

RÉSEAUX LOCAUX DE TÉLÉCOMMUNICATIONS

PUBLICATIONS DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

La délégation de service public comme mode de gestion
du traitement des déchets ménagers et assimilés - *juin 1998*

Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures :
propositions de solution – Rapport du groupe de travail - *mars 1999*

La vérification des comptes des délégations
par les Chambres régionales des comptes par Pierre Faisandier - *avril 1999*

Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public -
Guide pratique - Édition la Documentation française - *juin 1999*

La délégation de service public
comme mode de gestion des activités funéraires - *décembre 1999*

La régulation des services publics locaux, table ronde du 10 février 2000
à la Maison des Polytechniciens - *février 2000*

La Gestion Déléguée, un concept à promouvoir
par Dominique Brault, avocat à la Cour - *juillet 2000*

Intercommunalité et délégations de service public - *décembre 2000*

La Private Finance Initiative
par Philippe Cossalter et Bertrand du Marais - *janvier 2001*

DOCUMENTS PARUS SOUS L'ÉGIDE ET AVEC LA PARTICIPATION DE L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

La gestion déléguée du service public :
Actes du Colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sénat
organisé par l'IFSA - Supplément à la RFDA n° 3 - *1997*

La gestion déléguée du local à l'international
Actes du Colloque - *20 novembre 1997*, Salon des Maires de France

Essai sur les contrats de travaux et de services publics de Xavier Bezançon
Préface de Marceau Long, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée
Edition LGDJ - *mars 1999*

Services urbains et développement durable, l'analyse de six expériences
de gestion déléguée dans le monde -
Ministère de l'Équipement, des transports et du logement,
Institut de la Gestion Déléguée, ISTED - *décembre 1999*

RÉSEAUX LOCAUX DE TÉLÉCOMMUNICATIONS

**L'article L.1511-6 du code général des collectivités territoriales :
rôle des collectivités locales et place des opérateurs**

Rapport du Groupe de travail

JANVIER 2001

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

Dépôt légal : mars 2001

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I

UNE NÉCESSAIRE ÉVOLUTION DE L'ARTICLE L.1511-6 DU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES 9

I - L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS POSÉES À L'INTERVENTION DES COLLECTIVITÉS LOCALES 9

1.1 - Supprimer le caractère obligatoire de la procédure de publicité visant
à établir la carence des acteurs du marché ? 13

1.1.1 - La notion de carence des acteurs du marché. 13

1.1.2 - Les incertitudes concernant la procédure de publicité préalable 14

1.2 - Revenir sur les conditions économiques de l'intervention 14

II - L'ÉVOLUTION DU CHAMP DE L'ARTICLE L.1511-6 DU CGCT 15

PARTIE II

UNE PRÉCISION SOUHAITABLE DES FORMES JURIDIQUES DE L'INTERVENTION 19

I - DANS LE CADRE DU SERVICE PUBLIC LOCAL : 21

1.1 - Peut-on voir dans l'article L.1511-6 une activité de service public local ? 21

1.2 - Quelle serait l'étendue de la mission de service public dans le cadre
de l'article L.1511-6 ? 25

1.3 - Service public administratif ou Service public industriel et commercial ?	26
1.4 - Les conséquences de la qualification de l'activité en mission de service public local :	26
1.4.1 - Sur le régime des infrastructures en cause	26
1.4.2 - Sur la nature des conventions d'utilisation des infrastructures	27
1.4.3 - La possibilité de recourir à la gestion déléguée	28
II - EN DEHORS DU CADRE DU SERVICE PUBLIC	31
2.1 - L'infrastructure passive : domaine public ou domaine privé ?	32
2.2 - Les modalités de mise à disposition des infrastructures aux opérateurs :	32
2.2.1 - Les infrastructures font partie du domaine public :	32
2.2.2 - Les infrastructures font partie du domaine privé de la collectivité :	32
CONCLUSION	35

INTERVENTION DU CABINET AUGUST ET DEBOUZY

RÉSEAUX CABLÉS :

À LA LUMIÈRE DE L'ARTICLE L.1511-6 CGCT,

QUEL RÔLE POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ? 37

1 - LES RÉSEAUX CÂBLÉS DE VIDÉOCOMMUNICATION :	
UN SERVICE PUBLIC À GÉOMÉTRIE VARIABLE	39
1.1 - La nature des activités de câble	39
1.1.1 - Les réseaux câblés du Plan Câble	39
1.1.2 - Les réseaux câblés établis sous l'empire de la loi n° 86-1067 de 1986	41
1.2 - Le synopsis des montages contractuels utilisés	43
1.2.1 - Des spécificités propres à chaque modèle	43
1.2.2 - Des difficultés communes	45
II - LA NÉCESSITÉ D'UNE CONVERGENCE DES INSTRUMENTS JURIDIQUES	
POUR UN RÔLE HARMONISÉ DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	50
2.1 - La nécessité d'une convergence des réglementations :	
un préalable à toute définition d'un rôle pour les collectivités locales	50
2.1.1- La nécessaire convergence des régimes applicables au câble	50
2.1.2 - La préparation d'une convergence intermodale :	
câble et télécommunications	54
2.2 - Les possibilités de l'article L. 1511-6 CGCT	55
2.2.1 - Les modalités d'intervention des collectivités locales	56
CONCLUSION	60
ANNEXE	62

INTRODUCTION

La loi de réglementation des télécommunications¹ de 1996 ne prévoyait aucun rôle actif pour les collectivités locales : son objectif, dans la lignée du droit communautaire, était à terme la libéralisation du secteur. Si les territoires "rentables" ont très tôt, par des investissements massifs des nouveaux opérateurs bénéficié des bienfaits de l'ouverture à la concurrence, de nombreuses zones, moins attrayantes, restent à l'écart des "autoroutes de l'information".

Dès lors, la question de la place des collectivités locales dans ce domaine se pose. Conscientes de l'enjeu des nouvelles technologies de l'information en terme d'aménagement du territoire et de développement économique, des collectivités locales sont intervenues pour animer ce qui leur est apparu comme un véritable nouveau marché. Après la condamnation de certaines initiatives par les tribunaux administratifs et l'adoption par le Parlement de l'article L.1511-6 du CGCT, qui permet aux collectivités locales de mettre en place des réseaux de fibre noire, l'Institut de la gestion déléguée a décidé de créer un groupe de travail afin de faire le point sur les possibilités d'intervention des collectivités locales dans le domaine des nouvelles technologies de l'information.

Les auditions auxquelles le groupe a procédé ont montré la diversité des initiatives des collectivités locales, concernant tant le champ (mise en place d'infrastructures de génie civil, de fibre non activée, intervention dans le domaine de la téléphonie mobile) que les modalités de leurs interventions. Mais c'est finalement l'incertitude des acteurs locaux quant à la légalité des montages envisagés qui a conduit l'IGD à s'interroger sur le rôle que doivent ou peuvent jouer les collectivités locales dans la desserte de leur territoire par les nouveaux services de télécommunications.

Cette question, trop souvent "brouillée" par les aspects technologiques et le flou existant entre les notions de service public, service universel, mission d'intérêt général, service local ou national, mérite d'être éclaircie. Ce rapport aura rempli son objectif s'il permet, d'une part, de donner une meilleure lisibilité à la matière, et d'autre part, dans la perspective des évolutions législatives et réglementaires qui résulteront de la discussion du projet de loi sur la société de l'Information, de proposer un certain nombre de pistes d'avenir pour donner des possibilités concrètes aux collectivités d'influer sur le déploiement de réseaux sur leur territoire.

PREMIÈRE PARTIE

UNE NÉCESSAIRE ÉVOLUTION DE L'ARTICLE L.1511-6 DU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

A l'origine, l'intervention des collectivités locales a consisté à mettre en place des réseaux indépendants afin de réduire les coûts de leurs besoins internes de communications locales. Mais, très vite, elles ont souhaité aller plus loin : leur intervention a consisté à mettre à disposition des nouveaux opérateurs des réseaux de fibre optique non-activés, à charge pour ces derniers de les activer, ou des fourreaux leur permettant de déployer leurs propres infrastructures de télécommunications. Toutefois, ces initiatives se sont déroulées en dehors de tout cadre réglementaire précis.

Si leur légalité a pu être contestée par un projet de circulaire du Ministère de l'Intérieur et du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, le Conseil de la concurrence, saisi sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, a, dans un avis du 1er décembre 1998, relativisé cette position. Ce dernier a considéré que la duplication du réseau fixe de France Telecom pouvant difficilement être envisagée par

les opérateurs concurrents en raison du coût d'investissement initial élevé, du fait de la nécessité de travaux de génie civil ainsi qu'en raison des coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique, *"la mise à disposition par les collectivités territoriales d'infrastructures de télécommunications apparaît donc au Conseil comme un des moyens de promouvoir la concurrence au niveau de la boucle locale ainsi que le progrès économique dans l'ensemble du secteur des télécommunications"*².

Ce type d'initiative a été censurée par le Tribunal administratif de Nancy ³ dans un litige opposant la Communauté Urbaine du Grand Nancy à France Telecom. Dans cette affaire, le conseil communautaire de la CUGN avait décidé de réaliser une boucle locale inactivée de télécommunications destinée, à l'origine, à un groupe fermé d'utilisateurs, devant notamment desservir les différents établissements de la communauté universitaire et scientifique. Mais, par une délibération postérieure, le conseil communautaire a étendu son projet en décidant la réalisation d'une seconde phase du réseau métropolitain de télécommunications afin de desservir les entreprises et organismes des principaux sites d'activités de l'agglomération en se raccordant à la première boucle. France Telecom a attaqué cette délibération, en soutenant qu'une telle intervention de la collectivité est subordonnée à l'existence d'une carence de l'initiative privée qui ne peut être constatée dans le domaine des télécommunications, du fait de l'existence du service universel. Le jugement du Tribunal de Nancy a fait droit aux prétentions du demandeur dans les termes suivants :

"Considérant que la circonstance qu'en l'absence d'intervention de la communauté urbaine, aucune concurrence n'existerait sur la boucle locale de télécommunications, ne saurait justifier l'opération projetée dès lors qu'il n'existe pas de carence de l'initiative privée mais seulement un secteur privé insuffisamment concurrentiel sur ce segment du marché des télécommunica-

2 - Avis du Conseil de la Concurrence n° 8-A-21 du 1er décembre 1998, 12e Rapport d'activité du Conseil 1998, p. 886.

3 - TA Nancy, 18 mars 1999, SA France Télécom, Syndicat Sud-PTT Meurthe-et-Moselle, conclusions O.Tréand, non publié.

tions : que l'intention qui anime la communauté urbaine, pour louable qu'elle soit, ne saurait justifier légalement qu'une collectivité publique intervienne dans une activité commerciale en méconnaissance du principe de la liberté du commerce et de l'industrie... "

Concrètement, un tel raisonnement revenait à exclure toute intervention des collectivités locales dans le domaine des télécommunications du fait de la présence de l'opérateur historique sur l'ensemble du territoire.

Face à cette situation de blocage, le Parlement a inséré, dans le code général des collectivités territoriales, un nouvel article autorisant les collectivités locales à créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunications en cas de carence ou de défaillance de l'initiative privée. Cet article encadre toutefois de façon étroite leur intervention.

“Après l'article L. 1511-5 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un article L.1511-6 ainsi rédigé :

“Art. L. 1511-6. - Les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération locale ayant bénéficié d'un transfert de compétences à cet effet peuvent, dès lors que l'offre de services ou de réseaux de télécommunications à haut débit qu'ils demandent n'est pas fournie par les acteurs du marché à un prix abordable ou ne répond pas aux exigences techniques et de qualité qu'ils attendent, créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunications au sens de l'article L.32 du code des postes et télécommunications pour les mettre à disposition d'exploitants de réseaux de télécommunication titulaires d'une autorisation délivrée en application de l'article L.33.1 du code des postes et télécommunications qui en feraient la demande. Ces collectivités et établissements ne peuvent pas exercer les activités d'opérateur au sens du 15° de l'article L.32 du code des postes et télécommunications.

“La mise à disposition s'effectue par voie conventionnelle dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires et à des

tarifs assurant la couverture des coûts correspondant à cette mise à disposition. Elle ne doit pas porter atteinte aux droits de passage que sont en droit d'obtenir les opérateurs autorisés.

“La décision de création ou d'extension d'une infrastructure de télécommunications ne peut intervenir qu'à l'issue de la mise en œuvre d'une procédure de publicité permettant de constater la carence définie au premier alinéa et d'évaluer les besoins des opérateurs susceptibles d'utiliser les infrastructures projetées.

“Les dépenses et les recettes relatives à la construction, à l'entretien et à la location des infrastructures mentionnées au premier alinéa sont examinées, de façon prévisionnelle lors de la décision de création ou d'extension, par les organes délibérants qui doivent avoir connaissance notamment des besoins des opérateurs qui ont été identifiés dans le cadre de la procédure de publicité visée au précédent alinéa. Elles sont ensuite retracées au sein d'une comptabilité distincte.

Le tarif de la location est calculé sur une durée d'amortissement des investissements liés à la création ou l'extension de ces infrastructures qui n'excède pas huit ans.”

Il appelle tant sur la forme que sur le fond des évolutions.

I - L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS POSÉES À L'INTERVENTION DES COLLECTIVITÉS LOCALES

Si l'objectif de cet article était d'apporter une sécurité juridique aux projets des collectivités locales en matière d'établissement d'infrastructures de télécommunications, nos auditions ont montré qu'il s'avère aujourd'hui d'une application particulièrement délicate. Faute de décret d'application, sa mise en œuvre, tant sur le fond que sur la forme, pose de nombreuses difficultés aux acteurs locaux. L'une des premières touche à la procédure de publicité établissant la carence des acteurs du marché.

1.1 - Supprimer le caractère obligatoire de la procédure de publicité visant à établir la carence des acteurs du marché ?

L'article L.1511-6 subordonne sur le fond la légalité de l'intervention des personnes publiques à la carence des acteurs du marché et impose un formalisme procédural pour la constater.

1.1.1 - La notion de carence des acteurs du marché.

L'intervention économique des personnes publiques dans le secteur industriel et commercial, domaine traditionnellement réservé à l'initiative privée, est subordonnée, selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat⁴, à la carence des acteurs du marché.

Ce principe est repris par l'article L.1511-6 du CGCT qui donne une définition de la carence. Selon le premier alinéa, cette carence est caractérisée "...dès lors que l'offre de services ou de réseaux de télécommunications à haut-débit qu'ils demandent n'est pas fournie par les acteurs du marché à un prix abordable ou ne répond pas aux exigences techniques et de qualité qu'ils attendent".

C'est donc une conception large de la carence qui est retenue puis qu'elle peut aussi bien résider dans l'absence de l'offre que dans son insuffisance. Cette solution est conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui admet l'intervention des collectivités locales, non seulement en cas d'absence d'offre privée mais également en cas de défaillance de cette dernière.

Pour conclure sur cette notion et son acception dans le cadre de l'article L.1511-6 du CGCT, il faut noter qu'elle laisse un champ d'action important aux collectivités locales puisqu'elle permet de contrer le raisonnement selon lequel la présence de l'opérateur historique exclurait toute intervention de leur part. Un tel argument était d'autant plus contestable, que la mission de service universel confié à France Telecom ne s'étend pas aux services haut-débit, mais se limite aux services téléphoniques classiques,

4 - CE Section, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, rec. 583

ce qui ne pouvait exclure une carence dans les nouveaux services de télécommunications.

Les difficultés posées par l'article L.1511-6 du CGCT résident finalement plus dans la procédure de publicité que dans la notion de carence. La question de son maintien doit être posée.

1.1.2 - Les incertitudes concernant la procédure de publicité préalable

Les collectivités locales doivent préalablement à toute décision d'implantation, mettre en œuvre une procédure de publicité permettant, d'une part de constater la carence des offres des opérateurs privés en matière de réseaux de télécommunications à haut débit, et, d'autre part, d'évaluer les besoins des opérateurs susceptibles d'utiliser les infrastructures projetées. Les modalités de cette procédure n'ont pas été précisées et nos auditions ont montré que sa mise en œuvre pose de nombreuses difficultés aux acteurs locaux.

Le texte assigne deux objectifs à cette procédure : constater la réalité de la carence et évaluer les besoins des futurs opérateurs; mais dans la pratique, les collectivités locales se retrouvent face à une nouvelle incertitude juridique pour la mise en œuvre de la procédure de publicité : quel formalisme choisir pour satisfaire au mieux ses objectifs ?

A quel niveau, par exemple, doit-on apprécier la carence : au niveau des opérateurs susceptibles d'utiliser les infrastructures projetées ou au niveau des utilisateurs finaux de services ? Il semble que l'esprit du texte penche pour une consultation des opérateurs, qui se détermineront en fonction de leur connaissance du marché et donc des besoins des utilisateurs et des perspectives de développement d'offres de services. Quel formalisme doivent-elles retenir pour la publicité de leur projet ? Les formalités du code des marchés publics doivent-elles servir de référence ?

1.2 - Revenir sur les conditions économiques de l'intervention

En second lieu, le législateur a encadré l'intervention des collectivités locales dans des conditions économiques très restrictives en imposant à

ces dernières une obligation d'amortir les investissements sur une période maximale de huit ans. Cette disposition limite la marge de manœuvre des collectivités locales puisque l'article pose que les tarifs de location devront au moins assurer la couverture des coûts. L'ensemble des acteurs s'accorde pour considérer cette durée insuffisante, puisqu'elle entraîne une augmentation excessive des tarifs de location des infrastructures. Cette disposition conduit donc à exclure du dispositif les territoires les moins rentables, qui correspondent, paradoxalement, aux collectivités les plus concernées par de telles interventions. Notons, de plus, que dans le domaine des télécommunications, l'essentiel du coût des infrastructures réside dans les travaux de génie civil, que les opérateurs amortissent sur une période beaucoup plus longue.

L'institut est donc favorable à la nouvelle rédaction de l'article L.1511-6 proposée dans le cadre du Comité Interministériel sur la Société de l'Information du 10 juillet dernier, qui sera soutenue par le gouvernement lors de la discussion du Projet de loi sur la Société de l'Information, supprimant les deux restrictions principales : la formulation proposée, plus ouverte, consacre une liberté des collectivités locales dans la construction des infrastructures de télécommunications, en supprimant la procédure de constatation de carence et l'obligation d'amortissement sur huit ans.

En dehors de tout formalisme imposé, les collectivités locales devront toutefois, consacrer leurs efforts sur la phase de définition de leurs besoins, préalable nécessaire à la bonne exécution du projet.

II - L'ÉVOLUTION DU CHAMP DE L'ARTICLE L.1511-6 DU CODE GÉNÉRAL DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Si depuis la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire du 25 juin 1999, les collectivités locales bénéficient d'une compétence avérée dans le domaine des infrastructures "haut-

débit", les auditions auxquelles nous avons procédé ont montré que leurs initiatives ne se limitaient pas à ce secteur et que les problèmes de couverture du territoire se posaient dans des termes proches pour la téléphonie mobile, secteur pour l'heure exclu du service universel.

La question d'une intervention de leur part pour un complément de couverture se pose. Elle consisterait dans la création de pylônes qui seraient mis à la disposition des opérateurs afin que ces derniers y installent leurs appareils de transmission ou dans la mise à disposition de points hauts existants. Envisagées pour des territoires essentiellement ruraux sur lesquels faute de rentabilité des investissements pour les opérateurs, de nombreuses "zones d'ombre" persistent. Ces interventions concerneraient essentiellement la couverture des chef-lieux de canton et les voies de circulation principale dans le département.

Plusieurs difficultés juridiques ayant trait à la compétence des collectivités locales dans ce domaine, doivent être levées, afin de se prononcer sur la légalité de telles initiatives.

Poser la question de la compétence des collectivités locales dans le domaine de la téléphonie mobile revient à s'interroger sur la question suivante : à quelles conditions, dans un monde ouvert à la concurrence, la collectivité locale peut-elle légalement intervenir ? Cette question est d'autant plus difficile à résoudre, que, et à la différence de la mise en place de réseaux de fibre noire, les collectivités locales engagées dans cette voie, agissent sans cadre juridique "déterminé".

La seconde difficulté réside dans la question de savoir quel est le niveau de collectivité territoriale compétent pour intervenir dans le domaine de la téléphonie mobile. Les auditions ont montré que les collectivités locales ayant pris des initiatives dans le domaine de la téléphonie mobile sont des conseils généraux, ce qui n'est pas sans soulever un problème réel de compétence. Si les lois des 7 janvier et 22 juillet 1983 relatives à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, en posant les principes du transfert de compétences, n'apportent pas de réponse tranchée, une intervention directe des départements pose problème.

Au vu des différentes expériences locales, il est nécessaire que le champ d'intervention des collectivités locales soit clairement défini : il ne fait pas de doute que ces dernières ne peuvent être opérateur de télécommunications, rôle qu'elles ne revendiquent pas par ailleurs. A l'heure de la concurrence des territoires non seulement sur un plan national mais également européen, le législateur doit leur permettre de jouer leur rôle d'aménageur en leur reconnaissant une mission d'impulsion dans la mise en place des infrastructures nécessaires à l'irrigation de leur territoire en services.

Mais est-il aujourd'hui encore pertinent que l'article L.1511-6 restreigne leur champ d'intervention aux services haut-débit ? La loi ne devrait-elle pas leur reconnaître une compétence générale d'intervention pour les infrastructures passives de télécommunications au sens large ?

Une telle extension du champ de l'article L.1511-6 aurait pour principal intérêt, outre de sécuriser les projets en cours dans le domaine de la téléphonie mobile, de remédier aux difficultés de compétence exposées ci-dessus. En effet, les collectivités habilitées à intervenir sont les "collectivités territoriales" sans autre précision : la mission pourrait donc être prise en charge à tous les niveaux de collectivités décentralisées. Il paraît difficile de se prononcer sur un échelon territorial pertinent à priori : ce dernier varie en fonction des projets en cause et des zones territoriales concernées.

DEUXIÈME PARTIE

UNE PRÉCISION SOUHAITABLE DES FORMES JURIDIQUES DE L'INTERVENTION

Faute de décret d'application, la traduction juridique de l'article L.1511-6 du CGCT s'avère délicate. La nature des différents contrats que ces dernières sont amenées à passer, tant pour la construction et la gestion du réseau que pour son utilisation par les opérateurs doivent être précisées. En effet, la nature de ces différentes conventions, déterminera les formes de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre. La rédaction actuelle de l'article L.1511-6 ne permet pas de répondre aux interrogations des acteurs concernés sur les formes contractuelles que pourront revêtir leurs interventions.

Pour essayer de répondre à ces interrogations, il convient d'étudier les outils juridiques à la disposition des collectivités locales et les conséquences pratiques de telle ou telle option.

La question juridique la plus délicate posée par l'intervention des collectivités dans le domaine des infrastructures de télécommunications est celle de la qualification de la mission confiée par le législateur aux collectivités locales. Concrètement, la question peut se résumer ainsi : l'inter-

vention de la collectivité locale dans la mise en place et la gestion de ces infrastructures est-elle une mission de service public local ?

L'insertion de l'article L.1511-6 dans le livre V de la première partie consacrée au régime des aides économiques que les collectivités peuvent octroyer ne facilite pas cette qualification : elle aurait été plus aisée si le législateur l'avait intégré à la suite des dispositions relatives aux services publics industriels et commerciaux.

Toutefois, la réponse à cette question est d'autant plus importante qu'elle aura des conséquences non seulement sur les modalités contractuelles qui pourront être mises en place par la collectivité pour l'accomplissement de sa mission, mais aussi sur la nature et le régime domanial des infrastructures en cause. Pour assurer une plus grande sécurité juridique aux projets des collectivités locales, il serait bon que le législateur qualifie cette mission.

A l'heure actuelle, ni le service public, ni le service universel n'intègre les services de téléphonie mobile ou de haut-débit. Si le service public des télécommunications est un service public national, il est toutefois aujourd'hui difficile de contester ses implications locales. Dans un contexte de concurrence des territoires au niveau européen, n'est-il pas du devoir des collectivités locales de jouer un rôle dans l'adaptation de leur territoire à l'évolution des besoins des citoyens - usagers ? L'histoire a déjà connu de telles évolutions et la question des nouvelles technologies de l'information et de la communication n'est peut-être pas aussi nouvelle qu'on le dit : le début du XXe siècle n'a-t-il pas connu une évolution semblable avec le passage de l'éclairage au gaz à l'électricité ? Les communes s'étaient alors vu reconnaître le droit d'imposer à leurs prestataires l'obligation d'adapter leurs réseaux aux évolutions techniques ou, en cas de refus, d'avoir recours à un autre partenaire moyennant indemnisation.

Il semble que l'avènement de la concurrence dans le secteur des télécommunications renouvelle les termes de cette question sans en changer la nature. Reste alors à préciser la nature et les limites d'une telle intervention à la lumière de l'histoire du service public et des nouvelles perspec-

tives de libéralisation du secteur offertes par le droit communautaire.

Dans les développements qui suivront, nous étudierons les deux cas de figure : celui dans lequel la collectivité se situerait dans le cadre du service public, celui dans lequel elle se situerait en dehors de ce dernier.

I - DANS LE CADRE DU SERVICE PUBLIC LOCAL :

1. 1 - Peut-on voir dans l'article L.1511-6 une activité de service public local ?

Si l'ensemble des acteurs s'accorde pour dire que le service public ne se définit pas mais se reconnaît, il faut toutefois, devant le silence du législateur de 1999, qualifier l'intervention des collectivités en ayant recours aux critères jurisprudentiels retenus par le juge administratif pour qualifier une activité de service public⁵ : une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'une mission d'intérêt général.

La mission confiée aux collectivités locales par l'article L.1511-6 du CGCT répond certainement à ces deux critères, tant au regard du critère organique, puisque la collectivité a une compétence d'attribution pour la mise en place et l'exploitation des infrastructures, qu'au regard du critère matériel puisque l'objectif de son intervention est de contribuer à l'aménagement et au développement économique de son territoire par l'irrigation en services et réseaux de télécommunications : finalité revêtant un caractère d'intérêt local.

La mission confiée aux collectivités locales par l'article L.1511-6 du CGCT nous semble donc pouvoir être reconnue comme un service public local. Reste à déterminer l'étendue de cette mission de service public.

5 - CE. Section, 28 juin 1963, Nancy, rec. 401. et "Service public, services publics : déclin ou renouveau ? ", Rapport public du Conseil d'Etat 1994, Études et Documents n° 46.

1.2 - Quelle serait l'étendue de la mission de service public dans le cadre de l'article L.1511-6 ?

Dans le cadre de l'article L.1511-6, l'interpénétration entre les compétences dévolues aux opérateurs privés et celles dévolues aux collectivités locales contribue à rendre l'exercice difficile. En effet, dans l'hypothèse d'un marché classique de télécommunications (hypothèse d'une intervention menée par des opérateurs purement privés) l'opérateur remplit l'ensemble des missions concourant à l'activité globale : il implante les infrastructures nécessaires à la mise en place du réseau et fournit les services de télécommunications proprement dits.

La difficulté tient au fait que l'article opère une dissociation de ces deux missions : la collectivité implante les infrastructures nécessaires à la mise en place du réseau, l'opérateur active le réseau pour fournir le service de télécommunications. L'innovation par rapport aux services traditionnels en réseaux comme l'eau ou l'électricité réside dans la scission entre l'activité "gestion du réseau" et l'activité "prestation de services" : il n'y a pas concordance entre le monopole de fait (réseau unique) et l'exclusivité d'exploitation accordée à un prestataire de services.

Cette dissociation de fait conduit à un déplacement du service public de "l'activité de prestation de services" désormais soumise à un régime de libre concurrence vers l'activité "gestion de l'infrastructure". Il faut donc considérer qu'on a à faire à deux activités distinctes et admettre que la mission de service public est limitée à l'activité d'implantation et de mise à disposition des infrastructures dont le caractère d'équipement économique d'intérêt général justifie la qualification de service public local.

Le respect des principes de libéralisation du secteur posés par la loi du 26 juillet 1996 et le développement de la société de l'information nous semble passer par une distinction claire entre le régime des services et celui des infrastructures passives. Cette solution est certainement la plus proche de la volonté du législateur de 1999 qui n'avait pas pour objectif de confier aux collectivités locales un rôle de régulateur des services de télécommunications mais de lui permettre de tirer profit de la libéralisa-

tion du secteur en lui donnant les moyens d'en contrôler le développement par la maîtrise de la desserte de son territoire.

Elle aurait de plus le mérite, en distinguant le régime des infrastructures de celui des services, de clarifier le rôle des collectivités dans le domaine du câble.

En effet, les réseaux câblés constituent des infrastructures existantes qui permettent aujourd'hui du fait de la convergence technologique des réseaux de transporter des services de télécommunications. Toutefois, de nombreux réseaux câblés sont exploités par des organismes rattachés aux collectivités, qui ne peuvent donc être opérateurs de télécommunications. Concrètement, il n'est donc pas juridiquement possible pour les collectivités de fournir des services d'accès à Internet ou du service téléphonique sur ces réseaux. Cette coexistence des deux réglementations peut placer les collectivités locales et les opérateurs en place dans une situation juridique délicate. Il apparaît donc souhaitable de clarifier le régime juridique du câble.

En France, l'exploitation des réseaux câblés se caractérise par une extrême complexité qui s'explique par une superposition de trois générations de réseaux régies par des réglementations successives, qui ont chaque fois permis à la législation antérieure de continuer à s'appliquer aux situations en cours : les réseaux communautaires du décret n° 77-1098 du 28 septembre 1977, les réseaux du plan câble de la loi n° 84-743 du 1er août 1984 et les réseaux régis par la réglementation actuelle issue de la loi du 30 septembre 1986 modifiée. Dans le cadre de ce rapport nous nous intéresserons particulièrement au régime actuellement en vigueur tel qu'il résulte de la loi de 1986 en ce qu'il a mis les collectivités locales au centre du dispositif. L'article 34 modifié en dernier lieu par la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 indique que *"les communes ou groupements de communes établissent ou autorisent l'établissement sur leur territoire de réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore et de télévision, en veillant à assurer, dans l'intérêt général, la cohérence de l'ensemble des infrastructures de télédistribution"* et que *"l'exploitation des réseaux ainsi établis*

est autorisée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur proposition des communes ou groupements de communes dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat". Le silence du législateur sur les modalités juridiques d'application de l'article 34 a conduit les collectivités locales à mettre en place des montages juridiques divers : la collectivité peut elle même établir le réseau, en confier la construction à un tiers, ou confier à la fois l'établissement et l'exploitation, la seule limite à l'originalité des montages complexes résidant dans l'interdiction qui lui est faite d'exploiter elle même le réseau. La diversité des schémas locaux dans la pratique ne permet donc pas une analyse unique de la situation. Toutefois, dans la majorité des cas, les collectivités locales ont privilégié le modèle concессиif en déléguant l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés à des opérateurs privés. Sans entrer dans la controverse sur la question de savoir si l'exploitation de ces réseaux revêt ou non le caractère de service public local, il convient de souligner que dans ce type de schémas, la convention prévoit la propriété de la collectivité locale sur les réseaux selon l'application de la théorie traditionnelle des biens de retour. Les concessions arrivant à terme dans un proche avenir, il est donc nécessaire que le législateur prenne position sur les pouvoirs des collectivités sur les réseaux existants.

Un des enjeux principaux de la future loi sur la Société de l'Information réside dans l'harmonisation des régimes juridiques du câble et des télécommunications dans le sens d'un allègement pour des motifs de concurrence. Concrètement, cela aboutirait à limiter le pouvoir des collectivités locales à un pouvoir de gestion domaniale réduit à l'attribution de droits de passages sur leur domaine public routier. Si cette solution peut convenir pour des territoires rentables, elle apparaît toutefois insatisfaisante pour les autres.

Il convient donc de trouver une solution qui concilie les soucis d'aménagement du territoire et les principes du droit de la concurrence. Ne résiderait-elle pas dans la possibilité pour la collectivité de choisir entre le régime prévu par le code des postes et télécommunications ou le régime

plus interventionniste de l'article L.1511-6 du CGCT en fonction des particularités et des choix de politiques locales ?

Il apparaît en effet difficile d'interdire aux collectivités locales de recourir à des partenariats public-privé qui ont fait leurs preuves en terme de déploiement du réseau sur le territoire communal et auxquels les collectivités sont particulièrement attachées. Notons également que de nombreux contrats arrivent à échéance dans les prochaines années et nécessiteront à court terme d'importantes remises à niveau technologiques : il serait regrettable de priver les collectivités du recours à des solutions de financement privé permis par les mécanismes concessifs.

1.3 - Service public administratif ou service public industriel et commercial ?

Suivant la nature du service public, les règles de financement de l'activité par la collectivité diffèrent.

Dans le cadre de l'article L.1511-6 du code, si service public il y a, l'application de la jurisprudence du Conseil d'Etat⁶ conduit à reconnaître son caractère industriel et commercial. En effet, pour être qualifié de service public industriel et commercial le critère est celui de la ressemblance de l'activité en cause avec une activité privée sur trois points essentiels : l'objet du service, l'origine des ressources et les modalités de fonctionnement. L'activité de mise à disposition d'infrastructures passives répond certainement à ce critère, l'essentiel des recettes venant du produit des redevances de passage.

Le code général des collectivités territoriales pose que les services publics industriel et commercial doivent s'équilibrer en recettes et en dépenses. Cela se traduit par l'interdiction faite aux collectivités locales de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre de ce service public, sauf exceptions prévues par l'article L. 2224-2 du code général des collectivités territoriales. Cet article n'admet les participations des

6 - CE 16 novembre 1956, Union Syndicale des Industries aéronautiques, rec. 434.

collectivités au financement des services publics locaux à caractère industriel et commercial que dans les cas suivants :

- lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des règles particulières de fonctionnement;
- lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements, qui en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs;
- lorsque la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

Les participations financières de la collectivité seront encadrées par ces règles : elles dépendront donc des conditions locales d'exploitation et de la rentabilité du projet envisagé.

1.4 - Les conséquences de la qualification de l'activité en mission de service public local :

1.4.1 - Sur le régime des infrastructures en cause

La principale conséquence de cette reconnaissance d'un service public local est d'ordre domanial. En effet, l'infrastructure répond aux critères classiques de l'appartenance d'un bien au domaine public : elle appartient à la collectivité (condition nécessaire au classement d'un bien dans le domaine public) et est affectée au fonctionnement du service public local (la seconde condition relative à l'utilité publique du bien est remplie) puisqu'elle se confond avec lui. Reconnaître un service public local permet de soumettre le bien au régime de la domanialité publique et implique de larges pouvoirs de gestion de la collectivité sur le réseau. Il convient de noter ici que l'intervention de la collectivité en qualité de maître d'ouvrage, dans le cadre du service public ou en dehors de celui-ci, présente un avantage décisif par rapport au recours à la technique du marché de services dans le cadre d'un appel d'offres classique : alors que dans le second cas, la collectivité risque de se voir accuser de subventionner les infrastructures d'un opérateur déterminé sans en avoir la maîtrise

dans le futur, dans le premier cas, cette dernière en sera propriétaire.

1.4.2 - Sur la nature des conventions d'utilisation des infrastructures

Les conventions liant la collectivité aux opérateurs de services prendront la forme de contrat d'occupation du domaine public, la rémunération versée par les opérateurs à la collectivité celle de redevance d'occupation. La collectivité bénéficie d'une marge de manœuvre importante dans la fixation du montant de la redevance, le juge administratif n'exerçant qu'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Concrètement, le montant de la redevance devra correspondre à la valeur locative d'une propriété privée comparable et des avantages spécifiques procurés par l'utilisation : le montant des redevances sera déterminé en fonction de la rentabilité de l'activité.

Si l'attribution des autorisations d'occupation n'est traditionnellement soumise à aucune procédure de publicité ou de mise en concurrence, il convient toutefois d'attirer l'attention des différents acteurs sur les exigences du droit de la concurrence, telles qu'elles résultent de l'article L.1511-6 du CGCT et de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat.

La liberté traditionnelle dont jouit le gestionnaire du domaine dans l'attribution des titres d'occupation est limitée : l'article introduit en effet une obligation de non discrimination entre les opérateurs pour la mise à disposition des infrastructures. Notons également que depuis 1999⁷, le juge administratif contrôle le respect des principes du droit de la concurrence dans la gestion du domaine public lorsque ses dépendances sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services.

Eu égard aux capacités nécessairement limitées des infrastructures mises à disposition des opérateurs, la collectivité devra en réglementer l'accès. Toutefois, si la délivrance des titres d'occupation n'est soumise à aucune obligation légale de procédure, elle devra s'effectuer selon des modalités respectant le principe de non-discrimination.

7 - CE Sect., 26 mars 1999, Société Hertz France et autres, conclusions Stahl, AJDA 1999, p.427 et s.

1.4.3 - La possibilité de recourir à la gestion déléguée

Si la collectivité se situe dans le cadre du service public, deux grandes options s'ouvrent à elle : la régie directe ou un partenariat public privé par le biais de mécanismes de type concessif.

Si l'on admet que l'activité en cause puisse revêtir le caractère d'un service public local, elle peut faire l'objet d'une convention de gestion déléguée : concrètement, la collectivité pourra associer un partenaire à la construction, au financement, et à la gestion du réseau.

- La convention de délégation entre l'opérateur gestionnaire du réseau et la collectivité locale

L'objet de cette convention sera la construction de l'infrastructure et son exploitation, mais on peut également concevoir qu'elle ne porte que sur son exploitation.

Le SIPPÉREC (Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de télécommunications auditionné par notre groupe de travail), après avoir mis en place la procédure de publicité prévue par l'article L.1511-6 du CGCT et constaté la carence des acteurs du marché, vient de décider le lancement d'une procédure de délégation de service public conformément aux articles L.1411-1 et suivants du CGCT. La mission confiée au délégataire porte sur la réalisation, l'exploitation et l'administration du réseau métropolitain de télécommunication, constitué d'une infrastructure de câbles de fibre optique déployée et destinée à fournir à tout opérateur des ressources physiques de transmission. Dans le cadre de cette convention, le cahier des charges prévoit que *"le délégataire sera garant du bon fonctionnement de l'infrastructure passive de façon à éviter une insuffisance ou une interruption du service. Le délégataire devra assumer l'ensemble des charges d'entretien, de réparation ou d'amélioration des ouvrages, équipements et matériels composant l'infrastructure passive"*.

Le choix d'un tel partenariat public privé permet à la collectivité de faire participer le délégataire au financement de l'activité et de bénéficier de son savoir faire technique, tout en gardant la maîtrise du réseau puisque

l'infrastructure, considérée comme un bien de retour en raison de son affectation au fonctionnement du service public, lui appartient ab initio.

Toutefois, si le recours à la délégation de service public est possible, elle mérite une réflexion particulière afin de combiner les principes classiques de la délégation avec le nouvel article L.1511-6 du CGCT. A la différence des activités entrant classiquement dans le champ de la délégation de service public, la perception de l'usager dans le cadre de l'article L.1511-6 du CGCT est délicate. Il faut en effet admettre que les usagers du service seront non pas les utilisateurs finaux, mais les opérateurs de télécommunications en situation contractuelle avec la collectivité ou avec le gestionnaire du réseau.

Il convient également d'attirer l'attention des partenaires au contrat sur l'évolution jurisprudentielle de la matière : pour que le contrat soit qualifié de délégation de service public, l'objet de service public est certes nécessaire mais ne suffit pas. Depuis l'arrêt "Préfet des Bouches-du-Rhône" de 1996⁸, pour être qualifié de contrat de délégation de service public, la convention doit prévoir une rémunération provenant substantiellement des résultats de l'exploitation. Cette notion de rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation pose des difficultés d'interprétation et conduit à rendre difficile le tracé de la frontière entre les délégations de service public et les marchés publics. Dans une décision SMITOM⁹ du 30 juin 1999, le Conseil d'Etat a apporté des éléments d'éclaircissement : il a en effet considéré qu'une portion de 30 % de la rémunération de l'exploitant soumise à un risque d'exploitation suffisait pour qualifier le montage de délégation de service public, et ce, qu'il s'agisse d'un prix payé par l'administration ou de redevances perçues sur les usagers.

Ce faisant, le Conseil d'Etat a voulu signifier que seuls les procédés de gestion des services publics aboutissant à transférer une part significative

8 - CE 15 avril 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de Lambesc.

9 - CE 30 juin 1999, Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine et marnais.

du risque d'exploitation du délégant à l'entrepreneur relevaient de la délégation de service public. La convention de délégation de service public se reconnaît désormais à ce qu'elle fait supporter le risque financier de l'exploitation au partenaire, et ce, quelque soit le mode de rémunération choisi.

Pour de nombreux territoires, eu égard au coût de l'investissement initial, la délégation ne sera économiquement viable que si la collectivité participe à une partie du financement de l'activité d'implantation de l'infrastructure, elle devra toutefois veiller à rester dans les limites d'une rémunération substantielle du gestionnaire par l'exploitation du service : ce dernier devra conserver à sa charge une partie des risques de l'exploitation.

A priori, il n'existe donc pas de difficulté à voir dans le nouvel article L.1511-6 du CGCT un nouveau champ pour la gestion déléguée de service public : concession (mission d'implantation + exploitation) ou affermage (en cas de simple exploitation du service).

La collectivité devra respecter la procédure de passation mise en place par la loi Sapin¹⁰ et les règles qu'elle édicte en matière d'exécution de la convention. Notamment, la collectivité devra respecter les conditions relatives à la durée de la délégation, qui ne pourra pas dépasser la période d'amortissement normal de l'investissement.

- Le respect du droit de la concurrence

L'obligation de prendre en compte les principes du droit de la concurrence s'impose à l'autorité organisatrice, tant dans le choix du délégataire que dans les relations délégataires fournisseurs de services.

L'émergence du droit de la concurrence dans la sphère du droit public revêt une importance particulière dans le domaine des télécommunications. En effet, on peut s'interroger sur la possibilité pour la personne

10 - Loi n° 93.122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, JO,

publique de choisir comme délégataire un opérateur qui serait également fournisseur de services de télécommunications. Le Conseil de la Concurrence, dans son avis du 1er décembre 1998 s'est prononcé de façon négative : *"Les collectivités territoriales ne sauraient en outre désigner un gestionnaire d'infrastructures qui soit lui-même un opérateur de réseau ouvert au public ou ayant des intérêts directs ou indirects dans un opérateur de réseau ouvert au public"*

Cette obligation de distinction organique entre le gestionnaire de réseau et le fournisseur de services nous apparaît comme la meilleure garantie du libre jeu de la concurrence.

II - EN DEHORS DU CADRE DU SERVICE PUBLIC

Si le caractère de service public n'était pas reconnu à l'activité de mise à disposition et de gestion d'infrastructures passives de télécommunications, la collectivité locale bénéficierait de pouvoirs domaniaux sur ces dernières. La frontière entre les activités de service public et les activités d'intérêt général exercées sur le domaine des collectivités n'étant pas toujours aisée à tracer, cette hypothèse ne doit pas être exclue et les conséquences attachées à cette situation étudiées.

Dans ce cas, la collectivité locale construit l'infrastructure sous le régime de la maîtrise d'ouvrage publique et la met à disposition des opérateurs de services. Les conditions et les modalités de cette mise à disposition varieront suivant la qualification domaniale de l'infrastructure.

2.1 - L'infrastructure passive : domaine public ou domaine privé

Cette question pose difficulté au regard des critères classiques de l'incorporation d'un bien au domaine public, critères que nous avons rappelés ci-dessus : la propriété de la personne publique doit être affectée au fonctionnement du service public ou à l'usage direct du public. A partir du moment où la qualité de service public est déniée à l'activité et que le public ne peut faire un usage direct des biens en cause, reste à s'interro-

ger sur l'application de la théorie de l'accessoire. Cette théorie permet d'intégrer au domaine public des biens qui, bien que ne répondant pas aux critères finalistes de la domanialité publique, ont un lien physique avec lui. L'étude de la jurisprudence révèle que le juge administratif pose une condition d'utilité du bien à la dépendance principale : les infrastructures de télécommunications nous semblent mal répondre à cette exigence. Toutefois, dans ce domaine, le juge fait preuve d'un pragmatisme qui se prête mal à une réponse tranchée : l'hypothèse de la classification du bien dans le domaine public communal ne peut être écartée.

2.2 - Les modalités de mise à disposition des infrastructures aux opérateurs :

2.2.1 - Les infrastructures font partie du domaine public :

Dans ce cas, les contrats entre la collectivité et les opérateurs prendront la forme de contrat d'occupation du domaine et la contrepartie à verser à la collectivité pour utilisation du bien, celle d'une redevance domaniale. Au titre de ses pouvoirs de gestion, la collectivité pourra imposer des obligations d'utilisation pour le bon accomplissement de la mission d'intérêt général.

2.2.2 - Les infrastructures font partie du domaine privé de la collectivité :

Dans ce cas, l'utilisation sera essentiellement soumise à un régime de droit privé, et la contrepartie à verser à la collectivité prendra la forme d'un loyer de droit commun.

*

Dès lors, la principale différence entre les deux régimes étudiés réside essentiellement dans la possibilité de partenariat public privé dans la construction et le financement des infrastructures projetées. On peut utilement s'interroger sur la possibilité d'avoir recours au mécanisme du Bail Emphytéotique Administratif prévu par l'article 13 de la loi de 1988¹¹. Cette technique permet à une collectivité de donner à bail à une

personne privée une parcelle de son domaine public ou privé pour l'accomplissement pour le compte de la collectivité locale d'une activité de service public ou une mission d'intérêt général, entrant dans la compétence de cette collectivité. Dans une telle opération, une convention d'exploitation non détachable permettrait à la collectivité d'en définir les conditions d'exercice.

En réalité, la difficulté est celle de savoir où passe la frontière entre des obligations d'intérêt général imposées à un exploitant privé exerçant une activité sur le domaine de la collectivité et des obligations de service public proprement dites.

Des erreurs sur la nature du contrat peuvent avoir des conséquences sérieuses, car si l'exécution fait surgir un contentieux, le juge saisi le qualifiera ou le requalifiera, quelles que soient les appellations données par les parties, compte tenu de ce qu'il est réellement pour le situer et le soumettre au régime juridique correspondant à sa vraie nature. Il pourra donc être entaché de nullité, s'il a été conclu en dehors de tout formalisme alors qu'il était une délégation de service public. La sécurité juridique des conventions mises en place dans le cadre de l'article L.1511-6 gagnerait à ce que le législateur prenne position sur ces différentes questions.

CONCLUSION

Les travaux du groupe de travail montrent qu' il n'est pas facile de concilier la libéralisation des services de télécommunications et les objectifs d'aménagement du territoire : l'exercice s'avère délicat. Toutefois une réduction du rôle des collectivités locales au régime de la permission de voirie tel qu'il ressort de la loi de réglementation des télécommunications de 1996 a montré ses limites : de nombreux territoires sont aujourd'hui concernés par ce qu'il est convenu d'appeler "la fracture numérique".

L'équité territoriale n'étant pas un objectif de la loi du marché, le législateur doit favoriser la liberté contractuelle des collectivités et leur laisser une marge de manœuvre en leur permettant de mettre en place les partenariats public / privé nécessaires et adaptés tant aux besoins de leurs citoyens qu'aux particularités et circonstances locales. Cette possibilité apparaît, pour de nombreux territoires, comme le gage de réussite d'un service au public cohérent et performant.

L'État a d'ailleurs appelé de ces vœux la généralisation de tels partenariats dans le schéma "Information et communication", un des neuf schémas de services collectifs prévus par la loi d'orientation pour l'aménagement

et le développement durable du territoire actuellement soumis à consultation régionale. Il prône l'extension du champ d'activité des collectivités locales en matière d'infrastructures de télécommunications et souligne l'importance du déploiement des réseaux haut débit pour parvenir à un objectif ambitieux mais avoué : l'accès de tous aux Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication d'ici à trois ans.

RÉSEAUX CÂBLÉS :
À LA LUMIÈRE DE L'ARTICLE L.1511-6 CGCT,
QUEL RÔLE POUR
LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ?

Intervention du cabinet August et Debouzy

AUGUST & DEBOUZY
Cabinet d'Avocats
6-8, avenue de Messine - 75008 Paris
tél. : 33 (0) 1 45 61 51 80
fax : 33 (0) 1 45 61 51 99
e-mail : odebouzy@augdeb.com

Dans le cadre du groupe de travail sur les réseaux de télécommunication, la question centrale reposait sur la compétence des collectivités locales en cette matière. Dans cette perspective, il est apparu souhaitable de définir un rôle uniforme, ou au moins harmonisé, des collectivités locales en matière de câble, à la lumière notamment de ce prévoit l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales (CGCT) concernant les infrastructures de télécommunications.

La définition d'un rôle pour les collectivités locales en matière de câble, à la lumière notamment de ce prévoit l'article L. 1511-6 CGCT, nécessite avant tout de dresser un état des lieux de l'existant en matière de câble : quelle nature de cette activité : service public ou non ? ; quels instruments juridiques prévus par les textes et leur pratique ?

Cette analyse permettra de mettre en évidence l'absence d'un régime unifié en matière de câble, et l'absence même d'une nature unique de l'activité en elle-même.

C'est sur cette base qu'il faut envisager un rôle pour les collectivités locales. A défaut de pouvoir uniformiser l'action des communes, il faudrait sans doute envisager une redistribution des rôles à une plus large échelle, au travers de la promotion d'un partenariat entre les acteurs publics et privés. Le préalable nécessaire à cette définition réside dans la nécessité d'établir une convergence des régimes applicables aux réseaux câblés de vidéocommunication, et au-delà même du câble avec le régime des télécommunications. L'article L. 1511-6 CGCT donne un cadre aux possibilités d'intervention des communes en matière d'infrastructures de télécommunications. C'est sur cette base qu'il conviendrait de raisonner, car l'uniformisation des règles applicables apparaît aujourd'hui nécessaire et souhaitable.

Toutefois, une remarque préliminaire s'impose : le rôle des collectivités locales est étroitement lié à l'existence ou non d'un service public. En présence d'un service public, les collectivités locales ont un rôle clair à jouer : initiative, maîtrise et contrôle de la gestion du service. En l'absence de service public, le problème est tout autre : l'initiative privée est la règle et l'intervention publique l'exception. Ce n'est qu'à condition de défaillance de l'initiative privée que l'intervention publique se justifie, à défaut, le rôle de la collectivité est limité à la régulation de l'activité. C'est donc en fonction de la reconnaissance ou de non de l'existence d'un service public et, le cas échéant, de son contenu, que doit être envisagé le rôle des collectivités locales.

1 - LES RÉSEAUX CÂBLÉS DE VIDÉOCOMMUNICATION : UN SERVICE PUBLIC À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Si l'exploitation d'un réseau câblé de vidéocommunication a été qualifiée d'activité d'intérêt général¹, les textes régissant la mise en œuvre de ces réseaux n'en définissent toutefois pas précisément la nature ni l'étendue. Cette caractéristique ne suffit pas à qualifier ni l'établissement, ni l'exploitation d'un réseau câblé par nature d'activité de service public. Seule une analyse des éléments constitutifs des cadres juridiques successifs ayant encadré l'activité de câble, permet, à l'aide d'un faisceau d'indices, d'en déterminer la nature. Deux régimes principaux se sont succédés

1.1 - La nature des activités de câble

1.1.1 - Les réseaux câblés du Plan Câble

Le modèle d'établissement et d'exploitation des réseaux câblés défini par la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et mise en œuvre par la loi n°84-742 du 1er août 1984 répondait très certainement à une mission de service public.

Le modèle contractuel d'établissement et d'exploitation des réseaux du Plan Câble élaboré en application de cette législation, ainsi qu'à la lumière de la loi n°. 86-1067 du 30 septembre 1986 (la "Loi de 1986") qui avait été promulguée au moment de la signature des conventions, est généralement le suivant :

- Une "convention d'établissement" conclue entre l'Etat et la commune ou le groupement de communes concernée(s), qui prévoit les conditions de l'établissement par l'Etat (Direction Générale des Postes et Télécommunications) d'un réseau de vidéocommunications (câbles et équipements de transmis-

sion) sur le territoire de la commune ou du groupement de communes concernées. Il est à noter que si la commune ou le groupement de communes contribuent à l'établissement du réseau, généralement en mettant des locaux à disposition de l'Etat gratuitement ou pour un montant symbolique, aucune redevance n'est mise à la charge de l'Etat au profit des communes ;

- Une "convention de mise à disposition" ou "convention d'exploitation", conclue entre l'Etat et un opérateur, généralement une société privée et/ou une société anonyme d'économie mixte locale (SAEML), qui prévoit les conditions techniques et financières dans lesquelles l'opérateur pourra fournir des services de vidéocommunications à ses abonnés en utilisant le réseau de vidéocommunications établi par l'Etat. Aux termes de ces conventions, l'Etat² assure, en contrepartie de redevances versées par l'opérateur, généralement d'un montant élevé, l'intégralité de l'exploitation technique du réseau, et notamment le raccordement de l'abonné et la fourniture du modem. De son côté, l'opérateur négocie les accords avec les fournisseurs de programmes qu'il reçoit par voie hertzienne sur la tête de réseau qu'il établit et assure la commercialisation de ses services auprès des abonnés ;

- Une "convention d'opérateur" entre l'opérateur et la commune ou le groupement de communes concernées qui prévoit les conditions dans lesquelles l'opérateur fournira aux abonnés les services de vidéocommunications sur le territoire de la commune ou du groupement de communes concernées. Cette convention prévoit généralement que l'opérateur devra verser une redevance servant à financer un programme local. Cette convention sert de base à l'autorisation délivrée par la Haute Autorité de la Communication ou ses successeurs, aujourd'hui le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), qui peut seul autoriser l'exploitation des réseaux de vidéocommunications.

L'ensemble de la doctrine³ et la jurisprudence⁴ se sont accordés à reconnaître que le modèle Plan Câble, par ses caractéristiques originaires, constituait bien la mise en œuvre d'une activité de service public. Parmi ces éléments, figurent notamment :

-- Le texte des lois de 1982 et 1984 ;

2 - Initialement la Direction des Postes et Télécommunications, puis l'exploitant public France Telecom et enfin la Société Anonyme France Telecom

3 - Laurent Richer, Droit des services publics locaux, Le Moniteur ; Alain Busson, "Le Câble", in Le Partenariat public/privé ; Roselyne Allemand, L'exploitation des réseaux câblés peut-elle être considérée comme un service public ? in Droit et politique des réseaux câblés.

4 - Conseil d'Etat 26 octobre 1992 Groupe Vidéotron, req. n° 90-673.

- L'établissement et le financement des réseaux par l'Etat ;
- La propriété des réseaux par l'Etat ;
- Le monopole d'exploitation concédé par la loi aux sociétés anonymes d'économie mixtes locales ;
- Les contrôles publics pesant sur les SAEML.

L'ensemble de ces éléments sont incontestablement constitutifs d'un faisceau d'indices démontrant l'existence d'une activité de service public. Toutefois, cette identification ne vaut qu'à l'exploitation découlant du modèle originaire du Plan Câble. En effet, depuis, les évolutions successives ayant affecté ce cadre ont peu à peu contribué à détacher l'exploitation des réseaux câblés de tout lien avec le service public. Ainsi, les transferts successifs des réseaux à l'établissement public⁵ puis à la société anonyme⁶ France Telecom (FT) et leur déclassement concomitant du domaine public ont définitivement fait sortir les réseaux Plan Câble de la sphère du service public.

1.1.2 - Les réseaux câblés établis sous l'empire de la loi n° 86-1067 de 1986

L'exposé des motifs du projet de loi de 1986 indique que ces activités ne relèvent pas par elles-mêmes du service public, mais peuvent comporter des missions d'intérêt général. Ce postulat correspond au régime institué par ce texte applicable aux réseaux câblés.

L'article 34 en disposant que les communes ou groupements de communes "établissent ou autorisent l'établissement des réseaux câblés", ouvre une option au profit des communes : soit elles décident d'établir elles-mêmes un réseau câblé, notamment en confiant cette mission à une personne privée qui l'effectuera pour son compte, soit elles autorisent une personne privée à établir un réseau pour son propre compte.

Dans l'un ou l'autre de ces hypothèses, l'article 34 dispose que l'exploitation du réseau câblé ainsi établi est autorisée par le CSA sur proposition des communes ou groupements de communes concernées.

Etablissement et exploitation sont liés, même si, formellement, c'est le CSA qui autorise l'exploitation du réseau, dès lors que c'est sur la base des ressources qu'elle estimera pouvoir tirer de l'exploitation du réseau que la personne privée pourra financer l'établissement de ce réseau.

5 - Loi n° 90-568 du 29 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la Poste et des Télécommunications.

6 - Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à la SA France Telecom.

● Dans le premier cas, les collectivités locales n'ont quasiment pas fait le choix de la gestion en régie directe du réseau, mais ont eu le plus souvent recours à la délégation de service public, et plus précisément à la concession de service public. Par hypothèse, il n'y pas de délégation de service public sans service public. Ce postulat amène à considérer que l'établissement et l'exploitation d'un réseau câblé constituent donc une mission de service public, lorsque les communes prennent l'initiative d'établir un tel réseau.

Le Conseil d'Etat a implicitement confirmé cette idée, en considérant que les conventions par lesquelles les communes confient l'établissement et l'exploitation d'un réseau câblé constituent des délégations de service public dès lors que deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part l'opérateur bénéficie d'une exclusivité sur le territoire couvert par le réseau et d'autre part la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service⁷.

Ce type de contrat est celui rencontré le plus fréquemment. Encore récemment, c'est le modèle de la délégation de service public qui a été retenu par le SIPPEREC⁸ pour confier à un opérateur l'établissement et l'exploitation de trois réseaux câblés dans le nord, l'est et l'ouest de Paris.

● Dans le deuxième cas, les communes autorisent l'établissement d'un réseau câblé, au travers par exemple de conventions d'occupation du domaine public. Dans ce cas, l'opérateur privé établit et exploite le réseau pour son propre compte et cette mission ne constitue pas une mission de service public. Elles peuvent assortir la convention d'un cahier des charges imposant certaines obligations à l'opérateur, mais ce dernier conserve la maîtrise de son réseau.

On se rapproche dans cette hypothèse des conditions d'occupation du domaine public par les titulaires d'autorisations d'opérateurs de télécommunications, lorsque le réseau emprunte le domaine public.

7 - Conseil d'Etat, Avis, 25 juillet 1995, section de l'Intérieur, n° 357781.

8 - Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de Communication qui regroupe 80 communes de la banlieue parisienne, constitué en 1924, et récemment doté de nouvelles compétences en matière de réseaux urbains de télécommunications et de vidéocommunication. Il a ainsi conclu en 1999 et 2000 trois contrats de concessions relatifs à l'établissement et l'exploitation d'un réseau de vidéocommunication, attribués à Lyonnaise Câble.

A la lumière de ce qui vient d'être exposé, il est clair que le rôle des collectivités territoriales dans le développement du câble est étroitement lié à la présence ou non d'un service public. Si l'établissement et l'exploitation du réseau câblé constitue une mission de service public que la commune délègue à un concessionnaire privé, elle conserve un rôle d'initiative et de contrôle fort sur la gestion du service.

A contrario, lorsque l'initiative de l'activité est purement privée, en dehors de la sphère du service public, les communes ont un rôle beaucoup plus restreint, qui se limite à une supervision passive de l'établissement de l'activité sur son territoire et de bonne gestion de son domaine public, c'est-à-dire un rôle d'autorité domaniale assorti des prérogatives de police qui y sont attachées. Le rôle des communes est toutefois plus important s'agissant de l'exploitation des réseaux câblés dès lors que la loi de 1986 leur confère un droit de regard sur le choix de l'opérateur, l'établissement et la modification de l'offre de services par l'opérateur⁹

1.2 - Le synopsis des montages contractuels utilisés

Ces contrats présentent à la fois des spécificités propres et des caractéristiques communes.

1.2.1 - Des spécificités propres à chaque modèle

1.2.1.1 - Contrats Plan-Câble

En raison du fait que le réseau était établi par l'Etat sur le territoire de la commune ou du groupement de communes, les conventions d'établissement prévoient dans la plupart des cas un droit de préemption au profit des communes ou groupement de communes en cas de transfert du réseau par son propriétaire.

Cependant, jusqu'à présent, les communes n'ont pas fait usage de ce droit. Par ce biais, il aurait été possible d'envisager une uniformisation des régimes concessifs et Plan Câble. En effet, en devenant propriétaire des réseaux câblés, la commune retrouve la maîtrise de leur gestion, et peut en confier, pour son compte, l'exploitation à un opérateur privé, faisant renaître par là un service public.

9 - L'article 34 de la loi de 1986, tel que modifié par la loi n° 2000-79 du 1er août 2000, prévoit que, dorénavant, la modification de la composition et de la structure de l'offre est notifiée au CSA qui peut s'y opposer par décision motivée. Les communes ne sont donc amenées à intervenir sur ce point, ce qui répond à l'une de leur demande à l'occasion de la révision de la loi de 1986 et satisfait aussi les opérateurs en raison de l'allègement des procédures administratives.

1.2.1.2 - Concessions de service public

-- Compatibilité entre l'objet de la concession et les services offerts sur le câble

Les contrats par lesquels les communes ont concédé l'établissement et l'exploitation d'un réseau câblé ont pour objet la diffusion de services de vidéo-communication. Or, les câblo-opérateurs ont élargi le champ de leurs activités au domaine des télécommunications, notamment l'accès haut débit sur Internet et le service téléphonique.

L'article L. 34-4 du Code des Postes et Télécommunications (CPT) prévoit expressément que les conventions signés en application de l'article 34 de la Loi de 1986 ne peuvent interdire ou restreindre la possibilité de fournir des services de télécommunications sur les réseaux câblés, prévoyant l'adaptation en conséquence des conventions.

Toutefois, c'est l'objet même des concessions qui ne permet pas aux câblo-opérateurs d'affecter leurs réseaux câblés aux services de télécommunication.

Ainsi, on pourrait considérer que la modification qui serait nécessaire pour rendre les concessions compatibles avec le CPT affecte l'objet même de la concession, alors c'est un nouveau contrat qui devrait se substituer à l'existant, remettant en cause son économie générale et nécessitant une remise en concurrence ou au minimum un avenant.

Cependant, à l'encontre de ce raisonnement, on pourrait soutenir que c'est le législateur qui a reconnu un droit aux opérateurs de réseaux câblés titulaires de concessions signées à une époque où l'on n'envisageait pas la possibilité technique de fournir des services de télécommunications sur les réseaux câblés, de fournir des services télécommunications.

-- Compatibilité des stipulations contractuelles et du droit des concessions
Signés pour la plupart avant 1993, la plupart des concessions contiennent des dispositions incompatibles avec la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993¹⁰ (la "Loi Sapin"). De telles clauses doivent être considérées comme inexistantes et ne peuvent s'appliquer.

Il s'agit notamment de clauses de tacite reconduction ou instituant un droit de priorité au renouvellement au profit du concessionnaire ou de clauses prévoyant le versement d'une subvention par la personne publique, en dehors de toute modification des conditions d'exploitation, toutefois pour ces dernières, les versements ayant déjà eu lieu et n'ayant jamais fait l'objet de contestation, elles sont devenues définitives.

10 - relative à la prévention de la corruption et transparence de la vie économique et des procédures publiques.

1.2.1.3 - Conventions d'occupation du domaine public

La pratique a démontré que certaines conventions, par la présence de clauses stipulant une exclusivité au profit de l'opérateur et un droit d'égal accès au profit des usagers, déléguaient une activité répondant aux critères d'une mission de service public, en dehors des procédures prévues par la Loi Sapin et encourageaient de ce seul fait un risque de requalification.

1.2.2 - Des difficultés communes

1.2.2.1 - Le régime de propriété des biens

A l'origine, les réseaux du Plan Câble étaient établis par l'Etat, maître de l'ouvrage, qui en était donc propriétaire. Ces biens étaient alors incorporés au domaine public. Suite au transfert des réseaux à France Telecom et à leur déclassement du domaine public en 1996, ces biens sont définitivement sortis de la sphère publique. Ainsi, les communes sur le territoire desquelles sont implantés ces réseaux n'en ont pas la maîtrise, puisqu'elles n'en sont pas propriétaires. A la suite de leur transfert à des opérateurs privés, ces réseaux sortiront définitivement du secteur public.

Lorsque les communes en 1986 ont choisi de déléguer la concession d'un réseau câblé à des opérateurs privés, elles sont alors propriétaires des réseaux par le mécanisme des biens de retour. Ainsi elles ont l'entière maîtrise sur les réseaux et leur affectation, au travers des stipulations mêmes de la concession prévoyant au profit des communes un droit de regard sur la gestion du réseau et des services ainsi qu'un pouvoir décisionnel important portant sur les décisions stratégiques à adopter, mais également un pouvoir de sanction. Au-delà des clauses écrites, le droit des contrats administratifs leur permet de bénéficier de prérogatives de puissance publique importantes, tel qu'un pouvoir de résiliation unilatéral dans l'intérêt du service.

1.2.2.2 - L'interférence du droit de la concurrence

-- Les clauses d'exclusivité :

Présentes dans la majorité des contrats, juridiquement, elles posent problème, ne se justifiant pas toujours.

L'exclusivité peut être considérée comme la contrepartie essentielle des obligations incombant à un concessionnaire de service public, lui permettant, avec la possibilité de percevoir une rémunération auprès des usagers, de rentabiliser les lourds investissements que la concession met à sa charge.

Toutefois, cette même clause insérée dans les contrats Plan-Câble ne se justifie pas de la même manière. En dehors de tout service public, c'est la libre concurrence qui régit les rapports les activités de câble. Dans ces conditions,

on voit mal sur quel fondement une commune pourrait confier en exclusivité l'établissement et l'exploitation ultérieure d'un nouveau réseau câblé – sauf peut-être à démontrer la nécessité d'une exclusivité pour permettre à l'opérateur de rentabiliser son investissement ou à la personne publique de contrôler le bon usage du domaine public – à un opérateur unique et refuser toute nouvelle demande qui serait présentée par un autre opérateur, d'autant que c'est le CSA qui autorise l'exploitation.

Il convient cependant de nuancer cette affirmation à la lumière de la pratique des concessions pour les conventions nouvelles d'établissement : compte tenu des lourds investissements que réclame l'installation d'un réseau câblé et d'un retour sur investissement parfois assez long, il apparaît fort peu probable qu'un opérateur sollicite d'une commune la possibilité d'établir un réseau câblé sur son territoire, lorsqu'il en existe déjà un.

Concernant l'exploitation des réseaux existants, la question est différente : rien n'empêche un opérateur nouveau de solliciter la possibilité d'exploiter à son tour un réseau déjà existant. Ce constat doit être analysé à la lumière des dates d'échéance des contrats. Le jeu de la concurrence prendra alors toute sa signification.

-- Situation à l'expiration : un problème de concurrence

Pour les concessions de service public, le problème est assez simple. Les clauses de tacite reconduction ou de priorité au renouvellement présentes dans certains contrats ne pourront s'appliquer. Une nouvelle mise en concurrence devra avoir lieu, selon les conditions de la Loi Sapin.

Pour les contrats Plan-Câble, la solution n'est pas aussi simple. Compte tenu de l'abrogation des textes ayant organisé ce modèle, et à défaut d'autre solution expresse, ce sont les dispositions de la Loi de 1986 qui devront s'appliquer. Toutefois, les communes n'étant pas propriétaires des réseaux, on voit mal comment elles pourraient envisager d'établir elles-mêmes lesdits réseaux, par le biais d'une concession de service public, qui suppose l'existence de biens de retour propriété ab initio de la personne publique délégante. Seule la deuxième alternative posée par l'article 34 de la Loi de 1986 pourrait être alors envisagée : celle de l'autorisation.

Là se pose alors à nouveau la question de l'exclusivité. Suite à la cession des réseaux par FT aux opérateurs, ces derniers se trouvent ainsi propriétaires des réseaux qu'ils exploitent. Or, l'exclusivité dont ils bénéficient pour l'exploitation desdits réseaux ne se justifiant pas, rien n'empêche un opérateur concurrent de se porter candidat à la poursuite de leur exploitation, en contrepartie du versement d'un droit d'usage des réseaux à leur propriétaire.

S'agissant alors d'une activité purement commerciale, la commune devra

justifier son choix pour un opérateur particulier, sur des considérations objectives et non discriminatoires. En effet, même dans la gestion de son domaine public, la personne publique se doit de respecter le droit de la concurrence, notamment lorsque s'y exercent des activités de production, de distribution ou de services telles que visées par l'article 53 de l'Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986¹¹.

A défaut de choisir comme opérateur le propriétaire des réseaux, se pose alors un problème de mise à disposition desdits réseaux contre paiement d'une redevance. Cette hypothèse pourrait s'apparenter à l'application de la théorie des infrastructures essentielles : sont visées les infrastructures indispensables pour permettre à des concurrents d'exercer leurs activités, et qu'il est impossible de reproduire par des moyens raisonnables¹². Compte tenu des lourds investissements que réclame l'installation d'un réseau câblé et la faible rentabilité de leur exploitation, il paraît déraisonnable d'envisager la construction d'un second réseau câblé sur le territoire d'une commune déjà câblée. Ce constat a été opéré par le Conseil de la Concurrence dans sa décision récente relative à FT et NC Numéricâble¹³. Le Conseil retient en effet que "la construction sur un même site géographique d'un second réseau câblé ne pourrait pas être rentabilisée en l'état actuel du marché, FT ne contestant d'ailleurs pas le caractère déficitaire de l'exploitation des réseaux câblés déjà existants ; qu'ainsi, il ne peut être exclu que NC Numéricâble ne disposant d'aucune autre solution que d'utiliser les réseaux de FT pour l'exploitation de ces sites, ces infrastructures revêtent pour elle le caractère d'une facilité essentielle".

1.2.2.3 - Les chaînes locales

L'ensemble des contrats prévoient la création d'une chaîne locale, exploitée par l'opérateur, lequel est tenu de contribuer à son financement. A la lecture des clauses, on comprend que la contribution financière des opérateurs, qui prend la forme soit du versement d'un pourcentage des recettes annuelles (environ 5%), soit d'une somme forfaitaire annuelle, est indépendante de l'existence même de la chaîne locale.

Les contrats prévoient ce versement en général à compter de la première prise, c'est-à-dire peu de temps après l'ouverture commerciale. La conséquence est donc simple : à défaut de disposition contraire, et même si la chaîne locale n'a pas été créée, les opérateurs étaient tenus de provisionner lesdites sommes dès le moment prévu par le contrat. Il apparaît aujourd'hui

11 - Relative à la liberté des prix et de la concurrence.

12 - Paris, 9 septembre 1997, DA 1997, 1416.

13 - Décision n° 99-MC-01 du 12 janvier 1999.

que très peu de chaînes locales ont été créées, et que parallèlement, les opérateurs n'ont pas provisionné les montants nécessaires, comme les contrats les y obligeaient. Certains d'entre eux sont donc entrés en négociation avec les communes afin de faire table rase du passé.

Aujourd'hui, il existe un nombre très limité de chaînes locales. Cette situation n'empêcherait toutefois pas une commune de réclamer le montant des sommes dues, indépendamment de l'existence ou non d'une chaîne locale.

1.2.2.4 - La cession des contrats et les modifications dans la structure du capital des câblo-opérateurs.

Dans le domaine du câble, on constate aujourd'hui un mouvement de restructuration et de concentration, consécutif notamment au retrait de FT de ce domaine d'activités, à la fois par la cession de ses réseaux et par sa sortie du capital des câblo-opérateurs.

Dans ce cadre, se pose le problème de la nécessité ou non d'obtenir l'autorisation préalable des communes sur le territoire duquel sont établis lesdits réseaux. En effet, les contrats soumettent à l'agrément préalable des communes tout changement de titulaire du contrat ou toute cession du contrat. Si une telle procédure peut se justifier du point de vue de la commune afin de se préserver contre le risque de voir succéder au cédant un opérateur ne présentant pas des garanties financières ou techniques suffisantes – les seuls motifs, avec le risque d'un conflit d'intérêt pouvant justifier son refus – toutefois, cette situation, dans le cadre d'opérations de restructuration d'envergure, peut générer une situation d'insécurité juridique pour le cessionnaire.

Cette insécurité juridique est d'autant plus forte que, comme nous l'avons souligné, la plupart des contrats Plan Câble prévoient en cas de cession des réseaux la possibilité pour les communes d'exercer un droit de préemption.

La question de l'interprétation de ces clauses et de la détermination des cas dans lesquels l'agrément préalable des communes est un sujet de discussion assez sensible dans les opérations de cession. La situation n'a pas toujours été très claire. La prudence a souvent conduit les cédants à requérir l'agrément, dès lors que la restructuration affectait le contrôle de l'opérateur, soit directement au travers de son capital, soit indirectement au travers de celui de son actionnaire direct. Or, une telle procédure est extrêmement lourde et pas sans incertitude sur son issue.

Le problème semble avoir trouvé une solution cohérente au travers de l'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000¹⁴. A la lumière de cet avis, il apparaît que

seules les cessions de contrats doivent faire l'objet de l'autorisation préalable des municipalités. Or, le Conseil d'Etat précise clairement que les opérations portant sur la forme juridique de la société cocontractante ou sur le transfert de son contrôle même majoritaire, ne constituent pas des cessions de contrats, soumises à l'agrément de la collectivité.

Seules les opérations de scission, fusion ou transfert partiel d'actifs, dès lors qu'elles conduisent au transfert du contrat à une personne morale différente de la société initialement titulaire du contrat, constituent une cession de contrat.

Dans ces conditions, il semble établi que les opérations transférant la majorité du capital d'un opérateur à une autre entreprise ne constituent pas des cessions de contrats, au sens de l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat. Dès lors, de telles opérations de restructuration échappent à l'agrément préalable des municipalités, en dépit même des stipulations contenues dans les contrats.

Toutefois, afin de préserver la sécurité juridique, la continuité et la pérennité des relations contractuelles entre la collectivité et l'opérateur, il peut-être recommandé d'informer la collectivité de l'opération

A l'issue de cette présentation analytique des contrats, on ne peut que constater l'existence de régimes éclatés. Fondés sur une finalité commune, empreinte d'intérêt général, les deux régimes se sont progressivement détachés des modèles initiaux.

La pratique démontre aujourd'hui qu'en dehors du cadre de la concession de service public pour lequel les règles applicables sont à peu près claires et ne posent pas de difficulté majeure d'interprétation, l'incertitude de la plus totale règne sur l'avenir des autres contrats, Plan-Câble ou issus du régime d'autorisation de la Loi de 1986.

La coexistence de ces deux régimes rend difficile l'identification d'un rôle uniforme des communes. Cette détermination passe au préalable par une convergence des régimes en présence.

2 - LA NÉCESSITÉ D'UNE CONVERGENCE DES INSTRUMENTS JURIDIQUES POUR UN RÔLE HARMONISÉ DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Comme cela vient d'être analysé, le rôle des collectivités territoriales en matière de gestion des réseaux câblés est étroitement lié au régime juridique sous l'empire duquel les contrats ont été signés.

Or, cette répartition des rôles qui paraissait assez simple à l'origine des textes est devenue, au fil de la vie des contrats et des évolutions qui ont affecté les cadres juridiques eux-mêmes, de plus en plus imprécise, s'éloignant des concepts originaires, et entraînant une inadéquation grandissante entre le cadre législatif et les activités qu'il est supposé régir.

Dans ces circonstances, deux niveaux de convergence semblent aujourd'hui s'imposer : à l'intérieur même de la sphère des activités de câble et au delà, entre les activités de télécommunication et de câble. C'est sur la base de régimes clarifiés et harmonisés que l'on pourrait envisager de définir un rôle pour les collectivités territoriales en matière de câble comme en matière de télécommunications.

2.1 - La nécessité d'une convergence des réglementations : un préalable à toute définition d'un rôle pour les collectivités locales

2.1.1- La nécessaire convergence des régimes applicables au câble

On rappellera que selon le modèle adopté, le rôle des collectivités territoriales varie d'un rôle de veille passive, la commune étant alors garante d'un développement cohérent sur son territoire d'activités laissées à l'initiative privée à un rôle d'initiative, lié à la reconnaissance d'un service public mais un rôle limité par un manque de moyens financiers évident.

2.1.1.1 - Les imperfections des possibilités ouvertes par l'article 34 de la Loi de 1986

Afin de tenter de définir un rôle uniforme pour les communes en matière de câble, il convient avant tout d'organiser un cadre juridique harmonisé : l'article 34 de la Loi de 1986 permet peut-être d'envisager cela.

Toutefois, en l'état, en laissant le choix entre deux options, cet article laisse subsister la possibilité de voir coexister deux régimes dans lesquels l'initiative appartient soit à la commune, soit à l'opérateur, qui, compte tenu notamment du régime de propriété des biens, ne sont pas réunissables en un seul en l'état actuel des diversités qui les caractérisent.

Dans ces conditions, le rôle des communes, s'il ne peut être le même, selon l'option retenue, doit être envisagé de manière plus large au travers d'un

compromis qui prendrait alors la forme d'un partenariat public-privé, chacune des parties ayant un rôle propre mais complémentaire.

Dans le cadre d'un service public, la délégation de service public apparaît comme étant un instrument adapté. Mais en dehors de tout service public, cette répartition des rôles doit être envisagée sous l'angle d'une gestion séparée des infrastructures (en l'occurrence des fibres optiques et/ou de cuivre) et de l'exploitation technique et commerciale du réseau établi sur la base de ces infrastructures (notamment équipements de transmission...).

En effet, cette séparation qui a été rendue nécessaire lors de l'ouverture de certains grands réseaux à la concurrence (notamment réseaux ferrés), permet d'envisager une répartition cohérente des rôles entre partenaires publics et privés.

Si les personnes publiques n'ont pas vocation par définition à exercer des activités commerciales, ce type d'activités étant par nature réservées à l'initiative privée, il n'en demeure pas moins qu'elles ont un rôle à jouer en matière de régulation économique. C'est sur la base de ce postulat que doit être envisagé un rôle pour les communes en matière de câble. La gestion des infrastructures devrait dans ce schéma revenir à la personne publique, qui serait alors en position de régulateur, gardien d'une gestion optimale de son domaine public, en ne permettant l'installation d'infrastructures qu'en cohérence à la fois avec les besoins locaux et la capacité physique de son territoire.

Dans le même temps, compte tenu des lourds investissements nécessités tant par l'installation des réseaux et leur rénovation ultérieure, la présence d'entreprises privées ayant les fonds nécessaires paraît indispensable. Enfin, l'exploitation commerciale d'un réseau qui requiert la mise en œuvre d'une politique commerciale guidée par un souci de rentabilité doit, elle aussi, rester dans la sphère de l'initiative privée.

2.1.1.2 - La place de la délégation de service public dans un système unifié

En permettant une utilisation rationnelle des synergies publiques et privées, la délégation de service public pourrait constituer un outil adapté à la gestion efficace des réseaux câblés. La délégation de service public, bien qu'elle ne constitue pas un mode de gestion privilégié par les opérateurs, compte tenu des lourds contrôles que leur impose l'autorité concédante, serait un moyen de redonner un certain rôle aux collectivités locales dans la gestion des réseaux câblés.

Cependant, seule une modification des dispositions de l'article 34 permettrait d'envisager la mise en place d'un système cohérent, en rétablissant l'ini-

tiative des municipalités en matière d'établissement des réseaux câblés. Ces derniers seraient alors exploités par le biais d'une délégation de service public, permettant aux opérateurs d'apporter savoir-faire et capitaux.

Par ailleurs, au delà même de l'unification juridique des textes, se pose un problème beaucoup plus concret : celui de la dualité de propriété qui régit les réseaux câblés. La délégation de service public supposerait en effet une propriété publique des réseaux, objet du contrat.

Or, en l'état actuel de la législation, rien, hormis le droit de préemption dont bénéficient certaines communes dans les contrats Plan Câble n'obligerait les opérateurs à céder leurs réseaux aux communes. Une autre modification législative s'imposerait ici encore. Cependant, une telle intervention du législateur n'emporterait vraisemblablement pas, même à l'issue d'un processus de concertation, l'assentiment des opérateurs.

Dans cette optique, une solution pourrait être tirée de l'exemple du régime des crématoriums, tel que modifié par la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 (la "Loi de 1993")¹⁵ et éventuellement adaptée aux réseaux câblés.

A l'heure de l'ouverture à la concurrence du monopole sur le service extérieur des pompes funèbres, le monopole communal a été maintenu pour les crématoriums, compte tenu de la rareté de ces biens et du caractère onéreux des équipements¹⁶.

Dans ce contexte, l'article L. 2223-40 CGCT¹⁷ prévoit que "les communes ou les établissements de coopération intercommunale sont seuls compétents pour créer et gérer, directement ou par voie de gestion déléguée, les crématoriums".

Afin de mettre en œuvre cette mission de service public¹⁸, la Loi de 1993 prévoit, dans un délai de quatre ans à compter de sa publication, l'obligation pour les entreprises privées ou associations ayant construit un crématorium, de passer une convention avec la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale de sorte que ce monopole soit réalisé¹⁹. Cette convention doit permettre un contrôle de la gestion de ces

15 - Modifiant le Code des Communes et relative à la législation dans le domaine funéraire.

16 - Claire Daval, Commentaire de la loi du 8 janvier 1993 portant l'abandon du monopole communal du service extérieur des pompes funèbres, AJDA, 1993, n° 2 p. 121.

17 - Issu de la loi de 1993.

18 - Circulaire du Ministre de l'Intérieur du 12 décembre 1997 Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur, numéro 4, quatrième trimestre 1997.

19 - Article L. 2223-44 CGCT.

établissements par les communes, ou un transfert de leur gestion, voire un transfert de la propriété de ces établissements, aux communes.

La situation des réseaux câblés présente à la fois des similitudes et des différences notables avec celle des crématoriums. Des similitudes qui tiennent d'une part aux caractéristiques des biens : rareté et caractère onéreux de leur établissement, et d'autre part à la propriété privée de ces biens, caractéristique a priori incompatible avec la notion de délégation de service public, or la loi sur les crématoriums résout ce problème en prévoyant que ces biens doivent faire l'objet d'une convention avec la commune. En ne précisant pas le contenu desdites conventions, mais en prévoyant la possibilité pour la commune d'en déléguer la gestion, la loi permet d'inclure dans la convention un transfert éventuel de propriété des biens à la commune.

Toutefois, ce régime présente des différences avec celui des réseaux câblés, qui le rendent difficilement transposable mutatis mutandis à ce dernier. En effet, la Loi de 1993 prévoit un monopole communal y compris pour l'exploitation des crématoriums, leur permettant de les gérer elles-mêmes en régie. Or, la Loi de 1986 ne permet pas aux communes d'exploiter elles-mêmes les réseaux câblés.

En accord avec la Loi de 1986, nous ne pensons pas que les communes ont effectivement vocation à exploiter une activité économique privée, dont la gestion doit être laissée à l'initiative privée. Dans ces conditions, seul un texte prévoyant la passation de conventions déléguant la gestion et l'exploitation desdits réseaux à un opérateur privé pourrait être envisagé, prévoyant la rétrocession aux communes des réseaux.

A cet égard, se pose tout de même une autre difficulté liée à l'achat des réseaux par les communes. S'il est vrai qu'en leur état technologique actuel les réseaux câblés en tant que tels n'ont qu'une valeur résiduelle – à cet égard, il nous a été permis de constater que l'élément substantiel dans le prix de vente de ses réseaux Plan Câble par FT résidait dans les droits de passage accordés au repreneur pour une durée relativement longue sur ses infrastructures, lui permettant d'assurer la maintenance des réseaux – il n'en reste pas moins que les communes, notamment les plus petites, ne disposent pas forcément des fonds nécessaires pour procéder à une telle acquisition. En outre, les opérateurs ne sont sans doute pas prêts non plus à abandonner la propriété et donc la maîtrise de ces réseaux.

En tout état de cause, même si l'exemple des crématoriums n'est pas transposable en tant que tel aux réseaux câblés, il démontre que la propriété privée des biens n'est pas un obstacle insurmontable à l'établissement d'une délégation de service public, au travers soit d'une concession, soit d'un affermage.

Que ce soit au travers d'une délégation de service public, ou par la mise en œuvre d'une activité purement commerciale, il est indispensable de définir à la fois un rôle pour les collectivités locales et pour les opérateurs privés. Le partage le plus cohérent consiste à confier à chacun des acteurs les missions pour lesquelles il est le plus apte à réussir : la régulation à la personne publique et l'activité commerciale à l'opérateur privé.

Au delà d'une convergence des régimes de câble, la problématique du rôle des collectivités locales en matière de câble ne peut être détachée de celle plus large, de leur rôle en matière de télécommunications. Dans ce domaine, la loi a déjà posé quelques principes, éclaircissant les rôles de chacun, personnes publiques et opérateurs.

2.1.2 - La préparation d'une convergence intermodale : câble et télécommunications

Tout le monde s'accorde à reconnaître aujourd'hui que l'on peut par le biais soit d'un réseau de vidéocommunication soit d'un réseau de télécommunications promouvoir le même type de services similaires : on peut faire de l'Internet et des services de télécommunications sur les réseaux câblés et de la télévision via Internet sur les réseaux de télécommunications.

Toutefois les deux types de réseaux ne sont pas soumis au même type de réglementation : pour un contenu identique, on a deux contenants et deux réglementations.

Les réseaux câblés sont régis par la Loi de 1986 sous l'autorité du CSA, tandis que les réseaux et services de télécommunications sont régies par la Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996²⁰ et au CPT sous l'autorité de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART).

Une convergence de ces deux régimes s'impose, c'est ce qu'envisage le projet de loi sur la Société de l'Information, dans le cadre de l'article L. 33-1 du Code des Postes et Télécommunications. Il prévoit en effet, de soumettre désormais la délivrance des autorisations d'établir et exploiter un réseau câblé à l'autorité du Ministre en charge des Télécommunications, sous le contrôle du CSA. Dans ces conditions, les communes n'auraient plus qu'un simple rôle consultatif.

A titre d'exemple, la délivrance de nouvelles autorisations CSA nécessaires pour l'exploitation d'un réseau câblé est subordonnée au non-dépassement de seuils de concentration à la fois mono et multi média, justifiés par la préservation du pluralisme des médias. Ainsi, lorsque les zones couvertes

20 - Relative à la réglementation des télécommunications.

par les réseaux déjà possédés par un même exploitant regroupent plus de 8 millions d'habitants, l'opérateur ne peut plus obtenir de nouvelles autorisations. Ce principe est extrêmement restrictif, notamment appliqué à la situation de rachat actuel des réseaux Plan Câble de FT par d'autres opérateurs du marché et le mouvement de concentration qui s'opère dans ce domaine d'activité. Une telle limitation n'existe pas en matière d'exploitation de services de communication audiovisuelle par satellite ou en matière de télécommunications, alors que ces différents types de réseaux permettent de passer le même type de services.

L'harmonisation des deux régimes doit être envisagée comme une occasion pour définir enfin un rôle pour les collectivités locales en matière de gestion d'infrastructures, quel que soit le type d'activités qui y sera développée : câble ou télécommunications. C'est dans cette configuration que pourrait alors être envisagée une application globale de l'article L. 1511-6 CGCT, qui n'est pour le moment applicable qu'aux seules infrastructures destinées aux activités de télécommunication.

2.2 - Les possibilités de l'article L. 1511-6 CGCT

Lors de l'adoption de ce texte, ont souvent été évoquées les notions de "dynamisme renforcé des collectivités locales", de "catalyseur de la concurrence" et du "rôle essentiel des collectivités locales dans le développement de la société de l'information"²¹. On a même parlé de "nouveau socialisme municipal".

La vocation première de ce texte est donc sans aucun doute d'octroyer aux collectivités locales, et plus précisément aux communes un rôle dans le développement économique local, dans le domaine innovant des télécommunications.

Si ce texte est apparu comme la possibilité d'associer les communes au développement d'activités économiques sur leurs territoires, en leur restaurant une certaine initiative dans des domaines traditionnellement laissés à l'initiative privée – des activités à haute valeur ajoutée, indépendantes de l'existence même de tout service public – il a néanmoins très vite démontré ses limites.

Là encore, il convient donc de replacer la définition du rôle incontestablement limité des collectivités dans une optique de partenariat avec les opérateurs privés, leurs synergies étant complémentaires.

21 - Conférence de presse de Lionel Jospin du 19 janvier 1999.

2.2.1 - Les modalités d'intervention des collectivités locales

Le texte permet aux collectivités locales d'établir sur leur territoire des infrastructures destinées à recevoir des réseaux de télécommunication. Toutefois, ce texte encadre de manière extrêmement stricte ce pouvoir et leur interdit la possibilité de les exploiter.

2.2.1.1 - La création d'infrastructures de télécommunications par les collectivités locales est soumise à la condition de constatation d'une carence d'initiative privée.

Classiquement, le juge administratif n'admet l'interventionnisme public dans le secteur des activités économiques qu'en cas de carence d'initiative privée²². A défaut, deux principes priment et obligent la personne publique à l'abstention :

- La liberté de commerce et d'industrie ;
- Le principe de non-concurrence entre personnes publiques et opérateurs économiques.

Ces règles ont été rappelées de maintes fois par la jurisprudence, notamment par l'arrêt du Tribunal Administratif de Nancy du 18 mars 1999, SA France Telecom et Syndicat Sud PTT, concernant la communauté urbaine du Grand Nancy.

Le juge a rappelé que pour pouvoir intervenir, la commune devait constater une véritable carence d'initiative privée et pas seulement un "secteur privé insuffisamment concurrentiel sur ce segment du marché des télécommunications".

Aujourd'hui, cette notion a évolué : il convient en effet d'opérer une distinction entre l'aspect qualitatif et l'aspect quantitatif de la carence d'initiative privée.

En effet l'interprétation de la notion donnée le gouvernement au départ se cantonnait à l'aspect quantitatif, c'est à dire les aspects financiers et de prix, tandis que la jurisprudence prenait aussi en compte l'aspect qualitatif, comme "les besoins de la population" voire "l'intérêt public"²³. Ainsi, sous la pression de Bruxelles et du Sénat, garant des intérêts locaux, l'interprétation restrictive de la notion a été abandonnée, au profit d'une rédaction groupant les aspects quantitatifs et qualitatifs de la carence. Coûts des communications et insuffisance des prestations techniques habilitent désormais les collectivités territoriales à intervenir.

22 - Conseil d'Etat, 30 mai 1930 Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers, rec. 583.

23 - Conseil d'Etat, 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, rec. 563.

Cette condition de la carence, non plus seulement quantitative, mais aussi qualitative, de l'initiative privée justifiant l'intervention de la collectivité locale a en effet pris un nouvel essor avec l'émergence de la notion de service universel.

Pour mémoire, on rappellera que cette notion de service universel a été définie en droit communautaire 1992 comme "le service de base, offert à tous, dans l'ensemble de la Communauté, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard"²⁴.

Cette notion a été intégrée dans le droit positif français par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications qui prévoit "un service universel des télécommunications", composante du service public des télécommunications. Ce service de base minimal qui garanti à tous, doit être préservé par les personnes publiques. Il s'agit là d'un niveau de service minimal, qui s'apprécie en termes, non plus quantitatif, mais qualitatif.

Si l'initiative privée ne permettait pas de garantir ce service universel, il est clair que les collectivités publiques devraient exercer leurs pouvoirs pour garantir ce minimum.

Toutefois, il convient de noter qu'à l'heure actuelle le service universel recouvre des obligations de services liées uniquement à la téléphonie filaire, à l'exclusion de tout autre service, tel que la fourniture de services à haut-débit, considérés comme des services à haute valeur ajoutée, dont la nature est telle que leur fourniture ne relève pas du service public. Cependant, il s'agit d'une notion par nature évolutive, qui, se doit d'évoluer avec le développement économique et inclure au fur et à mesure de l'évolution des besoins de nouveaux services.

L'élargissement de la notion de carence à un critère qualitatif permettrait d'augmenter les possibilités d'intervention de la collectivité locale. En effet, la défaillance privée peut ainsi s'apprécier au regard de la qualité du service offert aux abonnés, notamment au regard de la fourniture du service à un prix abordable. Ce critère d'appréciation est beaucoup plus subjectif que celui de la carence quantitative. Son interprétation est dès lors sujette à des interprétations diverses, restaurant une certaine marge de manœuvre plus importante à la personne publique et obligeant les opérateurs privés à une plus grande rigueur dans la qualité des services aux usagers.

2.2.1.1 - Le texte, reprenant l'exigence désormais traditionnelle de la séparation des activités liées à la gestion des infrastructures à celle liée à l'ex-

24 - Rapport sur les télécommunications, Commission européenne, septembre 1992.

ploitation technique et commerciale des réseaux établis sur la base de ces infrastructures, en permettant aux collectivités locales de réaliser des infrastructures, leur interdit dans le même temps d'exercer des activités d'opérateur.

Ainsi, si elles ont vocation à pallier la carence de l'initiative privée, notion nouvellement interprétée à la lumière de concepts plus modernes tels que le service universel, et donc à établir des infrastructures nécessaires à l'exercice postérieur d'activités économiques, puis à en assurer la cohérence de développement et la régulation, elles ne peuvent toutefois pas en même temps exploiter des activités sur ces infrastructures.

Cette dissociation des rôles d'acteur et de régulateur est saine. Elle permet de définir plus nettement les rôles de chacun, au regard de leurs compétences respectives.

Comme en matière de câble, il convient de donner à chacun un rôle en fonction de ce qu'il est le plus apte à réussir : la personne publique, en qualité de régulateur, et en qualité de substitut à la carence de l'initiative privée et la personne privée en qualité d'opérateur.

Concernant le choix de l'opérateur et donc la mise à disposition du réseau, on retrouve, comme en matière de câble, des exigences de non-discrimination. Là encore, le choix d'un opérateur doit répondre à des considérations objectives.

Le rôle des collectivités locales doit ainsi surtout être appréhendé comme celui d'un régulateur efficace des infrastructures nécessaires à un développement économique maîtrisé de son territoire en optimisant, à la fois les ressources géographiques, à savoir l'utilisation cohérente de son domaine public et les ressources économiques en faisant appel aux méthodes de gestion et de rentabilité privée.

2.2.1.3 - Quels sont les schémas d'organisation possibles ?

L'article L. 1511-6 CGCT n'impose aucune modalité précise de réalisation des infrastructures de télécommunications et laisse au contraire une grande liberté de choix dans le montage que le financement et l'exploitation de ces installations nécessite. Il est à noter par ailleurs que ce n'est pas seulement l'échelon communal qui est concerné par cette disposition mais tous les échelons de la décentralisation.

Parmi les montages envisagés par la doctrine, un seul a retenu notre attention, qui nous semble répondre le mieux aux considérations économiques en jeu : le choix d'une coopération public / privé. Celle-ci répond à un partage cohérent des synergies et aux exigences du droit de la concurrence, le Conseil de la Concurrence rappelant que "la collectivité ne saurait désigner

un gestionnaire d'infrastructures qui soit lui-même un opérateur de réseau ouvert au public, ou ayant des intérêts directs avec un opérateur de réseau"²⁵.

Cette considération concurrentielle trouve un écho dans un partage des compétences entre la personne publique en charge de la régulation et l'exploitation commerciale qui serait laissée à l'initiative privée.

En ce sens, comme nous l'avons précédemment exposé en matière de câble, la délégation de service public constitue un outil adapté, dès lors que l'on considère que l'on est en présence d'un service public. L'ART estime d'ailleurs que la mise en place et l'exploitation des infrastructures de télécommunications peuvent faire l'objet d'une gestion déléguée. Il semble en effet que l'initiative publique liée à la carence de l'initiative privée et l'intérêt local que représente le développement de telles infrastructures permettent d'envisager l'existence d'un service public local, dans l'établissement des réseaux

25 - Avis n° 98-A-21 du 1er décembre 1998.

CONCLUSION

La définition d'un rôle pour les collectivités territoriales, que ce soit en matière de câble ou plus largement en matière de télécommunications, est étroitement liée à l'existence d'un service public ou non.

A notre sens, la personne publique n'a pas vocation à exploiter commercialement un réseau quel qu'il soit, câble ou télécommunications. Il s'agit là d'une activité économique qui doit être laissée à l'initiative privée. Dans le même temps, la personne publique doit se concentrer sur un rôle de régulation des intervenants en présence : régulation de l'utilisation de son domaine public, régulation des activités privées d'un point de vue concurrentiel.

L'établissement desdits réseaux fait l'objet d'une interprétation plus nuancée. En effet, cette mission est nécessaire à l'exploitation d'une activité économique, les télécommunications, laquelle répond à un intérêt local évident, étant au cœur du développement économique d'un territoire.

L'installation de ces infrastructures est donc le préalable nécessaire à la mise en œuvre d'activités indispensables au développement économique d'une collectivité territoriale. Il semble donc indispensable de favoriser leur établissement pour permettre l'exploitation de ces activités. Le rôle des collectivités locales doit alors être envisagé de manière renforcé : son rôle d'initiative doit lui être restauré en cas de carence de l'initiative privée. Dans ces conditions, on assiste à un déplacement de la notion de service public, de l'exploitation d'activités économiques, à l'établissement d'infrastructures nécessaires à leur développement. S'il n'y a plus à proprement parler de service public dans l'exploitation commerciale d'un réseau de télécommunications ou de câble, il en demeure un dans l'établissement de l'infrastructure nécessaire à l'exercice de cette activité. C'est dans ce domaine que les collectivités locales ont un rôle actif à jouer, au-delà de la simple régulation.

La loi a par ailleurs fait l'objet d'une proposition de révision assez radicale lors du CISE du 10 juillet 2000, le Gouvernement ayant proposé une nouvelle rédaction, plus ouverte, de l'article 1511-6 du CGCT :

- La condition de carence d'initiative privée constatée par les collectivités locales et préalable à la construction des infrastructures par celles-ci serait supprimée.

Cela aurait pour effet d'augmenter le pouvoir des collectivités dans la mesure où elles n'auraient plus à établir cette carence pour construire des réseaux

et pourraient donc procéder à leur installation alors même que l'initiative privée aurait pu assurer la prestation. Dans le cas de la nouvelle formulation, les opérateurs privés seraient fondés à dénoncer en excès de pouvoir une décision du conseil de la collectivité confiant la construction des infrastructures à l'autorité publique.

Toutefois cette proposition appelle une remarque de notre part. Nous ne sommes pas sûrs que les collectivités locales aient, au même titre que les personnes privées, une vocation identique à intervenir dans la réalisation d'activités économiques privées. Leur rôle premier doit être d'assurer la régulation et la cohérence des activités privées exercées dans l'intérêt général. Dans le cadre de cette veille active, ce n'est qu'en cas de défaillance avérée, mettant en péril l'intérêt des usagers, qu'elle doit se voir restituer un rôle interventionniste.

-- Le délai d'amortissement de huit ans, jugé non conforme aux "réalités économiques", serait par ailleurs supprimé.

En effet, l'obligation d'amortissement sur huit ans au lieu de quinze à vingt ans pour les opérateurs privés avait été dénoncé, par l'ART comme par les collectivités comme une mesure "exorbitante du droit commun".

Les câblo-opérateurs représentés au sein du groupe de travail sont en désaccord avec certaines des orientations proposées par notre rapport.

En premier lieu, ils rejettent la solution envisagée par le Cabinet August & Debouzy d'une intervention législative mettant en place un processus de concertation pour la cession des réseaux privés aux communes.

Ils se prononcent également en faveur d'une harmonisation de la réglementation du câble avec le régime du Code des Postes et Télécommunications et plus particulièrement de l'article L.33-1 instituant une liberté d'établissement des réseaux. Une telle harmonisation leur semble induite par la convergence technologique qui fait des réseaux câblés des réseaux multiservices et ne justifie plus qu'un régime différent continue à s'appliquer à eux.

Enfin, ils considèrent que les montages contractuels (de type concession) existants entre les collectivités et les opérateurs ne sont pas adaptés à l'ouverture des réseaux câblés aux autres services.

ANNEXE

Liste des membres du groupe de travail

Président

Monsieur Marceau Long
Président de l'Institut de la Gestion Déléguée

Rapporteurs

Monsieur Jean-David Dreyfus
Professeur de droit

Mademoiselle Delphine Jayat

Chargée d'études juridiques, Institut de la Gestion Déléguée

Coordination des travaux

Monsieur Denis Levy
Délégué Général
Institut de la Gestion Déléguée

Membres :

Monsieur Etienne Andreux

Directeur
SIPPEREC

Monsieur Jean-Luc Archambault

Directeur de la réglementation et des relations extérieures
Cégétel

Monsieur Olivier de Baillenc

Directeur des relations extérieures
NOOS

Direction Générale des Collectivités locales

Ministère de l'Intérieur

Madame Danièle Blangille

Délégué Général
Association française des opérateurs de réseaux multiservices

Monsieur Olivier Dewillers

Assemblée des départements de France

Monsieur Alain Ducass

Chargé de mission
Direction Générale de l'Industrie, des Technologies, de l'Information et des Postes
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Raphaël Gruau

Chargé de mission
Institut de la Gestion Déléguée

Monsieur Jean-Paul Guérin

Chargé des " Réseaux professionnels et collectivités territoriales "
Autorité de Régulation des Télécommunications

Monsieur Gérard Jaureguiberry

Chargé des relations avec les collectivités locales
Direction des relations extérieures
France Télécom

Monsieur Christophe de Saint Viance

Chargé des affaires extérieures et de la réglementation
Bouygues Télécom

Association des maires des grandes villes de France

Monsieur André Tanti

Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Monsieur Patrick Vuitton

Délégué général
Association Avicam

Monsieur Jean-Philippe Walryck

Chargé des relations avec les Collectivités et Institutions Locales
Association Française des Opérateurs Privés en télécommunications

Liste des personnalités auditionnées

Monsieur Gérard de Pablo

Directeur général des services du Conseil Général de Corrèze

Madame Paule-Andrée Rubod

Chargée du projet "téléphonie mobile" pour le Conseil Général de la Drôme

Monsieur Marc Gauché

Conseil Général du Tarn

Monsieur Pierre Schmauch

Ville de Castres

Monsieur Alain Gérardin

Chargé de mission pour les Conseils Régionaux de la Bretagne
et des Pays-de-la-Loire

Monsieur Etienne Andreux

Directeur du SIPEREC

**Nous remercions le Cabinet August & Debouzy
pour son intervention sur les réseaux câblés**