

III

(Autres actes)

DÉCISION DE L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE

N° 34/10/COL

du 3 février 2010

modifiant pour la soixante-dix-neuvième fois les règles de procédure et de fond dans le domaine des aides d'État par l'ajout d'un nouveau chapitre consacré à l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit

L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE ⁽¹⁾,

vu l'accord sur l'Espace économique européen ⁽²⁾, et notamment ses articles 61 à 63 et son protocole 26,

vu l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice ⁽³⁾, et notamment son article 24 et son article 5, paragraphe 2, point b),

considérant ce qui suit:

conformément à l'article 24 de l'accord Surveillance et Cour de justice, l'Autorité applique les dispositions de l'accord EEE en matière d'aides d'État,

conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), de l'accord Surveillance et Cour de justice, l'Autorité publie des notes ou des directives sur les sujets traités dans l'accord EEE, si celui-ci ou l'accord Surveillance et Cour de justice le prévoient expressément, ou si l'Autorité le juge nécessaire,

les règles de procédure et de fond dans le domaine des aides d'État ont été adoptées le 19 janvier 1994 par l'Autorité ⁽⁴⁾,

le 30 septembre 2009, la Commission européenne (ci-après dénommée «la Commission») a publié une communication, intitulée 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 ⁽⁵⁾,

cette communication présente également de l'intérêt pour l'Espace économique européen,

il convient d'assurer l'application uniforme des règles de l'EEE en matière d'aides d'État dans l'ensemble de l'Espace économique européen,

conformément au point II de la section «REMARQUE GÉNÉRALE» figurant à la fin de l'annexe XV de l'accord EEE, l'Autorité doit, après consultation de la Commission, adopter des actes correspondant à ceux adoptés par cette dernière,

l'Autorité a consulté à ce sujet la Commission et les États de l'AELE par lettres du 22 janvier 2010 (pièces n° 543740, n° 543741 et n° 543742),

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

Les directives concernant les aides d'État sont modifiées par l'ajout d'un nouveau chapitre consacré à l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit. Ce nouveau chapitre figure à l'annexe de la présente décision.

⁽¹⁾ Ci-après dénommée «l'Autorité».

⁽²⁾ Ci-après dénommé «l'accord EEE».

⁽³⁾ Ci-après dénommé «l'accord Surveillance et Cour de justice».

⁽⁴⁾ Directives d'application et d'interprétation des articles 61 et 62 de l'accord EEE et de l'article 1^{er} du protocole 3 de l'accord instituant une Autorité de surveillance et une Cour de justice, adoptées et publiées par l'Autorité le 19 janvier 1994, publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* L 231 du 3.9.1994, p. 1 et dans le supplément EEE n° 32 du 3.9.1994, p. 1, telles que modifiées (ci-après dénommées «directives concernant les aides d'État»). Une version mise à jour de ces directives est publiée sur le site web de l'Autorité: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines>.

⁽⁵⁾ JO C 235 du 30.9.2009, p. 7.

Article 2

Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi.

Fait à Bruxelles, le 3 février 2010.

Par l'Autorité de surveillance AELE

Per SANDERUD
Président

Kurt JÄGER
Membre du Collège

ANNEXE

APPLICATION DES RÈGLES RELATIVES AUX AIDES D'ÉTAT DANS LE CADRE DU DÉPLOIEMENT RAPIDE DES RÉSEAUX DE COMMUNICATION À HAUT DÉBIT ⁽¹⁾

1. INTRODUCTION

- (1) La connectivité à haut débit est un élément essentiel du développement, de l'adoption et de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication («TIC») dans l'économie et dans la société. Le haut débit est d'une importance capitale puisqu'il peut accélérer la contribution de ces technologies, d'une part, à la croissance et à l'innovation dans tous les secteurs de l'économie, et, d'autre part, à la cohésion sociale et territoriale. Conformément à la stratégie de Lisbonne et aux communications ultérieures ⁽²⁾ de la Commission européenne (ci-après «la Commission»), l'Autorité appuie également la mise à la disposition de l'ensemble des citoyens européens des services haut débit.
- (2) Il faut rappeler que, dans le *Plan d'action dans le domaine des aides d'État - Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées: une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009* ⁽³⁾, la Commission faisait observer que les aides d'État peuvent, dans certaines conditions, constituer des outils efficaces pour réaliser des objectifs d'intérêt général. Elles peuvent, en particulier, corriger des défaillances du marché, ce qui permet d'en améliorer le fonctionnement et de renforcer la compétitivité. De plus, si les marchés apportent des solutions performantes mais qui sont malgré tout jugées peu satisfaisantes au regard de la politique de cohésion, les interventions de l'État peuvent servir à obtenir des résultats plus souhaitables et équitables au niveau du fonctionnement du marché. En particulier, une intervention bien ciblée de l'État dans le domaine du haut débit peut contribuer à réduire la «fracture numérique» ⁽⁴⁾ qui divise un pays entre les zones ou régions offrant des services haut débit abordables et compétitifs et celles où de tels services n'existent pas.
- (3) Il convient, cependant, de s'assurer que les aides publiques ne supplantent pas les initiatives du marché dans le secteur du haut débit. Si une aide d'État en faveur du haut débit devait être attribuée à des zones où les opérateurs du marché choisiraient normalement d'investir ou dans lesquelles ils ont déjà investi, elle pourrait affecter les investissements déjà réalisés aux conditions du marché par des opérateurs du haut débit et court-circuiter les incitations de ceux-ci à investir en priorité dans le haut débit. Dans ce cas, l'aide d'État en faveur du haut débit risque d'avoir un effet contraire à l'objectif poursuivi. Le premier objectif du contrôle des aides d'État dans le domaine du haut débit est de s'assurer que les mesures d'aide publique conduiront à une plus large couverture et à une plus grande pénétration du haut débit, ou à un rythme plus soutenu, que cela ne serait le cas sans aide, et de veiller à ce que les effets positifs de l'aide compensent ses effets négatifs en termes de distorsion de la concurrence.
- (4) Il y a lieu de rappeler que le cadre réglementaire commun pour les communications électroniques traite aussi des problèmes liés à l'accès au haut débit ⁽⁵⁾. Les marchés de gros du haut débit font ainsi l'objet d'une réglementation ex ante dans tous les États de l'AELE ⁽⁶⁾. À cet égard, un certain nombre d'initiatives visant à relever les nouveaux défis soulevés par les réseaux d'accès de nouvelle génération («réseaux NGA») ⁽⁷⁾ du point de vue réglementaire, ont été arrêtées ⁽⁸⁾, en particulier en ce qui concerne justement les problèmes d'accès.

⁽¹⁾ Ce chapitre correspond à la Communication de la Commission – 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, JO C 235 du 30.9.2009, p. 7.

⁽²⁾ Voir par exemple: «i2010 – Une société de l'information pour la croissance et l'emploi», COM(2005) 229 final, 1^{er} juin 2005; «Europe 2005: une société de l'information pour tous», COM(2002) 263 final; «Comblent le fossé existant en ce qui concerne la large bande», COM(2006) 129.

⁽³⁾ COM(2005) 107 final.

⁽⁴⁾ Les technologies de l'information et de la communication sont devenues, au cours de la dernière décennie, accessibles et abordables pour le grand public. L'expression «fracture numérique» est généralement utilisée pour désigner le fossé qui sépare les individus et les localités qui ont accès aux technologies de l'information de ceux qui en sont privés. Même si cette «fracture numérique» peut s'expliquer de plusieurs manières, l'absence d'infrastructure à haut débit adaptée en est la cause la plus importante. Au niveau de la dimension régionale, le degré d'urbanisation est un facteur important de l'accès aux TIC et de leur utilisation. La pénétration d'Internet reste ainsi beaucoup plus faible dans les zones faiblement peuplées que dans le reste de l'Espace économique européen.

⁽⁵⁾ Voir l'acte visé au point 5 cl de l'annexe XI de l'accord EEE [directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive «cadre»), JO L 108 du 24.4.2002, p. 33], l'acte visé au point 5ck de l'annexe XI de l'accord EEE [directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), JO L 108 du 24.4.2002, p. 21] et l'acte visé au point 5ck de l'annexe XI de l'accord EEE [directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive «accès»), JO L 108 du 24.4.2002, p. 7], tels qu'ils ont été adaptés à l'accord EEE par son protocole n° 1.

⁽⁶⁾ Voir la décision du service norvégien de contrôle des postes et des télécommunications du 3 avril 2009 concernant la désignation des entreprises puissantes sur le marché et imposant des obligations spécifiques sur le marché de la fourniture en gros d'accès à une infrastructure haut débit (marché 5); la décision de l'administration des postes et des télécommunications n° 8/2008 du 18 avril 2008 concernant la désignation des entreprises puissantes sur le marché et l'imposition d'obligations sur le marché de la fourniture en gros d'accès à une infrastructure haut débit en Islande et la décision de l'office des communications du 16 décembre 2009 concernant les règles spécifiques sur le marché de la fourniture en gros d'accès à une infrastructure haut débit au Liechtenstein.

⁽⁷⁾ Aux fins du présent document, il y a lieu d'entendre par réseaux NGA les réseaux d'accès câblés qui sont, en tout ou en partie, en fibres optiques et qui sont capables d'offrir des services d'accès à haut débit améliorés (notamment grâce à des débits supérieurs) par rapport aux réseaux encore existants (voir également la note de bas de page 58).

⁽⁸⁾ Voir le projet de recommandation de la Commission sur «l'accès réglementé aux réseaux d'accès de la nouvelle génération» à l'adresse suivante:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/doc/library/public_consult/nga/dr_recomm_nga.pdf et la déclaration du Groupe des régulateurs européens sur le développement des accès NGA: ERG (08) 68, à l'adresse suivante http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg_08_68_statement_on_nga_devlopment_081211.pdf.

- (5) Le présent chapitre décrit la politique de l'Autorité en ce qui concerne l'application des règles de l'accord EEE relatives aux aides d'État aux interventions publiques en faveur du déploiement des réseaux à haut débit traditionnels, sur la base de la pratique décisionnelle existante de la Commission (section 2) et traitent également d'un certain nombre de problèmes relatifs à l'appréciation des aides publiques destinées à favoriser et à soutenir le déploiement rapide des réseaux NGA (section 3).
- (6) L'Autorité appliquera les lignes directrices définies dans le présent chapitre pour apprécier les aides d'État au haut débit, augmentant ainsi la sécurité juridique et la transparence de sa pratique décisionnelle.

2. LA POLITIQUE DE L'AUTORITÉ EN CE QUI CONCERNE LES AIDES D'ÉTAT AUX PROJETS DE HAUT DÉBIT

2.1. Application des règles relatives aux aides d'État

- (7) Dans sa pratique décisionnelle, la Commission s'est montrée favorable aux mesures d'aide publique en faveur de l'installation du haut débit dans les zones rurales et les zones insuffisamment desservies, mais a été plus critique en ce qui concerne les mesures d'aide dans les zones où les infrastructures à haut débit existent déjà et où la concurrence se fait sentir. Jusqu'à présent, lorsque l'intervention de l'État en faveur du déploiement du haut débit satisfait aux critères d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («le TFUE»), correspondant à l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE, la Commission a apprécié sa compatibilité essentiellement au regard de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, correspondant à l'article 61, paragraphe 3, de l'accord EEE. La politique de la Commission en ce qui concerne les aides publiques en faveur du déploiement des réseaux à haut débit est résumée dans les sections 2.2 et 2.3 ci-dessous.

2.2. Article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE: présence d'une aide

- (8) Aux termes de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE, «sont incompatibles avec le fonctionnement dudit accord, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les parties contractantes, les aides accordées par les États membres de la CE, par les États de l'AELE ou accordées au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». Par conséquent, une mesure ne peut être considérée comme une aide d'État que si toutes les conditions cumulatives suivantes sont réunies:
- a) la mesure doit être financée au moyen de ressources d'État,
 - b) elle doit apporter un avantage économique aux entreprises,
 - c) l'avantage doit être sélectif et fausser ou menacer de fausser la concurrence; et
 - d) elle doit affecter les échanges à l'intérieur de l'EEE.
- (9) Les aides publiques aux projets dans le domaine du haut débit contiennent souvent un élément d'aide d'État au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE⁽⁹⁾.
- (10) Premièrement, les mesures font ordinairement appel à des ressources de l'État: l'État soutient, par exemple, des projets de haut débit à l'aide de subventions, de déductions fiscales ou d'autres types de conditions financières préférentielles⁽¹⁰⁾.
- (11) Deuxièmement, s'agissant de l'aide apportée à une activité économique, les mesures d'aide publique en faveur de projets d'installation du haut débit sont généralement destinées à l'exercice d'une activité économique, telle que la construction, l'exploitation et la fourniture d'un accès à une infrastructure de haut débit, y compris les installations de relais et les équipements au sol (systèmes fixes, terrestres, sans fil, par satellites, ou une combinaison de ces technologies). Dans des cas exceptionnels, toutefois, lorsque le réseau ainsi financé n'est pas utilisé à des fins commerciales (le réseau offre un accès à haut débit uniquement à des sites web, des services et des centres d'information non commerciaux, par exemple)⁽¹¹⁾, cette intervention de l'État n'implique pas l'octroi d'un avantage économique aux entreprises, et ne constitue pas, par conséquent, une aide d'État au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE.

⁽⁹⁾ Pour une liste complète des décisions de la Commission prises dans le domaine du haut débit en application des règles relatives aux aides d'État, se référer à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf.

⁽¹⁰⁾ Voir aussi la section 2.2.1 concernant l'application du principe de l'investisseur en économie de marché.

⁽¹¹⁾ Voir décision de la Commission du 30.5.2007 dans l'affaire NN 24/07 — République tchèque, *Prague Municipal Wireless Network*.

- (12) Troisièmement, s'agissant de l'avantage apporté, l'aide est généralement accordée directement aux investisseurs⁽¹²⁾ du réseau, qui sont choisis, dans la plupart des cas, sur base d'un appel d'offres ouvert⁽¹³⁾. Alors que le recours à un appel d'offres garantit que l'aide apportée à un projet donné est limitée au montant strictement nécessaire, le soutien financier pourrait permettre au soumissionnaire retenu de mener une activité commerciale dans des conditions qu'il n'aurait pas autrement pu trouver sur le marché. Les bénéficiaires indirects pourraient inclure les opérateurs tiers qui obtiennent un accès en gros à l'infrastructure ainsi construite, et aussi les utilisateurs commerciaux qui obtiennent une connectivité au haut débit dans des conditions qui ne seraient pas réunies sans intervention de l'État⁽¹⁴⁾.
- (13) Quatrièmement, s'agissant du critère de sélectivité, les mesures d'aide publique en faveur du déploiement des réseaux à haut débit ont un caractère sélectif puisqu'elles visent des entreprises qui ne sont présentes que dans certaines régions ou dans certains segments du marché général des services de communication électronique. En outre, en ce qui concerne la distorsion de concurrence, l'intervention de l'État tend à modifier les conditions existantes du marché en ce sens qu'un certain nombre d'entreprises choisissent alors de s'abonner aux services fournis par les fournisseurs sélectionnés plutôt que de se tourner vers des solutions existantes fondées sur le marché, sans doute plus coûteuses⁽¹⁵⁾. C'est pourquoi, le fait qu'un service à haut débit devienne accessible, soit au prix normal, soit à un prix inférieur à celui qu'il aurait atteint autrement, a un effet de distorsion de la concurrence. De plus, l'aide de l'État au haut débit risque de diminuer la rentabilité et de supplanter les investissements des acteurs du marché qui, autrement, pourraient être disposés à investir dans la zone visée ou une partie de celle-ci.
- (14) Enfin, dans la mesure où l'intervention de l'État est susceptible d'affecter les fournisseurs de services d'autres États de l'EEE, elle a aussi un effet sur les échanges puisque les marchés des services de communications électroniques (y compris les marchés de gros et de détail du haut débit) sont ouverts à la concurrence entre opérateurs et fournisseurs de services⁽¹⁶⁾.

2.2.1. Absence d'aide: l'application du principe de l'investisseur en économie de marché

- (15) Si l'État subventionne l'installation du haut débit par le biais d'une prise de participation ou d'un apport de capitaux dans une entreprise appelée à réaliser le projet, il y a lieu d'apprécier si cet investissement comporte un élément d'aide d'État. Il résulte du principe de l'égalité de traitement que les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, ne peuvent être qualifiés d'aides d'État.
- (16) Lorsqu'une prise de participation ou des apports de capitaux par un investisseur public ne présentent pas de perspectives suffisantes de rentabilité, même à long terme, une telle intervention doit être considérée comme une aide au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE, et sa compatibilité avec le marché commun doit donc être appréciée au regard des seuls critères prévus par cette disposition⁽¹⁷⁾.
- (17) La Commission a examiné l'application du principe de l'investisseur privé en économie de marché dans le domaine du haut débit dans sa décision concernant Amsterdam⁽¹⁸⁾. Comme cela a été exposé dans cette décision, la conformité d'un investissement public aux conditions du marché doit être démontrée de manière exhaustive, soit en prouvant la participation importante d'investisseurs privés, soit à l'aide d'un plan d'entreprise efficient démontrant un retour sur investissement approprié. Lorsque des investisseurs privés prennent part au projet, ils doivent absolument assumer le risque commercial lié à l'investissement dans des conditions et selon des modalités identiques à celles s'appliquant à l'investisseur public.

⁽¹²⁾ Le terme «investisseurs» recouvre les entreprises et/ou les opérateurs de réseau de communications électroniques qui investissent dans la construction et le déploiement d'infrastructures à haut débit.

⁽¹³⁾ La Commission n'a approuvé qu'une seule mesure d'aide publique qui ne concernait pas un appel d'offres ouvert mais un régime de crédit d'impôts pour le développement du haut débit dans des zones non équipées de Hongrie; voir la décision N 398/05 – Hongrie, *Development of Tax Benefit for Broadband*.

⁽¹⁴⁾ Voir par exemple: décision de la Commission N 570/07 – Allemagne, *Large bande dans les régions rurales du Bade-Württemberg*; décision N 157/06 – Royaume-Uni, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*; décision N 262/06 – Italie, *Communication à large bande dans la région rurale de Toscane*; décision N 201/06 – Grèce, *Développement de l'accès à large bande dans les territoires non desservis*; et décision N 131/05 – Royaume-Uni, *Fibre Speed Broadband Project Wales*. Les abonnés résidentiels, bien que bénéficiaires également de ce type de mesures, ne sont toutefois pas soumis aux règles relatives aux aides d'État, n'étant ni des entreprises ni des opérateurs économiques au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE.

⁽¹⁵⁾ Voir décision de la Commission N 266/08 – Allemagne, *Large bande dans les régions rurales de Bavière*.

⁽¹⁶⁾ Voir décision de la Commission N 237/2008 – Allemagne, *Broadband support in Niedersachsen*.

⁽¹⁷⁾ Affaire C-303/88, Italie/Commission, points 20-22, Rec. 1991, p. I-1433.

⁽¹⁸⁾ Décision de la Commission du 11 décembre 2007 dans l'affaire C 53/2006, *Citynet Amsterdam — investissement par la municipalité d'Amsterdam dans un réseau d'accès en fibre optique (FTTH)*, JO L 247 du 16.9.2008, p. 27. L'affaire concernait la mise en place d'un réseau d'accès au haut débit «Fibre-to-the-Home» (FTTH) raccordant 37 000 ménages à Amsterdam, qui étaient déjà desservis par plusieurs réseaux haut débit concurrents. La municipalité d'Amsterdam avait décidé d'investir dans la couche passive du réseau aux côtés de deux investisseurs privés et de cinq sociétés de logement social. Le propriétaire et gestionnaire de l'infrastructure passive était une entité distincte dont la municipalité d'Amsterdam détenait un tiers des parts, deux investisseurs privés (ING Real Estate et Reggefiber) le deuxième tiers, et les sociétés de logement social le dernier tiers.

2.2.2. Absence d'aide: compensation de service public et critères Altmark

- (18) Les États de l'AELE peuvent estimer, dans certains cas, que la fourniture d'un réseau haut débit doit être considérée comme un service d'intérêt économique général (SIEG) au sens de l'article 59, paragraphe 2, de l'accord EEE⁽¹⁹⁾.
- (19) Selon la jurisprudence de la Cour de justice, il suffit que quatre conditions (communément appelées: critères Altmark) soient réunies pour que le financement public de l'exécution d'un SIEG n'entre pas dans le champ d'application de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE⁽²⁰⁾. Ces quatre conditions sont les suivantes: a) le bénéficiaire d'un mécanisme de financement d'un SIEG par l'État doit être formellement investi de l'exécution d'un SIEG dont les obligations doivent être clairement définies, b) les paramètres sur la base desquels sera calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes, c) la compensation ne peut dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution du SIEG, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable lié à l'exécution de ces obligations, et d) lorsque le choix du bénéficiaire n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable.
- (20) Dans deux décisions⁽²¹⁾ concernant des mesures prises par des autorités régionales pour la délégation d'une concession de service public (subventionné)⁽²²⁾ à des opérateurs privés dans le but du déploiement de réseaux classiques à haut débit dans des régions sous-équipées, la Commission a conclu que les régimes d'aide notifiés étaient conformes aux quatre conditions définies dans l'arrêt Altmark, et ne tombaient donc pas sous le coup de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE⁽²³⁾. En particulier, dans les deux cas d'espèce, le délégataire a été choisi sur la base du taux de subvention demandé le plus faible, et le montant de la compensation qui lui a été accordée a été établi sur la base de critères prédéterminés et transparents. En outre, la Commission n'a relevé aucune preuve, ni aucun risque, de surcompensation.
- (21) Inversement, la Commission a jugé que si le fournisseur de services n'a pas reçu de mandat clair et n'a pas été investi de l'obligation de fournir un accès et de connecter au haut débit tous les citoyens et les entreprises de régions sous-équipées, et qu'il est davantage tourné vers la connexion des entreprises, le principe du SIEG et l'invocation a posteriori de la jurisprudence de l'arrêt Altmark ne sont pas acceptables⁽²⁴⁾.
- (22) En outre, comme l'établit la jurisprudence, même si les États de l'AELE disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'ils qualifient de service d'intérêt économique général, la définition de tels services ou missions par un État de l'AELE peut être remise en question par l'Autorité en cas d'erreur manifeste⁽²⁵⁾. En d'autres termes, même si la détermination de la nature et de la portée d'une mission de SIEG relève de la compétence et des pouvoirs d'appréciation des États de l'AELE, cette compétence n'est pas illimitée ni ne saurait être exercée de manière arbitraire⁽²⁶⁾. En particulier, une activité, pour pouvoir être qualifiée de SIEG, doit présenter certaines caractéristiques

⁽¹⁹⁾ Selon la jurisprudence, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général doivent avoir été investies de cette mission par un acte de puissance publique. À cet égard, un service d'intérêt économique général peut être confié à un opérateur par le biais d'une délégation de service public; voir affaires jointes T-204/97 et T-270/97 EPAC/Commission, point 126, Recueil 2000, p. II-2267, et l'affaire T-17/02 Fred Olsen/Commission, points 186, 188-189, Recueil 2005, p. II-2031.

⁽²⁰⁾ Affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Recueil 2003, p. I-7747. Ci-après dénommé «l'arrêt Altmark».

⁽²¹⁾ Voir la décision de la Commission N 381/04 — France, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, et la décision de la Commission N 382/04 — France, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²²⁾ Bien qu'il soit fait référence, dans le présent chapitre, à une «concession» de service public, la forme de l'instrument contractuel retenu pour l'attribution d'une mission de service public ou d'un SIEG peut varier d'un État de l'AELE à l'autre. Cela étant, l'instrument doit au moins préciser la nature, la portée et la durée des obligations de service public imposées et l'identité des entreprises concernées, ainsi que les coûts à supporter par l'entreprise concernée.

⁽²³⁾ Plus spécifiquement, étant donné que les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir la portée d'un SIEG, la Commission a reconnu, dans les deux décisions précitées, que, dans la mesure où une infrastructure haut débit universelle serait ouverte à tous les autres fournisseurs de réseaux et compenserait une défaillance du marché en apportant la connectivité à tous les utilisateurs des régions concernées, l'État membre en cause n'avait pas commis d'erreur manifeste en considérant que la fourniture d'un tel service relevait du principe du SIEG.

⁽²⁴⁾ Voir la décision de la Commission N 284/05 - Irlande, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, points 23 et 37-40. Dans cette affaire, la Commission a estimé que l'aide apportée à la mise en place et à l'exploitation des réseaux métropolitains (Metropolitan Area Networks: MAN) dans plusieurs villes irlandaises n'était pas une compensation pour un SIEG en raison du fait que la mesure notifiée ressemblait davantage à un partenariat public-privé qu'à une délégation et à une mise en œuvre d'un SIEG. Voir également la décision N 890/06 — France, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit*. Dans cette affaire, la Commission a fait observer que la mesure notifiée concernait une aide à la mise en place d'une connectivité au haut débit pour des parcs d'activité et des organisations du secteur public dans une partie de Toulouse, à l'exclusion du secteur résidentiel. De plus, le projet ne couvrait qu'une partie de la région. La Commission a par conséquent estimé que l'aide en question ne correspondait pas à un SIEG puisque la mesure notifiée n'avait pas pour but de servir les intérêts des citoyens mais ceux du secteur commercial.

⁽²⁵⁾ Voir l'affaire T-289/03, *Bupa et autres/Commission*, point 165, Recueil 2008, p. II-741, et l'affaire T-106/95, *FFSA et autres/Commission*, point 99, Recueil 1997, p. II-229. Voir également le point 14 de la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe (JO C 17 du 19.1.2001, p. 4).

⁽²⁶⁾ Voir l'affaire T-442/03, *SIC/Commission*, Rec. 2008, p. II-1161, point 195, l'affaire T-289/03 *BUPA et autres/Commission*, op.cit., point 166, et l'affaire T-17/02 *Fred Olsen/Commission*, op.cit., point 216. En vertu du point 22 de la communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, «la liberté de définition [des services d'intérêt économique général] des États membres signifie que ceux-ci sont les premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général sur la base des caractéristiques spécifiques des activités, la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste».

spécifiques par rapport à des activités économiques ordinaires⁽²⁷⁾. À cet égard, l'Autorité considérera que dans les zones où les investisseurs privés ont déjà investi dans une infrastructure de réseau haut débit (ou sont en train d'étendre leur réseau d'infrastructure) et fournissent déjà des services compétitifs d'accès au haut débit avec une couverture appropriée, la mise en place d'une infrastructure à haut débit parallèle, compétitive et financée par des fonds publics ne doit pas être qualifiée de SIEG au sens de l'article 59, paragraphe 2, de l'accord EEE⁽²⁸⁾. Toutefois, dès lors qu'il peut être démontré que des investisseurs privés pourraient ne pas être en mesure d'assurer, dans un avenir proche⁽²⁹⁾, une couverture adéquate pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs et qu'ils risqueraient ainsi de priver de connexion une partie importante de la population, une compensation de service public peut être accordée à une entreprise chargée d'un SIEG pour autant que les conditions énoncées aux points (23) à (27) soient réunies. À titre préliminaire, il convient de souligner que les considérations énoncées dans ces points sont fondées sur les spécificités de la large bande et reflètent l'expérience acquise à ce jour par la Commission dans sa pratique décisionnelle en la matière. Aussi, les conditions exposées dans ces points, quoique non exhaustives, sont néanmoins indicatives de l'approche retenue par l'Autorité pour évaluer, au cas par cas, la mesure dans laquelle les activités en cause peuvent être qualifiées de SIEG et la mesure dans laquelle le financement public accordé en l'espèce est conforme aux règles de l'accord EEE en matière d'aides d'État.

- (23) En ce qui concerne la définition de la portée d'une mission de SIEG visant à assurer un déploiement à grande échelle d'une infrastructure à large bande, les États de l'AELE sont tenus de décrire les raisons pour lesquelles ils estiment que le service en cause mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques⁽³⁰⁾. Ils doivent par ailleurs faire en sorte que la mission de SIEG satisfasse à certains critères minimums communs à chaque mission de SIEG et démontrer qu'il est satisfait en l'espèce à ces critères.
- (24) Ces critères sont notamment et au moins les suivants: a) l'existence d'un acte de la puissance publique confiant aux opérateurs en question une mission de SIEG et b) la nature universelle et obligatoire de cette mission. Pour apprécier la mesure dans laquelle la définition d'un SIEG destiné au déploiement de la large bande ne donne pas lieu à une erreur d'appréciation manifeste, les États de l'AELE doivent donc s'assurer que l'infrastructure à large bande à déployer fournisse une connectivité universelle pour l'ensemble des utilisateurs dans une zone donnée, tant privés que professionnels. De plus, le caractère obligatoire de la mission de SIEG implique que le fournisseur du réseau à déployer ne soit pas en mesure de refuser l'accès à l'infrastructure sur une base discrétionnaire et/ou discriminatoire (notamment parce qu'il pourrait ne pas être commercialement rentable de fournir des services d'accès à une région déterminée).
- (25) Étant donné le niveau de concurrence réalisé depuis la libéralisation du secteur des communications électroniques dans l'EEE, et en particulier la concurrence qui existe aujourd'hui sur le marché de détail de la large bande, un réseau financé par des ressources publiques et créé dans le contexte d'un SIEG devrait être disponible à l'ensemble des opérateurs intéressés. En conséquence, la reconnaissance d'une mission de SIEG pour le déploiement de la large bande devrait être fondée sur la fourniture d'une infrastructure passive, neutre⁽³¹⁾ et librement accessible. Un tel réseau devrait fournir aux demandeurs d'accès toutes les formes possibles d'accès au réseau et assurer une concurrence effective sur le marché de détail, assurant la fourniture de services concurrentiels et abordables aux utilisateurs finaux⁽³²⁾. C'est pourquoi, la mission SIEG ne devrait couvrir que le déploiement d'un réseau à large bande assurant une connectivité universelle et fournissant les services d'accès de gros y associés, sans inclure des services de communication de détail⁽³³⁾. Lorsque le fournisseur du SIEG est également un opérateur de la large bande verticalement intégré, des garde-fous appropriés doivent être mis en place afin d'éviter tout conflit d'intérêt, toute discrimination induite et tout autre avantage indirect caché⁽³⁴⁾.

⁽²⁷⁾ Cela implique que l'objectif d'intérêt général poursuivi par les autorités publiques ne saurait être que le seul développement de certaines activités économiques ou de zones économiques comme le prévoit l'article 61, paragraphe 3, point c). Voir la décision de la Commission N 381/04 — *France, Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, point 53, et la décision de la Commission N 382/04 — *France, Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*.

⁽²⁸⁾ À cet égard, les réseaux à prendre en considération pour évaluer la nécessité de mettre en place un SIEG doivent toujours présenter une architecture comparable, c'est-à-dire soit les réseaux à large bande classique soit les réseaux NGA.

⁽²⁹⁾ Par les termes «avenir proche», il y a lieu d'entendre une période de trois ans. À cet égard, les efforts d'investissement envisagés par les investisseurs privés devraient pouvoir garantir qu'au moins des progrès significatifs soient accomplis en termes de couverture dans ce délai de trois ans, l'investissement prévu devant être mené à bien dans un délai ultérieur raisonnable (en fonction des spécificités de chaque région et de chaque projet).

⁽³⁰⁾ En l'absence d'une telle motivation, l'Autorité ne pourrait procéder à un examen, même marginal, sur la base du premier critère Altmark d'une part, et de l'article 59, paragraphe 2, de l'accord EEE, d'autre part, quant à l'existence d'une erreur manifeste commise par l'État de l'AELE au regard de son pouvoir d'appréciation, affaire T-289/03, *BUPA et autres/Commission*, point 172, op. cit..

⁽³¹⁾ Un réseau doit être technologiquement neutre et donc permettre aux demandeurs d'accès d'utiliser l'une quelconque des technologies disponibles pour fournir des services aux utilisateurs finaux. Bien que cette obligation puisse être d'une application limitée s'agissant du déploiement d'une infrastructure de réseau ADSL, cela pourrait ne pas être le cas pour les réseaux NGA en fibres optiques, pour lesquels les opérateurs peuvent utiliser différentes technologies à base de fibres pour fournir des services aux utilisateurs finaux (notamment point à point ou G-PON).

⁽³²⁾ Un réseau ADSL, par exemple, doit fournir un accès à haut débit et un dégroupage total, alors qu'un réseau NGA fondé sur la fibre doit au moins fournir un accès à haut débit à de la fibre noire et, en cas de déploiement d'un réseau FTTC, un accès à des services de dégroupage des sous-boucles.

⁽³³⁾ Cette limitation est justifiée par le fait que, dès qu'un réseau à large bande fournissant une connexion universelle a été déployé, les forces du marché sont normalement suffisantes pour fournir des services de communication à tous les utilisateurs à un prix concurrentiel.

⁽³⁴⁾ Ces garde-fous peuvent inclure, en particulier, une obligation de séparation comptable, ainsi que la mise en place d'une entité structurellement et juridiquement séparée de l'opérateur verticalement intégré. C'est à cette entité, et à elle seule, qu'il incombera de se conformer à la mission SIEG qui lui aura été assignée et de fournir le SIEG.

- (26) Le marché des communications électroniques étant entièrement libéralisé, un SIEG destiné à déployer la large bande ne saurait se fonder sur l'attribution d'un droit exclusif ou spécial au fournisseur du SIEG au sens de l'article 59, paragraphe 1, de l'accord EEE.
- (27) Pour se conformer à sa mission de couverture universelle, un fournisseur de SIEG aura peut-être à déployer une infrastructure de réseau non seulement dans les zones non rentables mais également dans les zones rentables, c'est-à-dire les zones dans lesquelles d'autres opérateurs ont peut-être déjà déployé leur propre infrastructure de réseau ou envisagent de le faire dans un proche avenir. Toutefois, dans un tel cas, en raison des spécificités du secteur de la large bande, une compensation éventuelle ne devrait couvrir que les coûts de déploiement d'une infrastructure dans les zones non rentables⁽³⁵⁾. Lorsqu'un SIEG destiné au déploiement d'un réseau à large bande ne s'appuie pas sur le déploiement d'une infrastructure détenue par les autorités publiques, il convient de mettre en place des mécanismes de contrôle et de récupération afin d'éviter que le fournisseur du SIEG obtienne un avantage indu en conservant, à l'expiration de la concession du SIEG, la propriété du réseau financé à l'aide de ressources publiques. Enfin, la compensation SIEG devrait en principe être octroyée dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire imposant à l'ensemble des candidats opérateurs de définir, de manière transparente, les zones rentables et non rentables, d'estimer les recettes attendues et de demander le montant correspondant de la compensation qu'ils estiment être strictement nécessaire, en évitant tout risque de surcompensation. Un appel d'offres organisé dans le respect de ces conditions devrait garantir le respect du quatrième critère Altmark (voir point 19).
- (28) Lorsque les quatre critères Altmark ne sont pas remplis et que les critères généraux d'applicabilité de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE sont satisfaits, la compensation de service public pour le déploiement d'une infrastructure à large bande constituera une aide d'État et sera soumise aux dispositions des articles 49, 59 et 61 de l'accord EEE et du protocole 3, partie I, article 1^{er} de l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice (ci-après dénommé «protocole 3 de l'accord Surveillance et Cour de justice»). Dans ce cas, une aide d'État sous forme de compensation de service public octroyée à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [voir points (23)-(27) ci-dessus] pourrait être considérée comme compatible avec le fonctionnement de l'accord EEE et exemptée de l'obligation de notification prévue au protocole 3, partie I, paragraphe 3, article 1^{er}, de l'accord Surveillance et Cour de justice si les conditions énoncées à l'acte visé au point 1 h de l'annexe XV de l'accord EEE (décision 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005, concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général)⁽³⁶⁾, telle qu'adaptée à l'accord EEE par son protocole 1, sont réunies⁽³⁷⁾.

2.3. Appréciation de la compatibilité au regard de l'article 61, paragraphe 3, de l'accord EEE

- (29) Pour déclarer qu'une mesure notifiée constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, la Commission a jusqu'à présent fondé son appréciation de la compatibilité de l'aide avec le marché commun directement sur l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE⁽³⁸⁾.
- (30) Il se peut que les régions couvertes par une aide d'État pour un projet de haut débit soient aussi des régions assistées au sens de l'article 61, paragraphe 3, points a) et c), et du chapitre concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 des directives de l'Autorité concernant les aides d'État (ci-après dénommé «le chapitre sur les aides à finalité régionale»)⁽³⁹⁾. Dans ce cas, les aides en faveur du haut débit peuvent aussi être qualifiées d'aides à l'investissement initial au sens du chapitre sur les aides à finalité régionale. Toutefois, dans de nombreux cas examinés jusqu'à présent par la Commission, les mesures notifiées couvraient aussi d'autres régions qui ne faisaient pas partie des «régions assistées»; l'appréciation de la Commission ne pouvait donc pas être fondée sur les lignes directrices correspondantes de la Commission concernant les aides d'État à finalité régionale⁽⁴⁰⁾.
- (31) Si une mesure d'aide relève du champ d'application du chapitre sur les aides à finalité régionale, et que l'État envisage d'accorder une aide ad hoc individuelle à une seule entreprise, ou que l'aide est limitée à un secteur d'activité, il

⁽³⁵⁾ Il appartient aux États de l'AELE d'élaborer, compte tenu des spécificités de chaque cas, la méthodologie la plus appropriée pour faire en sorte que la compensation octroyée ne couvre que les coûts de fourniture du SIEG dans les zones non rentables. Ainsi, la compensation octroyée pourrait être fondée sur une comparaison entre les recettes générées par l'exploitation commerciale de l'infrastructure dans les zones rentables et les recettes générées par l'exploitation commerciale dans les zones non rentables. Les bénéfices excédentaires, c'est-à-dire les bénéfices excédant le rendement sectoriel moyen des capitaux engagés pour le déploiement d'une infrastructure à large bande, pourraient être affectés au financement du SIEG dans les zones non rentables, le solde faisant l'objet de la compensation financière à octroyer.

⁽³⁶⁾ JO L 312 du 29.11.2005, p. 67.

⁽³⁷⁾ Voir également le chapitre sur les aides d'État sous forme de compensations de service public des directives de l'Autorité concernant les aides d'État, JO L 109 du 26.4.2007, p. 44 et supplément EEE n° 20 du 26.4.2007, p. 1. également disponible sur le site Internet de l'Autorité à l'adresse http://www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldStateAid/state_aid_guidelines/partiv-stateaidintheformofpublicservicecompensation.pdf.

⁽³⁸⁾ Il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 107, paragraphe 3, point a), du TFUE, correspondant à l'article 61, paragraphe 3, point a) de l'accord EEE, peuvent aussi «être considérées comme compatibles avec le fonctionnement de l'accord EEE les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi».

⁽³⁹⁾ JO L 54 du 28.2.2008, p. 1. et Supplément EEE n° 11 du 28.2.2008, p. 1.

⁽⁴⁰⁾ Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013, JO C 54 du 4.3.2006, p. 13. De plus, bien que, dans certains cas, l'aide accordée ait été limitée à des «régions assistées», et qu'elle ait aussi pu être qualifiée d'aide à l'investissement initial au sens des lignes directrices précitées, l'intensité de l'aide pouvait souvent dépasser le plafond autorisé pour les aides régionales dans de telles régions.

incombe à l'État de l'AELE de démontrer que les conditions définies dans ledit chapitre sont réunies. Il doit en particulier prouver que le projet contribue à une stratégie cohérente de développement régional et que, vu sa nature et sa taille, il ne provoquera pas de distorsions inadmissibles de la concurrence.

2.3.1. *Le critère de mise en balance et son application aux aides dans le domaine du déploiement des réseaux à haut débit*

- (32) Pour apprécier la compatibilité d'une aide avec le fonctionnement de l'accord EEE, l'Autorité met en balance, d'une part, les effets positifs de la mesure d'aide pour atteindre un objectif d'intérêt commun et, d'autre part, ses effets potentiellement négatifs, tels qu'une distorsion des échanges et de la concurrence.
- (33) Pour l'application de ce système de mise en balance, l'Autorité va se poser les questions suivantes:
- a) La mesure d'aide vise-t-elle un objectif d'intérêt commun bien défini? En d'autres termes, l'aide proposée vise-t-elle à remédier à une défaillance du marché ou à atteindre un autre objectif ⁽⁴¹⁾?
 - b) L'aide est-elle conçue de manière à atteindre l'objectif d'intérêt commun? En particulier:
 - i) l'aide constitue-t-elle un moyen d'action approprié; en d'autres termes, existe-t-il d'autres outils plus indiqués?
 - ii) L'aide a-t-elle un effet d'incitation, c'est-à-dire: modifie-t-elle le comportement des entreprises?
 - iii) La mesure d'aide est-elle proportionnée, c'est-à-dire: le même changement de comportement pourrait-il être obtenu avec une aide moins importante?
 - c) Les distorsions de concurrence et l'effet sur les échanges sont-ils limités de sorte que le bilan général est positif?
- (34) Les différentes étapes de la mise en balance dans le domaine des aides au haut débit sont détaillées dans les sections 2.3.2 et 2.3.3.

2.3.2. *Objectif de la mesure*

- (35) Comme indiqué dans l'introduction, un accès abordable et général au haut débit est d'une importance capitale puisqu'il peut accélérer la contribution de cette technologie à la croissance et à l'innovation dans tous les secteurs de l'économie, et à la cohésion sociale et territoriale.
- (36) Les conditions économiques de la fourniture de services haut débit sont telles que le marché ne trouve pas toujours rentable d'investir dans ces services. En raison de l'économie de la densité, il est généralement plus rentable de construire des réseaux à haut débit dans les régions où la demande potentielle est plus élevée et plus concentrée, c'est-à-dire dans les zones densément peuplées. Les coûts unitaires, du fait des coûts fixes élevés des investissements nécessaires, augmentent rapidement au fur et à mesure que la densité de la population diminue. Les réseaux à haut débit ont donc tendance à ne couvrir de façon rentable qu'une partie de la population. De la même manière, dans certaines régions, la mise en place d'un réseau peut être rentable pour un seul fournisseur de services, pas pour deux ou plus.
- (37) L'aide d'État peut avoir un rôle utile à jouer si le marché n'offre pas une couverture suffisante du haut débit ou si les conditions d'accès ne sont pas satisfaisantes. En particulier, l'aide d'État dans le secteur du haut débit peut pallier une défaillance du marché, dans les situations où les investisseurs privés refusent d'investir, même si, dans une perspective économique plus large, un tel investissement peut être efficient, en raison, notamment, de ses effets d'entraînement positifs. Il se peut aussi que l'aide d'État en faveur du haut débit soit considérée comme un instrument permettant d'atteindre des objectifs d'équité, c'est-à-dire comme un moyen d'améliorer l'accès à un moyen de communication essentiel, et la participation à la société ainsi que la liberté d'expression pour tous les acteurs de la société, améliorant de la sorte la cohésion sociale et territoriale.
- (38) Il est utile de faire, dès le départ, une distinction fondamentale entre les différents types de zones qui peuvent être visées, en fonction du niveau de connectivité au haut débit qui y existe déjà. La Commission a constamment distingué entre les régions dans lesquelles n'existe aucune infrastructure de haut débit ou dans lesquelles il est peu probable qu'elle soit déployée dans un futur proche (zones blanches), les régions où un seul opérateur de réseau haut débit est présent (zones grises) et les régions où deux ou plusieurs fournisseurs de réseaux à haut débit sont présents (zones noires) ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Voir par exemple, la décision de la Commission N 508/08 – Royaume-Uni, *Provision of remote Broadband services in Northern Ireland*, la décision de la Commission N 201/06 – Grèce, *Développement de l'accès à large bande dans les territoires non desservis*, et la décision de la Commission N 118/06 – Lettonie, *Development of broadband communications networks in rural areas*.

⁽⁴²⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 201/2006 – Grèce, *Broadband access development in underserved areas*.

2.3.2.1. Les zones blanches: favoriser la cohésion territoriale et les objectifs de développement économique

- (39) L'Autorité considère que l'aide apportée au déploiement du réseau haut débit dans les zones blanches rurales et sous-équipées favorise la cohésion sociale, territoriale et économique, et s'attaque aux défaillances du marché. Les réseaux à haut débit ont tendance à ne couvrir de façon rentable qu'une partie de la population, de sorte que l'intervention de l'État est nécessaire pour obtenir une couverture universelle.
- (40) L'Autorité admet que les États de l'AELE, en octroyant une aide financière en vue de la fourniture de services haut débit dans des zones où elle n'est pas encore disponible et dans lesquelles aucun projet de construction de cette infrastructure n'est prévu dans un futur proche, agissent dans l'intérêt d'une véritable cohésion et de leurs objectifs de développement économique, et, que partant, leur intervention est susceptible d'être conforme à l'intérêt commun ⁽⁴³⁾. Par les termes «*avenir proche*», il y a lieu d'entendre une période de trois ans. À cet égard, les efforts d'investissement envisagés par les investisseurs privés devraient pouvoir garantir qu'au moins des progrès significatifs soient accomplis en termes de couverture dans ce délai de trois ans, l'investissement prévu devant être mené à bien dans un délai ultérieur raisonnable (en fonction des spécificités de chaque région et de chaque projet). Les autorités publiques peuvent exiger que leur soit présenté un plan d'entreprise, accompagné d'un calendrier détaillé du déploiement ainsi que d'une preuve de l'existence d'un financement approprié ou de tout autre élément susceptible de démontrer la crédibilité et la faisabilité de l'investissement envisagé par les opérateurs de réseau privés.

2.3.2.2. Les zones noires: pas d'intervention de l'État nécessaire

- (41) Il n'y a pas de défaillance du marché, lorsqu'une zone géographique donnée compte au moins deux fournisseurs de réseaux à haut débit et qu'ils fournissent des services haut débit dans des conditions de pleine concurrence (concurrence par les infrastructures). Une intervention de l'État a donc très peu de chances d'offrir d'autres avantages. Au contraire, toute aide publique au financement de la construction d'un réseau haut débit supplémentaire entraînera, en principe, une distorsion inacceptable de la concurrence et l'éviction des investisseurs privés. Par conséquent, en l'absence d'une défaillance du marché clairement prouvée, l'Autorité aura un avis négatif sur les mesures de financement du déploiement d'une infrastructure à haut débit supplémentaire dans une zone noire ⁽⁴⁴⁾.

2.3.2.3. Les zones grises: une appréciation plus détaillée nécessaire

- (42) La présence d'un opérateur de réseau dans une région donnée n'implique pas nécessairement l'absence de toute défaillance du marché ou de tout problème de cohésion. Des clauses de monopole peuvent affecter la qualité du service ou le prix des services offerts aux citoyens. Par ailleurs, dans les régions où seul un opérateur de haut débit est présent, les subventions à la construction d'un réseau supplémentaire peuvent, par définition, ébranler la dynamique du marché. C'est pourquoi, toute intervention publique dans le déploiement de réseaux à haut débit dans des zones grises requiert une analyse plus approfondie et une appréciation minutieuse de sa compatibilité.
- (43) Il peut arriver que, en dépit de la présence d'un opérateur de réseau dans une zone visée par l'intervention de l'État, certaines catégories d'utilisateurs ne soient toujours pas correctement desservis, en ce sens que soit certains services haut débit demandés par les utilisateurs ne sont pas accessibles, soit les prix sont inabordables par rapport aux mêmes services offerts dans des zones ou des régions plus compétitives du pays ⁽⁴⁵⁾. Si, en plus, les chances que des tiers viennent y construire une deuxième infrastructure sont limitées, le financement de celle-ci pourrait, dans ce cas-là, être une mesure appropriée. Une telle intervention permettrait de remédier à l'absence de concurrence au niveau des infrastructures et de réduire ainsi les problèmes découlant de la position monopolistique de fait de l'opérateur historique ⁽⁴⁶⁾. Toutefois, avant de pouvoir octroyer une aide dans ce genre de cas, l'État de l'AELE concerné est tenu de remplir un certain nombre de conditions.

⁽⁴³⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 118/06 – Lettonie, *Development of broadband communication networks in rural areas*.

⁽⁴⁴⁾ Voir la décision de la Commission du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État C 35/05 (ex N 59/05) que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution dans le cadre du développement d'un réseau haut débit à Appingedam, JO L 86 du 27.3.2007, p. 1. L'affaire concernait le déploiement d'une infrastructure de réseau passive (c.-à-d. fourreaux et fibres optiques) qui serait la propriété de la municipalité, tandis que la couche active (c.-à-d. la gestion et l'exploitation du réseau) serait confiée à un opérateur du secteur privé qui devait offrir des services d'accès en gros à d'autres fournisseurs de services. Dans sa décision, la Commission a fait valoir que le marché néerlandais du haut débit se caractérise par la rapidité de son évolution. C'est un marché sur lequel les fournisseurs de services de communication électronique, notamment les câblo-opérateurs et les fournisseurs de services Internet, sont sur le point d'introduire des services haut débit à très haut débit, sans aucune aide publique. La situation du marché à Appingedam n'est pas différente de celle des autres marchés néerlandais du haut débit. Et l'opérateur historique du réseau fixe et un câblo-opérateur offraient déjà des services «*triple play*» à Appingedam (téléphonie, haut débit et TV numérique/analogique) et ils possédaient les capacités techniques nécessaires pour continuer à augmenter la largeur de bande de leurs réseaux.

⁽⁴⁵⁾ Comme le précise le point (4), il convient de rappeler que l'accès au haut débit fait actuellement l'objet d'une réglementation ex ante dans tous les États de l'AELE.

⁽⁴⁶⁾ Dans sa décision N 131/05 – Royaume-Uni, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, la Commission devait évaluer si le soutien financier apporté aux autorités du pays de Galles pour la construction d'un réseau de fibres optiques, ouvert et neutre, reliant 14 parcs d'activité pouvait encore être déclaré compatible alors que la zone visée était déjà desservie par l'opérateur de réseau historique qui offrait des lignes louées à des prix réglementés. La Commission a estimé que l'offre de lignes louées de l'opérateur historique était très chère, quasiment inabordable pour des PME. Les parcs d'activité concernés ne pouvaient pas non plus obtenir des services ADSL symétriques d'une vitesse supérieure à 2 Mbps en raison de la distance qui les séparait du central téléphonique de l'opérateur historique. Ce dernier n'autorisait pas non plus l'accès des tiers à ses fourreaux et fibres noires. La présence de l'opérateur historique dans les zones visées ne pouvait donc pas garantir aux PME des services Internet haut débit abordables. Il n'était pas envisageable que des tiers construisent une deuxième infrastructure capable de fournir des services haut débit aux parcs d'activité en question. Voir également la décision de la Commission N 890/06 — France, *Aide du Sicoval pour un réseau de très haut débit* et la décision de la Commission N 284/05 — Irlande, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*.

- (44) C'est ainsi que l'Autorité peut, dans certaines conditions, déclarer compatibles les mesures d'aide d'État qui se rapportent à des zones où la fourniture d'une infrastructure à haut débit est encore un monopole de fait à condition
- i) qu'il n'y ait aucune offre de service abordable ou adapté pour satisfaire les besoins des utilisateurs, citoyens ou entreprises, et
 - ii) qu'il n'y ait pas d'autres mesures faussant moins la concurrence (notamment une réglementation ex ante) pour atteindre le même but. Afin de pouvoir établir ce qui précède, l'Autorité évaluera en particulier si:
 - a) les conditions générales qui prévalent sur le marché sont inadéquates, en observant, entre autres, le niveau des prix actuels du haut débit, le type de services offerts aux utilisateurs finaux (résidentiels et professionnels) et les conditions qui y sont attachées;
 - b) en l'absence d'une réglementation ex ante imposée par une autorité de régulation nationale (ci-après dénommée «ARN»), l'accès effectif au réseau n'est pas offert aux tiers, ou les conditions d'accès ne conduisent pas à une concurrence effective;
 - c) les barrières globales à l'entrée font obstacle à l'entrée éventuelle d'autres opérateurs de communications électroniques, et
 - d) toutes les mesures prises ou les mesures correctives imposées par l'autorité de régulation nationale (ARN) compétente ou l'autorité chargée de la concurrence au fournisseur de réseau existant n'ont pas permis de régler ces problèmes.

2.3.3. Nature de la mesure et nécessité de limiter les distorsions de concurrence

- (45) L'intervention de l'État peut être nécessaire lorsque la couverture du haut débit est jugée insuffisante. La première question à se poser est de savoir si l'aide d'État est un moyen d'action approprié pour résoudre le problème, ou s'il existe d'autres instruments plus adaptés.
- (46) À cet égard, l'Autorité fait valoir que même si la réglementation ex ante facilite souvent le déploiement du haut débit dans les zones urbaines et les régions densément peuplées, ce n'est peut-être pas un outil suffisant pour permettre l'offre de services haut débit, notamment dans les zones sous-équipées dans lesquelles la rentabilité propre de l'investissement est faible⁽⁴⁷⁾.
- (47) De la même manière, des mesures agissant sur la demande de haut débit (telles que des bons de réduction distribués aux utilisateurs finaux), même si elles peuvent contribuer positivement à la pénétration du haut débit et méritent d'être encouragées en tant qu'alternative ou complément d'autres mesures publiques, ne peuvent pas toujours pallier l'absence de desserte en haut débit⁽⁴⁸⁾. Aussi, dans de telles situations, ne peut-il y avoir d'autre solution que de consentir un financement public pour résoudre l'absence de connectivité au haut débit.
- (48) En ce qui concerne l'effet d'incitation de la mesure, il convient d'examiner si l'investissement concerné dans un réseau haut débit n'aurait pas été réalisé dans le même délai sans l'aide de l'État.
- (49) Lors de l'évaluation du caractère proportionné des mesures notifiées dans les zones blanches ou grises, une évaluation approfondie⁽⁴⁹⁾ sera nécessaire en cas de défaut de l'une quelconque des conditions suivantes énumérées aux points a) à h), défaut qui entraînera le plus souvent une conclusion négative quant à la compatibilité de l'aide avec le fonctionnement de l'accord EEE:
- a) *Carte détaillée et analyse de la couverture – analyse du marché*: les États de l'AELE doivent identifier clairement les zones géographiques qui seront couvertes par la mesure d'aide en question. En réalisant en parallèle une analyse des conditions de concurrence et de la structure concurrentielle prévalant dans la zone en question et en consultant toutes les parties prenantes affectées par la mesure, les États de l'AELE, d'une part, limitent les effets de distorsion de la concurrence avec des fournisseurs existants et avec ceux qui possèdent déjà des projets d'investissement dans un avenir proche, et, d'autre part, permettent à ces investisseurs de planifier leurs activités⁽⁵⁰⁾. L'élaboration d'une carte détaillée et la consultation sérieuse des parties prenantes garantissent non seulement un niveau élevé de transparence, mais constituent aussi un outil essentiel pour définir les zones blanches, grises et noires existantes⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 473/07 — Italie, *Broadband connection for Alto Adige*, la décision de la Commission N 570/07 — Allemagne, *Broadband in rural areas of Baden-Württemberg*, la décision de la Commission N 131/05 — Royaume-Uni, *FibreSpeed Broadband Project Wales*, la décision de la Commission N 284/05 — Irlande, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, la décision de la Commission N 118/06 — Lettonie, *Development of broadband communication networks in rural areas*, et la décision de la Commission N 157/06 — Royaume-Uni, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*.

⁽⁴⁸⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 222/2006 — Italie, *Aid to bridge the digital divide in Sardinia*, la décision de la Commission N 398/2005 — Hongrie, *Development Tax Benefit for Broadband*, et la décision de la Commission N 264/2006 — Italie, *Broadband for rural Tuscany*.

⁽⁴⁹⁾ Normalement dans le cadre de la procédure visée à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la partie I du protocole 3 de l'accord Surveillance et Cour de justice.

⁽⁵⁰⁾ Dès lors qu'il peut être démontré que les opérateurs existants n'ont fourni aucune information utile à une autorité publique aux fins de l'élaboration de la carte requise, cette autorité pourrait s'appuyer sur les seules informations (quelles qu'elles soient) qui ont été mises à sa disposition.

⁽⁵¹⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 201/06 — Grèce, *Broadband access development in underserved areas*, la décision de la Commission N 264/06 — Italie, *Broadband for rural Tuscany*, la décision de la Commission N 475/07 — Irlande, *National Broadband Scheme («NBS»)*, et la décision de la Commission N 115/08 — Allemagne, *Broadband in rural areas of Germany*.

- b) *Procédure d'appel d'offres ouvert*: cette méthode permet de garantir la transparence à tous les investisseurs qui souhaitent présenter une offre pour la réalisation du projet subventionné. Dans un appel d'offres ouvert, il est indispensable de traiter tous les soumissionnaires de manière équitable et non discriminatoire. Cette procédure permet de limiter l'avantage potentiel que représente une aide d'État et, en même temps, de réduire le caractère sélectif de l'aide dans la mesure où le choix du bénéficiaire n'est pas connu à l'avance ⁽⁵²⁾.
- c) *Offre économiquement la plus avantageuse*: dans une procédure d'appel d'offres ouvert, on attribue en principe au soumissionnaire qui demande le moins de subventions des points de priorité supérieurs lors de l'appréciation générale de son offre, afin de diminuer le montant de l'aide à octroyer, tout en restant dans des conditions de qualité similaires ⁽⁵³⁾. Ce faisant, l'État de l'AELE est en mesure de répercuter le poids de l'aide réellement nécessaire sur le marché et de réduire ainsi l'asymétrie de l'information qui avantage en général les investisseurs privés.
- d) *Neutralité technologique*: comme les services haut débit peuvent être fournis à partir d'une infrastructure de réseau hôte utilisant une technologie filaire (xDSL, câble), sans fil (Wi-Fi, WiMAX), satellite ou mobile, les États de l'AELE ne doivent pas favoriser une technologie ou une plateforme de réseau particulière, à moins d'être en mesure de justifier objectivement leur choix ⁽⁵⁴⁾. Les soumissionnaires doivent être autorisés à proposer les services haut débit requis en utilisant ou en combinant la technologie qu'ils jugent la plus appropriée.
- e) *Utilisation de l'infrastructure existante*: dans toute la mesure du possible, les États de l'AELE encouragent les soumissionnaires à avoir recours à une infrastructure existante disponible afin d'éviter tout double emploi inutile et coûteux des ressources. Dans le but d'essayer de limiter l'impact économique sur les opérateurs de réseaux existants, ces derniers doivent pouvoir mettre leur infrastructure à la disposition du projet notifié. Mais, en même temps, il ne faudrait pas que ce principe favorise les opérateurs historiques, surtout dans les cas où les tiers n'ont pas accès à cette infrastructure ou aux ressources nécessaires pour concurrencer un opérateur en place. De la même manière, dans le cas des zones grises, s'il est démontré que la dépendance vis-à-vis de l'opérateur historique est un élément du problème, il peut être nécessaire de prévoir la possibilité d'une concurrence davantage fondée sur les infrastructures.
- f) *Accès en gros*: imposer l'accès effectif en gros de tiers à une infrastructure haut débit subventionnée est un élément obligatoire de toute mesure d'aide publique au financement de la construction d'une nouvelle infrastructure haut débit. L'accès en gros permet, en particulier, à des opérateurs tiers de concurrencer le soumissionnaire retenu (si ce dernier est aussi présent sur le marché de détail), et de renforcer le choix et la concurrence dans les régions concernées par la mesure d'aide tout en évitant en même temps la création de monopoles régionaux de fourniture de services. L'accès effectif en gros à une infrastructure subventionnée doit être offert pendant une période minimum de sept ans. Cette condition n'est pas subordonnée à une analyse préalable du marché au sens de l'article 7 de la directive 2002/21/CE (directive-cadre) ⁽⁵⁵⁾. Toutefois, si à l'issue de la période de sept ans l'opérateur de l'infrastructure en question est désigné par l'ARN, en vertu du cadre réglementaire applicable, comme disposant d'une puissance significative sur le marché spécifique concerné ⁽⁵⁶⁾, l'obligation d'accès doit être étendue en conséquence.
- g) *Analyse comparative des prix*: afin d'assurer un accès en gros effectif et de réduire les possibilités de distorsion de la concurrence, il est essentiel d'obtenir du soumissionnaire retenu qu'il ne pratique pas des prix de gros excessifs, ou, inversement, des prix d'éviction ou des prix écrasés. Les prix de l'accès en gros doivent être basés sur le tarif officiel (réglementé) qui est appliqué dans d'autres zones comparables, plus compétitives du pays ou de l'EEE, ou, à défaut d'un tarif officiel, sur les prix déjà fixés ou approuvés par l'ARN pour les marchés et services concernés. Ainsi, lorsqu'une réglementation ex ante est déjà en place (dans une zone grise, p. ex.), les prix de gros pour l'accès à une infrastructure subventionnée ne doivent pas être inférieurs aux prix d'accès fixés par l'ARN pour cette même zone. L'analyse comparative représente un garde-fou important puisqu'elle permet à l'État de l'AELE de ne pas devoir fixer à l'avance des prix de gros ou de détail pour l'accès à l'infrastructure, et de s'assurer que la subvention accordée servira à reproduire les conditions qui prévalent sur d'autres marchés compétitifs du haut débit. Le dossier d'appel d'offres doit clairement mentionner ce critère d'analyse comparative.

⁽⁵²⁾ Voir, par exemple, la décision de la Commission N 508/08 — Royaume-Uni, *Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland*, la décision de la Commission N 475/07 — Irlande, *National Broadband Scheme (NBS)*, la décision de la Commission N 157/06 — Royaume-Uni, *South Yorkshire Digital region Broadband Project*.

⁽⁵³⁾ Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur est tenu de préciser au préalable la pondération relative qu'il affectera à chaque critère (de qualité) retenu.

⁽⁵⁴⁾ Jusqu'à présent, la Commission n'a approuvé l'utilisation motivée d'une solution technologique spécifique que dans un seul cas: voir la décision de la Commission N 222/06 — Italie, *Aid to bridge the digital divide in Sardinia*. Dans cette affaire, la Commission a estimé que, vu les conditions particulières du projet, à savoir la topographie de la région, l'absence de réseaux câblés et la nécessité de tirer un profit maximum de l'aide, l'utilisation de la technologie ADSL semblait être la technologie la plus appropriée pour réaliser les objectifs du projet (voir considérant 45).

⁽⁵⁵⁾ De plus, si un État de l'AELE choisit un modèle de gestion dans lequel les tiers ne se voient offrir que des services d'accès en gros à l'infrastructure haut débit subventionnée, et aucun service de détail, les distorsions de concurrence probables sont d'autant plus limitées puisqu'un tel type de gestion du réseau contribue à éviter des problèmes potentiellement complexes de prix d'éviction et de formes cachées d'accès discriminatoire.

⁽⁵⁶⁾ Dans cette optique, l'ARN doit tenir compte de la persistance éventuelle des conditions spécifiques qui ont justifié au départ l'octroi d'une aide à l'opérateur de l'infrastructure en question.

- h) *Mécanisme de récupération pour éviter la surcompensation*: dans le contrat à conclure avec le soumissionnaire retenu, les États de l'AELE doivent inclure un mécanisme de remboursement afin de garantir que le soumissionnaire ne bénéficie pas d'une surcompensation si la demande de services haut débit dans la zone visée dépasse les niveaux escomptés⁽⁵⁷⁾. L'instauration d'un tel mécanisme peut réduire a posteriori et rétroactivement le montant de l'aide initialement jugée nécessaire.

3. AIDES D'ÉTAT EN FAVEUR DES RÉSEAUX NGA

3.1. Le soutien apporté au déploiement rapide des réseaux NGA

- (50) Actuellement, quelques États de l'EEE se préoccupent de subventionner des réseaux à haut débit capables de fournir des services de très haut débit et de supporter une multitude de services numériques convergents avancés. Ces réseaux NGA sont essentiellement des réseaux à fibre optique ou des réseaux câblés avancés qui sont appelés à remplacer tous les réseaux haut débit cuivre et les réseaux câblés actuels, ou tout au moins une grande partie d'entre eux.
- (51) Les réseaux NGA sont des réseaux d'accès câblés qui sont, en tout ou partie, en fibres optiques et qui sont capables d'offrir des services d'accès au haut débit améliorés par rapport aux réseaux cuivre existants (notamment grâce à des débits supérieurs)⁽⁵⁸⁾.
- (52) En substance, les réseaux NGA auront la vitesse et la capacité de fournir des contenus haute définition, de supporter des applications à la demande gourmandes en capacité et d'apporter aux entreprises des connexions haut débit symétriques abordables, que seules les grandes entreprises peuvent s'offrir aujourd'hui. D'une manière générale, les réseaux NGA devraient faciliter l'amélioration de tous les aspects de la technologie et des services haut débit.
- (53) La Commission a déjà eu à examiner quelques notifications d'aide publique en faveur du déploiement des réseaux de fibres optiques. Ces affaires portaient soit sur la construction d'un «cœur» (core) de réseau régional NGA⁽⁵⁹⁾, soit sur l'apport d'une connectivité fibre à un nombre restreint d'abonnés commerciaux seulement⁽⁶⁰⁾.
- (54) Comme dans le cas du déploiement des réseaux classiques à haut débit, dits de première génération, les autorités régionales et municipales et l'État peuvent justifier leur intervention financière en faveur du déploiement des réseaux fibres optiques en invoquant une défaillance du marché ou un objectif de cohésion. Alors que, dans la pratique décisionnelle de la Commission, lors de la mise en place des infrastructures haut débit classiques, les exemples d'interventions financières de l'État concernaient principalement des collectivités/zones rurales (faible densité de population, coûts d'investissement élevés) ou des zones en retard de développement économique (faible capacité de paiement des services), les conditions économiques du modèle de réseaux NGA sont cette fois réputées dissuader les investisseurs de construire des réseaux NGA, non seulement dans les zones peu peuplées, mais aussi dans certaines zones urbaines. Le principal problème qui affecte, en particulier, le déploiement rapide et étendu des réseaux NGA semble être le coût et, dans une moindre mesure, la densité de la population⁽⁶¹⁾.
- (55) Pour les autorités publiques, l'intervention directe peut, par conséquent, se justifier si elles veulent s'assurer que des zones qui sont jugées non rentables par les opérateurs de réseaux profiteront quand même des retombées importantes que les réseaux NGA sont susceptibles d'apporter à l'économie, et qu'elles ne souffriront pas d'une nouvelle fracture numérique due à la technologie NGA. Les États de l'AELE peuvent donc vouloir favoriser le développement des réseaux NGA dans les zones dans lesquelles il faudrait attendre plusieurs années avant que n'arrivent les investissements des opérateurs de réseaux à haut débit existants, étant donné qu'elles sont moins attrayantes sur le plan financier que certaines grandes zones urbaines. Afin d'obtenir une connectivité de réseau NGA, ou pour l'obtenir plus tôt que prévu, les États de l'AELE peuvent, dans certains cas, soit décider d'investir eux-mêmes, soit apporter un soutien financier aux opérateurs privés de manière à ce que les possibilités offertes dans le domaine de l'emploi et d'autres volets économiques puissent être exploités aussi vite que possible.
- (56) Il faut veiller à ce que toute intervention publique qui vise à soutenir le déploiement d'un réseau NGA ou à l'accélérer soit conforme aux règles relatives aux aides d'État.

⁽⁵⁷⁾ Dans des circonstances exceptionnelles dûment prouvées par l'État de l'AELE notifiant, l'instauration d'un tel mécanisme pour des montants d'aide très faibles ou des projets ponctuels de petite taille s'appuyant sur des principes élémentaires de passation de marchés pourrait entraîner une charge disproportionnée pour les autorités chargées de l'octroi et ne sera donc pas exigée par l'Autorité.

⁽⁵⁸⁾ À ce stade du développement de la technologie et du marché, ni les technologies satellites ni les technologies de réseaux mobiles ne paraissent capables de fournir des services symétriques à très haut débit bien que la situation puisse évoluer dans le futur, surtout en ce qui concerne les services de communication mobile (la prochaine grande étape des communications mobiles, la «Long Term Evolution» (LTE) permettra théoriquement d'atteindre, si elle est adoptée, des débits crête descendants de 100 Mbps et de 50 Mbps ascendants).

⁽⁵⁹⁾ Voir la décision N 157/06 — Royaume-Uni, *South Yorkshire Digital region Broadband Project* et la décision de la Commission N 284/05 — Irlande, *Regional Broadband Programme: Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*.

⁽⁶⁰⁾ Jusqu'à présent, il n'y a eu que deux cas d'aide apportée par l'État au déploiement d'un réseau d'accès de prochaine génération (NGA: next generation access) destiné à apporter une connectivité fibre au segment résidentiel du marché.

⁽⁶¹⁾ Les opérateurs de réseaux haut débit ont fait valoir que le déploiement d'un réseau fibre reste un investissement très coûteux et risqué, sauf dans les régions densément peuplées ou d'activité commerciale dense, dans lesquelles les opérateurs possèdent déjà une base d'abonnés importante susceptible de migrer vers des débits plus élevés. Dans certains cas, le coût de l'installation de réseaux NGA ou fibre est réputé trop élevé par rapport au retour que l'on peut en attendre, de sorte que très peu, voire aucun, fournisseurs du secteur privé ne pénétreront le marché.

3.2. Types d'intervention publique

- (57) Les États de l'AELE peuvent choisir différents degrés d'intervention sur le marché afin de stimuler ou d'accélérer le déploiement des réseaux NGA. Dans ce contexte, les considérations exposées ci-dessus aux sections 2.2.1 et 2.2.2 (application du principe de l'investisseur en économie de marché, compensation de service public et critères Altmark) s'appliquent mutatis mutandis aux interventions de l'État dans le domaine du déploiement des réseaux NGA. En fonction de la nature et des effets de l'intervention choisie, une approche analytique différente devrait être garantie par les règles relatives aux aides d'État.
- (58) Dans les domaines où des investisseurs privés sont susceptibles de se lancer dans les futurs réseaux NGA, les États de l'AELE peuvent décider d'adopter une série de mesures visant à accélérer le cycle d'investissement et à encourager ainsi les investisseurs à présenter leurs plans d'investissement. Ces mesures ne doivent pas nécessairement se traduire par des aides d'État au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE. Étant donné que le génie civil constitue une large part des coûts de déploiement des réseaux en fibre optique (terrassement, pose de câbles, câblage à l'intérieur des bâtiments, etc.), les États de l'AELE peuvent décider, conformément au cadre réglementaire de l'EEE concernant les communications électroniques, par exemple, de faciliter le processus d'acquisition de droits de passage, d'exiger que les opérateurs de réseaux coordonnent leurs travaux de génie civil et/ou partagent leur infrastructure⁽⁶²⁾. Dans le même esprit, les États de l'AELE peuvent imposer la mise en place d'une connexion par fibre optique dans toute nouvelle construction (y compris les nouveaux réseaux d'adduction d'eau, d'énergie, de transport ou d'eaux usées) et/ou bâtiment.
- (59) De même, les autorités publiques peuvent décider d'entreprendre certains travaux de génie civil (comme le terrassement du domaine public, la construction de fourreaux) afin de permettre et d'accélérer le déploiement de leurs propres éléments de réseau par les opérateurs concernés. Toutefois, ces travaux de génie civil ne doivent pas être «propres à l'industrie ou au secteur», mais être ouverts en principe à tous les utilisateurs potentiels et pas seulement aux opérateurs de communications électroniques (c'est-à-dire également aux services d'électricité, de gaz, d'eau, etc.). Pour autant qu'elles ont pour but de créer les conditions préalables nécessaires au déploiement d'infrastructures propres par les fournisseurs de services sans discrimination en faveur de l'un ou l'autre secteur ou entreprise (en diminuant notamment les coûts en capital de celle-ci), ces interventions publiques n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE.
- (60) Des mesures similaires peuvent également être adoptées par l'ARN afin de garantir un accès équitable et non discriminatoire aux poteaux ou le partage des fourreaux détenus par des services ou des opérateurs de réseau existants.
- (61) Comme l'illustre la pratique décisionnelle de la Commission dans le domaine du haut débit classique, dans la plupart des cas, les aides d'État aux réseaux à haut débit sont accordées par des autorités locales ou régionales qui tentent soit de remédier au manque de connectivité à haut débit, soit d'accroître la compétitivité de la région en améliorant la couverture à haut débit existante et la connectivité des réseaux. Pour atteindre ces deux objectifs, les autorités publiques ont jusqu'à maintenant soit sous-traité la construction et la gestion d'une infrastructure à haut débit publique, soit soutenu financièrement la construction d'un réseau haut débit privé⁽⁶³⁾.
- (62) Si les interventions publiques constituent une aide d'État au sens de l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE, elles doivent être notifiées à l'Autorité qui examinera leur compatibilité avec le marché commun conformément aux principes exposés aux sections 3.3 et 3.4⁽⁶⁴⁾.

3.3. La distinction entre les zones blanches, grises et noires pour les réseaux NGA

- (63) Comme le rappelle le point (38), la compatibilité des aides d'État accordées pour le développement du haut débit classique est appréciée en établissant une distinction entre les zones blanches, grises et noires. L'Autorité considère que cette distinction reste pertinente pour apprécier la compatibilité des aides d'État aux réseaux NGA au regard de l'article 61, paragraphe 3, point c), de l'accord EEE, mais qu'une définition plus précise est nécessaire pour tenir compte des spécificités des réseaux NGA.

⁽⁶²⁾ Ces mesures ne devraient pas viser spécifiquement les opérateurs de communications électroniques, mais s'appliquer sans distinction à tous les opérateurs de tous les secteurs concernés (y compris, par exemple, les opérateurs d'autres services tels que la fourniture de gaz, d'électricité et/ou d'eau). Les mesures qui s'appliqueraient aux seuls opérateurs de communications électroniques pourraient constituer une aide sectorielle et tomber, de ce fait, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 61, paragraphe 1, de l'accord EEE.

⁽⁶³⁾ Voir par exemple, les décisions de la Commission N 157/06 – Royaume-Uni, *South Yorkshire Digital Region Broadband Project*, N 201/06 – Grèce, *Broadband access development in underserved territories*, N 131/2005 – Royaume-Uni, *FibreSpeed Broadband Project Wales* et N 284/05 – Irlande, *Regional Broadband Programme; Metropolitan Area Networks («MANs»), phases II and III*, N 381/04 – France, *Projet de réseau de télécommunications haut débit des Pyrénées-Atlantiques*, N 382/05 – France, *Mise en place d'une infrastructure haut débit sur le territoire de la région Limousin (DORSAL)*, N 57/05 – Royaume-Uni, *Regional Innovative Broadband Support in Wales*, et N 14/08 – Royaume-Uni, *Broadband in Scotland – Extending Broadband Reach*.

⁽⁶⁴⁾ Cela n'exclut pas l'application éventuelle du chapitre concernant les aides à finalité régionale cité au point (31) ci-dessus.

- (64) Sur ce point, il convient de garder à l'esprit qu'à terme, les réseaux NGA devraient détrôner les réseaux à haut débit classiques existants. Dans la mesure où ces réseaux NGA nécessitent une architecture de réseau différente, offrant des services haut débit de bien meilleure qualité qu'aujourd'hui de même que des services qui ne pourraient pas être supportés par les réseaux à haut débit actuels, il est probable que des différences marquées se feront jour entre les zones qui seront couvertes par les réseaux NGA et celles qui ne le seront pas ⁽⁶⁵⁾.
- (65) Actuellement, certains réseaux à haut débit classique avancés (par exemple, l'ADSL 2+ ⁽⁶⁶⁾) peuvent, jusqu'à un certain point, supporter certains types de services haut débit qui, dans un avenir proche, seront probablement offerts par les réseaux NGA (notamment les services «triple play» classiques). Cependant, et sans préjudice de l'application d'une réglementation ex ante, il convient de noter que de nouveaux produits ou services, qui ne sont pas substituables du point de vue à la fois de la demande et de l'offre, peuvent apparaître et nécessiter un débit dépassant les limites physiques supérieures de l'infrastructure à haut débit classique.
- (66) En conséquence, pour apprécier les aides d'État accordées aux réseaux NGA, une zone où de tels réseaux n'existent pas actuellement et où ils ne sont pas susceptibles d'être construits par des investisseurs privés, ni d'être totalement opérationnels dans un avenir proche, devrait être considérée comme une zone «NGA blanche» ⁽⁶⁷⁾. Dans cette optique, les termes «dans un avenir proche» devraient correspondre à une période de trois ans ⁽⁶⁸⁾. Les autorités publiques doivent être habilitées à intervenir, dans certaines conditions, afin de faire face aux problèmes de cohésion sociale, de développement régional ou d'une défaillance du marché lorsqu'il peut être démontré que les investisseurs privés n'ont pas l'intention de déployer de réseaux NGA dans les trois années à venir. Les efforts d'investissement envisagés par les investisseurs privés doivent pouvoir garantir qu'au moins des progrès significatifs soient accomplis en termes de couverture dans ce délai de trois ans, l'investissement prévu devant être mené à bien dans un délai ultérieur raisonnable (en fonction des spécificités de chaque région et de chaque projet). Il ne serait pas adéquat de prévoir une période plus longue, car cela risquerait de porter atteinte aux intérêts des régions mal desservies par rapport à d'autres parties du pays qui sont suffisamment desservies par ces réseaux à haut débit avancés. Les autorités publiques peuvent exiger que leur soit présenté un plan d'entreprise, accompagné d'un calendrier détaillé du déploiement ainsi que d'une preuve de l'existence d'un financement approprié ou de tout autre élément susceptible de démontrer la crédibilité et la faisabilité de l'investissement envisagé par les opérateurs de réseau privés.
- (67) Dans le même esprit, une zone devrait être considérée «NGA grise» si un seul réseau NGA est présent ou sera déployé dans les trois années à venir et si aucun opérateur ne projette le déploiement d'un réseau NGA dans les trois années à venir ⁽⁶⁹⁾. En évaluant si d'autres investisseurs peuvent déployer des réseaux NGA supplémentaires dans une zone donnée, il convient de tenir compte de toute mesure réglementaire ou législative existante qui aurait pu réduire les obstacles au déploiement de ces réseaux (accès aux fourreaux, partage d'infrastructure, etc.).
- (68) Si plusieurs réseaux NGA existent dans une zone donnée ou seront déployés dans les trois années à venir, cette zone devrait en principe être considérée comme une zone «NGA noire» ⁽⁷⁰⁾.

3.4. L'appréciation de la compatibilité

- (69) Comme indiqué aux points (64) et (65), bien que les réseaux NGA soient qualitativement bien plus avancés que les réseaux classiques à haut débit en cuivre existants, pour apprécier la compatibilité d'une aide d'État en faveur du déploiement d'un réseau NGA avec les règles relatives aux aides d'État, l'Autorité vérifiera également les effets d'une telle aide sur les réseaux à haut débit existants étant donné le degré de substitution qui semble actuellement exister entre les services haut débit offerts à la fois par le biais des réseaux à haut débit et des réseaux NGA. De plus, en évaluant la compatibilité d'une aide d'État en faveur de réseaux NGA, l'Autorité appliquera également le critère de mise en balance [voir point (33)]. En appréciant en particulier le caractère proportionné d'une mesure notifiée, l'Autorité vérifiera que les conditions fixées au point (49) sont remplies (élaboration d'une carte détaillée et analyse

⁽⁶⁵⁾ Si, aujourd'hui, la différence entre une zone où seul l'Internet à bande étroite est disponible (ligne commutée) et une zone où le haut débit existe conduit à qualifier la première de zone blanche, de même une zone qui n'est pas équipée d'une infrastructure à haut débit de la prochaine génération, mais continue à bénéficier de son infrastructure à haut débit classique en place devrait aussi être considérée comme une zone blanche.

⁽⁶⁶⁾ L'ADSL 2+ étend la capacité du réseau ADSL classique jusqu'à une largeur de bande maximale de 24 Mbps.

⁽⁶⁷⁾ Une zone NGA blanche est une zone où il n'existe aucune infrastructure haut débit classique (zones blanches traditionnelles), de même qu'une zone où un seul fournisseur d'accès au haut débit classique est présent (c'est-à-dire une zone grise traditionnelle) ou qui dispose de plusieurs fournisseurs d'accès au haut débit classique (c'est-à-dire une zone noire traditionnelle). Comme indiqué à la section 3.4, différentes conditions sont requises pour évaluer la compatibilité de l'aide d'État en faveur du développement du haut débit dans ces diverses circonstances.

⁽⁶⁸⁾ Cette période semble correspondre à la période moyenne nécessaire au déploiement d'un réseau d'accès de prochaine génération couvrant une ville ou une agglomération. Dans ce contexte, un opérateur devrait pouvoir démontrer que, dans les trois années à venir, il aura procédé aux investissements d'infrastructure nécessaires pour couvrir, au terme de cette période, une part substantielle du territoire et de la population concernés.

⁽⁶⁹⁾ Une zone NGA grise peut être une zone dans laquelle a) il n'existe pas d'autre infrastructure haut débit classique outre le réseau NGA, b) ou une zone où un seul ou plusieurs fournisseurs d'accès au haut débit classique sont également présents (qui peut être considérée comme une zone grise ou noire traditionnelle). Comme indiqué à la section 3.4, différentes conditions sont requises pour évaluer la compatibilité de l'aide d'État en faveur du développement du haut débit dans ces diverses circonstances.

⁽⁷⁰⁾ Une zone NGA noire peut aussi être une zone qui compte un seul fournisseur d'accès au haut débit (zone grise traditionnelle) ou plusieurs (zone noire traditionnelle). Comme indiqué ci-dessous, différentes conditions sont requises pour évaluer la compatibilité de l'aide d'État en faveur du développement du haut débit dans ces diverses circonstances.

de la couverture, procédure d'appel d'offres ouvert, offre économiquement la plus avantageuse, neutralité technologique, utilisation de l'infrastructure existante, obligation d'accès libre en gros, analyse comparative et mécanisme de récupération). Toutefois, les points ci-après sont particulièrement pertinents dans le contexte de l'évaluation des réseaux NGA.

3.4.1. Les zones NGA blanches: soutien au déploiement de réseaux NGA dans les zones mal desservies

- (70) De la même façon que pour les services haut débit, soumis à une série de conditions que doivent respecter les États de l'AELE [voir les points (49) et (69)], l'Autorité considérera comme compatibles avec les règles en matière d'aides d'État prévues par l'accord EEE, les mesures qui soutiennent le déploiement de réseaux NGA dans des zones où aucune infrastructure à haut débit n'existe actuellement ou dans lesquelles les opérateurs de haut débit existants estiment qu'il n'est pas rentable de déployer des réseaux NGA.
- (71) Afin d'accorder une aide aux réseaux NGA dans les zones NGA blanches, où une infrastructure à haut débit classique est déjà en place (zone grise traditionnelle), l'État de l'AELE concerné doit démontrer i) que les services haut débit fournis par lesdits réseaux ne sont pas suffisants pour satisfaire les besoins des citoyens et des utilisateurs professionnels dans la zone en question (en tenant compte également d'un éventuel perfectionnement futur), et que ii) aucun moyen ayant un moindre effet de distorsion (y compris la réglementation ex ante) ne permettrait d'atteindre les objectifs déclarés.

3.4.2. Les zones NGA grises: une analyse plus détaillée est nécessaire

- (72) Dans les zones où un investisseur privé a déjà déployé un réseau NGA ou pourrait le faire dans les trois années à venir et où aucun autre investisseur privé n'a l'intention de déployer un second réseau NGA dans les trois années à venir [voir également le point (66)], l'Autorité devra effectuer une analyse plus détaillée afin de vérifier si l'intervention de l'État dans ces zones peut être considérée comme compatible avec les règles en matière d'aides d'État. En fait, l'intervention de l'État dans ces zones risque d'avoir un effet d'éviction sur les investisseurs existants et de distorsion de la concurrence.
- (73) Afin que l'Autorité puisse juger cette aide compatible, les États de l'AELE devraient être en mesure de démontrer que, premièrement, le réseau NGA existant ou projeté n'est pas ou ne serait pas suffisant pour satisfaire les besoins des citoyens et des utilisateurs professionnels dans les zones en question, et, deuxièmement, qu'aucun moyen ayant un moindre effet de distorsion (y compris la réglementation ex ante) ne permettrait d'atteindre les objectifs déclarés. Dans le cadre de son analyse détaillée, l'Autorité évaluera notamment si:
- les conditions globales du marché sont inadéquates, en regardant, entre autres, le niveau des prix actuels des réseaux NGA, le type de services offerts aux utilisateurs résidentiels et professionnels et les conditions qui y sont attachées, et si la demande de nouveaux services, lorsqu'elle existe, ou est susceptible d'apparaître, ne peut pas être satisfaite par l'opérateur du réseau NGA existant;
 - en l'absence d'une réglementation ex ante imposée par une ARN, un accès effectif au réseau n'est pas offert aux tiers ou les conditions d'accès n'incitent pas à une concurrence effective;
 - les barrières globales à l'entrée font obstacle à l'entrée éventuelle d'autres investisseurs en réseaux NGA;
 - le réseau NGA déjà en place a été construit grâce à un accès privilégié ou une utilisation facilitée de fourreaux qui ne sont pas accessibles à d'autres opérateurs de réseaux ou qui ne sont pas partagés avec eux;
 - toutes les mesures prises ou les mesures correctives imposées par l'autorité de régulation nationale (ARN) compétente ou l'autorité chargée de la concurrence au fournisseur de réseau existant n'ont pas permis de résoudre les problèmes.

3.4.3. Les zones NGA noires: l'intervention de l'État n'est pas nécessaire

- (74) Dans les zones où il existe déjà plus d'un réseau NGA ou bien où les investisseurs privés ont l'intention de déployer des réseaux NGA concurrents, l'Autorité considérera que le soutien de l'État à un réseau NGA supplémentaire concurrent par un financement public est de nature à créer de graves distorsions de la concurrence et est incompatible avec les règles en matière d'aides d'État.

3.4.4. Le cas spécifique des zones noires existantes (haut débit classique): quelques garanties supplémentaires

- (75) L'Autorité estime que les zones noires traditionnelles, c'est-à-dire les zones où les services haut débit actuels sont fournis par des infrastructures à haut débit concurrentes (xDSL et réseaux câblés), sont des zones dans lesquelles les opérateurs existants devraient être incités à transformer leurs réseaux à haut débit classiques en réseaux NGA à très haut débit vers lesquels ils pourraient faire migrer leurs clients actuels. Dans ces zones, aucune intervention supplémentaire de l'État ne devrait, en principe, être nécessaire.

- (76) Toutefois, un État de l'AELE peut réfuter cet argument s'il prouve que les opérateurs du haut débit existants n'ont pas l'intention d'investir dans des réseaux NGA dans les trois années à venir en démontrant notamment que le mode historique d'investissement choisi par les investisseurs de réseaux existants au cours des dernières années pour perfectionner leurs infrastructures à haut débit et fournir des débits plus élevés en réponse à la demande des utilisateurs n'était pas satisfaisant. Dans de tels cas, l'aide de l'État au déploiement de réseaux NGA fera l'objet de l'analyse détaillée visée au point (73) et devra respecter l'ensemble des conditions présentées plus en détail à la section 3.4.5.

3.4.5. Nature de la mesure et nécessité de limiter les distorsions de concurrence

- (77) Comme pour la démarche suivie lors du déploiement du haut débit classique, les aides d'État en faveur du déploiement des réseaux NGA peuvent s'avérer être un instrument adéquat et justifié si un certain nombre de conditions fondamentales sont respectées. À l'exception des zones NGA blanches qui sont aussi des zones blanches sur le plan du haut débit classique (pour lesquelles aucune condition supplémentaire n'est nécessaire), l'Autorité considère que, en complément des garanties prévues à la section 2.3.3 et, en particulier, au point (49) (élaboration d'une carte détaillée et analyse de la couverture, procédure d'appel d'offres ouvert, offre économiquement la plus avantageuse, neutralité technologique, utilisation de l'infrastructure existante, obligation d'accès libre en gros, analyse comparative et mécanisme de récupération), les conditions suivantes doivent également être remplies:

- En échange du soutien de l'État, il conviendrait d'exiger du bénéficiaire qu'il fournisse aux tiers un accès effectif en gros pendant au moins sept ans. L'obligation d'accès imposée devrait notamment comprendre le droit d'utiliser les fourreaux ou les armoires de rue afin de permettre aux tiers d'avoir accès à l'infrastructure passive et pas seulement à l'infrastructure active. Ceci est sans préjudice de toute autre obligation réglementaire similaire qui pourrait être imposée par l'ARN sur le marché spécifique concerné afin de favoriser une concurrence effective ou des mesures adoptées après l'expiration de cette période⁽⁷¹⁾. L'obligation de «libre accès» est d'autant plus cruciale qu'il convient aussi de tenir compte du problème de la substitution temporaire susmentionnée entre les services offerts par les opérateurs d'ASDL existants et ceux qui seront offerts par les futurs opérateurs de réseaux NGA. L'obligation de libre accès permettra de garantir aux opérateurs d'ASDL qu'ils pourront faire migrer leurs clients vers un réseau NGA dès que le réseau subventionné sera en place et commencer ainsi à planifier leurs propres investissements à venir sans subir de réel handicap compétitif.
- De plus, pour fixer les conditions d'accès en gros aux réseaux, les États de l'AELE devraient consulter l'ARN compétente. Les ARN sont censées continuer, à l'avenir, soit à réguler ex ante, soit à contrôler de très près les conditions de la concurrence sur l'ensemble du marché du haut débit et à imposer, le cas échéant, les mesures correctives nécessaires prévues par le cadre réglementaire applicable. Ainsi, en exigeant que les conditions d'accès soient approuvées ou fixées par l'ARN, dans le cadre des règles de l'EEE applicables, les États de l'AELE garantiront que, même si elles ne sont pas identiques, des conditions d'accès au moins très semblables s'appliqueront sur l'ensemble des marchés du haut débit identifiés par l'ARN concernée.
- En outre, quel que soit le type d'architecture de réseau NGA bénéficiant d'une aide d'État, il doit contribuer à un dégroupage effectif et total et couvrir tous les types d'accès au réseau que les opérateurs pourraient rechercher (y compris, mais sans s'y limiter, l'accès aux fourreaux, aux fibres et au haut débit). À cet égard, il convient de noter qu'une architecture «multi-fibres» permet aux demandeurs d'accès d'être totalement indépendants dans leur offre de services haut débit et favorise donc une concurrence durable à long terme. Par ailleurs, le déploiement de réseaux NGA basés sur des lignes multi-fibres supporte aussi bien les topologies «point à point» que les topologies «multipoints» et est dès lors technologiquement neutre.

4. DISPOSITIONS FINALES

- (78) Le présent chapitre est applicable à partir du premier jour suivant celui de son adoption.
- (79) L'Autorité réexaminera le présent chapitre conformément aux futures révisions de la *communication de la Commission – 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*.

⁽⁷¹⁾ Dans cette optique, il convient de tenir compte de la persistance éventuelle des conditions spécifiques qui ont justifié au départ l'octroi d'une aide à l'infrastructure en question.