Avis n° 2019-0813
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 6 juin 2019
rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire sur le département de la Saône-et-Loire au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

AVERTISSEMENT
Le présent document est un document non confidentiel

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment ses articles 106 et 107,

Vu la 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 »), modifiée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 (directive « mieux réguler »),

Vu la 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 »), modifiée par la directive « mieux réguler »,

Vu les lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit de 2013 (2013/C 25/01),

Vu la décision de la Commission européenne SA. 37183 Plan France Très Haut Débit du 7 novembre 2016,

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32-1, L. 33-13, L. 34-8, L. 34-8-3 et L. 36-11,

Vu la décision n° 2009-1106 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 22 décembre 2009 précisant, en application des articles L. 34-8 et L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée,

Vu la décision n° 2010-1312 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 14 décembre 2010 précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire à l'exception des zones très denses,

Vu la décision n° 2013-1475 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 10 décembre 2013 modifiant la liste des communes des zones très denses établie par la décision n° 2009-1106 du 22 décembre 2009,

Vu la décision n° 2015-0776 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 2 juillet 2015 sur les processus techniques et opérationnels de la mutualisation des réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique,

Vu la recommandation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 7 décembre 2015, relative à la mise en œuvre de l'obligation de complétude des déploiements des réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné en dehors des zones très denses,

Vu la recommandation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 24 juillet 2018, relative à la cohérence des déploiements en fibre optique jusqu'à l'abonné,

Vu l'avis n° 2017-1293 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires,

Vu l'avis n° 2019-0636 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 23 avril 2019 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire sur le département de la Saône-et-Loire au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques,

Vu les courriers de Covage Saône-et-Loire, en date du 13 février 2019, et du président du Conseil départemental de la Saône-et-Loire, en date du 24 juillet 2018, annexés au courrier de M. Thomas Courbe, directeur général des entreprises, en date du 4 mars 2019, par lequel le Gouvernement saisit l'Arcep d'une demande d'avis sur les engagements proposés par l'opérateur Covage Saône-et-Loire au titre de l'article L. 33-13 du CPCE,

Vu le courrier de Covage Saône-et-Loire, en date du 9 mai 2019, annexé au courrier de M. Thomas Courbe, directeur général des entreprises, en date du 13 mai 2019, par lequel le Gouvernement actualise son courrier en date du 4 mars 2019,

Vu l'audition de Covage, dont Covage Saône-et-Loire est une filiale, le 19 mars 2019 et le support de présentation remis à cette occasion,

Vu le courrier de Covage en date du 25 mars 2019, faisant suite à l'audition des représentants de la société par l'Autorité le 19 mars 2019,

Vu les courriers de Covage en date du 27 mars 2019 et du 5 juin 2019 et le courriel du 6 juin 2019, répondant respectivement aux courriers de la directrice générale de l'Arcep en date du 14 mars 2019 et du 3 juin 2019,

Vu le courrier du Conseil départemental de la Saône-et-Loire, en date du 28 mars 2019, répondant au courrier de la directrice générale de l'Arcep en date du 14 mars 2019,

Après en avoir délibéré le 6 juin 2019,

1 Contexte

L'article L. 33-13 du CPCE permet au ministre chargé des communications électroniques d'*« accepter, après avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à l'aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux. »* Dans ce cadre, l'Arcep doit ainsi rendre un avis sur la proposition d'engagements d'un opérateur à la suite de la saisine du ministre. Après acceptation des engagements par le ministre, l'Autorité en contrôle le respect et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 du CPCE. L'Arcep veille ainsi à la bonne application des engagements.

Par ailleurs, l'Autorité a souligné, dans son avis n° 2017-1293 en date du 23 octobre 2017 rendu à la demande du Sénat et portant sur la couverture numérique des territoires, l'utilité d'engagements fondés sur l'article L. 33-13 du CPCE pour le déploiement des réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné, tant en zone d'initiative privée qu'en zone d'initiative publique.

Le Gouvernement a invité les collectivités territoriales à saisir et sécuriser, dans le cadre d'appels à manifestations d'engagements locaux (AMEL), de nouvelles opportunités d'investissement privé, afin d'accélérer la couverture numérique de leur territoire. Ce dispositif prévoit que les collectivités territoriales puissent sélectionner un opérateur privé qui s'engage selon les modalités de l'article L. 33-13 du CPCE. Cet opérateur doit notamment s'engager à déployer un réseau FttH sur tout ou partie du territoire de la collectivité en complémentarité des déploiements des opérateurs tiers, qu'ils relèvent d'initiative privée ou publique.

Le Gouvernement a, par un courrier du directeur général des entreprises en date du 4 mars 2019, actualisé par un courrier en date du 13 mai 2019, saisi l'Arcep d'une demande d'avis, sur la proposition d'engagements de la société Covage Saône-et-Loire sur une partie de la zone d'initiative publique du département de la Saône-et-Loire.

Le cadre législatif et réglementaire qui s'applique au déploiement de réseaux à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'abonné est rappelé en annexe 4.

Le présent avis de l'Arcep décrit les principales caractéristiques des engagements proposés par Covage Saône-et-Loire (l'étendue de son périmètre et l'échéance ferme proposée) avant de formuler des observations sur quatre points : l'offre d'accès associée à l'engagement, la fiabilité de l'engagement, la clause de sortie des engagements et le suivi de la réalisation des déploiements.

2 Les engagements proposés par Covage Saône-et-Loire

Le département de la Saône-et-Loire est partagé entre une zone d'initiative privée, constituée des 70 communes (comprenant un total de 131 000 locaux[1]) sur lesquelles un opérateur privé est engagé au titre de l'article L. 33-13 du CPCE à la suite des arrêtés du ministre du 26 juillet 2018[2], et une zone d'initiative publique qui, au sens du plan France Très Haut Débit, en est la zone complémentaire et totalise 192 000 locaux. La zone d'initiative publique se partage ensuite entre la zone sur laquelle porte la proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire dans le cadre de l'AMEL (ci-après dite « zone AMEL ») et la zone où le réseau d'initiative publique (RIP) assurera les déploiements FttH dans le cadre de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

Dans son courrier en date du 9 mai 2019 (ci-après « le courrier d'engagement »), qui rectifie sa proposition d'engagement en date du 13 février 2019, Covage Saône-et-Loire propose un engagement, sur un périmètre géographique défini par une liste de « codes communes » de l'Insee situés en dehors des zones très denses, visant à rendre 100 % des locaux « raccordables » ou « raccordables sur demande » à la fibre jusqu'à l'abonné (FttH – *Fibre to the Home*) d'ici « fin 2022 ou 48 mois après la publication de l'arrêté par le Gouvernement » (avec moins de 8 % de « raccordables sur demande »)[3]. Covage Saône-et-Loire s'engage également sur ce périmètre à rendre, d'ici fin

[1] Dans l'ensemble du présent avis, le terme « locaux » désigne les logements et locaux à usage professionnel

[2] Arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d'engagements de la société SFR au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques et arrêté du 26 juillet 2018 portant acceptation de la proposition d'engagements de la société Orange au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques

[3] Covage Saône-et-Loire s'engage notamment à : *« au plus tard fin 2022, ou 48 mois après la publication de l'arrêté par le Gouvernement, assurer que dans toutes les communes concernées, tous les logements et locaux à usage professionnel*

2025, 100 % des locaux « raccordables », à l'exception des locaux qu'elle aura identifiés comme « cas exceptionnels » (voir section 3.1.2). Covage Saône-et-Loire prévoit également de créer la catégorie de « raccordements longs » (voir section 3.1.3). Le détail des engagements proposés par Covage Saône-et-Loire sont repris en annexe 1 du présent avis et détaillés ci-après (section 2.2).

Dans son courrier d'engagement, Covage Saône-et-Loire s'engage à « *signer une Convention de déploiement FttH sur le périmètre géographique de l'AMEL* ». Le Conseil départemental de la Saône-et-Loire précise en effet dans son courrier en date du 28 mars 2019 qu'un « *document contractuel permettra à* [la] *collectivité de suivre régulièrement les déploiements* ». Il est important que les engagements de Covage Saône-et-Loire, dans le cas où le Gouvernement les accepterait, puissent être déclinés au niveau communal dans une convention de déploiements FttH en zone AMEL liant le Département, l'État et l'opérateur Covage Saône-et-Loire.

Les principaux aspects des engagements proposés par Covage Saône-et-Loire sont examinés ci-après.

2.1 Périmètre géographique des engagements

Le périmètre géographique de la proposition d'engagement, indiqué dans le courrier d'engagement, est constitué par une liste de 251 « codes communes » de l'Insee.

Sur certaines de ces communes, Covage Saône-et-Loire propose de s'engager sur une partie de la commune, ces communes faisant l'objet du déploiement du RIP sur le restant de leur territoire. Le courrier du président du Conseil départemental de la Saône-et-Loire en date du 28 mars 2019 témoigne d'une « *cohérence des découpages entre la zone AMII, la zone d'initiative publique et la zone AMEL* ». Une délimitation cohérente des zones relevant de la proposition de Covage Saône-et-Loire et de celles relevant du RIP a été effectuée à l'échelle infra-communale.

L'Autorité précise qu'elle a effectué son analyse sur la base de la géographie administrative au 1er janvier 2018, qui permet de disposer de l'ensemble des statistiques à jour produites par l'Insee. À cette aune, il ressort que les 251 communes présentes dans la proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire et prises dans leur globalité totalisent environ 100 000 locaux ; ce chiffre inclut néanmoins les portions de ces communes qui seront *in fine* déployées par le RIP, l'Autorité n'ayant pas eu les moyens de mener un décompte des locaux à l'échelle infra-communale dans le délai d'instruction de son avis. Covage Saône-et-Loire estime pour sa part dans son courrier d'engagement à près de 95 000 le nombre de locaux objets de sa proposition, en tenant compte des parties de communes qui seront déployées par le RIP et en excluant donc du décompte les locaux concernés.

Les locaux objets de la proposition d'engagement de Covage Saône-et-Loire représentent environ 29 % du nombre de locaux de la Saône-et-Loire et 49 % du nombre de locaux de sa zone d'initiative publique.

2.2 Un engagement de déploiement en quatre ans

Covage Saône-et-Loire estime nécessaire d'articuler les calendriers de sa proposition d'engagements et de faire démarrer le délai de ses engagements de déploiement à partir de l'arrêté que prendrait le Gouvernement en cas d'acceptation de ceux-ci. Covage Saône-et-Loire propose en effet de s'engager, de façon ferme, pour l'ensemble du périmètre géographique de sa proposition d'engagement , à avoir rendu « raccordables », « fin 2022, ou 48 mois après la publication de l'arrêté

---

seront rendus raccordables ou raccordables à la demande » et l'engagement précise : *« la part de prises raccordables sur demande n'excédera pas 8 % du total de tous les logements et locaux à usage professionnel de l'ensemble de ces communes ».*

par le Gouvernement », au minimum 92 % des logements et locaux à usage professionnel des communes précisées ci-avant, les 8 % restant étant « raccordables sur demande ». Comme le précise Covage dans son courrier d'engagements, une ligne « raccordable sur demande » est *« éligible commercialement à une offre FttH et* […] *pourra bénéficier d'un raccordement en cas de demande d'un client final, dans un délai maximum de six mois »*. Covage Saône-et-Loire prévoit en outre de rendre tous les locaux « raccordables » à fin 2025 à l'exception des locaux qu'elle qualifie de « cas exceptionnels ». Les « cas exceptionnels » sont une sous-catégorie des lignes « raccordables sur demande ». Ainsi, leur volume maximal ne peut dépasser 8 % du nombre total de lignes

Cet engagement doit permettre à l'ensemble des habitants du périmètre géographique défini par Covage Saône-et-Loire d'être éligibles au FttH à l'échéance prévue. Pour que cette éligibilité soit effective, il importe que Covage Saône-et-Loire respecte le délai de 6 mois annoncé pour rendre « raccordable » un local « raccordable sur demande » après commande d'un opérateur.

Le taux de 8 % de locaux « raccordables sur demande » s'appréciera à l'échelle du périmètre géographique de la zone « AMEL » du département. Il paraît acceptable que le taux de « raccordables sur demande » puisse varier d'une commune à l'autre, pour permettre une flexibilité à Covage Saône-et-Loire. Toutefois, il importera que Covage Saône-et-Loire veille à ce que des communes ne concentrent pas des taux élevés, autant dans un souci d'équité territoriale que pour des questions opérationnelles, afin de garantir sa capacité à effectivement permettre le raccordement des locaux « raccordables sur demande » dans un délai qui ne devrait pas excéder 6 mois. De manière similaire, il importe également que les locaux à usage professionnel ne soient pas surreprésentés dans les locaux relevant de la catégorie « raccordables sur demande ».

3 Les observations de l'Arcep sur la proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire

À la suite d'un premier avis rendu par l'Autorité au Gouvernement, Covage Saône-et-Loire a adressé au Gouvernement une nouvelle proposition d'engagements, qui appelle les observations suivantes de la part de l'Autorité.

3.1 L'offre d'accès associée à l'engagement

Dans le cadre de l'examen des propositions d'engagement de couverture FttH en application de l'article L. 33-13 du CPCE, il est essentiel que l'Autorité puisse apprécier les conditions d'accès aux réseaux dont le déploiement est envisagé.

Lorsque l'Autorité s'est prononcée en juin 2018 sur les engagements d'Orange et SFR en zone AMII[4], les offres d'accès de ces deux opérateurs étaient connues, publiées de longue date et utilisées par les opérateurs commerciaux, qui y avaient souscrit. Tel n'est pas nécessairement le cas pour les projets d'AMEL.

En l'espèce, Covage Saône-et-Loire a joint à son courrier d'engagement en date du 9 mai 2019 un nouveau projet d'offre d'accès aux lignes FttH, actualisé par un courrier en date du 5 juin 2019, dont les tarifs sont du même ordre que ceux pratiqués dans les zones moins denses d'initiative privée.

[4] Avis n° 2018-0364 de l'Autorité du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements d'Orange au titre de l'article L. 33-13 et avis n° 2018-0365 de l'Autorité du 12 juin 2018 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements de SFR au titre de l'article L. 33-13.

Covage Saône-et-Loire a indiqué que les tarifs mentionnés dans le projet d'offre d'accès ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des lignes, à l'exception de celles qui seront identifiées par Covage Saône-et-Loire dans deux catégories qu'il introduit. Covage Saône-et-Loire prévoit ainsi la possibilité de recourir à un mécanisme de tarification spécifique pour les lignes dépendant d'un PBO dont l'installation serait très coûteuse et la création d'une catégorie de lignes dite « raccordements longs ».

Dans la proposition de Covage Saône-et-Loire, la première catégorie, dite « cas exceptionnels », concerne certains cas d'installation du PBO et d'établissement du lien PM-PBO afférent ; la deuxième catégorie, dite « raccordements longs », se rapporte à certains cas d'établissement du « raccordement final », segment qui relie le PBO au local de l'utilisateur final et est construit lors de la souscription d'une offre commerciale par un client. Ces deux catégories concernent donc des segments différents du réseau. Un local donné pourrait dans certaines circonstances être amené à se retrouver dans les deux catégories.

3.1.1 Les conditions tarifaires de l'offre d'accès et l'engagement sur leur maintien dans le temps

Contrairement à sa proposition initiale, Covage Saône-et-Loire prévoit, dans sa proposition d'engagements en date du 9 mai 2019, de proposer des tarifs de gros du même ordre que ceux habituellement constatés en zone AMII et en zone d'initiative publique.

Covage Saône-et-Loire s'engage par ailleurs à ne pas réviser ses tarifs à la hausse, hors mouvement d'indexation ou d'alignement sur des évolutions constatées sur l'ensemble du marché de gros. Elle a en effet précisé dans son courrier d'engagements que :

> *« La Société de projet s'engage à ne pas augmenter ses tarifs, hors mouvement d'indexation prévus dans la pièce jointe au présent courrier et ce pour la durée d'exploitation technique et commerciale du réseau déployé faisant l'objet du présent engagement. En revanche, la Société de Projet se réserve la possibilité de faire évoluer ses tarifs en cohérence et dans les proportions des évolutions constatées sur le marché de gros, hors mouvement d'indexation. La Société de projet informera l'ARCEP de toutes les évolutions des conditions tarifaires de son offre, deux mois avant leur entrée en vigueur. »*

Ces nouvelles propositions répondent aux préoccupations que l'Arcep avait pu exprimer dans son avis. L'Autorité souligne toutefois qu'elle n'a pas eu la possibilité d'éprouver la solidité du plan d'affaires du projet, Covage Saône-et-Loire n'ayant pas transmis un plan d'affaires permettant à l'Autorité d'en analyser en détail la robustesse.

Par ailleurs, dans son courrier d'engagements Covage Saône-et-Loire semble conditionner son engagement à déployer un réseau FttH en Saône-et-Loire dans le cadre de l'AMEL à la *« finalisation du projet de financement »*.

Dans ces conditions, et dans un contexte où les propositions de Covage Saône-et-Loire ont fortement évolué dans le temps pour passer, par exemple, de 690 €[5] à 513 € pour le tarif de cofinancement *ab initio* sur le segment allant du point de mutualisation au point de branchement optique, l'Autorité invite le ministre chargé des communications électroniques à s'assurer de la solidité financière du

[5] Sur demande des services de l'Autorité, Covage avait, antérieurement à la saisine, fourni en décembre 2018 l'offre d'accès qu'elle projetait. Cette offre indiquait alors des tarifs de cofinancement ab initio sur le segment PM-PBO équivalents à 690 € par ligne (part non-récurrente). Le tarif de cofinancement *ab initio* non récurrent proposé était en effet de 595 € par ligne, en sus duquel s'appliquait au bout de 20 ans un tarif de renouvellement des droits égal à 50 % du tarif de cofinancement payé l'année de l'entrée sur le réseau. En actualisant le tarif de renouvellement, selon les hypothèses du modèle de tarification de l'Arcep, on obtient un tarif correspondant de 690 €.

projet avant d'envisager d'accepter la proposition d'engagements, et à tout le moins à n'accepter les engagements qu'après que cette réserve portant sur la finalisation du projet de financement ait été formellement levée. Il semble également souhaitable d'encadrer dans le temps le délai pour la levée de cette réserve, afin d'éviter qu'une situation d'incertitude ne se prolonge.

3.1.2 Une tarification spécifique des lignes très coûteuses

Comme mentionné précédemment, Covage Saône-et-Loire estime en outre nécessaire d'exclure un certain nombre de lignes particulièrement coûteuses du tarif forfaitaire standard et de conditionner l'installation du PBO au paiement d'un tarif spécifique. Covage Saône-et-Loire propose en effet de définir une catégorie de lignes qualifiées de « cas exceptionnels », qui :

> *« consistent en des lignes dont le déploiement entraîne un coût à la prise significativement élevé à l'échelle du projet, traduisant un non-sens économique. Plus précisément, ces lignes consistent en des locaux ou grappes de locaux dont le coût de déploiement est supérieur à 5 000 € par logement ou local à usage professionnel ; le total de ces lignes ne pouvant dépasser 8 % du nombre de prises sur l'ensemble du périmètre géographique de l'AMEL. »*[6]

Covage Saône-et-Loire précise dans son courrier d'engagement que *« les locaux concernés par ce cas d'exception pourront faire l'objet de l'application de conditions tarifaires d'accès FttH non-péréquées, orientées vers les couts de déploiements (charges incluses), la pose du PBO et de l'extension de réseau concernée étant conditionnées à la souscription d'une commande au tarif non-péréqué »*.

Ces lignes auraient, comme l'a précisé Covage dans son courrier en date du 27 mars 2019, la qualité de « raccordable sur demande », c'est-à-dire « *éligible commercialement à une offre FttH et* [pouvant] *bénéficier d'un raccordement en cas de demande d'un client final, dans un délai maximum de six mois. »*

Dans son avis n° 2019-0431 portant sur la proposition d'Altitude Infrastructure THD dans le cadre de l'AMEL de la Côte-d'Or[7], l'Autorité a considéré que la possibilité de recourir à un traitement spécifique pour certaines lignes très coûteuses peut paraître pertinente, en particulier lorsqu'elle permet de donner accès à la quasi-totalité des locaux aux tarifs habituellement constatés en zone AMII (et en zone RIP), alors que cela ne serait pas possible sans. L'Autorité a en outre estimé que le report de la pose du PBO jusqu'à ce qu'une demande de pose soit assortie du paiement d'un tarif spécifique pouvait être envisagé sous réserve de remplir certaines conditions. Ces conditions précisaient notamment qu'un tel mécanisme ne pouvait s'appliquer qu'à des lignes particulièrement coûteuses, au nombre limité, que le tarif proposé en contrepartie de l'obligation de rendre les locaux concernés « raccordables » sous 6 mois devait refléter les coûts et que ces locaux devaient être identifiés préalablement aux déploiements.

---

[6] Covage Saône-et-Loire précise en outre :

« Une fois l'étude terrain effectuée (relevé de boîtes aux lettres), la Société de Projet identifiera les lignes relevant de ces cas exceptionnels et participera aux travaux Interop'Fibre pour l'identification de ces cas dans les flux d'informations échangées avec les opérateurs commerciaux. La société de projet s'engage à identifier les locaux concernés par les catégories « cas exceptionnels » et « raccordements longs » définis précédemment au moment de la finalisation des Avant-Projets Détaillés (APD) et tiendra à jour ses bases si des modifications étaient apportées lors de la phase de déploiement. En outre, à l'occasion de la finalisation des APD, la société de projet transmettra aux représentants de l'ARCEP et du Gouvernement les éléments permettant de contrôler l'identification de ces locaux. Enfin, la société de projet s'engage à présenter à l'ARCEP à la fin des études préalables (phase APD), une estimation générale, sur le périmètre concerné par l'AMEL, des locaux concernés par les « cas exceptionnels » et les « raccordements longs » ».

[7] Avis n° 2019-0431 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 19 mars 2019 rendu à la demande du ministre chargé des communications électroniques portant sur la proposition d'engagements d'Altitude Infrastructure THD au titre de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques.

Au cas d'espèce, la proposition d'engagement de Covage Saône-et-Loire établit, en particulier, un seuil de coût de 5 000 € par local et limite le volume des lignes concernées à 8 % du volume total. L'Autorité estime que la proposition de Covage Saône-et-Loire peut être acceptée. Elle souligne cependant que le taux de 8 % envisagé par Covage Saône-et-Loire, relativement élevé, apparaît comme un taux limite au regard des principes de tarification et des objectifs de la régulation.

3.1.3 Les « raccordements longs » (segment PBO-DTIo)

Dans le cadre de sa proposition d'engagements, Covage Saône-et-Loire propose, outre la création d'une catégorie de lignes du segment PM-PBO dites « cas exceptionnels », une deuxième catégorie, dite « raccordements longs », qui se rapporte à certains cas d'établissement du « raccordement final », segment qui relie le PBO au local de l'utilisateur final et est construit lors de la souscription d'une offre commerciale par un client. Ces deux catégories concernent donc des segments différents du réseau. Un local donné pourrait dans certaines circonstances être amené à se retrouver dans les deux catégories.

Covage Saône-et-Loire définit dans son courrier d'engagements la catégorie de « raccordements longs » comme concernant *« toutes les prises dont la distance entre le PBO et la limite de propriété publique / privée est supérieure à 100 mètres linéaires »* et limite le recours à cette catégorie à 3 % du volume total de lignes prévues dans l'engagement. Covage Saône-et-Loire indique que ces « raccordements longs » seront *« facturés sur devis en application de conditions tarifaires orientées vers les coûts »*.

L'Autorité tient à rappeler qu'il appartiendra à Covage Saône-et-Loire de respecter sa recommandation du 7 décembre 2015, qui s'applique en parallèle des obligations qui seront le cas échéant issues des engagements proposés et qui indique que *« dans le cas où les câbles de raccordement final d'un groupe de trois logements ou plus devraient cheminer en parallèle sur plus de 100 mètres, il serait préférable de poser un PBO supplémentaire, plus proche des logements, de manière à supprimer le cheminement en parallèle des câbles de raccordement final. »*

Il conviendra également que les modalités tarifaires de l'offre d'accès aux lignes que Covage Saône-et-Loire a prévues de déployer dans le cadre de l'AMEL soient transparentes, en limitant le recours à toute forme de tarification n'offrant pas une visibilité adéquate aux opérateurs commerciaux. La recommandation du 7 décembre 2015 indique en effet, à propos du raccordement final, que : *« si la facturation ponctuelle de prestation sur devis ne semble pas problématique en tant que telle, l'Autorité estime que le recours trop fréquent à cette pratique irait à l'encontre du principe de transparence prévu par l'article L. 34-8-3 »*.

3.1.4 Les conditions de renouvellement des droits d'usage pérenne

L'offre d'accès de Covage Saône-et-Loire prévoit l'octroi de droits d'usage de 40 ans renouvelables par période quinquennale après les 20 premières années. L'Arcep note que cette offre prévoit des conditions tarifaires différentes pour les opérateurs commerciaux selon qu'ils souscrivent des tranches de cofinancement au cours des treize premières années du réseau ou après la treizième année. L'Autorité s'interroge sur les conditions tarifaires attachées au renouvellement des droits d'usage, en ce qu'elles pourraient induire une différence de traitement entre les opérateurs cofinanceurs.

L'Autorité a donc demandé à Covage dans quelle mesure l'équilibre du plan d'affaires de sa filiale Covage Saône-et-Loire reposait sur des revenus attachés au renouvellement de droits d'usage. Covage a indiqué à cet égard dans un courrier en date du 5 juin 2019 qu'*« en prenant l'hypothèse que les opérateurs commerciaux se comportent de manière rationnelle, […] l'équilibre du projet de Covage sur ce territoire ne repose pas sur les éventuels revenus attachés au renouvellement des droits d'usage dans le cas spécifique d'un cofinancement* ex post *effectué entre la quatorzième année et la*

vingtième année ». Ainsi, la modification éventuelle des conditions tarifaires sur ce point ne porterait pas atteinte à l'équilibre du projet présenté par Covage Saône-et-Loire.

3.2 La fiabilité de l'engagement

3.2.1 La création d'une société *ad hoc* pour exécuter l'engagement

L'engagement proposé est porté par Covage Saône-et-Loire, dont le courrier d'engagement précise qu'elle est une *« filiale de Covage »* et que « *Covage sera actionnaire majoritaire de la Société de Projet »*.

Covage Saône-et-Loire propose d'assortir son engagement d'une garantie financière qui prend la forme d'un maintien de son capital social à un certain niveau :

> *« Covage s'engage à ce que Covage Saône-et-Loire porte son capital social à 3,02MEUR dès la première année et à maintenir* a minima *ce niveau de capital social pendant la durée des engagements AMEL. »*

L'engagement d'une société de projet dédiée suppose de s'assurer de la capacité financière de la société de projet à faire face aux conséquences des engagements souscrits. À titre d'illustration, il convient d'éviter que le montage juridique retenu pour la société de projet ne puisse lui permettre renoncer au projet et à ses engagements sans conséquence financière pour elle ou ses actionnaires.

Il revient au Gouvernement d'apprécier la pertinence et le caractère satisfaisant des garanties fournies par Covage Saône-et-Loire au regard des engagements proposés, assurant, *in fine*, à l'Arcep de pouvoir exercer un contrôle effectif du respect des engagements pris.

3.2.2 La clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession de l'engagement

Covage Saône-et-Loire prévoit une procédure à suivre dans le cas où elle souhaiterait céder le réseau qu'elle propose de déployer ou bien l'engagement pris au titre de l'article L. 33-13 du CPCE :

> *« en cas de cession du réseau, l'opérateur s'engage à saisir le Ministre, conjointement avec l'acheteur pressenti, pour demander le transfert de l'ensemble des présents engagements. »*

Il semble naturel que Covage Saône-et-Loire puisse vouloir céder à un tiers le réseau déployé. L'Autorité rappelle néanmoins le caractère *intuitu personae* d'un engagement pris au titre de l'article L. 33-13 du CPCE auprès du ministre chargé des communications électroniques. Le transfert d'engagements qui ont été souscrits nominativement par une société n'apparaît ainsi envisageable et juridiquement possible que sous la condition d'un accord du ministre qui a accepté l'engagement initial, et supposera un nouvel avis de l'Autorité.

3.3 La clause de sortie des engagements

Covage Saône-et-Loire propose dans son courrier une clause détaillant les modalités lui permettant de demander à l'État « la révision du périmètre de ses engagements » en cas de *« circonstances particulières […] dès lors qu'elles viennent dégrader de façon substantiellement négative le plan d'affaires de la Société de Projet* », *« dont notamment :*

- *Modification du cadre législatif et règlementaire ;*
- *Déploiement significatif en préemption ou en doublon sur une partie des communes concernées d'un réseau FttH ;*
- *Survenance d'évènements relevant de la force majeure ».*

Covage Saône-et-Loire prévoit également un protocole pour demander une modification de ses engagements[8].

Il semble naturel que dans le cadre de ses engagements Covage Saône-et-Loire souhaite se prémunir d'aléas imprévisibles. Dans ces conditions, il appartiendra au Gouvernement et à l'Arcep d'apprécier l'existence de « *circonstances particulières* [venant] *dégrader de façon substantiellement négative* » le plan d'affaires de Covage Saône-et-Loire et avant toute modification éventuelle des engagements. En tout état de cause, l'Arcep tient à souligner que, s'étant engagé au maintien de ses tarifs, Covage ne saurait se prévaloir du maintien de ses tarifs comme une circonstance particulière permettant d'activer cette clause.

En tout état de cause, il est utile de noter que le cadre législatif et réglementaire a vocation à se préciser et pourra donc évoluer, notamment à la suite de la transposition en droit français du cadre européen. Par ailleurs, l'Arcep peut être amenée à préciser l'application du cadre réglementaire en vigueur, notamment par des recommandations ou à se prononcer, lorsqu'elle est saisie, dans le cadre de décisions de règlement de différend au titre de l'article L. 36-8 du CPCE.

3.4 Le suivi de la réalisation des déploiements

Comme détaillé en section 2.2, les engagements proposés par Covage Saône-et-Loire consistent à rendre « raccordables » ou « raccordables sur demande » les locaux de la zone AMEL de la Saône-et-Loire, soit près de 95 000 locaux d'après Covage Saône-et-Loire, en l'espace de quatre ans ; et à rendre « raccordable », à fin 2025, l'ensemble des locaux de la zone AMEL à l'exception des « cas exceptionnels », limités à 8 % du volume total de lignes.

Il doit être souligné qu'en l'absence d'un ou plusieurs jalons intermédiaires juridiquement opposables, l'Arcep ne sera en mesure de constater d'éventuels manquements de Covage Saône-et-Loire à son engagement en Saône-et-Loire qu'à partir du moment où il pourra être constaté un risque caractérisé que l'opérateur ne respecte pas à l'échéance prévue les obligations qui découlent de son engagement.

Ainsi, si l'Arcep restera attentive au rythme des déploiements de Covage Saône-et-Loire tout au long de la durée de son engagement, elle ne pourra véritablement apprécier la capacité de l'opérateur à respecter les délais de ses engagements qu'à l'approche de l'échéance.

[8] Le courrier d'engagement de Covage Saône-et-Loire prévoit à cet égard que :

« - La Société de Projet pourra demander la tenue d'une réunion au cours de laquelle elle présenterait à des représentants du Gouvernement et de l'Arcep les raisons qui la conduisent à envisager de reconsidérer tout ou partie des engagements ici proposés à l'aune de l'impact sur son plan d'affaires des faits générateurs ci-dessus. Cette réunion devra se tenir au plus tard 30 jours suivant le jour de la formulation par la Société de Projet d'une telle demande. ;

- Au plus tard dans les deux mois suivant la demande de convocation de ladite réunion, la Société de Projet se réserve le droit de reconsidérer tout ou partie des susdits engagements dès lors qu'elle aura démontré l'impact substantiel sur son plan d'affaires desdites modifications, sans préjudice des pouvoirs de sanctions de l'Arcep, et le cas échéant, sous contrôle d'un juge.

- La Société de Projet s'engage à produire toutes les justifications permettant de démontrer qu'il a fait diligence pour remplir ses engagements. »

Conclusion

Covage Saône-et-Loire propose de prendre des engagements juridiquement opposables de couverture FttH en dehors des zones très denses sur la zone AMEL de la Saône-et-Loire.

Comme indiqué précédemment, l'Autorité estime que les points d'attention qu'elle avait pu initialement formuler ont trouvé des réponses dans la nouvelle proposition d'engagements de Covage Saône-et-Loire. Dans ces conditions, cette proposition d'engagements peut constituer un point d'équilibre acceptable sous réserve que la clause instituant une condition suspensive relative à la finalisation des financements soit effectivement levée, dans un calendrier rapproché.

L'Autorité formule en outre plusieurs observations, portant principalement sur :

- la clause sur l'engagement de Covage Saône-et-Loire à maintenir ses tarifs ;
- les conditions d'accès liées au traitement spécifique des « cas exceptionnels » ;
- les conditions d'accès liées au traitement spécifique des « raccordements longs »;
- les conditions tarifaires d'accès attachées au renouvellement des droits d'usage ;
- la formulation de la clause de sortie ;
- la clause prévoyant les modalités à suivre en cas de cession.

L'Autorité restera, dans l'hypothèse où le ministre accepterait ces propositions d'engagements, particulièrement vigilante quant à leur réalisation.

Fait à Paris, le 6 juin 2019

Le Président

Sébastien SORIANO