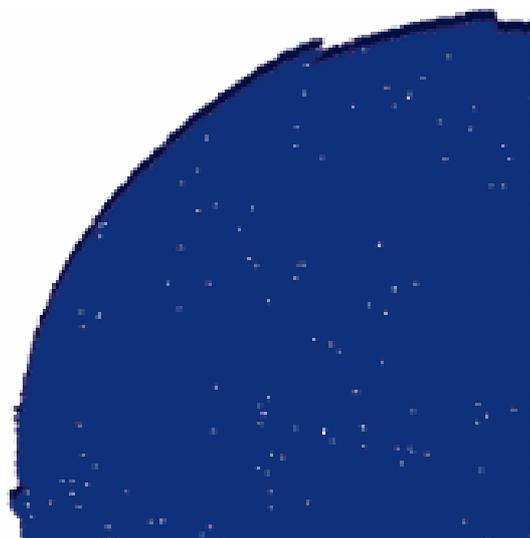


CONSULTATION PUBLIQUE

Juin 2007

Projet de rapport sur la mise en conformité des conventions câble

Consultation publique du 22 juin au 6 juillet 2007



Objet de la consultation

La loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a posé le principe d'une mise en conformité avec le cadre législatif en vigueur des conventions conclues entre les collectivités territoriales et les câblo-opérateurs. Elle fixait la date du 1^{er} juillet 2006 comme échéance. La plupart des conventions n'a pas été modifiée à cette date, faute d'accord entre les acteurs.

La loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur est donc venue préciser le processus permettant d'aboutir à la mise en conformité effective des conventions. La loi donne notamment mission à l'Autorité d'établir un rapport public sur la mise en conformité des conventions câble*.

Le législateur a souhaité que ce rapport :

- précise l'état d'avancement de mise en conformité des conventions ;
- distingue les principales catégories juridiques des conventions ;
- formule des préconisations propres à assurer leur mise en conformité.

Les travaux menés par l'Autorité avec les acteurs concernés lui ont permis d'élaborer un projet de rapport répondant à ces demandes.

Par la présente consultation publique, l'Autorité invite les acteurs à formuler des observations sur ce document.

Les contributions sont à adresser avant le 6 juillet 2007 17h00 aux services de l'Autorité, dans la mesure du possible par courrier électronique à l'adresse suivante rapport-cable@arcep.fr.

Il est demandé aux contributeurs de mentionner les éventuels passages couverts par le secret des affaires. Les contributions expurgées des passages couverts par le secret des affaires seront rendus publiques.

Le rapport final sera publié dans le courant du mois de juillet.

* L'article 134 modifié de la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 dispose :

« Les conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés en cours d'application à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que les cahiers des charges qui y sont annexés doivent être mis en conformité avec les dispositions de cet article dans un délai de deux ans à compter de la publication du décret pris pour l'application de cet article.

Afin de veiller au respect du principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques, les modalités de mise en conformité garantissent l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques.

Dans les quatre mois à compter de la promulgation de la loi no 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes établit un rapport public sur l'état d'avancement de cette mise en conformité. Ce rapport distingue les principales catégories de situations juridiques antérieurement établies et formule des préconisations propres à assurer la mise en conformité de ces conventions.

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie par les communes ou leurs groupements et les distributeurs de services des difficultés rencontrées pour la mise en conformité mentionnée au premier alinéa. Dans les quatre mois suivant cette saisine, l'autorité peut rendre publiques les conclusions de la médiation, sous réserve du secret des affaires. »

SOMMAIRE

| | |
|---|----|
| Introduction | 4 |
| Chapitre 1 - Contexte | 5 |
| 1. Historique | 5 |
| 2. La place du câble en France | 6 |
| 3. La perspective du très haut débit..... | 7 |
| 4. L'intervention des collectivités locales dans le secteur des communications électroniques...7 | |
| 5. Des relations locales parfois difficiles..... | 8 |
| 6. Les cas de mise en conformité sont peu nombreux..... | 9 |
| Chapitre 2 - Typologie | 10 |
| 1. Cadre juridique et pratique conventionnelle..... | 10 |
| 1.1. Le cadre juridique | 10 |
| 1) Les réseaux communautaires..... | 10 |
| 2) Les réseaux du Plan câble | 11 |
| 3) Les réseaux « Nouvelle Donne »..... | 12 |
| 1.2. La pratique conventionnelle | 13 |
| 1.3. Nature de l'activité et qualification des conventions : la question du service public... 14 | |
| 1) Réseaux câblés et service public..... | 14 |
| 2) La possibilité de déléguer l'activité..... | 15 |
| 3) Les conséquences attachées en termes de propriété : la théorie des biens de retour 17 | |
| 2. Typologie et critères de classification..... | 18 |
| 2.1. La délégation de service public portant sur l'établissement et l'exploitation du réseau . | 19 |
| 2.2. La délégation de service public portant principalement sur l'exploitation du réseau .. | 19 |
| 2.3. La convention d'occupation domaniale pouvant, le cas échéant, contenir des sujétions d'exploitation | 20 |
| 2.4. Le contrat de droit privé..... | 21 |
| 2.5. Autres cas..... | 21 |
| Chapitre 3 - Préconisations | 22 |
| 1. Principe de mise en conformité..... | 22 |
| 1.1. Les cas de mise en conformité visés par la loi..... | 22 |
| 1.2. La volonté du législateur | 23 |
| 2. Préconisations sur la mise en conformité | 24 |
| 2.1. La suppression de la clause d'exclusivité | 24 |
| 2.2. Garantir l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil | 26 |
| 2.3. Les sujétions particulières | 27 |
| 2.4. Modification économique de l'équilibre du contrat et droit à indemnisation..... | 28 |
| 2.5. La mise en conformité ne peut pas emporter requalification rétroactive des contrats ou leur caducité..... | 29 |
| 3. Evolution des conventions au-delà de ce qui est nécessaire à la mise en conformité | 30 |
| 3.1. L'inclusion de la dimension du très haut débit dans le cadre contractuel en vigueur . | 31 |
| 3.2. La résiliation ou l'arrivée à échéance de la convention, au profit d'une intervention s'inscrivant dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT..... | 32 |
| 4. La possibilité d'une médiation devant l'Autorité..... | 33 |

INTRODUCTION

Le secteur du câble en France fonctionne depuis son origine selon un régime juridique particulier. Sans compter les quelques expériences menées dans les années 70, l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés ont fait l'objet d'une multitude de conventions qui relèvent de trois régimes juridiques successifs : les réseaux communautaires à la fin des années 70, les réseaux du "Plan câble" au début des années 80, les réseaux "Nouvelle Donne" à partir de 1986. La plupart des conventions relève du Plan câble et des réseaux nouvelle donne.

L'ensemble de ces conventions continue aujourd'hui à faire la loi entre les parties. Suite aux nombreux mouvements de consolidation du secteur, le principal interlocuteur des communes est aujourd'hui la société Noos-Numéricâble.

C'est au regard du nouveau cadre communautaire issu du « paquet télécom » que l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et services de communications audiovisuelles a posé le principe d'une mise en conformité des conventions, avant la fin du mois de juillet 2006, pour les rendre, le cas échéant, compatibles avec les dispositions du nouveau cadre.

L'objectif poursuivi par le législateur est de supprimer les éventuelles clauses qui seraient devenues incompatibles avec le nouveau cadre, et non de revenir sur les obligations librement consenties par chacune des parties ou remettre en cause les conventions dans leur globalité. En particulier, le législateur visait à modifier des contrats conclus sous l'empire d'un régime de droits exclusifs, afin de les mettre, en tant que de besoin, en conformité avec le droit communautaire.

Les câblo-opérateurs, en particulier Noos-Numéricâble, souhaitent donner au principe de mise en conformité une portée plus importante. Ils plaident d'abord pour l'allègement, sinon la suppression des sujétions d'exploitation qui figurent dans les conventions, afin d'être placés sur un pied d'égalité avec les autres opérateurs. En second lieu, les câblo-opérateurs revendiquent la propriété des réseaux qu'ils ont financés, en contestant la qualification de délégation de service public susceptible d'être donnée à un nombre important de conventions.

A défaut d'accord entre les acteurs sur l'interprétation à donner au principe de mise en conformité, celui-ci n'a jusqu'à présent que rarement été appliqué.

Le législateur a donc souhaité préciser le processus permettant d'aboutir à une mise en conformité effective. Aux termes de l'article 13 de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, l'article 134 de la loi précitée du 9 juillet 2004 a été modifié pour donner mission à l'Autorité d'établir un rapport public sur la mise en conformité des conventions câble.

Pour mener à bien sa mission, l'Autorité a associé l'ensemble des acteurs concernés à travers des réunions de travail et des auditions. Elle a par ailleurs invité les directions générales des ministères et autres autorités concernées à faire part de leurs analyses.

L'ensemble de ces travaux a permis d'élaborer un projet de rapport répondant aux demandes du législateur :

- préciser l'état d'avancement de mise en conformité des conventions ;
- distinguer les principales catégories juridiques des conventions ;
- formuler des préconisations propres à assurer leur mise en conformité.

Les deux dernières missions pouvant avoir une portée juridique ne relevant pas des compétences traditionnelles de l'Autorité (qualification des contrats et modification de leur contenu, etc.), il a été confié à Monsieur Emmanuel Glaser, Conseiller d'Etat, une étude portant sur la nature des conventions câble, ainsi que sur l'impact de la loi du 9 juillet 2004 sur ces conventions. Cette étude est disponible sur le site Internet de l'Autorité (www.arcep.fr).

Dans son rapport, l'Autorité a tenu compte du contexte actuel du secteur des communications électroniques, tant en ce qui concerne son ouverture à la concurrence que le rôle des collectivités territoriales. Par rapport au reste de l'Europe, le câble occupe une place limitée dans le haut débit en France. La mise en conformité des conventions est ainsi une occasion de donner aux câblo-opérateurs la visibilité nécessaire pour jouer pleinement leur rôle dans le développement du très haut débit.

CHAPITRE 1 - CONTEXTE

1. Historique

A la suite de la construction des premiers réseaux communautaires dans les années 1970, construits par TDF et encadrés par le décret de 1977, le câble a fait l'objet de développements beaucoup plus ambitieux dans un cadre renouvelé : le Plan câble, lancé le 3 novembre 1982.

Ce dispositif prévoyait le câblage de 52 grandes agglomérations françaises. Sa mise en place s'est rapidement heurtée à des complications et des difficultés économiques, qui ont réduit la portée des réalisations prévues.

Le Plan câble prévoyait que l'ensemble des réseaux câblés serait construit par la Direction générale des télécommunications (aujourd'hui France Télécom), qui en garderait la propriété.

La loi de 1986 relative à la liberté de communication, dit « loi Léotard » met en place un nouveau modèle. Elle ouvre la possibilité, pour les nouveaux réseaux, d'un déploiement par les communes ou par des opérateurs privés. Dans ce cadre, les principales entreprises privées entrant sur le marché ont été la Lyonnaise des eaux, la Compagnie Générale des eaux et la Caisse des Dépôts et Consignations.

La Lyonnaise des Eaux, déjà exploitant de réseaux communautaires, créa pour l'occasion sa filiale Lyonnaise Communications ainsi que son pôle d'activité câble, Lyonnaise Câble. La Compagnie Générale des Eaux créa elle aussi sa filiale dédiée à la même époque : la Compagnie Générale de Vidéocommunication (CGV). Enfin, la Caisse des Dépôts et Consignations, le troisième acteur de la câblodistribution, est intervenue à travers sa filiale Communication Développement.

La Compagnie Générale des Eaux et la Caisse des dépôts souhaitèrent ensuite ne plus exploiter de réseaux et les ont cédés à France Télécom Câble à la fin de l'année 1992 et au début de l'année 1993.

A la fin 1995, il restait quatre opérateurs principaux :

- Noos -ex-Lyonnaise Câble depuis 2000- (2,9 millions de prises commercialisables en 2003) : principalement actif en Ile-de-France, l'opérateur obtient le contrat de construction et d'exploitation du SIPPAREC en 1999 et en 2000 après avoir repris la partie hors Plan câble des réseaux de la Caisse des Dépôts et Consignations.
- NC Numéricâble -ex-Compagnie Générale de Vidéocommunication- (2,3 millions de prises commercialisables en 2003) : l'activité, à l'intérieur du Groupe Vivendi, est transférée à Canal+ en 1997 et abandonne le nom de Compagnie Générale de Vidéocommunication.
- France Télécom Câble (1,5 millions de prises commercialisables en 2003) : la filiale de France Télécom continue à rassembler les éléments câblés du groupe avec la reprise de l'exploitation commerciale des réseaux TDF en 1996.
- UPC France (1,4 millions de prises commercialisables en 2003) : après sa création en 1995, UPC France devient un pôle de regroupement de nombreux opérateurs de taille moyenne. Ainsi, dans le courant de l'année 1999, UPC acquiert les réseaux câblés de Citéréseau, de Rhône Vision Câble (détenus précédemment par Time Warner Cable France), de Vidéopole (filiale d'EDF) et de Réseaux Câblés de France. En 2000, UPC rachète Intercom qui exploitait les réseaux de Câble Services de France et de Sud Câble Services créés en 1994.

A côté de ces quatre acteurs nationaux, Est Vidéocommunication continue son développement régional en déployant de nouveaux réseaux et en acquérant le réseau d'Eurocâble présent dans le département du Haut-Rhin en 1994.

Dans un rapport public publié fin 2002 par l'Autorité, la concentration du câble est préconisée comme une solution pour l'avenir de cette activité, et est facilitée par la loi du 31 décembre 2003¹ (modifiant la loi du 30 septembre 1986 en supprimant le dispositif anti-concentration qui fixait un

¹ Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom

seuil maximal de desserte de 8 millions d'habitants) : la création d'un acteur national devient possible. Ceci se fait en plusieurs étapes.

Altice acquiert Est Vidéocommunication en décembre 2002. En décembre 2004, le fonds d'investissement britannique Cinven, associé à Altice, câblo-opérateur luxembourgeois, dans la holding Ypso, a racheté les actifs de France Télécom et de Canal+ (NC Numéricâble) dans le câble. Par ailleurs, UPC Broadband France, filiale du câblo-opérateur américain Liberty Global (groupe Liberty Media) qui commercialise ses offres sous les marques UPC et Noos, est lui-même issu du rachat, en juillet 2004, du réseau de Noos (groupe Suez) par Liberty Global.

Cette phase de consolidation a été l'occasion pour France Télécom de se désengager totalement du secteur du câble, en ne gardant que la propriété des fourreaux pour les réseaux du Plan câble, et en cédant les réseaux aux autres opérateurs.

Ce processus s'est poursuivi avec la concentration des deux principaux câblo-opérateurs restants. Liberty Global a en effet vendu en juillet 2006 sa filiale UPC Broadband France, leader français du secteur, pour 1,51 milliard de dollars (1,25 milliard d'euros) à la holding Ypso. Noos-Numéricâble détient ainsi aujourd'hui la quasi-intégralité des réseaux câblés en France.

2. La place du câble en France

Les réseaux câblés concernent environ 1300 communes en France et représentent environ 9 millions de prises raccordables, dont 80% sur la centaine de contrats les plus importants.

Les réseaux du Plan câble représentent 4,8 millions de prises raccordables. La répartition du nombre de prises par contrat montre que, hormis quelques très grandes villes, les réseaux du Plan câble sont de tailles assez similaires.

Les contrats issus de la loi du 30 septembre 1986 représentent un total de 3,3 millions de prises. Ces réseaux sont de tailles disparates, 20% des contrats représentant plus de 80% des prises.

L'économie des câblo-opérateurs est historiquement fondée sur la diffusion et la distribution audiovisuelle. Fin 2006, le câble comptait environ 3,5 millions d'abonnés à la télévision, dont 1,5 millions d'abonnés au service antenne. Ce nombre d'abonnés à la télévision payante est relativement faible au regard de la situation dans d'autres pays. Plusieurs éléments ont contribué à freiner l'essor de ce vecteur de diffusion audiovisuelle.

La qualité des chaînes hertziennes gratuites, enrichie dans les années 1980 par les cinquième et sixième chaînes a pu limiter l'appétence des consommateurs pour la télévision payante.

Le lancement du Plan câble a par ailleurs coïncidé avec la création de Canal+, qui est diffusé par voie hertzienne terrestre. A partir de 1996, l'apparition des bouquets Canal Satellite et TPS, détenus par des acteurs majeurs de l'audiovisuel, a progressivement fait du satellite le vecteur de diffusion principal pour les offres de télévision payante multi-chaînes.

Enfin, depuis 2003, et de manière généralisée depuis 2006, les opérateurs ADSL disposent d'offres comprenant la diffusion audiovisuelle. Ce dernier facteur est toutefois à nuancer car le principal câblo-opérateur distribue des offres de contenus plus riches que les opérateurs ADSL, notamment les chaînes cinémas du groupe Canal+ France et l'ensemble des chaînes thématiques françaises.

Les câblo-opérateurs se sont en outre positionnés sur le segment des offres d'accès Internet puis des offres couplant Internet, téléphonie et audiovisuel. Avec une part de marché de l'ordre de 5%, leur performance a été limitée en France par comparaison à d'autres pays comme les Etats-Unis ou les Pays-Bas.

Numéricâble a engagé un programme de modernisation de son réseau afin d'être en mesure de proposer des offres Internet haut débit puis des offres d'accès à très haut débit. Ce programme ne s'est pas encore traduit à ce jour par des gains en termes de parts de marché.

3. La perspective du très haut débit

Avec le développement d'usages de plus en plus gourmands en débit, la fibre optique, dont la capacité de transport est très importante, se rapproche progressivement de l'abonné. Elle innervait déjà aujourd'hui la plupart des répartiteurs de France Télécom dans le cadre du haut débit.

Le réseau cuivre actuel arrivera en limite de capacité dans quelques années. Il s'agira dès lors de déployer un nouveau réseau de boucle locale, en fibre optique jusqu'au pied de l'immeuble ou jusqu'à l'abonné.

Cette rupture technologique a commencé par les zones d'activité et s'étend désormais aux quartiers résidentiels les plus denses. Le groupe Iliad (Free) a ainsi annoncé en septembre 2006 un investissement d'un milliard d'euros sur cinq ans pour le déploiement du très haut débit. Plus récemment, France Telecom a mentionné une enveloppe possible d'investissement de 3 à 4,5 milliards d'euros sur la même période. De son côté, Neuf Cegetel a indiqué vouloir investir à hauteur de 300 millions d'euros d'ici 2008. Enfin, Noos Numéricable met progressivement à niveau son réseau pour offrir des débits pouvant atteindre 100 Mb/s.

Ces annonces ne concerneraient toutefois que les centres des grandes villes. Le renouvellement complet de la boucle locale nécessiterait des investissements de plusieurs dizaines de milliards d'euros pour l'ensemble du territoire français. En effet, les infrastructures de communications électroniques sont en général posées dans des fourreaux, dont une grande partie est enterrée sous le domaine public, ce qui implique des travaux de génie civil importants.

Compte tenu du poids des coûts de génie civil dans l'équation économique des réseaux d'accès, l'utilisation partagée de fourreaux peut ainsi considérablement modifier les plans d'affaire des opérateurs et faciliter le déploiement de ce type de réseaux. Dans ces circonstances, la possibilité d'utiliser des infrastructures de génie civil existantes (chambres, fourreaux, pénétration) est un facteur essentiel de l'équation économique des opérateurs.

Un autre élément important concerne l'installation de la fibre dans les logements, notamment dans les parties communes des immeubles d'habitation. Sur ce plan, une forme de mutualisation sera également nécessaire pour assurer l'exercice d'une concurrence effective.

Par ailleurs, le déploiement de réseaux très haut débit se justifie essentiellement pour supporter de nouveaux usages, un nouvel accès aux contenus. Les revenus liés à l'image représentent, à ce stade, la source la plus naturelle de revenus pour les réseaux FTTH dans la plupart des pays, comme aux Etats-Unis. En France, la situation pourrait être différente en raison d'une concentration plus poussée du secteur de l'audiovisuel.

4. L'intervention des collectivités locales dans le secteur des communications électroniques

Depuis juin 2004 et l'adoption de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), les collectivités peuvent, sous certaines conditions, mettre en place des réseaux, exercer une activité d'opérateur, voire fournir des services aux clients finals.

Les collectivités utilisent ces nouvelles compétences pour favoriser l'aménagement numérique du territoire. Il s'agit de projets portés par des régions, des départements, des communautés de communes ou des communes.

Fin 2005, on dénombrait 55 projets de réseaux haut débit lancés par des collectivités sur des zones de plus de 60 000 habitants. L'appétence des collectivités s'est confirmée au cours de la dernière année et fin 2006, 77 collectivités ont engagé des projets. 11 délégations de service public (DSP) ont été attribuées en 2006 pour un montant de 238 M€.

Les premières DSP fin 2004 ont plutôt privilégié la desserte des répartiteurs, sur des territoires plus larges, typiquement départementaux, en vue de favoriser le dégroupage. Les interventions des collectivités ont ensuite souvent porté sur le développement économique. En 2006, les délégations de service public filaires ont ainsi dessiné une nouvelle orientation, ciblant plutôt des agglomérations et la desserte en très haut débit de zones d'activité économiques du territoire.

Les interventions peuvent également porter sur la couverture des zones blanches. Il peut s'agir de projets de couverture des zones d'ombre du territoire, utilisant par exemple les technologies WiFi et WiMax. Ces projets visent à couvrir les ménages et entreprises non éligibles à l'ADSL.

La prochaine étape de l'intervention des collectivités locales sur le fondement de l'article L. 1425-1 du CGCT visera vraisemblablement à développer le très haut débit.

Les travaux effectués depuis la création du Comité des réseaux d'Initiative publique (CRIP) ont montré que les collectivités territoriales disposent de plusieurs outils pour le développement numérique de leurs territoires. Ces outils ont pu être mis en œuvre dans le cadre de projets de réseaux de collecte ou de zones d'activité. Ils ont également vocation à être utilisés pour le développement du très haut débit.

En premier lieu, les collectivités peuvent faciliter les travaux de génie civil mis en œuvre par les opérateurs. Par le biais des permissions de voirie, il s'agit de permettre la coordination des travaux et le partage des coûts de tranchée entre opérateurs. Cette compétence peut présenter des limites en pratique faute de caractère coercitif prévu par la loi.

Il appartient en second lieu aux collectivités de mettre à la disposition des opérateurs des infrastructures de génie civil détenues en propre. Il peut s'agir de fourreaux surnuméraires posés par la collectivité à l'occasion de tous travaux de voirie (opération d'aménagement ou de réfection, déploiement ou enfouissement de réseaux d'éclairage public, de signalisation routière, d'eau et d'assainissement, d'électricité, etc.).

En troisième lieu, des projets publics plus ambitieux peuvent être mis en œuvre dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT. Certaines collectivités se sont déjà lancées dans l'établissement de réseaux en fibre optique. Le degré d'intervention reconnu aux collectivités reste à ce stade incertain au regard du régime communautaire des aides d'Etat, en l'absence de jurisprudence de la Commission.

5. Des relations locales parfois difficiles

Le nouveau cadre réglementaire régissant les communications électroniques et prévoyant la mise en conformité des conventions, est intervenu dans un paysage de relations déjà dégradées entre les collectivités et les opérateurs du câble, et ce, pour plusieurs raisons.

Du point de vue d'une partie des collectivités interrogées, les câblo-opérateurs n'ont pas toujours respecté les dispositions contractuelles. Les griefs évoqués par les collectivités en matière d'exécution des contrats sont variés, par exemple le nombre de prises construites parfois inférieur aux prévisions ou l'absence d'acquiescement de certaines redevances. De plus, les collectivités soulignent fréquemment la difficulté, voire l'impossibilité d'accéder aux éléments d'information prévus aux contrats, tels que les comptes-rendus techniques et financiers. Elles regrettent également de ne pouvoir disposer des plans de récolement du réseau. De leur côté, les câblo-opérateurs font état parfois du manque de soutien apporté par les communes, soutien qui découle, pourtant, directement des conventions conclues.

Les obligations inscrites aux contrats concernant le canal local font également débat, qu'il s'agisse de la réserve d'une capacité technique au profit d'un contenu audiovisuel local ou du soutien financier à la production de contenu. Pour les villes dont le réseau câblé supporte une chaîne locale, la diffusion en numérique du contenu semble parfois faire défaut. Bien que ces dispositions n'aient pas été mises en œuvre en de nombreux endroits, les collectivités sont attachées au principe même de leur existence.

Lorsque le niveau de la qualité du service ne satisfait pas les clients, ce qui est rapporté par un certain nombre de collectivités, ceux-ci se retournent fréquemment vers les élus. Ce mécontentement peut se traduire par des pétitions qui leurs sont adressées. Les élus ressentent une certaine impuissance pour agir sur les causes du problème.

Un autre élément de contexte est la répartition des compétences entre les villes et les structures intercommunales (communautés d'agglomérations et communautés urbaines). Dans le cadre du Plan câble, notamment, les conventions ont été signées par les villes et la mise en conformité des conventions suppose un accord non seulement entre la ville et le câblo-opérateur mais également entre la structure intercommunale et le câblo-opérateur.

6. Les cas de mise en conformité sont peu nombreux

La mise en conformité prévue par la loi du 9 juillet 2004 a conduit Noos-Numéricâble à proposer aux communes de revoir intégralement le cadre contractuel en vigueur.

L'opérateur considère qu'une simple modification des conventions n'est pas suffisante pour assurer la compatibilité avec le nouveau cadre réglementaire. Il invoque à l'appui de sa thèse le principe de libre établissement et d'exploitation des réseaux de communications électroniques consacré par l'article L. 33-1 du CPCE, qui viendrait se substituer selon lui au régime jusqu'alors en place pour les réseaux câblés.

Afin de ne pas être soumis à des obligations différentes de celles des autres opérateurs de communications électroniques, le câblo-opérateur propose aux communes de se placer sous le régime des autorisations d'occupation du domaine public, conformément aux régimes des droits et servitudes de passage prévus aux articles L. 45-1 et suivants du CPCE. En contrepartie de cette occupation du domaine public de la collectivité, l'opérateur se dit prêt à acquitter les redevances d'occupation domaniales correspondantes.

En pratique, la proposition de l'opérateur consiste à remplacer les conventions existantes par des conventions d'occupation domaniale en deux temps :

- à travers la signature d'un avenant visant à la requalification des relations contractuelles entre les parties en termes d'occupation domaniale ;
- à travers la conclusion d'une convention d'occupation domaniale.

Pour les sujétions d'exploitation prévues dans les conventions initiales, l'opérateur propose par ailleurs que l'avenant règle certains aspects commerciaux de l'exploitation du réseau qui ne peuvent figurer dans une convention d'occupation domaniale en raison de contraintes juridiques.

S'agissant des réseaux du Plan câble, la convention d'occupation domaniale n'aurait vocation à s'appliquer que pour les parties du réseau câblé qui ne sont pas situées dans les infrastructures de génie civil de France Télécom. S'agissant des réseaux issus de la loi de 1986, le câblo-opérateur revendique, sous réserve de dispositions contractuelles explicites contraires, la propriété des réseaux et demande par conséquent à être traité comme un occupant du domaine public de la collectivité.

Au-delà du principe de mise en conformité posé par le législateur, la modification d'une convention relève de la volonté des parties. Aussi, et bien que les modifications proposées par Noos-Numéricâble semblent aller au-delà de la portée normale du principe de mise en conformité telle qu'elle sera exposée dans le chapitre III, les modifications d'une convention font la loi entre les parties, sous réserve de leur légalité, dès lors qu'elles sont acceptées par chacune d'elle.

A ce jour, une cinquantaine de contrats a été modifiée sur la base des propositions de l'opérateur. Ces cas restent donc limités au regard du nombre total de conventions qui lient aujourd'hui les communes et les câblo-opérateurs. Plusieurs raisons expliquent cette situation du point de vue des collectivités interrogées :

- l'absence de précisions données par la loi sur les modalités de mise en conformité ;
- la proximité relative du terme des conventions, qui n'incite pas à renégocier : si les 467 contrats restants ont des dates d'échéance qui s'étalent jusqu'en 2030, on note néanmoins un premier pic (en nombre de prises concernées) entre 2013 et 2015 ;
- la réticence à renoncer à l'application de certaines sujétions d'exploitation, surtout lorsque le réseau a été établi pour le compte de la collectivité ;
- enfin, et c'est ce qui représente la source de blocage la plus importante entre les acteurs, certaines collectivités contestent la portée donnée par le câblo-opérateur au principe de mise en conformité et refusent les modifications proposées ; l'opérateur refusant pour sa part les contre-propositions avancées par ces mêmes communes, il en résulte une modification des conventions a minima.

Le blocage dans les négociations en vue d'une mise en conformité des conventions provient également de la divergence de point de vue entre les acteurs sur l'existence de missions de service public et les conséquences qui s'y attachent. Ces questions sont traitées dans les chapitres II et III.

CHAPITRE 2 - TYPOLOGIE

La question de la nature juridique des conventions oppose les acteurs et explique en partie le faible nombre de mise en conformité à ce jour. C'est notamment au regard de cette difficulté que le législateur a souhaité que le présent rapport soit l'occasion de distinguer les principales situations juridiques établies entre collectivités et opérateurs.

Au-delà de cette mission spécifiquement attribuée par le législateur, il ne ressort traditionnellement pas des compétences de l'Autorité de se prononcer sur la qualification juridique d'une convention conclue entre deux parties. Une telle qualification relève en dernier ressort de la compétence du juge.

Néanmoins, afin de dégager de premières orientations, l'Autorité a confié à Monsieur Emmanuel Glaser, Conseiller d'Etat, le soin de rappeler les règles de droit régissant la matière et d'envisager l'application qu'il pourrait en être donné s'agissant de la qualification juridique des conventions câble. L'étude qu'il a rédigée pour le compte de l'Autorité est disponible sur le site de l'Autorité (www.arcep.fr).

Le présent chapitre rappelle le régime juridique sous lequel les conventions ont été conclues (partie 1) puis propose d'identifier leur nature juridique (partie 2).

1. Cadre juridique et pratique conventionnelle

A l'exception de quelques expériences menées dans les années 1970, l'établissement des réseaux câblés relève de trois régimes juridiques successifs :

- les réseaux communautaires ;
- les réseaux du "Plan câble" ;
- les réseaux "nouvelle donne".

Ces différents régimes ont amené en pratique, au fil du temps, la conclusion de conventions dont l'objet et la forme pouvaient fortement différer. La qualification de certaines de ces conventions en délégations de service public oppose particulièrement les acteurs.

1.1. Le cadre juridique

1) Les réseaux communautaires

Les premiers réseaux câblés ont été les réseaux dits communautaires réalisés dans le cadre du régime établi par le décret n° 77-1098 du 28 septembre 1977 qui les définit, dans son article 1^{er}, comme « un réseau de câbles de télécommunications empruntant la voie publique ou une propriété tierce et desservant à partir d'une station centrale tout ou partie d'une commune ou d'un groupe de communes ».

Un tel réseau a un objet limité dans la mesure où « il est exclusivement utilisé à la distribution des programmes du service public national de la radiodiffusion-télévision diffusés par voie hertzienne et éventuellement des programmes des organismes d'émission étrangers, lorsque les signaux correspondants peuvent être normalement reçus par voie hertzienne dans la limite du territoire concerné ». Il s'agit donc d'un réseau destiné à améliorer la réception d'émissions étrangères dans les régions transfrontalières ou à combler la présence de « zones d'ombre » du fait de la construction d'un grand immeuble par exemple.

Le décret du 28 septembre 1977 confie la réalisation des réseaux dits communautaires à l'établissement public Télédiffusion de France (TDF). Aux termes de l'article 2 de ce texte, les réseaux dits communautaires ne peuvent être réalisés que par TDF ou pour son compte et l'article 4 de ce décret précise que « les réseaux mis en place font partie du domaine public de Télédiffusion de France ». On en déduit ainsi un droit de propriété de TDF sur ces réseaux.

L'article 103 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a transformé l'établissement public TDF en société anonyme. Malgré le changement de statut de TDF et notamment sa transformation en société anonyme, TDF est demeuré propriétaire de ces

réseaux. Ceux-ci ont en effet été déclassés du domaine public de TDF établissement public et ont été transférés à TDF société anonyme².

Les lois ultérieures concernant les réseaux câblés n'ont pas modifié le régime de propriété des réseaux dits communautaires. Ceux-ci demeurent encore aujourd'hui la propriété de TDF. En revanche, les réseaux établis ou gérés sur la base du décret de 1977 ont eu, en vertu de l'article 24 de la loi du 29 décembre 1990, jusqu'au 30 décembre 1992 pour se mettre en conformité avec la loi du 30 septembre 1986 modifiée. Aussi ces réseaux entrent dans le droit commun des régimes d'établissement et d'exploitation prévus à l'article 34 de la loi de 1986 (cf infra).

2) Les réseaux du Plan câble

A partir de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et surtout de la loi n° 84-743 du 1^{er} août 1984, une politique publique de développement des infrastructures de réseaux câblés est lancée en France. Ceci a permis l'aménagement d'une cinquantaine des villes les plus importantes. Le régime issu du Plan câble différencie clairement l'établissement du réseau de son exploitation commerciale.

- L'établissement des réseaux du Plan câble

Les réseaux câblés construits dans le cadre du « Plan câble » l'ont été sur le fondement de l'article 8 de la loi du 29 juillet 1982, qui dispose que :

« L'Etat établit ou autorise (...) les infrastructures et installations de communications audiovisuelles qui empruntent le domaine public ou qui, situées sur une propriété tierce, sont collectives ou traversent une propriété tierce ».

Cet article a été interprété comme instituant au profit de l'Etat un monopole d'établissement des réseaux câblés en lui conférant en outre la propriété, à l'exception des équipements de tête de réseau dont la propriété est confiée à TDF, conformément à l'article 51 du décret du 3 mai 1984 portant cahier des charges de TDF.

Ainsi, la loi du 1^{er} août 1984, ainsi que son décret d'application du 18 janvier 1985 et le cahier des charges qui y est annexé, reconnaissent à la direction générale des télécommunications du ministère des PTT, puis à France Télécom, le monopole de l'installation des réseaux câblés et la propriété de ceux-ci, à l'exception des équipements de tête de réseau.

Dans l'hypothèse où l'Etat décide d'autoriser la construction du réseau et non de l'établir lui-même, il associe les collectivités locales. En effet, sur la base d'un protocole d'accord signé entre l'Etat et la collectivité locale, une convention intervient afin de formaliser l'intention des parties : la collectivité locale définit l'emplacement du réseau tandis que l'Etat se charge de sa construction. Par ailleurs, une convention d'établissement des installations de tête de réseau est passée entre TDF et la collectivité locale.

- L'exploitation des réseaux du Plan câble

S'agissant de l'exploitation du réseau, la loi de 1984 prévoit qu'elle est confiée à des sociétés d'économie mixte locales d'exploitation du câble (SLEC), dont le capital pouvait être constitué en dérogation à la loi générale sur les sociétés d'économie mixte locales du 7 juillet 1983. En effet, les collectivités locales peuvent n'être que minoritaires dans le capital de la SLEC et fixer librement leur participation tout en gardant une minorité de blocage. Quant aux actionnaires privés, ils doivent posséder une participation de 20 % minimum dans le capital.

L'objet de la SLEC est « l'exploitation du service de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé » (art. 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1984). Cependant, l'exploitation peut être étendue à d'autres services de communication audiovisuelle, tels que des services interactifs.

Conformément à l'article 2 de la loi de 1984, une SLEC ne peut exploiter les infrastructures et les installations câblées que sur la base d'une autorisation. Celle-ci est délivrée : soit par la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle lorsque le réseau est local, soit, au nom de l'Etat, par le ministre chargé de la Communication, lorsque le réseau excède les limites de soixante kilomètres et deux départements.

² Article 1^{er} de l'arrêté du 5 juin 1987 portant transfert des biens, droits et obligations de l'établissement public de diffusion TDF à la société anonyme prévue à l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986

Le cahier des charges annexé au décret n° 85-54 du 18 janvier 1985 détaille les obligations pesant sur la SLEC, le contenu du service que la société est autorisée à distribuer sur le réseau.

Le régime juridique des réseaux du Plan câble réserve l'établissement du réseau à l'Etat. L'exploitation en revient à des sociétés d'économie mixte locales (SLEC).

3) Les réseaux « Nouvelle Donne »

Abrogeant la loi de 1984, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication a modifié la logique antérieure de monopole public sur l'établissement des réseaux. Elle dispose en son article 34 que « *les communes ou groupements de communes établissent ou autorisent l'établissement sur leur territoire des réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore et de télévision* »

Quant à l'exploitation du réseau, elle fait l'objet, à l'image du Plan câble, d'une autorisation délivrée par la Commission nationale de la communication et des libertés (ancien CSA). Par ailleurs, l'exploitation incombe à une société, alors que la loi du 1^{er} août 1984 réservait cette activité aux seules SLEC.

- L'établissement des réseaux « nouvelle donne »

En disposant que les communes établissent ou autorisent l'établissement des réseaux câblés, la loi du 30 septembre 1986 permet de distinguer deux cas théoriques d'établissement de réseau, selon que la collectivité a pris ou non l'initiative de son établissement.

La commune peut, en premier lieu, décider d'établir le réseau en prenant l'initiative du projet. Dans cette hypothèse, l'établissement du réseau par la commune (ou par le groupement de communes) peut se faire en principe soit par ses propres moyens (en régie), soit être réalisé pour son compte par un tiers. Dans les deux cas, la commune est propriétaire du réseau.

Dans l'hypothèse d'un établissement en régie, la commune construit le réseau en faisant appel à ses propres services.

Dans l'hypothèse d'un réseau dont l'établissement est décidé par la commune mais effectué pour son compte par un tiers, la commune sera amenée à conclure un contrat en ce sens. Elle peut passer des marchés de travaux publics. La commune financera alors l'intégralité du réseau et rémunèrera directement le(s) entreprise(s) qui seront chargées de sa construction. La commune peut également passer un contrat de concession de travaux publics.

Le réseau construit par le prestataire de la commune est un ouvrage public. Conformément à la jurisprudence administrative, il s'agit d'un travail immobilier, effectué pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale³. D'ailleurs, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 10 novembre 1993, *Commune de Mirebeau-sur-Bèze*, a admis que le réseau de télédistribution d'un lotissement constituait un ouvrage public.

Par ces différents modes d'interventions, la collectivité exprime sa volonté de créer et de réaliser un réseau dont elle sera propriétaire.

La commune peut, en second lieu, autoriser l'établissement sur son territoire d'un réseau câblé par un tiers. Dans cette perspective, l'on se place dans la seconde hypothèse envisagée par l'article 34 de la loi de 1986.

Cette autorisation peut prendre en théorie la forme d'un acte unilatéral (de type permission de voirie), ou d'un acte contractuel prenant la forme d'une convention d'occupation domaniale. Par ce type de convention, la commune autorise ainsi un tiers à établir un réseau câblé. La commune peut se contenter de définir les conditions dans lesquelles le domaine public communal peut être utilisé et détermine le montant des redevances. Dans cette hypothèse, le réseau appartient à l'opérateur et reste sa propriété à la fin de la convention.

Comme on le verra par la suite, la pratique ne traduit pas aussi clairement ces deux hypothèses d'établissement de réseaux.

³ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, GAJA, p. 235.

- L'exploitation des réseaux « nouvelle donne »

L'article 34 de la loi du 30 septembre 2006, dans sa version d'origine, dispose que « *l'exploitation des réseaux (...) est autorisée par la Commission nationale de la communication et des libertés sur proposition des communes ou groupements de communes. L'autorisation d'exploitation ne peut être délivrée qu'à une société* ». Le législateur a ainsi entendu réserver, à l'origine, l'exploitation d'un réseau câblé directement par les communes à des sociétés.

Il appartenait en revanche à la commune de proposer au CSA un projet d'exploitation du réseau dans lequel figure notamment le plan de services, constitué par la liste des services de radiodiffusion sonore et de télévision qui seront distribués par câble. L'autorisation délivrée par le CSA pouvait quant à elle contenir différentes obligations⁴.

La possibilité pour les acteurs publics d'exploiter des réseaux câblés, qui s'apprécie en théorie différemment dans le temps, sera abordée à la section 1.3 traitant de la notion de service public à travers la nature de l'activité et la qualification des conventions.

La loi de 1986 prévoit que les communes établissent les réseaux, ou en autorisent l'établissement. L'exploitation des réseaux est assurée à l'origine par une société.

1.2. La pratique conventionnelle

Au vu des régimes juridiques qui se sont succédés dans le temps, il ne ressort pas que le législateur ait entendu organiser les relations entre les différents acteurs sur une base contractuelle. C'est donc en l'absence de dispositions législatives spécifiques que sont apparues les « conventions câbles » sous des formes diverses.

Aujourd'hui, cette diversité des contrats conclus entre les acteurs dans le temps, sous des formes juridiques différentes, parfois nommées, parfois innomées, selon des objets différents, ne facilite pas la mise en œuvre de leur mise en conformité.

- réseaux du Plan câble

S'agissant des réseaux du Plan câble, il apparaît en pratique qu'ils ont fait l'objet de conventions tripartites pour l'établissement et l'exploitation technique du réseau, entre la commune, l'opérateur, et l'Etat (le Ministère chargé des Postes et des Télécommunications assurant la maîtrise d'ouvrage des travaux).

La direction générale des télécommunications puis France Télécom assurait ainsi, avant le retrait de cette dernière du secteur du câble, l'établissement et l'exploitation technique de l'ensemble des réseaux du Plan câble. Par ailleurs, l'exploitation commerciale du réseau câblé était confiée à une société d'économie mixte (SLEC), après autorisation de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle.

En pratique, la plupart des SLEC ont confié l'exploitation des réseaux à des sociétés privées. Des conventions dénommées le plus souvent « contrat opérateur » sont conclues entre la commune ou les SLEC elles-mêmes et l'exploitant privé ayant pour objet l'exploitation commerciale du réseau.

- réseaux « nouvelle donne »

S'agissant des réseaux « nouvelle donne », la loi semble bâtie sur l'idée que la personne construisant le réseau et celle l'exploitant seraient normalement distinctes.

⁴ En vertu de l'article 34, quatre types d'obligations pouvaient être imposés par le CSA :

- L'obligation de retransmettre les services diffusés par voie hertzienne normalement reçus dans la zone.
- La distribution d'un nombre minimal de programmes propres. Le programme propre est conçu par un éditeur, qui peut être une association, une société, voire l'exploitant du réseau.
- L'affectation d'un canal à temps complet ou partagé destiné aux informations communales.
- Le paiement d'une redevance à la collectivité.

La pratique en a souvent disposé autrement puisque depuis 1986, les réseaux sont souvent construits et exploités par un même opérateur. Cette pratique s'est traduite par des conventions entre les communes et les opérateurs portant aussi bien sur l'établissement que sur l'exploitation d'un réseau. L'intérêt de ce dispositif était de traduire sur le plan juridique la forte corrélation qui existe entre le risque inhérent à une exploitation commerciale et le risque de l'investisseur.

Ces conventions ont emprunté le plus souvent soit les traits du régime d'une occupation domaniale, soit ceux du régime des concessions de services et de travaux publics. Ces deux hypothèses ont des conséquences en termes de propriété des biens. En effet, lorsque le contrat est établi sur le modèle de la concession, la commune est considérée comme le propriétaire *ab initio* des éléments du réseau constitutifs de biens de retour.

La pratique conventionnelle, tout en étant généralisée, est loin d'être homogène. Faute d'encadrement législatif, elle soulève aujourd'hui des divergences d'interprétation entre les acteurs. C'est particulièrement le cas de la qualification de délégation de service public, eu égard aux conséquences qu'elle entraîne sur la propriété des réseaux.

1.3. Nature de l'activité et qualification des conventions : la question du service public

Afin de proposer des critères de classification permettant aux acteurs, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge, de s'inscrire dans tel ou tel cadre, il convient d'aborder la question particulière du service public.

Dans le cadre de l'étude que lui a confiée l'Autorité, Emmanuel Glaser, a dégagé sur cette question les éléments de réponse synthétisés dans les paragraphes suivants. Cette étude est disponible sur le site Internet de l'Autorité (www.arcep.fr).

Avant de pouvoir en faire application aux réseaux câblés, il convient de se référer à la définition de la convention de délégation de service public figurant à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales⁵.

Aux termes de cet article, qui n'est qu'une codification de la jurisprudence administrative, deux critères essentiels d'identification d'une délégation de service public apparaissent :

- le fait que le contrat confie à un tiers la gestion d'un service public dont la collectivité a la charge ;
- le fait que la rémunération de ce tiers est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation.

Les différents exemples de conventions transmis par les acteurs montrent que le second critère est généralement rempli puisque l'exploitant était amené à se rémunérer directement auprès de l'utilisateur.

S'agissant du premier critère, deux conditions doivent être remplies : il faut, en premier lieu, que l'activité en cause soit bien une activité de service public et, en second lieu, que cette activité puisse être déléguée par la collectivité publique.

1) Réseaux câblés et service public

Dans un avis de la Section de l'intérieur du 25 juillet 1995⁶, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur les conditions de qualification des réseaux câblés au regard de la notion de service public : « *l'exploitation d'un tel réseau, lorsque l'opérateur auquel la commune ou le groupement de communes l'a confiée bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par ce réseau, et lorsque la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service, présente le caractère*

⁵ Article issu de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF.

⁶ CE, Section de l'intérieur, 25 juillet 1995, n° 357 781, EDCE 1995, p. 42, Grands avis du Conseil d'Etat, 1^{ère} éd., p. 529, RFDA 1996.980 note D. Truchet.

d'un service public ». Cet avis constitue un argument fort en faveur de la qualification de service public.

En particulier, la circonstance que cette clause ne serait pas respectée dans les faits ou supprimée au titre de la mise en conformité, si elle est de nature, éventuellement, à ouvrir droit à un recours en responsabilité contractuelle, semble sans incidence sur la qualification du contrat. L'existence d'une telle clause dépend uniquement des stipulations qui y figurent et non de la façon dont les parties les mettent en œuvre.

Aux termes de l'étude confiée à Emmanuel Glaser, il semble en outre que l'avis de 1995 ne ferme pas la porte à une qualification de service public dans l'hypothèse où les deux conditions qu'il fixe ne seraient pas réunies. En effet, cet avis reflète l'état du droit à un moment donné. Or, tant la définition de la délégation de service public que la notion même de service public ont évolué depuis dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Celui-ci a ainsi indiqué, dans son arrêt du 22 février 2007⁷, qu'en l'absence de service public créé par le législateur, l'existence d'un service public est avérée lorsque la personne privée « assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration » et « est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique ». Faute de prérogatives de puissance publique, l'arrêt admet ensuite, malgré tout la possibilité de gestion par une personne privée d'un service public, sous certaines conditions.

En l'espèce, la condition selon laquelle la mission doit être assurée sous le contrôle de l'administration, semble remplie, au vu des conventions communiquées par les acteurs. Ces conventions prévoient, en effet, le plus souvent des obligations de service public (droit au raccordement, obligation de continuité, voire droit à un raccordement gratuit pour les établissements d'enseignement, service de base obligatoire, parfois un canal local destiné aux informations communales) et des contrôles (notamment sur le plan de service et les tarifs, comptes-rendus techniques et financiers, etc.).

En revanche, il ne semble pas que les conventions dont l'Autorité dispose confèrent au cocontractant de l'administration de prérogatives de puissance publique. Seule la clause d'exclusivité, qui donne à la société cocontractante une protection dans son exploitation, paraît s'en rapprocher, ce qui renvoie à l'hypothèse précédente dégagée par le Conseil d'Etat dans son avis de 1995.

En tout état de cause, l'arrêt du 22 février 2007 prévoit que, même en l'absence de prérogatives de puissance publique, « une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. »

En l'espèce, les contrats sont souvent bâtis sur le modèle de la délégation de service public. Comme le démontre le rapport d'Emmanuel Glaser, il n'est alors pas difficile d'établir que la commune a effectivement entendu confier à la personne privée une mission d'intérêt général, les contrats comportant à la fois des obligations de service public et des mécanismes de contrôle.

| |
|---|
| La nature de service public peut donc être reconnue, au cas par cas, sous réserve que différents critères soient remplis, tel que le caractère d'intérêt général de l'activité. |
|---|

2) La possibilité de déléguer l'activité

Pour qu'une activité puisse être déléguée, il faut, en application du principe selon lequel une personne ne peut déléguer qu'une compétence dont elle dispose, que cette activité de service public relève ou puisse relever des compétences de la personne publique qui veut la déléguer. Au regard de la formulation des lois encadrant les réseaux câblés, cette condition est sujette à interprétation.

⁷ CE, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APRAI), n° 264 541, à publier au recueil, AJDA 2007.793 chronique F. Lénica et J. Boucher.

A cet égard, il convient de distinguer deux périodes.

Entre 1986 et 1990, un doute peut exister sur la possibilité pour une collectivité de déléguer l'exploitation d'un réseau câblé, comme le souligne l'étude réalisée par Emmanuel Glaser. Sous le régime de 1986, avant sa modification par la loi du 29 décembre 1990, la loi prévoit en effet que seule une « société » peut exploiter un tel réseau câblé. Le rôle de la commune paraît donc limité à l'établissement du réseau et, en ce qui concerne l'exploitation, à la faculté de proposer l'exploitant. Les travaux préparatoires de la loi de 1986 montrent ainsi que la société peut éventuellement être une société d'économie mixte, mais ne permettent pas de déduire que la commune est compétente pour exercer elle-même cette activité.

Ces éléments peuvent faire l'objet de deux interprétations :

- Une première interprétation des textes conduirait à considérer qu'une collectivité ne peut déléguer qu'une compétence qu'elle peut exercer, l'absence de compétence explicite pour la commune à exploiter elle-même un réseau câblé faisant alors obstacle à ce qu'elle puisse conclure une délégation de service public dans ce domaine.
- Une seconde interprétation permettrait de donner une réalité à ces contrats en considérant, bien que la loi ne prévoit pas qu'une commune puisse exploiter elle-même un réseau câblé, que la commune soit néanmoins compétente pour créer le service public correspondant, avec toutefois l'obligation d'en confier l'exploitation à une société.

Force est de constater que la réponse à cette question est affaire d'interprétation de la volonté du législateur.

Depuis 1990, la question de la compétence des communes à déléguer l'exploitation d'un réseau câblé, apparaît en revanche moins problématique. La loi du 29 décembre 1990 modifie en effet la loi de 1986, pour permettre la délivrance de l'autorisation d'exploitation, outre à une société, à une régie communale ou intercommunale telle que prévue à l'article L. 323-9 du code des communes, devenu l'article L. 2221-10 du CGCT⁸.

Au regard des conclusions de l'étude réalisée par Emmanuel Glaser, il apparaît que le législateur, en faisant le choix d'ouvrir la possibilité à des régies dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière d'exploiter un réseau câblé, a nécessairement admis à la fois que l'exploitation d'un tel réseau pouvait être un service public et qu'un tel service public pouvait relever de la compétence communale.

Cette analyse est confirmée par l'avis précité du Conseil d'Etat de 1995. Après avoir admis que les communes pouvaient créer un service public local d'exploitation d'un réseau câblé et que le régime d'autorisation prévu par la loi n'était pas incompatible avec la conclusion d'une « convention ou une concession », la section de l'Intérieur a, en effet, indiqué : « Les conventions susmentionnées, par lesquelles les communes ou groupements de communes qui entendent créer un service public dans les conditions mentionnées au 3^{ème} alinéa du 1 ci-dessus confient à un tiers l'exécution même de ce service sont, par suite, des délégations de service public au sens de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ».

Il convient de préciser que cette interprétation s'applique a fortiori après la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 qui, en modifiant l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986, autorise clairement les collectivités territoriales et leurs groupements à exploiter un réseau sous réserve d'une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins de la population concernée. Cette réserve tombe pour les collectivités territoriales exploitant un réseau à la date de la publication de la loi.

De la même manière, l'article L. 1425-1 du CGCT qui organise dorénavant l'intervention des collectivités locales dans le secteur des communications électroniques dispose que « les dispositions du I relatives aux obligations de publicité et à la nécessité de constater une insuffisance d'initiatives privées, ainsi que le deuxième alinéa du II, ne sont pas applicables aux réseaux établis et exploités par les collectivités territoriales ou leurs groupements pour la distribution de services de radio et de télévision si ces réseaux ont été établis avant la date de promulgation de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ».

La possibilité, pour les communes, de déléguer l'établissement des réseaux ne fait pas de doute pour les contrats « nouvelle donne ». Il en va de même pour l'exploitation de ces mêmes réseaux, au moins en dehors de la période 1986-1990, sur laquelle une réserve d'interprétation existe.

⁸ Ainsi qu'aux régies prévues par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

Au bilan, et sous la réserve qu'une réponse définitive ne peut être donnée que par le juge, convention par convention et au vu des stipulations de chacune, il est raisonnable de considérer que des conventions conclues par les communes puissent être qualifiées de délégation de service public.

Au vu des exemples transmis par les acteurs, ces conventions ont souvent toutes les apparences de délégations de service public. Les indices en ce sens sont nombreux, même s'ils peuvent varier d'une convention à l'autre et être plus ou moins abondants.

Il convient de noter que la Direction Générale des Collectivités Locales du Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire (DGCL), invitée par l'Autorité à faire part de son analyse à l'occasion de l'élaboration du rapport, a appelé l'attention sur la possible qualification des contrats de convention de délégation de service public. L'analyse développée par la DGCL rejoint celle d'Emmanuel Glaser. Selon elle, « *si le critère d'exclusivité permet de qualifier l'exploitation d'un réseau câblé de service public, l'existence de ce dernier n'est pas conditionnée par l'exclusivité* ». Aussi conclut-elle que « *les conventions en cours sont des contrats de délégation de service public si les critères de définition de la DSP sont présents* ».

3) *Les conséquences attachées en termes de propriété : la théorie des biens de retour*

Dans le cadre d'une DSP concessive (établissement et exploitation), la pratique contractuelle et la jurisprudence distinguent traditionnellement trois types de biens : les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres.

Les biens de retour sont ceux considérés comme indispensables à l'exécution du service public et, même s'ils ont été réalisés ou acquis par le concessionnaire, ils appartiennent en pleine propriété à la collectivité concédante dès leur achèvement et s'incorporent immédiatement à son domaine public⁹.

Ces biens de retour sont donc inaliénables, sauf à ce que leur affectation au service leur soit retirée et que la personne publique propriétaire ne décide leur déclassement du domaine public.

Les biens de retour doivent permettre à la collectivité concédante de disposer, au terme de la concession, des moyens nécessaires pour poursuivre l'exécution du service public¹⁰, conformément au principe de continuité du service public.

Il est cependant possible de prévoir que le concessionnaire ait la jouissance des biens considérés comme indispensables à l'exécution du service public et dispose de droits réels en concluant un bail emphytéotique administratif¹¹. Il peut également être recouru à l'insertion d'une clause de « *retour différé* » en application de laquelle le concessionnaire est propriétaire des ouvrages qu'il réalise jusqu'au terme du contrat.

Les biens de reprise sont ceux considérés comme utiles au service. Le concessionnaire en reste propriétaire durant toute la durée de la concession¹². Ils ne reviennent à la collectivité concédante en fin de contrat que si elle le décide et moyennant le versement d'une indemnité au concessionnaire¹³.

Les biens propres sont ceux utilisés de manière accessoire pour les besoins du service par le concessionnaire et lui demeurent acquis.

⁹ CE, 11 mars 1929, Société des transports en commun de la région toulousaine, Rev. Concessions 1929, p. 34 ; CE, 5 mai 1958, Secrétariat d'Etat aux finances, CJEG 1960, p. 71 ; CE ; 28 novembre 1984, Ministre du Budget c. Société des Autoroutes du Sud de la France, Rec. T. p. 563 ; CE, Sect., 22 mars 1985, Ministre de l'urbanisme c. Société des Autoroutes du Sud de la France, Rec. p. 88.

¹⁰ CE, Sect., 11 mai 1956, Cie des transports en commun de la région de Douai, AJDA 1956, p. 275

¹¹ cf. Articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales. En application de l'article L. 451-1 du Code rural, le bail doit avoir une durée minimale de 18 ans.

¹² TC, 2 décembre 1968, EDF, JCP éd. G. II, 15908 ; CE, 10 janvier 1938, *Compagnie industrielle maritime*, Rec. p. 1

¹³ CE, 24 février 1982, Société Entreprise industrielle et financière, Rec. P. 87 ; CE, 9 décembre 1988, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, Rec. p. 438

En pratique, il est recommandé de prévoir dans la concession des inventaires détaillés des biens de retour, de reprise et des biens propres.

Au regard de ces éléments, et sous réserve de dispositions spécifiques applicables aux contrats en cours, il apparaît que les biens de retour, dans le cadre d'une concession pour la construction et l'exploitation d'un réseau câblé, semblent comprendre au moins les infrastructures de génie civil, les locaux techniques destinés à héberger des équipements, le réseau proprement dit et les équipements indispensables à son exploitation.

Dans le cadre d'une délégation de service public, il apparaît donc que les ouvrages réalisés par le délégataire présentent le caractère de biens de retour et appartiennent en pleine propriété à la collectivité concédante. Cette propriété advient dès l'achèvement des ouvrages, en s'incorporant immédiatement à son domaine public.

Il convient de noter à cet égard que la modification de ce type de contrat répond, qu'il s'agisse d'une évolution du périmètre de la convention ou de sa résiliation, à des règles précises qu'il y a lieu de respecter sous peine d'illégalité.

En particulier, un transfert de propriété des réseaux établis dans ce cadre ne pourrait intervenir qu'après résiliation de la convention. De plus, en intégrant le domaine public de la collectivité, ils ne peuvent être cédés que s'ils ont fait l'objet, au préalable, d'une mesure de changement d'affectation et de déclassement. A défaut, une telle cession serait nulle et pourrait être soulevée à toute époque devant le juge judiciaire par toute personne dans la mesure où cela est utile à la défense de ses droits¹⁴.

Au regard de ces développements sur la qualification de service public, il devient plus aisé de dégager des critères de classification susceptibles d'être utilisés par les acteurs pour se situer, au cas par cas, dans une des catégories juridiques de conventions de la typologie dégagée lors des travaux menés avec les acteurs pour l'élaboration du rapport.

2. Typologie et critères de classification

Un des objectifs fixés par l'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle est de distinguer les principales catégories juridiques des conventions conclues entre les communes ou leurs groupements et les câblo-opérateurs.

Les travaux menés par l'Autorité avec les acteurs ont permis de dégager une première typologie. Il s'agit des grandes catégories suivantes, à l'intérieur desquelles peuvent se ranger les conventions :

- La délégation de service public portant sur l'établissement et l'exploitation du réseau ;
- La délégation de service public portant principalement sur l'exploitation du réseau ;
- La convention d'occupation domaniale pouvant, le cas échéant, contenir des sujétions d'exploitation ;
- Le contrat de droit privé ;
- Au-delà de cette première typologie, force est de constater que la nature juridique de certains contrats n'a pas pu toujours être clairement identifiée.

A partir des conventions qui lui ont été transmises, l'Autorité est en mesure de proposer, pour chacune des catégories dégagées, des critères de classification. Il est important de signaler qu'il ne s'agit pas de critères cumulatifs mais plutôt de faisceaux d'indices. Si certains des indices dégagés peuvent être particulièrement probants, ils ne sont pas tous impératifs.

En particulier, il n'est ni nécessaire ni suffisant qu'une convention se place explicitement sous un régime donné pour y appartenir. En revanche, on peut penser que le juge, à qui il revient en dernier ressort de se prononcer, ne serait pas insensible en cas de doute, aux nombreuses stipulations témoignant de l'intention des parties de se placer sous un régime ou un autre.

¹⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 2 avril 1963, AJDA 1963 p. 486 note Dufau.

2.1. La délégation de service public portant sur l'établissement et l'exploitation du réseau

La possibilité de qualification de délégation de service public a été établie dans l'étude réalisée par Emmanuel Glaser. Il reste maintenant à préciser les éléments susceptibles d'être présents dans les conventions et de nature à caractériser une telle qualification.

Les réseaux « nouvelle donne », issus de la loi du 30 septembre 1986, ont été l'occasion de la conclusion de « conventions d'établissement et d'exploitation », parfois sous l'appellation de « concession » ou de « délégation de service public ». Dans cette hypothèse, le câblo-opérateur se voit investi d'une mission globale de construction et d'exploitation du réseau et assure la maîtrise d'ouvrage des travaux.

Les exemples de conventions transmis par les acteurs permettent de dégager un faisceau d'indices susceptible de caractériser une délégation de service public portant à la fois sur l'établissement et l'exploitation du réseau. Il s'agit des critères suivants :

- la rémunération du concessionnaire tirée des résultats de l'exploitation ;
- le contrôle de la personne publique sur son délégataire (contrôle de la tarification des abonnements, définition du contenu du plan de service...) ;
- l'existence d'obligations à la charge du délégataire relatives à l'exploitation du service (continuité du service, mise à disposition gratuite d'un canal local, existence d'un droit d'égal accès au service...) ;
- l'existence d'obligations à la charge du délégataire relatives à l'établissement du réseau (obligation de couverture du réseau, obligation de desserte de bâtiments publics...).
- le régime des biens, qui distingue biens de retour et biens de reprise ;
- la qualification de la convention par les parties elles-mêmes en concession ou délégation de service public¹⁵ ;
- le respect, pour celles d'entre elles qui ont été conclues après 1993, des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, imposant une mise en concurrence préalable ;
- la mention que le service est exploité aux risques et périls du concessionnaire ;
- l'absence de paiement par le concessionnaire d'une redevance d'occupation domaniale.

On notera que parmi les critères précédemment cités, la présence des quatre ou cinq premiers semble particulièrement probante.

2.2. La délégation de service public portant principalement sur l'exploitation du réseau

Cette hypothèse peut correspondre à deux cas de figure.

Il peut tout d'abord s'agir de « contrats opérateurs » passés dans le cadre du Plan câble et portant sur l'exploitation commerciale du réseau. Bien que ces « contrats opérateurs » ne fassent généralement pas état de la qualification juridique de délégation de service public, l'étude réalisée par Emmanuel Glaser, indique en effet que l'exploitation d'un réseau câblé peut constituer, dans le cadre des lois de 1982 et 1984, une activité de service public.

De la même manière que pour les conventions passées pour les réseaux « nouvelle donne », il apparaît ainsi que certains de ces « contrats opérateurs » stipulent que l'exploitant du réseau assure sa mission à ses risques et périls et se rémunère de façon substantielle sur les résultats d'exploitation du service. Il n'est par ailleurs pas rare que ce type de convention impose à l'opérateur des sujétions susceptibles de s'analyser comme des obligations de service public : mise à disposition gratuite d'un canal local, obligation de consentir des abonnements, plafond de tarification des abonnements, participation de la commune à la définition du plan de service, etc.

Cette lecture est, en outre, confirmée par un jugement du tribunal administratif de Grenoble du 13 janvier 2006. Le tribunal administratif a en effet considéré que « *malgré la composition de son*

¹⁵ Même si, en principe, la qualification que donnent les parties à un contrat est sans incidence sur la qualification donnée par le juge, qui est purement objective.

actionnariat, la SEM de Grenoble TV câble doit être regardée comme agissant pour le compte de la commune de Grenoble ; que, dès lors, le contrat litigieux du 11 mars 1988 passé avec la compagnie Générale des Eaux dont la rémunération est liée aux résultats de l'exploitation du service, constitue une concession de service public ; qu'il en est de même des avenants à ce contrat passés avec les sociétés qui lui ont substituées ».

Une seconde possibilité correspond à un schéma de type affermage, dans le cadre de la loi de 1986. En effet, l'article 34 de cette loi prévoit que la commune peut prendre l'initiative d'établir le réseau (en régie ou pour son compte). Seule l'exploitation commerciale du réseau est alors confiée au câblo-opérateur, le réseau étant mis à disposition de ce dernier. Un tel contrat, dès lors que des obligations de service public sont à la charge de l'exploitant, peut être qualifié d'affermage.

Les exemples de conventions transmis par les acteurs permettent de dégager un faisceau d'indices susceptible de caractériser une délégation de service public portant principalement sur l'exploitation du réseau. Il s'agit des critères suivants :

- la rémunération du concessionnaire tirée des résultats de l'exploitation ;
- le fermier paye une redevance à la personne publique ;
- le contrôle de la personne publique sur son délégataire (contrôle de la tarification des abonnements, définition du contenu du plan de service...) ;
- l'existence d'obligations à la charge du délégataire relatives à l'exploitation du service (continuité du service, mise à disposition gratuite d'un canal local, existence d'un droit d'égal accès au service...) ;
- la qualification de la convention par les parties elles-mêmes en affermage ;
- le respect, pour celles d'entre elles qui ont été conclues après 1993, des dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, imposant une mise en concurrence préalable ;
- la mention que le service est exploité aux risques et périls du concessionnaire.

On notera que parmi les critères précédemment cités, la présence des trois premiers semble particulièrement probante.

2.3. La convention d'occupation domaniale pouvant, le cas échéant, contenir des sujétions d'exploitation

On rappellera que l'autorisation d'occuper le domaine public prend en règle générale deux formes, toutes deux dominées par le principe de précarité¹⁶ :

- l'acte administratif unilatéral (permission de voirie) ;
- le contrat (concession de voirie).

Le contrat d'occupation du domaine public permet au gestionnaire du domaine (en l'espèce la commune) de conférer à une autre personne (en l'espèce le câblo-opérateur) le droit d'occuper à titre privatif une dépendance domaniale. Ce montage contractuel peut a priori se rencontrer aussi bien dans les contrats du Plan câble que dans ceux des réseaux « nouvelle donne ».

S'agissant cependant des réseaux du Plan câble, il convient de rappeler que c'est France Télécom qui, en tant que propriétaire des infrastructures de génie civil, est l'occupant du domaine public. Les questions d'occupation domaniale ne concernent donc le câblo-opérateur que pour les parties du réseau qui ne sont pas situées dans les installations de France Télécom (ex : extension du réseau, occupation de locaux techniques, etc.).

S'agissant des réseaux « nouvelle donne », et ce conformément à l'article 34 de la loi de 1986, la commune peut avoir autorisée un tiers à établir le réseau. Dans cette hypothèse, celui-ci est exploité non pas pour le compte de la collectivité mais pour celui de l'opérateur qui en détient la

¹⁶ Le principe de précarité est un principe juridique essentiel du régime de l'utilisation privative de la propriété publique. A ce titre, les dispositions combinées des articles L. 2122-2 et L. 2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques rappellent que l'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que précaire, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation étant elle-même précaire et révocable.

propriété. La qualification de convention d'occupation domaniale semble donc être la plus pertinente.

Au regard des exemples de conventions transmises par les acteurs, différents critères permettent de se rattacher, le cas échéant, à cette catégorie de convention. Tel pourra notamment être le cas lorsque :

- l'objet des conventions porte sur des conditions d'occupation du domaine public de la commune ;
- l'opérateur reste, aux termes de la convention et à son échéance, propriétaire des ouvrages constitutifs du réseau ;
- les contraintes inhérentes au domaine public occupé sont prises en compte dans la convention pour le déploiement, l'exploitation et l'entretien du réseau ;
- l'opérateur est tenu au paiement des redevances d'occupation domaniale ;
- l'obligation de supporter sans indemnité les travaux entrepris dans l'intérêt de la dépendance publique occupée ;
- l'opérateur a, comme tout occupant du domaine public, des obligations de communication et d'information de la collectivité sur le réseau dans la perspective d'une bonne gestion du domaine.

On relèvera, en outre, qu'une convention d'occupation du domaine public peut comporter des sujétions d'exploitation (ex : mise à disposition de la collectivité d'un canal local de télévision). Pour autant, ceci n'entraîne pas la qualification de délégation de service public lorsque ces sujétions auront un degré d'intensité moindre que les obligations figurant dans les délégations de service public.

Ainsi, et comme il sera développé dans le chapitre relatif aux préconisations, des clauses portant par exemple sur le contrôle de la tarification ou du plan de service du câblo-opérateur par la commune ne paraissent pas pouvoir relever du régime d'occupation du domaine.

2.4. Le contrat de droit privé

Cette hypothèse peut notamment concerner, dans le cadre des réseaux du Plan câble, des « contrats opérateurs » conclus entre des SLEC, chargées d'exploiter les réseaux aux termes de la loi du 1^{er} août 1984, et les sociétés de droit privé à qui cette exploitation a pu en pratique être confiée.

Comme cela a été signalé plus haut, ces contrats peuvent relever de la qualification de délégation de service public portant sur l'exploitation du réseau câblé. Cependant, le tribunal de grande instance de Versailles a pu retenir dans un cas la qualification de contrat de droit privé (ordonnance du 13 février 2007).

2.5. Autres cas

Les travaux menés avec les acteurs n'ont matériellement pu porter sur l'ensemble des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs. Bien que l'échantillon de conventions étudiées par l'Autorité a visé à être le plus représentatif possible, il est possible que certaines conventions n'appartiennent à aucune des catégories juridiques précédemment définies.

Pour conclure, on rappellera que la typologie et les critères de classification dégagés dans le présent rapport constituent une grille de lecture, au regard de laquelle les conventions doivent s'apprécier de manière circonstanciée et au vu des stipulations qui leur sont propres. En tout état de cause, une réponse définitive à ces questions ne peut être donnée que par le juge.

CHAPITRE 3 - PRECONISATIONS

L'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004 prévoit que le présent rapport formule des préconisations propres à assurer la mise en conformité des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs.

Il s'agit par ces préconisations de donner aux acteurs des outils leur permettant, dans le cadre de la liberté de négociation contractuelle, de mettre en conformité les conventions qui les lient. Les positions qui seront adoptées par les acteurs resteront en tout état de cause soumises à l'interprétation souveraine du juge.

Les préconisations formulées ci-après s'appuient en partie, s'agissant du cadre juridique, sur l'étude réalisée par Emmanuel Glaser. Au-delà, l'Autorité a souhaité prendre en compte le contexte général de l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques et de l'intervention des collectivités dans ce secteur. Un des enjeux est de donner un maximum de visibilité aux acteurs, notamment dans la perspective du très haut débit.

1. Principe de mise en conformité

1.1. Les cas de mise en conformité visés par la loi

L'article 134 modifié de la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle introduit le principe d'une évolution des conventions conclues entre les communes et les opérateurs de réseaux câblés. Cet article prévoit explicitement deux choses.

En premier lieu, l'article 134 prévoit une mise en conformité avec les dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE en disposant que « *les conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés en cours d'application à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que les cahiers des charges qui y sont annexés doivent être mis en conformité avec les dispositions de cet article* ».

Cette disposition répond aux exigences communautaires liées à la deuxième phase d'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques :

- L'article 2 de la directive n° 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques dispose que « *les Etats membres ne peuvent accorder ni maintenir des droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public* ». L'objectif de la directive est de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, étendre ou exploiter sans aucune contrainte des réseaux de communications électroniques.
- La directive n° 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, dite « autorisation », précise que « *la fourniture de réseaux de communications électroniques ou la fourniture de services de communications électroniques ne peut faire l'objet (...) que d'une autorisation générale* », qui ne peut prendre la forme que d'une obligation de « notification », à l'exclusion de tout régime d'autorisation expresse (article 3, § 2).

Ces exigences ont été transposées en droit national à l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) et à l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée.

L'article L. 33-1 du CPCE crée tout d'abord un régime juridique commun pour l'établissement et l'exploitation de tous les réseaux et services de communications électroniques, indépendamment de la nature des technologies mises en œuvre (principe de neutralité technologique).

Cet article dispose ainsi que « *l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une*

déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». Au système de l'autorisation expresse est substitué un régime déclaratif. A cet égard, les réseaux câblés sont des réseaux comme les autres¹⁷.

Un régime de simple déclaration est ensuite prévu dans la loi du 30 septembre 1986 modifiée, dont l'article 34 dispose que : « *tout distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de radio ou de télévision, dépose une déclaration préalable auprès du conseil* ».

En second lieu, l'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004 modifiée dispose qu' « *afin de veiller au respect du principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques, les modalités de mise en conformité garantissent l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques* ».

Il est possible de rapprocher cette disposition avec les principes posés par l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) organisant l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des communications électroniques. Cet article dispose en effet que « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent [...] établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de télécommunications au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, acquérir des droits d'usage à cette fin ou acheter des infrastructures ou réseaux existants. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques* ».

Il s'agit donc de garantir l'utilisation partagée des infrastructures de génie civil établies à l'occasion du déploiement des réseaux câblés lorsque celles-ci appartiennent à la collectivité. Comme on le rappellera ci-après, ce sera le cas dans le cadre des délégations de service public portant sur l'établissement et l'exploitation du réseau, par application de la théorie des biens de retour qui attribue *ab initio* la propriété de ce type de bien à la personne publique délégante.

La mise en conformité des conventions prévue par l'article 134 modifié de la loi de 2004 vise à normaliser les relations entre les communes et les câblo-opérateurs au regard, d'une part, du principe de libre exercice de l'activité d'opérateur de communications électroniques et, d'autre part, du principe de partage des infrastructures publiques.

La portée de ces deux dispositions sera précisée dans la section 2 à venir.

1.2. La volonté du législateur

L'analyse menée par Emmanuel Glaser permet de considérer que la mise en conformité imposée par le législateur à travers la loi du 9 juillet 2004 semble devoir être interprétée strictement.

Cette interprétation est tout d'abord commandée par l'application du principe de la non-rétroactivité de la loi dans le temps. En règle générale, la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours¹⁸. En dehors des lois d'ordre public dont les dispositions sont d'application immédiate, les relations des parties à un contrat sont fixées pour toute la durée du contrat en fonction des règles de droit en vigueur à la date de conclusion du contrat. Il en va, notamment, ainsi de la qualification du contrat, qui doit s'apprécier à la date de sa conclusion.

¹⁷ L'article L. 32 du CPCE dispose en effet que « *sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle* ».

¹⁸ CE, 12 octobre 1960, *CHR de Nantes*, p. 528 ; CE, 7 décembre 1973, *Le Couteur et Sloane*, p. 704 ; CE, 13 novembre 1987, *Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos*, p. 365, RFDA 1988.380 conclusions Y. Robineau, note F. Moderne, D. Somm. 1988 p. 254 commentaire Ph. Terneyre.

En outre, s'agissant de contrats passés par des collectivités territoriales, le législateur doit veiller à ne pas mettre en cause le principe de leur libre administration consacré à l'article 72 de la Constitution.

Il découle tant du principe rappelé ci-dessus que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que les dispositions d'application immédiate doivent être interprétées strictement. En l'espèce, la loi du 9 juillet 2004 impose l'adaptation des conventions en cours d'exécution au nouveau régime qu'elle met en place.

Par ailleurs, il apparaît au regard des travaux parlementaires que le législateur n'entendait pas contraindre les communes à remettre à plat l'ensemble des conventions ou à en renégocier toutes les clauses, mais essentiellement à imposer le toilettage des conventions au cas par cas, notamment la suppression de la clause d'exclusivité.

Certains parlementaires se sont ainsi inquiétés, au moment de l'adoption de la loi, d'une portée différente qui aurait pu être donnée à ses dispositions. M. Loridant intervenait ainsi en ce sens : *« Ces opérateurs ont été choisis par rapport à leurs concurrents à l'issue de procédures publiques de consultation. Ils ont très souvent été retenus en fonction des prescriptions contractuelles qu'ils étaient prêts à souscrire : couverture du territoire, services proposés dans les immeubles reliés collectivement aux réseaux, financement des réseaux de télévision locale notamment. En contrepartie, un certain nombre de collectivités ont elles-mêmes engagés des dépenses pour la constitution de centres de distribution ou des travaux divers. En dehors des dispositions contraires aux directives européennes, comme certaines clauses d'exclusivité, l'adaptation de ces conventions ne doit résulter que d'une libre négociation entre les parties. Il serait dommage que la loi vienne en quelque sorte troubler ces relations contractuelles et, surtout, donne, en imposant dans la négociation une date limite, plus de pouvoir aux opérateurs, car ce sont les communes qui subiraient les conséquences de ces adaptations »* (JO Débats, Sénat, séance du 15 avril 2004).

En réponse à l'inquiétude de certains parlementaires, M. Sido, s'exprimant au nom de la commission des affaires économiques, expliquait alors *« que le seul objectif de cette négociation est de supprimer les éventuelles clauses qui seraient devenues incompatibles avec le nouveau cadre législatif. Il n'est évidemment pas question de supprimer les obligations librement consenties par les opérateurs. Etant donné, monsieur le ministre, l'inquiétude dont m'ont fait part divers élus locaux à ce sujet, je vous serais reconnaissant de bien vouloir confirmer ce point »*. M. Donnedieu de Vabres, ministre de la culture et de la communication souscrivait également à ces propos lors de ces mêmes débats.

La continuité des conventions en cours est préconisée par le législateur qui entend simplement, au delà de l'objectif d'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil, les rendre compatibles avec le nouvel article L.33-1 du CPCE. Seules des modifications à la marge sont donc nécessaires.

2. Préconisations sur la mise en conformité

Les paragraphes suivants présentent les préconisations de l'Autorité pour la mise en conformité prévue à l'article 134 modifié de la loi de 2004.

2.1. La suppression de la clause d'exclusivité

- Principe

Le législateur a souhaité, en imposant la mise en conformité des conventions par rapport à l'article L. 33-1 du CPCE, donner application à la directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques. Cette directive interdit aux Etats membres d'accorder ou de maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public.

Aux termes de l'article 1^{er} de la directive de la Commission du 16 septembre 2002 précitée, on entend par « droits exclusifs » les droits accordés par un Etat membre à une seule entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif qui lui réserve le droit de

fournir un service de communications électroniques ou d'exploiter une activité de communications électroniques sur un territoire donné.

Quant aux « droits spéciaux », ce sont les droits accordés par un Etat membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif qui, sur un territoire donné :

- o désigne ces entreprises autorisées à fournir un service de communications électroniques ou à exploiter une activité de communications électroniques, ou en limite le nombre à deux ou plusieurs, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnés ni non discriminatoires ;
- o ou confère à des entreprises, selon des critères autres que les critères susmentionnés, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir les mêmes services de communications électroniques ou d'exploiter la même activité de communications électroniques sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes.

- Portée

Les conventions transmises par les acteurs font fréquemment apparaître des clauses d'exclusivité portant sur le territoire de la ou des communes concernées.

Dans la plupart des cas, l'exclusivité porte sur les services de radiodiffusion sonore et de télévision distribués par câble. Il arrive également que l'exclusivité porte sur le réseau, avec une portée plus ou moins grande selon qu'il s'agit de tous types de réseaux ou seulement des réseaux câblés.

Dans tous les cas, ces clauses d'exclusivité sont contraires au nouveau cadre et doivent être supprimées. Elles semblent devoir l'être d'autant plus que l'article 134 lui-même prévoit spécifiquement, depuis sa modification par la loi du 5 mars 2007, que cette mise en conformité doit garantir « l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques ». Cette conclusion est partagée par Emmanuel Glaser dans son étude.

- Mise en œuvre

Imposée par le législateur, cette suppression des clauses d'exclusivité dans les contrats en cours ne résulte pas de la volonté de l'une des parties au contrat. Aux termes de l'étude réalisée par Emmanuel Glaser, il apparaît que faute d'accord entre les parties sur un aménagement du contrat, il peut être imposé unilatéralement par la commune.

En tout état de cause, comme le rappelle dans leur rapport au Sénat, MM. Hérisson et Sido, au nom de la commission des affaires économiques, il apparaît qu'à l'issue du délai laissé aux acteurs pour mettre en conformité les conventions, « toutes les prescriptions contractuelles qui, bien qu'excédant les nouvelles dispositions législatives, n'auraient pas été modifiées ou supprimées, seraient dépourvues de base légale et deviendraient donc inopposables aux opérateurs » (Rapport n° 244, déposé le 30 mars 2004). Une suppression formelle des clauses d'exclusivité ne semble donc pas être impérative.

Les conséquences de la suppression de la clause d'exclusivité sont analysées dans le paragraphe 2.4.

Sous réserve d'une interprétation au cas par cas, les clauses d'exclusivité insérées dans les conventions au profit du câblo-opérateur doivent être supprimées dans tous les contrats, qu'ils soient passés dans le cadre du Plan câble ou des réseaux « nouvelle donne ».

A défaut, ces clauses seront, en tout état de cause, inopposables à compter de l'expiration, au 31 juillet 2007, du délai de mise en conformité prévu par la loi.

2.2. Garantir l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil

- Principe

Au-delà de la suppression de la clause d'exclusivité, l'article 134 lui-même prévoit de manière complémentaire, depuis sa modification par la loi du 5 mars 2007, que les modalités de mise en conformité doivent garantir « *l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques* ».

Cette disposition paraît complémentaire à la suppression des clauses d'exclusivité. En effet, dès lors qu'il n'est plus possible d'interdire, par principe, à une entreprise d'établir un réseau, il apparaît logique que les infrastructures publiques puissent bénéficier à tout opérateur souhaitant établir un réseau sur le territoire de la commune. Or, comme il le sera exposé dans la troisième partie du présent chapitre, les infrastructures de génie civil constituent un enjeu important : la possibilité d'y recourir modifie considérablement l'économie d'un opérateur, et il s'agit même d'une condition essentielle pour le déploiement d'une nouvelle boucle en fibre optique.

A cet égard, le principe d'une utilisation partagée entre opérateurs des infrastructures de génie civil des collectivités s'avère, dans une certaine mesure, déjà prévu par les textes.

Tout d'abord, l'article L. 47 du CPCE prévoit un mécanisme d'invitation au partage, à l'initiative de la collectivité gestionnaire du domaine, entre l'opérateur occupant déjà le domaine et l'opérateur sollicitant un droit de passage. La collectivité étant, en l'espèce, propriétaire des infrastructures concernées, le mécanisme d'invitation au partage paraît dès lors pouvoir se décliner en un principe d'ouverture de ses infrastructures aux opérateurs tiers. Autrement dit, le principe d'utilisation partagée des infrastructures se trouverait, dans ce cas, sous le contrôle direct de la collectivité.

Ensuite, l'article L. 32-1 du CPCE fixe un principe de non-discrimination dans le traitement des opérateurs, qui paraît pouvoir s'appliquer à l'utilisation du génie civil des collectivités. Or, en réservant l'usage de leurs infrastructures aux câblo-opérateurs, les collectivités pourraient méconnaître ces dispositions.

Enfin, on rappellera que cette mise à disposition des infrastructures publiques est explicitement posée dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT.

- Portée

S'agissant de l'application effective de cette disposition, force est de constater que la volonté du législateur n'a pas, en raison de l'adoption en urgence de la loi, été clairement exprimée. Néanmoins, et sous réserve d'éventuelles précisions ultérieures apportées par le législateur, les travaux menés avec les acteurs pour l'élaboration du présent rapport ont permis de dégager de premières orientations.

Tout d'abord, la notion d'infrastructure publique implique que la commune soit propriétaire desdites infrastructures. Tel sera le cas, par le biais de la théorie des biens de retour, des infrastructures établies dans le cadre d'une délégation de service public portant à la fois sur l'établissement et l'exploitation du réseau.

Ensuite, on rappellera qu'il s'agit d'un dispositif courant dans les délégations de service public que l'autorité concédante autorise l'utilisation des capacités excédentaires des ouvrages concédés (cf. modèle de cahiers des charges établis par le Ministère de l'Intérieur). La condition imposée est alors que cette utilisation demeure l'accessoire du service public concédé et qu'elle n'ait aucune incidence sur les biens de retour de la concession.

Au cas d'espèce, le principe d'utilisation partagée paraît donc davantage relever d'une obligation de moyens que d'une obligation de résultats. En particulier, il ne s'agit pas de créer d'obligation pour la collectivité de fournir des fourreaux à tout opérateur qui en ferait la demande, mais plutôt d'assurer une utilisation partagée des infrastructures existantes, dans la mesure où celles-ci présentent des disponibilités d'accueil. Ces dispositions ne semblent donc pas, en première analyse, avoir pour effet de générer des investissements nouveaux afin d'accroître la disponibilité des infrastructures publiques existantes.

- Mise en œuvre

Les textes existants précités s'imposant en tout état de cause aux parties à un contrat, l'application de cette disposition ne semble pas impliquer nécessairement une modification des conventions

existantes. En outre, on rappellera que l'Autorité est compétente pour régler tout différend, conformément à l'article L. 36-8 du CPCE, portant sur les possibilités et les conditions d'accès d'une utilisation partagée prévue à l'article L. 47.

Néanmoins, dans un souci de transparence et pour prévenir des contentieux éventuels, rien n'empêche les parties de rappeler dans le contrat les principes visés aux articles L. 32-1 et L. 47 du CPCE et de préciser les conditions techniques et financières d'accès des opérateurs tiers aux infrastructures de génie civil.

En outre, il convient que la convention permette à la collectivité d'assumer ses obligations en termes de partage. Dans ce cadre, il importe que la collectivité soit en mesure de connaître l'emplacement et la capacité réelle de ses infrastructures. Dans le cadre d'une délégation de service public, c'est au délégataire qu'il revient de communiquer tous les éléments (plans, système d'information géographique) nécessaires.

En règle générale, ce type d'obligation est présent dans les contrats. Le processus de mise en conformité pourrait donc être l'occasion pour les collectivités de rappeler les obligations de leurs délégataires en la matière et, à défaut, d'intégrer dans les conventions des dispositions visant la communication de ce type d'informations afin, comme le demande la loi, « de garantir l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil ».

Le principe d'une utilisation partagée entre opérateurs des infrastructures de génie civil concerne le cas où la collectivité est propriétaire de ces infrastructures. C'est notamment le cas des délégations de service public portant à la fois sur l'établissement et l'exploitation du réseau.

Faute de volonté du législateur clairement exprimée, la portée de ce principe paraît devoir se limiter à l'accès des opérateurs tiers aux infrastructures existantes et sous réserve de disponibilité.

Ce principe étant déjà prévu par les textes pour une large part, il s'agit d'en décliner les modalités de mise en œuvre en ce qui concerne la relation entre la collectivité et le câblo-opérateur. La communication par le câblo-opérateur à la collectivité des informations relatives à l'emplacement et à la disponibilité des infrastructures en constitue un élément important.

2.3. Les sujétions particulières

Au-delà de la suppression des clauses d'exclusivité, la mise en conformité peut amener à la marge un toilettage de certaines conventions.

L'article 134 entraîne ainsi, le cas échéant, la suppression des clauses se référant à l'autorisation d'exploitation délivrée par le CSA et celle délivrée par l'ARCEP sur le fondement de l'ancienne version de l'article L. 33-1 du CPCE. En effet, la mise en conformité imposant l'application des nouveaux régimes déclaratifs en vigueur, l'autorisation d'exploitation octroyée par le CSA, alors de droit lors de la conclusion des contrats, n'existant plus, toutes clauses s'y référant doivent donc être supprimées. Il en va de même pour l'autorisation d'exploiter des services de télécommunications délivrée par l'ARCEP lorsque les contrats prévoyaient de tels services.

Au-delà de ce toilettage, se pose la question de la suppression des sujétions particulières auxquelles peuvent être assujettis les câblo-opérateurs (droit de regard sur les plans de services, financement et distribution d'un canal local de télévision destiné aux informations sur la vie communale, obligations de desserte imposant le raccordement progressif de l'ensemble de la population ou de certains équipements publics, contrôle tarifaire, etc.).

Dans ce cadre, il s'agit de savoir si ces sujétions sont, de la même façon que les clauses d'exclusivité, contraires au nouveau régime. Il convient à cet égard de distinguer suivant le type de convention.

Dans les conventions d'occupation domaniale, les sujétions sont strictement encadrées. Selon les articles L. 45-1 et suivants du CPCE, les conventions d'occupation et autres permissions de voirie doivent être transparentes et non discriminatoires et ne peuvent « contenir de dispositions relatives à l'exploitation commerciale ». Sauf à pouvoir être rattachées directement à une

disposition législative¹⁹, les sujétions particulières paraissent donc contrevenir aux dispositions du CPCE dans ce cas.

S'agissant des délégations de service public, l'étude réalisée par Emmanuel Glaser conclut à la légalité des sujétions : « *Dans la mesure où elle porte atteinte à des contrats conclus entre des collectivités territoriales et des personnes privées, l'obligation de mise en conformité doit être interprétée strictement. Or, l'article L. 33-1 du CPCE ne concerne que les obligations unilatérales imposées aux opérateurs* ».

L'étude ajoute : « *Ces sujétions n'ont, en effet, pas été imposées aux câblo-opérateurs. Elles ont été librement consenties par eux dans le cadre de la négociation des contrats. Si la loi interdit pour l'avenir d'imposer aux opérateurs d'autres règles que celles qu'elle fixe elle-même, elle ne fait pas obstacle à ce que ceux-ci consentent, dans le cadre d'une négociation contractuelle, à remplir diverses obligations de service public* ». D'ailleurs, de telles sujétions existent dans les conventions conclues, depuis le 9 juillet 2004, dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT. Il en va a fortiori ainsi d'obligations réciproques contractées antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi.

Néanmoins, si le processus de mise en conformité n'impose pas la suppression des sujétions particulières dans le cadre des délégations de service public, les parties à un contrat restent libres de les faire évoluer.

A cet égard, il convient de rappeler que ces sujétions ont été négociées à une époque où le secteur n'était pas pleinement ouvert à la concurrence. Certaines d'entre elles (ex : validation des plans de services, contrôle tarifaire, redevance indexée sur le chiffre d'affaires, etc.) apparaissent aujourd'hui en décalage et peuvent constituer, pour les câblo-opérateurs, un handicap vis-à-vis des autres opérateurs.

Les communes et câblo-opérateurs, en tant que partenaires, pourraient donc être amenés à repenser ces sujétions en visant à donner davantage de souplesse de gestion et d'exploitation à l'opérateur.

Si la plupart des sujétions particulières doivent être supprimées dans le cas des conventions d'occupation domaniale, aucune mise en conformité n'est impérative pour les délégations de service public. Ces sujétions peuvent en effet revêtir le caractère d'obligations de service public ou relever de conditions librement consenties par les parties.

L'Autorité invite néanmoins les collectivités à jouer leur rôle de partenaire des câblo-opérateurs et à négocier un allègement voire une suppression de ces sujétions, notamment celles portant sur la validation des plans de service, le contrôle tarifaire ou les redevances indexées sur le chiffre d'affaires.

2.4. Modification économique de l'équilibre du contrat et droit à indemnisation

Imposée par le législateur, la modification des contrats en cours ne résulte pas de la volonté de l'une des parties au contrat et ne relèverait pas de la jurisprudence relative au pouvoir de modification unilatérale des contrats (théorie du fait du Prince). La modification de l'équilibre du contrat qui en résulterait éventuellement n'ouvre, donc, pas droit à indemnité sur ce terrain mais, s'agissant d'un événement extérieur aux parties, sur celui de la théorie de l'imprévision ou sur celui de la force majeure.

Pour obtenir une indemnisation, la modification de l'équilibre du contrat doit en tout état de cause être démontrée, au cas par cas, à partir d'une analyse des effets de ces modifications sur les conditions concrètes d'exécution du contrat. Emmanuel Glaser souligne d'ailleurs dans son étude que « *le simple fait que les opérateurs seraient dorénavant soumis à une concurrence potentielle accrue ne suffit certainement pas de ce point de vue. La jurisprudence exige, en effet, qu'il existe un déficit réellement important et non un simple manque à gagner. Il appartiendrait, donc, à*

¹⁹ Le II de l'article 34-2 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée par la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 dispose par exemple que « tout distributeur de services par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met à disposition de ses abonnés les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale ».

l'opérateur se prévalant de la théorie de l'imprévision de démontrer ce bouleversement, à partir de l'évolution de sa clientèle, de son chiffre d'affaires ou de tout autre élément comptable et financier et de démontrer que le déficit est bien le résultat direct et certain des modifications imposées par l'article 134 et non d'autres éléments (évolution technologique, développement du satellite, d'Internet...) ».

Dès lors que la suppression de la clause d'exclusivité est la conséquence directe du nouveau régime législatif et n'est, donc, pas imputable aux communes, elle est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat législateur. C'est la conclusion à laquelle aboutit Emmanuel Glaser dans son étude. Le bouleversement de l'économie du contrat ouvrirait ainsi droit à indemnité à la charge de l'Etat, mais dans les conditions très strictes de ce régime (existence d'un préjudice anormal et spécial et absence d'exclusion explicite par le législateur d'une indemnisation).

Sous ces conditions, une indemnité pourrait vraisemblablement être demandée par le cocontractant parallèlement à une action contre la commune sur le terrain de l'imprévision, sous réserve que la somme des indemnités obtenues n'excède pas la charge extracontractuelle. Elle pourrait également être demandée à l'Etat par la commune, qui aurait été amenée à verser à son cocontractant une indemnité d'imprévision.

Si la suppression de la clause d'exclusivité entraîne effectivement un bouleversement de l'économie du contrat, il peut être de l'intérêt de la commune d'accepter de le réaménager plutôt que de verser une indemnité d'imprévision ou de force majeure, mais il s'agit là d'une appréciation qui ne peut être faite que contrat par contrat par les acteurs.

Dans ce cadre, l'analyse menée par Emmanuel Glaser indique : *« lorsque survient un événement de ce type, extérieur aux parties, il est toujours loisible à celles-ci de modifier ou d'adapter les conditions d'exécution du service afin de préserver ou de rétablir l'équilibre du contrat. Il est même possible de dire que le principe de continuité du service public doit les conduire, avant tout, à trouver un accord permettant, par un réaménagement des clauses du contrat, la poursuite de l'exploitation. Mais, il s'agit là d'un principe général, dont l'application est malaisée en cas de désaccord entre les parties ».* Dans ce cas, une telle modification pourrait même être imposée unilatéralement par la commune. La jurisprudence n'exige d'ailleurs pas que la personne publique fasse nécessairement des concessions pour rétablir l'équilibre du contrat.

En théorie, les évolutions législatives pourraient ouvrir droit à indemnisation pour le câblo-opérateur. Cela suppose toutefois qu'il soit explicitement établi que ces évolutions sont ou ont été de nature à bouleverser son activité. Outre le fait que cela n'est pas évident, la charge de la preuve en incomberait au câblo-opérateur.

2.5. La mise en conformité ne peut pas emporter requalification rétroactive des contrats ou leur caducité

La portée de la mise en conformité imposée par l'article 134 de la loi du 9 Juillet 2004 modifiée fait l'objet d'interprétations divergentes entre le câblo-opérateur et les collectivités territoriales sur les conséquences de la mise en conformité sur les contrats.

Noos Numéricâble considère que cette mise en conformité implique une refondation des liens contractuels en vigueur en les harmonisant et en les stabilisant à partir du modèle de la convention d'occupation domaniale. Il suggère ainsi la suppression non seulement de la clause d'exclusivité mais aussi des sujétions techniques et financières associées à l'exploitation du réseau câblé.

A l'appui de sa thèse, le câblo-opérateur invoque l'avis précité de la section de l'Intérieur du Conseil d'Etat, aux termes duquel la clause d'exclusivité apparaîtrait comme une condition requise pour que puisse exister un service public. Certains articles de doctrine vont en ce sens, et soutiennent que *« les clauses d'exclusivité sont « le signalisateur » du service public au sens de l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 précité. Leur invalidation vaut disparition du service lui-même et de la délégation qui en est le support »*²⁰.

Les conclusions de l'étude confiée à Emmanuel Glaser sont claires à cet égard. L'article 134 ne peut avoir pour effet de conduire à une requalification rétroactive des conventions. En particulier, la suppression pour l'avenir de la clause d'exclusivité est sans incidence sur la nature des contrats et

²⁰ Revue Lamy Droit des affaires, février 2006, n° 2, p. 64.

ne peut avoir pour effet de conduire à une requalification rétroactive des conventions. Non seulement le contrat demeure mais sa qualification juridique reste inchangée.

Si la portée de la mise en conformité n'amène pas une requalification rétroactive des conventions, elle n'entraîne pas davantage, à travers la suppression de la clause d'exclusivité, la caducité des conventions de délégation de service public.

3. Evolution des conventions au-delà de ce qui est nécessaire à la mise en conformité

Depuis l'adoption, à l'été 2004, de l'article L. 1425-1 du CGCT, l'Autorité étudie avec les opérateurs et les collectivités territoriales qui le souhaitent, les modalités d'intervention des collectivités dans le secteur des communications électroniques. Ces travaux, réalisés au sein d'un Comité des réseaux d'initiative publique (CRIP) ont donné lieu à des comptes-rendus réguliers, qui figurent sur le site internet de l'Autorité.

Dans ce cadre, les conditions d'occupation du domaine public ainsi que la possibilité d'utiliser des infrastructures de génie civil existantes sont apparus comme deux facteurs décisifs d'implantation des opérateurs sur les territoires. Ceci est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de déployer une nouvelle boucle locale, en fibre optique, pour offrir le très haut débit.

Le déploiement du très haut débit nécessite en effet des investissements importants, de l'ordre de plusieurs dizaines de milliards d'euros pour l'ensemble du territoire national. Or, les infrastructures de génie civil (fourreaux, chambres) dans lesquelles sont installés les câbles représentent plus des trois quarts des coûts d'investissement dans le réseau. Dans ces circonstances, la possibilité d'utiliser des infrastructures de génie civil existantes est un facteur essentiel de l'équation économique des opérateurs.

On rappellera à cet égard que dans le cas d'une délégation de service public portant à la fois sur l'établissement et l'exploitation du réseau, les collectivités sont propriétaires des infrastructures de génie civil par application de la théorie des biens de retour. Ceci place les collectivités concernées en situation de favoriser le déploiement du très haut débit sur leur territoire.

La mise en conformité des conventions câble ne vise certes pas à promouvoir le développement du très haut débit. Il s'agit néanmoins d'un contexte important, particulièrement pour les acteurs qui souhaiteraient, à l'occasion de la mise en conformité, faire évoluer les conventions câble au-delà de ce qui est nécessaire à la mise en conformité. C'est pourquoi l'Autorité formule ici quelques préconisations. Compte tenu de ce qui a été rappelé ci-dessus concernant la propriété des infrastructures de génie civil, ces préconisations ne portent que sur le cas d'une délégation de service public portant à la fois sur l'établissement et l'exploitation du réseau.

Dans ce contexte, il convient tout d'abord de souligner que les infrastructures de génie civil dont peuvent disposer les collectivités constituent un patrimoine essentiel pour l'aménagement numérique de leur territoire. A cet égard l'Autorité recommande aux collectivités de conserver ce patrimoine et ne pas déclasser ces infrastructures.

En outre, l'Autorité identifie plusieurs évolutions possibles de la relation entre la collectivité et le câblo-opérateur, qui sont étudiées ci-après :

- l'inclusion de la dimension du très haut débit dans le cadre contractuel actuel ;
- la résiliation ou l'arrivée à échéance de la convention, au profit d'une intervention s'inscrivant dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT et pouvant porter :
 - o sur la location des infrastructures publiques de génie civil à des opérateurs ;
 - o sur un projet de réseau très haut débit.

3.1. L'inclusion de la dimension du très haut débit dans le cadre contractuel en vigueur

Les réseaux câblés peuvent être mis à niveau pour permettre le très haut débit. Cette mise à niveau peut se faire de manière plus ou moins poussée. Il peut ainsi s'agir de déployer la fibre sur le seul domaine public en réutilisant la partie terminale des réseaux en câble coaxial. Il est également possible de tirer la fibre jusqu'à l'abonné.

Le passage du haut au très haut débit suppose dans tous les cas des investissements de la part du délégataire. Or les contrats de délégation actuels, qui portent uniquement sur les réseaux câblés, ne prévoient pas de tels investissements. Compte tenu de l'arrivée à échéance des contrats dans un délai potentiellement inférieur au temps de retour sur investissement, les câblo-opérateurs se montrent réticents à entrer dans un nouveau cycle technologique. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'opérateur Noos-Numéricâble concentre ses annonces d'investissements dans les réseaux sur lesquels il possède davantage de visibilité :

- il s'agit d'une part des réseaux du Plan câble où le câblo-opérateur, propriétaire des câbles, occupe les infrastructures de génie civil de France Télécom sur la base d'un contrat de location du génie civil de longue durée ;
- il s'agit d'autre part des réseaux qu'il a établi pour son compte sur la base d'une convention d'occupation domaniale.

Les collectivités qui souhaitent s'inscrire dans le cadre contractuel en vigueur pourront donc souhaiter donner davantage de visibilité aux câblo-opérateurs. Il pourrait s'agir de donner plus de souplesse à leur partenaire en supprimant les sujétions particulières. Les acteurs pourraient également étudier la possibilité de ne pas comptabiliser parmi les biens de retour les équipements correspondants aux nouveaux investissements.

Il est en outre envisageable en théorie, de procéder par avenant pour prolonger les conventions existantes. En effet, il ressort de l'article L 1411-2 du CGCT qu'une délégation de service peut être prolongée dans deux hypothèses :

- pour des motifs d'intérêt général, cette prolongation ne pouvant alors excéder un an ;
- lorsque le délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive. Dans ce cas, la prolongation de la délégation peut être d'une durée supérieure à un an.

La prolongation des délégations de service public est donc encadrée. Le Conseil d'Etat a précisé plus avant les conditions (cumulatives) dans lesquelles cette prolongation pouvait intervenir²¹ :

- les investissements doivent être demandés par le délégant (la commune dans le cas des contrats câble) ;
- ils doivent être indispensables au bon fonctionnement du service. Le Conseil d'Etat ajoute que ces investissements doivent être impliqués nécessairement par un fonctionnement du service public adapté au besoin des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention.
- ils doivent être de nature à modifier l'économie générale de la délégation, ce qui en l'absence de jurisprudence, peut être considéré comme une remise en cause significative du bénéfice global que pouvait normalement attendre le délégataire.

Cependant, on rappellera qu'en théorie, un avenant ayant pour effet de bouleverser la nature, l'équilibre et l'objet d'une délégation de service public doit être regardé comme un nouveau contrat et doit faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence préalable.

Au regard de la possibilité encadrée, sinon limitée, de modifier ou de prolonger les délégations de service public en cours, l'option d'un nouveau cadre d'intervention s'imposera sans doute aux collectivités volontaires.

²¹ CE, sect. TP, avis, 19 avril 2005, req. n°371234.

3.2. La résiliation ou l'arrivée à échéance de la convention, au profit d'une intervention s'inscrivant dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT

- La sortie du cadre contractuel

Une collectivité publique peut toujours, « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, (...) mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Une collectivité peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice »²².

Il est, donc, possible pour une commune de résilier une convention câble, notamment en raison d'un changement important de l'environnement juridique dans lequel s'exerce l'activité. Cette résiliation peut néanmoins ouvrir droit à indemnisation.

Une alternative est d'attendre l'arrivée à échéance des contrats.

- L'hypothèse d'une intervention dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT

A la sortie du cadre contractuel, les collectivités locales peuvent mettre en place un nouveau cadre d'intervention afin de favoriser le très haut débit. Par rapport à l'hypothèse précédente d'une action à travers les contrats en cours, les limites que connaîtraient les acteurs seraient celles posées par l'article L. 1425-1 du CGCT et celles encadrant l'intervention des personnes publiques au regard des aides d'Etat.

L'article L.1425-1 du CGCT donne désormais compétence aux collectivités territoriales pour établir et pour exploiter un réseau de communications électroniques et qualifie cette compétence de service public local. Pour mémoire, cet article dispose que « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent [...] établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de télécommunications [...]. Ils peuvent mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. L'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements se fait en cohérence avec les réseaux d'initiative publique, garantit l'utilisation partagée des infrastructures établies ou acquises en application du présent article et respecte le principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électroniques ».

Les communes pourraient donc s'appuyer, au terme des conventions en cours, qu'il soit anticipé ou non, sur les éléments de réseaux qui leur reviendraient au titre des biens de retour, au profit d'une intervention visant à développer le très haut débit sur le territoire. L'Autorité identifie à cet égard deux options : la mise à disposition de fourreaux à des opérateurs et un projet de réseau très haut débit.

- o La mise à disposition de fourreaux aux opérateurs

L'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 pose, depuis sa modification par la loi du 5 mars 2007, le principe d'une utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil établies pour les réseaux câblés. Cette utilisation partagée paraît pouvoir être mise en œuvre sous la forme d'une mise à disposition de fourreaux aux opérateurs.

Cette hypothèse semble particulièrement pertinente dans le cas des réseaux câblés, puisqu'il s'agit d'une infrastructure qui va jusqu'à l'abonné. D'après les éléments à la disposition de l'Autorité, la seule mise à disposition de fourreaux peut alors permettre à des opérateurs purement privés de déployer le très haut débit en tirant leurs propres câbles.

Ceci dépend toutefois de la densité de population de la zone considérée ainsi que des conditions de mise à disposition des fourreaux. En particulier, les collectivités se situant en zone de densité moyenne seront incitées à consentir des tarifs de location moins élevés que les collectivités situées en zones plus denses.

²² CE, 22 avril 1988, Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq, p. 157, AJDA 1988.540 note B. D., Rev. adm. 1988.240 note Ph. Terneyre.

On notera enfin que pour être efficace, la mise à disposition de fourreaux suppose que la collectivité dispose des informations relatives à la localisation des infrastructures et, si possible, leur degré d'occupation. Il importe à cet égard que la collectivité demande au câblo-opérateur la communication des éléments ou fasse usage de son pouvoir d'instruction des demandes de permissions de voirie.

Ces questions sont au cœur des travaux du Comité des réseaux d'initiative publique (CRIP) et feront l'objet de restitutions ultérieures.

- o Projet très haut débit

Les collectivités peuvent également envisager de lancer des projets de réseaux en fibre optique. Un tel projet devrait toutefois respecter le régime communautaire des aides d'Etat, qui encadre l'intervention des Etats et autres autorités publiques dans le secteur marchand. Il s'agit d'un instrument de mise en œuvre du marché intérieur et de contrôle des règles de concurrence. Détaillé à l'article 87 du traité de Rome, il est appliqué par la Commission européenne sous le contrôle du tribunal de première instance et de la Cour de justice des communautés européennes (TPICE et CJCE).

S'agissant du haut débit, « *la Commission reconnaît la nécessité d'une intervention des pouvoirs publics pour étendre plus rapidement la couverture des zones mal desservies, mais elle rappelle l'obligation de respecter les principes réglementaires et le droit de la concurrence. Cette intervention peut être complémentaire de l'investissement privé, mais elle ne devrait pas saper les initiatives du secteur privé, ni introduire de distorsions de la concurrence* »²³.

Sur un plan juridique, cela signifie qu'un projet public haut débit n'est pas interdit en soi mais doit respecter les règles en matière d'aides d'Etat. De manière traditionnelle, la Commission évalue les interventions publiques qui lui sont soumises au regard d'une double grille de lecture : d'une part, en fonction du territoire considéré et, d'autre part selon les hypothèses de qualification au regard du droit communautaire des aides d'Etat.

A ce stade, force est de constater que les premières décisions rendues par la Commission en la matière invitent à la prudence, celles-ci ne suffisant pas à déterminer le champ d'intervention reconnu aux collectivités pour favoriser le très haut débit. Chaque cas sera évalué sur ses caractéristiques propres.

Deux orientations générales transparaissent néanmoins à ce stade. Tout d'abord, les possibilités d'intervention seront d'autant plus réduites que les zones concernées seront déjà desservies en infrastructures haut débit. Ensuite, les projets limités aux infrastructures de génie civil, et à un degré moindre au déploiement de fibres noires, seront examinés avec davantage de bienveillance que les interventions prévoyant l'établissement de réseaux actifs.

En tout état de cause, les premières conventions n'arrivant pas à terme avant plusieurs mois, il appartiendra aux communes qui souhaitent engager un projet très haut débit sur leur territoire de prendre en compte les clarifications qui seront apportées d'ici là aussi bien au niveau national que communautaire.

4. La possibilité d'une médiation devant l'Autorité

Le présent rapport formule des préconisations propres à assurer la mise en conformité des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs, conformément à l'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004. On rappellera que ces préconisations devront s'apprécier au cas par cas, selon la catégorie à laquelle est susceptible de se rattacher la convention.

Ce faisant, ce rapport propose des outils permettant aux acteurs de faire évoluer leur convention, mais n'a pas vocation à se substituer à l'intention des parties cocontractantes. Il leur laisse le soin de décliner les préconisations en fonction des circonstances, ou de négocier d'autres évolutions dans le cadre de leur liberté contractuelle. La loi procède en effet davantage d'une obligation de résultats plutôt que d'une obligation de moyens : il s'agit que des solutions effectives soient apportées afin de répondre à l'exigence de mise en conformité posée par la loi.

²³ Communication du 12 mai 2004 COM(2004) 369 final.

Dans cette perspective, l'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004 ouvre la possibilité aux acteurs de saisir l'Autorité en médiation des difficultés rencontrées pour la mise en conformité.

L'Autorité sera ainsi amenée à tenir un rôle de médiateur. Il s'agira de favoriser la discussion entre les acteurs qui auront accepté le principe d'une démarche commune, en ce qui concerne la mise en œuvre des préconisations formulées dans le présent rapport en fonction des circonstances d'espèce. L'Autorité pourra par ailleurs faire application de ses pouvoirs sur des questions relevant de sa sphère traditionnelle d'intervention et de compétence, en particulier en ce qui concerne l'utilisation partagée des infrastructures.

En revanche, la possibilité de médiation ouverte par la loi n'a pas pour objet de se substituer aux actions devant le juge. On rappellera à cet égard que les questions relatives à la qualification juridique d'une convention et les conséquences qui s'y attachent ne relèvent pas des compétences de l'Autorité et ne sauraient être tranchées que par le juge.

*** ***
