

Contribution de synthèse du SIPPEREC au rapport public de l'ARCEP relatif à la mise en conformité des conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés

Le Syndicat Intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'Electricité et les Réseaux de Communication, le SIPPEREC, a conclu deux conventions de concession, en date du 16 novembre 1999, pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau câblé intercommunal de vidéocommunication, dans le cadre de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, sur deux plaques intercommunales, dénommées la Plaque Sud et la Plaque Nord, qui recouvrent 29 communes.

En application des dispositions de l'article L. 5211-5 du Code général des collectivités territoriales, le SIPPEREC s'est également substitué à ses communes membres, Epinay, Bezons et Montreuil dans leurs conventions de concession pour l'établissement et l'exploitation de leurs réseaux câblés, conclues respectivement les 2 avril 1998, 2 juillet 1999 et 7 décembre 1994.

La présente note récapitule les deux premières contributions du SIPPEREC. La première a été transmise en complément des fiches de recueil d'information établies pour chacune des conventions dont le SIPPEREC est l'autorité concédante. La deuxième formulait des observations concernant les nouvelles dispositions introduites par la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur modifiant l'article 134 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

En outre, par la présente note, le SIPPEREC entend présenter ses observations sur le projet de rapport sur la mise en conformité des conventions câble établi par l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) mis en consultation publique.

I. Régime juridique

I.1. Régime juridique régissant les conventions

Les cinq conventions susvisées ont été conclues dans le cadre de l'article 34 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de la communication, qui a conféré aux communes et à leurs groupements, le pouvoir d'établir ou d'autoriser l'établissement sur

leur territoire, de réseaux distribuant par câbles des services de radiodiffusions sonores et de télévisions, en veillant à assurer, dans l'intérêt général, la cohérence de l'ensemble des infrastructures de télédiffusions.

Deux catégories de conventions pouvaient ainsi être conclues dans le cadre de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication alors en vigueur :

1°) Soit la commune ou le groupement de communes **autorise** un opérateur à **établir** en propre un réseau câblé sur son territoire. Le réseau est établi et exploité dans le cadre d'un régime de droit privé. L'établissement du réseau fait l'objet d'une **convention d'occupation du domaine public (et le cas échéant, privé) communal**.

2°) Soit la commune ou le groupement de communes **établit et exploite** un réseau câblé sur son territoire, en agissant directement (marché public de travaux pour la construction, et régie pour l'exploitation), ou en confiant l'établissement et l'exploitation de son réseau à un tiers, dans le cadre d'une **convention de délégation de service public**.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé explicitement, dans un avis rendu le 25 juillet 1995 (n° 357781), sur le caractère de service public de l'exploitation d'un réseau câblé au sens de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986, lorsque la commune fait établir et exploiter le réseau par un tiers pour son compte. En effet :

« L'exploitation d'un tel réseau, lorsque l'opérateur auquel la commune ou le groupement de communes l'a confiée bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par ce réseau, et lorsque la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service, présente le caractère d'un service public. La circonstance que cette exploitation, en vertu de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée, soit soumise à une autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel n'interdit pas aux communes ou groupement de communes qui ont créé le service public local en cause de préciser dans une convention ou une concession les conditions de fonctionnement de ce service.

L'exploitation d'un réseau câblé peut ainsi être cumulativement régie par une convention conclue par la commune ou le groupement de communes et par une autorisation délivrée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cependant, ces instruments sont juridiquement autonomes l'un par rapport à l'autre. »

Le Conseil d'Etat a par la suite confirmé le caractère d'intérêt général que présentent l'installation et l'exploitation d'un réseau de distribution de la télévision par câble (CE, 17 mars 1999, *Syndicat d'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, req. n° 131676 et 131687, publié aux Tables du Recueil). Egalement, un arrêt récent est venu qualifier de service public l'exploitation d'un réseau câblé communal (CAA Nancy, 14 novembre 2002, *T.D.F. Câble Est c/ Commune de Toul*, req. n° 97NC00976).

La création d'un service public en cette matière permet ainsi de garantir l'égalité des usagers, comme d'encadrer les modalités d'exécution dudit service (qualité de service, fixation des tarifs ...).

Le cadre actuel d'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements a été remanié à la suite de l'adoption de deux lois :

- la loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (la LEN),
- la loi n° 2004-669 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 9 juillet 2004 qui a transposé en droit français les directives européennes du « Paquet Télécom ».

Dans ce nouveau cadre législatif :

- ✓ Le champ de compétences des collectivités territoriales est, non seulement, confirmé, mais, plus encore, étendu à l'ensemble des réseaux de communications électroniques qui regroupent dorénavant les réseaux de télécommunications, comme les réseaux câblés.
- ✓ Le nouvel article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales autorise les collectivités territoriales à « *établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques* » et à les mettre « *à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants* » dans le cadre d'un service public local ; le nouveau texte étant intégré dans la première partie du Code général des collectivités territoriales, consacrée aux modes de gestion des services publics locaux. Ce nouvel article permet aux collectivités locales de devenir opérateurs de réseaux de communications électroniques dotés, sous certaines conditions, des mêmes droits et obligations que tout opérateur de réseaux de communications électroniques.
- ✓ Les dispositions de l'article L. 1425-1 relatives au constat d'une insuffisance d'initiatives privées pour fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals ne concerne pas les réseaux établis et exploités par les collectivités territoriales ou leurs groupements, pour la distribution de services de radio et de télévision, lorsque ces réseaux ont été établis avant la promulgation de la loi du 21 juin 2004, comme c'est le cas des réseaux établis à l'initiative du SIPPEREC.
- ✓ La nouvelle rédaction de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 confirme également que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent continuer à exploiter leurs réseaux distribuant des services de radio et de télévision. Les collectivités territoriales et leurs groupements qui, comme le

SIPPEREC, exercent aujourd'hui, indirectement, dans le cadre de délégations de service public, une activité de distributeur de services audiovisuels, sont expressément exonérés de tout constat préalable de l'insuffisance d'initiatives privées.

Aux termes mêmes des débats législatifs, le texte prend ainsi en considération les collectivités qui se sont d'ores et déjà lancées dans des opérations en la matière et qui, par leur engagement, ont su apporter de nouveaux services sur leur territoire.

Les compétences du SIPPEREC, qui lui permettent d'être l'autorité délégante des cinq conventions de concession portant sur l'établissement et l'exploitation d'un réseau câblé de vidéocommunication, sont ainsi confortées. Le caractère de service public de ces activités est affirmé par la loi.

I.2. Qualification juridique donnée aux conventions

Les cinq conventions constituent des conventions de concession de travaux et de service publics. Elles ont été attribuées au câblo-opérateur à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence régie par les articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

Ces conventions présentent l'ensemble des caractéristiques propres à une délégation de service public. Notamment :

- Le droit d'établir et d'exploiter le réseau, objet de chacune des conventions, a été initialement conféré à titre exclusif au concessionnaire.
- Le concessionnaire est tenu d'assurer l'égal accès, sur le réseau, de tout usager au service.
- La collectivité exerce un contrôle effectif sur la mise en œuvre et la gestion du service délégué :
 - Le programme des travaux d'établissement du réseau, les projets d'exécution de ces travaux et leur déroulement jusqu'à leur terme sont contrôlés par l'autorité concédante.
 - Les conditions d'abonnement sont encadrées.
 - La continuité du service doit être assurée par le concessionnaire.
 - Quant aux tarifs d'abonnement, ils sont fixés dans la convention et leur révision se fait sous le contrôle de l'autorité concédante.
 - Afin de permettre la vérification et le contrôle de l'exécution de cette convention, le concessionnaire est tenu de fournir un compte-rendu annuel d'activités, conformément à l'obligation légale résultant des

dispositions de l'article L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales.

Egalement, l'autorité concédante peut procéder à toutes vérifications utiles pour s'assurer que le service est exploité dans le respect des conditions contractuelles.

- La résiliation des conventions peut être prononcée par l'autorité concédante, outre pour cause de déchéance, pour motif d'intérêt général, ces cas de résiliation n'étant que la mise en œuvre des principes classiques en matière de délégation de service public.
- Des pénalités pécuniaires ont, en outre, été prévues pour en assurer la bonne exécution, pour cause de retard dans la mise en service des installations de premier établissement ou en cas de non production des comptes-rendus technique et financier.

- A l'expiration de la concession, la collectivité se voit remettre l'ensemble des ouvrages du réseau constitutifs des biens de retour, lesquels sont entrés, dès l'origine, dans son patrimoine public, et ce, indépendamment de leur mode de financement.

Sur le projet de rapport de l'ARCEP

Le SIPPEREC note qu'il ressort des conclusions de l'ARCEP dans son projet de rapport, au vu des exemples qui lui ont été transmis, que ces conventions peuvent être qualifiées de délégation de service public (§ 1.3., 2) du projet de rapport).

II. Portée de la mise en conformité des conventions

II.1. Rappel des dispositions légales

L'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 précitée prévoit la mise en conformité des conventions conclues par les communes et leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés, avec les dispositions du nouvel article L. 33-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE), dans un délai initialement d'un an à compter de la publication du décret pris pour l'application de cet article, délai porté à deux ans par l'article 13 de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur.

D'emblée, on rappellera que la suppression du régime de l'autorisation préalable par les communes ou leurs groupements de l'établissement des réseaux, est, par elle-même, sans incidence sur les conventions conclues entre les communes ou leurs groupements et les opérateurs, la sortie de ces contrats n'étant nullement imposée par la loi.

Lors des débats, le rapporteur de la Commission des affaires économiques du Sénat a précisé que le seul objectif de la mise en conformité est de supprimer les éventuelles clauses qui seraient devenues incompatibles avec le nouveau cadre législatif. Il n'est pas question de supprimer les obligations librement consenties par les opérateurs, en matière de couverture du territoire, services proposés, financement de la télévision locale, notamment (cf. séance parlementaire du 15 avril 2004).

Comme le confirment les débats parlementaires, les adaptations résultant, le cas échéant, de cette mise en conformité, ne doivent porter que sur les stipulations concernant les directives européennes (et en particulier, certaines clauses d'exclusivité accordées par la collectivité), et, pour le reste, le contrat se poursuit. Il ne s'agit pas en revanche d'obliger les collectivités à renégocier, et ce à leur détriment, un contrat librement débattu entre des partenaires.

Dans ce même cadre des débats législatifs, le ministre de la culture et de la communication a en outre confirmé que le texte ne remet pas en cause le cadre juridique de la propriété des réseaux câblés.

II.2. Principe de continuation des conventions

La qualification de service public, on vient de le voir, n'a pas été remise en cause du fait du nouveau cadre légal régissant les communications électroniques, et tel qu'issu des lois n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, et n° 2004-669 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuel du 9 juillet 2004.

Or, dès lors qu'un service public est régulièrement créé, il résulte du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales, que ces dernières disposent d'un libre choix pour déterminer le mode de gestion du service public considéré. Il appartient alors à l'assemblée délibérante de la collectivité compétente de déterminer les règles générales de fonctionnement de ce service public (CE, 6 janvier 1985, *Ville de Paris*, Rec. p. 3).

On rappellera ainsi que selon l'avis précité du Conseil d'Etat avis rendu le 25 juillet 1995 (n° 357781) :

« La circonstance que cette exploitation [érigée en service public local par la commune], en vertu de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée, soit soumise à une autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel n'interdit pas aux communes ou groupement de communes qui ont créé le service public local en cause de préciser dans une convention ou une concession les conditions de fonctionnement de ce service.

L'exploitation d'un réseau câblé peut ainsi être cumulativement régie par une convention conclue par la commune ou le groupement de communes et par une

autorisation délivrée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Cependant, ces instruments sont juridiquement autonomes l'un par rapport à l'autre. »

La qualification de délégation de service public des conventions de concession du SIPPEREC pour l'établissement et l'exploitation de réseaux câblés n'est donc pas affectée par ce nouveau cadre légal, et ces conventions restent en conséquence soumises à l'ensemble des règles régissant les délégations de service public, et en particulier, la continuité du service public, l'égalité des usagers devant le service public, le droit de contrôle de la collectivité délégante, ainsi que la propriété publique des ouvrages de la concession.

II.3. Identification des clauses des conventions concernées par la mise en conformité

✓ Exclusivité

La clause d'exclusivité figurant dans les conventions de concession de la Plaque Sud et de la Plaque Nord a été supprimée par deux avenants conclus entre le SIPPEREC et la société Lyonnaise Communications (aujourd'hui LCO) dans le cadre de la mise en conformité desdites conventions.

L'exclusivité consentie à l'origine par ces conventions l'avait été sans préjudice du droit des autres opérateurs, la concurrence ayant toujours été effective en matière de distribution de services audiovisuels (par voie hertzienne, satellite, ADSL ...).

En outre, une telle suppression n'a aucune incidence sur la qualification de délégation de service public, des deux conventions de concession Plaques Sud et Nord, dès lors que les caractéristiques propres aux délégations de service public sont en l'occurrence réunies dans chacune de ces deux conventions.

On précisera, à cet égard, que si l'avis du Conseil d'Etat précité, en date du 25 juillet 1995, avait dégagé deux critères dont la réunion permettait d'identifier un service public – soit la clause d'exclusivité au profit du câblo-opérateur, et la clause obligeant celui-ci à garantir un droit d'égal accès au service à tous les usagers sur le territoire couvert par le réseau –, il existe d'autres clauses exorbitantes du droit commun, en dehors de l'exclusivité, témoignant de la volonté d'une collectivité d'ériger une telle activité en service public, à savoir, notamment, le droit de résiliation unilatérale accordé à la collectivité, le droit de regard sur la fixation des tarifs à l'utilisateur ... (circulaire interministérielle du 12 mars 1997, n° MCCT9700233C, commentant l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995).

✓ L'autorisation d'exploitation délivrée par le CSA

Toute référence, dans les conventions, à la notion d'autorisation d'exploitation conférée au câblo-opérateur par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, n'étant plus appropriée du fait de la nouvelle procédure de déclaration, les mêmes avenants cités ci-dessus ont supprimés les

articles relatifs à ladite autorisation d'exploitation, de chacune des conventions de concession Plaques Sud et Nord.

II.4. Clauses des conventions non remises en cause par la mise en conformité

✓ Mise à disposition d'un canal local

En l'occurrence, le concessionnaire a pris, dans chacune des conventions, un certain nombre d'engagements en matière de mise à disposition d'un canal local, librement consentis, non remis en cause par les récentes réformes législatives, lesquelles font au contraire une priorité de l'essor des chaînes locales.

On rappellera sur ce point que l'article 34-2, II de la loi du 30 septembre 1986, modifié par la loi du 9 juillet 2004, impose à *« tout distributeur de services par un réseau autre que satellitaire n'utilisant pas de fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel [de mettre] à disposition de ses abonnés les services d'initiative publique locale destinés aux informations sur la vie locale »*, à savoir, et comme le précise le décret n° 2005-1355 du 31 octobre 2005, pris en application de cet article notamment, *« les services de télévision qui sont édités directement ou indirectement par une collectivité ou un groupement de collectivités territoriales dans les conditions prévues à l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales »* (article 13 dudit décret).

✓ Contrôle du service délégué et des engagements contractuels du délégataire

Principe : pouvoir de contrôle et droit d'information

Dès lors qu'un réseau câblé est exploité dans le cadre d'un service public local, il appartient à l'autorité délégante, les communes ou leurs groupements, d'en encadrer l'exercice ainsi que les modalités de mise en œuvre, conformément aux principes régissant tout service public, et ce, en vertu du pouvoir général de contrôle caractérisant tous contrats administratifs.

Ce pouvoir de contrôle est attaché de manière plus spécifique aux délégations de service public. La collectivité délégante doit être mise en mesure de s'assurer du respect de l'ensemble des engagements contractuels de son délégataire.

Ainsi, il incombe à ce dernier de fournir tous documents et informations requis par le délégant portant sur la connaissance du réseau et sur le suivi de l'exploitation du service. Le pouvoir de contrôle des communes et de leurs groupements implique en effet un droit d'information justifiant l'obtention de tous documents nécessaires au contrôle effectif du service délégué.

Egalement, dans le cadre de son obligation de transparence, le délégataire est tenu d'informer la collectivité sur le suivi et l'évolution du service tout au long de la durée du contrat. C'est en application de ce principe et conformément aux articles L. 1411-3, R. 1411-7 et R. 1411-8 du Code général des collectivités territoriales, que le délégataire lui communique chaque année, ses comptes-rendus annuels d'activité.

Absence de remise en cause du pouvoir de contrôle et du droit d'information

Le contrôle exercé par les autorités délégantes n'a pas à cesser du fait de l'évolution législative.

Les réseaux, objets des conventions, étant exploités dans le cadre d'un service public local, il appartient à l'autorité délégante, le SIPPEREC, d'en encadrer l'exercice, conformément aux principes régissant tout service public, à savoir, la continuité du service et l'égalité des usagers devant ce service.

Comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans son avis précité du 25 juillet 1995, les règles de droit public qui s'appliquent aux contrats concernant les réseaux câblés passés dans le cadre d'une délégation de service public, sont indépendantes de celles qui concernent la législation spécifique aux services de communication audiovisuelle. Ces deux instruments juridiques sont autonomes l'un par rapport à l'autre.

Il ne s'agit pas en effet d'imposer à l'opérateur une contrainte qui ne serait pas compatible avec le régime propre à l'activité considérée, mais, pour la collectivité, d'exercer son pouvoir de contrôle d'autorité délégante sur le service délégué et les modalités de sa mise en œuvre (qualité du service, égalité de traitement des usagers ...).

En l'occurrence, de nombreux articles des conventions de concession mettent expressément en œuvre le pouvoir de contrôle et le droit d'information du SIPPEREC.

Tel est ainsi le cas, par exemple, des dispositions relatives au contrôle technique et à la réception des travaux, et, plus largement, au droit de la collectivité de contrôler les renseignements donnés par le concessionnaire tant dans les comptes rendus que dans les comptes d'exploitation remis annuellement en application de l'article L. 1411-3 du Code général des collectivités territoriales.

Le contrôle du SIPPEREC sur son délégataire s'exerce également sur le contenu du service, sur les tarifs, et leur évolution.

✓ **Redevance d'occupation domaniale**

La redevance due par le concessionnaire au titre de l'occupation domaniale par le réseau est fixée en application des dispositions régissant l'occupation des domaines publics par les opérateurs, aujourd'hui issues du décret n° 2005-1676 du 27 décembre 2005, codifié aux articles R. 20-45 et suivants du CPCE.

✓ **Propriété des ouvrages constitutifs du réseau**

Le droit de propriété du SIPPEREC sur les ouvrages constitutifs des réseaux, objets des conventions de concession, est explicitement reconnu aux termes des dites convention.

Ces ouvrages, qualifiés de biens de retour, entrent au fur et à mesure de leur réalisation, dans le patrimoine public de la collectivité délégante.

L'ensemble de ces ouvrages appartient *ab initio* à la collectivité délégante (CE, 22 mars 1985, *Société des autoroutes du Sud de la France*, req. n° 52845, publié au Recueil).

Précisément, ces biens, « *même s'ils ont été acquis ou construits par le concessionnaire, et bien que ce dernier ait sur eux un 'droit exclusif de jouissance', [...] sont considérés comme étant 'dès l'origine' la propriété de la personne publique concédante, qui ne fera, en fin de concession qu'en recouvrer la possession* » (R. Chapus, *Droit administratif général*, T2, Montchrestien, 15^{ème} édition, n°448).

C'est ce qu'a récemment rappelé le Conseil d'Etat dans un avis rendu le 19 avril 2005 (avis de la Section des travaux publics, n° 371234), concernant le service public des remontées mécaniques confiées par convention à un délégataire de service public :

« L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées [...], appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. »

L'entrée, dans le patrimoine public d'une autorité délégante, des ouvrages constitutifs du réseau au fur et à mesure de leur réalisation et de leur affectation au service délégué, constitue donc un principe des concessions.

Comme l'ont confirmé les débats législatifs qui ont présidé à l'adoption de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le régime de la propriété des biens prévu dans les conventions conclues entre les communes ou leurs

groupements et les câblo-opérateurs n'est aucunement remis en cause (séance du 15 avril 2004 au Sénat).

Sur le projet de rapport de l'ARCEP

Le SIPPEREC note avec satisfaction que l'ARCEP conclut que « La continuité des conventions en cours est préconisée par le législateur (...). Seules des modifications à la marge sont donc nécessaires. » (§ 1.2 du projet de rapport).

En revanche, l'Autorité propose, dans son projet de rapport, d'inviter les collectivités à « négocier un allègement voire une suppression de ces sujétions, notamment celles portant sur la validation des plans de service, le contrôle tarifaire ou les redevances indexées sur le chiffre d'affaires ».

Cependant, ce que l'ARCEP qualifie ainsi de « sujétions », constitue les éléments d'identification même d'une délégation de service public, comme elle le relève dans son rapport lorsqu'elle constate que le contrôle de la personne publique sur son cocontractant constitue l'un des critères permettant de caractériser une délégation de service public.

Or, dès lors que la qualification de délégation de service public des conventions, n'est pas affectée par le nouveau cadre légal, ces conventions restent soumises à l'ensemble des règles régissant les délégations de service public, et, en particulier, au droit de contrôle de la collectivité délégante tant sur le contenu que sur l'organisation du service délégué.

III. Garantie de l'utilisation partagée des infrastructures de génie civil

La loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur a modifié l'article 134 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, en y ajoutant, notamment, un deuxième alinéa, introduit en Commission mixte paritaire, ainsi rédigé :

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

III.1. Portée de la garantie d'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil.

Le partage de l'utilisation des infrastructures publiques de génie civil, support des réseaux câblés, ne peut concerner, pour ce qui est des infrastructures déjà établies, que celles présentant à ce jour des disponibilités d'accueil en leur sein.

En effet, s'agissant d'une mise en conformité des conventions en cours, ces modalités ne peuvent avoir pour effet de générer des investissements nouveaux aux fins d'accroître la disponibilité des infrastructures publiques existantes, voire même de créer de la disponibilité pour celles qui aujourd'hui n'en présenteraient aucune. Le projet de rapport de l'ARCEP confirme cette analyse.

La garantie de l'utilisation partagée des infrastructures publiques issue de cet article 134 de la loi du 9 juillet 2004 précitée, dans sa nouvelle rédaction, ne peut ainsi être assimilée à celle prévue aux termes du I de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales, lorsque ceux-ci décident d'établir et d'exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques.

En effet, dans le cadre de l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales, c'est l'objet même de l'intervention des collectivités de « *mettre de telles infrastructures ou réseaux à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants* ».

En revanche, les conventions passées par les communes ou leurs groupements avec les câblo-opérateurs ont pour objet l'établissement de leur réseau câblé en vue de la fourniture des services audiovisuels aux utilisateurs finals.

S'il est classiquement admis (cf. modèles de cahiers des charges établis par le Ministère de l'Intérieur) que l'autorité concédante peut autoriser l'utilisation des capacités disponibles des ouvrages concédés, cette utilisation doit demeurer accessoire au service public concédé auquel ces infrastructures publiques sont affectées en premier lieu et n'avoir aucune incidence sur les biens de retour de la concession.

III.2. Modalités de mise en œuvre

Aucune garantie d'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil ne sera effective, si les collectivités concernées ne sont pas mises en mesure de connaître les capacités réelles de leurs infrastructures.

Or, c'est au délégataire qu'il revient de communiquer tous éléments et, en particulier, tous les plans, nécessaires pour apprécier les disponibilités des infrastructures établies.

Dès lors, le corollaire de la garantie de partage voulue par le législateur, est l'obligation qui doit être imposée au délégataire de produire, pleinement, ces informations.

A cet effet, il conviendrait de préciser ce que le délégataire est tenu de transmettre dans ce cadre, afin de permettre précisément le partage, le cas échéant, des infrastructures disponibles, d'une part, et d'évaluer les éléments du coût d'un tel partage, d'autre part.

En effet, si elles sont dépourvues de telles informations, les collectivités ne pourront en aucune manière assurer une telle utilisation partagée de leurs infrastructures.

Or, seuls les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent autoriser l'occupation accessoire de leurs ouvrages, au titre des pouvoirs qui leur sont conférés pour la gestion de leur patrimoine.

C'est donc aux collectivités et groupements qu'il incombe de déterminer, lorsqu'elle est possible, les conditions de l'utilisation partagée de leurs infrastructures, et, plus particulièrement, les modalités de mise en œuvre techniques, ainsi que les redevances d'utilisation de leurs infrastructures.

Pour ce faire, sachant que les conventions en vigueur ne font pas obstacle à l'utilisation partagée des infrastructures, les collectivités et leurs groupements ont le choix, selon le principe de la libre administration des collectivités territoriales, du mode de gestion des capacités de leurs infrastructures ; ces collectivités et groupements pouvant soit agir directement, soit confier cette mission à un tiers dans le cadre contractuel qu'ils auront retenus selon le cas.

Sur le projet de rapport de l'ARCEP

L'ARCEP souligne, dans le projet de rapport (§ 2.2), que c'est au délégataire de communiquer tous les éléments d'information nécessaires quant à l'emplacement et la capacité réelle des infrastructures du réseau (plans, système d'information géographique).

Le SIPPEREC attend du rapport de l'ARCEP qu'il rappelle au câblo-opérateur que son obligation contractuelle est confortée par la nouvelle disposition législative.

IV. Périmètre des conventions

IV.1. Contenu du service

Les réseaux, objets des conventions conclues en 1998 et 1999, constituent des boucles de desserte permettant de fournir des services de télévision, de télécommunications et d'Internet.

On rappellera que les réseaux câblés constituant un des axes majeurs du développement, sur la boucle locale, de l'ensemble des services à destination du grand public (internet et service téléphonique), comme le soulignait l'Autorité de régulation des télécommunications dès son premier rapport d'activité de l'année 1997, la loi n° 96-659 de réglementation des télécommunications du 26 juillet 1996 avait inséré, dans le Code des postes et télécommunications alors en vigueur, un article L. 34-4 aux termes duquel les conventions d'établissement et d'exploitation des réseaux câblés ne doivent pas comporter de dispositions imposant des restrictions de nature juridique ou technique à la fourniture des services de télécommunications sur les réseaux câblés.

Cette mesure visait à ne pas retarder le développement de la concurrence, ainsi qu'à favoriser la bonne utilisation des réseaux. Le législateur appliquait en cela les directives européennes et, notamment, la directive 95/51/CE du 18 octobre 1995 modifiant la directive 90/388 en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés.

L'Autorité de régulation des télécommunications avait également précisé, dans deux décisions en date du 10 juillet 1997, confirmées par deux arrêts de la Cour d'appel de Paris en date du 28 avril 1998, que ledit article L. 34-4 imposait que ces conventions devaient obligatoirement comporter des dispositions prévoyant les modalités financières de mise à disposition des capacités nécessaires à la fourniture des services de télécommunications ainsi que les adaptations techniques qui doivent être réalisées à cette fin.

C'est pourquoi les conventions de concession du SIPPEREC traitent des modalités encadrant la fourniture des services de télécommunications et d'Internet sur ses réseaux câblés.

IV.2. Principe de mutabilité ou d'adaptabilité du service public

On rappellera, enfin, que toutes les activités de service public, quelles qu'elles soient, sont dominées par les grands principes, au nombre desquels figure notamment le principe de mutabilité.

Le principe de mutabilité ou d'adaptabilité, parfois même dénommé principe de modernisation, signifie que le régime des services publics doit pouvoir être adapté, chaque fois qu'il le faut, à l'évolution des besoins collectifs et aux exigences de l'intérêt général (*Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public*, M. Long, La documentation française, 1999, p. 150).

Ce principe dit également « *d'adaptation* » s'impose au délégataire, et « *l'oblige à constamment adapter le service aux exigences du progrès* » (*Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, O. Raymundie, Le Moniteur, 1995, p. 281).

Dès lors, « *l'exploitant du service doit accepter d'adapter le service aux progrès techniques, d'en moderniser l'exécution et de le maintenir en situation de donner satisfaction aux usagers* » (*Délégation de service public*, Le Moniteur, Contrôles, V.140-2, p. 3, mai 2003).

On indiquera, également, que du principe même d'adaptabilité du service public, découle celui de la mutabilité des contrats, « *véritable principe juridique* », lequel permet, précisément de modifier unilatéralement les contrats de délégation de service public afin de les adapter aux besoins des usagers (G. J. Guglielmi et G. Koubi, précité, p. 429).

En l'occurrence, les conventions ont expressément prévu le cas de l'évolution tant du cadre économique que technique de l'exploitation du réseau.

Ce faisant, le SIPPEREC n'a fait que traduire dans le domaine des communications électroniques, le principe de mutabilité qui s'applique à toutes les activités de service public, quelles qu'elles soient.

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a consacré la vocation des réseaux câblés ainsi établis et exploités par les collectivités territoriales ou leurs groupements, à fournir des services de communications électroniques, en dispensant ces collectivités de la nécessité de constater une insuffisance d'initiative privée pour pouvoir assurer la fourniture de ces services auprès des utilisateurs finals (article L 1425-1, V, CGCT).

Sur le projet de rapport de l'ARCEP

- ✓ ***Sur l'inclusion de la dimension du très haut débit dans le cadre contractuel en vigueur (§ 3.1 du projet de rapport),***

L'ARCEP propose de préconiser « de ne pas comptabiliser parmi les biens de retour les équipements correspondant aux nouveaux investissements ».

Or, comme le SIPPEREC l'a précisé ci-dessus, les réseaux, objet des conventions, dont il est l'autorité concédante, constituent des boucles de desserte permettant de fournir des services de télévision, de télécommunications et d'Internet, depuis l'origine.

Les investissements réalisés en vue de permettre la fourniture de service très haut débit à partir des réseaux câblés s'inscrivent en conséquence dans le cadre de l'adaptabilité du service public en fonction de l'évolution des besoins des usagers et de l'évolution des technologies de communications électroniques. Les services ainsi mis en œuvre sont donc soumis au régime juridique de la convention de délégation de service publique dans laquelle ils s'inscrivent. Les ouvrages établis s'intègrent au réseau et constituent, en conséquence, des biens de retour.

✓ *Sur l'hypothèse d'une intervention dans le cadre de l'article L 1425-1 CGCT (§ 3.2 du projet de rapport)*

L'ARCEP écrit que, s'agissant de l'évaluation des projets très haut débit par la Commission européenne, « les projets limités aux infrastructures de génie civil, et à un degré moindre au déploiement de fibres noires, seront examinés avec davantage de bienveillance que les interventions prévoyant l'établissement de réseaux actifs. »

Le SIPPEREC s'étonne que ce sujet soit abordé par l'ARCEP dans le cadre du rapport, qui lui a été confié par la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, sur la mise en conformité des conventions câble. L'ARCEP admet ainsi que la mise en conformité desdites conventions ne vise pas ce point.

Ensuite, cette affirmation ne se réfère à aucune décision récente de la Commission sur des opérations conduites par des collectivités territoriales dans les conditions de l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales. Elle méconnaît le fait que les réseaux lancés par les collectivités depuis l'introduction de l'article L.1425-1 sont des réseaux actifs.