

Décision n° 2008-1173
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 18 novembre 2008
portant ouverture d'une enquête administrative en application de l'article L. 32-4
concernant les conditions d'utilisation des infrastructures de génie civil de France
Télécom pour le déploiement de la fibre dans la boucle locale

ARTT0829622S

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu le code des postes et des communications électroniques et notamment ses articles L. 32-1, L. 32-4, L. 36-7, L. 36-10, L. 37-1, L. 38, L. 39-4, D. 309 ;

Vu la Décision n° 2008-0835 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché ;

Vu l'offre de référence d'accès aux installations de génie civil de France Télécom pour les réseaux Fttx publiée en application de la décision n° 2008-0835 de l'Autorité susvisée ;

Après en avoir délibéré le 18 novembre 2008,

1. Contexte et cadre juridique

Le déploiement de la fibre optique et les infrastructures de génie civil de France Télécom

Les principaux opérateurs de communications électroniques ont annoncé des plans d'investissement importants pour le déploiement de réseaux résidentiels en fibre optique au cours des prochaines années.

Le génie civil représente, en cas de nouvelle construction, le principal poste de coûts pour le déploiement des réseaux à très haut débit en fibre optique. Sur un plan opérationnel, la construction du génie civil induit également des procédures administratives et des délais. La possibilité, pour un opérateur, de pouvoir réutiliser des infrastructures de génie civil existantes (chambres, fourreaux) pour y tirer ses câbles en fibre optique peut ainsi changer l'équation économique des déploiements.

France Télécom dispose du génie civil de la boucle locale téléphonique, hérité de l'ancien monopole public. Aucun autre acteur ne dispose d'infrastructures équivalentes à l'échelle nationale.

Dans son avis n° 06-A-10 du 12 mai 2006 sur l'analyse de marchés des services de capacité, le Conseil de la concurrence a considéré que cette situation donnait à France Télécom « *un avantage concurrentiel inégalable sur les marchés émergents du très haut débit* ». Dans sa décision n° 08-D-02 du 12 février 2008 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Free SAS et concernant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom, le Conseil de la concurrence a également indiqué « *que la détention d'infrastructures de génie civil par France Télécom est susceptible de lui conférer une responsabilité particulière, consistant notamment à ne pas fausser le jeu de la concurrence sur les marchés naissants du très haut débit en se réservant une utilisation de ces infrastructures qu'elle refuserait à ses concurrents ou en ouvrant leur accès de façon discriminatoire* ».

Travaux préparatoires et instauration du cadre relatif à l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom

En septembre 2007, France Télécom a fait part à l'Autorité, par courrier en date du 19 septembre, de sa volonté de développer une offre d'accès à son génie civil, ayant pour objectif de permettre le déploiement de la fibre dans les réseaux d'accès, dans des conditions transparentes et non discriminatoires.

France Télécom a eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser à l'Autorité ses engagements relatifs à la non-discrimination :

- engagement de s'appliquer les mêmes règles d'ingénierie et d'avoir les mêmes conditions de déploiement que les autres opérateurs (compte rendu de la réunion multilatérale du 24 octobre 2007) ;
- engagement d'utiliser le même dossier d'expression de besoins pour ses propres déploiements fibre, et que cela sera « auditable » (compte rendu de la réunion multilatérale du 21 novembre 2007) ;
- engagement d'assurer un traitement équivalent pour l'occupation des chambres sur des bases objectives, entre les opérateurs tiers et son propre réseau (courrier du 10 décembre 2007).

Les travaux multilatéraux menés sous l'égide de l'Autorité à l'automne 2007 ont conduit France Télécom, ainsi qu'elle s'y était engagée, à communiquer en décembre 2007 aux opérateurs alternatifs une première version de son offre d'accès au génie civil. Sur la base de cette offre, des expérimentations ont été engagées par SFR, Free, Axione et Alice afin de valider les processus et les règles d'ingénierie proposés par France Télécom.

France Télécom a précisé que ces règles n'avaient pas forcément été appliquées à l'occasion de ses déploiements intervenus avant la communication en décembre 2007 de la première version de son offre (compte rendu de la réunion multilatérale du 5 décembre 2007).

Conformément au calendrier mentionné dans la décision du Conseil de la concurrence n° 08-D-02 du 12 février 2008 susmentionnée, une nouvelle version de l'offre d'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom a été communiquée aux opérateurs alternatifs à la fin du premier semestre 2008.

Les expérimentations ont amené des ajustements progressifs de l'offre, qui ont permis à certains opérateurs (SFR et Free) de débiter à l'été 2008 la phase de travaux de déploiement de la fibre optique.

Il convient de souligner que le contenu de l'offre de référence publiée par France Télécom le 15 septembre dernier en application des obligations qui lui ont été formellement imposées durant l'été (cf. ci-dessous), reprend la plupart des règles et principes validés à l'occasion des travaux et des expérimentations lancés depuis le début de l'année 2008 avec l'ensemble des opérateurs.

Parallèlement aux travaux multilatéraux, l'Autorité a été amenée à instaurer, par le biais de son analyse des marchés du haut débit et du très haut débit, une régulation de l'accès aux infrastructures de génie civil de la boucle locale de France Télécom. Cette analyse est intervenue sur la base de la nouvelle recommandation sur les marchés pertinents de la Commission européenne, adoptée le 17 décembre 2007, dans laquelle elle retient comme marché pertinent celui de l'accès de gros aux infrastructures physiques pour les services fixes de communications électroniques.

Dans sa décision d'analyse de marché n° 2008-0835 en date du 24 juillet 2008 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce même marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, l'Autorité a considéré que la société France Télécom exerçait une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire. Le Conseil de la concurrence a rendu un avis favorable à cette analyse (avis n° 08-A-09 du 5 juin 2008).

En conséquence, il a été imposé à France Télécom, à l'article 11 de la décision n° 2008-0835 en date du 24 juillet 2008 susvisée, une obligation d'accès à ses infrastructures de génie civil :

« Dans les zones où France Télécom est propriétaire ou gestionnaire des infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire, France Télécom doit faire droit à toute demande raisonnable d'accès aux infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire ou à des moyens qui y sont associés.

Elle doit notamment offrir a minima les prestations d'accès suivantes :

- accès aux infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire, comprenant notamment les fourreaux et les chambres, permettant d'adresser les clientèles professionnelle et résidentielle*
- processus de désaturation des infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire*
- offre d'accès aux informations préalables et de mises à jour de ces informations ».*

La décision précise que cet accès doit être fourni dans des conditions non discriminatoires (article 11) et transparentes (article 12).

Objet et cadre juridique de la présente décision

Aux termes de l'article L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), l'Autorité peut, de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de ses missions et sur la base d'une décision motivée, procéder auprès des opérateurs de communications électroniques à des enquêtes.

L'article L. 32-4 du CPCE dispose en effet que :

« Le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des télécommunications peuvent, de manière proportionnée aux besoins liés à l'accomplissement de leurs missions, et sur la base d'une décision motivée :

[...]

2) Procéder auprès des mêmes personnes à des enquêtes. »

L'article L. 39-4 du même code dispose en outre que :

« Sera puni de trois mois d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque aura, sans raison valable, refusé de fournir les informations ou documents ou fait obstacle au déroulement des enquêtes mentionnés aux articles L. 32-4 et L. 40. »

La présente décision, prise en application de l'article L. 32-4 du CPCE, porte sur l'ouverture d'une procédure d'enquête administrative relative aux conditions d'utilisation des infrastructures de génie civil de France Télécom pour le déploiement de la fibre dans la boucle locale par l'ensemble des opérateurs, y compris France Télécom. L'objet de l'enquête est en outre de s'assurer que cette utilisation s'est faite dans le respect des obligations imposées à France Télécom par la décision n° 2008-0835 susvisée.

2. Éléments justifiant l'ouverture d'une procédure d'enquête administrative

Principes définis à l'article L. 32-1 du CPCE et obligations imposées à France Télécom

L'article L. 32-1 II du CPCE dispose que :

« Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent : (...)

2° A l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ;

3° Au développement de l'emploi, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques ;

4° A la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence ; (...)

9° A l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs ».

Aux termes de l'article D. 98-11 2 a), il appartient également à l'Autorité de « vérifier le respect de l'égalité des conditions de concurrence ».

Au vu des dispositions qui précèdent, il appartient à l'Autorité de constater et d'analyser les conditions dans lesquelles le génie civil de France Télécom est utilisé ou a pu être utilisé par tout opérateur, y compris France Télécom, pour déployer de la fibre dans la boucle locale. En particulier, il revient à l'Autorité d'apprécier dans quelle mesure certains opérateurs peuvent bénéficier de conditions d'accès préférentielles et si les déploiements réalisés à ce jour ont pu engendrer une préemption ou une utilisation sous-optimale des ressources, dont chacun des opérateurs ne pouvait ignorer la rareté et la valeur pour les autres opérateurs dans la perspective du très haut débit.

Au-delà des missions générales précitées, qui ont vocation à s'appliquer indépendamment de toute décision d'analyse de marché, il revient aussi à l'Autorité de contrôler plus particulièrement la mise en œuvre de sa décision d'analyse de marché n° 2008-0835 susvisée et le respect par France Télécom des obligations qui lui ont été imposées.

Il s'agit d'abord de l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès au génie civil de boucle locale, rappelée plus haut (article 11 de la décision).

Il s'agit ensuite de l'obligation de non discrimination, telle que prévue par l'article 12 de la décision n° 2008-0835 susvisée de l'Autorité, pris en application de l'article L. 38 I 2° du même code. En vertu de cette obligation :

« France Télécom doit fournir toute prestation relative aux offres de gros d'accès aux infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale filaire dans des conditions non discriminatoires. À ce titre, elle doit notamment veiller à ce que les processus opérationnels et les règles d'ingénierie ne soient pas discriminatoires, y compris par rapport aux règles et processus que France Télécom ou ses filiales suivent pour le déploiement du très haut débit. »

Il convient de rappeler que la décision n° 2008-0835 susvisée apporte plusieurs précisions sur l'application de cette obligation de non-discrimination, en particulier à travers la mise en œuvre des éléments suivants :

- le respect des mêmes processus opérationnels ;
- le traitement par France Télécom en interne des informations transmises par les opérateurs alternatifs clients de son offre d'accès au génie civil ;
- le respect des mêmes règles d'ingénierie par tous les opérateurs déployant des réseaux de fibre optique dans la boucle locale, y compris France Télécom ;
- les règles nécessaires au passage de plusieurs opérateurs, notamment dans un même fourreau afin d'éviter la préemption en génie civil par un premier opérateur.

En outre, aux termes des articles 11 et 15 de la décision n° 2008-0835 susvisée, « *France Télécom est soumise à une obligation de transparence* » et doit fournir une « *offre d'accès aux informations préalables et de mises à jour de ces informations* » concernant le génie civil.

Le non respect éventuel, par France Télécom, de ces obligations, pourrait conférer à certains acteurs un avantage indu dans le déploiement de la fibre.

L'insuffisance des éléments permettant d'apprécier les conditions d'utilisation des infrastructures de génie civil de France Télécom par les opérateurs

L'Autorité ne dispose à ce stade que d'informations partielles relatives aux conditions d'utilisation du génie civil de France Télécom, que ce soit durant le premier semestre de l'année 2008, période préparatoire à la régulation du génie civil, ou depuis l'adoption de la décision d'analyse de marché du 24 juillet 2008.

Indépendamment des informations fournies par France Télécom à la demande des services de l'Autorité (notamment les courriers du 4 avril 2008, du 1^{er} juillet 2008 et du 30 septembre 2008 en réponse au courrier du 28 mai 2008), les conditions effectives d'utilisation du génie civil ne paraissent pouvoir s'apprécier que partiellement sur la seule base d'échanges de courriers, compte tenu des contingences de terrain auxquelles est soumise cette utilisation, et plus généralement au regard de la complexité technique et de la multiplicité des acteurs qu'appellent le déploiement d'un réseau de boucle locale ainsi que l'utilisation partagée du génie civil.

3. Ouverture d'une enquête administrative

Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité estime qu'il y a lieu d'ouvrir une enquête administrative pour l'accomplissement de ses missions, consistant en l'espèce à veiller :

- au respect par France Télécom des principes définis par l'article L. 32-1 du CPCE et du principe d'égalité des conditions de concurrence, dans les conditions d'accès à son génie civil par tout opérateur pour le déploiement de la fibre, et ce à compter de la période préparatoire à la mise en œuvre de la régulation débutant le 1^{er} janvier 2008 ;
- au respect par France Télécom de l'obligation de faire droit, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, aux demandes raisonnables d'accès à ses infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale et aux ressources qui y sont associées, issue de la décision d'analyse de marché de l'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire n° 2008-0835 du 24 juillet 2008 susvisée.

Dans ce cadre, il convient de recueillir auprès de France Télécom des informations portant en particulier sur les déploiements réalisés et en cours, ainsi que sur les conditions d'utilisation de ses infrastructures de génie civil par tout opérateur, notamment sur les champs suivants :

- les informations préalables ;
- les processus applicables et les délais et volumes de traitement correspondant ;
- les règles d'ingénierie et leur application.

Il reviendra à l'Autorité, dans les conditions de l'article L. 32-4, de demander la communication des documents professionnels nécessaires et de recueillir les renseignements et les justifications nécessaires.

Décide :

Article 1^{er} : Une enquête administrative est ouverte au titre de l'article L. 32-4 du code des postes et des communications électroniques (CPCE). Cette enquête aura pour objet de permettre l'accomplissement des missions de l'Autorité consistant en l'espèce à veiller :

- au respect par France Télécom des principes définis par l'article L. 32-1 du CPCE et du principe d'égalité des conditions de concurrence, dans les conditions d'accès à son génie civil par tout opérateur pour le déploiement de la fibre, et ce à compter du 1^{er} janvier 2008 ;
- au respect par France Télécom de l'obligation de faire droit, dans des conditions transparentes et non discriminatoires, aux demandes raisonnables d'accès à ses infrastructures de génie civil constitutives de la boucle locale et aux ressources qui y sont associées, issue de la décision d'analyse de marché de l'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire n° 2008-0835 du 24 juillet 2008 susvisée.

Article 2 : Le directeur général de l'Autorité est chargé de l'exécution de la présente décision. Il désignera les agents de l'Autorité chargés de mener les mesures d'enquête consistant, en tant que de besoin, à demander la communication des documents professionnels nécessaires et à recueillir auprès de France Télécom les renseignements et les justifications nécessaires porteront en particulier, conformément à l'objet défini à l'article 1 de la présente décision, sur les déploiements réalisés et en cours ainsi que sur les conditions d'utilisation des infrastructures de génie civil de France Télécom pour le déploiement de la fibre dans la boucle locale par tout opérateur, notamment au travers des champs suivants :

- les informations préalables ;
- les processus applicables et les délais et volumes de traitement correspondant ;
- les règles d'ingénierie et leur application.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société France Télécom et mentionnée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 18 novembre 2008.

Le Président

Paul CHAMPSAUR