

Réponse de l'ART

Le dispositif « Département innovant » a pour objet de fixer le cadre d'un partenariat entre les Conseils Généraux et France Télécom. Ce partenariat s'articule autour du développement des réseaux haut débit sur le territoire et la promotion des services et usages innovants.

Ce dispositif est organisé en trois volets. Une charte de portée très générale a été publiée en début d'année par France Télécom. Des conventions de partenariat, déclinant tout ou partie des axes de travail exposés dans la charte auraient été proposées aux départements. Enfin, le dispositif appelle des actes subséquents de la part des Conseils Généraux et de France Télécom, comme la conduite de réunions de concertation ou de pilotage, des actions de promotion, des études, le versement éventuel de subventions ou le lancement d'appels d'offres, et l'équipement de certains répartiteurs en ADSL.

Il convient de signaler que le dispositif « Département innovant » semble évolutif. Ainsi, il n'est pas exclu que les conventions de partenariat puissent différer entre deux départements et dans le temps. Dans la mesure où les conventions de partenariat comportent une clause de confidentialité, celles-ci n'ont pas été transmises à l'Autorité. Le présent document formule donc des commentaires sur les principaux axes de travail du dispositif dans son ensemble.

La dynamique de la société de l'information requiert la diffusion du haut débit à l'ensemble des territoires. Les actions des collectivités territoriales visant à accélérer le déploiement des infrastructures et le développement des services contribuent positivement à la réalisation de cet objectif. Ce faisant les collectivités territoriales entrent naturellement en relation avec France Télécom, acteur majeur du secteur des communications électroniques. Toutefois, les actions des collectivités territoriales doivent également s'inscrire dans le cadre de règles, notamment européennes, et concourir à l'exercice d'une concurrence loyale. A ce titre, elles doivent respecter les principes suivants :

- les informations relatives à la demande, recueillies par le département, sont mises à disposition de l'ensemble des opérateurs ;
- les actions d'information et de promotion du haut débit sont mises en œuvre de manière neutre et n'assurent pas la promotion des services d'un seul opérateur ou fournisseur d'accès internet ;
- les aides financières envisagées sont attribuées selon des modalités compatibles avec les règles nationales et communautaires.

Il convient de rappeler que, par ailleurs, l'article L.1425-1 du code général des collectivités locales en cours d'examen au Parlement a pour but d'offrir aux collectivités un cadre d'intervention clair de nature à concilier action publique et concurrence.

I – L’utilisation des informations recueillies par les Conseils Généraux dans le cadre du partenariat

Le partenariat proposé suppose la mise en place d'un cadre de concertation conduisant les départements à recueillir différentes informations relatives à l'état du développement du haut débit sur leur territoire et aux attentes des différentes catégories d'acteurs locaux, aussi bien en matière de débits que de services.

Le cadre bilatéral du partenariat pourrait amener France Télécom à disposer d'un accès privilégié aux informations recueillies par les départements sur les besoins de leur marché local. Ce type d'informations peut être important pour les opérateurs de télécommunications, car il facilite la mise en place de stratégies commerciales et le cas échéant de prospection ciblée des clients.

Afin de ne pas distordre le jeu normal de la concurrence, il serait souhaitable que les départements puissent s'assurer que tant la convention que les actes qui en découleront (réunions, études, documents transmis) respectent les principes de neutralité, d'ouverture, et de symétrie d'informations fournies aux acteurs économiques.

Par ailleurs, le dispositif département innovant semble inviter les départements à identifier en collaboration avec France Télécom les zones prioritaires à équiper en haut débit ainsi que les solutions techniques adaptées à leur desserte.

Or il ne semble pas exclu que le département puisse ensuite lancer un appel d'offre visant à la desserte de ces zones. Le cahier des charges même d'un tel appel d'offre peut conditionner la capacité des différents acteurs économiques à y répondre.

Le département, en tant que pouvoir adjudicateur ou autorité délégante, a la responsabilité de l'application de l'égalité de traitement des candidats devant la commande publique. Aussi, il serait souhaitable que le cadre de concertation mis en place et l'éventuel travail d'identification des solutions techniques et des zones prioritaires à desservir soit ouvert et accessible à l'ensemble des opérateurs.

II – Sur les actions de promotion menées par le Département

Dans la perspective du développement du haut débit pour tous à travers l'accélération de la couverture ADSL et l'extension de la couverture ADSL au-delà du plan de déploiement actuel, le dispositif « Département innovant » semble prévoir que le département puisse conduire des actions de promotion du haut débit pour aider à l'émergence de la demande.

L'Autorité ne peut que se féliciter des actions de promotion menées par les départements pour développer les services haut débit sur leur territoire.

Les départements devront cependant s'assurer que les actions de promotion du haut débit ne créent pas une distorsion de concurrence entre les acteurs du marché. Il serait souhaitable que les éventuelles actions de communication du département ne se traduisent pas par la promotion des services d'un seul acteur, lui apportant ainsi un bénéfice d'image non négligeable par rapport à ses concurrents.

III – Sur l'éventuel partenariat financier des Conseils Généraux

Le dispositif « Département innovant » semble laisser ouvert aux départements la possibilité de participer financièrement aux dépenses induites par le déploiement des réseaux haut débit sur les zones non couvertes.

De manière générique, une telle intervention financière pourrait être mise en oeuvre soit par un contrat de subventionnement soit par une procédure impliquant une mise en concurrence (marché public, délégation de service public).

Sur les contrats de subventionnement

Un contrat de subventionnement consiste à octroyer à un opérateur, sans mise en concurrence préalable, une subvention du département ou d'une autre collectivité locale. Les dispositions du code des collectivités territoriales prévoient effectivement cette possibilité d'octroi de subvention à une entreprise de droit privé, y compris dans un secteur concurrentiel.

Cette procédure se caractérise par l'octroi d'une contribution financière par une personne publique à une opération qui présente un caractère d'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis sans donner lieu à des prestations de services réalisées à son profit¹.

L'Autorité ne peut qu'inviter les collectivités à la plus grande prudence si celles-ci étaient invitées par un opérateur, historique ou alternatif, à verser une subvention sans mise en concurrence préalable :

- d'une manière générale, la procédure de contrat de subventionnement est très encadrée notamment par le code des collectivités territoriales, les dispositions du droit de la concurrence et du droit communautaire. Les principales conditions de légalité résultant de ces dispositions réglementaires apparaissent difficile à respecter simultanément dans le secteur des télécommunications.
- la possible requalification d'un contrat de subventionnement en marché public est un risque à ne pas ignorer car le versement de la subvention pourrait alors être considéré comme un délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (délict de « favoritisme ») réprimé par les dispositions de l'article 432-14 du code pénal ;

Sur les procédures avec mises en concurrence (délégations, marchés public)

D'une manière générale, dans un marché des télécommunications ouvert à la concurrence, les procédures les plus sécurisées juridiquement sont celles impliquant une mise en concurrence des acteurs pour répondre aux besoins exprimés par la collectivité.

Le lancement d'une procédure de marché public ou de délégation par les collectivités souhaitant subventionner le déploiement des réseaux haut débit semble préférable au versement d'une subvention à un opérateur sans mise en concurrence préalable. Cependant,

¹ cf. CAA Marseille, 20 juillet 1999, *Commune de Toulon*, préc.

une procédure de mise en concurrence serait probablement moins sécurisée lorsqu'elle est lancée par une collectivité qui aurait préalablement signé une convention de partenariat avec un seul des acteurs économiques consultés.

Au cas d'espèce, il serait souhaitable que les départements puissent veiller à ce que :

- l'ensemble des acteurs consultés dispose des mêmes informations ;
- le cahier des charges permette une concurrence effective entre les opérateurs et les différentes technologies pertinentes, au vu de leur situation et de leur capacité à les mettre en œuvre.

Il convient à cet égard de signaler qu'un certain nombre d'opérateurs se sont positionnés pour répondre aux appels d'offres de collectivités, soit par les technologies DSL, soit par des technologies hertziennes (satellite, boucle locale radio, WiMax, WiFi). Certaines solutions alternatives à l'ADSL pourraient, compte tenu des développements techniques récents, s'avérer économiquement pertinentes pour la desserte des zones peu denses et des zones d'activités isolées.

IV – Perspectives

La prochaine adoption de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités locales a notamment pour objectif d'offrir un cadre sécurisé pour l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications. En effet, cet article permettra aux collectivités territoriales de compenser les obligations de service public telles que l'établissement ou l'exploitation d'un réseau de télécommunications par des subventions accordées à des opérateurs dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public.