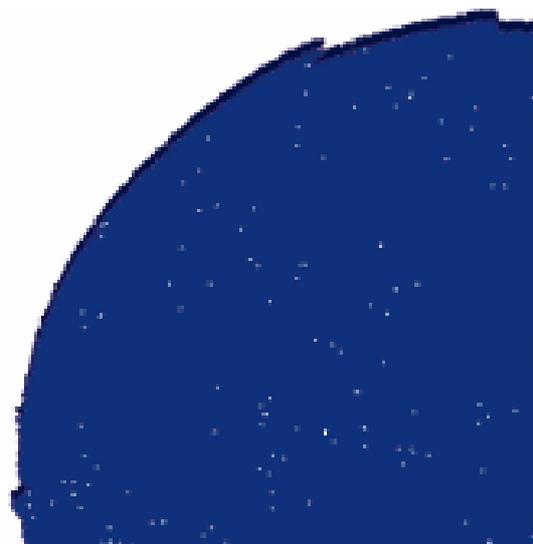


Etude relative aux modalités juridiques de cession et de mise à disposition des autorisations d'utilisation de fréquences de la boucle locale radio

Etude réalisée par Christine Maugué, Conseiller d'Etat, pour le compte de l'ARCEP



La mission d'étude confiée par l'Autorité de régulation des communications électroniques et postales (ARCEP) est destinée à permettre d'apporter des éléments de réponse et des propositions d'analyse à un certain nombre de questions que se pose l'Autorité relativement aux modalités juridiques de cession et de mise à disposition des autorisations d'utilisation de fréquences (ci-après « AUF ») de la boucle locale radio.

Ces questions se posant à propos des autorisations d'utilisation de fréquences détenues par certaines régions, il n'est pas inutile, avant d'examiner les modalités de cession (II) puis de mise à disposition (III) des AUF, de rappeler préalablement les conditions d'exercice par les collectivités territoriales de leurs compétences en matière d'activités de communications électroniques (I).

I – L'exercice par les collectivités territoriales de leurs compétences en matière d'activités de communications électroniques

1.1. Les compétences reconnues aux collectivités territoriales par l'article L 1425-1 du CGCT

L'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, autorise sous certaines conditions les collectivités territoriales et leurs groupements à développer différentes activités de communications électroniques.

Elles peuvent dans ce cadre établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de télécommunications, mettre à la disposition d'opérateurs la capacité nécessaire à l'exercice de leur activité et fournir elles-mêmes, mais dans ce cas sous réserve d'une insuffisance des initiatives privées, des services de télécommunications aux utilisateurs finals.

Cet article se substitue à l'article L. 1511-6 du code général des collectivités territoriales, qui autorisait les collectivités à créer des infrastructures passives de télécommunications, puis à les mettre à disposition des opérateurs de télécommunications.

1.2. Les modes de gestion envisageables

La réponse aux questions posées par l'ARCEP suppose une réflexion préalable sur la qualification du rôle des collectivités territoriales en matière de communications électroniques. Lorsque celles-ci n'exercent pas elles-mêmes les compétences précitées qui leur ont été reconnues par la loi mais les confient à un tiers, quelle nature revêt le contrat conclu avec ce tiers, en postulant que la dévolution de telles compétences prend une forme contractuelle ? S'agit-il d'un marché public, d'une délégation de service public, d'un contrat d'une autre nature ? Peut-il s'agir d'un contrat de partenariat ?

On fera à ce stade trois remarques.

En premier lieu, le fait que les collectivités territoriales se soient vues reconnaître diverses compétences en matière de communications électroniques ne signifie pas nécessairement que dans l'exercice de celles-ci, elles accomplissent une mission de service public. De même, parce que le titre d'une loi ou d'un chapitre d'un code n'a pas a priori de portée normative, il n'est pas possible de conclure mécaniquement que les collectivités territoriales assument toujours un service public local quand elles exploitent un réseau de communications électroniques au motif que cette compétence figure aujourd'hui dans un livre du code général des collectivités territoriales consacré aux « services publics locaux ». En témoigne, d'ailleurs, le fait que l'article 3-14° du code des marchés publics de 2006 a sorti les marchés portant sur la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques du champ d'application du code : cette disposition traduit le fait que, dans ce cas, les collectivités territoriales sont des opérateurs économiques comme les autres, assumant, comme on dit parfois en droit public interne, une gestion privée.

De la même façon, le Conseil d'Etat a récusé, à propos de l'établissement de réseaux câblés pour le compte de communes, le fait qu'il s'agisse toujours d'une activité de service public et a modulé sa réponse en fonction du mode de fonctionnement des réseaux, selon que l'opérateur auquel la commune l'a confié bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par ce réseau et que la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service (Avis n°357781 du 25 juillet 1995, EDCE 1995 p.422).

A cet égard, on rappellera que pour identifier un authentique service public, la jurisprudence a recours à divers indices : le rattachement à une personne publique, l'exercice d'une activité en vue d'un intérêt public et en principe le bénéfice de prérogatives de puissance publique.

En deuxième lieu, les collectivités territoriales qui développent des activités de communications électroniques ont une pratique déjà largement engagée. Elles ne réalisent et ne gèrent pas elles-mêmes les infrastructures et les réseaux de communications mais recourent le plus souvent à un opérateur privé pour ce faire, en passant des marchés publics ou des délégations de service public. Une circulaire du 24 juin 2005 du Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, du Ministre délégué à l'intérieur et du Ministre délégué à l'industrie relative au contrôle de légalité en matière d'aménagement numérique des territoires fait d'ailleurs référence à ces deux modes contractuels pour la gestion par les collectivités territoriales de ces nouvelles activités : le marché de services ou la gestion déléguée. Par ailleurs, le IV de l'article L 1425-1 du CGCT cite la délégation de service public et le marché public comme modes contractuels éligibles à des subventions destinées à compenser l'absence de rentabilité de l'établissement de certains réseaux de télécommunications. Et nombreuses sont les collectivités locales (régions, mais aussi départements, communautés d'agglomération ou syndicats mixtes) qui ont consenti des marchés publics ou des DSP haut débit. On ajoutera que comme le souligne la circulaire interministérielle précitée, le montage juridique que mettent en œuvre les collectivités n'est pas toujours complètement ouvert. En effet, compte tenu du principe, posé au II de l'article L 1425-1 du CGCT, de l'interdiction de cumul entre la délivrance des droits de passage aux opérateurs, réservée à la collectivité, et le statut d'opérateur de télécommunications ouvert par cet article, la voie de la gestion déléguée apparaît dans certains cas préférable à celle du marché public, dès lors que sont en cause des collectivités territoriales ayant une compétence de gestionnaire de voirie (communes, EPCI ou départements).

Pour autant, il n'y a pas lieu d'exclure la solution du recours à un contrat de partenariat, même si celle-ci n'est pas expressément envisagée par l'article L 1425-1 du CGCT¹ ou par la circulaire de 2005. Par une réponse ministérielle publiée au JO du Sénat le 10 août 2006², le Ministre de l'économie a souligné qu'il n'y avait aucune raison d'exclure la solution du recours à un contrat de partenariat en matière de réseaux de télécommunications électroniques, à condition bien entendu que le projet réponde aux conditions juridiques et économiques du recours à cette formule.

En troisième lieu, le nouveau dispositif législatif applicable aux collectivités territoriales en matière de communications électroniques conduit en réalité à distinguer, au sein des compétences de ces collectivités publiques, deux hypothèses :

- celle où certaines de ces compétences traduisent simplement une activité économique (une gestion privée, comme on l'a dit plus haut), qui se déroule dans le champ concurrentiel des communications électroniques ;

- celle, fort différente, où d'autres compétences révèlent une mission de service public (une gestion publique), parce que la collectivité cherche à suppléer une défaillance de l'initiative privée ou à apporter une aide économique à un projet structurellement déficitaire et pourtant nécessaire à la population locale. Cela se traduit notamment, en ce qui concerne les contrats conclus pour confier la gestion des infrastructures et réseaux, par des obligations imposées en termes d'ampleur territoriale du déploiement, de diversité de l'offre de services ou de tarifs proposés aux usagers.

La nature du contrat par lequel une collectivité territoriale confie la réalisation ou la gestion d'infrastructures et de réseaux de communications varie donc en fonction de l'étendue de ce qui est confié par la collectivité à l'exploitant.

1.3. La problématique des autorisations d'utilisation de fréquences détenues par certaines régions

Confrontée au cours de l'année 2004 à un regain d'intérêt des industriels, des fournisseurs d'accès Internet et des opérateurs de télécommunications pour la technologie Wimax, l'ART a décidé de suspendre les attributions de fréquence « au fil de l'eau » puis d'organiser une consultation publique. Celle-ci a abouti à un constat de rareté.

L'étude réalisée en mars 2005 par le Président Labetoulle a par ailleurs montré que les collectivités territoriales peuvent être titulaires d'autorisations d'utilisation de fréquences.

Sur la base de ce constat et de cette étude, l'ARCEP a engagé en septembre 2005 une nouvelle procédure d'attribution des fréquences de la boucle locale radio disponibles dans la bande 3,4 – 3,6 GHz, avec appel à candidatures, sur le fondement des dispositions de l'article L 42-2 du code des postes et communications électroniques (ci-après « CPCE »). La procédure est arrivée à son terme en juillet 2006. Les fréquences ont été attribuées à un échelon régional, ce qui constituait une nouveauté puisque les fréquences étaient jusque là attribuées à un niveau national : ce choix trouvait

¹ La quasi-concomitance des deux textes (l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique) explique le manque de précision de la loi sur ce point.

² Réponse à la question écrite n°23287 de M. Jean Puech, publiée au JO du Sénat du 10 août 2006, p.2121.

sa justification à la fois dans le souci de permettre à des collectivités territoriales de se porter candidates et dans le souhait de l'ARCEP, essentiellement pour des raisons techniques, de ne pas fractionner les fréquences en deçà de l'échelle régionale. Deux opérateurs ont été retenus dans chaque région, 6 conseils régionaux ont pu obtenir une fréquence et la durée des autorisations délivrées est de 20 ans³. L'usage que les régions entendent faire de leur autorisation n'est pas de fournir des services de télécommunications aux utilisateurs finals⁴ mais simplement d'exercer une fonction d'opérateur d'opérateurs, en établissant et gérant une infrastructure et des réseaux de communications électroniques.

Par ailleurs, il s'avère que les régions qui ont obtenu des autorisations d'utilisation de fréquences n'envisagent pas de les exploiter directement. Estimant ne pas avoir la compétence technique pour réaliser elles-mêmes et gérer des infrastructures et réseaux de télécommunications, elles sont déterminées à confier cette exploitation à un opérateur. Ceci suppose, d'une part, qu'elles passent des conventions pour faire réaliser les infrastructures et gérer les services par des collectivités territoriales ou des opérateurs privés, et, d'autre part, qu'elles cèdent ou mettent à disposition les AUF dont elles sont titulaires.

Il en résulte un marché secondaire des fréquences, dont le pouvoir législatif comme le pouvoir réglementaire ont pris acte en reconnaissant expressément la possibilité de céder les autorisations d'utilisation de fréquences (II), sans toutefois envisager expressément leur mise à disposition (III).

Mais il importe de bien distinguer l'exercice de la compétence reconnue aux collectivités locales en matière d'infrastructures de télécommunications, d'un côté, et le fait de détenir une autorisation d'utilisation de fréquences, de l'autre, même si les deux sont étroitement liés. S'il peut y avoir matière à délégation de service public ou marché public, c'est pour l'exercice des compétences dévolues aux collectivités territoriales et non pour déléguer l'AUF. Celle-ci n'est qu'une solution technique parmi d'autres permettant l'exercice de la compétence détenue par les collectivités territoriales en matière d'infrastructures de télécommunications. C'est de ce rapprochement que peut naître le sentiment, erroné, qu'il y aurait une DSP portant sur la cession ou la mise à disposition de l'AUF en tant que telle. En d'autres termes, si, dans une convention de délégation de service public ou un marché public de réseau de communications électroniques, il peut être annexé l'acte de cession ou de mise à disposition d'une AUF, ce dernier peut exister en lui-même au cas où la région a décidé de ne pas faire exploiter par un tiers ses compétences.

II - Sur la cession d'une AUF par une collectivité territoriale

La cession d'une AUF consiste dans le fait, pour son titulaire, de renoncer au droit d'exploiter lui-même la fréquence et de céder ce droit à un cessionnaire. Excepté pour les engagements de déploiement, la cession se traduit automatiquement par le transfert au cessionnaire de tous les droits attachés à la fréquence primaire. En revanche, l'ARCEP dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la répartition entre cédant et cessionnaire des engagements de déploiement, selon l'article R 20-44-9-6 du CPCE.

³ Il s'agit de la durée maximale autorisée par l'article L 42-1 du CPCE.

⁴ Auquel cas elles devraient avoir préalablement constaté, en application du deuxième alinéa de l'article L 1425-1 du CGCT, une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals.

La cession s'articule en pratique en deux phases : un projet de cession répartit entre le cédant et le cessionnaire les droits et obligations découlant de l'autorisation ; si ce projet notifié reçoit l'assentiment de l'ARCEP, celle-ci prend les décisions nécessaires à sa mise en œuvre (abrogation de l'autorisation du cédant et remplacement par une nouvelle autorisation attribuée au cessionnaire, en cas de cession totale ; modification de l'autorisation initiale et délivrance d'une nouvelle autorisation au cessionnaire, en cas de cession partielle).

2.1. - La cession d'une AUF est-elle soumise à des règles spécifiques, en particulier en matière de mise en concurrence ?

Les autorisations d'utilisation de fréquences portent à la fois sur un secteur géographique, sur une fréquence et sur une durée. La cession d'une autorisation d'utilisation de fréquences est prévue par les articles L 42-3 et R 20-44-9-1 et suivants du code des postes et des communications électroniques⁵ (CPCE). Une cession peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle peut ne porter, selon l'article R 20-44-9-1, que « sur une partie de zone géographique sur laquelle porte l'autorisation, ou une partie de fréquence ou des bandes de fréquences objet de l'autorisation, ou une partie de la durée restant à courir de l'autorisation ». Le titulaire d'une AUF peut donc céder une fraction de la fréquence, ou bien la fréquence sur une partie du territoire (par exemple une radio locale qui estime qu'un secteur géographique n'est pas rentable), ou encore l'autorisation pour une durée restant à courir jusqu'à la fin de la période pendant laquelle il exploite encore le service. La combinaison de ces cessions partielles n'est pas possible dans tous les cas : le ministre chargé des communications électroniques fixe par arrêté la liste des fréquences ou bandes de fréquences dont les autorisations peuvent faire l'objet d'une cession (articles L 42-3 et R 20-44-9-1 du CPCE).

La directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (dite « directive cadre »), qui autorise l'organisation d'un marché secondaire des fréquences afin d'assurer un meilleur fonctionnement du marché des communications électroniques, n'impose pas de procédure de publicité : son article 9.4 se contente d'imposer aux autorités réglementaires nationales de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée du fait de telles transactions. Les règles du CPCE n'imposent pas non plus au titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences de respecter des règles particulières de publicité préalablement à la cession d'une AUF, y compris si l'attribution des fréquences a été précédée d'une procédure d'appel à candidatures en application de l'article L 42-2 du CPCE. Même si l'on se trouve dans un contexte de rareté qui a justifié le recours à une procédure d'appel à candidatures préalablement à l'attribution des fréquences (par opposition à l'attribution des fréquences « au fil de l'eau »), la cession d'une AUF n'a donc pas, en tant que telle et selon les prescriptions du droit positif, à être précédée d'une procédure de publicité ou de mise en concurrence.

⁵ Tels qu'issus du décret n°2006-1016 du 11 août 2006 relatif aux cessions d'autorisations d'utilisation de fréquences.

Le CPCE impose seulement deux formalités pour pouvoir procéder à la cession d'une autorisation:

- le projet de cession doit être notifié à l'ARCEP.

- une autorisation expresse de l'ARCEP est nécessaire dès lors que sont en cause des autorisations délivrées à la suite d'une procédure de l'article L 42-2 ; dans les autres cas, l'ARCEP dispose d'un simple pouvoir d'opposition, dans un délai de six semaines.

Pour comprendre le mécanisme de la cession d'une AUF, ce transfert doit être impérativement déconnecté de la question de l'exercice par la collectivité titulaire de ses compétences en matière de communications électroniques. A cet égard, deux cas de figure sont susceptibles de se présenter :

- la collectivité, en l'occurrence la région, peut tout d'abord décider de ne pas mettre en œuvre sa compétence en matière de communications électroniques. Dans ce cas, la cession de l'AUF sera concomitante à une décision de renonciation de la collectivité à l'exercice de sa compétence⁶. Ce cas semble ne pas être rare : les régions se sont portées candidates lors de l'appel à candidatures pour les fréquences de la boucle locale radio afin d'obtenir une fréquence pour jouer un rôle de chef de file et permettre à d'autres collectivités de taille plus petite d'accéder au marché des fréquences. Ce faisant, les régions ont cherché à fluidifier le marché des fréquences secondaires mais sans jamais avoir eu l'intention d'exercer elles-mêmes les compétences que leur reconnaît l'article L 1425-1 dans le domaine des communications électroniques.

- la collectivité peut ensuite souhaiter exercer sa compétence en matière de communications électroniques mais ne veut pas exploiter la fréquence elle-même. Elle va donc s'adresser à d'autres exploitants et/ou opérateurs, le cas échéant des collectivités territoriales, pour leur demander de gérer eux-mêmes les infrastructures et les réseaux permettant l'exploitation de la fréquence. Elle va à cette fin passer un marché public de service ou une délégation de service public, en fonction à la fois de l'objet du contrat (impose-t-il des obligations et sujétions qui sont de nature à faire regarder l'activité comme étant une activité de service public ?) et du mode de rémunération retenu (rémunération par un prix ou rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation). La solution du recours à un contrat de partenariat n'est pas non plus à exclure.

La cession d'une AUF n'est donc, en tant que telle, soumise à aucune procédure de publicité. Mais il pourra incomber à la collectivité territoriale qui cède l'AUF de passer une procédure de marché public ou de délégation de service public si elle décide de continuer à exercer sa compétence en matière de communications électroniques tout en recourant à un opérateur pour réaliser et gérer les infrastructures et les réseaux de communications pour elle, opérateur auquel elle cédera sa fréquence. Il est vrai que la logique d'une cession d'AUF, qui conduit le titulaire à céder son droit à un cessionnaire et le prive de toute prise sur la fréquence, s'accommode relativement mal de la passation d'un marché ou d'une délégation de service public, contrats qui traduisent tous deux la volonté de la collectivité de continuer à exercer sa compétence en matière de communications

⁶ Cette décision de renonciation sera rarement formalisée et n'a d'ailleurs pas besoin de l'être, dans la mesure où les autres collectivités territoriales disposent de toute façon de la même compétence en matière de communications électroniques, en vertu de l'article L 1425-1 du CGCT, et où la compétence des opérateurs privés résulte simplement de leur objet social. Il en résulte que le seul acte formalisé qui sera pris sera la décision de cession d'AUF. C'est de cette circonstance qu'a pu naître l'idée que les cessions d'AUF devaient être précédées d'une mise en concurrence.

électroniques. A cet égard, la mise à disposition de la fréquence permet de mieux préserver les facultés d'intervention de la collectivité délégante. Néanmoins rien ne fait obstacle, en droit, à ce qu'il y ait cession d'AUF au titulaire d'un marché public ou à un délégataire de service public. Dans ce dernier cas, il y aura place pour une procédure de mise en concurrence mais celle-ci trouve son origine dans le choix de gestion fait par la collectivité territoriale et non dans le fait qu'il y a cession d'une AUF : l'AUF est un titre d'occupation qui n'est que l'accessoire du marché public ou de la convention de délégation de service public qui est conclu. En outre, si mise en concurrence il doit y avoir, le principe et les modalités de cette mise en concurrence ne relèvent que de la responsabilité des collectivités territoriales et non de celles de l'ARCEP.

On terminera ce développement par trois remarques finales.

En premier lieu, il existe des limites à la possibilité de céder librement une autorisation d'utilisation de fréquences. L'ARCEP a un pouvoir d'opposition ou de refus d'approbation, encadré par le pouvoir réglementaire. Les motifs de refus sont énumérés à l'article 9.3 de la directive cadre et à l'article R 20-44-9-5 du CPCE. On constate qu'y figure « l'atteinte aux conditions de concurrence effective pour l'accès au spectre radioélectrique ou son utilisation »⁷. Le rôle de l'ARCEP, qui a le pouvoir de s'opposer à une cession et doit même, dans certains cas, donner son approbation, consiste précisément à vérifier que la cession n'est pas susceptible d'entraîner une situation anticoncurrentielle, ce qui serait le cas si le cessionnaire éventuel, en position dominante sur le marché, se trouvait en situation d'abuser de cette position. A cet égard, on remarquera que le Conseil d'Etat n'a pas hésité, dans sa décision du 30 juin 2006 relative au refus de l'ARCEP d'abroger les autorisations attribuées à une société (la société Altitude, qui a fait l'objet d'une prise de contrôle par une filiale du groupe Iliad), à vérifier que le refus d'abrogation de l'AUF détenue par cette société ne conduisait pas cette dernière à abuser d'une position dominante⁸.

En deuxième lieu, la circonstance qu'il soit procédé à des cessions partielles de fréquences ne paraît pas être une source de difficulté d'un point de vue juridique. Le fractionnement de l'autorisation d'utilisation de fréquences conduit certes à un démembrement de l'autorisation, mais le contenu de celle-ci ne pourra pour autant être remis en cause. En d'autres termes, la cession de l'autorisation ne pourra conduire à ne pas respecter d'une part les conditions d'utilisation fixées dans l'autorisation, notamment dans ses annexes, d'autre part les engagements souscrits par la collectivité locale dans son dossier de candidature. Sans doute le fractionnement de l'autorisation rendra-t-il plus difficile le contrôle de l'exécution de ces conditions et engagements – sur qui pèsera l'obligation de les respecter ? qui sera responsable en cas de non respect de ces engagements ? - . Mais il s'agit d'un aspect technique qui ne peut conduire à remettre en cause le fait que l'autorisation, même cédée de façon partielle ou ayant fait l'objet de plusieurs cessions partielles, reste la même et doit continuer à s'exécuter dans les mêmes conditions.

En troisième et dernier lieu, on est d'avis que la nature des personnes (personne publique ou privée) auxquelles la cession est envisagée n'a aucune incidence sur la réponse. Ainsi que le soulignait le Président Labetoulle dans son étude, les collectivités locales ne peuvent se prévaloir d'aucune priorité ni d'aucune préférence en cas de candidatures concurrentes pour l'attribution de fréquences primaires. Cela montre que les collectivités locales sont des opérateurs économiques comme les autres sur le marché des fréquences. Elles peuvent de la même façon se porter candidates pour

⁷ Il s'agit du 3° de l'article R 20-44-9-5.

⁸ CE, 30 juin 2006, Sté Neuf Telecom SA, n°289564, précité.

l'attribution d'une fréquence secondaire, sans bénéficier davantage d'une priorité ni d'une préférence et sans que leur candidature soit soumise à une procédure de publicité qui ne s'impose pas pour les opérateurs privés.

2.2. - Une collectivité territoriale peut-elle céder son autorisation d'utilisation de fréquences BLR à une personne privée ou à une personne publique à titre gracieux ou pour un € symbolique ?

Les AUF ont été attribuées après comparaison des engagements des candidats sur trois critères de sélection : la contribution du projet au développement territorial du haut débit, l'aptitude du projet à favoriser la concurrence sur le marché du haut débit au bénéfice des utilisateurs et le montant de la redevance que le candidat s'engage à payer. Ces critères étaient pondérés à hauteur d'un tiers chacun. Les engagements des candidats retenus ont été repris en tant qu'obligations dans l'annexe de leur autorisation d'utiliser les fréquences de la boucle locale radio.

Les régions qui ont obtenu des autorisations d'utilisation de fréquences les ont toutes obtenues pour un € symbolique. Les régions ont eu une position de principe consistant à refuser de verser une redevance pour l'attribution d'une bande de fréquences. Si leur projet a pu être sélectionné, c'est donc parce qu'il était suffisamment performant au regard des deux autres critères de sélection fixés par l'ARCEP.

La question se pose de savoir si les régions ont la faculté ou au contraire l'obligation, voire l'interdiction, de céder ces autorisations pour un € symbolique.

Une autorisation d'utilisation de fréquence de la boucle locale radio constitue juridiquement un titre d'occupation du domaine public⁹ assorti d'une autorisation d'exercer une activité économique. Cette autorisation revêt une valeur patrimoniale pour son titulaire dans la mesure où elle est rare car contingentée, ainsi que l'a considéré le Conseil constitutionnel à propos des autorisations d'utilisation de fréquence pour le déploiement de la téléphonie mobile UMTS (CC, déc.n°000-442 DC du 28 décembre 2000, rec. 2000 p.211¹⁰). Elle constitue pour cette raison une décision qui crée des droits au profit de son titulaire (CE, 30 juillet 2006, Société Neuf Telecom, n°289564, à paraître au recueil Lebon¹¹), alors qu'une jurisprudence traditionnelle réaffirme le caractère précaire et révocable de toute autorisation d'occupation du domaine public¹².

L'Etat, en organisant un marché secondaire des fréquences, a ainsi créé un marché dont l'importance est considérable. L'une des conséquences immédiates est la nécessité, pour tout

⁹ Aux termes de l'article L 2111-17 du Code général de la propriété des personnes publiques, « Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'Etat ». Il s'agit d'un cas d'appartenance au domaine public par détermination de la loi. La modification apportée à la définition du domaine public par le nouveau Code général de la propriété des personnes publiques est dès lors restée sans incidence sur la délimitation du domaine public hertzien.

¹⁰ La décision relève que : « Ces autorisations confèrent à leur bénéficiaire, dès leur intervention, un avantage valorisable ».

¹¹ Cette décision relève que : « compte tenu notamment des sujétions qu'elles imposent et des conditions limitatives dans lesquelles elles peuvent être retirées, les AUF délivrées par l'ARCEP, même si elles ont notamment pour effet de permettre l'utilisation du domaine public hertzien, créent des droits au profit de leurs titulaires ».

¹² Le Conseil d'Etat n'a fait en cela que confirmer sa jurisprudence relative aux décisions du CSA en matière d'attribution de fréquences sur la bande FM : CE, Section, 10 octobre 1997, Société Strasbourg FM, rec.p.355.

détenteur d'autorisation, de la porter à l'actif de son bilan, et de le faire à une valeur qui ne soit pas seulement celle résultant des coûts d'acquisition, mais celle résultant de l'observation des prix du marché.

Le décret du 11 août 2006 a fixé, en application de l'article L 42-3 du CPCE, les conditions dans lesquelles l'ARCEP peut s'opposer à la cession envisagée ou l'assortir de prescriptions destinées à assurer le respect des objectifs mentionnés à l'article L 32-1 ou la continuité du service public. On constate que les motifs financiers ne figurent pas au nombre des motifs, énumérés à l'article R 20-44-9-5 du CPCE, de refus de cession. Pour autant, ceci ne préjuge pas des motifs qui peuvent guider le titulaire d'une AUF lorsqu'il s'apprête à céder son autorisation.

Plusieurs éléments sont à prendre en considération, qui jouent dans des sens différents :

- en premier lieu il existe un principe général qui interdit aux personnes publiques d'aliéner leurs biens moyennant un vil prix, et un principe plus général de prohibition des libéralités. Ce principe revêt un caractère constitutionnel. Par ailleurs l'octroi d'aides par les collectivités locales fait l'objet d'un encadrement assez strict fixé par le législateur aux articles L 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. Il existe aussi un encadrement communautaire des aides publiques, qui oblige l'Etat français à notifier à la Commission européenne les projets d'aides ou de régimes d'aides que les collectivités territoriales et leurs groupements souhaitent mettre en œuvre, sous réserve de leur compatibilité avec les stratégies de développement de l'Etat (article L 1511-1-1 du CGCT). Il n'y a pas de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes sur les cessions d'immeubles gratuites ou pour un € symbolique, mais la Commission européenne a eu l'occasion de prendre position dans une communication interprétative 97/C-209/03 du 10 juillet 1997 : les ventes ou les mises à disposition de terrains et de bâtiments par les collectivités publiques à des entreprises en deçà des conditions du marché constituent des aides d'Etat a priori incompatibles avec le marché commun qui, en toute hypothèse, doivent être notifiées à la Commission avant leur attribution sauf si l'avantage concurrentiel est minime (application du principe « de minimis ») ou s'il tend à compenser des obligations de service public mises à la charge de l'entreprise aidée.

Il convient en outre de tenir compte de ce qu'il existe des dispositions législatives spéciales, au IV de l'article L 1425-1 du CGCT, qui envisagent deux types de soutien distincts des collectivités territoriales dans le domaine des communications électroniques : soit des subventions accordées dans le cadre de marchés publics ou de délégations de service public, pour compenser des obligations de service public, soit une mise à disposition à des opérateurs d'infrastructures ou réseaux de communications électroniques à un prix inférieur à leur coût de revient, selon des modalités transparentes et non discriminatoires. Ce faisant, le législateur a dérogé au régime général fixé par les articles L 1511-1 et suivants du CGCT, mais ces dispositions législatives doivent être compatibles avec le droit communautaire. Le juge administratif est amené à contrôler l'application de ces dispositions (TA Montpellier, 30 septembre 2005, Association Contribuables de l'Hérault, AJDA 2006, p.1346, à propos de subventions accordées en vue de compenser des obligations de service public : le juge a examiné si la subvention accordée satisfaisait aux conditions posées par la jurisprudence Altmark de la CJCE¹³).

¹³ CJCE, 24 juillet 2003, Altmark, C-280/00, AJDA 2003 p.1739, note S.Rodrigues.

Il résulte de ces règles et principes que la prohibition de la cession ou l'achat d'un bien public en deçà de sa valeur joue si l'acheteur ou le locataire est une « entreprise » au sens du droit communautaire, c'est-à-dire le cas échéant une personne publique exerçant une activité économique, ou une « personne poursuivant des fins d'intérêt privé » au sens du droit constitutionnel : dans ce cas, la participation publique est qualifiée d'aide d'Etat. En revanche lorsque l'acheteur ou le locataire est une personne publique ou une personne privée poursuivant en tout ou partie une mission de service public et/ou des fins d'intérêt général, aucune protection constitutionnelle spécifique ni prohibition n'existe, y compris en droit communautaire, pour d'éventuelles cessions ou locations de biens locaux à titre sinon gratuit, du moins à un prix symbolique dès lors que ces cessions ou locations sont justifiées par des motifs d'intérêt général et comportent des contreparties suffisantes : « la cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé, lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comprend des contreparties suffisantes » (CE, Section, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles, rec.p.391 : en l'espèce légalité de la cession à une entreprise pour un franc symbolique d'une parcelle du domaine privé de la commune en contrepartie de la promesse de l'entreprise de créer 5 emplois en trois ans et de payer 36000 F au cas où elle ne tiendrait pas cette promesse). Ces conditions peuvent être regardées comme correspondant à la notion communautaire de compensation d'obligations de service public.

On pourrait, il est vrai, hésiter à considérer que ce principe s'applique au cas d'espèce, alors qu'est en cause la cession non d'un bien mais d'un droit. Mais, au plan juridique, il n'y a pas de différence entre un bien et un droit. Le code général de la propriété des personnes publiques le constate dans son premier article, qui énonce que les personnes publiques acquièrent des biens et des droits, à caractère mobilier ou immobilier (article L 1111-1 du CG3P). Les droits sont, tout autant que les biens, la source d'un droit de propriété. Ils bénéficient dès lors de la protection attachée à la propriété des personnes publiques.

- en deuxième lieu peut-on admettre qu'une collectivité locale cède à titre onéreux une autorisation qu'elle a elle-même obtenue de façon gracieuse pour un € symbolique ?

En accordant les AUF, l'Etat a créé de la valeur. Ces autorisations ont une valeur économique, de la même façon qu'un certain nombre d'autorisations administratives (autorisations de stationnement pour l'exercice de la profession de taxi, licences de pharmacie, licences de débits de boissons ou de tabac, concessions d'emplacements sur un marché d'intérêt national, etc...). Cet avantage est valorisable, comme l'a considéré le Conseil constitutionnel à propos des AUF pour le déploiement de la téléphonie mobile UMTS. Mais n'est-il pas choquant qu'une région puisse valoriser un avantage acquis pour une somme symbolique ? Est-ce qu'une telle cession ne constituerait pas une forme d'enrichissement sans cause ?

- en troisième lieu, n'est-il pas également choquant d'admettre que puisse être cédée à titre gracieux une autorisation détenue par une collectivité locale, alors que la même autorisation, lorsqu'elle a été obtenue par des opérateurs privés, l'a été moyennant le versement de sommes conséquentes ? Si l'on admet qu'une telle cession gratuite est possible, la conséquence en est qu'un même opérateur privé, selon qu'il aura répondu à l'appel à candidatures lancé par l'ARCEP ou aura obtenu la cession d'une autorisation de fréquences détenue par une collectivité locale, devra, dans le

premier cas, payer des sommes parfois très élevées (jusqu'à plusieurs millions d'€ dans certaines régions) et pourra, dans le second cas, obtenir l'autorisation pour un € symbolique.

La conciliation de ces différents éléments s'avère possible si l'on se concentre sur l'objet même de la cession:

- s'il s'agit d'une cession qui n'impose pas de sujétion particulière d'intérêt général en matière de déploiement (fréquence cédée venant en surplus des fréquences conservées par la collectivité pour assurer le service public local, par exemple), alors elle doit être payante, y compris si le cessionnaire est une collectivité locale. Il n'existe pas, dans ce cas, de contrepartie d'intérêt général suffisante qui justifie que la cession soit effectuée à titre gratuit.

- si, au contraire, il s'agit d'une cession qui impose des sujétions d'intérêt général importantes (obligations de déploiement et de catalogue de services, contraintes imposées sur les tarifs aux usagers, etc...), elle peut (mais ceci n'est pas une obligation) être gratuite. Il existe dans ce cas une contrepartie suffisante en termes d'intérêt général. On précisera que ces sujétions particulières peuvent résulter soit de l'autorisation d'utilisation de fréquences elle-même, soit des prescriptions dont est assortie l'approbation du projet de cession, en application de l'article R 20-44-9-6 du CPCE. Pourront certainement être considérées comme des cessions imposant de telles sujétions d'intérêt général, les cessions d'autorisations attribuées en vue de l'exercice d'un service public et qui conditionnent sa continuité ou son existence, ou encore les cessions qui, portant sur un périmètre géographique donné, transfèrent au cessionnaire, à l'échelle de ce territoire, l'ensemble des engagements souscrits par la région et repris dans l'AUF initiale (exemple de la cession partielle par le Conseil régional d'Alsace de son AUF au conseil général du Haut-Rhin, approuvée par l'ARCEP le 23 novembre 2006). Dans ce dernier cas, la collectivité répercute sur l'opérateur les obligations inscrites à son égard dans sa fréquence de BLR. La reprise des engagements de déploiement attachés à la fréquence constitue alors un élément essentiel de la légalité d'une cession gratuite.

On ajoutera qu'il faut sans doute se garder d'avoir une approche binaire qui opposerait de façon trop schématique les cessions selon qu'elles sont ou non assorties de sujétions d'intérêt général. Toute cession d'AUF impose des sujétions en matière de déploiement ou de fourniture de services, même lorsqu'elle porte sur une bande de fréquence intrinsèquement rentable (sur une zone fortement urbanisée, par exemple). Mais il existe une gradation dans l'intensité des obligations d'intérêt général qui sont imposées, ces obligations devenant de plus en plus contraignantes au fur et à mesure que la rentabilité intrinsèque de l'exploitation de la fréquence diminue. La comparaison, sur un même périmètre géographique, d'une AUF délivrée à une région et d'une AUF délivrée à un opérateur privé permet de saisir cette différence, qui est davantage une différence d'intensité que de nature.

Pour résumer, nous parvenons à la conclusion suivante :

- les cessions d'AUF sont en principe payantes dans la mesure où la délivrance d'une AUF ouvre, pour la durée de l'autorisation, un droit d'occupation des fréquences et confère à son bénéficiaire, dès son intervention, un avantage valorisable ;

- dans la mesure où d'importantes sujétions d'intérêt général, notamment en matière d'engagement de déploiement et de fourniture de catalogue de services, sont toujours attachées aux

fréquences délivrées aux régions puisque c'est en raison de l'existence même de ces engagements que leur candidature a pu être retenue alors qu'elles s'étaient refusées à payer une redevance autre que symbolique, la cession pure et simple par une région de l'intégralité de sa fréquence pourra toujours justifier une cession gratuite. La cession ne devra nécessairement revêtir un caractère onéreux que dans l'hypothèse où la cession partielle ne concernerait qu'une partie du territoire sur laquelle ne pèserait aucune sujétion contraignante d'intérêt général ;

- même si les conditions d'une cession gratuite sont remplies, la gratuité n'est pas une obligation, mais une simple faculté.

2.3. - Dans quelle mesure une collectivité territoriale pourrait-elle céder partiellement son autorisation d'utilisation de fréquences, sur une partie du territoire à titre gracieux (à une personne publique), et sur l'autre partie du territoire pour un montant conséquent (à un opérateur privé) ?

L'ARCEP s'interroge sur la faculté pour une collectivité territoriale de céder son AUF pour une partie du territoire à titre gracieux et pour l'autre partie du territoire à titre onéreux. L'hypothèse d'un traitement différencié selon les parties du territoire, sur une zone géographique donnée, en ce qui concerne le caractère onéreux ou non de la cession ne pose-t-elle pas un problème en termes d'atteinte au principe d'égalité ?

Les conclusions auxquelles on est parvenu au 2.2 ci-dessus permettent de formuler une réponse. Selon que la cession impose ou non des sujétions particulières d'intérêt général, elle revêtira ou non un caractère onéreux. Il n'y a pas de raison de considérer que sur une même portion du territoire couvert par une AUF, il n'y a place que pour des cessions gratuites ou, à l'inverse, que pour des cessions payantes. Il s'agirait d'une réponse trop monolithique et qui ne prendrait pas en compte l'objet même de la cession, alors que cette considération est déterminante pour apprécier si la cession peut avoir un caractère gratuit ou non.

2.4. - Une collectivité territoriale peut-elle céder partiellement son autorisation d'utilisation de fréquences et mettre à disposition le reste de son autorisation ?

On ne voit pas ce qui, en droit, ferait obstacle à la coexistence, sur le périmètre géographique sur lequel porte l'AUF initiale, d'un mélange de cession et de mise à disposition. Dès lors que le principe de la scission des autorisations d'utilisation de fréquence est admis (et c'est bien ce que fait l'article R 20-44-9-1 lorsqu'il indique que la cession d'une autorisation peut être totale ou partielle), il n'y a aucune raison de considérer que l'autorisation initiale ne peut être que cédée, même de façon partielle, ou mise à disposition.

III - Sur la mise à disposition de fréquences par une collectivité territoriale

La mise à disposition d'une fréquence vise à permettre au titulaire de confier à un tiers l'exploitation de tout ou partie de ses droits sur la fréquence sans pour autant y renoncer définitivement comme dans le cadre d'une cession. Les obligations attachées à la fréquence demeurent, vis-à-vis de l'ARCEP et des tiers, du seul ressort de son titulaire.

3.1. - Sur la forme du contrat de mise à disposition et sur les modalités de passation

a) L'ARCEP se demande sous quelles formes contractuelles pourrait être conclue une mise à disposition de fréquences par une collectivité territoriale à un opérateur exploitant un réseau ou fournissant un service de communications électroniques. Elle envisage différentes hypothèses : DSP, marché public, convention d'occupation du domaine public, contrat de partenariat, location, autres... Elle se demande également à quelles conditions choisir telle ou telle forme contractuelle.

On fera à ce stade deux remarques.

La première remarque est que la mise à disposition, dite aussi « location » des fréquences¹⁴, n'est pas prévue par les articles R 20-44-9-1 et suivants du CPCE, qui ne traitent que des cessions d'AUF. Cette forme de transfert des droits d'exploitation de la fréquence a pourtant été envisagée très tôt par l'ARCEP. Elle est ainsi évoquée par l'Autorité dans sa décision n°05-0646 arrêtant les modalités de la procédure d'attribution qui s'est achevée en juillet 2006, comme étant un moyen adéquat de fluidifier le marché secondaire des fréquences pour des projets sur une zone de couverture qui s'avérerait trop réduite. Et dans les autorisations de fréquences délivrées à cette date, la possibilité a été expressément reconnue à leurs titulaires de procéder à la mise à disposition partielle ou totale des fréquences.

Cette interprétation peut s'appuyer sur la lettre de l'article L 1425-1 du CGCT, qui reconnaît aux collectivités territoriales et à leurs groupements la possibilité de mettre des infrastructures ou réseaux de télécommunications à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants. Dans la mesure où la faculté reconnue aux collectivités locales de bénéficier d'une AUF est fondée principalement sur les dispositions de l'article L 1425-1 du CGCT, qui reconnaissent aux collectivités la possibilité d'établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et réseaux, il est logique d'admettre que ces collectivités peuvent mettre à disposition, en même temps que les infrastructures ou les réseaux, l'AUF qui permet d'en assurer l'exploitation.

La seconde remarque est qu'il convient, comme pour le cas de la cession de fréquences, de déconnecter la question de la mise à disposition d'une fréquence de celle de l'exercice par les collectivités territoriales de leurs compétences en matière de communications électroniques. La mise à disposition d'une fréquence donnera généralement (mais pas nécessairement) lieu à un contrat pour formaliser l'accord du titulaire et du bénéficiaire de la mise à disposition. Mais ce contrat, pris en tant que tel, s'analyse comme une simple convention d'occupation du domaine public puisque, comme on l'a rappelé ci-dessus, les fréquences radioélectriques relèvent du

¹⁴ Le mot « location » est employé dans les dispositions de l'annexe, partie B, VIII- 2 de la décision de l'Autorité n°2005-0646 du 7 juillet 2005.

domaine public de l'Etat. Distincte, en revanche, est la question de savoir comment la collectivité titulaire d'une AUF et qui entend louer sa fréquence souhaite exercer les compétences qui lui sont reconnues par l'article L 1425-1 du CGCT et qui ont justifié qu'une fréquence lui soit attribuée.

Là encore il convient, comme pour les cessions de fréquence, de distinguer deux hypothèses:

- la collectivité, en l'occurrence la région, peut décider de ne pas mettre en œuvre sa compétence en matière de communications électroniques. Dans ce cas la mise à disposition de l'AUF sera concomitante à une décision de renonciation de la collectivité à l'exercice de sa compétence¹⁵. Mais une telle hypothèse sera sans doute relativement rare : dans la mesure où la logique d'une mise à disposition de fréquence est que le titulaire de l'AUF reste juridiquement responsable, elle s'accommode mal de la renonciation à l'exercice de toute compétence en matière de communications électroniques.

- la collectivité souhaite mettre en œuvre sa compétence en matière de communications électroniques mais ne veut pas exploiter la fréquence elle-même. Elle va donc s'adresser à d'autres opérateurs, le cas échéant des collectivités territoriales, pour leur demander de gérer eux-mêmes les infrastructures et les réseaux permettant l'exploitation de la fréquence. Elle va à cette fin passer un marché public de services ou une délégation de service public, voire un contrat de partenariat, en fonction de l'objet du contrat et du mode de rémunération retenu, et mettra sa fréquence à la disposition du titulaire du marché public ou de la DSP ou du contrat de partenariat. Dans la mesure où les AUF délivrées aux régions mettent à la charge de ces dernières des obligations en matière d'ampleur territoriale du déploiement, de fourniture de services ou de développement de la concurrence sur le marché de l'accès haut débit, ces collectivités seront assez naturellement enclines, lorsqu'elles mettront tout ou partie de leur fréquence à disposition d'un tiers, à lui imposer de respecter ces obligations à l'échelle du périmètre objet de la mise à disposition.

b) L'ARCEP s'interroge également sur les règles de passation respectives des contrats envisagés. Elle se demande quelles sont ces règles et si elles sont compatibles avec les exigences posées à l'article L. 1425-1 du CGCT (principe d'égalité et de libre concurrence, objectivité, transparence, non discrimination et proportionnalité).

On remarque que si les AUF délivrées en juillet 2006 prévoient la possibilité d'une mise à disposition des fréquences, elles n'imposent aucune procédure spécifique pour la délivrance de ces mises à disposition. La location de fréquences n'est, pas davantage que la cession, soumise par les textes à une procédure de publicité ou de mise en concurrence. Rien ne paraît donc s'opposer à ce que la mise à disposition d'une fréquence entre collectivités intervienne de gré à gré, au même titre que pour les cessions. Mais cette réponse ne tient pas compte du fait que la mise à disposition accompagne une décision prise par la collectivité locale en ce qui concerne la gestion de ses compétences en matière de communications électroniques.

¹⁵ Décision qui, encore une fois, ne sera pas nécessairement formalisée puisqu'elle n'est utile ni en tant qu'elle concernerait d'autres collectivités locales, celles-ci disposant de la même compétence que les régions en matière de communications électroniques en vertu de l'article L 1425-1 du CGCT, ni en tant qu'elle concernerait des opérateurs privés, la question essentielle étant pour eux de savoir si l'exercice d'activités dans le domaine des communications électroniques rentre dans leur objet social.

Dès lors, la réponse peut être formulée dans les termes suivants, là encore en prenant soin de déconnecter la question de l'exercice de leurs compétences par les collectivités locales de celle de la mise à disposition d'une fréquence:

- si le contrat confiant la réalisation et la gestion des infrastructures et réseaux est analysé comme un marché public, il n'aura à être précédé d'aucune mise en concurrence, en vertu de la disposition de l'article 3 14° du code des marchés publics de 2006 (entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006). Le code des marchés publics de 2006 a en effet introduit une disposition qui exempte de l'application des dispositions du code les marchés ayant pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques (article 3 14°). Cette disposition tire les conséquences de la sortie du secteur des télécommunications, aujourd'hui complètement libéralisé, du champ des directives marchés publics. Il en résulte que les collectivités qui entendraient attribuer la réalisation et l'exploitation de leurs infrastructures de communications par le biais d'un marché public ne seraient assujetties à aucune règle pour l'attribution de ce marché¹⁶ ;

- si le contrat est un contrat de partenariat, il devra être précédé de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue aux articles L 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 ;

- si le contrat est une délégation de service public, il devra être précédé de la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue aux articles L 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

- si le contrat se borne à mettre à disposition une fréquence (ce qui correspond à l'hypothèse où la collectivité renonce à exploiter, même indirectement, la fréquence et se contente de louer l'autorisation dont elle est titulaire, afin de valoriser cet avantage), il s'analyse alors comme une simple convention d'occupation du domaine public. Dans ce cas il n'existe pas de règles générales de procédure qui soient applicables à la passation du contrat. Néanmoins des contraintes résultent du droit de la concurrence. On constate, d'une part, que le Conseil de la concurrence a rappelé, dans un avis du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, que les règles de la concurrence s'appliquent à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de service sur le domaine public. Il en a déduit que la personne propriétaire ou gestionnaire du domaine public doit, d'une part, faire précéder la délivrance d'autorisations domaniales à des opérateurs économiques d'une publicité préalable afin d'informer les opérateurs susceptibles d'être intéressés et, d'autre part, écarter a priori toute clause conférant une exclusivité d'installation et fixer une durée brève pour les autorisations. Ceci conduit à préconiser, dès lors que le contrat est un simple contrat d'occupation du domaine public, de faire précéder la passation du contrat d'un avis de publicité préalable pour permettre d'assurer l'information des opérateurs économiques potentiels. La collectivité, comme l'ARCEP, doivent, d'autre part, s'assurer que, de la même façon que pour une cession, l'acte de mise à disposition ne produit pas des effets anticoncurrentiels (voire supra).

¹⁶ Eu égard aux incertitudes sur la portée exacte des nouvelles dispositions du code des marchés publics, et dans l'attente d'une prise de position de la jurisprudence, il sera prudent de faire précéder l'attribution de marchés tendant à la construction de réseaux d'une procédure de mise en concurrence.

3.2. - Sur l'hypothèse d'une mise à disposition dans le cadre d'une délégation de service public

Dans les questions posées ci-dessous, l'objet du contrat de DSP envisagé porte sur la construction et l'exploitation d'infrastructures haut débit afin de mettre ces infrastructures à disposition d'opérateurs qui vont fournir au public des services de communications électroniques. Un tel contrat est appelé «DSP haut débit ». Les techniques permettant de fournir des services haut débit sont diverses : il peut s'agir de moyens filaires (paire de cuivres, fibre optique ou câble) ou de moyens hertziens (boucle locale radio, Wifi).

3.2.1 Analyse de la légalité d'un contrat de DSP dans deux hypothèses

a) Un département conclut avec un tiers une DSP « haut débit ». La DSP prévoit comme moyen d'exploitation, entre autres, l'utilisation de fréquences BLR (technologie Wimax). Au moment de la conclusion du contrat, la collectivité n'est ni titulaire d'une AUF, ni bénéficiaire d'une mise à disposition.

L'ARCEP pose trois questions :

- Le contrat de délégation de service public est-il légal, alors qu'au moment de la conclusion dudit contrat le département ne dispose pas des fréquences, ni par cession, ni par mise à disposition ?

On ne voit pas pourquoi cela poserait un problème spécifique. Un contrat de DSP peut fort bien être conclu sous réserve d'une clause suspensive ou résolutoire (expiration des délais de recours contre les permis de construire nécessaires aux infrastructures de la délégation, obtention des autorisations de jeu dans les délégations de service public concernant des casinos, etc ...). En conséquence, tant que la condition ne sera pas intervenue, le contrat sera privé de tout effet.

- Si l'on considérait que le département doit nécessairement être titulaire d'une AUF (ou à tout le moins disposer de fréquences) pour conclure la DSP envisagée, à quel moment la collectivité doit-elle être titulaire d'une telle autorisation : à compter du lancement de la procédure de passation de la DSP, à compter de la décision d'attribution, à compter de la signature du contrat ?

Compte tenu de la réponse apportée ci-dessus, cette question est sans objet.

- Une clause dans le contrat de DSP qui prévoirait l'entrée en vigueur différée du contrat jusqu'à l'attribution des fréquences au délégant serait-elle légale ?

Je ne vois pas d'obstacle, pour les raisons évoquées ci-dessus. Il existe de nombreux exemples de contrats conclus sous réserve d'une condition suspensive. Tant que la condition n'est pas intervenue, le contrat est privé de tout effet.

b) Une collectivité territoriale conclut une DSP « haut débit » dont les clauses techniques ne prévoient pas la technologie Wimax (en pratique, il s'agit des contrats de DSP conclus antérieurement à l'apparition de la possibilité pour les collectivités locales d'être titulaires d'AUF). Au stade de l'exécution du contrat, la collectivité devient titulaire d'une AUF, ou à tout le moins dispose de fréquences BLR. La collectivité souhaite dès lors mettre les fréquences BLR à la

disposition de son délégataire afin que celui-ci construise et exploite des infrastructures haut débit de type Wimax.

L'ARCEP pose deux questions :

- La collectivité peut-elle mettre les fréquences à disposition de son exploitant d'infrastructures haut débit ? La collectivité ne doit-elle pas, au contraire, conclure une nouvelle DSP ?

On remarque d'abord qu'un certain nombre de DSP sont neutres d'un point de vue technologique : elles portent sur la mise en place d'une infrastructure permettant de fournir des services haut débit, mais ne précisent pas le support technique permettant de fournir ces services (essentiellement boucle locale cuivre, câble, fibre optique, Wimax) ou alors mentionnent la ou les techniques possibles de façon non limitative. S'agissant de ces DSP, le titulaire du contrat pourra modifier ou élargir ses modes de fourniture des services haut débit durant l'exécution du contrat sans avoir à demander à l'autorité délégante une quelconque modification de son contrat. S'il devient titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences ou obtient la mise à disposition d'une fréquence, il pourra ainsi passer à la technologie Wimax. Il bénéficiera de la sorte d'un effet d'aubaine qui pourrait justifier, le cas échéant, que joue au profit de la collectivité délégante une clause financière de retour à meilleure fortune, si une telle clause a été insérée dans le contrat initial ou l'est par voie d'avenant, à l'occasion de la mise à disposition de la fréquence.

La question posée ne concerne donc que les DSP qui précisent la technique retenue pour la fourniture des services haut débit. Dans l'hypothèse de telles DSP, qui à la différence des précédentes ne sont pas neutres sur la technique employée, il faut à notre sens raisonner en se référant aux règles générales qui régissent les avenants aux délégations de service public car la reconnaissance de la faculté d'utiliser la technologie Wimax supposera la passation d'un avenant au contrat.

Ainsi que l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat dans un avis sur les conditions de prolongation par avenant des conventions de remontées mécaniques (Section des Travaux Publics, Avis n°371234 du 19 avril 2005, BJDCP n°45, 2006 p.107), un avenant à une convention de délégation de service public ne peut modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée, la nature des prestations, le volume des investissements mis à la charge du délégataire ou, s'agissant des concessions, le prix demandé aux usagers. Cet avis a opéré à dessein un léger infléchissement par rapport à la jurisprudence sur les avenants aux délégations de service public. Cette jurisprudence, qui exigeait la passation d'un nouveau contrat dès lors que l'avenant avait pour effet de bouleverser l'économie du contrat, posait en effet des difficultés pour les concessions, contrats conclus sur une longue durée et donc soumis à de nombreuses variations le plus souvent imprévues au moment de la signature de la convention¹⁷. Le seuil de la « modification substantielle d'un élément essentiel de la délégation » permet une meilleure adaptation des conventions au progrès technologique, mais dans des limites qui restent quand même relativement circonscrites.

¹⁷ Cette jurisprudence, directement inspirée de la jurisprudence sur les marchés publics, avait été transposée aux délégations de service public par certaines juridictions administratives (TA Lille, 2 juillet 1998, Préfet de la région Nord – Pas de Calais, BJDCP n°1, 1998 p.72, par exemple).

Faut-il considérer que ce seuil de modification est atteint si le délégataire se voit mettre à disposition une fréquence de la boucle locale radio au cours de l'exécution de la délégation ? La durée de la convention restera inchangée, de même que, en principe, la nature des prestations fournies et les autres paramètres de la convention. Seul sera modifié le moyen technique de fourniture du service rendu. Mais il est vrai que la modification de ce paramètre est susceptible d'entraîner une modification non négligeable des coûts de fourniture du service pour le délégataire, auquel cas il sera souhaitable que l'avantage tiré par le délégataire de cette modification à la baisse de ses coûts puisse profiter également à la collectivité délégante, à travers le jeu de clauses éventuelles de retour à meilleure fortune. La modification de ce paramètre pourra même, dans certains cas, affecter substantiellement le volume des investissements à la charge du délégataire, élément expressément relevé comme étant un élément essentiel du contrat par l'avis du Conseil d'Etat de 2005. En ce domaine, il est vraisemblable que le moment auquel interviendra la mise à disposition d'une AUF sera déterminant : on perçoit aisément que la réponse ne sera pas la même selon que le délégataire se voit mis l'AUF à sa disposition au début de la délégation, alors qu'il n'a pas encore commencé à exécuter le contrat, ou que la mise à disposition arrive en cours ou en fin d'exécution du contrat, alors que la plupart des investissements nécessaires ont été réalisés. On ajoutera que si la mise à disposition de la fréquence de BLR se traduit par une refonte complète de la grille tarifaire, par la fourniture de nouveaux services ou encore par de nouvelles subventions de la collectivité, la légalité de l'avenant sera là encore sujette à caution.

La légalité d'un avenant actant de la mise à disposition de la fréquence de BLR dépend donc d'une analyse au cas par cas de son incidence sur l'économie générale du contrat initial, compte tenu des critères posés par le Conseil d'Etat dans son avis de 2005. Il s'avérera nécessaire, dans un certain nombre de cas, de procéder à la résiliation de la convention en vigueur et de passer une nouvelle convention de délégation de service public.

- Si l'on se place dans l'hypothèse où la collectivité devient titulaire de l'AUF pendant la phase de passation de la DSP (et que celle-ci ne prévoit pas explicitement la technologie Wimax), quelles modalités la collectivité doit-elle mettre en œuvre pour confier les fréquences au futur candidat retenu ? Est-il nécessaire de relancer une procédure de passation ?

La jurisprudence admet que la collectivité délégante peut apporter, au cours de la consultation engagée sur le fondement de la loi Sapin, « des adaptations au contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire » (CE, 29 juillet 1998, Editions Dalloz-Sirey et société ORT, rec.p.330, BJDCP n°1, 1998 p.76 ; et 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, rec.p.283, BJDCP n°12, 2000 p.361). Peut-on dire que le fait de bénéficier de tout ou partie d'une fréquence constitue une adaptation de portée limitée des conditions de mise en concurrence des candidats à l'attribution d'une DSP haut débit ?

Sans doute le fait de bénéficier d'une fréquence n'est-il qu'un moyen technique pour remplir un service, rien de plus; le fait que les candidats à une DSP apprennent en cours de procédure qu'ils vont pouvoir bénéficier d'une technologie radio ne paraît dès lors pas constituer une novation telle qu'elle bouleverse les conditions de la mise en concurrence, dès lors bien sûr que se trouve respecté le principe d'égalité de traitement des candidats (ils doivent tous avoir reçu la même information en cours de procédure). Mais on peut observer, en sens inverse, que les garanties professionnelles et financières requises des candidats ne seront pas les mêmes selon la solution technique retenue pour

exploiter les infrastructures. Les investissements nécessaires pour la mise en œuvre des technologies radio dans la boucle locale sont en effet moins lourds que les investissements requis pour les moyens filaires. Ceci montre que le fait d'apprendre en cours de procédure qu'il est possible de bénéficier d'une AUF plutôt que d'avoir à construire un réseau filaire (en fibre optique ou par câble) rétroagit nécessairement sur les conditions de la concurrence. Les garanties exigées des candidats et les critères de sélection de ces derniers ne seront pas les mêmes selon le support technique retenu pour la fourniture des services.

Il est donc conseillé de recommencer la procédure s'il s'avère, au cours de celle-ci, que la collectivité pourra mettre une AUF à disposition de son délégataire. Il conviendra de mentionner soit dans le programme de consultation soit dans l'avis de publicité la possibilité pour le délégataire de disposer d'une fréquence de BLR.

3.2.2 Analyse de la faisabilité juridique de deux hypothèses de marchés secondaires

Compte tenu des réponses apportées aux questions ci-dessus, et compte tenu des règles du droit des contrats publics, du droit de la domanialité publique et du droit des collectivités locales, l'ARCEP s'interroge sur les deux schémas de gestion de fréquences suivants :

a) Une collectivité locale (un département par exemple) conclut une DSP « haut débit ». Le titulaire de l'autorisation d'utilisation de fréquences (une région par exemple) peut-il mettre les fréquences BLR à la disposition du délégataire du département, sur le territoire de celui-ci, sans avoir antérieurement cédé les fréquences ou les avoir mises à disposition de cette collectivité ? Dans cette hypothèse la collectivité délégante n'est ni titulaire de l'autorisation d'utilisation de fréquences, ni bénéficiaire d'une mise à disposition.

Je ne vois pas d'obstacle de principe à un tel schéma. L'autorité délégante peut choisir un délégataire en laissant ce dernier faire son affaire de l'obtention des autorisations nécessaires à l'exploitation du service. Il existe de multiples exemples comparables : ainsi lorsque le délégataire doit obtenir des autorisations d'urbanisme pour la réalisation des ouvrages d'infrastructures confiés par la délégation ou bien des autorisations requises par d'autres législations pour l'exercice de son activité (législation sur les jeux, par exemple).

Il n'est donc pas nécessaire que la collectivité qui délègue le service se porte elle-même acquéreur de la fréquence ou en demande la mise à disposition pour elle-même.

En ira-t-il de même si la délégation précise qu'elle porte sur un service de haut débit par la technologie Wimax ? Il est certainement plus logique que dans ce cas le département cherche à obtenir la cession ou la mise à disposition pour lui-même de l'AUF, dans la perspective de la mettre ensuite à disposition de son délégataire, mais je ne pense pas qu'il s'agisse pour autant d'une exigence qui conditionne la légalité de la délégation. Un département peut fort bien, dans l'exercice de ses compétences en matière de communications électroniques, préconiser le développement de tel ou tel type d'infrastructures ou de réseaux, en l'occurrence permettant la fourniture de haut débit par Wimax, en laissant son délégataire le soin de faire son affaire du soin d'obtenir les autorisations techniques nécessaires.

b) Schéma de mise en disposition en cascade : une région, titulaire d'une AUF, met ses fréquences à la disposition d'un département qui lui-même met les fréquences à la disposition d'un opérateur privé, qui est son délégataire de service public. Dans quelle mesure une collectivité territoriale peut-elle mettre des fréquences BLR à la disposition de son délégataire alors qu'elle n'est pas titulaire de l'autorisation d'utilisation de fréquences mais seulement bénéficiaire d'une mise à disposition ?

Cela revient à admettre qu'il peut y avoir des conventions d'occupation du domaine public en cascades. Je ne vois pas d'obstacle de principe sous réserve que soit réservée la possibilité, pour l'autorité qui gère initialement le domaine public (en l'occurrence l'ARCEP sur délégation de l'Agence nationale des fréquences), de conserver la maîtrise de l'affectation de son domaine. En d'autres termes, il faut que les contrats subséquents comportent des clauses stipulant qu'en cas de retrait ou d'abrogation de l'AUF délivrée par l'ARCEP, les conventions d'occupation deviennent ipso facto caduques. Sans doute les conventions tomberont-elles d'elles-mêmes en cas de retrait ou d'abrogation de l'AUF, mais il est recommandé d'insérer une clause en ce sens dans les conventions successives qui pourront être conclues pour bien marquer à leur bénéficiaire le fait que le fait générateur de la convention est l'existence d'une AUF consentie par l'ARCEP.

3.3. - Sur la nécessité de l'agrément préalable de l'ARCEP pour une mise à disposition

L'agrément préalable de l'ARCEP à toute mise à disposition est prévu par les dispositions des cahiers des charges annexés aux autorisations régionales d'utilisation de fréquences de la boucle locale radio délivrées en juillet 2006. Dans les autorisations délivrées antérieurement à d'autres opérateurs, la mise à disposition n'est pas expressément prévue, a fortiori la nécessité de l'agrément préalable de l'ARCEP. De même le bénéficiaire d'une mise à disposition qui lui-même mettrait à disposition les fréquences de BLR n'a pas d'obligation écrite de soumettre son projet à l'agrément préalable de l'ARCEP.

a) Dans ces deux cas de mise à disposition de fréquences (d'un côté par un opérateur titulaire d'une autorisation antérieure à juillet 2006, et de l'autre par le bénéficiaire d'une mise à disposition), l'agrément de l'ARCEP est-il obligatoire ?

Il résulte des principes applicables à la gestion du domaine public que l'agrément de l'ARCEP ne saurait être limité aux seuls cas de mise à disposition d'une fréquence délivrée après juillet 2006. Toute occupation privative du domaine public est en effet subordonnée à une autorisation de l'autorité propriétaire ou gestionnaire du domaine, comme le rappelle en des termes très clairs l'article L 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques¹⁸. Cette règle ne fait qu'exprimer le caractère fondamentalement personnel, précaire et révocable des occupations privatives du domaine public. Si l'ARCEP admet désormais le principe d'une mise à disposition des fréquences, cette mise à disposition doit être subordonnée à un agrément de l'Autorité sauf à méconnaître une règle essentielle de gestion du domaine public, ceci indépendamment du fait que la fréquence a été délivrée avant ou après le mois de juillet 2006 et que, pour les autorisations délivrées antérieurement, aucune disposition de l'autorisation ne fasse apparaître la nécessité de cet agrément en cas de mise à disposition d'une fréquence.

¹⁸ Cet article dispose que : « Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ».

b) Peut-on distinguer les deux cas eu égard à la qualité du demandeur, d'un côté le titulaire d'une autorisation d'utilisation de fréquences, de l'autre le bénéficiaire d'une mise à disposition ?

Je ne vois pas bien la portée de la question posée. Celui qui, bénéficiant d'une mise à disposition de fréquence, souhaite mettre cette fréquence à disposition d'un opérateur doit lui aussi solliciter l'agrément de l'ARCEP. La nécessité d'un agrément de l'ARCEP n'est pas limitée au cas de la mise à disposition primaire, mais vaut également pour les mises à disposition subséquentes qui peuvent venir se greffer sur cette mise à disposition primaire.

Le 21 décembre 2006