



HAL
open science

L'action économique publique locale en matière de Réseaux d'Intérêt Public dans le haut et le très haut débit.

Frédéric Marty

► **To cite this version:**

Frédéric Marty. L'action économique publique locale en matière de Réseaux d'Intérêt Public dans le haut et le très haut débit. : Fondements économiques, modalités d'intervention et identification des risques. 2007. hal-00163921

HAL Id: hal-00163921

<https://hal.science/hal-00163921>

Preprint submitted on 20 Jul 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'action économique publique locale en matière de Réseaux d'Intérêt Public dans le
haut et le très haut débit

Fondements économiques, modalités d'intervention et identification des risques

Frédéric MARTY

Chargé de recherche CNRS

CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis

OFCE – Département Innovation et Concurrence

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

frederic.marty@ofce.sciences-po.fr

Introduction

Le 6 octobre 2006, le Conseil Général de la Nièvre et l'agglomération de Nevers s'engagent, avec une filiale du groupe Bouygues (Auxione), dans une délégation de service public portant sur la construction, l'exploitation et la maintenance d'un réseau de télécommunications à haut débit. Le contrat, d'une durée de vingt ans, prévoit que le délégataire puisse offrir un débit minimal de 2 Mbit/s à l'ensemble de la population du département et raccorde 70 % des ZAC du département à un réseau de fibre optique permettant de disposer d'un débit de 100 Mbit/s. Pour ce faire, il devra mettre en service dans les 22 mois suivants la signature du contrat, un réseau de quelques 500 km de fibres optiques, 38 centraux téléphoniques DSL dégroupés et recourir pour le reste à une technologie hertzienne de type Wimax. Le délégataire devra, de la même façon, offrir aux particuliers une offre *triple play* (Internet haut débit illimité, téléphonie illimitée et télévision) aux alentours de 30 € par mois. L'investissement global de 42 millions d'euros sera couvert à hauteur de 25,6 millions par une subvention publique, se distribuant entre des fonds européens (4 millions), une subvention du Conseil Régional (5,6 millions) et une subvention des deux collectivités délégataires (16 millions).

A l'instar du Conseil Général de la Nièvre, de nombreuses collectivités locales s'engagent dans des montages concessifs (Essonne, Alsace,...) ou partenariaux (Meurthe-et-Moselle et Auvergne) pour porter des projets de construction et d'exploitation de réseaux de télécommunications à haut et très haut débits. En effet, la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 a permis aux collectivités territoriales d'intervenir dans le domaine des télécommunications en créant ou en subventionnant l'établissement de réseaux à haut débit. Celles-ci ont la faculté de mettre en place des réseaux actifs et même d'exercer une activité d'opérateur (en fournissant des services aux clients finals) en cas de défaillance de l'initiative privée.

A ce premier assouplissement du cadre juridique dans lequel est appelée à se déployer l'action économique locale, s'ajoute à la fois la possibilité de mettre en œuvre des contrats de partenariats public-privé au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 et la reconnaissance par l'Union européenne de certains réseaux de télécommunications portés par des collectivités, comme des Services d'Intérêt Economiques Généraux (SIEG). Le contrat de partenariat, tout d'abord, permet à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Il offre donc, comme nous le verrons un instrument contractuel alternatif à la délégation de service public dans le cadre des réseaux d'intérêt public. La qualification de ces derniers comme des SIEG, permet, dans le cadre de la jurisprudence Altmark (arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 24 juillet 2003), de mettre en œuvre un soutien financier public pour une activité économique donnée sans que ce dernier ne soit qualifié d'aide d'Etat¹.

Cependant, l'intervention des collectivités territoriales dans le déploiement ou le soutien aux réseaux d'intérêt public en matière de télécommunications peut susciter trois types de questionnements en matière économique et juridique.

Tout d'abord, il convient de s'interroger sur le fondement économique même de leur intervention. En effet, deux situations doivent être distinguées. S'il s'agit d'une infrastructure appelée à être déployée pour résorber une zone blanche (i.e. là où aucun opérateur ne propose une offre haut débit), il est nécessaire de considérer l'action publique comme une réponse à une défaillance de marché, laquelle peut être lue dans le cadre des catégories économiques du bien

¹ Arrêt du 24 juillet 2003 dans l'affaire C -280/00 Altmark Trans.

public, de l'externalité et du monopole naturel². A l'inverse, les infrastructures publiques peuvent être déployées dans des zones grises pour lesquelles il existe déjà un opérateur proposant une offre haut débit. L'action publique s'inscrit alors dans une logique de promotion de la concurrence. Il s'agit de rendre possible une concurrence effective en corrigeant le risque que l'opérateur verticalement intégré ne pénalise ses concurrents lors de leur accès au réseau. Cependant, une telle intervention, qu'il est nécessaire d'appréhender dans le cadre théorique de la régulation des infrastructures essentielles³, doit être interrogée non seulement au point de vue de sa pertinence économique mais aussi de sa régularité juridique.

Notre deuxième question découle, au moins pour partie, de ce dernier point. Elle est liée à l'appréciation de l'intervention par les autorités communautaires, notamment eu égard aux règles de concurrence. L'investissement public peut en effet être qualifié d'infrastructure générale, de service d'intérêt économique général (SIEG) ou d'aide d'Etat. A chacune de ces qualifications correspond des degrés de liberté différents pour les collectivités.

Enfin, une dernière dimension tient à l'analyse des paramètres économiques et juridiques de l'arbitrage que sont amenées à réaliser les collectivités entre les différents outils contractuels disponibles, à savoir la conclusion de marchés publics séparés, le recours à des schémas concessifs (dont la délégation de service public) ou l'adoption de contrats de partenariat. En effet, si l'intervention publique est fondée économiquement, régulière au point de vue des règles européennes de concurrence, encore faut-il s'interroger sur ses modalités les plus efficaces eu égard à la spécificité des réseaux de télécommunications haut débit. Bien que seulement deux collectivités se soient engagées dans cette option, à savoir le département de la Meurthe-et-Moselle⁴ et la région Auvergne⁵, il n'en demeure pas moins nécessaire d'évaluer la pertinence de ces derniers vis-à-vis des montages concessifs alternatifs ainsi que d'identifier les risques qui peuvent leur être associés.

² Lévêque F., (1998), *Economie de la réglementation*, La découverte – Repères, Paris.

³ Glais M., (1998), « Infrastructures essentielles et autres ressources essentielles au regard du Droit de la Concurrence », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 85, pp.85-116.

⁴ Avis n° 2007-6 de la Mission d'Aide aux Partenariats Public-Privé du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Emploi.

⁵ Celle-ci a lancé une consultation le 19 janvier 2007.

I – Déterminants et modalités de l'intervention des collectivités territoriales dans les réseaux d'intérêt public en matière de haut et de très haut débit

Il s'agit, dans le cadre de notre première section, de nous attacher aux fondements économiques de l'intervention des collectivités en matière de réseaux de télécommunications, en mettant en exergue les dimensions critiques de ces derniers, avant de présenter, dans le cadre de notre seconde section, les modalités mêmes que peuvent revêtir ces dernières.

I – 1 Justifications économiques de l'action publique

Au point de vue théorique, l'action publique locale en matière d'édification et d'exploitation de réseaux de télécommunications peut trouver des fondements distincts selon qu'il s'agisse de desservir des zones blanches ou des zones grises.

a) Logique économique dans les zones blanches : Une analyse en termes de défaillance de marché

Dans le premier cas, l'absence ou l'insuffisance des investissements privés face aux besoins collectifs peut être expliquée par un rendement privé s'établissant en deçà du rendement social. Il s'agit donc d'une situation de défaillance du marché, laquelle se traduit donc un niveau d'investissement privé socialement sous-optimal. Adam Smith, dans *La Richesse des Nations*⁶, avait noté que pour certains ouvrages d'art (routes et ponts) le financement public était indispensable pour suppléer à la défaillance de l'initiative privée⁷. Il s'agit pour lui de biens économiques « dont une grande société retire de nombreux avantages, mais qui sont néanmoins de nature à ne pouvoir être entrepris ou entretenus par un ou quelques particuliers, attendu que, pour ceux-ci, le profit ne saurait jamais leur en rembourser la dépense ». Trois types de phénomènes économiques peuvent susciter de telles défaillances⁸ ; les externalités, les biens collectifs et enfin le monopole naturel. Nous nous situons ici dans une configuration très proche de celle d'un monopole naturel, en ce sens que pour de telles infrastructures de réseau le poids des

⁶ Smith A., (1776), *La Richesse des Nations*, (traduction française Gallimard 1991, 2 volumes).

⁷ Il convient cependant de rester méfiant vis-à-vis de tels cas d'écoles. Les ouvrages d'art peuvent être concédés et financés par le privé et l'exemple célèbre des phares, biens publics par excellence, mais en fait financés jusqu'au XIX^{ème} siècle par le privé invite à une certaine prudence.

⁸ Lévêque F., (1998), *op.cit.*

investissements est tel que leur duplication par un concurrent est non seulement très peu réaliste aux points de vues techniques et financiers (sauf rupture technologique, toujours possible comme en atteste le Wimax) mais collectivement sous-optimale.

Le nouvel article L-1425-1 du Code Général des Collectivités Territoriales, relatif aux réseaux et services locaux de télécommunications⁹, s'inscrit dans une telle logique. L'intervention directe des collectivités dans les zones blanches correspond donc bien à une action publique visant à corriger les défaillances de marché. Comme le précise l'article L-1425-1 : « les collectivités territoriales et leurs regroupements ne peuvent fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de Régulation des Télécommunications ». La collectivité doit intervenir dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées après avoir objectivement constaté la défaillance de l'initiative privée (par exemple au travers d'un appel d'offres infructueux).

Deux cas sont cependant à distinguer. Dans un premier, la collectivité ne trouve face à elle aucun acteur privé. Dans un second, il existe potentiellement une offre privée mais celle-ci ne peut se concrétiser du fait des conditions économiques propres à l'activité (absence de rentabilité financière). Les collectivités se voient alors ouvrir la possibilité de mettre les infrastructures de télécommunications qu'elles auront construites elles-mêmes à disposition d'opérateurs privés, quand bien même le prix exigé serait inférieur à leur coût de revient. Nous nous situons alors dans une logique de subvention publique permettant à un opérateur privé d'équilibrer ses comptes et d'obtenir une rémunération raisonnable des capitaux investis. Un tel dispositif revient à compenser des obligations de service public par l'octroi de subventions dans le cadre de marchés publics, de délégations de services voire de contrats de partenariat.

Une telle approche s'inscrit pleinement dans la jurisprudence administrative en matière d'intervention économique des collectivités. Depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 mai 1930 « Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers », une telle action publique économique locale est conditionnée à la carence de l'initiative privée. Après une poussée historique de cette dernière au début du XX^{ème} siècle (socialisme municipal¹⁰) et aux lendemains de la Grande Guerre, les juridictions administratives rappelèrent la nécessité du respect des principes de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le rôle prééminent du privé en matière

⁹ Journal Officiel du 22 juin 2004, pp. 11179-11181.

¹⁰ Bourgeois L, (1896), *Solidarité*, Colin, Paris (réédition Presses du Septentrion, 1998).

économique. Les collectivités territoriales ne peuvent, dans ce cadre, intervenir qu'en cas de carence de l'initiative privée ou de mauvaise satisfaction des besoins par cette dernière, comme l'a affirmé le Conseil d'Etat dans l'affaire Zénard en 1933¹¹.

Pour reprendre l'exemple nivernais, si une commune veut maintenir une épicerie, elle ne peut arbitrer qu'entre deux solutions. La première passe par le versement d'une subvention. La seconde se fait par la transformation dudit commerce en service public local. Elle pourra exploiter ce dernier directement en régie ou le confier à un tiers dans le cadre d'une délégation de service public. Dans ce dernier cas, la collectivité pourra, par l'intermédiaire des clauses inscrites au cahier des charges, s'assurer (autant que faire se peut...) que le délégataire agit effectivement dans le sens de l'intérêt général. Cependant, la subvention qui accompagne le contrat de concession va être à l'origine de nombreuses difficultés. Tout d'abord, elle ne doit pas pouvoir être assimilable à une rémunération constante et régulière. En effet, dans le cadre d'une délégation, le contractant exploite le service à ses risques et périls. S'il est protégé du risque de demande par les versements de la collectivité publique, alors le contrat peut être requalifié en marché public. Ensuite, de façon conséquente, si la subvention versée par la personne publique dépasse un certain seuil, il apparaîtra que les flux de ressources que percevra le délégataire ne seront plus substantiellement liés à l'exploitation du service. A nouveau, le contrat risque d'être requalifié par les juridictions administratives. Comme nous le verrons dans notre dernière section, dans la continuité de l'arrêt du Conseil d'Etat SMITOM de 1999¹², si la part des ressources directement versées par le concédant excède 70 %, la délégation de service public n'a pas lieu d'être et la collectivité devrait opter pour un contrat de partenariat¹³.

Il convient aussi, en matière d'équipement des zones blanches, de relever que l'intervention publique locale peut trouver une légitimité allant au-delà de la seule correction des défaillances de marché. L'existence de réseaux à haut et très haut débit sur un territoire donnés peuvent être considérée comme des éléments déterminants en matière d'aménagement et de cohésion territoriale mais aussi d'attractivité économique de ces derniers. Faute d'une couverture satisfaisante, un territoire donné pourrait rencontrer des difficultés à attirer (et à retenir) de

¹¹ Arrêt Zénard, Conseil d'Etat, 24 novembre 1933.

¹² Conseil d'Etat, 30 juin 1999, Syndicat Mixte de Traitement des Ordures Ménagères du Centre-Ouest Seine-et-Marnais, CJEG, 1999, p.344, concl. Bergeal C.

¹³ Marty F. et Voisin A., (2006), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private Finance Initiative* à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XX, n° 2 -2006, pp. 131-150.

nouvelles activités économiques¹⁴. Ainsi, l'existence de tels réseaux peuvent-ils devenir des variables déterminantes dans les décisions d'implantation des firmes. A ce titre des modèles de concurrence fiscale pourraient être mobilisés pour expliquer la nécessité dans laquelle se trouvent les collectivités territoriales de pallier les défaillances de marché en matière de déploiement de telles infrastructures de réseaux. Notons, que la notion de concurrence fiscale ne doit pas être entendue de façon restrictive comme un jeu sur les taux et les assiettes fiscales. Dans la littérature théorique, la *tax competition* regroupe l'ensemble des politiques publiques visant à attirer des activités économiques sur un territoire donné. Ces mesures peuvent alors dépasser le seul volet fiscal *stricto sensu* pour prendre en compte notamment les politiques de mise à disposition de biens et d'infrastructures publiques¹⁵. En effet, lorsqu'elles décident de la localisation d'un investissement, les firmes n'arbitrent pas seulement en fonction de la seule pression fiscale mais en considérant simultanément celle-ci et l'offre de biens publics attachée à chaque territoire¹⁶. En matière de zone grise, le bien public à fournir n'est plus l'infrastructure elle-même, mais un accès équitable et efficace à celle-ci.

b) Logique économique dans les zones grises : une logique de réglementation des industries de réseaux et de promotion d'une concurrence « active »

L'action publique revêt cependant une dimension toute différente si elle ne vise plus à favoriser le déploiement d'une infrastructure support de prestations de service public dans le cadre d'une zone blanche mais celui d'un équipement rentrant en concurrence avec une infrastructure détenue par un opérateur, c'est-à-dire s'inscrivant dans une zone grise. Dans ce cadre, la logique économique devient celle d'une promotion active de la concurrence visant à prévenir (ou contrecarrer) les velléités d'un opérateur verticalement intégré en situation de monopole d'abuser

¹⁴ Marty F., (2005), « Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes », *La Revue de l'OFCE*, numéro spécial *Attractivité, Délocalisations et Concurrence Fiscale*, sous la direction de Jean-Luc Gaffard, n° 94, Juillet, pp. 97- 125.

¹⁵ Madiès T., (2003), « Les politiques publiques peuvent-elles influencer sur la localisation des entreprises multinationales », *Commentaire, Economie et Statistique*, n° 363, pp. 121-127.

¹⁶ Notons qu'il n'existe pas de réel consensus quant à la prédominance d'une variable sur l'autre. Si en 2004, le Conseil Général des impôts avait conclu dans son rapport au caractère secondaire des différentiels de pression fiscale en matière de décisions de délocalisation, les modèles théoriques tendent à montrer qu'à partir d'un certain seuil d'offre de biens publics par un territoire donné, l'effet net de la baisse de pression fiscale devient supérieur à celui d'une augmentation de l'offre de biens publics.

Conseil Général des Impôts, (2004), *La concurrence fiscale et l'entreprise*, 22^{ème} rapport, septembre.

Benassy-Quéré A., Goyalraja N. and Trannoy A., (2005), "Tax Competition and Public Input", Working Paper CEPII n° 2005-08, June, 37p.

de cette dernière et éventuellement de restreindre l'accès de ses concurrents à son réseau¹⁷. En effet, si sur un marché donné un opérateur détient le contrôle d'une infrastructure essentielle, nulle concurrence ne serait envisageable en l'absence de possibilités de contournement de l'infrastructure en question (par des technologies alternatives ou des investissements « redondants ») ou d'une procédure d'accès obligatoire des tiers au réseau. Les dispositifs réglementaires obligeant un opérateur verticalement intégré de laisser ses concurrents accéder à son réseau sont par exemple au centre des politiques européennes d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux (télécommunications, électricité, etc...) ¹⁸.

L'expérience accumulée par ces dernières, notamment en matière électrique, tend à mettre en relief deux conclusions principales. Tout d'abord, l'accès des tiers au réseau ne peut en aucune façon, s'il veut être efficace, prendre la forme d'un accès négocié¹⁹. Il est indispensable que l'accès des tiers au réseau se fasse par un accès réglementé tant aux points de vue tarifaire que technique. Le cas échéant, le nouvel entrant devra passer sous les fourches caudines du détenteur de l'infrastructure essentielle lequel aura tôt fait de rendre toute concurrence impossible ou non viable économiquement. Par exemple, le nouvel entrant peut être victime d'un effet de ciseaux tarifaire. Le surcoût imposé par son concurrent en place subventionne les propres productions de ce dernier²⁰. Ce faisant, le modèle de l'accès réglementé des tiers à l'infrastructure de réseau a constitué l'option privilégiée en Europe pour rendre possible l'entrée de nouveaux compétiteurs. Cependant, le fait qu'une infrastructure de réseau demeure sous le contrôle d'un opérateur verticalement intégré peut cependant favoriser la mise en œuvre de comportements allant à l'encontre du développement de la concurrence²¹.

¹⁷ La question de savoir s'il est de l'intérêt de l'entité contrôlant un maillon d'une chaîne de production d'étendre sa position dominante en aval fait l'objet de nombreux débats au point de vue théorique. Selon le théorème du profit unique du monopole, le détenteur de l'infrastructure essentielle n'aurait pas de réel intérêt à écarter les concurrents de sa filiale en aval dans la mesure où sa position lui permet déjà d'extraire la totalité du surplus. Cependant, dans le contexte qui est le notre, l'anticipation d'une mise en cause du contrôle de l'infrastructure que cela soit par l'intermédiaire d'une réglementation des tarifs voire par un démantèlement vertical peut conduire l'entreprise à écarter la concurrence tant qu'elle est en position de force.

¹⁸ Laffont J.-J. et Tirole J., (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge Ma.

¹⁹ L'expérience contredisant ici les conclusions du théorème de Coase.

Kirat T., (1998), *Economie du Droit*, La Découverte – collection Repères, Paris, 123p.

²⁰ Une telle situation a, par exemple, prévalu dans le secteur électrique allemand où le réseau de transport de l'électricité était conjointement contrôlé par les différents opérateurs historiques régionaux. Non seulement l'accès se faisait par la voie négociée mais en outre il n'existait pas de régulateur sectoriel, comparable à la Commission de Régulation de l'Electricité française. De ce fait, nulle intervention *ex ante* ne permettait de garantir un accès équitable et non discriminatoire au réseau. Un nouvel entrant qui s'estimait victime de pratiques anticoncurrentielles n'avait d'autres recours que de se tourner vers l'autorité allemande de la concurrence, le Bundeskartellamt. Or, à l'instar de toute juridiction, celui-ci ne peut sanctionner les pratiques qu'*ex post*, ce qui du fait des durées des procédures pénalise d'autant plus les nouveaux entrants.

²¹ Kirat T. et Marty F., (2007), *Economie du Droit et de la Réglementation*, Gualino, Mémento LMD, Paris, 183p., mai.

Un premier ensemble d'entrave est de nature tarifaire. Comme nous l'avons vu au travers du cas de l'accès négocié, le gestionnaire du réseau (s'il est verticalement intégré) peut être tenté d'exagérer ses coûts pour obtenir une fixation du tarif d'accès à un niveau soit propre à empêcher toute entrée économiquement rentable de la part de ses concurrents²² soit à faire subventionner ses propres activités par les péages acquittés par ses derniers. Un exemple du risque de discrimination tarifaire quant à l'accès d'un nouvel entrant à une infrastructure de réseau contrôlée par l'opérateur historique, pourrait être trouvé avec la sanction infligée à La Poste par le Conseil de la concurrence, le 17 novembre 2005. Celle-ci a été condamnée pour avoir pratiqué des conditions tarifaires discriminatoires pour les *tarifs d'envoi en nombre*, au détriment de certains routeurs et au profit de sa propre filiale Dataposte²³. La question de la fixation des tarifs d'accès au réseau est une dimension particulièrement critique en matière de contrôle de la stratégie de l'opérateur détenteur de ce dernier²⁴. Le régulateur est dans une situation de très forte asymétrie

²² De telles stratégies sont par de nombreux égards proches des pratiques de prédation. Un opérateur verticalement intégré peut dégrader la situation de ses concurrents ou prévenir toute entrée, en pratiquant des tarifs prédateurs. L'entreprise fixe un prix suffisamment faible pour exclure un concurrent du marché de façon à acquérir une position de monopole. Elle reconstituera ses marges dès ce moment en augmentant ses prix au niveau des prix de monopoles. Il convient cependant de ne pas assimiler abusivement toute vente à perte à une stratégie de prédation. Dans le même temps, toutes les stratégies de prédation ne requièrent pas des ventes à perte. La stratégie de prédation suppose la mise en œuvre d'un arbitrage temporel. La firme accepte une perte de ses profits à court terme dans l'espérance d'acquérir des profits de monopole une fois ses concurrents éliminés. Diverses lectures du prix de prédation sont possibles dont celle du "prix limite", particulièrement intéressante pour le cas des entreprises opératrices de services publics de réseau, il s'agit d'une menace de guerre des prix adressée aux compétiteurs potentiels. La crédibilité de la stratégie pose donc une question d'asymétrie d'information entre les entreprises. Notons que le prix limite, fixé de façon à interdire toute nouvelle entrée "rentable" sur le marché, n'a aucune relation avec les coûts véritables de la firme. Une entreprise très productive peut pratiquer une prédation en déterminant ses prix en fonction de ce seuil, tout en engrangeant des profits si le prix limite est supérieur à son coût marginal. Notons par ailleurs qu'une stratégie de prédation mise en œuvre par une firme contrôlant une infrastructure essentielle peut aussi être analysée sous l'angle de la forclusion. Refuser l'accès à une infrastructure ou rendre cet accès économiquement non viable peut revenir pour une entreprise verticalement intégrée à une stratégie de forclusion d'intrants.

²³ Décision du Conseil de la Concurrence n° 05-D-63 du 17 novembre 2005 relative d'une part, à des pratiques mises en œuvre par la Poste et certaines de ses filiales dans le secteur du traitement du courrier et d'autre part, à des pratiques reprochées à la Poste et certains syndicats de routeurs dans le secteur de la préparation des objets postaux

²⁴ Schématiquement, deux types de tarifications sont possibles. Les tarifs de Baumol et Sidak (*Efficient component pricing rule – ECPR*), favorisent les entrées. Le tarif d'interconnexion est alors égal à la somme du coût incrémental direct lié à l'interconnexion et du coût d'opportunité (manque à gagner) de l'opérateur historique par minute de communication écoulee par l'opérateur entrant. Le tarif ECPR réalise le "principe d'indifférence". La charge d'accès est fixée à un niveau pour lequel il est indifférent pour l'opérateur historique de fournir la prestation lui-même ou de la faire assurer par son concurrent. Il est optimal socialement dans la mesure où il n'autorise les nouvelles entrées que si elles apportent un gain en terme de bien être collectif. Le tarif n'autorise les entrées que des opérateurs plus efficaces que l'opérateur historique. Une des difficultés, posées par ce tarif, réside dans le fait qu'il ne remet pas en cause les profits de l'entreprise anciennement en monopole. Autre limite que nous pouvons mettre en évidence, la prise en compte du coût d'opportunité du monopole. En effet, faut-il dédommager l'opérateur historique pour toute demande adressée à un nouvel entrant ? Si un emploi efficace de la ressource essentielle est privilégié, le tarif d'interconnexion pourra se baser sur les coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT). Le CMILT mesure le coût qu'encourt l'opérateur historique par minute de trafic du fait du supplément de trafic que lui adressent les nouveaux entrants. Le coût est calculé en valorisant les équipements de réseau à leur valeur de remplacement (par les technologies les plus performantes du moment) et non à leur valeur comptable (historique). Notons que selon la base de calcul choisie, le CMILT est plus ou moins favorable à l'opérateur historique. Laffont et Tirole ont proposé une tarification de l'accès au réseau, reposant sur une optimalité de second rang et qui intègre un volet incitatif et correspondant, de ce fait, à une tarification à la Ramsey-Boiteux en information imparfaite.

informationnelle vis-à-vis de ce dernier. En effet, la fixation des niveaux de péages à appliquer aux segments en monopole naturel suscite de nombreuses difficultés. Trop élevés, ils découragent l'entrée et induisent un surinvestissement dans le réseau. Trop faibles, ils autorisent des entrées de firmes inefficaces et conduisent à une dégradation du réseau faute de maintenance, renforcement et extension.

Cependant, si l'accès réglementé ouvre la possibilité d'un traitement non discriminatoire entre les opérateurs à un tarif théoriquement acceptable (par exemple calé sur les coûts incrémentaux de long terme liés au réseau), il n'en demeure pas que l'opérateur historique peut (au-delà de la surévaluation des coûts d'interconnexion) prétexter de difficultés techniques pour entraver le déploiement des offres de ses concurrents ou privilégier le développement de ses propres services de façon à acquérir un avantage concurrentiel. Un exemple particulièrement significatif peut être apporté par la condamnation infligée par le Conseil de la concurrence à France Télécom, le 7 novembre 2005 pour un abus de position dominante ayant entravé l'accès de ses concurrents sur le marché de la fourniture de gros d'accès à Internet à haut débit (ADSL)²⁵. France Télécom a été condamnée à une sanction pécuniaire de 80 millions d'euros pour avoir entravé entre 1999 et 2002, des opérateurs téléphoniques concurrents dans le déploiement de leurs offres ADSL et pour ne pas avoir respecté les injonctions en ce sens du Conseil de la concurrence et de l'ARCEP (ex. ART). Le Conseil avait été en effet saisi par Neuf Télécom en novembre 1999 pour qu'il mette fin à des pratiques discriminatoires l'empêchant d'accéder au marché de gros de l'ADSL. Malgré une injonction du Conseil de la concurrence en février 2000 (dont le non respect entraîna une amende de 20 millions d'euros prononcée par le Conseil en mai 2004 (sanction doublée par la Cour d'Appel de Paris le 11 janvier 2005)), France Télécom entrava jusqu'au dégroupage effectif de la boucle locale en 2002, le développement des offres de ses concurrents. Il refusa, tout d'abord, aux opérateurs téléphoniques concurrents les possibilités techniques d'entrer sur le marché des offres de gros à destination des fournisseurs d'accès Internet (FAI) puis leur imposa, dans un second temps, des conditions tarifaires les empêchant de faire des offres compétitives à ces derniers. De telles pratiques sont communes à l'ensemble des industries de réseaux, en matière électrique, l'entité qui contrôle l'infrastructure de transport peut aisément retarder la

Baumol W. and Sidak J.G., (1994), "The Pricing of Inputs Sold to Competitors", *Yale Journal of Regulation*, vol.11, pp.171-201.

Laffont J.J. et Tirole J., (1996), « Creating Competition through Interconnection – Theory and Practice », *Journal of Regulatory Economics*, n° 10, pp.614-641.

²⁵ Décision du Conseil de la Concurrence n° 05-D-59, en date du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit.

connexion d'une nouvelle unité de production au réseau ou lui imposer des pénalités financières liées à l'impact de sa mise en ligne sur l'équilibrage de ce dernier²⁶.

Un dernier problème²⁷, lié à la détention d'une infrastructure de réseau par un opérateur verticalement intégré tient à l'optimalité sociale du niveau et des choix d'investissements de ce dernier dans le contexte de l'ouverture de l'infrastructure à des tiers. En effet, un opérateur ne va pas réaliser des investissements qui seront à même de renforcer les capacités des nouveaux entrants à développer des offres alternatives aux siennes. Par exemple, en matière électrique, les congestions en certains points du réseau peuvent faire office de barrières à l'entrée protégeant une zone donnée de la concurrence d'opérateurs alternatifs. Il ne serait pas dans l'intérêt bien compris d'un opérateur verticalement intégré de réaliser de tels investissements qui certes augmenteraient le bien être collectif mais se feraient principalement au détriment de ses propres ventes aux utilisateurs finals.

De telles pratiques, liées à l'intégration verticale de l'opérateur historique, lequel contrôle à la fois l'infrastructure essentielle et des services du domaine concurrentiel, sont invoquées par la Commission européenne pour appuyer la mise en œuvre d'un *unbundling* strict, c'est-à-dire la séparation juridique de l'entité en charge du réseau de l'opérateur historique²⁸. Si le contexte de l'intervention des collectivités territoriales dans les réseaux à très haut débit s'écarte de la problématique de l'ouverture des réseaux à la concurrence, il n'en demeure pas moins que les enjeux en termes d'une promotion d'une concurrence effective dans les zones grises sont en de nombreux points comparables. Il s'agit dans les deux cas de pallier un éventuel sous investissement de l'opérateur en place ou de contrecarrer des stratégies visant à entraver le déploiement d'offres alternatives. Comme nous le verrons dans notre seconde partie, il s'agit d'une problématique de contrôle d'une infrastructure essentielle. Le développement d'une concurrence effective passe par la neutralisation d'éventuelles stratégies d'éviction de la concurrence par l'opérateur verticalement intégré. Dans la logique de la Commission européenne, cela suppose, pour des réseaux déjà déployés et revêtant des caractéristiques de monopoles

²⁶ Lowe P., Pucinskaite I., Webster W. and Lindberg P., (2007), "Effective Unbundling of Energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter*, number 1-Spring, pp. 23-34.

²⁷ Nous n'abordons pas ici les difficultés qui peuvent être liées à la lisibilité qu'offre le contrôle du réseau sur les stratégies suivies par ses propres concurrents. Une telle transparence (et la possibilité de mise en œuvre de mécanismes de représailles de type entraves techniques à l'accès au réseau) peut fortement renforcer les tendances collusives au sein de secteurs très fortement oligopolistiques, comme l'a par exemple mis en relief l'entente entre les opérateurs français de téléphonie mobile.

Marty F., (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp.85-120.

²⁸ Lowe P., (2007) *op. cit.*

naturels, la mise en œuvre d'une séparation juridique stricte entre l'entreprise chargée de la gestion du réseau et le reste du groupe proposant des services aux consommateurs finaux. En matière de réseaux à haut débit dans les zones grises, cela peut sur le principe justifier une action publique visant à proposer une infrastructure alternative, contrôlée par un agent économique n'ayant pas vocation à s'engager dans des pratiques discriminatoires, en vue de promouvoir une concurrence effective et non plus théorique.

I – 2 Les modalités de l'intervention publique

Les collectivités territoriales peuvent trouver des fondements théoriques relativement satisfaisants pour établir que leur intervention permet d'accroître le bien être général en corrigeant une défaillance de marché ou en contrecarrant d'éventuels abus de position dominante pour favoriser l'établissement d'une concurrence libre et non faussée. Leurs interventions en matière de déploiement d'infrastructures de télécommunications à haut débit peuvent se regrouper en deux ensembles. Le premier concerne la boucle locale radio et fait écho à l'attribution des licences Wimax. Le second est relatif aux autres modes de soutiens publics au déploiement d'infrastructures, notamment dans le cadre des technologies filaires.

a) Progrès technique et renforcement des possibilités d'intervention : la boucle locale radio

La technologie DSL, communément utilisée pour les réseaux haut débit, revient à moduler un signal haute fréquence sur la paire de cuivre téléphonique. Cela suppose que le répartiteur soit équipé de façon idoine mais aussi que la paire ne soit pas trop longue sous peine de voir une progressive dégradation du signal avec la distance. Ainsi, l'équipement de l'intégralité des répartiteurs ne suffirait pas à raccorder l'ensemble des abonnés au haut débit. L'utilisation de la boucle radio locale, au travers de la technologie Wimax, peut permettre de résoudre de telles difficultés pour résorber les zones blanches que la technologie DSL ne saurait couvrir. Comme l'offre existante ne permettait pas de constituer une offre complémentaire à l'ADSL, de nouvelles licences pour la boucle locale radio furent proposées aux opérateurs²⁹, quelques années après que la plupart des premiers titulaires de ces dernières les eurent abandonnées faute de maturité suffisante de la technologie. Toujours est-il qu'en 2005, une nouvelle procédure d'attribution fut

²⁹ La lettre de l'ARCEP, n° 52, septembre – octobre 2006.

lancée par le ministère de l'Economie avec le soutien de l'ARCEP. Au-delà d'une licence accordée à l'échelle nationale (Iliad), il s'agissait d'attribuer deux licences par région afin de permettre l'exercice d'une réelle concurrence. L'objectif pouvait en effet être décliné sous l'angle de la résorption des zones blanches mais aussi sous celui de la promotion de la concurrence dans les zones grises, non seulement en accordant plusieurs licences concurrentes mais aussi en permettant un contournement des infrastructures DSL notamment déployées par l'opérateur historique.

L'ARCEP reçu quelques 35 candidatures fermes, émanant notamment de collectivités territoriales, lesquelles peuvent comme nous l'avons vu intervenir dans le déploiement des réseaux de télécommunication depuis 2004. Pour juger des propositions, l'autorité de régulation déclina trois critères (avec des pondérations équivalentes), dont les deux premiers font respectivement échos aux problématiques des zones blanches et des zones grises. Le premier était la contribution du projet à la couverture du territoire en haut débit. Il s'agissait de s'attacher aux engagements en matière de résorption des zones blanches, d'offres de gros ou de cessions de fréquences non utilisées. Le deuxième critère tenait à la contribution du projet à la concurrence sur le haut débit. Le troisième critère, enfin, était purement financier. Il traduisait la valorisation par chaque opérateur de la licence.

Si quatorze Conseil Régionaux candidatèrent³⁰, seulement six d'entre eux³¹ furent finalement retenus en juillet 2006. Selon l'ARCEP, ces derniers auraient présenté des projets se caractérisant par une bonne articulation avec des initiatives infra-régionales et pouvant éventuellement être confiés à un opérateur privé via un montage concessif. Pour ce qui est du deuxième critère, l'objectif de l'ARCEP était de renforcer la pression concurrentielle sur les opérateurs détenant des infrastructures fixes et de développer un accès des tiers aux nouvelles infrastructures Wimax en conduisant les détenteurs de licences à proposer des offres de gros.

L'octroi des licences se traduisit notamment (du fait du troisième critère) par la perception par l'Etat d'une somme de 125 millions d'euros et la réception par ce dernier d'une redevance de 1,6 millions.

³⁰ Corse, Alsace, Aquitaine, Auvergne, Poitou-Charentes, Bourgogne, Bretagne, Centre, Franche Comté, Rhône-Alpes, Languedoc-Roussillon, Haute Normandie, Lorraine, Picardie.

³¹ Corse, Alsace, Bourgogne, Aquitaine, Poitou-Charentes.

Notons qu'en matière de licences Wimax, les recommandations de l'ARCEP pour les collectivités territoriales vont dans le sens non pas d'une exploitation directe en régie mais dans celui de montages concessifs et partenariaux. En effet, conformément aux prescriptions du rapport Labetoulle de 2004, l'ARCEP recommande aux régions ayant obtenu des licences de faire exploiter celles-ci dans le cadre de montages concessifs. Dans le même temps, elle conseille aux régions n'ayant pas été retenues de s'engager dans des partenariats public-privé avec les opérateurs titulaires de licences. De façon générale, le mécanisme même des licences Wimax se prête à l'émergence d'un marché secondaire. Tout d'abord, les titulaires de licences se sont engagés à proposer des offres de gros aux autres opérateurs. Ensuite des procédures de mise à disposition des fréquences sont prévues. Avec l'agrément de l'ARCEP, il est possible de confier l'exploitation des licences à un tiers. Un Conseil Régional peut partager ses fréquences avec d'autres collectivités territoriales³² ou en confier l'exploitation à des tiers privés. Il est enfin possible de céder les licences sur le marché³³.

Il convient cependant de souligner que la procédure mise en œuvre a fait l'objet de contestations tenant par exemple à l'importance accordée au critère financier et aux conséquences de l'absence de contrôle par les collectivités de licences dans des régions telles l'Ile-de-France ou Provence-Alpes-Côte d'Azur. Le niveau effectif de concurrence dans les zones grises est à nouveau au centre des critiques, lesquelles portent notamment sur la diversité des offres et les risques de concurrence déloyale. En effet, les opérateurs, s'ils veulent accéder aux réseaux Wimax, devront quoiqu'il advienne négocier l'accès avec le détenteur de la licence, en l'occurrence l'un de leurs concurrents. Ce faisant, les difficultés liées à l'accès à l'infrastructure essentielle que nous avons présenté *supra* ne manqueront pas de se poser. En outre, l'octroi des licences à un opérateur privé peut induire d'autres difficultés. Par exemple, si ce dernier ne remplit pas ses obligations que cela soit en termes de couverture ou d'accès des tiers au réseau, le seul recours sera de lui retirer sa licence. Or, une telle procédure peut durer plus de deux ans. Un tel délai serait particulièrement préjudiciable en termes de développement économique territorial. A l'inverse, il serait possible d'espérer qu'une licence confiée à une collectivité publique permette d'obtenir de plus fortes garanties, quand bien même celle-ci serait exploitée dans le cadre d'une DSP. En effet, dans le cadre d'une concession, l'opérateur s'engage sur des objectifs de couverture et de tarifs. D'éventuels manquements peuvent (ou devraient faire) l'objet de sanctions contractuelles. En

³² La région Alsace s'inscrit dans ce cas de figure. Celle-ci détient déjà un réseau de collecte exploité en DSP, Alsace Connexia, lequel est un ROIP mis en place au début de la décennie pour garantir l'équité territoriale en matière d'accès au haut débit. L'obtention d'une licence Wimax conduit au transfert de celle-ci aux départements, lesquels sont appelés pour ce réseau de desserte à recourir à des DSP.

³³ La question du prix de cession reste posée...

d'autres termes, le schéma incitatif est plus efficace. Cependant, nous verrons dans notre seconde partie que les montages de DSP ne sont pas pour exempts de difficultés en matière de contrôle du délégataire.

b) Les autres canaux d'une intervention visant à résorber les zones blanches ou à promouvoir la concurrence

Bien que l'attribution des licences Wimax doive se traduire d'ici mi-2008 par la mise en service de quelques 3500 nouveaux sites d'émissions, il n'en demeure pas moins que la combinaison de cette technologie avec l'ADSL laissera subsister quelques zones blanches. Pour ces dernières, qui concernent 1 à 2 % de la population, il apparaît qu'une intervention publique directe sera nécessaire soit pour favoriser la mutualisation d'investissements entre opérateurs, soit pour apporter un financement.

L'intervention publique sur les infrastructures vise à la fois à la promotion de la concurrence et à la correction des défaillances de marché. Parmi ces dernières, trois doivent être distinguées. La première, comme nous l'avons vu porte sur la trop faible rentabilité d'un investissement privé dans des zones dont la densité est trop faible. La deuxième source de sous-investissement spontanée du privé est reliée à la donne concurrentielle elle-même. Le déploiement d'infrastructures haut débit peut être considéré comme bridé par l'absence de *killer application* pouvant laisser espérer des flux de revenus suffisamment significatifs, par le faible pouvoir de marché des opérateurs vis-à-vis des fournisseurs de contenus et par le poids de l'opérateur historique. Enfin le troisième élément pouvant expliquer un sous-investissement est à rechercher dans le coût même du déploiement des réseaux. En effet, le coût des travaux de génie civil pour les réseaux haut et très haut débit est estimé par l'ARCEP à quelques 500 à 1000 € par foyer.

Ce faisant, une première source de soutien public peut porter sur la mise à disposition ou sur la mutualisation d'infrastructures de génie civil. Il convient cependant de relever que légalement, toute mise à disposition d'élément du domaine public doit avoir une contrepartie financière. Ainsi, les tarifs de location des fourreaux faisaient-ils l'objet d'un strict encadrement, du moins jusqu'en 2004. En principe, le prix acquitté par les opérateurs doit refléter les coûts de construction et d'entretien. Deux options de tarifications étaient possibles. Dans le cas d'une redevance d'occupation domaniale, le paiement de l'opérateur doit être lié à l'avantage économique qu'il retire de l'utilisation du réseau. Dans le cas d'une redevance pour services

rendus, les paiements sont indexés sur une combinaison du coût de construction, du coût évité par l'opérateur et du bénéfice que ce dernier retire de l'existence d'un tel « guichet unique ». Cependant, la location des fourreaux peut se faire à un prix inférieur aux coûts pour la personne publique dans la mesure où elle peut s'affranchir du critère de rentabilité.

Il n'en demeure pas moins qu'une question reste en suspens, la location de fourreaux doit-elle être une activité directement prise en charge par la personne publique ? Ceci s'écarte de son cœur de métier. De la même façon l'expertise détenue en interne concerne bien plus la construction que l'exploitation. Tout comme pour les licences Wimax détenues par les régions se pose donc la question de l'opportunité d'une exploitation confiée à un tiers privé. En effet, pour reprendre le cas des licences, le rapport Labetoulle remis à l'ARCEP insistait sur l'intérêt pour les collectivités de transférer, par l'intermédiaire du marché secondaire ouvert par les mécanismes de cession et de mise à disposition (location), l'exploitation de celles-ci à des opérateurs spécialisés. Il convient de s'attacher aux modes d'exercice d'une telle action publique locale, dont nous nous proposons d'éclairer en seconde partie certains enjeux juridiques et économiques, tenant à la compatibilité de celles-ci vis-à-vis des politiques de la concurrence et à l'arbitrage entre les différents outils contractuels offerts par le droit administratif.

II – Dimensions critiques aux points de vue juridiques et économiques

II – 1 Des interventions publiques visant à construire la concurrence : pertinence économique et encadrement juridique

a) La situation des interventions publiques dans les zones grises face aux règles européennes de concurrence

Depuis 2004 (article L-1425-1), les collectivités peuvent elles-mêmes déployer des réseaux dans des zones jugées non rentables par les opérateurs. A ce titre, elles peuvent bénéficier de soutiens financiers en provenance de l'Union européenne (Feder) ou de l'Etat lui-même³⁴. Selon des données de la Caisse des Dépôts et Consignations d'octobre 2006³⁵, les investissements dans les réseaux haut débit dans lesquels les collectivités territoriales françaises (à l'instar de leurs

³⁴ Fonds de soutien pour l'équipement des zones blanches doté de 10 millions d'euros.

³⁵ Modica J.-Y., (2006), « Les initiatives publiques du haut et du très haut débit », Séminaire AVICCA-CRIP, octobre.

homologues étrangères) étaient parties prenantes dépassaient les deux milliards d'euros. Fin 2005, les collectivités locales étaient impliquées dans 55 projets haut débit. Un an plus tard, le portefeuille regroupait 77 projets dont 41 avaient donné lieu à des montages concessifs.

En effet, l'action publique locale peut se déployer suivant un continuum d'options, lesquelles vont induire des difficultés croissantes en matière de compatibilité avec les règles communautaires de concurrence. Comme nous l'avons vu, une première modalité de soutien réside dans les initiatives visant à faciliter les travaux de génie civil mis en œuvre par les opérateurs. Il s'agit de permissions de voiries, d'accès aux points hauts ou de mutualisation des coûts de tranchée. A priori, sauf pratiques discriminatoires, peu de difficultés juridiques sont à prévoir. Le deuxième mode d'intervention repose sur la mise à disposition de fourreaux. Les difficultés qui peuvent ici se faire jour peuvent aussi être reliées aux règles de domanialité publique. Par contre, l'établissement de réseaux de fibres optiques par les collectivités, s'il s'inscrit dans la logique de la Stratégie de Lisbonne, n'en fait pas moins l'objet d'un strict encadrement concurrentiel. Selon la Commission européenne, si une collectivité locale s'engage dans un projet de RIP, elle doit le faire en respectant les règles de concurrence. « La commission reconnaît la nécessité d'une intervention des pouvoirs publics pour étendre plus rapidement la couverture des zones mal desservies mais elle rappelle l'obligation de respecter les principes réglementaires et le droit de la concurrence. Cette intervention peut être complémentaire de l'investissement privé mais elle ne devrait pas saper les initiatives du secteur privé, ni induire de distorsions de concurrence³⁶ ».

En fait, une intervention publique dans les RIP peut revêtir trois qualifications différentes. Elle peut d'abord être considérée comme une infrastructure générale. A ce titre, la Commission considère qu'il s'agit de poursuivre un objectif d'intérêt général dans un domaine où il ne peut exister d'initiative privée. Cependant, pour ne pas induire de distorsions de concurrence, une telle infrastructure doit être accessible à tous sans discrimination. L'infrastructure peut ensuite être qualifiée de service d'intérêt économique général (SIEG). Dans un tel cas la Commission considère qu'il s'agit d'une activité revêtant un caractère économique tout en poursuivant un objectif d'intérêt général. Suivant la jurisprudence *Altmark*, l'intervention publique est possible du moment où :

- les obligations sont clairement définies,
- les paramètres de la compensation établis *ex ante*,

³⁶ Commission européenne, communication du 12 mai 2004 (COM(2004), 369 Final).

- la compensation est proportionnée,
- la procédure du choix du prestataire est fondée sur la recherche de l'efficacité.

Enfin, une troisième issue pour qu'une intervention soit admise par les autorités européennes tient à sa qualification comme aide d'Etat compatible. Il est nécessaire que l'intervention vise à la promotion d'un objectif d'intérêt commun, à la résorption d'une défaillance de marché, que l'aide soit l'instrument de correction de celle-ci le plus adapté, le plus neutre pour l'ensemble des acteurs du marché et strictement proportionnée aux objectifs définis.

A l'heure actuelle la Commission européenne n'a eu à se prononcer que sur des projets concernant des zones blanches. L'examen d'initiatives publiques dans des zones grises devraient faire l'objet d'analyses concurrentielles plus détaillées dans la mesure où la légitimité économique (définie en termes de correction de défaillance de marché) est plus difficile à établir, qu'un investissement privé est non seulement envisageable mais effectif et que les risques de perturbation du jeu normal de la concurrence sont bien plus élevés. Un projet de desserte à haut débit de zones faiblement peuplées et mal desservies a été qualifié d'aide d'Etat compatible avec le Traité dans la mesure où il participait d'une politique de cohésion économique et sociale, qu'il répondait à une défaillance de marché et que l'aide publique était proportionnée à la correction de cette dernière³⁷. Une même qualification a été apportée à un projet de fibres noires pour une zone d'activités au Royaume-Uni³⁸. La Commission a considéré que le projet s'inscrivait dans la Stratégie de Lisbonne et que l'intervention publique respectait les potentialités de concurrence future dans la mesure où il s'agissait d'une infrastructure passive. Enfin un réseau de collecte pour l'ensemble d'un département français, en l'occurrence les Pyrénées-Atlantiques, a été considéré comme un SIEG. La situation se dégrade pourtant si on ne considère plus le haut débit mais le très haut débit. Une seule infrastructure à très haut débit avait été examinée quand, en mars 2007, le CRIP a rendu son rapport. Il s'agissait de la ville d'Appingedam aux Pays-Bas³⁹. La Commission considéra le projet comme une aide incompatible dans la mesure où le très haut débit n'a pas été analysé comme une technologie autonome mais comme une composante du haut débit en général. Ce faisant, il fallait considérer l'existence des infrastructures haut débit dans la décision publique. Ainsi, le rejet ne s'est pas fait sur la qualification de SIEG mais sur la base de l'effet de l'intervention publique sur les infrastructures privées existantes (réseaux câblés et ADSL).

³⁷ Aide d'Etat N 282 / 2003 Royaume-Uni.

³⁸ Aide d'Etat N 213 / 2003 Royaume-Uni.

³⁹ Décision n° C35/2005 du 19 juillet 2006.

Il apparaît donc, au travers de ce rapide tour d'horizon de la jurisprudence européenne, que la tolérance est plus forte pour des aides portant sur les seules infrastructures de base ou les travaux de génie civil et que les capacités d'intervention publique sont drastiquement réduites dès lors qu'il existe déjà des infrastructures privées, ce qui pose le problème de la légitimité de l'intervention publique hors des zones blanches.

b) Discussion sur les politiques publiques de promotion de la concurrence

Promouvoir par des politiques publiques une concurrence effective dans les zones grises peut revenir à s'appuyer sur la théorie des facilités essentielles pour aider de nouveaux entrants à contester la position dominante d'un opérateur historique verticalement intégré. Cette action peut passer par deux canaux distincts. Le premier, directement inspiré par le cas des politiques européennes portant sur les industries de réseaux, vise à organiser l'accès des tiers au réseau de l'opérateur dominant et à prévenir toute stratégie anticoncurrentielle de sa part. La seconde passe par des stratégies de contournement de l'infrastructure essentielle, au moyen de réseaux alternatifs déployés par les collectivités grâce notamment à de nouvelles technologies.

En matière d'analyse économique, de telles politiques publiques posent deux questions distinctes. La première est liée à la notion même d'infrastructure essentielle. La seconde tient à la légitimité d'une action publique visant à favoriser directement les concurrents de l'opérateur historique.

La notion d'infrastructure essentielle

Il s'agit d'une théorie dérivée de la régulation des industries de réseaux dans le cadre de laquelle on considère qu'il est possible de créer une concurrence sur un marché de services aval en obligeant l'entreprise verticalement intégrée d'ouvrir son réseau de transport aux nouveaux entrants dans des conditions non discriminatoires et économiquement acceptables. L'accès est indispensable, dans ce cas, pour permettre le développement d'une concurrence dans la mesure où l'infrastructure de réseaux en question présente des caractéristiques de monopole naturel.

La théorie des facilités essentielles, fut utilisée pour la première fois en droit communautaire par la décision de la Commission B&I Line / Stena-Sealink en 1992. Elle fut en fait initialement construite par l'Antitrust américain. Il s'agit de la décision de la Cour Suprême « United States

versus Terminal Railroad Ass.» de 1912. L'affaire était liée à la maîtrise par une association d'opérateurs de chemins de fer d'infrastructures ferroviaires dans la ville de Saint-Louis dans le Missouri, lesquelles constituaient un passage obligé pour l'ensemble des opérateurs⁴⁰. Les membres de l'association étaient alors en mesure d'exclure les opérateurs non membres du *club* de l'accès à la plateforme ferroviaire et, passant, du marché. La Cour Suprême trancha en faveur des sociétés plaignantes, obligeant ainsi la « *Terminal Railroad* » à intégrer ces dernières au sein de leur association, considérant que les infrastructures permettant l'accès à la ville de Saint Louis revêtaient un caractère d'infrastructure essentielle.

Ainsi, dans le cadre des politiques de la concurrence, quand l'accès à une ressource est indispensable pour pouvoir développer une offre concurrente sur le marché, son propriétaire peut être contraint à garantir aux nouveaux entrants l'accès à cette dernière. Plusieurs conditions sont cependant posées pour contraindre de délivrer un accès :

1. Il ne doit pas exister de moyens substituables pour accéder au marché
2. Le refus ne doit pas être justifié par des raisons techniques objectives
3. Le refus doit avoir pour effet d'exclure toute concurrence.

Vers une régulation asymétrique ?

Si les autorités de la concurrence françaises et européennes se sont approprié la théorie des facilités essentielles, comme en atteste l'avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 du Conseil de la Concurrence⁴¹, il n'en demeure pas moins que celle-ci est considérée avec la plus grande circonspection par les autorités de la concurrence... américaines⁴². En effet, l'activation de la théorie de l'infrastructure essentielle peut être potentiellement porteuse d'une confusion entre politiques de régulations sectorielles, lesquelles interviennent *ex ante* de façon volontariste pour faire passer des marchés d'une structure monopolistique à une structure concurrentielle et politiques de concurrence, qui visent à sanctionner *ex post*, des pratiques visant à entraver le fonctionnement normal du processus de concurrence. L'activation de la théorie des

⁴⁰ Pillot J., (2007), Insécurité juridique, propriété intellectuelle et incitation à l'innovation : Le cas du management digital des droits (DRM) en économie de la concurrence, mémoire de Master 2 Recherche – Economie de l'Innovation et Dynamique Industrielle, Université de Nice Sophia-Antipolis, juin.

⁴¹ « La jurisprudence tant des autorités nationales que communautaires impose un certain nombre d'obligations aux opérateurs en position dominante sur un marché. En particulier, le droit de la concurrence impose déjà à une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, de permettre l'accès de cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire ».

⁴² Choné P., (2006), « L'articulation entre les politiques de concurrence et régulation sectorielle », *in* Encaoua D. et Guesnerie R., (2006), *Politiques de concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, juillet.

infrastructures essentielles en matière de politiques de concurrence est une spécificité européenne⁴³. La législation antitrust américaine quant à elle distingue clairement les objectifs et outils des politiques de régulation avec celles des politiques de concurrence.

Deux questions sont alors posées. La première tient à l'impact de la position des autorités de la concurrence européennes sur le processus dynamique de concurrence (i.e. les incitations à innover de l'opérateur dominant et plus généralement les incitations à investir de tout opérateur lesquelles reposent sur l'espérance d'une *rente de monopole*). La seconde met en relief la problématique liée à une régulation asymétrique visant à favoriser de façon volontariste les nouveaux entrants⁴⁴.

La question sous-jacente est celle de la légitimité économique d'une action publique visant à pénaliser un opérateur en place (non pas en fonction de ses agissements mais de façon « préventive ») pour se rapprocher d'une structure de marché concurrentielle définie comme maximisant le bien être social. La firme publique étant en situation de monopole en t_0 , il s'agirait alors de défendre l'intérêt des nouveaux entrants coûte que coûte quoiqu'il en soit en termes d'équité et d'efficacité économique. Cette pratique repose sur l'encouragement des nouveaux entrants et la recherche d'équilibre des parts de marché entre les concurrents⁴⁵. Or, l'évolution du secteur en France va dans le sens d'une très forte consolidation (et d'une intégration verticale croissante des opérateurs alternatifs à France Télécom). Le risque pour les politiques publiques serait de simplement substituer à un monopole un oligopole constitué de seulement trois acteurs (France Télécom, Free (Iliad) et Neuf-Cegetel).

Une logique de politique industrielle ?

⁴³ La Cour Suprême considère que le droit de la concurrence ne saurait mettre en cause le droit de propriété et la liberté de contracter, en obligeant par exemple le détenteur d'une infrastructure à garantir un accès équitable à celle-ci à ses concurrents. Cette position a été récemment réaffirmée par la Cour dans le cadre de la décision *Trinko versus Verizon* du 13 janvier 2004 dans le cadre de laquelle elle souligne que ce qui fut directement sanctionné en 1912 fut en fait une pratique concertée (accès discriminatoire à un « club »).

Choné P., (2006), op. cit.

⁴⁴ L'expérience anglaise en matière de tarification de l'accès des tiers au réseau, dans le secteur de télécommunications dans les années quatre-vingt, est ici particulièrement instructive. Il apparaît que la seule garantie de l'accès aux infrastructures essentielles n'a pas été considérée par les Britanniques comme suffisante pour susciter une réelle mise en concurrence de l'opérateur historique. Il ne s'agissait plus de rendre la concurrence possible mais de la développer voire de la renforcer. Le cas de la régulation asymétrique dont bénéficia Mercury de la part de l'*Oftel*, illustre bien cette politique. Les règles de l'ATR, outrageusement favorables à Mercury, ont permis de faire émerger un concurrent sérieux pour British Telecom.

Armstrong M. et Vickers J., (1995), « Competition and Regulation in Telecommunications », in Bishop M. et al. *The Regulatory Challenge*, Oxford University Press, Oxford, pp. 283-308.

⁴⁵ Williamson O., (1977), « Predatory Practices: A Strategic and Welfare Analysis », *Yale Law Journal*, 87, December, pp. 284-340.

Encore une fois, la légitimité d'une action publique visant à pallier une défaillance de marché sera toujours plus aisée à établir qu'une intervention visant à renforcer la concurrence effective sur un marché donné⁴⁶. Il n'en demeure pas moins que les effets combinés des licences Wimax et du déploiement des RIP peuvent être analysés comme des instruments permettant de concilier à la fois le développement des territoires (réduction de la fracture numérique) et d'intensification de la concurrence en permettant aux opérateurs alternatifs de contourner l'infrastructure de France Télécom, qui dès lors perdrait son caractère d'infrastructure essentielle. Il s'agit donc d'une politique publique qui de fait viserait à renforcer la contestabilité du marché⁴⁷ par la réduction des barrières à l'entrée et à la sortie du marché pour les nouveaux entrants, via la prise en charge du déploiement des infrastructures alternatives par des collectivités publiques.

II - 2 Quelles modalités pour l'intervention publique locale ?

Si le principe de l'intervention publique locale est acquis en matière de RIP, encore convient-il de s'attacher successivement aux formes contractuelles que celle-ci peut mobiliser, à savoir les marchés, les délégations de service public et les contrats de partenariat, et à la comparaison des efficacités économiques respectives de ces dernières.

a) Analyse juridique des conditions de recours aux marchés, délégations ou PPP

Il s'agit ici de s'interroger sur l'outil contractuel le plus adapté pour l'acquisition par une collectivité publique d'une prestation globale. S'il est possible d'obtenir celle-ci par le moyen de marchés ou de montages concessifs, notre propos sera de montrer qu'a priori, les contrats de

⁴⁶ La question est transversale à l'ensemble droit de la concurrence. Par exemple, en matière de contrôle des concentrations, la Commission européenne utilise la notion de position dominante collective qui permet de rejeter un projet de concentration s'il apparaît que la réduction du nombre d'intervenants sera de nature à créer des incitations pour que les firmes décident rationnellement d'adopter des comportements parallèles (i.e. de ne pas se lancer dans des stratégies agressives de concurrence par les prix). Comme le note Lucas de Leyssac, l'absence de compétition sur un marché ne saurait être tenue comme équivalente à une violation du droit de la concurrence. Au point de vue strictement juridique, il n'existe pas de prohibition du parallélisme de comportement en tant que tel, encore moins d'obligation de s'engager dans des stratégies de guerre des prix. En effet, le droit n'impose pas aux firmes de se faire concurrence. Le droit de la concurrence vise seulement à sanctionner les atteintes à la libre concurrence. Or, dans une optique économique, la promotion active de la concurrence se légitime par les transferts indus de bien-être et la perte sèche qui sont induits par l'absence d'une compétition effective. A ce titre, les autorités de la concurrence font face à un dilemme. Faut-il limiter l'action publique en matière concurrentielle à la vérification du respect des règles de droit par les entreprises (liberté de la concurrence) ou doit-on lui attribuer une mission de promotion de la concurrence en vue de contribuer à un fonctionnement économiquement efficace des marchés ? Il apparaît qu'un tel projet constructiviste est présent dans le cadre des politiques de concurrence, tant européennes qu'états-uniennes. Ainsi, au travers de l'application d'une telle notion pourrait réapparaître une politique de concurrence jouant sur les structures de marché pour les rapprocher de l'idéal de la concurrence pure et parfaite.

Lucas de Leyssac C., (2006), « A propos des situations non fautives de non compétition », *Concurrences*, n° 4-2006, pp.1-3.

⁴⁷ Baumol W., Panzar J. et Willig R., (1982), *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt, New York.

partenariats fournissent un cadre particulièrement bien adapté. En effet, selon la définition retenue dans le Livre Vert de la Commission Européenne (30 avril 2004), les partenariats public-privé recouvrent l'ensemble des modalités de « coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service ». Si la tradition française de la gestion déléguée donne à notre pays un caractère de précurseur en matière d'association public-privé autour des contrats de concession, il n'en demeure pas moins que les instruments du droit des contrats administratifs ne permettaient pas de mener à bien certains projets publics portant sur le financement, la construction et l'exploitation d'infrastructures publiques indispensables à la réalisation des missions des collectivités publiques⁴⁸.

Les marchés publics reposent sur une logique de paiement immédiat d'un prix par l'administration en contrepartie de la prestation fournie. Aucun risque n'est alors imputé au fournisseur de la personne publique. Outre cette insuffisance "incitative", le droit des marchés publics présente plusieurs caractéristiques préjudiciables à l'acquisition de prestations globales, comme de la prohibition des paiements différés ou encore l'obligation de dissocier les phases de conception, de construction et d'exploitation.

Les délégations de service public se distinguent des marchés par le critère du transfert du risque au prestataire, mais elles ne peuvent répondre à l'ensemble des besoins des collectivités du fait de deux conditions restrictives. Tout d'abord, il est nécessaire que la prestation concernée relève d'un service public susceptible de faire l'objet d'une délégation, ce qui ne saurait être systématiquement le cas, notamment pour des opérations dans le domaine immobilier. Ensuite, le critère de qualification de la délégation repose sur l'existence d'une rémunération provenant substantiellement des revenus liés à l'exploitation de l'infrastructure. Cela suppose non seulement que les services soient destinés à des usagers et non à l'administration, mais aussi que le risque de demande soit obligatoirement attribué au prestataire, ce qui peut s'avérer contreproductif dans certains types de contrats public-privé.

Le tableau suivant récapitule les principales caractéristiques des marchés et des délégations et met en évidence les enjeux qui peuvent se poser dans le cadre spécifique d'une construction partenariale.

⁴⁸ Braconnier S., (2004), « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, n° 36, septembre, pp. 340-347.

Contrat administratif	Caractéristiques et points forts	Difficultés de recours dans le cadre d'une stratégie partenariale
Marché public	<p>La rémunération du prestataire prend la forme d'un prix. S'il existe des clauses incitatives à la performance (rarement appliquées), le prestataire est réputé ne subir aucun risque.</p>	<p>Du fait de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (loi MOP de 1985), il est très difficile de conclure un contrat global (article 10).</p> <p>Les paiements différés sont strictement prohibés (article 94).</p> <p>La durée des contrats n'excède pas deux à trois ans.</p> <p>L'acheteur public est tenu de produire un cahier des charges détaillé lors de la mise en concurrence. Il ne peut que très difficilement organiser une concurrence sous la forme d'un dialogue compétitif à partir d'un programme fonctionnel dans lequel il décrit ses attentes et ses exigences sans préjuger des solutions techniques à même de les satisfaire.</p>
Les délégations de service public (DSP)	<p>Il s'agit du modèle originel du partenariat public privé. Son domaine d'utilisation est assez large (Concession du</p>	<p>Les possibilités de recours sont strictement définies : il est nécessaire qu'elles portent sur des services publics dont</p>

	<p>Stade de France, Viaduc de Millau). Certains partenariats public-privé peuvent revêtir cette qualification</p>	<p>la gestion est déléguable.</p> <p>La rémunération doit être “substantiellement liée aux résultats de l’exploitation” ; le cas échéant, le risque de requalification du contrat en marché public (cf. la position de la Commission Européenne sur le Stade de France) induit une insécurité juridique pour les parties.</p> <p>Le mode de traitement des difficultés d’exécution par la jurisprudence administrative et le pouvoir de résiliation unilatérale dont dispose l’administration serait un frein à l’investissement privé.</p>
--	---	---

Face à ces limites, le contrat de partenariat, créé par la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit du 2 juillet 2003 et l’ordonnance du 17 juin 2004, devrait pouvoir apporter suffisamment de souplesse pour s’ajuster aux besoins des collectivités en constituant une troisième voie entre le marché et la délégation et en ouvrant ainsi la voie à un contrat à vocation générale.. Cependant, les risques de dérives intrinsèques à de tels contrats de long terme ont conduit le Conseil Constitutionnel à encadrer le recours à un tel contrat, lequel reste encore de nature dérogatoire. Sa décision du 26 juin 2003 a conduit le législateur à exiger des personnes publiques la démonstration de l’existence de conditions de complexité⁴⁹ ou d’urgence⁵⁰, mais aussi la

⁴⁹ Le projet est dit complexe du moment où la collectivité publique peut apporter la démonstration qu’elle n’est pas en mesure de définir seule et à l’avance les caractéristiques techniques du projet.

⁵⁰ L’urgence est quant à elle une notion plus difficile à activer. Bien que le Conseil Constitutionnel pose le principe que celle-ci puisse être définie objectivement et qu’elle ne soit pas liée à une carence de l’administration, il semble que la définition retenue soit plus large dans le cadre des marchés publics. Pour ne citer qu’un exemple, l’arrêt Hemmerdingier du Conseil d’Etat, en date du 1^{er} octobre 1997, conduit à rejeter la rentrée scolaire comme critère

réalisation d'une évaluation économique préalable, reposant notamment sur une comparaison entre les différents outils contractuels disponibles pour justifier le recours au contrat de partenariat. En effet, le recours à un contrat de partenariat est conditionné à la réalisation d'une évaluation préalable démontrant la possibilité et l'opportunité de recourir à un tel montage en regard des instruments classiques de la commande publique et à la démonstration de la présence des critères de complexité et / ou d'urgence. Si le contrat de partenariat est un contrat dérogatoire, tant aux règles de la commande publique qu'à celles de la domanialité publique, il est nécessaire, pour le Conseil constitutionnel, de prendre des précautions spécifiques de façon à répondre aux exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics. A ces fins, la collectivité doit exposer avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduit à proposer un contrat de partenariat après une analyse comparative, notamment du coût global du projet et des clauses de partage des risques.

Malgré les limites propres à l'exercice, il apparaît que de telles exigences sont de nature à éclairer le choix public ne serait-ce qu'au travers de l'identification des facteurs de risques liés à chacune des trois solutions contractuelles disponibles. A ce titre, les exigences posées par le législateur contribuent à mettre en lumière la nécessité d'un « calcul économique public » pour de tels engagements.

b) Les arbitrages économiques

Evaluation de la solution de marchés séparés

L'édification et l'exploitation de réseaux pourraient se faire par l'intermédiaire de contrats séparés. La conception et la réalisation pourraient être réalisées dans le cadre de marchés de travaux. La collectivité publique, qui détient sans doute des compétences internes en la matière, pourrait établir un cahier des charges suffisamment précis. L'exploitation pourrait de son côté être réalisée en régie, par l'intermédiaire de marchés de services ou enfin être déléguée par le moyen d'un contrat d'affermage. Un tel montage présente cependant deux défauts. D'une part, il induit une déconnexion entre les phases de construction et d'exploitation de l'infrastructure laquelle peut se révéler économiquement sous optimale. D'autre part, si l'exploitation se fait sous le régime de

d'urgence pour la passation de marchés négociés en vue de la rénovation et du gros entretien de lycées, sur le motif que la rentrée des classes est un événement prévisible. L'ordonnance semble cependant inaugurer une conception plus large de l'urgence, étendue à la nécessité de rattraper un retard préjudiciable en terme de fourniture du service public, quand bien même ce retard serait imputable à la personne publique elle-même.

l'affermage, les incitations qui s'exerceront sur le fermier en matière de promotion (ou d'entrave) de la concurrence seront comparables à celles d'un concessionnaire.

En effet, l'un des principaux avantages des contrats globaux que sont à divers titres les délégations et les partenariats réside dans l'implication du prestataire sur l'ensemble des étapes du projet. Cette responsabilisation est réputée garantir une optimisation d'ensemble de la performance économique de la fourniture. En effet, dans un contexte d'asymétrie informationnelle, le constructeur peut être tenté de construire au moindre coût sans tenir compte des coûts futurs d'exploitation. De ce fait, s'il est impossible pour la puissance publique de contrôler l'étape de construction, il est nécessaire d'aligner les intérêts des deux parties en transférant la charge de l'exploitation au constructeur. Il s'ensuit que le principal avantage d'un recours à un contrat de partenariat est moins à rechercher dans des économies de coûts que dans la possibilité de gérer au mieux les conséquences des asymétries informationnelles, à la fois *ex ante* (conception et construction de l'équipement) et *ex post* (exploitation)⁵¹.

De la même façon, si l'acheteur public confie au prestataire le soin d'élaborer les spécifications techniques, il doit rigoureusement définir la prestation en termes de performances et de qualité attendues. Dans ce cadre, il peut apparaître que la solution du contrat de partenariat est économiquement plus efficace que deux contrats séparés portant l'un sur la construction et l'autre sur l'exploitation, dès lors que l'acheteur public ne peut que spécifier un service attendu et ne s'avère pas en mesure de définir avec certitude les caractéristiques techniques de l'équipement support du service. De la même façon, confier à un même prestataire les deux phases permet d'éviter que ce dernier ne prenne des décisions d'investissements allant à l'encontre de la qualité du service et de la maîtrise des coûts en phase d'exploitation⁵². Un contrat global apparaît comme

⁵¹ Hart O. (2003), « Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships », *The Economic Journal*, vol. 113, mars, p. C69-C76.

⁵² Une telle logique se retrouve dans le modèle de Hart. Celui-ci vise à saisir la décision publique dans sa dimension temporelle. Deux périodes sont distinguées. Il s'agit d'une part de la phase de signature du contrat et de construction de l'établissement, et d'autre part de la phase d'exploitation de ce dernier. On suppose alors que le contrat ne peut prévoir tous les cas de figures futurs. Il est alors qualifié de « contrat incomplet ». Le consortium privé a le choix entre deux types d'investissements, qui affecteront ses coûts et ses profits durant la période d'exploitation. Le premier type d'investissement est qualifié de « productif », en ce sens où il permet de minimiser le coût d'exploitation de l'infrastructure. Le second est, à l'inverse, un investissement « non productif ». Il permet de réduire les coûts d'exploitation, mais au détriment de la qualité. Le prestataire privé devrait alors arbitrer entre ces deux types d'investissements de façon à maximiser son profit. La résolution du modèle révèle que dans le cadre de deux contrats séparés, l'un portant sur la construction, l'autre sur l'exploitation, l'intérêt du prestataire est de minimiser les coûts de construction sans tenir compte de leurs répercussions sur les coûts d'exploitation de l'infrastructure. Il n'a aucune incitation pour optimiser le cycle de vie de l'établissement. À l'inverse, dans le cadre d'un contrat global liant la rémunération du prestataire à la qualité de service à atteindre, le vainqueur de la mise en concurrence aura dès lors tout intérêt à choisir les investissements lui permettant la meilleure conciliation entre minimisation du coût de construction et minimisation du coût de fonctionnement.

plus efficace que le recours à deux contrats séparés dans la mesure où il conduit le prestataire à internaliser l'ensemble des coûts. Cependant, un tel contrat ne pourra être efficacement mis en œuvre que si la collectivité publique est capable de définir précisément ses objectifs de qualité dès la négociation du contrat et de construire des clauses contractuelles incitatives.

De la même façon, le modèle de Bentz, Grout et Halonen⁵³ met en évidence qu'un contrat global peut s'avérer plus efficace qu'une acquisition traditionnelle dès lors que les investissements au stade de la construction de l'infrastructure, permettant une exploitation moins coûteuse, sont peu onéreux et que les coûts de contractualisation sont peu élevés. En revanche, lorsque ces deux coûts sont élevés, le choix de contrats séparés est le plus pertinent. Dans le même esprit, il est possible de définir une règle de décision entre les deux options en tenant compte des externalités entre phases de construction et d'exploitation, de leur impact sur la valeur résiduelle de l'actif à l'issue du contrat et de leur influence sur la qualité du service rendu à l'utilisateur. Si des investissements visant à améliorer le service à l'utilisateur se traduisent par des surcoûts d'exploitation, il se peut qu'une solution globale (délégation ou partenariat) ne soit pas optimale⁵⁴. Nous retrouvons donc le résultat classique selon lequel l'acquisition d'une prestation sur un marché concurrentiel est réputée plus efficace que la réalisation de cette dernière en interne, dès lors que le service concerné peut être facilement spécifié, qu'il s'avère peu sujet à des modifications, que le contrat n'est pas excessivement coûteux à établir et éventuellement à renégocier⁵⁵.

Evaluation des montages concessifs

Les montages reposant sur le transfert de la construction et de l'exploitation des réseaux vers des tiers peuvent être à même, sous certaines conditions, de garantir une meilleure efficacité économique. Ils n'en sont pas pour autant exempts de risques et de difficultés, comme l'a par exemple mis en évidence le rapport annuel 2006 du CRIP de l'ARCEP (Comité sur les Réseaux d'Intérêt Public). En effet, si le modèle de la DSP peut fournir un cadre incitatif efficace, il n'en demeure pas moins que cette efficacité est subordonnée au soin apporté à la rédaction du catalogue de concession. Par exemple, le délégant ne pourra s'assurer de l'effectivité de la

Hart O. (2003), *Ibid.*

⁵³ Bentz A., Grout P. et Halonen M.L. (2004), « What should government buy from the private sector – assets or services ? », colloque *Public-Private Partnerships : Theoretical Issues and Empirical Analysis*, Conseil d'État, Paris, octobre.

⁵⁴ Bennett J. et Iossa E., (2005), "Building and Managing Facilities for Public Services", *Centre for Market and Public Organisations Working Paper Series*, n° 05-137, Université de Bristol, décembre.

⁵⁵ Trebilcock M. (1995), « Can government be reinvented? », in Boston J. (dir.), *The State Under Contract*, Bridget Williams Books, Wellington.

concurrence que si le tarif des prestations que propose son délégataire permet un accès économiquement viable des tiers au réseau. Se retrouvent, dans ce cadre, les différentes difficultés que nous avons mises en évidence dans notre première section, notamment quant aux asymétries informationnelles entre concédant et concessionnaire. De la même façon, le concédant devrait posséder les compétences humaines et techniques d'un véritable régulateur spécialisé s'il ambitionne de s'assurer qu'un concessionnaire verticalement intégré ne pénalise pas ses concurrents. Il convient symétriquement, de veiller à ce que les conditions d'accès ne dégradent pas significativement l'équilibre financier de la concession. Dans une telle situation, la collectivité devrait augmenter ses subventions. En découleraient à la fois des problèmes incitatifs (argument de la contrainte budgétaire molle du fait de l'anticipation des secours publics⁵⁶) et juridiques (risque de requalification du contrat dans la logique de l'arrêt SMITOM). Il convient en effet de mettre en exergue la contradiction existante entre l'équilibre financier du concessionnaire et la promotion de la concurrence. L'équilibre sera d'autant plus facilement atteint que le concessionnaire commercialisera principalement des services à haute valeur ajoutée (lignes d'abonnés ADSL activées ou vente de bande passante en cœur de réseau). L'intérêt du concédant réside cependant dans une spécialisation de ce dernier dans la commercialisation de fibres optiques inactives. Or, si celle-ci est effectivement à même d'encourager l'entrée de nouveaux opérateurs, elle réduit d'autant la rémunération du concessionnaire et accroît le besoin de subvention.

Globalement, il convient à la fois de questionner la pertinence du recours à une délégation de service public en fonction du modèle économique sous-jacent au contrat, comme nous le verrons dans notre prochaine sous section, mais aussi interroger les modalités de l'action publique territoriale dans chaque cas d'espèce. Il apparaît, en effet, que les cas des zones blanches et des zones grises doivent être à nouveau distingués. Le rapport 2006 du CRIP souligne à juste titre que s'il est économiquement viable d'exiger du prestataire le développement d'offres passives dans les zones très denses, il apparaît nécessaire (si l'on veut que les résultats d'exploitation constituent l'origine essentielle des revenus du prestataire) dans les zones les moins denses, que le prestataire puisse proposer des services activés, plus rémunérateurs mais bien évidemment moins propices au développement des concurrents. De la même façon, les asymétries informationnelles qui vont caractériser la relation entre le concédant (le principal) et le concessionnaire (l'agent) peuvent être limitées par le recours à divers dispositifs tels des réunions de pilotage périodiques

⁵⁶ Marty F., (2007), « Aménagements à vocation culturelle et de loisir : le partenariat public-privé est-il une solution ? », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, juin.

avec les différentes parties prenantes et des mesures de séparation comptable des activités du concessionnaire. Les premières mesures pourraient par exemple permettre de réunir le concédant et les acheteurs potentiels de capacités. Ceci permettrait à la fois de ne pas dépendre des seules informations du concessionnaire et de pallier un éventuel risque de capture du concédant par ce dernier. Le second dispositif, l'unbundling comptable, s'inscrit dans la logique des prescriptions classiques des politiques de concurrence appliquées aux infrastructures de réseaux détenues par un opérateur verticalement intégré⁵⁷. Il s'agit de séparer, dans le cadre de la reddition des comptes, les activités s'exerçant dans le cadre de la gestion de l'infrastructure et celles liées à l'offre de prestations aux utilisateurs final. L'objectif est alors d'éviter, autant que faire se peut, le développement de subventions croisées entre activités « monopolistiques » et activités « concurrentielles⁵⁸ ».

Evaluation des montages partenariaux

L'arbitrage entre un recours à un montage concessif ou un montage de partenariat public-privé doit reposer sur deux fondements⁵⁹. Le premier est de nature essentiellement juridique. Il s'agit de la qualification du contrat. Ne peut être qualifié de contrat de délégation de service public, un contrat pour lequel l'essentiel de la rémunération du prestataire ne provient pas de paiements directs des usagers. En d'autres termes, si la part des subventions directement versées par la personne publique dépasse le seuil jurisprudentiel de 70 %, il deviendra impossible de maintenir l'option concessive. La seconde différence est intrinsèquement liée au modèle économique du contrat. Dans le cadre d'une délégation de service public, le concessionnaire exploite le service à

⁵⁷ Les difficultés liés à la réduction de la disputabilité du marché par un opérateur dominant verticalement intégré se retrouvent trait pour trait dans l'avis rendu par le Conseil de la concurrence en décembre 2005 sur le projet de privatisation des autoroutes. La prise de contrôle des Sociétés d'Economie Mixtes Concessionnaires d'Autoroutes (SEMCA) par des groupes de BTP revient pour le Conseil à une intégration verticale entre une entreprise agissant sur un segment concurrentiel avec un segment de réseau en situation de monopole. Le Conseil a donc préconisé que soit mis en place d'une part une séparation nette des activités monopolistiques et concurrentielles afin d'éviter le recours à des subventions croisées, et d'autre part des règles strictes d'attribution des marchés pour prévenir d'éventuelles discriminations en faveur des sociétés membres du même groupe. De la même façon, le Conseil a préconisé la mise en place de mesures préventives pour le contrôle des tarifs pratiqués par les repreneurs des sociétés concessionnaires, eu égard à la situation d'asymétrie informationnelle à laquelle l'administration devra faire face.

Avis du Conseil de la Concurrence n° 05-A-22, en date du 5 décembre 2005, relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier (AMCRA) sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation annoncée des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes.

⁵⁸ Il n'en demeure pas moins que l'expérience accumulée depuis la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, en matière de contrôle des délégations de service public par les chambres régionales des comptes (atteste de la difficulté de mise en œuvre d'un tel contrôle comptable. En effet, l'activité de contrôle a été étendue, par la loi du 8 février 1995, à la comptabilité du concessionnaire. Ce dernier doit produire un compte retraçant l'intégralité des opérations liées à l'exécution du service public. Il apparaît que ce contrôle est trop rarement mis en œuvre par les collectivités territoriales et qu'il est rendu des plus difficiles par l'absence d'un cadre comptable normalisé.

Lamarque D., (2003), « L'apport de la loi pour le contrôle des délégations de service public », *Institut de la Gestion Déléguée, 10^{ème} anniversaire de la loi Sapin*, 5 mars.

⁵⁹ Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), *Les partenariats public-privé*, La Découverte – collection Repères, Paris, 123p.

ses risques et périls. Le risque d'exploitation est donc obligatoirement transféré à ce dernier. Dans un contrat de partenariat, le risque est partagé entre les deux parties (i.e. sous la responsabilité de la partie qui peut le gérer au moindre coût). Ainsi, comme le prévoient les critères édictés par Eurostat en matière de consolidation des contrats de partenariats dans les comptes publics au sens de Maastricht, la partie privée peut être dégagée du risque d'exploitation (du moment où elle prend en charge le risque de construction et le risque de disponibilité)⁶⁰.

Relevons, par ailleurs, que la procédure de dialogue compétitif, applicable de plein droit, ainsi que l'obligation de mettre en œuvre une évaluation économique préalable constituent de puissants leviers en matière de définition de la solution technique la plus à même de satisfaire les besoins collectifs, d'identification des risques liés au contrat et d'aide au pilotage de la relation contractuelle par la personne publique⁶¹.

Les montages partenariaux apparaissent encore comme marginaux vis-à-vis des délégations de service public en matière de construction et d'exploitation des réseaux d'intérêts publics. Seuls deux projets sont recensés par le ministère de l'Economie, respectivement portés par le Conseil Général de Meurthe-et-Moselle et le Conseil Régional d'Auvergne. Dans ce dernier cas, le projet porte sur la résorption des zones blanches⁶². 4 % de la population ne disposait pas encore, fin 2006, d'une connexion à 512 kbit/s. N'ayant pu obtenir une licence Wimax de l'ARCEP en juillet 2006 pour couvrir les zones blanches, la région s'engagea dans des négociations avec l'un des détenteurs afin d'en obtenir une mise à disposition et s'engagea le 12 septembre 2006 dans un projet de contrat de partenariat (l'appel à concurrence fut lancé le 19 janvier 2007). Le contrat, dont une signature serait espérée à la fin de l'année 2007, devrait permettre de couvrir 300 nouvelles communes. Il bénéficierait de soutiens en provenance du FEDER mais aussi de l'Etat (dans le cadre du contrat de plan Etat-Région). L'évaluation économique préalable a conduit le Conseil Régional à écarter l'option de la DSP dans la mesure où celle-ci ne pouvait garantir des flux de revenus d'exploitation suffisants pour le prestataire privé. Dans des zones très peu denses, la faiblesse de ces derniers aurait induit des subventions publiques incompatibles avec la cadre de la concession. Deux solutions contractuelles restaient donc disponibles à savoir un recours aux marchés publics et un contrat de partenariat. La première solution fut rejetée pour deux raisons.

⁶⁰ Marty F. et Voisin A., (2007) « Partenariats public-privé, partage des risques et traitement comptable », *La Lettre des Juristes de Sciences Po*, n° 11, juin, pp. 25- 29.

⁶¹ Braconnier S., (2007), « Le financement des infrastructures par les PPP : L'instauration de nouvelles règles de gouvernance », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, spécial Partenariats Public-Privé, mars-avril, p. 403.

⁶² Souchon R., (2007), « Le recours au contrat de partenariat en vue du déploiement de l'internet HD dans les zones blanches de la région Auvergne », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, spécial Partenariats Public-Privé, mars-avril, pp. 369-370.

Tout d'abord, à l'inverse d'un contrat global, une succession de différents marchés, faisait courir des risques de délais, d'incohérence entre les différents contrats et donc de surcoûts. Ensuite si les valeurs actuelles nettes des flux de paiements attachés aux deux formules contractuelles étaient équivalentes, il apparaissait que l'exposition aux risques du privé était supérieure dans le cas d'un CP. Ce faisant, la supériorité du CP ne venait pas d'une économie de coûts *stricto sensu* mais en fait à une moindre exposition aux risques de surcoûts non anticipés⁶³. Enfin, dans le cadre des critères imposés par le Conseil Constitutionnel pour le recours à ce contrat dérogatoire qu'est le contrat de partenariat, la région Auvergne ne s'est pas appuyée sur le critère de l'urgence (délicat à utiliser et surtout peu adapté à la logique du CP du fait de la durée de la procédure de dialogue compétitif) mais sur celui de la complexité. Trois arguments ont été fournis pour établir cette dernière. Tout d'abord, le projet suppose de combiner plusieurs technologies. Ensuite, celles-ci sont très mouvantes surtout pour ce qui est du choix d'une technologie optimale pour les zones les moins densément peuplées. Enfin, les services du Conseil Régional ne disposaient pas des compétences nécessaires en interne pour définir le mix optimal et les conditions techniques de complémentarités entre les différentes technologies disponibles. L'ensemble de ces considérations a donc conduit la région Auvergne à opter pour un partenariat public-privé pour construire et exploiter un réseau de télécommunications à haut débit ouvert aux différents fournisseurs d'accès.

Notons, ensuite, que la solution partenariale favorise le recours à des montages contractuel reposant sur des sociétés projets, lesquels s'ils ne sont pas exempts de risques, n'en permettent pas moins de réduire le coût financier de l'opération⁶⁴. En effet, l'option partenariale permet une plus grande flexibilité en matière de soutien financier public et peut laisser espérer, ce faisant, un plus fort effet de levier des fonds publics. En outre, l'importance des investissements induits par les projets d'infrastructures à haut débit induit un financement de marché (par exemple par émission d'obligations) plutôt qu'un strict financement bancaire. Si le premier présente le handicap d'une moindre flexibilité que le second, notamment en cas de renégociations⁶⁵, il n'en demeure pas moins qu'il permet de réduire l'asymétrie informationnelle dont bénéficie le prestataire privé. En effet, dans le cadre d'une DSP, la collectivité se situe dans un tête à tête avec le concessionnaire. Le financement de l'opération se faisant sur une base *corporate*, cette dernière

⁶³ Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2005), "The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships", *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

⁶⁴ Christophe J., Marty F. et Voisin A., (2007) « Le financement des contrats de partenariats public-privé », *Contrats Publics – L'actualité de la commande et des contrats publics*, avril, pp. 28-35.

⁶⁵ Marty F. et Voisin A., (2006), « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai, pp.107-120.

ne dispose pas de l'évaluation des risques liés aux contrats que pourraient donner les marchés financiers. En effet, ce qui est évalué c'est le risque global de l'entreprise délégataire, lequel *pool* de nombreux contrats. A l'inverse, dans le cadre d'un contrat de partenariat, nous rentrons dans une logique de financement de projet. Si de la dette est émise sur les marchés financiers, le profil de risque de l'opération sera notamment évalué par les agences de notations financières. Cette notation et la prime de risque qu'exigeront les investisseurs constitueront de précieuses informations pour la collectivité publique quant à l'équilibre économique du contrat⁶⁶.

L'option partenariale, qui avait été omise dans la circulaire d'application interministérielle du 24 janvier 2005 relative au contrôle de légalité en matière d'aménagement numérique des territoires⁶⁷, constitue donc une alternative à considérer en matière de réseaux d'intérêt public. Comme l'indique le ministère de l'économie et des finances, « le recours au contrat de partenariat trouve une justification particulière dans l'hypothèse où la rentabilité d'un investissement ne peut être atteinte sans subvention publique [...] Si l'équilibre contractuel ne peut être réalisé qu'au prix d'une rémunération publique dans une proportion ne permettant pas plus de recourir à une délégation de service public, la formule du contrat de partenariat pourrait alors apparaître comme une solution appropriée après que l'ensemble des conséquences du choix de cette formule contractuelle, notamment au regard des risques supportés par la personne publique, a été dûment appréciée ». Le partenariat public-privé peut donc être utilisé pour le déploiement de RIP visant à renforcer la concurrence. Il n'en demeure pas moins que le bilan concurrentiel à long terme de celle-ci ne saurait être considéré univoquement positif. Cependant, les risques associés au partenariat sont alors strictement équivalents à ceux induits par une délégation de service public. En effet, la situation à l'issue de la période contractuelle constitue l'un des enjeux majeurs des contrats de partenariat. Si lors de la première mise en concurrence, il est possible d'espérer que la *concurrence pour le marché*⁶⁸ permette d'obtenir un contrat efficient, la situation peut sensiblement différer à l'issue de ce dernier. Tout d'abord, la solution d'une réversibilité (c'est-à-dire d'un retour à une exploitation en régie) peut s'avérer extrêmement coûteuse si la collectivité publique n'a pas prévu de reprendre les actifs et n'a pas conservé en interne les capacités humaines et techniques adéquates. Ensuite, la transférabilité à un nouveau prestataire peut induire plusieurs difficultés. Tout d'abord, la spécificité des actifs et l'avantage informationnel acquis par l'entreprise titulaire du marché peuvent réduire sensiblement l'intensité de la lutte concurrentielle

⁶⁶ du Marais B., (2007), « La genèse des contrats de partenariat du point de vue des innovations apportées par l'ordonnance du 17 juin 2004 », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, mars-avril, pp. 199-204.

⁶⁷ Réponse du ministère en charge de l'économie, des finances et de l'industrie (Journal Officiel du Sénat – 10 août 2006) à une question écrite (n° 23 287) de J. Puech, Sénateur de l'Aveyron, (Journal Officiel du Sénat- 25 juin 2006).

⁶⁸ Demsetz H., (1968), “why Regulate Utilities?”, *Journal of Law and Economics*, volume 11, pp. 55-66.

lors de la remise en concurrence⁶⁹. Ensuite, si la structure de marché est très concentrée, il est à craindre que le compétiteur écarté en première période ne sorte du marché ou que des barrières à l'entrée (notamment techniques) n'empêchent l'entrée de nouvelles firmes. Se pose donc la question de la *contestabilité* du marché à l'issue de la période contractuelle. Or cette dernière est indispensable pour garantir l'efficacité du processus de mise en concurrence. Notons ainsi qu'en France, dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, seulement 10 % des concessions remises en concurrence se traduisent par un changement de prestataire⁷⁰.

Conclusion

Il apparaît donc que la situation est relativement contrastée en matière de déploiement et d'exploitation de réseaux de télécommunications à haut et très haut débit selon qu'il s'agisse d'une zone blanche ou d'une zone grise. Si dans la première situation, l'objectif est de pallier une défaillance de marché, dans la seconde il s'agit promouvoir activement la contestabilité d'un marché dominé par un opérateur détenteur d'une infrastructure essentielle. La situation vis-à-vis des règles de concurrence européenne est logiquement très différente. Si la qualification de SIEG est envisageable dans les zones blanches, la situation pour les zones grises n'est pas encore tranchée. Un risque juridique existe donc pour la collectivité. Au-delà de cette dimension, la forme contractuelle que peut revêtir l'action publique locale doit aussi être questionnée. Si l'enchaînement de marchés publics semble être une option dominée, l'arbitrage entre délégation de service public et contrat de partenariat est pour le moins difficile. En dehors de la sécurité liée à l'expérience accumulée par les collectivités pour la première, il est possible de considérer qu'elle est adaptée aux zones les plus denses pour lesquelles le prestataire pourra tirer des revenus suffisants de sa seule exploitation. A l'inverse, dès lors que l'on se situe dans des territoires moins denses, le besoin de subventions publiques peut faire pencher la balance vers le contrat de partenariat. Il en va de même pour des zones grises dans lesquelles, la personne publique voudrait contraindre son prestataire privé à ne vendre que des offres de gros passives (éventuellement sans fournitures de services aux consommateurs finaux pour éviter les errements liés à l'intégration verticale). Si de telles exigences vont dans le sens d'un renforcement de la concurrence sur le

⁶⁹ Saussier S., (2004), "Public-Private Partnerships for Local Natural Monopolies: What Contractual Choices for What Performances", colloque *Public-Private Partnerships: Theoretical Issues and Empirical Analysis*, Conseil d'État, Paris, octobre.

⁷⁰ Guérin-Schneider L., Breuil L. et Bonnet F., (2003), « Dix ans de loi Sapin : évolutions et perspectives du modèle de délégation à la française », *Responsabilité et Environnement*, volume 31, pp.44-57.

marché, le fait de cantonner le prestataire à des offres à faible valeur ajoutée va augmenter d'autant son besoin de subventions.

Le tableau *infra* reproduit la balance entre les avantages et les risques du contrat de partenariat en matière de réseaux d'intérêt public.

Balance avantages / risques du contrat de partenariat en matière de réseaux d'intérêt public	
<u>Sécurité juridique quant à la répartition des flux de ressources</u> venant des usagers ou de la personne publique → A ce titre, il est plus adapté que la DSP pour les réseaux les moins denses (zones blanches) mais peut aussi se révéler pertinent dans les zones grises pour lesquelles la personne publique exigerait de son prestataire de faire des offres principalement inactives, plus favorables au développement de la concurrence mais moins rémunératrice.	<u>Risques économiques liés aux contrats de long terme</u> <ul style="list-style-type: none"> • Soutenabilité des flux de paiements • Renégociations (risque de hold-up de la part d'un prestataire libéré de toute pression concurrentielle face à une collectivité garante de la continuité du service public)⁷¹
<u>Montages financiers utilisant les techniques de financement de projets</u> → réduction du coût du financement et réduction de l'asymétrie d'information	<u>Risques liés à la structure de financement</u> (fort ratio d'endettement, existence éventuelle de garanties publiques)
<u>Codécision public / privé</u> tant en matière de conception que d'exploitation du service ⁷²	<u>Risques de nature concurrentielle</u> <ul style="list-style-type: none"> • Crédibilité de la reprise de l'activité en régie (réversibilité) • Position de force du prestataire en place pour le renouvellement du contrat (transférabilité).
<u>Gains liés à la procédure de dialogue compétitif</u> → adaptée aux prestations complexes	<u>Incertitudes comptables et budgétaires</u>

⁷¹ Guasch J.L., Laffont J.-J. and Straub S., (2003), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", Working Paper, University of Edinburgh.

⁷² Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? », *La Lettre du Management Public*, n° 45, mai-juin.

Une dernière difficulté (en grande partie commune aux contrats de partenariats et aux délégations) tient à la question de l'adaptabilité (ou de mutabilité) du service rendu à l'utilisateur final. Le contrat doit prévoir des clauses de rendez-vous pour faire évoluer les prestations en fonction des besoins (par exemple, en matière de haut débit, nous avons assisté à un passage en quelques années d'une référence à 512 kbit/s à un seuil minima de 2 Mbit/s). Deux risques sont alors présents. En l'absence de révision des prestations, il s'agit d'un risque de *commodification* du service public⁷³. Le service rendu à l'utilisateur resterait pendant toute la durée du contrat bloqué sur un standard déjà minimal lors de la signature du contrat et de plus en plus obsolète. Si des clauses de rendez-vous sont prévues pour faire évoluer les prestations en fonction des progrès technique, ce qui est le cas de la plupart des PFI britanniques (maintenir un service « au goût du jour »), il existe quand même un risque de hold-up de la part du prestataire, du fait de la disparition de toute pression concurrentielle. De telles situations seront d'autant plus fréquentes et difficiles à gérer que l'évolution technologique ne se fait pas de façon incrémentale et que de nombreuses ruptures viennent bouleverser la donne. Or, dans les domaines en question, un tel risque ne saurait être tenu pour théorique...

Références bibliographiques

Armstrong M. et Vickers J., (1995), « Competition and Regulation in Telecommunications », in Bishop M. et al. *The Regulatory Challenge*, Oxford University Press, Oxford, pp. 283-308.

Baumol W. et Sidak J.G., (1994), "The Pricing of Inputs Sold to Competitors", *Yale Journal of Regulation*, vol.11, pp.171-201.

Baumol W., Panzar J. et Willig R., (1982), *Contestable Markets and the Theory of Market Structure*, Harcourt, New York.

Benassy-Quéré A., Gopalraja N. and Trannoy A., (2005), "Tax Competition and Public Input", Working Paper CEPII n° 2005-08, June, 37p.

⁷³ Froud J. (2003), "The private finance initiative: risk, uncertainty and the State", *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28, p. 582 et suivantes.

Bennett J. et Iossa E., (2005), “Building and Managing Facilities for Public Services”, *Centre for Market and Public Organisations Working Paper Series*, n° 05-137, Université de Bristol, décembre.

Bentz A., Grout P. et Halonen M.L. (2004), « What should government buy from the private sector – assets or services? », colloque *Public-Private Partnerships: Theoretical Issues and Empirical Analysis*, Conseil d’État, Paris, octobre.

Bourgeois L, (1896), *Solidarité*, Colin, Paris (réédition Presses du Septentrion, 1998).

Braconnier S., (2004), « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, n° 36, septembre, pp. 340-347.

Braconnier S., (2007), « Le financement des infrastructures par les PPP : L’instauration de nouvelles règles de gouvernance », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, spécial Partenariats Public-Privé, mars-avril, p. 403.

Choné P., (2006), « L’articulation entre les politiques de concurrence et régulation sectorielle », *in* Encaoua D. et Guesnerie R., (2006), *Politiques de concurrence*, Rapport du Conseil d’Analyse Economique, juillet.

Conseil Général des Impôts, (2004), *La concurrence fiscale et l’entreprise*, 22^{ème} rapport, septembre.

Christophe J., Marty F. et Voisin A., (2007) « Le financement des contrats de partenariats public-privé », *Contrats Publics – L’actualité de la commande et des contrats publics*, avril, pp. 28-35.

Demsetz H., (1968), “why Regulate Utilities?”, *Journal of Law and Economics*, volume 11, pp. 55-66.

du Marais B., (2007), « La genèse des contrats de partenariat du point de vue des innovations apportées par l’ordonnance du 17 juin 2004 », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, mars-avril, pp. 199-204.

Froud J. (2003), “The private finance initiative: risk, uncertainty and the State”, *Accounting, Organizations and Society*, vol. 28, p. 582 et suivantes.

Glais M., (1998), « Infrastructures essentielles et autres ressources essentielles au regard du Droit de la Concurrence », *Revue d'Economie Industrielle*, n° 85, pp.85-116.

Guasch J.L., Laffont J.-J. and Straub S., (2003), “Renegotiation of Concession Contracts in Latin America”, Working Paper, University of Edinburgh.

Guérin-Schneider L., Breuil L. et Bonnet F., (2003), « Dix ans de loi Sapin : évolutions et perspectives du modèle de délégation à la française », *Responsabilité et Environnement*, volume 31, pp.44-57.

Hart O. (2003), « Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships », *The Economic Journal*, vol. 113, mars, p. C69-C76.

Kirat T., (1998), *Economie du Droit*, La Découverte – collection Repères, Paris, 123p.

Kirat T. et Marty F., (2007), *Economie du Droit et de la Réglementation*, Gualino, Mémento LMD, Paris, 183p., mai.

Laffont J.-J. and Tirole J., (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge Ma.

Laffont J.J. and Tirole J., (1996), « Creating Competition through Interconnection – Theory and Practice », *Journal of Regulatory Economics*, n° 10, pp.614-641.

Lamarque D., (2003), « L’apport de la loi pour le contrôle des délégations de service public », *Institut de la Gestion Délégée, 10^{ème} anniversaire de la loi Sapin*, 5 mars.

Lévêque F., (1998), *Economie de la réglementation*, La Découverte – Repères, Paris.

Lowe P., Pucinskaite I., Webster W. and Lindberg P., (2007), “Effective Unbundling of Energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry”, *Competition Policy Newsletter*, number 1-Spring, pp. 23-34.

Lucas de Leyssac C., (2006), « A propos des situations non fautives de non compétition », *Concurrences*, n° 4-2006, pp.1-3.

Madiès T., (2003), « Les politiques publiques peuvent-elles influencer sur la localisation des entreprises multinationales », Commentaire, *Economie et Statistique*, n° 363, pp. 121-127.

Marty F., (2005), « Politiques d'attractivité des territoires et règles européennes de concurrence : Le cas des aides versées par les aéroports aux compagnies aériennes », *La Revue de l'OFCE*, n° 94, Juillet, pp. 97- 125.

Marty F., (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp.85-120.

Marty F., (2007), « Aménagements à vocation culturelle et de loisir : le partenariat public-privé est-il une solution ? », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, juin.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2003), « Les partenariats public-privé : Démission ou retour de la Puissance Publique ? », *La Lettre du Management Public*, n° 45, mai-juin.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2005), “The Financial Determinants of Government Commitment in Public-Private Partnerships” , *International Journal of Public Policy*, volume 1, n° 1-2, pp. 41-57.

Marty F., Trosa S. et Voisin A., (2006), *Les partenariats public-privé*, La Découverte – collection Repères, Paris, 123p.

Marty F. et Voisin A., (2006), « L'évolution des montages financiers des PFI britanniques : La montée des risques », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai, pp.107-120.

Marty F. et Voisin A., (2006), « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *Private Finance Initiative* à la française ? Le périmètre du recours aux contrats de partenariats à l'aune de l'expérience britannique », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XX, n° 2 -2006, pp. 131-150.

Marty F. et Voisin A., (2007) « Partenariats public-privé, partage des risques et traitement comptable », *La Lettre des Juristes de Sciences Po*, n° 11, juin, pp. 25- 29.

Modica J.-Y., (2006), « Les initiatives publiques du haut et du très haut débit », Séminaire AVICCA-CRIP, octobre.

Pillot J., (2007), *Insécurité juridique, propriété intellectuelle et incitation à l'innovation : Le cas du management digital des droits (DRM) en économie de la concurrence*, mémoire de Master 2 Recherche – Economie de l'Innovation et Dynamique Industrielle, Université de Nice Sophia-Antipolis, juin.

Saussier S., (2004), “Public-Private Partnerships for Local Natural Monopolies: What Contractual Choices for What Performances”, colloque *Public-Private Partnerships: Theoretical Issues and Empirical Analysis*, Conseil d'État, Paris, octobre.

Smith A., (1776), *La Richesse des Nations*, (traduction française Gallimard 1991, 2 volumes).

Souchon R., (2007), « Le recours au contrat de partenariat en vue du déploiement de l'internet HD dans les zones blanches de la région Auvergne », *La Revue du Trésor*, volume 87, n° 3-4, spécial Partenariats Public-Privé, mars-avril, pp. 369-370.

Trebilcock M. (1995), “Can government be reinvented?”, in Boston J. (dir.), *The State under Contract*, Bridget Williams Books, Wellington.

Williamson O., (1977), “Predatory Practices: A Strategic and Welfare Analysis”, *Yale Law Journal*, 87, December, pp. 284-340.

Table des matières

Introduction	1
I – Déterminants et modalités de l'intervention des collectivités territoriales dans les réseaux d'intérêt public en matière de haut et de très haut débit	4
I – 1 Justifications économiques de l'action publique.....	4
a) <i>Logique économique dans les zones blanches : Une analyse en termes de défaillance de marché</i>	4
b) <i>Logique économique dans les zones grises : une logique de réglementation des industries de réseaux et de promotion d'une concurrence « active »</i>	7
I – 2 Les modalités de l'intervention publique	12

<i>a) Progrès technique et renforcement des possibilités d'intervention : la boucle locale radio</i>	12
<i>b) Les autres canaux d'une intervention visant à résorber les zones blanches ou à promouvoir la concurrence</i>	15
II – Dimensions critiques aux points de vue juridiques et économiques.....	16
II – 1 Des interventions publiques visant à construire la concurrence : pertinence économique et encadrement juridique	16
<i>a) La situation des interventions publiques dans les zones grises face aux règles européennes de concurrence</i>	16
<i>b) Discussion sur les politiques publiques de promotion de la concurrence.....</i>	19
II - 2 Quelles modalités pour l'intervention publique locale ?	22
<i>a) Analyse juridique des conditions de recours aux marchés, délégations ou PPP</i>	22
<i>b) Les arbitrages économiques</i>	26
Conclusion.....	34
Références bibliographiques	36
Table des matières	40