

## Étude des caractéristiques de l' "*indefeasible right of use*"

Étude commandée par l'ARCEP  
et  
réalisée par le cabinet Baker et McKenzie

## AVERTISSEMENT

L'Autorité a commandé la présente étude au cabinet Baker&McKenzie afin d'être éclairée sur les caractéristiques de l'IRU (*Indefeasible Right of Use*).

Dans un souci de transparence et d'information ouverte, elle a décidé de rendre publique cette étude, qui est sa propriété.

La méthodologie utilisée et les résultats obtenus sont de la seule responsabilité du cabinet Baker&McKenzie et n'engagent pas l'Autorité.

Si toutefois les parties intéressées ont des observations à formuler, elles sont invitées à faire part de leurs commentaires à l'ARCEP.

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CONTRAT D'IRU .....	6
<b>1. Les contrats d'IRU en droit américain.....</b>	<b>6</b>
1.1 Origines du contrat d'IRU .....	6
1.2 Les caractéristiques générales du contrat d'IRU en droit américain.....	7
1.2.1 L'IRU confère à son titulaire un droit d'usage .....	8
1.2.2 Le droit d'usage conféré au bénéficiaire est un droit exclusif et irrévocable.....	8
1.2.3 Le contrat d'IRU s'accompagne de prestations de services accessoires non détachables ou rarement détachables du droit principal concédé.....	9
1.2.4 Le contrat d'IRU comporte des modalités de paiement du prix qui ont une influence essentielle sur la qualification juridique, comptable et fiscale de l'opération .....	9
1.3 Un contrat hybride à la qualification juridique incertaine.....	10
<b>2. Caractéristiques du contrat d'IRU en droit français.....</b>	<b>13</b>
2.1 Analyse comparée du contrat d'IRU en droit français.....	13
2.1.1 IRU et contrat de vente .....	14
2.1.2 IRU et contrat de louage d'ouvrage .....	19
2.1.3 IRU et contrat de bail.....	21
2.2 L'accueil par les juridictions nationales .....	25
2.3 Un contrat <i>sui generis</i> .....	26
2.3.1 Conséquences du caractère <i>sui generis</i> de l'IRU.....	26
2.3.2 La nature du droit concédé par le contrat d'IRU .....	27
<b>3. L'utilisation de l'IRU et des autres droits dans le déploiement et l'exploitation des réseaux FTTH.....</b>	<b>30</b>
3.1 Le cadre réglementaire et les objectifs poursuivis .....	30
3.1.1 Rappel du cadre réglementaire en vigueur.....	30
3.1.2 Les objectifs poursuivis par les opérateurs .....	31
3.2 La capacité de l'IRU et des autres droits à remplir les objectifs poursuivis .....	32
3.2.1 La copropriété.....	32
3.2.2 L'usufruit.....	34
3.2.3 Le contrat d'IRU.....	35
3.2.4 Le droit de jouissance spéciale.....	38
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>39</b>

Nous avons le plaisir de remettre à l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ci-après l'« ARCEP ») l'étude des caractéristiques de « l'Indefeasible Right of Use » (ci-après « IRU »).

L'ARCEP a demandé au cabinet Baker & McKenzie de mener une étude du régime juridique de l'IRU en droit français afin d'évaluer les conditions dans lesquelles ce contrat, issu de la pratique, pourrait constituer un moyen juridique adapté pour répondre à la problématique du co-investissement des opérateurs dans le câblage en fibre optique des immeubles et de la partie terminale des réseaux à très haut débit.

Le développement des accès à très haut débit chez l'abonné ou dans les immeubles fait partie des priorités majeures du plan « *France Numérique 2012* » du gouvernement. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a fourni des moyens juridiques pour faciliter ce déploiement: obligation de cartographie des réseaux, obligation de « *fibrer* » les immeubles neufs et principe de mutualisation du câblage vertical à l'intérieur des immeubles.

La loi du 19 décembre 2009 a donné à l'ARCEP un pouvoir d'intervention pour préciser les modalités d'accès mutualisé à la fibre en vue d'assurer la cohérence du déploiement des réseaux et une couverture homogène du territoire.

Dans sa décision n° 2009/1106 du 22 décembre 2009, l'ARCEP a complété ce dispositif en précisant les modalités d'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique. La décision de l'ARCEP envisage les modalités d'un partage ab initio du financement de l'accès très haut débit ainsi que, postérieurement à l'installation des lignes, des moyens de satisfaire les demandes d'accès, via des offres actives ou passives, qui seraient proposées par l'opérateur d'immeuble aux opérateurs tiers.

L'ARCEP a par ailleurs lancé le 11 juin 2010 une Consultation publique sur son projet de décision relatif aux modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques en dehors des zones très denses. Elle a publié une première synthèse des résultats de cette consultation le 8 septembre 2010. Le recours à des offres de co-investissement permettant aux opérateurs tiers de participer au financement du réseau ab initio, ou a posteriori, en contrepartie d'un droit d'usage de long terme fait partie des solutions envisagées.

Dans ces schémas de co-investissement la contre-partie de la participation de l'opérateur tiers au financement pourrait prendre la forme d'une mise à disposition de très longue durée d'une fibre optique dédiée ou partagée par l'opérateur d'immeuble à l'opérateur tiers.

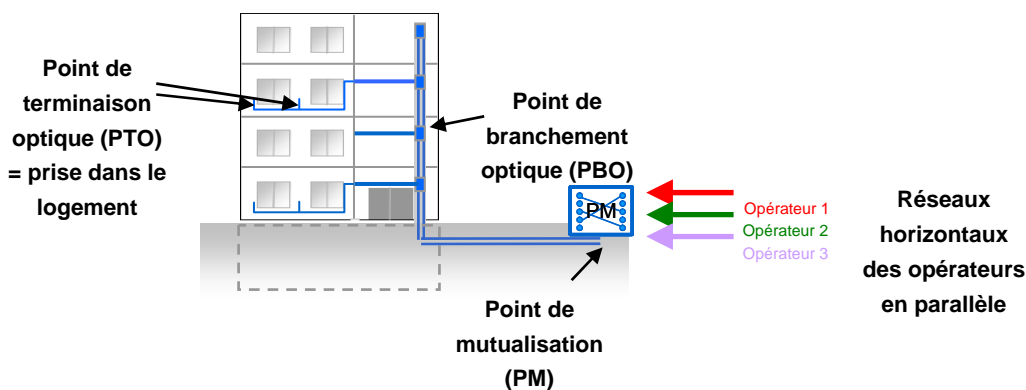
Dans ce cadre, l'ARCEP a souhaité évaluer quel serait le régime juridique le mieux adapté pour organiser un partage de l'usage du câble vertical intra-immeuble. La technique contractuelle utilisée devrait être suffisamment souple pour permettre aux opérateurs tiers de construire des offres différenciées garantissant une concurrence effective mais suffisamment pérenne pour répondre aux impératifs de sécurité juridique liés à des investissements financiers très importants.

Cette étude est consacrée dans une première partie à l'évolution historique et l'analyse du régime juridique de l'IRU en droit américain (I), une seconde partie traite des différentes caractéristiques de l'IRU en droit français des biens et à l'accueil fait à ce contrat par la pratique juridique et les cours et tribunaux français (II). Enfin dans une troisième partie, nous abordons les avantages et inconvénients du recours à l'IRU dans le cadre du co-investissement dans les réseaux FTTH et de la concession par les opérateurs de droit d'usage sur la fibre optique déployée pour l'installation des réseaux très haut débit dans les immeubles (III).

L'IRU est un contrat conférant à son détenteur un droit permanent, irrévocable et exclusif d'usage de longue durée. En ce sens, l'IRU pourrait répondre aux besoins des opérateurs en assurant à la fois la stabilité du montage contractuel recherché et la possibilité de retenir des modèles de comptabilisation adaptés au financement d'actifs ayant une longue durée d'utilisation. Pour le confirmer, cette étude a pour objectif d'analyser les caractéristiques juridiques des contrats d'IRU dans les montages envisagés par les opérateurs afin de s'assurer de la robustesse du régime pour une utilisation à grande échelle dans le cadre de la mutualisation de la desserte en fibre optique des immeubles.

Les contrats d'IRU sont très largement utilisés par les acteurs de l'industrie des télécommunications. Ces contrats sont issus de la pratique anglo-saxonne et ont été conçus à l'origine en 1964 pour faire face à la pénurie de capacités de transmission transatlantique sous l'égide de la Federal Communications Commission (« FCC ») et plus tard comme un moyen privilégié de préfinancement et de commercialisation des systèmes de câbles sous-marins, des câbles domestiques, puis de fibres optiques.

Le contexte d'utilisation de l'IRU envisagé dans le cadre du déploiement des réseaux très haut débit est différent puisqu'il s'appliquerait non pas aux segments concentrés d'un réseau dorsal de transmission comme cela fut le cas historiquement pour les IRU, mais à une multitude de câbles verticaux implantés dans des immeubles ayant des propriétaires, des statuts et des modes de gestion différents.



Source ARCEP 2010

Conformément aux souhaits de l'ARCEP, l'étude de Baker & McKenzie porte sur l'ensemble du câblage. Cet ensemble est constitué :

- d'une part du raccordement palier composé d'un câble d'une ou plusieurs fibres optiques installées entre le point de branchement optique (PBO) et le point de terminaison optique (PTO) inclus ;
- d'autre part du point de mutualisation et de la colonne montante composés d'un point de mutualisation (PM), d'un ou plusieurs câbles de fibres optiques raccordant un point de mutualisation (PM) aux points de branchement optiques (PBO) associés.

# **PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CONTRAT D'IRU**

## **1. Les contrats d'IRU en droit américain**

### **1.1 Origines du contrat d'IRU**

Le contrat d'IRU (« Indefeasible Rights of Use ») est une création de la pratique apparue en droit américain et conçue à l'origine comme un moyen privilégié de commercialisation de capacités sur des systèmes de câbles sous-marins et de préfinancement de câbles, de fibres ou de capacités de transmission terrestre.

Pour de nombreux auteurs américains<sup>1</sup>, l'une des premières références à l'utilisation d'un IRU a été faite en 1964 dans la décision « TAT-4" de la FCC », autorisant la construction d'un câble sous-marin transatlantique<sup>2</sup>. Avant la décision TAT-4, les concurrents des propriétaires des câbles sous-marins, devaient louer à des conditions très onéreuses des circuits auprès des propriétaires des câbles pour fournir des services de transmission de voix ou de données à leurs clients. Dans sa décision, la FCC avait considéré que la concession d'IRU faciliterait l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs et renforcerait la concurrence, servant ainsi l'intérêt général. L'apport décisif de l'IRU pour ces opérateurs nouveaux entrants était l'évolution d'une condition de loueur de capacité pour accéder à la qualité de détenteurs de « *property rights* ». Ce point était essentiel dans la mesure où il permettait aux opérateurs, titulaires d'IRU, d'intégrer dans leurs comptes, non pas le versement de loyers périodiques, mais un bilan amélioré contenant à l'actif, un droit quasi-réel sur l'IRU, amortissable comme un actif de long terme. Le système avait en outre l'avantage d'apporter aux titulaires de l'IRU la disponibilité à long terme de circuits ou de capacités de transmission à un prix fixe, déterminé à l'avance et la possibilité de capitaliser et d'amortir cet actif sur des durées longues (de l'ordre de 20 ans pour les IRU de câbles sous-marins). L'IRU a très vite connu un grand succès auprès des opérateurs et fournisseurs de capacités et s'est vite étendu à la concession de droits d'usage de long terme de circuits terrestres entre opérateurs domestiques aux États Unis.

Lors de son apparition, l'IRU était utilisé par les opérateurs membres de consortiums de construction et de maintenance de câbles sous-marins pour commercialiser des capacités de transmission à des opérateurs qui n'étaient pas partie à l'accord de construction initial (Construction and Maintenance Agreement - C&MA) et n'étaient pas propriétaires d'une part indivise des capacités du câble en tant que membres de la copropriété des investisseurs initiaux.

Dans ces accords de consortium de câbles sous-marins, les opérateurs investisseurs, le plus souvent des opérateurs historiques, détenaient chacun une part de la capacité du câble, proportionnelle à leur investissement. Chaque opérateur investissait une quote-part de propriété correspondant à ses besoins estimés sur la durée de vie du câble. Une partie de la capacité totale du câble était en général mise en réserve pour faire l'objet d'une affectation ultérieure ou pour être commercialisée à des opérateurs à l'extérieur de la communauté des investisseurs initiaux. Cette capacité de réserve était commercialisée sous forme d'IRU.

---

<sup>1</sup> Michael J. Lichtenstein & Charles A. Rohe : The treatment of IRUs in Bankruptcy Proceedings, J. Bankruptcy Law & Practice (Nov/Dec. 2001), updated in Charles A. Rohe and Richard H. Agins : « Indefeasible rights of use in a revived telecommunications industry : revisiting the treatment of IRUs in bankruptcy proceedings » Norton Annual Survey of Bankruptcy Law

<sup>2</sup> American Tel. & Tel. Co., 37 F.C.C. 1151, 1161 (1964)

Les détenteurs d'IRU disposaient de droits et obligations similaires aux copropriétaires du système, à l'exception, notable, des droits de propriétaire et des droits de vote dans les différents comités de gouvernance et d'exploitation du câble. Ils n'avaient pas non plus la capacité d'agir en tant que « Principal » (membre propriétaire) dans le cadre des plaintes et actions pouvant être engagées par ou contre les propriétaires du câble.

Ce mode de commercialisation a été par la suite étendu à différents éléments d'infrastructure de réseau de télécommunications allant de simples fourreaux ou conduites (IRU of ducts), à des fibres optiques noires ou activées (IRU of dark fibers or lit fibers) jusqu'à des IRU portant sur des capacités de transmission (Wave IRUs) qui concèdent à leur titulaire le droit d'usage de certaines longueurs d'onde dans une fibre activée ou une capacité de bande passante entre deux points d'un réseau.

Le concept d'IRU recouvre des réalités différentes en fonction du type d'infrastructure ou de capacité sur laquelle porte le droit concédé. Plus le bien sur lequel porte l'IRU est dématérialisé, plus la question de l'existence d'un « individual ownership interest » susceptible de constituer un actif individualisé, amortissable et opposable, pourra soulever le débat.

Sur le territoire français, les contrats d'IRU se sont fortement développés dans les années 2000 avec l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence et le déploiement de réseaux longue distance alternatifs à celui de France Telecom.

## **1.2 Les caractéristiques générales du contrat d'IRU en droit américain**

Qu'est-ce qu'un IRU en droit américain ?

L'IRU est un droit créé par contrat qui confère à son détenteur un droit permanent, irrévocable et exclusif d'usage de longue durée de tout ou partie d'une infrastructure de télécommunications. L'IRU est en général concédé pour la durée de vie du bien sur lequel il porte, soit entre 15 et 25 ans, s'agissant des câbles terrestres ou sous-marins. Il donne lieu le plus souvent à un paiement unique du droit d'usage lors de la mise à disposition du bien.

L'IRU est :

- un droit d'usage : l'IRU confère le droit d'utiliser la chose, d'en percevoir les fruits, mais ne confère pas à son titulaire le droit d'aliéner.
- un droit exclusif : le titulaire de l'IRU est le seul à pouvoir utiliser le bien, il peut s'opposer à toute exploitation du bien concédé par un tiers, même par son propriétaire qui renonce à toute exploitation directe du bien concédé.
- un droit permanent : le droit concédé est permanent et s'exerce aux risques et périls du titulaire. Il ne peut être suspendu du fait du propriétaire (la plupart des contrats d'IRU stipulent que l'IRU est concédé aux risques et périls du concessionnaire, celui-ci devant souffrir toutes les avaries, pannes et indisponibilités auxquelles le bien peut être exposé sans pouvoir prétendre à une réduction du prix payé pour l'exercice du droit d'usage). Le transfert des risques au concessionnaire de l'IRU est une des caractéristiques majeures de ce contrat qui lui donne son originalité. Le contrat n'opère aucun transfert de la propriété du câble ou de la fibre mais transfère sur la tête du concessionnaire l'ensemble des risques pouvant les affecter.

- un droit irrévocable : Le droit concédé est irrévocable et ne peut être rapporté ou le contrat résilié par le propriétaire-concédant, sauf dans des hypothèses extrêmement limitées.
- un droit consenti pour une longue durée : le droit est en général consenti pour la durée de vie exploitable du bien.

De part ses caractéristiques, l'IRU emprunte son régime à différents contrats, c'est un contrat hybride.

### 1.2.1 L'IRU confère à son titulaire un droit d'usage

L'IRU se définit au sens strict comme une concession de droit d'usage matérialisée dans un contrat entre une partie concédante (le « *grantor* ») et un bénéficiaire (le « *grantee* »).<sup>3</sup> Le bénéficiaire se voit conférer un droit d'usage exclusif sur des éléments d'infrastructure de réseau ou sur des capacités de transmission concédées sur ledit réseau pendant un laps de temps défini<sup>4</sup>. Le contrat n'opère aucun transfert de propriété, le concédant conservant la qualité et les droits du propriétaire (« *The granting of such IRU does not convey title or legal ownership of any fibers or equipment* »). Le corollaire à cette absence de transfert des attributs de la propriété est l'interdiction faite au bénéficiaire de l'IRU d'aliéner le bien dont l'usage est concédé.

Cependant, si le bénéficiaire a l'interdiction d'aliéner le bien, le contrat d'IRU lui laisse en général une liberté large de sous-louer ou d'accorder à d'autres une sous-concession du droit d'usage sur tout ou partie du bien. Cette capacité de sous-concéder le droit d'usage est parfois appelée, par un abus de langage, « *revente* » d'IRU.

### 1.2.2 Le droit d'usage conféré au bénéficiaire est un droit exclusif et irrévocable

Le droit d'usage concédé au bénéficiaire de l'IRU est exclusif, irrévocable et pérenne ce qui apparente l'opération pour le bénéficiaire à un investissement d'actifs. En effet, le contrat garantit au bénéficiaire un usage exclusif de l'infrastructure ou de la capacité mise à disposition, le concédant renonçant à son exploitation. En outre, cette concession du droit d'usage est irrévocable. Il ne peut y être porté atteinte que dans des cas exceptionnels liés soit à une faute du concessionnaire (non paiement des charges annuelles) soit à l'impossibilité d'utiliser le bien concédé du fait du propriétaire. Enfin le contrat d'IRU est un contrat de très longue durée. Son terme correspond en principe à la durée de vie économique effective des équipements et infrastructures concernés (e.g. durée moyenne de la vie d'un câble, soit 20 ans ou 12 à 15 ans pour les câbles sous-marins).

---

<sup>3</sup> *Indefeasible rights of use in a revived telecommunications industry : revisiting the treatment of IRUs in bankruptcy proceedings*, Charles A. Rohe et Richard H. Agins [This article updates the observations of Michael J. Lichtenstein & Charles A. Rohe in *The Treatment of IRUs in Bankruptcy Proceedings*, J. Bankr. L. & Prac., (Nov./Dec. 2001)].

<sup>4</sup> Extrait d'un contrat d'IRU de capacité d'AT&T – Définition de l'IRU : « *Indefeasible Right to Use* » or « *IRU* » shall mean the exclusive, unrestricted, and indefeasible right to use the relevant Capacity for any legal purpose. The granting of such IRU does not convey title or legal ownership of any fibers or equipment on the AT&T Network. Notwithstanding the occurrence of a breach by the receiving party of any legal duty or obligation imposed by any contract, by the law of torts (including simple or gross negligence, strict liability or willful misconduct), or by federal or state laws, rules, regulations, orders, standards or ordinances, during the Term, the granting party shall have no right to revoke or restrict in any manner or to any degree whatsoever, through injunctive relief or otherwise, the use of the IRU granted to the receiving party. The parties mutually understand and agree that any such breach shall be compensable, if at all, by a remedy at law and not at equity ».



### **1.2.3 Le contrat d'IRU s'accompagne de prestations de services accessoires non détachables ou rarement détachables du droit principal concédé**

Le contrat d'IRU comprend généralement en plus de la concession du droit d'usage, des prestations de services accessoires exécutées par le concédant ou en son nom et pour son compte par un tiers. Ces prestations portent essentiellement sur la maintenance préventive, le maintien en condition opérationnelle du câble et la maintenance curative en cas de pannes ou défaillances. Ces prestations de maintenance sont le plus souvent payées annuellement par le bénéficiaire. En outre, les droits de passage, les loyers et redevances d'occupation, les redevances liées aux servitudes ou aux permissions de voirie nécessaires au parcours du câble lorsqu'il emprunte le domaine public routier ou non routier ainsi que les propriétés privées sont acquittés par le concédant qui en assure la gestion et sont refacturés au bénéficiaire de l'IRU à due proportion des capacités ou du nombre de fourreaux ou de fibres qui lui sont concédés au travers de l'IRU.

### **1.2.4 Le contrat d'IRU comporte des modalités de paiement du prix qui ont une influence essentielle sur la qualification juridique, comptable et fiscale de l'opération**

Une des spécificités du contrat d'IRU réside dans son mode de paiement : celui-ci se fait en général de façon intégrale au début de la relation contractuelle dès la concession initiale du droit d'usage ou l'entrée en exploitation du bien (« up-front payment »). Après réception de l'infrastructure, le prix est irrévocablement acquis au propriétaire et ne peut être révisé ou minoré en cas d'incident rendant l'infrastructure inexploitable. Le concessionnaire doit également s'acquitter de paiements périodiques ou charges annuelles correspondant aux prestations de maintenance préventive et curative des infrastructures citées ci-dessus.

Néanmoins, la tendance récente reflète la volonté des concessionnaires de passer d'un paiement de l'intégralité du prix des droits concédés en une seule fois lors de la signature du contrat à un paiement progressif étalé sur la durée du contrat. Dans ce contexte, le paiement initial s'élève à environ 25 % du montant total du contrat tandis qu'en échange, le concédant conserve un droit de rétention sur les infrastructures concernées et exige du concessionnaire qu'il souscrive une caution.

Par ailleurs, le contrat d'IRU est enregistré en comptabilité de manière différente selon la classification qui sera retenue pour qualifier le droit d'usage<sup>5</sup>. En règle générale, le concessionnaire enregistre la contrepartie financière payée au titre du contrat d'IRU en tant qu'actif immobilisé soumis aux règles d'amortissement classiques relatives aux immobilisations. Il inscrit au compte de résultat les charges annuelles liées à cet actif qui viennent en déduction du chiffre d'affaires réalisé sur la période. Pour le concédant la question est de savoir à quel moment, sur quel exercice comptable il peut enregistrer le produit associé à la passation du contrat d'IRU. Tout dépend de la qualification retenue pour le contrat. Pour un IRU de capacité par exemple, considéré en droit américain comme un « lease », il existe, vu du concédant, deux types de leases : le sales-type lease et l'operating lease. Selon le type de lease, soit le concédant enregistrera le montant de l'up-front payment en une seule fois lors de la date d'effet de l'IRU (pour les sales-type leases), soit les montants périodiques payés au titre de l'IRU seront enregistrés en chiffre d'affaires comme des redevances de location pendant toute la durée du contrat (pour les operating leases).

---

<sup>5</sup> *Testimony Concerning Telecommunications Accounting Issues*, John M. Morrissey – Deputy Chief Accountant, U.S. Securities and Exchange Commission (March 21, 2002).

De part ses caractéristiques, l'IRU emprunte son régime à différents contrats, c'est un contrat hybride.

### 1.3 Un contrat hybride à la qualification juridique incertaine

La doctrine anglo-saxonne considère le contrat d'IRU comme un contrat « *sui generis* », un contrat « *multi-facettes* ». Convention de concession de droits d'usage de long-terme, le contrat d'IRU se trouve inévitablement placé à la frontière de plusieurs catégories de contrats nommés : le contrat de vente, le contrat de services et le contrat de bail (« *lease agreement* »).

Qu'il concède un droit d'usage sur une fibre optique ou sur une capacité de transmission, la classification du contrat d'IRU fait toujours débat en droit américain. Cette incertitude a amené un certain nombre d'universitaires et de praticiens à se pencher sur son régime juridique particulièrement dans la période allant de 2001 à 2004. Ces analyses ont été menées dans le cadre des procédures de redressement ou de faillite intentées contre des opérateurs tels que Worldcom. La question centrale était de savoir si le contrat d'IRU était un « *executory contract* » au sens du droit américain des faillites. La classification du contrat a en effet une importance essentielle pour l'application de la section 365 (a) du code des faillites. Celle-ci prévoit que le trustee, sous réserve de l'approbation du tribunal, peut demander la poursuite de l'exécution ou rejeter tout « *executory contract* » ou tout contrat de location en cours du débiteur. En droit américain des faillites, un « *executory contract* » est un contrat assorti d'une obligation de faire ou de ne pas faire du débiteur dont l'exécution est continue ou qui doit être exécutée en tout ou partie dans l'avenir. Si un « *executory contract* » est rejeté par le débiteur ou le trustee, le créancier qui perd le bénéfice de l'exécution du contrat peut intenter une action en dommage-intérêts à titre chirographaire, dont l'issue dépendra des montants distribuables aux créanciers chirographaires dans le cadre de la procédure de faillite, mais il ne peut obtenir la poursuite du contrat ou l'exécution forcée de la part du débiteur. Dès lors, en cas de faillite du propriétaire d'un système de câbles, le bénéficiaire d'un IRU qui avait conclu son contrat avec le propriétaire et payé d'avance le prix en espérant disposer à long terme d'une capacité de transmission ou d'une fibre optique, peut se trouver dans de sérieuses difficultés pour assurer la continuité de service sur son réseau, dès lors que son contrat peut être « *rejeté* » par le trustee et qu'aucun droit de suite ou d'exécution forcée de l'IRU auprès d'un cessionnaire du câble ne lui est reconnu. Inversement, lorsqu'un contrat n'est pas considéré comme un « *executory contract* », le débiteur ou un trustee ne peut pas rejeter le contrat ou s'opposer à une demande d'exécution.

Les premiers à se pencher sur la question de savoir si un contrat d'IRU était un « *executory contract* » dont la demande d'exécution pouvait faire l'objet d'un rejet en application de la section 365 (a) du code des faillites ont été M.J. Lichtenstein et Charles A. Rohe dans un article paru en 2001 dans le « *Journal of bankruptcy law and Practice* »<sup>6</sup> et Arun S. Subramanian<sup>7</sup>.

Arun S. Subramanian indique que la classification du contrat d'IRU est essentielle pour répondre à la question du rejet. En effet, si le contrat d'IRU est un simple contrat de service ou de location qui n'emporte le transfert d'aucun attribut de propriété sur l'infrastructure (« *property interest* »), le titulaire de l'IRU ne pourra faire valoir aucun droit sur l'infrastructure dont le droit d'usage lui a été concédé. Si, au contraire, le juge des faillites admet qu'un attribut de la propriété a été transféré avec l'IRU, alors le titulaire de l'IRU pourra conserver un droit

---

<sup>6</sup> *op.cit.* note 3

<sup>7</sup> Arun S. Subramanian « Assessing the rights of IRU Holders in uncertain times »; Columbia Law Review" COL 103-8/COL804 – 2 December 2003

d'usage sur l'infrastructure jusqu'au terme du contrat. Le principe est en effet que le « rejet » a les mêmes conséquences qu'un manquement contractuel, il entraîne une résiliation uniquement pour l'avenir et exonère le débiteur de son obligation de faire pour l'avenir, mais ne peut pas priver le créancier des attributs de la propriété qui lui ont été transférés à la signature du contrat. De ce fait, les attributs de propriété transférés au titulaire de l'IRU sont opposables au cessionnaire de l'infrastructure (à la suite d'un plan de cession ou de reprise). Le titulaire de l'IRU pourra alors exercer auprès du cessionnaire un droit de suite et faire reconnaître son droit réel ou quasi-réel. Arun Subramanian conclut que même si aucun contrat d'IRU ne transfère l'ensemble des attributs du droit de propriété, le titulaire d'un IRU portant sur ce qu'il appelle des « actifs spécifiques » acquiert des éléments essentiels du droit de propriété sur ces actifs qui justifient de reconnaître à cette catégorie d'IRU les caractéristiques d'un transfert, même limité, d'attributs du droit de propriété.

Arun Subramanian analyse les différentes classifications possibles des IRU et distingue les IRU d'actifs spécifiques qui emportent un transfert certains attributs du droit de propriété, des IRU d'actifs non spécifiques qui doivent être rangés dans la catégorie des contrats de service ou de location pure. Pour identifier les IRU d'actifs spécifiques, il observe que bien qu'il n'existe pas de définition intrinsèque du droit de propriété, la doctrine moderne conçoit la propriété comme un ensemble de droits, parmi lesquels 4 éléments sont essentiels : (1) l'usage, (2) la détention physique, (3) le contrôle et (4) la détention des droits économiques. Si l'identification du droit d'usage est évidente, les trois autres éléments nécessitent des précisions. La détention physique est en général démontrée lorsque le bien est en la possession du titulaire dans ses locaux. Le contrôle s'entend de la maîtrise de l'exploitation, de la maintenance et des améliorations pouvant être apportées au bien concerné. La titularité des droits économiques est associée à la notion de risques attachés à la propriété (le titulaire étant celui qui supporte la perte de valeur financière du bien, les risques de défectuosité ou de perte d'usage du bien).

Selon la théorie développée par Subramanian, l'analyse des principaux types d'IRU à partir de ces caractéristiques majeures permet de retenir deux catégories principales d'IRU au sein de la variété de contrats complexes existants. D'un côté les IRU d'actifs spécifiques qui emportent transfert de certains attributs du droit de propriété ( les IRU de fibre noire et les IRU de fibre activée faisant partie de cette première catégorie) et de l'autre les IRU ne portant pas sur des actifs spécifiques, catégorie dans laquelle on rangera les IRU de pure capacité portant sur le droit d'usage d'une bande passante ou d'une certaine longueur d'onde sur une fibre.

La classification proposée par Arun Subramanian n'est pas totalement vérifiée dans la pratique. Certains éléments de la détention physique ou du contrôle sur le bien font défaut et ne sont jamais transférés au titulaire de l'IRU dans aucune des catégories d'IRU mentionnées ci-dessus. En particulier le titulaire d'un IRU n'a pas la possession physique ni le contrôle sur les câbles et équipements sous-jacents au droit d'usage qui lui est concédé. Cette possession et ces droits sont conservés par le propriétaire de l'infrastructure. De même, dans de nombreux contrats d'IRU, le concédant de l'IRU assure l'exploitation, la maintenance et la réparation des câbles et infrastructures de réseau sous-jacents à l'IRU, démontrant que le titulaire de l'IRU n'exerce pas le contrôle et n'est pas en charge des actes de conservation du bien.

Dans sa conception initiale, le contrat d'IRU portant sur des capacités de câbles sous-marins, était qualifié de contrat de services. Par la suite, le débat sur la qualification s'est complexifié au fur et à mesure des évolutions technologiques et de l'évolution de ce type de contrat. La qualification de contrat de vente de biens meubles ou de biens immeubles par destination (« fixture »), d'une part, celle de contrats de bail sont ensuite apparues. Depuis, les trois qualifications coexistent sans que l'une d'entre elles ne parvienne à faire consensus.

La doctrine comptable anglo-saxonne tente de définir les contours du contrat d'IRU afin de lui associer le régime juridique et comptable correspondant<sup>8</sup>.

Ainsi, dans la mesure où le contrat d'IRU transmet au concessionnaire des droits d'usage sur des éléments d'actifs spécifiques et identifiables (« specific identifiable assets ») pour une durée déterminée, le concédant conclut par là même un contrat qui satisfait aux conditions légales d'un contrat de bail. Dans le cas contraire où l'IRU porte sur des capacités de transmission non spécifiquement identifiées au sein du câble, le contrat ainsi conclu serait davantage perçu comme un arrangement ayant trait à la fourniture de services (i.e., l'accès à la capacité du réseau), soit un contrat de services.

Une fois la qualification légale du contrat de bail retenue, il s'agit de déterminer sur un plan comptable à quel type de contrat de bail est associé le contrat d'IRU : contrat de location-vente ou contrat de location-exploitation ? La question est également de savoir quelle catégorie de biens est soumise au bail : est-ce un bien immeuble ou un bien meuble ? Selon le standard de comptabilité financière n°13 édicté par la FASB (« Financial Accounting Standards Board ») aux États-Unis, un contrat de "bail" portant sur un bien immeuble doit s'accompagner d'une option de transfert de propriété du bailleur au locataire afin de pouvoir recevoir la qualification de location-vente et bénéficier du régime comptable applicable. Un contrat portant sur un bien meuble, quant à lui, reçoit de toute façon la qualification de location-vente.

Par ailleurs, il convient de noter que la norme n° 43 de la FASB de juin 1999 a eu pour impact de soumettre les éléments d'actifs, sur lesquels portent les contrats de capacité de télécommunications, au régime applicable aux biens immeubles d'un point de vue comptable.

Parallèlement à ces changements des normes comptables, les pratiques de l'industrie des télécommunications évoluent vers plus de flexibilité, vers une rédaction plus souple des contrats d'IRU qui laisse place à de nouvelles interprétations concernant les qualifications et régimes juridiques applicables. Dans ce contexte, le modèle comptable prévu pour les contrats de location-vente ne semble pas être le plus adéquat pour répondre à ces nouvelles tendances. Les efforts de catégorisation sont ainsi remis en question.

- Accueil du contrat d'IRU par les tribunaux américains

Les cours et tribunaux américains n'ont eu que très rarement l'occasion de se prononcer sur la qualification juridique du contrat d'IRU et lorsque la question leur a été soumise, c'était le plus souvent à titre accessoire<sup>9</sup>. De ce fait, nous ne disposons pas de décision tranchée prenant partie de manière complète sur la nature du droit concédé par le contrat d'IRU et sur son régime juridique.

Aux États Unis, la principale décision se prononçant sur la nature du contrat d'IRU est l'affaire : WorldCom, Inc. v. PPLPrism, LLC<sup>10</sup>, jugée par un tribunal de New York dans le cadre d'une procédure collective engagée suite à la faillite de la société Cambrian Communications, alors deuxième plus grand opérateur du pays.

---

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> A titre d'exemple, aucune décision impliquant des contrats d'IRU n'a été rendue en Australie et en Nouvelle-Zélande. Voir : <http://www.simpsongrierson.com/iru-indefeasible-rights-of-use/>

<sup>10</sup> Worldcom, Inc., 343 B.R. 430, 46 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 160 (Bankr. S.D. N.Y. 2006)

En l'espèce, WorldCom avait passé un contrat d'IRU avec la société Cambrian Communications LLC pour la fourniture de six fibres. Cette dernière avait vendu ses fibres à une société tierce, PPLPrism, dans le cadre de la procédure ayant suivie sa mise en liquidation judiciaire. WorldCom considéra alors que PPLPrism devait lui permettre de continuer à accéder et à utiliser les fibres sans frais supplémentaires, ce que PPLPrism contestait. La discussion a été principalement axée sur la détermination de la nature du droit concédé par le contrat d'IRU, à savoir un droit emportant démembrement de la propriété de la fibre (« property interest ») ou une simple obligation d'exécution (« executory contract »). Le tribunal new yorkais, après avoir rejeté la qualification de licence d'utilisation, et tout en notant la proximité du contrat d'IRU avec le bail, a décidé que le contrat d'IRU entraînait un démembrement de la propriété et le transfert d'un droit réel. L'IRU n'était pas un simple droit de nature contractuelle, et, par conséquent, était opposable à PPLPrism.

Pour autant, la portée de cet arrêt reste limitée en ce que le tribunal s'est prononcé en s'appuyant sur des dispositions qui étaient propres au contrat d'IRU en présence et non pas par une décision de portée générale concernant le contrat d'IRU.

## **2. Caractéristiques du contrat d'IRU en droit français**

### **2.1 Analyse comparée du contrat d'IRU en droit français**

Le contrat d'IRU est un contrat protéiforme et sa qualification en droit français ne peut être univoque. Il suffit de citer les définitions de l'IRU données par les opérateurs dans leur communication financière pour témoigner de la singularité de ce contrat : « contrat particulier au secteur des télécommunications, visant la mise à disposition de fourreaux, de fibres optiques ou de bande passante sur une longue durée ».<sup>11</sup>

Le contrat d'IRU comporte des spécificités telles qu'il ne peut être assimilé à aucun contrat nommé. Pure création de la pratique adaptée aux besoins particuliers des entreprises de réseaux du secteur des télécommunications, il est difficile de lui trouver un équivalent français. L'IRU est un contrat hybride qui emprunte des caractéristiques à plusieurs contrats nommés. En outre, son régime juridique est influencé par la nature des biens ou des infrastructures sur lesquels porte le droit d'usage concédé à son titulaire. Ces spécificités sont telles qu'elles en font un véritable contrat sui generis.

L'IRU emprunte certains éléments du régime juridique de contrats nommés. Inversement son régime s'éloigne fortement d'autres contrats nommés. Pour mieux cerner son degré d'hybridation, nous examinerons d'une part les contrats auxquels l'IRU ne peut s'identifier et d'autre part les similitudes et différences qu'il présente avec les contrats nommés dont il est plus proche.

Pour chacun de ces contrats, nous étudierons la robustesse de leur régime juridique au regard des situations qui pourraient en affecter l'exécution : responsabilité, cessibilité, opposabilité, durée. En effet, le titulaire d'IRU, tout autant que le donneur d'IRU, doivent pouvoir anticiper les conséquences de la qualification de leur contrat tant sur leur responsabilité réciproque que vis-à-vis des tiers. Ils doivent autant être fixés sur la faculté de céder leurs droits que sur l'absence de risque de remise en cause de la durée qu'ils ont voulu imprimer à leur relation contractuelle. Par ailleurs, la question de l'opposabilité et de la poursuite du contrat d'IRU dans le cadre des procédures collectives est un élément essentiel de sécurité juridique : en effet, si la société titulaire de l'IRU est

---

<sup>11</sup> Groupe Neuf Cegetel, *Document de référence 2007*, Définition « officielle » donnée à l'IRU.

défaillante, le repreneur de son fonds de commerce ou de ses actifs doit pouvoir être assuré qu'il pourra avoir une jouissance paisible de l'élément d'actif que constitue l'IRU et que le droit d'usage correspondant ne sera pas remis en cause. A l'inverse, si le donneur d'IRU est défaillant, le titulaire de l'IRU doit pouvoir être assuré de la continuité de son activité, nonobstant la procédure collective touchant le donneur d'IRU.

### **2.1.1 IRU et contrat de vente**

#### IRU et cession de la pleine propriété

Même lorsqu'il porte sur un bien, l'IRU n'opère pas à proprement parler le transfert d'un droit réel (propriété ou démembrement) opposable à tous.

En ce sens, la qualification de contrat de vente lui est exclue. En effet, l'un des éléments essentiels de la vente, l'effet translatif de propriété fait défaut dans le contrat d'IRU. L'IRU a pour objet la concession d'un droit d'usage. En l'absence de transfert de la pleine propriété, il ne peut y avoir de vente.

#### IRU et cession d'usufruit

L'IRU ne pourrait être apparenté à un contrat de cession qu'au travers d'un démembrement de la propriété, par la concession ou le transfert d'un usufruit.

Si le droit d'usage conféré par l'IRU pouvait être qualifié d'usufruit (voir ci-dessous), alors le contrat d'IRU pourrait être analysé comme le transfert ou la cession d'un démembrement du droit de propriété. Or l'usufruit constitue un démembrement de la propriété dont l'un des caractères est d'être un droit réel.. Dès lors, rien n'empêcherait de qualifier l'IRU de contrat de vente<sup>12</sup>.

Inversement, en l'absence de transfert de la propriété ou d'un démembrement de la propriété, il ne pourra pas y avoir de vente. Le contrat sera alors un contrat de bail, de prêt ou d'entreprise. En d'autres termes, si l'on constate que l'IRU porte sur la concession d'un simple droit d'usage, il ne saurait être qualifié de contrat de vente<sup>13</sup>.

L'affaire paraît dès lors entendue. L'IRU ne peut être qualifié de démembrement de la propriété (une cession d'usufruit) en l'absence de transfert de droit réel. Cependant, l'IRU portant sur un bien (meuble ou immeuble) investit le bénéficiaire d'un rapport direct et étendu avec la chose qui a pu faire dire à une partie des commentateurs de ce contrat qu'il était translatif d'un droit quasi-réel. En effet, une fois le prix de l'IRU payé, le bénéficiaire peut jouir du bien d'une manière totalement autonome. Si l'on accepte de considérer l'IRU sous cet angle, on peut rapprocher l'IRU de l'usufruit, leur régime juridique étant proche.

Si l'on écarte la casuistique droit réel / droit personnel, l'importance des droits reconnus au bénéficiaire de l'IRU dans la conception historique de l'IRU comme dans la pratique moderne renforce la pertinence de cette analogie.

---

<sup>12</sup> Les contrats spéciaux, civils et commerciaux, n°24, A. Bénabent, Ed. Montchrestien.

<sup>13</sup> Idem.

▪ Similitudes

Selon l'article 578 du Code civil, l'usufruit est « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». Il a pour objet de concéder le droit d'usage et de jouissance à l'usufruitier sur une longue période (20 ans en moyenne). Il s'agit d'un droit réel, ce qui le distingue du droit du locataire même si la doctrine contemporaine a atténué les différences entre les deux catégories de droits. Le droit dont dispose l'usufruitier, puisqu'il est un droit réel, est opposable aux tiers. L'usufruitier peut exercer son droit sur la chose en quelque lieu qu'elle se trouve<sup>14</sup>. L'étendue des droits concédés au bénéficiaire de l'IRU est proche de la définition des droits de l'usufruitier, à l'exception notable de l'absence de droit réel institué pour l'IRU, ce qui soulève une difficulté pour l'opposabilité de l'IRU. En effet, la question de l'opposabilité du droit d'usage du bénéficiaire de l'IRU est beaucoup plus incertaine. Les zéloteurs de ce contrat, s'appuyant sur les attributs spécifiques de l'IRU et les droits étendus du bénéficiaire sur la chose y ont vu la reconnaissance d'un droit quasi-réel opposable à tous. Ce point n'a pas à notre connaissance été tranché en jurisprudence. De ce fait la position rapprochant le contrat d'IRU au contrat de bail et ne lui reconnaissant que la qualification de droit personnel ne peut être écartée, même si elle privilégie une vision restrictive des droits conférés par l'IRU au bénéficiaire qui le distingue des droits du locataire (cf. section 2.1.3 infra).

L'usufruit est considéré par la doctrine comme un démembrement du droit de propriété où parfois comme une limitation de la propriété dans ses attributs et sa durée : une propriété temporaire limitée aux fruits. Il existe une analogie forte entre les attributs de cette propriété temporaire limitée aux fruits et les actes d'administration et de conservation dont le bénéficiaire de l'IRU est investi. Ce dernier dispose en effet d'un pouvoir très large de direction et de contrôle sur l'exploitation du bien objet de l'IRU pour en user et en tirer les fruits.

L'usufruitier a l'*usus* et le *fructus*. Il peut, soit lui-même user de la chose, soit surtout en percevoir les fruits, s'il en a donné l'usage à une autre personne, par exemple, en la louant. Par contre il n'a pas le droit de porter atteinte à la substance de la chose, qu'il doit sauvegarder, cette obligation pesant de la même façon sur le bénéficiaire de l'IRU.

Par ailleurs, l'usufruit peut porter sur toute espèce de biens, corporels – immeubles et meubles – et incorporels ; tout comme l'IRU qui peut porter sur des biens immeubles par destination et des biens meubles (e.g., conduites et fourreaux, câbles et fibres optiques).

Les causes d'extinction de l'IRU sont très proches également de l'usufruit. Elles découlent des mêmes caractères : (i) du fait que l'usufruit est temporaire, il s'éteint par l'arrivée du terme, (ii) du fait qu'il est un droit réel, il s'éteint par la perte de la chose, le jeu de la prescription extinctive trentenaire. Par contre, la renonciation qui permet à l'usufruitier d'échapper aux obligations qui lui incombent n'est pas une caractéristique de l'IRU qui est plus strict. La capacité de renoncer du bénéficiaire de l'IRU n'est en général pas possible, sauf à des conditions très désavantageuses. Enfin (iii) du fait qu'il impose des obligations à l'usufruitier, il s'éteint par la déchéance prononcée à l'encontre de l'usufruitier comme du bénéficiaire de l'IRU lorsqu'ils ont commis des abus de jouissance<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> *Les Biens*, Philippe Malaurie et Laurent Aynés, Defrénois 3<sup>ème</sup> édition (2007).

<sup>15</sup> Article 617 du Code civil ; *Les Biens*, Philippe Malaurie et Laurent Aynés, Defrénois 3<sup>ème</sup> édition (2007) n°833.

- Différences

Le nu-propiétaire n'est tenu ni de fournir la chose en bon état, ni de l'entretenir, sauf convention contraire. Toutefois, il est tenu d'effectuer les grosses réparations sans pour autant y être totalement contraint. Au contraire, les contrats d'IRU contiennent une clause prévoyant le transfert à la charge du bénéficiaire de l'ensemble des risques associés à la propriété de la chose (e.g., risques de perte, de dommage, d'obsolescence), ainsi que tous les risques pouvant résulter d'une mesure d'intérêt général concernant ces mêmes installations. En somme, les droits d'usage dans un contrat d'IRU sont concédés au bénéficiaire à ses entiers risques et périls.

La maintenance du bien (e.g., entretien, réparations) peut être assurée soit par l'opérateur sur l'ensemble de l'infrastructure pour des raisons d'économie d'échelle et de maîtrise de l'infrastructure, soit confiée au bénéficiaire de l'IRU, particulièrement lorsque celui-ci porte sur un bien physiquement identifié et détachable du reste de l'infrastructure (comme par exemple un fourreau fibré dans une galerie visitable). Par contre les coûts de cette maintenance sont pratiquement toujours supportés par le bénéficiaire de l'IRU.

De même, tandis que l'usufruit peut être librement cédé et loué aux termes de l'article 595 du Code civil, la cession et la sous-location dans le contrat d'IRU dépendent exclusivement des termes convenus entre les parties dans le contrat. Les contrats d'IRU prévoient souvent la possibilité de céder ou sous-louer l'IRU à un tiers sous réserve de l'accord préalable de l'opérateur et moyennant un engagement solidaire entre le bénéficiaire et le tiers portant soit sur les engagements financiers à l'égard de l'opérateur propriétaire (pour le paiement des coûts de maintenance et des droits de passage) soit sur l'ensemble des engagements du bénéficiaire à l'égard de l'opérateur propriétaire.

- Conséquences de la qualification d'usufruit

- Responsabilité et usufruit
  - Responsabilité entre les parties

L'article 578 du Code civil impose à l'usufruitier de jouir des choses « *comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ». L'usufruitier a donc la charge d'assurer la maintenance et l'entretien de la chose. A l'inverse, la charge des gros travaux incombe au nu-propiétaire.

En matière d'IRU, le droit d'usage est concédé au bénéficiaire qui a toute latitude pour exploiter le bien, mais à ses risques et périls. Il est en général responsable de la maintenance et de l'entretien du bien, même si pour des raisons d'économie d'échelle le propriétaire de l'infrastructure assure souvent lui-même la maintenance et la refacture à due proportion au bénéficiaire de l'IRU.

- Responsabilité vis-à-vis des tiers

En acquérant l'usufruit sur une chose, l'usufruitier en devient le gardien et possède les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle de la chose. Il devient donc responsable vis-à-vis des tiers des dommages qui pourraient en résulter en vertu des règles de responsabilité du fait des choses posées par l'article 1384 du Code civil.

Ce transfert de la responsabilité et des risques sur la chose et sur le comportement de la chose à l'égard des tiers est traité de manière identique dans la plupart des contrats d'IRU. C'est le bénéficiaire de l'IRU qui assume cette responsabilité et ces risques.



## - Cessibilité

L'article 595 du Code civil permet à l'usufruitier de céder à titre gratuit ou de vendre son usufruit. Plus encore, l'article 595 prévoit que l'usufruitier peut conclure un bail sur l'usufruit, qui ne pourra pas excéder 9 ans.

La différence avec l'IRU en matière de cessibilité réside dans le fait qu'il n'est pas possible d'interdire à l'usufruitier de céder son droit à un tiers, l'usufruit étant un droit réel. A l'inverse, les contrats d'IRU contiennent le plus souvent des clauses visant à encadrer strictement ou à assortir de garanties les cessions d'IRU à des tiers.

- Cas particulier de l'usufruit indivis

En vertu de l'article 815-1 du Code civil, les indivisaires ont la faculté de sortir de l'indivision en revendant leur part à des tiers. En ce cas, l'indivisaire sortant devra notifier à ses coindivisaires sa volonté de vendre ses parts. Les indivisaires pourront exercer un droit de préemption pendant un délai d'un mois. En l'absence d'exercice du droit de préemption par l'un des indivisaires, la vente à des tiers pourra être conclue.

Il convient de bien noter qu'une convention d'indivision pourrait régler contractuellement les conditions de cession des parts indivises entre les coindivisaires.

Ainsi, en tout état de cause, les parts de l'usufruit indivis sont cessibles.

Ces dispositions sont transposables à un IRU qui serait détenu en indivision par plusieurs opérateurs.

## - Opposabilité de l'usufruit

- Procédure collective à l'encontre de l'usufruitier

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'usufruitier, ce dernier pourrait continuer à exercer pleinement ses droits ; l'usufruit est en effet un droit réel qui n'est pas affecté par la survenance d'une procédure collective. Le nu-propiétaire ne pourrait donc nullement remettre en cause l'usufruit.

A l'issue de la période d'observation, en l'absence de plan de continuation, l'usufruitier pourrait céder son usufruit, qui constitue un démembrement de la propriété, dans le cadre d'un plan de cession, d'une unité de production ou de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire. Le repreneur de l'usufruit bénéficierait alors des mêmes droits que l'usufruitier originel.

En cas d'indivision entre plusieurs usufruitiers (situation qui pourrait être rencontrée en cas d'usufruit indivis sur des fibres partagées), nous considérons que le liquidateur judiciaire ne pourrait pas mettre en vente l'usufruit sans l'accord exprès des coindivisaires in bonis, et ce même avec l'autorisation du Tribunal ayant ouvert la procédure de liquidation judiciaire.

En outre, les créanciers de l'usufruitier en liquidation judiciaire, représentés dans la procédure par le mandataire judiciaire, auraient le droit de demander le partage de l'indivision dans les conditions de l'article 815-17 du code civil.

- Procédure collective à l'encontre du nu-propiétaire

En cas de procédure collective ouverte à l'encontre du nu-propiétaire, l'usufruitier conserverait son usufruit et l'administrateur judiciaire du nu-propiétaire aurait l'obligation de respecter cet usufruit. L'usufruit constitue en effet un démembrement de la propriété inaliénable qui reste entre les mains de son titulaire quel que soit le sort du nu-propiétaire.

L'administrateur ou le liquidateur judiciaire du nu-propiétaire aurait cependant le droit de céder la nue-propriété des actifs objets de l'usufruit dans le cadre d'un plan de cession de son fonds de commerce, d'une cession d'unité de production ou d'une cession d'actifs isolés. Il devrait naturellement respecter le droit de l'usufruitier dans le cadre de cette cession, celle-ci ne devant pas modifier les prérogatives de l'usufruitier. La jurisprudence considère en effet que « le nu-propiétaire peut disposer de l'immeuble indépendamment du droit réel d'usufruit dont il est grevé qui peut s'exercer en quelques mains que la chose se trouve »<sup>16</sup>, solution conforme à l'article 621 du code civil.

La cession de la pleine propriété des actifs objet de l'usufruit serait en revanche impossible sans l'accord de l'usufruitier, et ce conformément à l'article 815-5 alinéa 2 du code civil<sup>17</sup>.

#### - Durée du contrat d'usufruit

L'article 619 du Code civil limite la durée de l'usufruit accordé aux personnes morales à trente ans. Ce principe, inscrit depuis l'origine du Code civil ne semble pas pouvoir subir d'exceptions et encore moins d'aménagement conventionnel.

En effet, après une courte hésitation jurisprudentielle qui est demeurée isolée<sup>18</sup>, la Cour de Cassation a rappelé explicitement les termes de l'article 619 du Code civil « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans<sup>19</sup> ». En l'espèce il s'agissait de conventions successives d'usufruit sur le même bien (prenant fin chacune à la mort d'une personne physique) pour une durée totale supérieure à trente ans, lesquelles n'ont pas pu faire échec à l'application d'ordre public de la règle posée à l'article 619 du Code Civil.

Depuis la jurisprudence n'est pas revenue sur ce principe, les personnes morales ne peuvent donc se voir accorder un usufruit d'une durée supérieure à trente ans.

---

<sup>16</sup> Cass. Com. 22 janvier 2008, n° 06-20766

<sup>17</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-19875 (pour un cas de redressement personnel)

<sup>18</sup> La jurisprudence avait admis une distinction selon que l'usufruit était accordé à la personne morale *per translationem* (cession d'un bien grevé d'un usufruit) ou *per deductionem* (cession de l'usufruit en lui-même) : ainsi, la cour d'appel de Caen dans une décision de 1995 (CA Caen, 1<sup>ère</sup> ch civ, 24 janvier 1995, jurisdata 1995-040417) avait écarté la limitation de la durée maximale de trente ans à l'usufruit grevant un bien que l'acquéreur entendait faire cesser afin de réunir la pleine propriété entre ses mains. Mais il faut souligner les circonstances particulières de l'affaire, le juge ayant retenu l'intention des parties d'accorder l'usufruit *per translationem*, à l'instar de l'usufruit accordé par un donataire à un particulier pendant la durée de sa vie ; en effet celui-ci était en l'espèce une association dont la durée de la personnalité morale avait été concomitamment prolongée lors de la cession, ce qui a pu faire écrire à certains commentateurs que c'est le caractère noble de l'association qui avait emporté la conviction du juge d'écarter les problématiques d'ordre public de la durée de l'usufruit accordé à des personnes morales posée par l'article 619 du Code Civil.

<sup>19</sup> C. Cass., 3<sup>o</sup> Ch. Civ., 7 mars 2007, pourvoi 06-12568, publié au Bulletin

Il convient de bien noter que pour le calcul de la durée de l'usufruit en cas de cession d'usufruit d'une personne morale à une autre, l'usufruit cédé continue à reposer sur la tête du cédant. Dès lors, à titre d'exemple, dans le cas d'une personne morale cédant un usufruit de trente ans en vigueur depuis dix ans, le nouveau titulaire de l'usufruit n'en bénéficiera que vingt ans.

Outre le cas de la consolidation sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-proprétaire, de la perte de la chose ou de la renonciation à l'usufruit, celui-ci ne prend fin qu'en cas d'abus de jouissance de l'usufruitier.

- Conclusion sur l'usufruit

Le recours à l'usufruit dans le cadre du déploiement et de l'exploitation de réseaux FTTH se heurte à la durée maximale de 30 ans qui interdit aux personnes morales de conclure des usufruits de très longue durée. Dès lors, il ne sera pas possible aux opérateurs d'utiliser l'usufruit pour pérenniser leur investissement sur les durées envisagées qui sont de l'ordre de 60 ou 90 ans.

Pour autant, il convient de garder à l'esprit que la Convention-type entre les syndicats d'immeubles et opérateurs d'immeuble stipule que le « droit de propriété » sur la fibre n'est accordé à l'opérateur d'immeuble que pour une durée de 15 ans renouvelable une seule fois tacitement sauf dénonciation par les parties. Dès lors, une personne ne pouvant concéder plus de droit qu'elle n'en a sur la chose, il sera difficile d'assurer un droit pérenne sur l'usage de la fibre étant donné que le droit de propriété né du contrat entre l'opérateur concédant d'IRU est lui-même limité dans le temps. Par contre, si l'opérateur d'immeuble consent un usufruit à un opérateur commercial, l'usufruit demeurera opposable au cessionnaire de la fibre ou au successeur de l'opérateur d'immeuble.

### **2.1.2 IRU et contrat de louage d'ouvrage**

- Comparaison avec le contrat de louage d'ouvrage

L'IRU n'est pas un contrat de louage d'ouvrage à titre principal. Le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise, aux termes de l'article 1710 du Code civil, est un « contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles ». Si la prestation de service, élément caractéristique du contrat d'entreprise n'est pas absente du contrat d'IRU, elle n'en est pas l'élément principal ni le trait qui donne à l'IRU sa spécificité. En effet, si l'IRU s'accompagne le plus souvent d'une prestation de maintenance préventive et curative, qui n'est d'ailleurs pas toujours prise en charge par l'opérateur concédant l'IRU, cette prestation demeure accessoire. De même, la prestation de gestion des droits de passages, servitudes et autorisations d'occupation assurée par le propriétaire de l'infrastructure, bien que nécessaire au maintien en exploitation de l'infrastructure, n'est pas une caractéristique essentielle. Elle n'aura d'ailleurs pas lieu d'être dans un contrat d'IRU portant sur une fibre implantée à l'intérieur d'un immeuble.

- Responsabilité dans le contrat de louage d'ouvrage

- Responsabilité entre les parties

Les rapports entre les parties sont soumis au régime de droit commun de la responsabilité contractuelle prévu aux articles 1147 et suivants du Code civil. Dès lors, l'entrepreneur et le maître d'ouvrage seront responsables

des dommages qu'ils pourraient se causer dans le cadre de l'exécution (ou de l'inexécution) de leurs obligations.

Par ailleurs, le degré de responsabilité de l'entrepreneur sera susceptible de variations en fonction de l'intensité des obligations qui lui incombent<sup>20</sup> :

- s'il s'agit d'une obligation de résultat : l'entrepreneur doit établir une cause exonératoire, notamment rapporter la preuve d'une cause étrangère<sup>21</sup> ;
  - s'il s'agit d'une obligation de moyen : le maître d'œuvre doit rapporter la preuve d'une faute d'exécution.
- Responsabilité vis-à-vis des tiers

L'entrepreneur ou le maître d'ouvrage, qui n'est lié par aucun contrat envers les tiers, est soumis au régime de la responsabilité civile prévu aux articles 1382 et suivants du Code civil. Dès lors, ils devront répondre des dommages qu'ils pourraient faire subir aux tiers au contrat. Les tiers peuvent se retourner indifféremment contre l'entrepreneur ou le maître d'ouvrage.

- Cessibilité de l'IRU qualifié en contrat de louage d'ouvrage

Le contrat de louage d'ouvrage, marqué par *l'intuitu personae* de l'entrepreneur, n'est, en principe, pas cessible.

Toutefois, la jurisprudence a consacré la possibilité d'une cession conventionnelle d'un tel contrat, avec le consentement exprès<sup>22</sup> ou implicite<sup>23</sup> du débiteur cédé.

- Opposabilité du contrat de louage d'ouvrage
- Procédure collective à l'encontre du donneur d'IRU

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entrepreneur peut mettre fin au contrat de louage d'ouvrage. Cependant, l'administrateur ou le liquidateur judiciaire peut exiger du maître de l'ouvrage l'exécution du contrat en cours, que ce soit en cas de sauvegarde<sup>24</sup>, de redressement<sup>25</sup> ou de liquidation<sup>26</sup>. Ainsi, c'est au cas par cas que l'administrateur ou le liquidateur décidera de la continuation ou non du contrat.

---

<sup>20</sup> Les critères de distinction entre l'obligation de moyen et l'obligation de résultat sont : le type d'activité, l'aléa, la volonté des parties et le rôle du client.

<sup>21</sup> Notamment : Cass. Com. 17 novembre 1992 (RJDA avril 1993, n°310). N° de pourvoi : 91-10073

<sup>22</sup> Cass. Com. 6 mai 1997, n°94-16.335 et n°95-10.252

<sup>23</sup> Cass. Com. 7 janv. 1992, n°90-14.831

<sup>24</sup> Article L.622-13 alinéa 1<sup>er</sup> du code de commerce

<sup>25</sup> Article L.631-14 I° du code de commerce

- Procédure collective à l'encontre du titulaire du droit d'IRU

La procédure collective ouverte à l'encontre du maître de l'ouvrage peut également mettre fin au contrat. Sa poursuite ou son exécution forcée sera plus facile à mettre en œuvre du fait que le caractère *intuitu personae* concerne, en général, moins souvent la personne du maître de l'ouvrage.

- Durée du contrat de louage d'ouvrage

Le contrat de louage d'ouvrage est soumis au droit commun des obligations ; la durée est donc librement fixée par les parties, sous réserve de ne pas constituer des engagements perpétuels.

- Conclusion sur le contrat de louage d'ouvrage

La qualification de l'IRU en contrat de louage d'ouvrage paraît peu probable dans la mesure où la seule prestation de service, la maintenance de l'infrastructure, ne constitue pas l'objet principal du contrat. Seul exception, l'IRU de capacité ou de longueur d'onde dans lequel l'éloignement entre l'objet sur lequel porte le droit d'usage et le bien corporel sous-jacent est tel que la frontière avec la prestation d'un service devient inexistante.

Par ailleurs, le contrat de louage d'ouvrage, bien qu'apportant une assez large liberté contractuelle, n'assure aucune pérennité des droits consentis au bénéficiaire. En effet, le contrat ne porte pas sur la concession d'un droit d'usage permanent et peut, nonobstant toute clause contraire, être dénoncé à tout moment.

### 2.1.3 IRU et contrat de bail

- Comparaison avec le contrat de bail

L'IRU emprunte certains éléments constitutifs du contrat de bail. Il confère (i) la jouissance d'une chose assurée par le bailleur (ii) pendant une certaine durée, et (iii) entretenue par ce dernier en état de servir à l'usage auquel elle est destinée (iv) pour laquelle elle a été louée par le preneur, (v) moyennant le paiement d'un loyer.

Néanmoins, à la différence du contrat d'IRU, le contrat de bail confère exclusivement des droits personnels et n'établit de liens qu'entre le bailleur et le locataire. En d'autres termes, le locataire n'est pas investi d'un droit qui porte directement sur la chose, mais seulement celui d'en demander la jouissance paisible : il est dépendant de son contractant.

Par ailleurs, les modalités de paiement respectives de chacun de ces contrats sont différentes : alors que dans le bail le locataire acquitte son loyer de manière périodique et régulière auprès du bailleur, le bénéficiaire de

---

<sup>26</sup> Article L.641-10 du code de commerce.

l'IRU verse en une seule fois, à la date de signature du contrat ou de mise à disposition du bien, l'intégralité du prix de l'IRU pour toute la durée du contrat.

- Conséquences de la qualification de contrat de bail

- Responsabilité dans le contrat de bail
  - Responsabilité entre les parties

Le régime des baux civils est laissé à la libre négociation des parties ainsi, à titre supplétif, qu'aux dispositions du Chapitre II du titre VIII du Code civil relatif au louage de choses.

En l'absence de règles légales ou réglementaires impératives protectrices du preneur, il est nécessaire de garder à l'esprit que la rédaction des clauses du bail, notamment financières, résulte de la seule négociation des parties.

De là, le partage de responsabilité dans le cadre d'un contrat de bail sera réglé par les dispositions prévues au contrat. Dès lors, il est loisible aux parties d'aménager à leur convenance les règles de partage des responsabilités.

- Responsabilité vis-à-vis des tiers

Tout comme dans le cas de l'usufruit, le preneur de bail acquiert la garde de la chose : « Compte tenu de sa relative liberté de jouissance et de la généralité de son pouvoir d'usage, le locataire devient évidemment le gardien de la chose mobilière ou immobilière louée. C'est lui qui reçoit les pouvoirs d'usage, de direction ou de contrôle caractéristiques<sup>27</sup> ». Dès lors, vis-à-vis des tiers il sera tenu responsable des dommages causés par la chose dans les conditions du droit commun de la responsabilité du fait des choses.

- Cessibilité de l'IRU qualifié de contrat de bail

Dans le cadre du droit commun du contrat de bail, l'article 1717 du Code civil permet au preneur de « sous-louer et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ».

Dès lors, en l'absence d'une disposition contraire au contrat, il sera loisible au locataire de céder son bail. Cette possibilité devra en conséquence être strictement encadrée.

- Opposabilité du contrat de bail
  - Procédure collective à l'encontre du donneur d'IRU/bailleur

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du donneur d'IRU/bailleur, les dispositions spéciales relatives à la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur ne s'appliquent pas. Il convient donc d'appliquer le droit commun de la poursuite des contrats en période d'observation.

---

<sup>27</sup> Jurisclasseur Bail à louer, Fasc. 256, B. Vial-Pedroletti, n°3.

L'article L. 622-13 du Code de commerce prévoit que l'administrateur ou le liquidateur judiciaire nommé par le Tribunal a seul la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours. Cette décision de l'administrateur peut être prise spontanément ou après réception d'une mise en demeure à cet effet du cocontractant.

Le titulaire d'IRU aurait donc la possibilité d'adresser une mise en demeure à l'administrateur judiciaire du donneur d'IRU afin de l'interroger sur la poursuite du contrat. A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou en cas d'option pour la non-continuation, le contrat serait résilié de plein droit. En pratique, le donneur d'IRU n'aurait cependant, selon nous, pas intérêt à adresser cette mise en demeure à l'administrateur judiciaire.

En effet, en l'absence de mise en demeure, l'administrateur judiciaire, ne souhaitant pas poursuivre le contrat, devrait saisir le juge-commissaire. Ce dernier pourrait prononcer la résiliation à condition que celle-ci soit nécessaire à la sauvegarde du donneur d'IRU et qu'elle ne porte pas d'atteinte excessive aux intérêts du cocontractant<sup>28</sup>. Or, la doctrine considère que cette atteinte excessive peut notamment être trouvée dans l'hypothèse d'un bail dans lequel le bailleur est en redressement judiciaire. Devant le juge-commissaire, le titulaire d'IRU aurait donc la possibilité de contester la demande de résiliation qui serait formée par le donneur d'IRU.

A l'issue de la période d'observation, le contrat d'IRU continué pendant la période d'observation pourrait être cédé à un repreneur qui devrait alors respecter les clauses du contrat d'IRU initial, étant toutefois précisé qu'un repreneur pourrait, selon nous, inclure dans son offre les actifs objets de l'IRU sans le contrat d'IRU y afférent.

- Procédure collective à l'encontre du titulaire de l'IRU/locataire

Le contrat de bail n'est pas résilié de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dès lors que le bail a été affecté à l'activité de l'entreprise<sup>29</sup>, ce qui sera bien évidemment le cas dans le cadre d'un IRU. Plus encore, toute clause contraire serait réputée non écrite.

Comme indiqué ci-dessus, l'administrateur judiciaire aurait la possibilité de décider s'il souhaite poursuivre le contrat d'IRU, sa décision étant prise en fonction de l'utilité du bail à la poursuite temporaire de l'activité. Selon nous, dans le cadre d'un contrat d'IRU avec un paiement immédiat de la totalité du loyer dès le départ, il serait quasiment certain que l'administrateur opte pour la poursuite du contrat.

De son côté, dès lors que le loyer aurait été intégralement payé dès l'origine, le donneur d'IRU n'aurait, selon nous, aucun moyen d'obtenir ensuite la résiliation du bail puisqu'aucune défaillance ne pourrait intervenir pendant la période d'observation.

En outre, l'article L. 622-14 du Code de commerce prévoit que le défaut d'exploitation n'entraîne pas la résiliation du bail; cette disposition protectrice s'avèrerait fort utile dans la phase de transition entre l'ancien titulaire d'IRU et le nouveau preneur.

Ainsi que nous l'avons rappelé, en cas de cession de l'entreprise, l'article 642-7 du Code de commerce prévoit que le tribunal détermine les contrats de location nécessaires à l'activité de l'entreprise afin de décider de leur

---

<sup>28</sup> Article L. 622-13 alinéa IV du Code de commerce

<sup>29</sup> Article L. 641-12 du Code de commerce.

cession au repreneur (toutefois, en pratique, le Tribunal respecte les termes de l'offre du repreneur et n'impose, que de manière tout-à-fait exceptionnelle, la cession de contrats non compris dans l'offre).

Dans le cas d'un contrat d'IRU, il paraît peu probable qu'un repreneur souhaite reprendre le fonds de commerce du titulaire d'IRU sans reprendre le l'IRU. Un repreneur pourrait donc présenter une offre incluant un contrat d'IRU et il est fort probable que le Tribunal, comme cela a été le cas dans le jugement du Tribunal de commerce de Nanterre précité, inclurait ce contrat dans la liste des contrats cédés comme étant nécessaires à la poursuite de l'activité.

Après la cession, le repreneur de l'IRU bénéficierait des droits prévus par le contrat d'IRU, le donneur d'IRU n'ayant aucun droit de modifier les stipulations initiales.

#### - Durée du contrat de bail

Lorsque les parties n'ont pas convenu d'un terme au contrat de bail, le contrat se poursuit jusqu'à ce que l'une des parties donne son congé (article 1739 du Code civil), selon les modalités prévues au contrat ou l'usage (article 1736 du Code civil). Cependant la jouissance de la chose n'est concédée au preneur que pour une durée limitée (article 1709 du Code civil).

Si le bailleur est encore en possession du bien à l'issue du terme prévu au bail, il y a présomption de tacite reconduction de celui-ci (article 1738 du Code civil).

Les baux perpétuels sont prohibés, aussi les parties sont libres de mettre fin au bail dès qu'elles l'entendent. Mais lorsqu'un terme est stipulé dans le bail, celui-ci prend fin à l'arrivée du terme.

Le bail peut prendre fin de manière accidentelle par la perte de la chose louée ou en cas de faute d'exécution du bailleur ou du preneur (article 1741 du Code civil).

Il faut noter que la vente de la chose louée n'affecte pas les droits du titulaire du bail, ni la disparition d'une partie (dissolution d'une personne morale ou décès d'une personne physique). Le bail est transmissible (article 1742 du Code civil).

Par ailleurs, la pérennité du contrat de bail risque d'être remise en cause en cas de résiliation ou de non reconduction de la convention-type d'installation, de gestion, d'entretien et de remplacement de lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique (la « Convention-type ») élaborée avec les acteurs du marché à la suite de la promulgation du décret n° 2009-54 du 15 janvier 2009. En effet, la Convention-type stipule que le « droit de propriété » sur la fibre n'est accordé à l'opérateur d'immeuble que pour une durée de 15 ans renouvelable une seule fois tacitement. Dès lors, un contrat de location de fibre de longue durée ne pourra pas être signé par l'opérateur d'immeuble, sauf à déroger à la durée recommandée dans la convention-type ou à pérenniser les droits du preneur en cas de changement d'opérateur d'immeuble ou de propriétaire de la fibre.

#### - Conclusion sur le contrat de bail

Le contrat de bail ne porte pas transfert de droit réel. La tentation de qualification de l'IRU en contrat de bail sera favorisée chaque fois que la force du lien direct entre le titulaire du droit d'usage et le bien sera atténuée ou chaque fois qu'il pourra être démontré une absence de maîtrise du pouvoir de direction et de contrôle du



titulaire sur l'exploitation complète du bien. Ce sera particulièrement le cas, à notre avis si l'IRU porte sur une capacité de transmission et non pas sur une fibre ou si l'IRU est indivis.

## 2.2 L'accueil par les juridictions nationales

A notre connaissance, il existe peu de jurisprudences traitant spécifiquement du contrat d'IRU. Si de tels contrats ont été impliqués dans quelques décisions de la cour d'appel de Paris<sup>30</sup>, ils n'étaient pas l'objet principal du litige.

Seule une décision du tribunal de commerce de Nanterre en date du 4 juin 2003 où la qualification du contrat d'IRU est abordée pour la première fois mérite notre attention.

Dans cette affaire, la société LDCOM a concédé un droit d'utilisation de ses fourreaux à la société KPNQ par différents contrats d'IRU. Peu de temps après, la liquidation de KPNQ est prononcée et la société TELIA acquiert ses actifs. LDCOM objecta à TELIA l'incessibilité des contrats d'IRU qui, par ailleurs, auraient été résiliés et exclus de la cession par le juge commissaire.

Dans ses demandes, LDCOM affirme qu'elle n'a concédé à KPNQ qu'un droit temporaire d'occupation des fourreaux et que par conséquent, elle en reste propriétaire. LDCOM considère par ailleurs que les contrats d'IRU ne seraient que des contrats de location de longue durée de fourreaux.

En réponse, TELIA estime avoir acquis un droit d'usage des fourreaux en vertu de l'ordonnance du juge commissaire. De plus, les contrats d'IRU devraient être considérés comme des actifs incorporels dont le droit d'usage serait cessible.

Dans ce cadre, le tribunal a donc été amené à se prononcer sur la nature du contrat d'IRU et son sort en cas de liquidation judiciaire dans la décision du 4 juin 2003 :

Sur la nature du contrat d'IRU : les juges ont estimé que le contrat d'IRU stipulant que « KPNQ s'engage expressément, de manière irrévocable et sans conditions, à concéder à KPNQ un droit irrévocable d'usage exclusif sur les canalisations » correspond au contrat de louage définit à l'article 1709 du Code civil<sup>31</sup>. De plus, les canalisations doivent être considérées comme des immeubles.

Par ailleurs, les contrats d'IRU en l'espèce ne sauraient être qualifiés de contrats de fourniture de biens et services car LDCOM concède un droit d'utilisation et veille à son maintien alors que KPNQ assume les risques et responsabilités résultant de l'existence et de l'exploitation des canalisations.

---

<sup>30</sup> Cour d'appel de Paris 13 mars 2007 n°05/22978, JurisData n°2007-334126, chambre 3 section A « SA NEUF TÉLÉCOM / SELAFA MJA » ou encore Cour d'appel de Paris 1er mars 2007 n°05/00500 chambre 19 section B « S.A. MULLER TRAVAUX PUBLICS et autres c/ S.A.S. IDF COMMUNICATIONS »

<sup>31</sup> Article 1709 du code civil : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ».

Par conséquent, les juges ont considéré que le contrat d'IRU, portant sur des fourreaux en l'espèce, devait être qualifié de contrat de bail d'immeubles, relevant de l'article L.622-13 du code de commerce<sup>32</sup> : il n'était donc pas résilié d'office du fait du prononcé de la liquidation judiciaire, le liquidateur pouvant les continuer ou les céder en tant qu'unité de production dans le respect des conditions prévues contractuellement.

Sur l'existence et la propriété des actifs incorporels des IRU : les juges rappellent que le prix relatif au contrat d'IRU a été payé d'avance et que KPNQ était devenue propriétaire des droits découlant de ces contrats. De plus, de tels droits sont habituellement considérés comme des actifs incorporels sur le plan comptable avec amortissement sur la durée du bail.

Par conséquent, ces droits contractuellement acquis appartenaient en pleine propriété à KPNQ.

Sur le périmètre de la cession : les juges ont considéré que la cession en l'espèce avait le caractère d'une cession d'une unité de production au sens de l'article L.622-17 du code de commerce, comportant expressément la cession des droits sur le réseau IRU détenus par KPNQ. Les réseaux de télécommunications ont un caractère global, comprenant des actifs corporels et incorporels, et doivent être traités comme tels lors de cessions.

Le tribunal a donc considéré que TELIA, repreneuse des actifs de la société KPNQ liquidée, était bien cessionnaire des contrats d'IRU.

## **2.3 Un contrat sui generis**

L'IRU emprunte son régime juridique à différents contrats. Il possède et combine toutefois des caractéristiques propres. Le caractère sui generis de l'IRU est de nature à soulever des questions d'interprétation pour lesquelles on ne dispose pas de précédents, les contentieux relatifs à ce type de contrat étant rares.

### **2.3.1 Conséquences du caractère *sui generis* de l'IRU**

En résumé, les caractéristiques essentielles de l'IRU sont les suivantes :

- *un contrat concédant un droit d'usage permanent et complet, transférant, un droit personnel (bien que certains y voient un droit quasi-réel, droit dont les contours et les effets, au demeurant, ne sont pas bien définis).*
- *un contrat concédant un droit exclusif, de longue durée et irrévocable,*
- *le bénéficiaire de l'IRU dispose d'une liberté large d'exploitation du droit d'usage qui lui est concédé, il peut en général sous-louer ou sous concéder l'usage de tout ou partie du bien et des installations qui lui sont concédées par l'opérateur propriétaire,*
- *le bénéficiaire doit respecter les conditions d'utilisation et l'intégrité du bien et des installations de l'opérateur propriétaire. Il ne peut abuser de son droit d'usage.*

---

<sup>32</sup> Il s'agit de la version antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

- le bénéficiaire exploite et tire les fruits du bien concédé à ses risques et périls.
- Conséquences du caractère sui generis de l'IRU
  - Conséquences en matière de responsabilité et de transfert des risques

Le partage des responsabilités sera réglé par le droit commun des contrats et par les dispositions prévues à la convention. Les parties pourront donc aménager largement leurs obligations et le partage des risques et responsabilités au sein du contrat.

- Conséquences sur la cessibilité du contrat

Les modalités de cession du contrat d'IRU sont organisées selon la volonté des parties. Il conviendra donc de déterminer avec soin les modes de cession à prévoir et les conditions et garanties à y attacher.

- Conséquences en matière d'opposabilité du contrat

La question de l'opposabilité du contrat d'IRU est intimement liée à la qualité des prérogatives reconnues au bénéficiaire de l'IRU sur le bien objet de l'IRU et à la reconnaissance ou non du transfert d'un droit quasi-réel ou de prérogatives qui vont au-delà d'un simple droit personnel. La question n'est pas tranchée en jurisprudence mais si l'IRU n'a pas d'autre caractère qu'un simple droit personnel, son statut sera précaire dans toutes les circonstances où le titulaire devra opposer son droit à celui du propriétaire ou des créanciers du propriétaire.

Si l'on soutient que le contrat d'IRU ne transfère pas de droit quasi réel au titulaire d'IRU, mais uniquement un droit d'usage (au demeurant très fort car exclusif, irrévocable et consenti pour une longue durée), les conséquences en matière d'opposabilité du droit seraient, selon nous, les mêmes que pour le contrat de bail.

- Conséquences sur la durée du contrat

La durée de l'IRU peut, conformément au droit commun, être librement fixée par les parties. La seule limite tient à la prohibition des engagements perpétuels. Dès lors, un IRU de très longue durée est non seulement envisageable mais, comme nous l'avons observé, constitue une des caractéristiques majeures de l'IRU dans la pratique. L'IRU est le plus souvent consenti pour la durée de vie du bien objet du droit concédé. Ce caractère renforce le lien immédiat et direct existant entre le droit concédé et le bien objet de l'IRU. Il accentue par la même la nature quasi-réelle de l'IRU.

Toutefois, l'existence de ce lien caractéristique, de ce pouvoir immédiat et direct sur le bien objet de l'IRU doit être tempérée en fonction de la nature de la chose sur laquelle porte l'IRU.

### **2.3.2 La nature du droit concédé par le contrat d'IRU**

Le contrat d'IRU peut concéder des droits dont l'encrage et la portée sont de nature différente en fonction du bien sous-jacent sur lequel porte l'IRU. Comme indiqué précédemment, l'IRU peut porter sur une fibre (activée ou non) ou sur une capacité de transmission. La nature du droit concédé pourra être totalement différente en fonction de l'objet de l'IRU.

- Droit quasi-réel ou droit personnel ?

A ce jour, la question de la nature du droit d'IRU a été très peu, voire pas du tout, débattue en France. Seule une lettre du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'emploi <sup>33</sup> a tenté de donner une qualification à l'IRU dans les termes suivants : « *L'IRU est un droit quasi-réel sur la FON, le bénéficiaire du droit d'usage assurant l'intégralité des obligations incombant à un acheteur. Il peut dès lors être comptablement traité comme une immobilisation* ».

Cette analyse du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'emploi semble avoir été proposée en considération des nécessités de traitement comptable de l'IRU et ne trouve pas d'écho en jurisprudence ou dans la doctrine.

Il est généralement admis que les droits réels sont créés par la loi. Dès lors, pour que le droit né du contrat d'IRU soit qualifié de droit réel, il faudra qu'il se rattache à l'un des droits réels existant. Ainsi, seule la qualification d'usufruit pourrait permettre de reconnaître que l'IRU transfère un véritable droit réel (voir supra).

Cette conception ne nous paraît toutefois pas refléter les attributs spécifiques de l'IRU. Elle ne prend pas en compte l'originalité et l'étendue des droits conférés par l'IRU à son titulaire.

En effet, si l'on reconnaît, pour paraphraser le professeur Gérard Cornu lorsqu'il qualifie le droit attaché à l'usufruit<sup>34</sup>, que le bénéficiaire d'un IRU est investi, sur le bien objet de l'IRU, « *d'un pouvoir immédiat et direct* », il répond à la définition du droit réel. Or, la jouissance dont bénéficie le titulaire de l'IRU va au-delà d'un simple droit de créance, d'un droit purement personnel. Il s'apparente à un droit quasi-réel. L'IRU confère à son bénéficiaire un droit d'usage complet et irrévocable. Le bénéficiaire exerce des prérogatives très larges directement sur le bien objet de l'IRU, certes sans pouvoir l'aliéner, mais de manière totalement autonome sans avoir à en référer au propriétaire. En outre, le titulaire de l'IRU exploite la chose à ses risques et périls et ne peut obtenir aucun dédommagement du propriétaire en cas de perte ou de détérioration de la chose l'empêchant d'en percevoir les fruits. Il assume dans les faits une grande partie des privilèges et obligations du propriétaire.

Pour autant, contrairement à l'usufruitier, le bénéficiaire d'IRU n'est pas protégé par une *action réelle* qui lui permettrait d'agir en revendication contre les usurpations des tiers. De même l'opposabilité de son droit en toutes circonstances, notamment dans le cadre d'une procédure collective affectant le propriétaire du bien, ne lui est pas acquise.

A cet égard il convient de noter que la nature du bien objet de l'IRU n'est pas indifférente à l'étendue des droits qui peuvent être reconnus au titulaire de l'IRU. De même que l'usufruit d'un bien immobilier est immeuble par nature et est donc susceptible d'hypothèque, l'IRU ayant pour objet la jouissance d'un bien meuble (comme une fibre optique) crée un pouvoir immédiat et direct du bénéficiaire sur la fibre optique alors que l'IRU ayant pour objet la concession d'un droit d'usage d'une capacité ne confère pas ce droit direct sur la chose à son titulaire. En effet, aucun droit quasi-réel ne peut être reconnu sur une simple capacité de transmission où sur le droit de jouissance d'une longueur d'onde.

---

<sup>33</sup> C2007-181 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA (ci-après « SFR »), relative à une concentration dans le secteur des télécommunications, Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, n°4 bis du 7 mai 2008, NOR : ECEC0810976S (ajout).

<sup>34</sup> Gérard Cornu – Droit civil; les Biens 13<sup>ème</sup> édition ; Montchrestien, chapitre III l'Usufruit, p.150

Cette question de l'existence ou non d'un droit quasi-réel est fondamentale car elle impacte directement l'opposabilité et la cessibilité des droits attachés à l'IRU (voir supra).

Dès lors, si en dépit des caractéristiques intrinsèques de l'IRU, construites par la pratique, il n'est pas possible de lui reconnaître le caractère d'un droit quasi-réel, la sécurité juridique de son régime appelle sans doute une consécration d'un tel droit par la voie législative. Il est aussi possible d'imaginer que les règles de répartition des droits et obligations du nu-propiétaire et de l'usufruitier puissent être aménagées conventionnellement, permettant ainsi à l'IRU d'entrer plus pleinement dans le régime de l'usufruit. Cependant, une modification des règles instituées par le Code civil apparaît à cet égard difficile. Par ailleurs, l'opportunité d'un aménagement législatif doit être évaluée en fonction de l'impact concret que l'existence d'un droit réel aura sur la vie de l'IRU.

A ce titre, il est également intéressant de noter la réflexion doctrinale engagée par l'Avant projet de réforme du droit des biens, présidé par Monsieur Hugues Périnet Marquet, qui propose, en ses articles 608 et suivants, la création d'un droit de jouissance spéciale conférant un droit réel sur la chose. Ce droit de jouissance permettrait de créer conventionnellement « un droit réel ouvert » qui, contrairement à l'usufruit, ne porterait pas sur la totalité de l'usage d'un bien mais seulement sur une ou plusieurs de ses « *utilités* », au choix du « constituant ». Certaines des autres propositions de l'Avant-projet ayant fait l'objet de réformes législatives, il n'est pas exclu qu'un tel droit de jouissance puisse entrer dans notre droit positif. Il apporterait des possibilités plus larges et plus souples et permettrait au contrat qui conférerait un tel droit de jouissance de bénéficier des derniers éléments de sécurité juridique qui font aujourd'hui défaut à l'IRU ou qui ne lui ont pas été reconnu à ce jour.

- Nature de l'IRU et traitement comptable

Au-delà de la sécurité juridique de l'IRU, l'autre enjeu essentiel est la capacité pour le titulaire de l'IRU d'immobiliser le droit d'usage à l'actif de son bilan et de l'amortir pendant sa durée d'exploitation.

Pour qu'un élément d'actif puisse être considéré comme une immobilisation, celui-ci doit (i) constituer une source régulière de profit, (ii) être doté d'une pérennité suffisante, (iii) être cessible. Ces trois critères semblent remplis puisque (i) il est incontestable que l'IRU puisse être une source régulière de profit, (ii) la durée et les dispositions du contrat d'IRU en assurent la pérennité, (iii) la plupart des contrats d'IRU en autorise la cession. Dès lors, le droit né du contrat d'IRU peut être considéré comme une immobilisation.

Cette analyse est confirmée par le ministère de l'Économie de l'Industrie et de l'Emploi qui a explicitement considéré dans une lettre récente que l'IRU peut être comptablement traité comme une immobilisation corporelle, le bénéficiaire du droit d'usage assurant l'intégralité des obligations incombant à un acheteur.

Dès lors, en considération du droit d'usage concédé par le contrat d'IRU, l'investissement du bénéficiaire peut être inscrit à l'actif de son bilan, tandis que les sommes liées à l'amortissement de cet investissement sont reportées de façon annuelle dans un poste de « charges » du compte de résultat. La concession de ce droit d'usage née du contrat d'IRU se déprécie au fil des années (sur la durée ou une fraction de la durée du contrat d'IRU – 15 ou 20 ans) de manière identique à toute autre immobilisation corporelle inscrite à l'actif du bilan du bénéficiaire.

Dès lors, la possibilité d'amortir comptablement le contrat d'IRU ne semble pas poser de difficultés particulières.

### **3. L'utilisation de l'IRU et des autres droits dans le déploiement et l'exploitation des réseaux FTTH**

#### **3.1 Le cadre réglementaire et les objectifs poursuivis**

##### **3.1.1 Rappel du cadre réglementaire en vigueur**

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, faisant notamment suite au plan « France Numérique 2012 », a fourni le cadre juridique apte à faciliter le déploiement des réseaux très haut débit dans les immeubles en imposant notamment une obligation de « fibrer » les immeubles neufs et en créant le principe de mutualisation du câblage vertical à l'intérieur des immeubles. La loi dispose que tout opérateur d'immeuble qui déploie des fibres optiques à très haut débit doit faire droit aux demandes d'accès des autres opérateurs à la fibre pour fournir des services très haut débit aux habitants de l'immeuble dans des conditions non discriminatoires<sup>35</sup>.

Plusieurs décrets sont venus préciser les modalités de déploiement de la fibre. Le <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/decrets/2009/d2009-52-150109.pdf> décret n°2009-52 relatif à l'installation de lignes à très haut débit en fibre optique dans les bâtiments neufs est venu préciser les conditions d'installation de la fibre dans les immeubles neufs; le décret n°2009-53 a posé les règles relatives au droit au très haut débit.

Par ailleurs, le décret n°2009-54 relatif à la convention entre opérateur et propriétaire portant sur l'installation, la gestion, l'entretien et le remplacement de lignes à très haut débit en fibre optique dans un immeuble a mené à la rédaction d'une convention-type. Cette convention prévoit notamment que la propriété sur la fibre est concédée à l'opérateur investisseur pendant une durée de 15 ans renouvelable une fois, les autres renouvellements ultérieurs devant faire l'objet d'un accord express. Dès lors, la durée prévue pour la convention-type entre opérateurs et syndic d'immeuble n'est pas alignée avec les durées des droits d'usage sur la fibre envisagées par les opérateurs. En effet, qu'advierait-il, par exemple, des droits de long terme concédés un titulaire d'IRU par un opérateur dont la convention avec le syndic d'immeuble serait dénoncée au bout de 15 ans ?

La convention-type prévoit même que les parties peuvent décider dans certaines conditions de ne pas transmettre la propriété de la fibre à l'opérateur. Dès lors, la mise en place de droits pérennes pour l'exploitation de la fibre en serait grandement compromise.

---

<sup>35</sup> « Art. L. 34-8-3. – Toute personne ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final.

L'accès est fourni dans des conditions transparentes et non discriminatoires en un point situé, sauf dans les cas définis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, hors des limites de propriété privée et permettant le raccordement effectif d'opérateurs tiers, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables. Tout refus d'accès est motivé. Il fait l'objet d'une convention entre les personnes concernées. Celle-ci détermine les conditions techniques et financières de l'accès ... »

La loi du 19 décembre 2009 a également donné à l'ARCEP un pouvoir d'intervention pour préciser les modalités d'accès mutualisé à la fibre en vue d'assurer la cohérence du déploiement des réseaux et une couverture homogène du territoire.

L'ARCEP a enfin complété le dispositif réglementaire dans sa décision n°2009/1106 du 22 décembre 2009 qui précise les modalités d'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique. La décision de l'ARCEP envisage les modalités d'un partage ab initio du financement de l'accès très haut débit ainsi que, ultérieurement à l'installation des lignes, des moyens de satisfaire les demandes d'accès, via des offres actives ou passives, qui seraient proposées par l'opérateur d'immeuble aux opérateurs tiers.

L'ARCEP a par ailleurs lancé le 11 juin 2010 une consultation publique sur son projet de décision relatif aux modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques en dehors des zones très denses. Le recours à des solutions de co-investissement pourrait être également privilégié pour le déploiement de la fibre dans ces zones moins denses.

### **3.1.2 Les objectifs poursuivis par les opérateurs**

L'ARCEP a précisé dans sa décision n°2009-1106 en date du 22 décembre 2009 les modalités techniques et financières de l'accès aux lignes de communications électroniques en fibre optique à très haut débit dans les zones denses.

En application de ces dispositions, les opérateurs souhaitent que soit établi un cadre juridique clair et stable assurant la pérennité de leurs investissements et précisant notamment les conditions dans lesquelles ils donneront accès à la fibre lorsqu'ils seront opérateur d'immeuble et les conditions dans lesquelles ils bénéficieront de l'accès à la fibre lorsqu'ils agiront en qualité d'opérateurs commerciaux non investisseurs.

Il nous semble que le cadre clair et stable appelé de leurs vœux par les opérateurs devrait répondre aux objectifs suivants :

Permettre un co-investissement des opérateurs intéressés s'ils souhaitent investir conjointement dans la fibre,

Assurer à l'opérateur d'immeuble la pérennité de la maîtrise du câblage d'immeuble;

- Permettre la concession par l'opérateur d'immeuble à un ou plusieurs opérateurs commerciaux d'un droit d'usage ou de jouissance sur des fibres dédiées ou partagées selon les architectures de déploiement retenues par l'opérateur d'immeuble et les droits d'accès réclamés par les opérateurs commerciaux,
- Permettre la concession par l'opérateur d'immeuble à un ou plusieurs opérateurs commerciaux d'un droit d'usage ou de jouissance sur des fibres dédiées ou partagées selon les architectures de déploiement retenues par l'opérateur d'immeuble et les droits d'accès réclamés par les opérateurs commerciaux,
- Assurer aux opérateurs commerciaux un droit d'usage ou de jouissance sur la fibre ayant les caractéristiques suivantes :

- un droit d'usage soit dédié, soit partagé,
- un droit d'usage de longue durée (60 à 90 ans),
- un droit immobilisable et amortissable dans les comptes du bénéficiaire,
- un droit cessible,
- un droit opposable aux propriétaires successifs de la fibre si celle-ci était amenée à changer de mains que ce soit dans le cadre d'une cession volontaire, d'une cession forcée ou à l'occasion de l'exécution d'un plan de reprise ou de cession faisant suite à une procédure collective affectant l'opérateur d'immeuble.

### **3.2 La capacité de l'IRU et des autres droits à remplir les objectifs poursuivis**

#### **3.2.1 La copropriété**

Les co-investisseurs dans la partie terminale d'un réseau à très haut débit pourraient organiser une co-propriété sur la fibre et pérenniser ainsi leur investissement tout en organisant entre eux les conditions d'exploitation de cette fibre. En effet, dès lors que l'on ne peut diviser la propriété d'un même bien, la copropriété indivise pourrait permettre d'octroyer des droits de même nature à chacun des co-investisseurs.

Cette indivision pourrait être organisée dans une convention de copropriété entre les opérateurs investisseurs ab initio. La convention d'indivision permettrait d'établir les règles de fonctionnement de l'indivision et notamment de déterminer les modalités d'accès à la fibre pour chacun des coindivisaires et les droits et obligations associés. La convention pourrait également organiser les accès partagés à la fibre.

En l'absence de convention entre coindivisaires, la règle de l'unanimité des coindivisaires pour chaque décision constituera la principale difficulté<sup>36</sup>. En outre, sauf stipulation contraire au contrat d'indivision (dispositions elles-mêmes encadrées), en vertu des articles 815 et suivants du Code civil organisant le fonctionnement de l'indivision légale, « nul ne peut être contraint à l'indivision ». Ce droit de sortie de l'indivision est de nature à limiter grandement la pérennité du régime et son intérêt pour encadrer le déploiement de la fibre. Ce principe comporte un tempérament. Le Code civil prévoit que « le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ». En effet, ces nouvelles dispositions du Code issues des réformes de la loi du 31 décembre 1976 et de la loi du 23 juin 2006 prévoient, en l'absence de dispositions conventionnelles, que :

---

<sup>36</sup> Une autre difficulté du recours à l'indivision tient au fait qu'un indivisaire (ou le créancier personnel d'un indivisaire, par le biais de l'action oblique prévue à l'article 1166 du Code civil) peut toujours demander le partage.



- sur demande d'un indivisaire, le tribunal peut ordonner de surseoir au partage pour deux années si la réalisation immédiate de l'indivision risque de porter atteinte à la valeur des biens ou, et ce point est fondamental, si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise commerciale ou industrielle dépendant de la succession uniquement après le délai octroyé par le tribunal ;
- un indivisaire peut toujours, conformément au mécanisme de l'article 815-14, demander à ses coindivisaires d'agréer la cession de ses parts à un tiers. Les coindivisaires auront ensuite un mois pour décider ou non d'utiliser un droit de préemption pour le rachat des parts. Passé ce délai, la cession au tiers sera possible. Cette disposition permet à un indivisaire de sortir de l'indivision sans avoir à en réclamer le partage faisant perdre par la même au partage une partie de son intérêt.

Une solution encore plus pérenne serait d'écarter l'application des règles de l'indivision légale, qui sont supplétives, pour appliquer celles de l'indivision conventionnelle prévues aux articles 1873-1 et suivants du Code civil. En effet, en vertu de l'article 1373-3 du Code civil, une convention d'indivision conclue pour une durée déterminée peut interdire tout partage, sauf justes motifs, pendant la durée de la convention. Cette convention ne peut être conclue pour une durée de plus de 5 ans mais elle peut être renouvelée tacitement indéfiniment. Cette obligation temporaire de rester dans l'indivision a aussi l'avantage d'interdire aux créanciers personnels des indivisaires de faire usage de l'action oblique afin de demander le partage, les créanciers n'ayant pas plus de droits que leurs débiteurs (article 1873-15 du Code civil).

De surcroît, quand bien même la convention d'indivision serait conclue pour une durée indéterminée, la demande en partage ne pourrait aboutir à un partage effectif qu'à condition de ne pas avoir été faite « *de mauvaise foi ou à contretemps* ». Seront donc exclues les demandes en partage « *purement malicieuses, et celles qui sont formées à un moment défavorable pour des raisons économiques ou familiales*<sup>37</sup> ».

Une convention d'indivision rédigée à bon escient permettrait donc de faire temporairement ou partiellement obstacle à la règle selon laquelle nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

Une autre difficulté, qui ne doit pas être sous estimée, tient au risque de requalification de l'indivision en société de fait, notamment par l'administration fiscale, en particulier du fait que cette dernière ne se sent pas tenue par la doctrine dominante.

En effet, la doctrine considère qu'indivision et société ont été conçues, depuis la réforme de l'indivision par la loi du 31 décembre 1976, comme répondant à des besoins différents. L'indivision ne viserait « qu'à la satisfaction de l'intérêt individuel de chacun de ses membres et ne trouver[ait] son accomplissement que lors du partage<sup>38</sup> », se distinguant de la société censée être « un groupement de personnes collaborant durablement en vue de la poursuite d'une activité commune dans un but lucratif ».

---

<sup>37</sup> Recueil Dalloz de droit civil, étude sur l'indivision, F.X. Testu, n°1165.

<sup>38</sup> JCL civil, fascicule 60 : Succession – indivision - indivision et société. RTD civ. 2000 p 225 " la distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux " par Florence Deboisy et Guillaume Wicker.

Pour autant, l'indivision conventionnelle peut s'apparenter fortement au contrat de société, ce que n'a pas manqué de considérer une jurisprudence administrative majoritaire<sup>39</sup>. Elle a considéré en effet qu'une indivision devrait s'entendre comme une société de fait dès lors que l'intention de participer au partage des bénéfices et des pertes, c'est-à-dire l'affectio societatis, serait constituée entre ses membres.

Le risque de requalification ne peut être totalement écarté et ses incidences fiscales peuvent s'avérer extrêmement coûteuses. Il conviendrait d'analyser au cas par cas les conséquences des différents régimes d'indivision pouvant être créés, notamment celles résultant d'une indivision où une partie des opérateurs coindivisaires partagerait les redevances locatives reçues d'opérateurs commerciaux louant la fibre dans le cadre d'une offre de gros, celles-ci pouvant être considérées comme des bénéfices communs.

La copropriété indivise pourrait, sous les réserves indiquées ci-dessus, constituer un mode d'organisation des co-investisseurs ab initio dans les réseaux FTTH.

### 3.2.2 L'usufruit

L'usufruit présente l'avantage d'opérer le transfert d'un droit réel au profit de l'usufruitier. L'usufruit est librement cessible et opposable à tous. De la même manière, l'usufruit peut être sous-concédé à un tiers librement, sans que l'accord du nu propriétaire ne soit nécessaire. L'usufruit peut aussi, en tant que droit réel, être donné en garantie aux tiers.

En tant que droit réel, l'usufruit octroie à son titulaire une importante stabilité dans l'exploitation de son droit, notamment dans la cadre des procédures collectives pouvant affecter le nu-propriétaire ou l'usufruitier lui-même.

Par ailleurs, l'usufruit constitue un actif immobilisable et amortissable au sens comptable.

Pour autant, l'usufruit constitué au profit d'une personne morale présente l'inconvénient, majeur au cas d'espèce, d'être limité à 30 ans.

L'usufruit n'est pas non plus adapté à la gestion d'un accès partagé ou alternatif à la fibre pour les opérateurs commerciaux. En effet, on ne peut concéder qu'un usufruit sur un bien. Il pourrait pourtant être envisagé de créer un usufruit indivis qui serait accordé aux opérateurs commerciaux par l'(es) opérateur(s) d'immeuble afin d'organiser l'accès alternatif à des fibres partagées. En ce cas, les règles de fonctionnement propres à l'indivision décrites à la section 3.2.1 seraient applicables.

Un autre élément d'incertitude devrait être levé pour valider le recours à l'indivision. En effet, la jurisprudence a admis en matière d'indivisions complexes, à la suite d'une demande de partage, la licitation de la pleine propriété à la demande du nu-propriétaire et contre la volonté de l'usufruitier, considérant que « *si la masse indivise ne peut être commodément partagée, il peut être procédé à la licitation de la pleine propriété si cette*

---

<sup>39</sup> Il convient de noter qu'une partie importante de la doctrine réfute cette position qui considère que le choix des indivisaires devrait s'imposer au juge administratif.

*licitation apparaît nécessaire à l'assiette de l'usufruit et seule protectrice de l'intérêt des parties*<sup>40</sup> ». La jurisprudence s'est également prononcée dans ce sens pour le cas inverse.

Pour contrecarrer cette position, le législateur est intervenu à deux reprises avec les lois n° 76-1286 du 31 décembre 1976 et n° 87-498 du 6 juillet 1987 qui ont donné une nouvelle rédaction à l'article 815-5, alinéa 2 du Code Civil. Ce dernier dispose désormais : « *Le juge ne peut, à la demande d'un nu-proprétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier* ».

La solution est acquise pour l'usufruitier : un nu-proprétaire ne peut plus obtenir la vente en pleine propriété d'un bien si l'usufruitier s'y oppose. Elle reste en revanche incertaine pour le nu-proprétaire, le législateur ayant omis de trancher le cas où l'usufruitier sollicite la licitation de la pleine propriété, à l'encontre de la volonté du nu-proprétaire. Une partie de la doctrine considère que la règle de l'article 815-5 alinéa 2 du Code civil est réciproque. Pour les autres, la règle prétorienne devrait toujours valoir lorsqu'une demande est dirigée contre le ou les nus-proprétaires<sup>41</sup>.

En raison de l'obstacle lié à sa durée, l'usufruit présente un handicap majeur pour remplir les objectifs recherchés par les opérateurs. En outre, dans le cas du recours à des fibres partagées, la création d'un usufruit indivis se heurte également à des obstacles difficilement contournables: la difficulté d'apporter à un co-indivisaire voulant sortir de l'indivision une véritable liquidité de ses droits et l'incertitude quant à la pérennité du régime face à une demande de partage.

### **3.2.3 Le contrat d'IRU**

Le contrat d'IRU a montré depuis près d'un demi-siècle d'utilisation dans le secteur des télécommunications qu'en dépit de son caractère sui generis, il était particulièrement adapté au préfinancement d'investissements très significatifs dans un cadre juridique balisé. Cependant, l'IRU n'a pas véritablement subi, en droit français, un test de résistance en vraie grandeur sur son opposabilité aux cessionnaires successifs du bien objet de l'IRU, notamment dans le cadre de procédures collectives où la qualité de créancier chirographaire est loin d'apporter toute la sécurité juridique souhaitée.

On peut néanmoins porter au son crédit de l'IRU d'avoir traversé la période délicate d'éclatement de la bulle Internet dans les années 2000 et les difficultés qu'ont connus les opérateurs d'infrastructure de réseau à cette époque sans montrer des failles d'une ampleur telle qu'elles auraient été rédhibitoires pour son avenir.

Sans être exempt de défauts, l'IRU est une de ces créations de la pratique dont le degré d'hybridation a sans doute assuré l'intérêt et la préservation. C'est un instrument juridique souple, concret et bien adapté à son usage.

L'IRU peut être créé pour des durées très longues, souvent alignées sur la durée de vie économique du bien sous-jacent sur lequel porte le droit d'usage. En ce sens, il est compatible avec la durée des droits de jouissance envisagée par les opérateurs investissant dans les réseaux FTTH. Un IRU d'une durée de 60 ou 90 ans est tout à fait envisageable dès lors que la fibre peut techniquement et économiquement être exploitée par le titulaire pendant cette durée et que la convention entre le syndic et l'opérateur d'immeuble demeure en vigueur.

---

<sup>40</sup> Req. 20 juill. 1932

<sup>41</sup> Cass. 1re civ. 21 juin 1954

La fragilité du dispositif pourrait en effet venir de l'absence d'alignement de la durée de l'IRU et de la durée de la Convention-type avec le syndic d'immeuble. La convention-type propose une durée de 15 ans renouvelable et stipule, sauf disposition contraire, que « *les Lignes [de communications électroniques], équipements et infrastructures d'accueil installés par l'Opérateur [d'immeuble] sont sa propriété pendant la durée de la ... convention* ». Dès lors que la Convention-type serait résiliée ou non renouvelée, il sera nécessaire, pour la pérennité de l'IRU, de s'assurer que le contrat d'IRU sera opposable au nouvel opérateur d'immeuble ou au cessionnaire de l'infrastructure objet de l'IRU.

Comme on l'a vu précédemment, l'autre atout de l'IRU est l'acceptation commune, et la validation par l'administration fiscale et les organismes de normalisation comptable du principe selon lequel l'IRU répondant à certaines caractéristiques constitue un actif immobilisable et amortissable pour le bénéficiaire et une vente de bien pour le concédant de l'IRU.

Les travaux de normalisation comptable menés aux États-Unis après l'affaire Worldcom ont permis d'aboutir à une classification précise des cessions d'IRU, et ce quel que soit l'objet ou la nature du contrat d'IRU (capacité, fibres noires, fibres spécifiques, IRU de court ou de long terme....)<sup>42</sup>. Ainsi, les normes internationales ont classé les différents contrats d'IRU en fonction de leurs caractéristiques et proposé des modes de comptabilisation associés. On notera à cet égard que la norme IAS 17 indique un certain nombre de critères qui sont susceptibles de faire classer un contrat d'IRU en contrat de location-financement. Parmi ces critères alternatifs figure la durée du contrat qui doit couvrir la majeure partie de la vie économique de l'actif même s'il n'y a pas de transfert de propriété.

Par ailleurs, l'IRU peut être rendu plus ou moins cessible en fonction du degré d'intuitu personae de la relation entre le concédant et le bénéficiaire, mais le principe en la matière est celui de la liberté contractuelle. Dès lors il n'existe aucun obstacle a priori à la libre cession de l'IRU d'autant plus qu'un IRU portant sur des fibres et non pas sur des immeubles par destination, ne nécessitera pas d'autorisation ou de permission individuelle (telles qu'une servitude, une permission de voirie, une autorisation d'occupation ou un droit de passage, lorsqu'une telle obtention est mise à la charge du bénéficiaire) qui serait de nature à en limiter la libre cession. De même, rien n'interdit à un opérateur commercial, bénéficiaire d'un IRU sur fibre dédiée qui lui serait concédé par un opérateur d'immeuble, de concevoir et proposer à d'autres opérateurs commerciaux une offre de gros d'accès à la fibre sous la forme d'une location ou d'une sous-concession du droit d'usage de la fibre, dès lors que le contrat principal d'IRU ne le lui interdit pas.

- La compatibilité de l'IRU avec des offres de fibres partagées

Certains opérateurs proposent dans leur offre d'accès au câblage d'immeuble un accès à des fibres partagées. Si le régime de l'IRU était proposé pour la mise en place de ces offres, il convient de s'assurer de sa compatibilité avec une offre de fibre partagée.

L'IRU de fibre devra être adapté aux architectures de lignes envisagées par les opérateurs. Que ce soit dans le cadre d'une architecture mono-fibre avec dispositif de brassage ou d'une architecture multi-fibres, lorsque l'opérateur d'immeuble propose l'usage d'une fibre partagée, l'IRU qui porte sur un droit exclusif, permanent et

---

<sup>42</sup> Pour une étude précise des différents modes de comptabilisation des contrats d'IRU cf. " Analyse juridique et traitement comptable des « cessions » de fibres optiques " – Arnaud TONNET Novembre 2005 ; Mémoire d'expertise comptable publié par le Centre de documentation des experts-comptables et des commissaires aux comptes.

irrévocable d'usage doit pouvoir être concédé à un opérateur et un seul. En effet, on voit mal un IRU concédé par l'opérateur d'immeuble à plusieurs opérateurs commerciaux qui se grouperaient pour exploiter à tour de rôle la fibre.

L'IRU se caractérise par la concession d'un droit d'usage *exclusif* a priori incompatible avec le principe d'un accès des opérateurs commerciaux à une fibre partagée par logement.

Deux aspects doivent être analysés pour vérifier si cette incompatibilité est réelle. Il convient de vérifier d'une part si l'IRU ne peut porter que sur un droit d'usage *exclusif* et d'autre part si l'offre de fibre partagée fait réellement obstacle à la notion d'usage exclusif.

L'IRU étant une création de la pratique, il n'existe pas de norme listant l'ensemble minimum de droits à constituer qui permettrait de qualifier la substance d'un IRU. Néanmoins, en l'absence d'une telle norme, on peut constater que l'IRU est reconnu en tant qu'actif immobilisable uniquement dans la mesure où il concède un droit exclusif, étendu et irrévocable à son propriétaire lui assurant une jouissance du bien correspondant. Dès lors, l'attribut d'usage exclusif nous paraît consubstantiel à la qualification de l'IRU.

Si l'on s'en tient à ce constat il serait alors impossible de concéder un IRU sur une fibre partagée, l'exclusivité de l'usage faisant défaut.

Cette contradiction n'est qu'apparente. En effet, dans le cadre de l'offre d'accès à la fibre partagée, ce n'est pas le droit de jouissance qui est partagé mais le bien sur lequel porte ce droit, en l'occurrence la fibre. En outre, l'offre de fibre partagée porte sur la concession d'un droit d'usage exclusif, mais discontinu dans le temps. La concession du droit d'usage est discontinuée, en ce sens que le bénéficiaire l'activera lorsqu'il aura l'usage du câblage pour raccorder un utilisateur final et sera un bénéficiaire passif lorsqu'un autre opérateur commercial utilisera le même câblage pour raccorder ce même utilisateur à son réseau si ce dernier décide de changer de fournisseur. La même fibre ne sera pas utilisée concomitamment par deux opérateurs. En résumé le bénéficiaire du droit de jouissance sur une fibre partagée ne partagera pas son temps de jouissance. Il aura bien un usage exclusif de ce droit pendant la période où il aura activé son temps de jouissance en raccordant l'utilisateur final à son réseau. Ce droit de jouissance est bien un droit de jouissance personnel et exclusif, mais intermittent et discontinu, le droit n'étant activé que pendant la période de raccordement d'un client. La nature de ce droit est assez proche du droit de jouissance concédé par les sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé issu de la loi du 6 janvier 1986<sup>43</sup>.

Le contrat d'IRU qu'il porte sur des fibres dédiées ou partagées présente certaines imperfections qui sont principalement :

- l'absence de constitution de droit réel et du fait de l'absence de publicité des droits concédés une sécurité juridique reposant exclusivement sur une chaîne de contrats;

---

<sup>43</sup> Loi n°86-18 du 6 janvier 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé.

- l'opposabilité du contrat d'IRU au cessionnaire de l'infrastructure en cas de vente ou de changement du propriétaire de la fibre ou en cas de procédure collective,
- le traitement comptable de l'IRU sur fibre partagée qui nécessite que soit validé le principe de l'usage exclusif et discontinu afin d'éviter que le contrat soit requalifié en contrat de service ou de location. Il conviendra à cet égard d'analyser si ce type d'IRU peut toujours être traité comptablement en immobilisation. Par analogie, les contrats d'IRU de « capacité » sont par exemple soumis à la norme IAS 18 et sont traités comme de simples contrats de prestations de service. L'IRU de capacité présente en effet le degré ultime de démembrement du contrôle sur l'actif physique et de dissolution du lien rattachant le droit concédé au bien sous-jacent. L'actif sous-jacent objet de l'IRU n'est plus spécifique au contrat d'IRU. Son utilisation est partagée entre plusieurs utilisateurs.

### 3.2.4 Le droit de jouissance spéciale

L'avant projet de réforme du droit des biens, présidé par Monsieur Hugues Périnet Marquet, prévoit la création d'un nouveau droit réel, le droit de jouissance spéciale.

Ce droit réel de jouissance spéciale est défini à l'article 608 de l'avant projet. Il confère à son titulaire un usage ou une jouissance spéciale sur un ou plusieurs biens. Toute « utilité » du bien peut faire l'objet d'un tel droit, qu'elle soit permanente, continue, alternative ou encore à temps partagé. En ce sens, les rédacteurs de l'avant projet ont imaginé que ce droit de jouissance puisse instituer un droit réel de jouissance partagée, à l'instar de la loi sur les sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé (L. n° 86-18, 6 janv. 1986, JO 8 janv.) Certains auteurs souhaitent permettre aux bénéficiaires du droit de jouissance spéciale de jouir d'un droit réel sur la chose pendant une durée déterminée. Ce nouveau droit de jouissance présente assurément un intérêt pour répondre aux imperfections des régimes juridiques des droits que nous avons précédemment analysés. Les opérateurs commerciaux pourraient se faire attribuer un droit réel de jouissance spéciale sur l'utilisation de la fibre. Ils pourraient ainsi bénéficier d'un accès partagé à la fibre selon un mode qui pourrait être à la fois alternatif et successif.

Il convient de noter qu'en principe ce nouveau droit se verrait appliquer le même régime juridique que l'usufruit selon les dispositions des articles 609 et 610 de l'avant projet. Sa durée est donc de 30 (trente) ans pour les personnes morales. Pour autant, il est suggéré que cette durée soit supplétive. En effet, lors de la présentation du texte l'un de ses rédacteurs, Monsieur le Professeur Jean-Louis Bergel, a concédé que « l'on pouvait toujours discuter de la durée maximale du droit réel de jouissance spéciale ». Le Professeur Bergel a tout de même considéré que, quand bien même le droit de jouissance dépasserait la durée de 30 ans, il devrait être conclu pour une durée déterminée.

Le droit réel de jouissance semble donc pouvoir échapper à la stricte limite de 30 ans applicable à l'usufruit. Les opérateurs pourraient donc constituer des droits réels de jouissance spéciale aménagés conventionnellement pour une durée supérieure à 30 (trente) ans et créer ainsi un contrat compatible avec la durée de vie exploitable des fibres optiques et d'une pérennité équivalente à celle du contrat d'IRU.

On peut en revanche regretter l'absence d'un mode simple de publicité pour le droit de jouissance spéciale et pour les droits réels grevant les biens meubles en général. La création d'une publicité équivalente pour les biens

meubles aurait permis de sécuriser les droits de chacun des opérateurs dans des montages juridiques où la concession alternative ou successive de plusieurs droits sur un même bien est de nature à créer des incertitudes que la seule preuve par un acte sous seing privé ne sera pas toujours en mesure de faire disparaître.

Comme tout droit réel, le droit de jouissance spéciale est pleinement opposable.

Pour le bénéficiaire, il présente l'avantage d'être opposable, transmissible et cessible et permet du fait de sa durée de financer ses investissements, de grever un droit de sûreté pour obtenir des financements et de rentabiliser l'opération. Ce dernier constitue donc une valorisation indirecte de la propriété par son exploitation.

A l'instar de l'usufruitier, le bénéficiaire du droit de jouissance spéciale ne peut réclamer d'indemnisation du fait de la perte de la chose. A la différence du bailleur dans le contrat de bail, le propriétaire du droit réel de jouissance n'est pas tenu de faire jouir le bénéficiaire mais doit simplement le laisser jouir. En cas de perte de la chose, l'article 617 in fine (applicable au droit réel de jouissance spéciale) dispose que la convention prend fin. Suivant l'adage *res perit domino*, chaque partie supporte alors les risques pour ses propres droits réels : le propriétaire - le risque de perdre la nue-propriété et le bénéficiaire - le risque de perdre son droit réel de jouissance spéciale. Le propriétaire n'assume qu'une obligation passive : laisser le bénéficiaire jouir du bien.

Si le droit de jouissance spéciale entrait dans notre droit positif en l'état, il pourrait donc répondre aux besoins de l'installation et de l'exploitation de la fibre FTTH.

En résumé, le tableau ci-dessous présente une vision synthétique de l'aptitude des différents régimes juridiques analysés à répondre aux principaux enjeux et caractéristiques recherchés par les opérateurs.

## **CONCLUSION**

Le régime juridique apte à encadrer les accords d'investissement entre opérateurs pour le déploiement de la fibre à très haut débit dans les immeubles devrait combiner les caractéristiques suivantes:

- ✓ Donner un cadre stable au co-investissement *ab initio* aussi bien qu'à la concession postérieure de droits d'usage à un nouvel opérateur;
- ✓ assurer aux opérateurs commerciaux une jouissance pérenne et sur des durées très longues (60 à 90 ans) des droits qu'ils ont acquis sur la fibre,
- ✓ permettre de traiter comptablement le droit concédé comme un actif amortissable,
- ✓ garantir l'opposabilité des droits concédés aux opérateurs commerciaux en cas de changement du propriétaire de la fibre ou de procédure collective l'affectant,
- ✓ permettre au détenteur du droit de jouissance sur la fibre de sous-concéder l'usage de la fibre ou de proposer des offres de gros,
- ✓ être adapté à la commercialisation d'offres d'usage partagé de la fibre.

En résumé, le régime juridique idéal doit être en mesure d'apporter la reconnaissance *erga omnes* du droit concédé à l'opérateur commercial, la sécurité et la souplesse d'exercice de ce droit, dans le temps et à grande échelle.

Dans le cadre d'une opération de co-investissement décidée *ab initio* entre plusieurs opérateurs pour déployer la fibre sur une commune ou un quartier, Le régime de copropriété indivise sous une forme purement

contractuelle ou sous une forme plus structurée passant par la création d'un véhicule commun d'investissement apparaît la solution la plus adaptée. Le règlement de copropriété ou les statuts de la société d'investissement permettront de définir les quote-parts de propriété dévolues à chaque opérateur en contrepartie de son investissement, de fixer les obligations et charges qu'ils devront assumer dans le cadre de l'exploitation-maintenance du réseau de fibres et de déterminer les règles permettant d'accueillir un nouvel opérateur dans l'indivision et celles régissant la cession des droits des copropriétaires. En revanche, la copropriété indivise ne sera pas adaptée à des accords dans lesquels les opérateurs n'auraient pas la volonté de partager des engagements d'investissement ou sur des projets plus limités dans le temps ou dans l'espace.

A côté du régime de copropriété, très lourd et structuré, des régimes ne mettant pas en œuvre une propriété commune de l'infrastructure seront plus adaptés à des projets qui ne sont pas fondés sur un véritable co-investissement tout en permettant la concession de droits d'usage de longue durée. Parmi ces régimes, deux grandes catégories se détachent. Les régimes s'appuyant sur la constitution d'un droit réel et ceux ne conférant qu'un droit personnel mobilier.

Hormis le droit de propriété, les régimes concédant un droit réel sont l'usufruit et, si les objectifs retenus par l'avant projet de réforme du droit des biens sont confirmés, le droit de jouissance spécifique. En dépit de qualités théoriques indéniables, l'inconvénient majeur du droit de jouissance spécifique est de ne pas faire aujourd'hui partie de notre droit positif. L'usufruit et, pour accompagner les offres de fibres partagées, l'usufruit indivis, méritent plus d'attention.

Le démembrement de la propriété d'une fibre ou d'un ensemble de fibres par un opérateur d'immeuble permettrait de répondre aux demandes des opérateurs commerciaux voulant bénéficier d'un droit de jouissance sur des fibres dédiés. La constitution d'un usufruit au profit d'une personne morale ne pourra cependant pas excéder 30 ans, durée incompatible avec les droits de jouissance envisagés par les opérateurs qui, se fondant sur la durée de vie économique de la fibre noire, envisagent des durées d'utilisation de l'ordre de 60 à 90 ans. La constitution d'usufruit sur fibre dédiée pose donc la question du régime applicable au droit d'usage concédé au terme de cette période de 30 ans. On peut imaginer que d'ici là les propositions concernant la création d'un droit de jouissance spécifique auront abouti et que ce droit pourrait succéder à l'usufruit. Cette projection n'est pas très sûre, en particulier dans la mesure où les durées évoquées du droit de jouissance spécifique sont alignées sur celles de l'usufruit, même si certains universitaires prônent la possibilité de créer ce droit de jouissance spécial sur des durées beaucoup plus longues.

L'usufruit est beaucoup moins adapté pour encadrer des offres de jouissance partagée de fibres. Il sera nécessaire de constituer un usufruit indivis au profit des opérateurs bénéficiaires du droit de jouissance partagé sur la fibre. L'usufruit indivis revient à superposer deux régimes juridiques complexes, l'un l'usufruit ne se prêtant pas à un usage partagé et l'autre l'indivision qui nécessite de définir les règles d'exploitation entre les coindivisaires et les droits et obligations des coindivisaires.

L'IRU est une création de la pratique mais il est bien connu des opérateurs de télécommunications. Son régime est souple et adapté au financement d'infrastructures sur le long terme. L'IRU portant sur un bien immeuble ou un bien meuble corporel est considéré comme une immobilisation et est amortissable. L'IRU peut s'adapter à un droit d'utilisation exclusif mais discontinu permettant d'organiser un usage partagé de la fibre. La seule critique qui peut être portée à l'encontre de l'IRU par rapport aux objectifs recherchés dans le cadre du déploiement des câblages optiques très haut débit dans les immeubles est qu'il n'emporte pas constitution d'un droit réel opposable à tous. A cet égard il n'apporte pas à son bénéficiaire les mêmes garanties d'opposabilité que



l'usufruit. Cette différence demeure toutefois en grande partie théorique et pourrait être partiellement gommée par un renforcement du dispositif conventionnel de l'IRU.

La différence entre les droits d'opposabilité est théorique. En effet, le droit réel conféré par l'usufruit est soit un droit immobilier soit un droit mobilier, selon que la chose à laquelle il s'applique est immobilière ou mobilière (C. civ., art. 526). Or, en l'espèce l'usufruit portant sur la fibre confèrera uniquement un droit réel mobilier à l'usufruitier. Dès lors en l'absence d'enregistrement ou de publication du droit réel constitué, son opposabilité sera aussi difficile à mettre en œuvre qu'un droit de créance reconnu par contrat.

De son côté, le contrat d'IRU peut être aménagé pour contenir un engagement du concédant à informer le propriétaire ou le syndic de l'immeuble dans lequel la fibre est tirée de l'existence des IRU concédés et l'identité de leurs bénéficiaires. De même, l'opérateur d'immeuble concédant l'IRU pourrait prendre l'engagement, dans le cas où il céderait la propriété de la fibre à un tiers (notamment dans le cas où sa Convention d'Immeuble ne serait pas reconduite), de faire reconnaître et accepter par le cessionnaire de la fibre, l'existence et les droits des titulaires d'IRU sur la fibre comme condition préalable à la cession. Même s'il ne s'agit de la part de l'opérateur d'immeuble que d'un engagement de faire qui ne se résoudrait qu'en dommage-intérêts en cas d'inexécution, un tel dispositif est de nature à renforcer l'opposabilité des droits du titulaire d'IRU et à lui assurer une protection.

## TABLEAU DE SYNTHÈSE DES RÉGIMES DES PRINCIPAUX DROITS ET CONTRATS ETUDIÉS

Régime Juridique	Copropriété ab initio	Usufruit	IRU	Jouissance Spécifique
Droit personnel vs/droit réel	Droit réel	Droit réel	Droit personnel	Droit réel
Durée des droits ou du contrat/ limitation de durée	Pas de limitation	très inférieure à la durée de vie économique de la fibre	Pas de limitation	Limitation à 30 ans mais règle supplétive à laquelle il pourrait être dérogé
Opposabilité du droit aux propriétaires successifs	Oui	Oui	Non sauf clause spécifique ou dispositif de droit de suite	Oui
Possibilité d'instaurer un droit d'usage partagé	Oui : copropriété	Oui : usufruit indivis	Oui : IRU à usage exclusif mais discontinu	Oui (envisagé)
Droit amortissable comptablement	Oui	Oui	Oui	?
Faculté de sous-concession du droit	Oui	Oui	Oui	?
	Oui	Oui	Oui	?
Possibilité d'entrée ultérieure d'un opérateur commercial additionnel	Oui en conformité avec les dispositions de la convention de copropriété	Non, sauf à racheter les parts d'un usufruitier indivisaire.	Oui	?
Pérennité/sécurité du régime	Oui Prévenir le risque de requalification	Risque de requalification de l'usufruit indivis	Oui. Intérêt d'un dispositif contractuel d'accompagnement	?

## **BIBLIOGRAPHIE**

---

### **1. Cadre législatif et réglementaire**

Loi n°2008-776 de modernisation des entreprises du 4 août 2008.

Rapport de l'ARCEP au Parlement et au Gouvernement relatif au secteur des communications électroniques outre-mer 8 janvier 2010 :

[http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/rapport-dom-080110.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-dom-080110.pdf)

Aspects réglementaires, d'infrastructure et de tarification des services de communications électroniques et des connexions haut débit dans les régions ultrapériphériques (RUP).

[http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docgener/studies/pdf/rup\\_broad/rup\\_broadband\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/studies/pdf/rup_broad/rup_broadband_fr.pdf)

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

[http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gsavis/09-1106.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/09-1106.pdf)

Liste des décisions de l'ARCEP se prononçant sur les différends en matière d'exécution de conventions d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&page=1&idSarde=SARDOBJT000007105253&ordre=null&nature=null&g=ls>

Notamment : Décision 2006-0406 rappelant la position de l'ARCEP concernant le principe d'accès

[http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20060520&numTexte=00104&pageDebut=00104&pageFin=](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20060520&numTexte=00104&pageDebut=00104&pageFin=)

### **2. La nature juridique et la cessibilité du contrat d'IRU en droit français**

Tribunal de commerce de Nanterre 7<sup>ème</sup> chambre, 4 juin 2003, SA Louis Dreyfus Communications / TELIA International Carrier France N°2002F3480.

- « La cessibilité des contrats IRU » par Me Christophe PICHARD, Journal des sociétés n°14 octobre 2004.
- « Analyse juridique et traitement comptable des « cessions » de fibres optiques » par Arnaud TONNET, novembre 2005.

C2007-181 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications, Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, n°4 bis du 7 mai 2008 (l'IRU en tant que droit quasi réel sur une fibre).

### **3. Le contrat d'IRU à l'étranger**

#### Doctrine :

- « Assessing the rights of IRU Holders in uncertain times » par Arun S. Subramanian; Columbia Law Review" COL 103-8/COL804 – 2 December 2003
- « Assessing rights of IRU holders » par Arun S. Subramanian, May 2010, Vol. 110, No. 4 Columbia Law Review
- « The Treatment of IRUs in Bankruptcy Proceedings », Journal of Bankruptcy Law and Practice, November/December, Volume 11, Number 1, 2001.
- « Indefeasible Rights of Use in a Revived Telecommunications Industry : Revisiting the Treatment of IRUs in Bankruptcy Proceedings » par Charles A. Rohe et Richard H. Agins
- « *The Treatment of IRUs in Bankruptcy Proceedings* », Michael J. Lichtenstein & Charles A. Rohe, (Nov./Dec. 2001) : <http://www.bingham.com/Media.aspx?MediaId=7714>
- « *Access to international telecommunications facilities* » par Paul Hitchings, European Competition Law Review (ECLR), 01/02/1998 Numéro 2, Page(s) 85 -98.

#### Jurisprudence :

- WorldCom, Inc. v. PPLPrism, LLC : Worldcom, Inc., 343 B.R. 430, 46 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 160 (Bankr. S.D. N.Y. 2006)

### **4. L'indivision**

#### Ouvrages et revues :

- Code civil :
  - Livre 3 ; titre 1 ; chapitre VII (du régime légal de l'indivision) et chapitre VIII (du partage)
  - Titre IX bis : des conventions relatives à l'exercice des droits indivis
- « Droit civil - les biens » de Christian Atias 2005
- Répertoire de droit civil, l'indivision, novembre 1997 (dernière mise à jour : mars 2010) par Xavier Testu;
- RTD Civ. 2000 p. 225, La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux, Florence Deboissy, Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane ; UFR des sciences juridiques et économiques de Guadeloupe et Guillaume Wicker, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV
- AJ Famille 2010 p. 312, Les conventions d'indivision, Christophe Vernières, Chargé d'enseignement à l'université Panthéon-Assas (Paris II) et à l'université de Reims ;
- Répertoire de droit civil, Partage novembre 1997 (dernière mise à jour : mars 2010) par Claude Brenner CHAPITRE 1 - Droit au partage ;
- JurisClasseur Civil Code Fasc. 10 : SUCCESSIONS. – Indivision. – Notions générales, III.- Objet de l'indivision ;
- JurisClasseur Civil, Fascicule 60 : SUCCESSIONS- Indivision- indivision et société.

Jurisprudence :

- Cass. 1re civ. 31 mai 1983, RTD civ. 1984.538, obs. crit. J. Patarin
- CA Nancy, 16 nov. 1961, JCP 1964.II.13477, note P. Voirin

**5. Le bail emphytéotique**

Le code rural :

- Livre IV ; titre V : bail emphytéotique (art L 451-1 à L451-13)

**6. Le droit réel de jouissance spéciale**

Avant projet de réforme de l'association Capitant (<http://www.henricapitant.org/node/70>)

- Recueil Dalloz 2009 p. 508, L'avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique, William Dross, Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin), Directeur du Centre de droit privé-théorie juridique et Blandine Mallet-Bricout, Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin) ;
- Recueil Dalloz 2009 p. 2300, Droit des biens, mai 2008 - juillet 2009, Blandine Mallet-Bricout, Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin), Responsable du Master 2,
- Recueil Dalloz 2009 p. 152, La proposition de réforme du droit des biens, Hugues Périnet-Marquet

**7. L'usufruit**

Revue des sociétés 2009 p. 517, La classification juridique des apports en nature, Nicolas Binctin, Professeur de droit à l'Université de Poitiers ; Membre du Cecoji.

- « *Théorie juridique* » n°104 par J. Carbonnier.

Encyclopédies JurisClasseur :

- Fasc. unique : USUFRUIT. – Caractères et sources
- Fasc. 10 : USUFRUIT. – Prérogatives de l’usufruitier. – Droit de l’usufruitier (usage et jouissance).
- Fasc. 20 : USUFRUIT. – Prérogatives de l’usufruitier. – Pouvoirs de l’usufruitier (administration et disposition)
- Fasc. unique : USUFRUIT. – Fin de l’usufruit
- Fasc. unique : USUFRUIT. – Obligations de l’usufruitier. – Obligations de l’usufruitier en cours de jouissance

Répertoire de droit civil, « Usufruit » - dernière mise à jour : mars 2010 par Alfred Rieg

Jurisprudences :

- Cass. Com. 22 janvier 2008, n°06-20766 (droit pour le nu-proprétaire de disposer du bien indépendamment de l’usufruit)
- Cass. Civ. 3ème, 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-19875 (cession en pleine propriété des actifs objets de l’IRU sans l’accord de l’usufruitier)
- CA Caen, 1ère Civ. 24 janvier 1995, JurisData : 1995-040417 (durée de l’usufruit supérieure à 30ans)
- Cass. Civ. 3ème, 7 mars 2007, pourvoi n°06-12568 (durée de l’usufruit maximale de 30ans)

**8. Divers**

« L’IRU, nouvel outil contractuel au maniement délicat », Les Échos n° 18149 du 10 Mai 2000.

Origines du contrat d’IRU : American Tel. & Tel. Co., 37 F.C.C. 1151, 1161 (1964)

IRU et contrat de vente : « *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux* » n°24, par A. Benabent, Ed. Montchestien.

IRU et contrat de bail : JurisClasseur Bail à louer, Fasc. N°256, B. Vial-Pedroletti, n°3.

