesure soumise au contrôle de la Commission. Les effets distorsifs doivent être suffisamment limités pour que l'effet net de la

21 Elles représentaient en décembre 2010, quelque 85 % des aides autorisées par la Commission.

Commission européenne, (2011), *Tableau de bord des aides d'État – rapport sur les aides d'État accordées par les États membres de l'UE*, COM(2011) 848 final, 1er décembre.

mesure en termes de bien-être du consommateur demeure positif ou qu'ils ne soient pas disproportionnés en regard de l'objectif européen poursuivi. Satisfaire aux conditions requises pour les trois phases est nécessaire. L'identification d'une défaillance de marché est une condition nécessaire mais non suffisante pour la validation d'une mesure d'aide publique. Il est également nécessaire de démontrer qu'une initiative de nature horizontale ne serait pas suffisante pour remédier à la défaillance identifiée. Cette condition, qui s'inscrit dans la logique défendue de longue date par la Commission, vise à limiter les effets des « défaillances du gouvernement » notamment liées aux risques de capture par les entreprises. La condition relative à l'impact sur les incitations des firmes peut se relier au critère du bien-être du consommateur. Une mesure qui ne modifie pas les incitations des firmes ne peut avoir d'impact bénéfique sur le marché. Enfin, le bilan concurrentiel vise à prévenir des mesures dont les effets nets seraient négatifs eu égard à ce critère. Il s'agit de prévenir les mesures pouvant affecter la concurrence effective du marché en favorisant des opérateurs ou des technologies inefficaces, en altérant les incitations à investir des opérateurs sur le long terme ou encore en facilitant la mise en œuvre future de stratégies de forclusion de la part des bénéficiaires (Friederiszick *et al.*, 2007).

Eu égard à ces risques, les aides aux réseaux à haut ou très haut débit doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif. En effet, la Commission a souvent relevé, dans sa pratique décisionnelle, que les effets négatifs d'une aide sont considérés comme d'autant plus significatifs qu'elle intervient dans un secteur dans lequel les marges sont faibles et les parts de marchés volatiles, qu'elle est accordée à un opérateur donné et qu'elle constitue un soutien à l'exploitation et non pas seulement à l'investissement. Évaluer une aide publique est d'autant plus difficile qu'il s'agit d'un exercice prospectif et non rétrospectif comme dans la répression des pratiques anticoncurrentielles. Les gains liés à la mesure sont futurs et hypothétiques quand les distorsions sont immédiates et certaines. Même si une aide peut remédier à une défaillance de marché, il convient d'en apprécier l'effet net eu égard au coût d'opportunité des fonds publics. Une aide entraîne inexorablement des distorsions de concurrence entre les opérateurs. Même si elle ne fait que compenser les surcoûts liés à des missions d'intérêt général, elle fait bénéficier son bénéficiaire d'un avantage compétitif lié à la certitude afférente aux flux de ressources futurs qui y sont liés. Il convient également de prendre en considération les risques de

capture de l'autorité publique. Ces derniers sont liés aux asymétries informationnelles mais aussi à la concentration des gains sur certains opérateurs et à l'intérêt subséquent des stratégies de lobbying.

À l'instar des autres domaines de la politique de concurrence, l'encadrement des aides publiques a amorcé depuis une dizaine d'années un virage vers une approche plus économique, délaissant des logiques d'évaluations principalement articulées sur des catégories juridiques (approche formaliste) au profit d'une évaluation fondée sur les effets (Friederiszick et al., 2007). Si une telle approche est indubitablement bien adaptée aux questions relatives à l'identification et à la mesure des défaillances de marché, à l'évaluation du caractère proportionné d'une éventuelle compensation de surcoûts liés à la prise en charge d'un SIEG ou encore à l'établissement d'un bilan concurrentiel, sa mise en œuvre est plus difficile dans le domaine de l'encadrement des aides publiques que dans celui de la sanction des pratiques anticoncurrentielles en ce que le critère du bien-être du consommateur ne peut légitimement être tenu comme le seul critère d'évaluation pertinent. En effet, comme le montre le cas des aides publiques à finalité régionale, les aides publiques revêtent une dimension redistributive irréductible à des considérations d'efficacité. Elles induisent un arbitrage entre efficacité et équité, conduisant les décisions de la Commission à assumer une dimension politique, tenant à l'expression d'un choix collectif. D'ailleurs, sur les 97 décisions rendues sur les réseaux de télécommunications depuis 2003 pour lesquelles nous disposons de l'information nécessaire, 89 portèrent sur des aides régionales (voir figure 4).

Figure 4. Nombre annuel de décisions de la Commission

Figure 5. Répartition des décisions de la Commission par catégories (2003-2012)

Se dégage donc un cadre particulièrement favorable en matière de traitement par la Commission européenne des projets d'aides publiques. Ce dernier peut être illustré par plusieurs faits stylisés.

Le premier est le flux de décisions annuel rendues par la Commission en matière de réseaux de télécommunications (figure 5). Entre 2006 et 2009, la Commission évaluait environ une dizaine de projets de soutien par an. Les effectifs ont presque doublé sur les deux derniers exercices pleins (2010 et 2011).

Le deuxième est le pourcentage de décisions défavorables rendues sur les opérations notifiées (une sur 101) mais aussi par l'évolution annuelle des montants d'aides autorisées (voir figure 6 *supra*, issue du MEMO/12/396 de la Commission publié le 1er juin 2012).

La tendance est d'autant plus remarquable que l'approche globale de la Commission – en dehors des initiatives prises dans le cadre de la réponse à la crise de 2008 – va dans le sens d'une stabilisation des aides d'État autorisées, comme le montre la figure 7, *supra*²².

Si la Commission accueille donc très favorablement les projets de soutien public aux réseaux de télécommunications, il convient de s'attacher à ses

²² (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/expenditure.html#1). Une nouvelle édition du tableau de bord sera publiée à l'automne 2012.

Figure 6. Montants annuels d'aides autorisées par la Commission dans le domaine des réseaux de télécommunications

Figure 7. Aides d'État autorisées par la Commission (1992-2010)

modalités concrètes d'analyse des projets d'interventions notifiés par les États membres ou faisant l'objet de plaintes par les entreprises s'estimant lésées²³, ainsi qu'aux remèdes concurrentiels qu'elle peut exiger pour prévenir les distorsions de concurrence.

²³ Les décisions relatives au projet d'Appingedam (refusé par la Commission), de Prague (modifié lors de son examen approfondi) ou d'Amsterdam (validé dans le cadre du critère de l'opérateur privé en économie de marché) ont été initiées par de telles saisines.

3. QUELLES CONDITIONS DE COMPATIBILITÉ AVEC L'ENCADREMENT EUROPÉEN DES AIDES PUBLIQUES ?

Les conditions dans lesquelles une collectivité publique peut contribuer au déploiement et à l'exploitation de réseaux de télécommunications à haut ou très haut débit ont été précisées en septembre 2009 par des lignes directrices, synthétisant la pratique décisionnelle de la Commission depuis le premier projet d'aide notifié en la matière en 2003. Nous abordons sa pratique décisionnelle au travers de l'examen des quatre cas de figures dans lesquels une mesure de soutien peut être jugée comme compatible avec le Traité (III-1), de la mise en exergue du zonage utilisé (III-2) et du cas particulier des réseaux à très haut débit (III-3) avant de nous attacher aux critiques et aux perspectives d'évolution de ce cadre général (III-4).

3.1. Les quatre cas de figure distingués par la Commission

Les interventions des collectivités en matière de réseaux de télécommunications peuvent être acceptées selon quatre cas de figures bien distincts, à savoir : i) les interventions relevant des infrastructures générales (ou de l'aménagement du domaine public), ii) les services d'intérêt économique général (SIEG), iii) les aides publiques compatibles avec le traité, iv) les décisions relevant de la logique d'un « investisseur privé en économie de marché ». Comme l'a montré notre figure 4 *supra*, l'immense majorité des projets d'aides est validée sur la base de la première catégorie (89 des 97 cas pour lesquels l'information est disponible), les infrastructures générales (2 occurrences) et les cas d'activation du critère de l'investisseur privé en économie de marché demeurant marginaux. Notons au passage que l'ap-pui sur la notion de SIEG est une quasi-spécificité française (2 des 4 occurrences entre 2003 et 2012 et 2 des 4 projets territoriaux français).

i. Les mesures relevant de l'aménagement du domaine public

Il s'agit des mesures qui vont faire l'objet d'une facilitation de la part de la Commission dans le cadre de ses futures orientations dont la publication est prévue à l'automne 2012. Une collectivité peut faciliter le déploiement des

réseaux à haut et très haut débit en prenant en charge les travaux de génie civil et en favorisant la mutualisation des fourreaux. Ces travaux ne bénéficient pas à un opérateur déterminé et en ce sens n'introduisent que peu de distorsions de concurrence²⁴. Relevons également qu'une mesure constitue une aide publique si et seulement si son bénéficiaire exerce une activité économique (i.e. vente de biens et services sur le marché). En d'autres termes, si le réseau n'est pas destiné à une utilisation commerciale, le soutien public n'a pas à être évalué à l'aune des critères relatifs à la compatibilité des aides avec le Traité. Cela est par exemple le cas lorsqu'il porte sur la construction d'infrastructures reliant des bâtiments publics ou lorsque les services internet visés sont des services gouvernementaux et non commerciaux²⁵. À l'inverse, dès lors que les infrastructures feront l'objet d'un accès d'opérateurs tiers commercialisant des services à des utilisateurs finaux, l'intervention pourra être qualifiée d'aide publique²⁶. Il s'agit alors de vérifier s'il satisfait aux conditions de compatibilité des aides publiques avec le Traité (voir iv.).

ii. Les interventions s'inscrivant dans le cadre d'un SIEG

Conformément à la logique initiée par l'arrêt *Altmark*²⁷, un service de communication électronique peut être considéré comme un SIEG (article 106(2) du Traité) et donc échapper au cadre des aides d'État si quatre conditions cumulatives sont réunies. En premier lieu, le bénéficiaire doit être effectivement chargé des missions de service public visées et ces dernières doivent être précisément définies. En deuxième lieu, les bases de la compensation des coûts induits doivent être établies *ex ante*, de façon transparente et objective²⁸. En troisième lieu, la compensation ne doit pas

24 Autorité de la Concurrence, avis n° 09-D-47 du 22 septembre 2009 relatif au dispositif proposé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en ce qui concerne les modalités de mutualisation de la partie terminale des réseaux à très haut débit en fibre optique.

25 Décisions de la Commission européenne, cas N 224/2007, République tchèque, *Prague Municipal Wireless Network* et N 46/2007, Royaume-Uni, *Welsh Public Sector Network Scheme*.

26 Décisions de la Commission européenne N 436/2010, Italie, *Broadband in Friuli Venezia Giulia* (project Ermes) ; N 407/2009, Espagne, *Xarxa Oberta* ou arrêt du Tribunal de l'Union cas T-443/08 et T-455/08, *Freistadt Sachsen v./Commission*.

27 *Altmark*, cas C-280/00, Cour de justice de l'Union européenne, 2003.

28 Commission européenne, (2012), *Communication on the application of the EU state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest*, Journal officiel, 11 janvier.

dépasser les coûts visés, de façon à ne pas avantager l'entreprise en charge de ces obligations vis-à-vis de ses concurrents sur d'autres segments de marché, *modulo* l'obtention d'une marge bénéficiaire raisonnable²⁹. Enfin en quatrième lieu, l'entreprise doit être sélectionnée à l'issue d'une procédure concurrentielle ouverte. Ces quatre conditions ont été considérées comme satisfaites dans le cas des projets relatifs aux réseaux de télécommunications à haut débit des départements des Pyrénées-Atlantiques et des Hauts-de-Seine et dans le Limousin³⁰. Dans une logique d'une action publique « subsidiaire », la sélection de l'opérateur doit se faire sur la base de la demande de subvention publique la plus faible. Il s'agit de combler un *gap funding* pour accroître le niveau d'investissement issu des seules incitations de marché.

Notons que si chaque État membre dispose d'une marge de discrétion quant à la qualification d'un service donné comme relevant d'un SIEG, la Commission exerce un contrôle pouvant conduire à un refus d'accepter cette dernière sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation. Un réseau ne peut pas être qualifié de SIEG dès lors qu'il est déployé sur un territoire dans lequel existe déjà une offre privée offrant des services haut débit avec une couverture satisfaisante et dans des conditions accessibles au point de vue tarifaire. Ainsi, une qualification de SIEG ne peut être possible qu'en l'absence de réseau alternatif déjà déployé ou projeté dans les trois ans par le privé. De plus, la qualification comme SIEG induit quelques obligations et restrictions en matière de couverture et d'accès. Tout d'abord, le réseau ne peut seulement couvrir des entreprises³¹, il doit relier l'ensemble des

29 Par exemple dans la décision de la Commission relative aux Pyrénées-Atlantiques, la marge du délégataire est mesurée par un taux de rendement interne des capitaux investis de 10,89 %, considéré comme raisonnable en situation.

30 Décisions de la Commission européenne, N 381/2004, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, N 331/2008, *Compensation de charges pour une délégation de service public pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau de télécommunications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine* et N 382/04, *mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (projet DORSAL)*.

31 Commission européenne, (2011), *Communication relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de SIEG*, C(2011) 9404 final, 20 décembre.

utilisateurs du territoire concerné (notion de connectivité universelle³²). Ensuite, tout opérateur demandant accès à l'infrastructure devra l'obtenir dans des conditions non discriminatoires et non discrétionnaires. Cet accès doit pouvoir se faire selon toutes les modalités techniques possibles, qu'il s'agisse des infrastructures passives ou actives, dans des conditions de neutralité technologique. Enfin, la mission de service d'intérêt économique général est limitée à l'édification d'un réseau assurant une connectivité universelle et aux services nécessaires à l'accès aux services de gros. Elle ne couvre pas les offres aval, lesquelles doivent être le fait d'opérateurs tiers.

iii) Le cas de l'investisseur privé en économie de marché

L'article 345 du Traité affirme la neutralité de l'Union en matière de propriété publique ou privée des entreprises. Ce faisant, un acteur public ou privé doit pouvoir investir dans les mêmes conditions au regard des règles européennes. L'investissement de fonds publics est toujours possible et ne saurait être considéré comme constituant une aide publique (*a priori* incompatible) dès lors que ce dernier se fait dans des conditions de risque et d'exigence de rentabilité équivalentes à celles qu'exigent les opérateurs privés. À l'inverse dès lors que les perspectives de rentabilité de l'investissement public sont faibles ou très incertaines, l'encadrement des aides publiques s'applique.

Le cas d'espèce a été observé pour des investissements dans les infrastructures haut débit de la ville d'Amsterdam³³. La démonstration de la compatibilité du projet avec le critère de l'investisseur privé en économie de marché est passée par la production d'un plan d'affaires attestant de la raisonnablement du compromis entre risques et perspectives de rentabilité et par la présence de co-investisseurs privés exposés dans la même mesure aux risques du projet et bénéficiant des mêmes perspectives de rémunération (Gaàl et al., 2008). Le critère de l'investisseur privé en économie de marché, introduit en droit européen par les lignes directrices de 1984

32 Voir à ce propos les décisions de la Commission N 284/05, *Regional Broadband Programme (Metropolitan Area Networks – MANs)*, en Irlande et N890/06, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*, en France.

33 Décision de la Commission C-53/2006 du 11 décembre 2007, *Citynet Amsterdam – Investment by the City of Amsterdam*.

relatives aux injections de capitaux publics dans les entreprises en difficultés (Sloccock, 2002), peut être activé dès lors que celles-ci n'apportent aucun avantage à l'entreprise récipiendaire qui pourrait être à l'origine d'une distorsion de concurrence vis-à-vis des opérateurs qui doivent se financer sur les marchés.

L'une des limites de ce critère tient au fait que seules les conditions *ex ante* sont prises en considération. Même si l'injection publique peut se faire dans des conditions *dans le marché* en termes de couple risque/rendement, l'actionnaire public peut se révéler *ex post* un actionnaire bien peu exigeant en termes de contrôle de la gestion de l'entreprise ou encore de distribution de dividendes. Une entreprise faisant face à un contrôle peu rigoureux de la part de ses actionnaires jouit d'un avantage vis-à-vis de ses concurrents. De la même façon, la seule présence d'investissements publics peut induire des distorsions de concurrence indirectes dans la mesure où les investisseurs privés ultérieurs peuvent exiger de moindres rendements du fait d'une prime de risque plus faible. Une autre difficulté peut découler des critères d'appréciation mêmes de la Commission. Celle-ci peut mettre en œuvre des techniques de parangonnage (les conditions financières observées dans le cadre de montages comparables) ou se fonder sur la concomitance d'investissements privés. Dans le second cas, les horizons de rentabilité des deux types d'actionnaires peuvent être en fait des plus différents... En outre, la présence d'investisseurs privés peut n'être que la conséquence de la réduction des risques liés à la présence d'un acteur public. La Commission fait indubitablement face à la fois à un phénomène d'anti-sélection et à un aléa moral dès lors que le critère est activé quand bien même il s'agit de la forme d'intervention la plus naturelle à jauger à partir de critères économiques.

iv) *L'aide publique compatible*

Une mesure qualifiée d'aide publique au sens de l'article 107(1) peut être déclarée compatible si elle répond aux critères énoncés par l'article 107(3) a et c. Par exemple, des mesures de soutien public au déploiement et à l'exploitation de réseaux à haut et très haut débit peuvent être acceptées si elles participent d'une logique de compensation d'un handicap régional³⁴.

34 Commission européenne, (2006), *Guidelines on regional aids for 2007-2013*, Journal officiel, 4 mars.

Dans ce cas de figure il appartient à l'État concerné d'apporter la démonstration de la compatibilité de la mesure envisagée. Le projet doit s'insérer dans une stratégie de développement régional et ne pas induire des distorsions excessives de concurrence. Ainsi, non seulement, la Commission exige l'absence d'infrastructure comparable dans la zone concernée, l'ouverture du réseau aux tiers dans des conditions non discriminatoires mais aussi l'établissement d'un bilan concurrentiel pour jauger des effets de la mesure (*balancing test*). Comme nous l'avons vu dans notre précédente section, ce test se déroule en trois étapes. La première porte sur l'examen des objectifs de la mesure, la deuxième sur sa conception et la troisième sur l'évaluation de ses effets nets. L'examen des objectifs de la mesure vise à se prononcer sur la légitimité de celle-ci. Il s'agit comme nous l'avons relevé de mettre en relief une défaillance de marché ou une situation dans laquelle les investissements spontanés du privé ne sont pas en mesure de satisfaire des objectifs européens en matière d'égalité dans l'accès au haut débit.

Si la première condition est satisfaite, l'évaluation porte sur la conception de la mesure. Il s'agit tout d'abord de prévenir les possibles duplications d'infrastructures³⁵ ou les incohérences territoriales. Ce faisant, la Commission encourage les États membres à notifier des programmes nationaux définissant les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent accéder à des financements pour le déploiement de réseaux régionaux³⁶. La Commission exige ensuite une coordination avec les autorités nationales de régulation du secteur des communications électroniques (l'ARCEP dans le cas français). Il est de la même façon requis de démontrer que l'aide n'est pas seulement un *windfall profit* (un effet

35 Cependant, autoriser des aides dans des zones grises (où l'édification de réseaux à très haut débit dans des zones où il existe déjà des réseaux haut débit) pourrait, dans une certaine mesure, s'avérer efficace économiquement malgré la perte sèche de bien-être liée à la duplication d'infrastructures. La concurrence inter-plateformes favorise un rythme plus rapide d'adoption des services à haut débit (Distato *et al.*, 2006), les gains induits pourraient venir compenser ces derniers. Autre avantage, la position dominante des opérateurs historiques pourrait également être remise en cause.

36 Commission européenne, décisions N 62/2010, *High Speed broadband construction in sparsely populated areas of Finland*, N 53/2010, *German federal framework programme for duct support*, N 30/2010, *Swedish state aid to broadband within the framework of the rural development program* ou encore la décision d'octobre 2011 relative au PNTHD français.

d'aubaine) pour l'opérateur bénéficiaire mais qu'elle rend possible l'investissement. En d'autres termes qu'elle modifie substantiellement ses incitations, en le conduisant à réaliser un investissement potentiellement profitable aux consommateurs à la fois en termes de prix mais aussi de diversité des choix³⁷.

Il s'agit donc de démontrer dans cette deuxième phase que l'aide publique est l'instrument le plus approprié pour résoudre le sous-investissement identifié. Cela peut passer par la mise en évidence que, malgré la mise en place d'une régulation sectorielle *ex ante*, les perspectives de rendements sont trop faibles dans la zone considérée pour attirer des investissements privés³⁸. La démonstration peut aussi être apportée au travers de l'insuffisance d'une politique de soutien à la demande des ménages (par exemple via la distribution de vouchers) pour susciter les investissements adéquats de la part des opérateurs³⁹. L'appréciation de l'effet incitatif de la mesure passe par la démonstration qu'elle est la seule solution à même de conduire un opérateur privé à réaliser un investissement qu'il n'aurait pas entrepris le cas échéant⁴⁰. La troisième phase du test enfin est celui de la balance des effets, mettant en regard les effets positifs de la mesure (en termes de bien-être du consommateur et d'ouverture des possibilités de choix) et ses effets distorsifs sur la concurrence. Ces effets – et les remèdes exigés en contrepartie par la Commission – sont appréciés de façon différente selon l'existence ou non de réseaux dans la zone visée et selon qu'il s'agit d'un réseau à haut ou très haut débit.

37 Rappelons qu'à l'inverse des prescriptions de l'Ecole de Chicago, la politique de concurrence européenne n'utilise pas le bien-être du consommateur comme seul critère. Les notions d'accès au marché pour les compétiteurs et surtout de liberté de choix pour les consommateurs occupent une place centrale dans les décisions de la Commission (Nihoul, 2012).

38 Décisions de la Commission N 473/2007, *Broadband connection for Alto Adige* et N 570/2007, *Broadband in rural areas of Baden-Württemberg*.

39 Décision de la Commission N 222/2006, *Aid to bridge the digital divide in Sardinia*. Notons que ce cas illustre le continuum d'actions publiques possible pour soutenir le développement des réseaux à haut débit et témoigne d'une utilisation de nature subsidiaire de la solution partenariale.

40 Pour une mesure des effets, essentielle dans le cadre de l'appréciation des effets incitatifs du soutien public, voir Attour et Torre (2011).

3.2. Le zonage et les remèdes concurrentiels pour les réseaux à haut débit

La Commission distingue les cas des réseaux à haut et très haut débit, d'une part, et d'autre part les zones dans lesquelles ces derniers sont projetés, selon qu'il s'agit de zones blanches (aucun réseau présent), grises (un réseau existant) ou noires (plusieurs réseaux existants). Son évaluation de la comptabilité de l'aide et les remèdes qu'elle exige dépendent de la configuration définie par le croisement de ces deux critères. En matière de réseaux traditionnels, la position de la Commission passe d'une acceptation *a priori* à un refus *a priori* de qualifier les interventions comme aide d'État compatible selon que la couleur de la zone concernée passe du blanc au noir. Une zone blanche se définit comme une zone dans laquelle aucun réseau n'est édifié et aucun n'est projeté dans le futur (i.e. à un horizon de trois ans⁴¹). Soutenir le déploiement de réseaux fait sens dans le cadre des politiques de cohésions territoriales⁴². Il s'agit de corriger une défaillance de marché avérée.

Une zone grise est une zone dans laquelle un réseau est d'ores et déjà déployé et où aucun réseau additionnel n'est projeté. L'opérateur détenant le réseau contrôle une infrastructure essentielle et peut par son attitude entraver l'accès des concurrents et peser négativement sur le développement des marchés aval. Il ne s'agit pas d'une défaillance de marché *stricto sensu* mais d'une imperfection de marché au point de vue concurrentiel, préjudiciable pour le consommateur final, et à laquelle l'action publique peut éventuellement mettre un terme. Il s'agit cependant d'une intervention qui a pour effet d'affecter *ex post* le rendement des investissements passés de l'opérateur historique. Elle peut en outre se traduire par un effet d'aubaine pour les concurrents qui auraient le cas échéant investi dans leurs propres infrastructures

41 Un risque de stratégie de verrouillage par les opérateurs est signalé par la Commission dans son projet de révision des lignes directrices, publié en juillet 2012. Pour entraver les projets publics qui pourraient bénéficier à ses concurrents, un opérateur historique peut manifester son intérêt pour le déploiement d'un réseau sans engager les investissements dans les trois ans à venir. Pour éviter les stratégies de préemption qui verraient des opérateurs manifester leur intention d'investir sans pour autant engager les investissements dans la période considérée, la Commission permet aux États d'exiger des engagements de la part des entreprises.

42 Décisions de la Commission européenne N 607/2009, *Rural Broadband Reach*, en Irlande et N 172/2009, *Broadband Development*, en Slovaquie.

de réseau. Pour permettre à la Commission de déclarer l'aide comme compatible avec le Traité, il faut donc à la fois démontrer que les conditions financières et techniques d'accès au réseau existant ne permettent pas aux concurrents d'exercer normalement leur activité sur le segment aval⁴³, que les consommateurs ne bénéficient pas de ce fait de services susceptibles de satisfaire leurs besoins ou qu'il n'existe pas de mesure moins distorsive de concurrence à même d'y remédier (par exemple, des mesures de régulation sectorielle). Il est en outre requis d'établir que nul projet d'investissement porté par des opérateurs tiers ne puisse y remédier dans les trois ans, rendant possible une concurrence par les investissements dont les effets en termes de bien-être du consommateur et de diversité des choix sont plus favorables qu'une simple concurrence par les services⁴⁴.

Dans les zones noires enfin, c'est-à-dire dans celles qui sont couvertes par plusieurs réseaux et donc pour lesquelles une concurrence par les services est déjà effective (*facilities-based competition*). L'intervention publique ne peut se fonder sur une défaillance de marché, comme l'a montré la décision relative à la ville d'Appingedam aux Pays-Bas. Quelle que soit la « coloration » de la zone, la Commission couple son éventuelle acceptation de l'intervention publique à un certain nombre d'exigences visant à limiter les distorsions de concurrence induite et à favoriser l'émergence d'une situation de concurrence effective. Ces remèdes, notamment recensés dans le projet de révision des lignes directrices peuvent se regrouper en quatre grandes catégories.

a) *Les exigences portant sur la minimisation du risque d'éviction des investissements privés*

La Commission recommande la réalisation d'une cartographie permettant de définir la couverture concurrentielle des différentes zones, en

43 Décision de la Commission N 135/2005, *FibreSpeed Broadband Project Wales*.

44 Il s'agit avec les zones noires des cas de figure dans lesquels une balance concurrentielle est la plus pertinente. Ce d'autant que les saisines émanent souvent d'opérateurs privés dénonçant les effets adverses de l'initiative publique sur les investissements déjà réalisés. En zone blanche, la caractérisation d'une défaillance de marché compromettant les objectifs de cohésion régionale portés par la Commission suffit souvent à conduire à une décision positive. Ce d'autant plus que les effets d'éviction des investissements privés sont souvent très faibles eu égard aux perspectives de rentabilité.

Figure 8. Répartition des décisions de la Commission par types de mesures

coopération notamment avec les autorités nationales de régulation. Il s'agit d'identifier les zones pour lesquelles il est possible d'exciper d'une défaillance de marché. Cet exercice ne va pas toujours de soi dans la mesure où il faut déterminer dans quelle mesure les besoins ne sont pas couverts non seulement au moment de l'évaluation mais aussi sur les trois ans à venir. Par exemple, le projet d'intervention publique dans la ville néerlandaise d'Appingedam a été rejeté par la Commission dans la mesure où celle-ci a considéré que la possibilité de nouveaux déploiements par des opérateurs privés avait été sous-estimée. Nous retrouvons le principe selon lequel l'intervention doit s'inscrire en complémentarité avec l'investissement privé et non s'y substituer. Des consultations publiques doivent préalablement être réalisées de façon à limiter les effets d'éviction éventuels vis-à-vis des opérateurs privés qui seraient susceptibles d'engager eux-mêmes de tels investissements sans soutien public (Chirico et Gaël, 2011). Les encouragements de la Commission à intégrer les projets des collectivités dans les programmes nationaux vont dans ce sens. L'évolution dans les décisions de la Commission des parts des deux types de mesures atteste de la prise en compte de ces prescriptions favorables au renforcement de la cohérence des initiatives (voir figure 8).

b) La limitation des distorsions de concurrence au travers de l'attribution concurrentielle du contrat

La sélection de l'opérateur privé en charge de la construction et de l'exploitation de l'infrastructure doit se faire par l'intermédiaire d'un appel à concurrence ouvert. Un appel d'offres concurrentiel, ou une procédure de dialogue compétitif, conforme aux règles européennes, permet de réduire les distorsions de concurrence⁴⁵. Dans la mesure où la concurrence dans le marché est impossible, une fois le contrat attribué, la concurrence pour le marché est indispensable à la fois pour réduire le montant des financements publics exigés et pour éviter les distorsions de concurrence entre les entreprises sélectionnées et les autres, sous l'effet de phénomènes de surcompensation par exemple. La Commission prescrit également des critères de sélection transparents et objectifs permettant une attribution du contrat sur la base du principe de l'offre économiquement la plus avantageuse.

c) Les mesures visant à garantir l'accès des tiers au marché

De façon à limiter les distorsions de concurrence une fois le réseau édifié (et donc éviter les phénomènes de forclusion), la Commission insiste sur la neutralité technologique du réseau. Le réseau public ne doit pas favoriser un type de technologie donné. Dans la logique même des PPP, l'appel d'offres doit répondre à la logique du dialogue compétitif, reposant sur un cahier des charges établi sur une base fonctionnelle. Il s'agit de déterminer les performances attendues et non les solutions techniques requises. Cela permet à la fois de tirer profit des compétences et des capacités d'innovation du privé et d'éviter un éventuel verrouillage dès lors que la technologie requise ne serait maîtrisée que par une ou quelques entreprises pouvant potentiellement répondre à l'appel à concurrence. En d'autres termes, l'appel d'offres ne doit pas favoriser des entraves techniques à l'accès des tiers au réseau.

L'entreprise chargée de la construction et de l'exploitation du réseau doit permettre l'accès des tiers aux infrastructures. L'objectif d'offrir aux

45 Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la passation des marchés de travaux, de fournitures et de services. Même si la directive ne s'applique pas elle-même au secteur des télécommunications, la Commission prescrit que les procédures en suivent les principes (accès, transparence, non-discrimination, ...).

opérateurs tiers une possibilité d'accès au réseau fait sens avec la politique de la Commission en matière d'accès à des facilités essentielles. Il vise à prévenir la constitution de monopoles régionaux au profit des opérateurs sélectionnés et constitue, dans le cadre de la « théorie de l'échelle des investissements », un préalable pour les nouveaux entrants avant que ceux-ci puissent investir dans leurs propres infrastructures. De la même façon, au vu du poids des coûts liés au génie civil dans les coûts d'investissements totaux dans les réseaux à très haut débit et des coûts liés à la duplication socialement sous-optimale d'actifs de réseau, la Commission met l'accent sur la réutilisation des infrastructures existantes⁴⁶. Ainsi, les recommandations en matière de mutualisation des infrastructures passives et de neutralité technologique visent à rendre possible une concurrence qui ne passerait plus seulement par les services. Les prescriptions en matière de mutualisation de la partie terminale des réseaux en fibre optique ou les exigences en termes d'installation de fibres surnuméraires dans le cadre du raccordement d'immeubles visent à *dé-essentialiser* l'infrastructure faisant l'objet du contrat, au risque de significativement complexifier la négociation et la rédaction de ce dernier.

d) Les exigences portant sur le contrôle de l'équilibre économique du contrat dans le courant de son exécution

De façon à éviter les distorsions dans le courant de l'exécution du contrat, la Commission exige – comme cela est préconisé dans les contrats de PPP – l'insertion dans le contrat de dispositions instaurant un contrôle de la performance et des comptes du prestataire (*monitoring*), une obligation de produire des rapports d'activité (*reporting*) et des clauses de retour à meilleure fortune (*claw-back mechanisms*)⁴⁷, visant, comme nous l'avons vu, à prévenir les phénomènes de surcompensation (et donc de subventions croisées au profit des autres activités du contractant).

46 Commission européenne, décision N 405/2008, *Regional aid scheme for investments in energy, telecommunications infrastructure, research and development infrastructure and spa therapeutics*, Pologne.

47 La séparation comptable exigée du prestataire extérieur vise à éviter les phénomènes de subventions croisées à partir des activités bénéficiant des aides publiques. De la même façon, les clauses de retour à meilleure fortune visent à éviter les phénomènes de surcompensations qui peuvent subvenir dès lors que les hypothèses initiales de revenus ont été trop pessimistes.

3.3. Les exigences particulières en termes de réseaux à très haut débit

La Commission examine de façon croissante des projets de réseaux à très haut débit (voir figure 9). Les projets pour les infrastructures à haut débit se concentrent en effet ces dernières années sur les seules zones blanches dans les territoires ruraux.

L'encadrement européen et les remèdes exigés par la Commission en matière de réseaux à très haut débit présentent quelques spécificités vis-à-vis des réseaux haut débit, notamment en matière de remèdes. Le zonage prescrit par la Commission reprend la logique des réseaux haut débit. Un réseau dans une zone blanche très haut débit est considéré comme compatible *a priori*. S'il existe dans la zone considérée un réseau haut débit, il sera néanmoins nécessaire de démontrer que l'offre est insuffisante pour couvrir les besoins des usagers et qu'il n'existe pas d'alternative à l'intervention.

Une intervention dans une zone grise conduit de la même façon à une analyse plus détaillée quand une initiative dans une zone noire est réputée incompatible. Il est nécessaire dans le cas d'une zone grise très haut débit de montrer que les réseaux existants ou planifiés dans les trois ans ne sont

Figure 9. Répartition des décisions HD/THD

pas à même de satisfaire les besoins des usagers. Il s'agit également d'apporter la preuve que les outils de la régulation sectorielle ne permettent pas d'obtenir une situation collectivement souhaitable. La difficulté porte souvent sur le croisement des deux types de zonages, notamment quand un projet très haut débit est projeté dans une zone blanche très haut débit mais grise haut débit. Les lignes directrices de la Commission de septembre 2009 exigent qu'il soit alors démontré que les services haut débit actuels ne satisfont pas les besoins et qu'il n'existe pas d'autres mesures de nature moins distortive pour parvenir à ce résultat.

Relevons qu'en matière de remèdes, la Commission rajoute des exigences additionnelles au-delà des prescriptions décrites *supra* pour les réseaux haut débit. Ces réseaux devant à terme se substituer aux réseaux traditionnels, les risques de préemption anticoncurrentielle sont plus élevés et ce faisant un éventuel verrouillage pourrait produire un dommage à la concurrence irréversible.

L'aide publique doit se limiter aux infrastructures de réseau passives afin de limiter le risque de distorsions de concurrence au profit de l'opérateur sélectionné. Les tiers doivent pouvoir accéder à une offre de gros dans des conditions non discriminatoires pour une durée d'au moins sept ans. En d'autres termes un *unbundling* (ou dégroupage) effectif doit être mis en place⁴⁸. Les tiers doivent pouvoir bénéficier de tous les types d'accès possibles (non seulement aux infrastructures actives mais aussi aux infrastructures passives, situées en amont, en l'espèce « la fibre noire »). Enfin, les réseaux doivent présenter une topologie ouverte (architecture multi-fibres technologiquement neutre) afin de permettre aux opérateurs tiers de proposer des offres point à point ou de type PON, de façon à leur permettre d'exercer leur activité en toute indépendance vis-à-vis de l'opérateur sélectionné par la personne publique.

48 Dans la mesure où la Commission considère que le titulaire du contrat est automatiquement doté d'une puissance économique significative sur le territoire concerné, elle requiert la mise en œuvre d'une ouverture du réseau aux tiers.

3.4. Discussion et perspectives

Après avoir présenté les évolutions possibles de l'encadrement européen des projets de soutien public aux infrastructures de télécommunications (a) et les critiques dont il fait l'objet (b), nous essaierons de tracer quelques perspectives conclusives (c).

a) Les évolutions du cadre européen

La consultation lancée le 1^{er} juin 2012 sur le projet de nouvelles lignes directrices pour les réseaux haut débit va principalement porter sur les infrastructures générales.

Il s'agit notamment de faciliter la mise en œuvre de mesures de soutien public s'inscrivant dans le cadre de la politique européenne en la matière (correction des défaillances de marché et promotion d'objectifs d'intérêts européens communs) tout en renforçant la sécurité juridique. Le projet de nouvelles lignes directrices vise à simplifier certains points des règles actuelles – que nous présentons *infra* – en facilitant notamment les investissements dans les zones rurales. Les principaux éléments qui feront l'objet de modifications dans les prochaines lignes directrices concernent donc la facilitation des investissements publics pour les infrastructures passives, en d'autres termes les fourreaux et la fibre noire, lesquels ne sont pas directement liés à la transmission des services et des contenus. Au-delà de ces éléments, facilitant la prise en charge (et aussi la neutralisation technologique et concurrentielle) du segment constitutif du cœur du monopole naturel, la Commission réaffirme à la fois son cadre d'analyse, structuré autour de quatre types d'interventions possibles et sa position quant aux remèdes concurrentiels qui doivent les accompagner.

b) Les critiques formulées

La première des deux principales critiques formulées à l'encontre du cadre européen porte sur la difficulté induite par le zonage pour traiter des projets reposant sur une péréquation. Il s'agit des réseaux qui pourraient s'étendre à la fois sur des zones rentables et sur des zones moins rentables, ou encore recouvrir à la fois des zones blanches et grises. Le zonage tel que dégagé par la pratique décisionnelle européenne ne permet pas de traduire

ce cas de figure dans lequel une collectivité peut mettre à profit une péréquation de façon à réduire son soutien financier au prestataire. L'action publique risque à la fois de s'avérer plus onéreuse que nécessaire dans un contexte de raréfaction des ressources et d'être cantonnée aux zones dans lesquelles une défaillance de marché est établie⁴⁹.

Une seconde critique tient aux liens entre les projets publics de soutien aux réseaux à haut et très haut débit et la régulation sectorielle. D'une part, les effets sur la concurrence ne peuvent être envisagés sous le seul angle de l'encadrement des aides publiques. Ils vont dépendre des conditions tarifaires d'accès aux réseaux haut débit existants et des conditions d'accès aux réseaux de nouvelle génération. En d'autres termes, l'impact de l'intervention sur le marché va dépendre étroitement de la régulation sectorielle et des effets croisés entre plusieurs tarifs d'accès. Ceci justifie les recommandations faites par la Commission en matière de saisines des autorités de régulation sectorielles et de concurrence nationale mais complexifie la gestion des projets, notamment en matière de négociation des tarifs d'accès pour les PPP⁵⁰ ou encore de fixation de la subvention d'équilibre dans les montages concessifs⁵¹. D'autre part, la distinction opérée par

49 Voir autorité de la concurrence, avis n° 12-A-02 du 17 janvier 2012 relatif à une demande d'avis de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire du Sénat concernant le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit.

50 Les prescriptions de la Commission en matière d'ouverture de l'accès aux tiers se traduisent par des surcoûts dans les montages de PPP (ARCEP, 2011). Les fibres surnuméraires qui ne sont pas vendues *ab initio* induisent un surcoût d'investissement initial d'autant que les opérateurs potentiellement intéressés peuvent être incités d'attendre que ce dernier soit réalisé pour proposer leurs offres de façon à négocier dans des termes plus favorables.

51 Les candidats à l'obtention du contrat de délégation doivent définir en amont les principaux termes de leurs offres (durée, prix, conditions techniques,...). Ces derniers structurent cependant le plan d'affaires et ne peuvent être facilement anticipés avant la négociation du contrat avec la collectivité. L'équilibre économique du contrat qui pourra effectivement être atteint *in fine* est incertain dans la mesure où il dépend de la venue d'opérateurs co-financeurs qui pourront *ex post* se porter acquéreurs de droits d'usages pérennes et amortissables liés aux surcapacités requises de l'infrastructures. Il s'ensuit donc pour un opérateur *risquophobe* une demande d'une subvention d'équilibre d'autant plus forte. La collectivité contractante devra alors introduire dans le contrat une clause de retour à meilleure fortune, pour réduire son exposition financière dès lors que des opérateurs tiers viendront cofinancer le réseau *via* l'acquisition des droits susmentionnés (ARCEP, 2011).

la Commission entre zones blanches, grises et noires pour autoriser les projets d'aides publiques pose la question de la substituabilité à ces dernières (coûteuses collectivement au vu de la raréfaction des ressources publiques et porteuses de distorsions de concurrence) de mesures de régulation sectorielle passant par exemple par des tarifs d'accès aux infrastructures différenciés selon les zones géographiques. Dans certains cas, l'intervention publique ne vise-t-elle pas surtout à répondre à un problème de concurrence et de régulation sectorielle tenant à la puissance de marché des opérateurs historiques, puissance se caractérisant par des verrouillages concurrentiels ou de très faibles incitations à investir dans des zones coûteuses, faute d'incitations produites par la menace de concurrents ?

c) Perspectives

Au même titre que la crise financière de 2008 a conduit à une prompt adaptation des règles européennes relatives à l'encadrement des aides publiques sans pour autant marquer un infléchissement dans ses principes fondamentaux, le traitement par la Commission des initiatives publiques en faveur de la construction et de l'exploitation de réseaux de télécommunications à haut ou très haut débit marque moins une remise en cause du principe de la promotion d'un marché de concurrence libre et non faussée que l'ajustement nécessaire aux défaillances ou imperfections de marchés observées ou à l'incapacité des signaux de marché à porter des objectifs non économiques de cohésion et d'équité territoriale. Ce faisant, les conditions d'acceptation des mesures sont intégrées dans les quatre catégories traditionnelles de l'encadrement des aides publiques à savoir les interventions relevant de l'édification d'infrastructures générales (activité hors marché), des services d'intérêt économique général, des aides d'État compatibles avec le Traité au sens de l'article 107(3) ou encore répondant aux conditions de l'investisseur avisé, dérivant du principe de neutralité du droit européen vis-à-vis des régimes de propriété. De la même façon, les remèdes exigés par la Commission tant *ex ante* (pour la sélection du contractant) qu'*ex post* (pour préserver l'accès aux infrastructures et donc l'accès au marché pour les concurrents) s'articulent avec la politique européenne de concurrence relative aux contrats publics ou à la sanction des abus de position dominante.

Il s'agit donc d'une manifestation de la plasticité des règles de concurrence européennes pour faire face à la nécessité d'une action publique subsidiaire tout en préservant autant que possible les principes visant à

la préservation sinon à la construction de marchés de concurrence effective (Chirico et Gaàl, 2011). Les décisions négatives⁵² sont très rares et ne portent que sur des cas pour lesquels l'intervention publique risque de se traduire par la duplication d'infrastructures et d'avoir donc des effets adverses sur des infrastructures privées préexistantes (Papadias et al., 2009). Cependant, les enseignements qu'il est possible de tirer de l'observation de la mise en œuvre des règles européennes d'encadrement des aides publiques aux réseaux de télécommunications ne se limitent pas à la seule redécouverte du principe du « marché autant que possible, intervention autant que nécessaire », ils portent également sur la conception même des contrats de partenariats et sur les conditions de leur suivi.

En effet, l'apport de la prise en compte des prescriptions concurrentielles ne porte pas simplement sur la question des règles d'attribution du contrat. Une sélection concurrentielle sur la base d'un dialogue compétitif (objectif de neutralité technique de l'appel à concurrence) fait pleinement sens dès lors qu'il s'agit de contrats de long terme pour lesquels les incitations de marché ne peuvent s'exercer que lors de l'adjudication ou du renouvellement. La concurrence pour le marché est une condition nécessaire mais non suffisante à la performance financière et opérationnelle d'un partenariat public-privé. Les remèdes exigés par la Commission permettent de mettre l'accent sur la nécessité d'un suivi de la relation partenariale (contrôle de l'exécution, insertion de clauses de retour à meilleure fortune etc.), suivi indispensable pour éviter d'éventuels phénomènes de surcompensations, porteurs de distorsions de concurrence mais aussi pour éviter des phénomènes de verrouillage des marchés au profit du partenaire de l'Administration. Si pour les PPP qui ne portent pas à proprement parler sur des facilités essentielles ce souci concurrentiel peut paraître trop marqué, il n'en demeure pas moins que l'accent mis sur l'exécution et sur l'examen du devenir de leur équilibre économique et financier est une prescription fondamentale pour l'ensemble de ces derniers.

52 Décisions de la Commission C-35/2005, *Broadband Development Appingedam* et N 24/2007, *Prague Municipal Wireless Network*.

RÉFÉRENCES

- AKMAN P. (2009), « Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, n° 2, pp. 267-303.
- ARCEP (2011), *Le financement des réseaux de télécommunications par les collectivités territoriales*, compte rendu des travaux du GRACO, décembre.
- ATTOUR A. and TORRE D. (2011), *Public-Private Partners in the Implementation of Large Broadband Connection : An Illustrative Model*, mimeo, Gredeg, May, 21 p.
- AVERCH H. and JOHNSON L., (1962), « Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint », *American Economic Review*, vol. 52, December, pp. 1052-1069.
- BELLOC F., NICITA A. and ROSSI M.-A. (2012), « Whither Policy Design for Broadband Penetration ? Evidence from 30 OECD Countries », *Telecommunications Policy*, vol. 36, pp. 382-398.
- BLANC-BRUDE F., GOLDSMITH H. and VÄLILÄ T. (2009), « A comparison of construction contract prices for traditionally procured roads and PPPs », *Review of Industrial Organisation*, vol. 35, 1 & 2, pp. 19-40.
- BLAUBERGER M. (2008), « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control through Soft and Hard Law », *Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper*, n° 08/04, 27 p.
- BOURREAU M., CAMBINI C. and HOERNIG S. (2010), « National FTTH Plans in France, Italy, and Portugal », *Communications & Strategies*, vol. 78, 2nd quarter, pp. 107-126.
- BOURREAU M., CAMBINI C. and HOERNIG S. (2012), « Ex Ante Regulation and Co-Investment in the Transition to Next Generation Access », *Telecommunications Policy*, vol. 36, pp. 399-406.
- CAVE M.-E. (2006), « Encouraging Infrastructure Competition via the Ladder of Investment », *Telecommunications Policy*, vol. 30, pp. 223-237.
- CHIRICO F. and GAÁL N., (2011), « State Aid to Broadband: A Primer and Best Practices », *Competition Policy Newsletter*, n° 1, pp. 50-57.
- CZERNICH N., FALCK O., KRETSHNER T. and WOESMAN L. (2011), « Broadband Infrastructure and economic Growth », *The Economic Journal*, vol. 124, May, pp. 505-532.
- de BRUX J. and DESRIEUX C. (2012), « To allot or not to allot public services ? An incomplete contract approach », *European Journal of Law and Economics*, forthcoming.
- DISTATO W., LUPI P. and MANENTI F.-M. (2006), « Platform Competition and Broadband Uptake : Theory and Empirical Evidence from the European Union », *Information Economics and Policy*, vol. 18, n° 1, pp. 87-106.
- DUPAS N., GAUBERT A., MARTY F. et VOISIN A. (2012), « D'une crise à l'autre : quels enseignements de la crise de 2008 pour les partenariats public-privé ? », *Gestion et Finances Publiques*, n° 1, janvier, pp. 51-59.
- FALCH M. and HENTEN A. (2010), « Public-Private Partnerships as a Tool for Stimulating Investments in Broadband », *Telecommunications Policy*, vol. 34, pp. 496-504.
- FARRELL J. and KEMPLERER P.-D. (2007), « Coordination and Lock-in Competition with Switching Costs and Network Effects », in Armstrong M. and Porter R., (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, pp. 1967-2072, Elsevier, Amsterdam.

- FRIEDERISZICK H.-W., RÖLLER L.-H. and VERODEN V. (2007), « European State Aid Control : An Economic Framework », in Buccirosi P. (ed.), *Advances in the Economics of Competition*, MIT Press.
- GAÀL N., PAPADIAS L. and RIEDL A. (2007), « Municipal wireless networks and State aid rules : Insights from Wireless Prague », *Competition Policy Newsletter*, 2007/3, pp. 15-18.
- GAÀL N., PAPADIAS L. and RIEDL A. (2008), « Citynet Amsterdam : An application of the Market Economy Investor Principle in the electronic communications sectors », *Competition Policy Newsletter*, 2008/1, pp. 82-85.
- GOMEZ-BARROSO J.-L. and FEIJOO C. (2010), « A Conceptual Framework for Public-Private Interplays in the Telecommunications Sector », *Telecommunications Policy*, vol. 34, pp. 487-495.
- HART O. (2003), « Incomplete contracts and public ownerships : Remarks and application to public-private partnerships » *The Economic Journal*, vol. 113 (486), March, pp. C69-C76.
- KOUTROUMPIS P. (2009), « The Economic Impact of Broadband on Growth : a Simultaneous Approach », *Telecommunications Policy*, vol. 3, pp. 471-485.
- MALAVOLTI-GRIMAL E. et MARTY F. (2010), « Analyse économique des aides publiques versées par les aéroports régionaux aux compagnies low-cost », *Revue européenne de droit de la consommation*, n° 3-4/2010, pp. 529-588.
- MARTY F. (2007), « De l'intervention des collectivités territoriales dans les réseaux de télécommunications à haut et très haut débit », *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 27, septembre, pp. 45-48.
- MARTY F. (2010), « Quels contrats pour les réseaux d'intérêt public dans le haut et le très haut débit : l'arbitrage délégation de service public/contrat de partenariat », in Solis-Potvin L., s.d., *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruylant, Bruxelles, pp. 377-399.
- MARTY F. and PILLOT J. (2012), « Intellectual Property Rights, Interoperability and Compulsory Licensing : Merits and Limits of the European approach », *Journal of Innovation Economics*, vol. 9, n° 1-2012, pp. 35-61.
- NIHOUL P. (2012), « Choice vs Efficiency », *Journal of European Competition Law and Practice*, 3 (4), pp. 315-316.
- NUCCIARELLI A., SADOWSKI B.-M. and ACHARD P.-O. (2010), « Emerging Models of Public-Private Interplays for European Broadband Access : Evidence from Netherlands and Italy », *Telecommunications Policy*, vol. 34, pp. 513-527.
- OCDE (2008), *Developments in Fiber Technologies and Investment*, Paris.
- PAPADIAS L., CHIRICO F. and GAÀL N. (2009), « The new State aid broadband guidelines : not all black and white », *Competition Policy Newsletter*, n° 3, pp. 17-25.
- SALAI R. et STORPER M. (1993), *Les mondes de production. Enquête sur l'identité économique de la France*, Éditions de l'EHESS, Paris, 467 p.
- SLOCOCK B. (2002), « The Market Economy Investor Principle », *Competition Policy Newsletter*, n° 2, June, pp. 23-26.