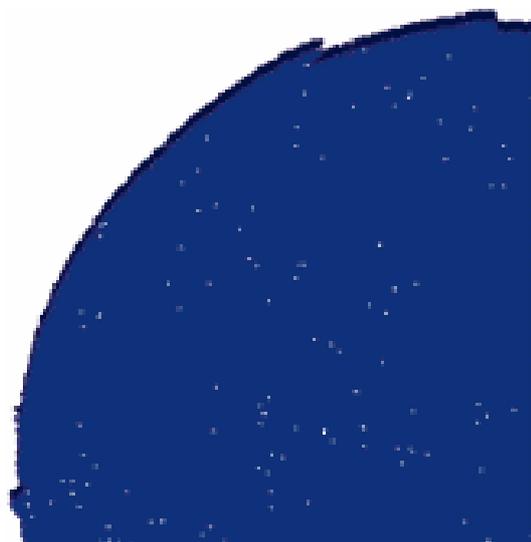


**Nature juridique des conventions conclues entre les communes
et les câblo-opérateurs, et impact du principe de mise en
conformité sur les conventions en cours**

**Etude réalisée par Monsieur Emmanuel Glaser, Conseiller d'Etat,
pour le compte de l'Autorité de Régulation des
Communications électroniques et des Postes**



L'article 134 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, prévoit, notamment, que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) doit établir avant le 6 juillet 2007 un rapport sur l'état d'avancement de la mise en conformité des conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés avec les nouvelles dispositions de l'article L. 33-1 du code des postes et communications électroniques (CPCE).

L'objet de ce rapport est de préciser l'état d'avancement de cette mise en conformité, de distinguer les principales catégories de situations juridiques qui existaient avant l'entrée en vigueur du nouveau régime et de formuler des préconisations permettant d'assurer cette mise en conformité.

Dans le cadre de la préparation de ce rapport vous m'avez saisi de onze questions relatives à ces conventions, qui peuvent être regroupées autour de deux problématiques différentes.

- Quelle est la nature des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs, tant sous le régime du « Plan câble » que sous celui des réseaux dits « Nouvelle donne » ? S'agit-il de conventions de délégation de service public ou de simples conventions d'occupation domaniale ? (**Première partie**)
- Quel est l'impact de la loi du 9 juillet 2004 sur les conventions en cours ? Conduit-elle à requalifier lesdites conventions ? Quelle est la portée de l'obligation de mise en conformité qu'elle prévoit ? Implique-t-elle une remise en cause globale de ces conventions, notamment des clauses d'exclusivité qu'elles contenaient, mais aussi des autres sujétions qu'elles comportaient ? Suppose-t-elle de mettre fin aux conventions en cours pour en conclure de nouvelles, le cas échéant après mise en concurrence, ou peut-on procéder par simple avenant ? Cette mise en conformité ouvre-t-elle droit à indemnisation des câblo-opérateurs et si tel est le cas, cette indemnisation est-elle due par les communes ou par l'Etat ? (**Seconde partie**).

PREMIERE PARTIE : LA NATURE JURIDIQUE DES CONVENTIONS

1. Présentation du cadre juridique dans lequel ces conventions ont été conclues.

Pour tenter d'identifier la nature juridique des conventions câbles, il convient, au préalable, de préciser le régime juridique sous lequel elles ont été conclues.

- Les réseaux du « plan câble » :

S'agissant des réseaux dits du « plan câble », ce régime résulte des lois n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et n° 84-743 du 1^{er} août 1984 relative à l'exploitation des services de radio-télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé. L'article 8 de la loi de 1982 disposait : « L'Etat établit ou autorise (...) les infrastructures et installations de communication audiovisuelle : - qui empruntent le domaine public, - ou qui, situées sur une propriété privée, sont collectives ou traversent une propriété tierce ». Et, les articles 17 et 78 confiaient à la Haute autorité de l'audiovisuel ou à l'Etat la compétence pour autoriser les services locaux de radio-télévision par câble. Dans le cadre de ce « plan câble », les réseaux ont été construits par la direction générale des postes et télécommunications, c'est-à-dire par l'Etat, cette direction étant à l'époque un service ministériel. La loi de 1984 disposait que ces réseaux ne pouvaient être exploités que par une société d'économie mixte d'un type particulier qu'elle créait, la société locale d'exploitation commerciale (SLEC).

- Les réseaux « Nouvelle donne » :

Le régime des réseaux « Nouvelle donne » est issu de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite loi « Léotard ». L'article 34 de cette loi, dans sa version d'origine, disposait : « Les communes ou groupements de communes établissent ou autorisent l'établissement sur leur territoire des réseaux distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore et de télévision. / (...) / L'exploitation des réseaux ainsi établis est autorisée par la Commission nationale de la communication et des libertés sur proposition des communes ou groupements de communes. / (...) / L'autorisation d'exploitation ne peut être délivrée qu'à une société. Elle précise le nombre et la nature des services à distribuer. Elle peut comporter des obligations dont elle définit les modalités de contrôle. Ces obligations ne peuvent porter que sur un ou plusieurs des points suivants : 1° La retransmission de programmes diffusés par voie hertzienne normalement reçus dans la zone ; 2° La distribution d'un nombre minimal de programmes propres ; 3° L'affectation d'un canal à temps complet ou partagé à la commune ou au groupement de communes intéressés, destiné aux informations sur la vie communale et, le cas échéant, intercommunale ; 4° Le paiement par l'exploitant d'une redevance à la commune ou au groupement de communes intéressés ».

L'article 17 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 est venu modifier cet article 34 sur plusieurs points. Il a, d'abord, complété son premier alinéa en imposant aux communes de veiller « à assurer, dans l'intérêt général, la cohérence de l'ensemble des infrastructures de télédistribution ». Il a, ensuite, prévu que « toute modification de l'autorisation d'exploitation est autorisée dans les mêmes conditions que l'autorisation initiale » et substitué le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à la Commission nationale de la communication et des

libertés (CNCL). Surtout, le cinquième alinéa de l'article 34, dans sa rédaction issue de la loi du 29 décembre 1990, prévoyait que « l'autorisation d'exploitation ne peut être délivrée qu'à une société ou à une régie communale ou intercommunale telle que prévue à l'article L. 323-9 du code des communes ou prévue par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, et ayant la personnalité morale et l'autonomie financière. Elle précise sa durée ainsi que le nombre et la nature des services à distribuer ». Les obligations dont pouvait être assortie l'autorisation n'ont pas été modifiées, sauf l'ajout d'un point supplémentaire « la distribution d'un nombre minimal de programmes édités par des personnes morales indépendantes de l'exploitant effectif du réseau ».

Le régime prévu par la loi Léotard était, en apparence, simple. Il distinguait l'établissement du réseau de son exploitation. L'établissement pouvait être fait directement par la commune ou par une autre personne à laquelle la commune aurait donné une autorisation. L'exploitation, en revanche, ne pouvait être faite que par une société, sur le fondement d'une autorisation d'exploiter délivrée par la CNCL/le CSA sur proposition de la commune.

Cette fausse simplicité était, en réalité, source de réelles incertitudes. La loi, en effet, semblait dissocier totalement l'autorisation d'établir le réseau, qui relevait de la commune, et l'autorisation de l'exploiter, qui était délivrée par la CNCL/le CSA, sans faire d'autre lien entre les deux que le fait que cette dernière était délivrée sur proposition de la commune. Elle semblait aussi être bâtie sur l'idée que la personne construisant le réseau et celle l'exploitant seraient normalement distinctes et que cette dernière n'aurait aucune relation avec la commune, l'ensemble de ses droits et obligations étant fixés par la CNCL/ le CSA.

En d'autres termes, le législateur ne semblait pas avoir envisagé que le développement des réseaux câblés pût se faire selon le modèle pourtant très classique de la concession de travaux publics et de service public. Peut-être cette carence s'explique-t-elle par le fait que la loi Léotard, qui procédait par ailleurs à la privatisation de la première chaîne de télévision hertzienne, supprimait précisément le mécanisme de la concession de service public pour l'attribution des chaînes privées hertziennes.

Quoi qu'il en soit, la réalité ne s'inscrivît pas du tout dans le cadre ainsi tracé par le législateur. Pour des raisons facilement compréhensibles, les communes, qui la plupart du temps ne souhaitent pas construire elles-mêmes, le réseau en confièrent l'établissement à des sociétés, qui furent chargées également de l'exploiter, l'ensemble de ces relations faisant l'objet d'un contrat unique.

C'est la qualification de ces contrats uniques non prévus par la loi qui suscite aujourd'hui des difficultés.

Il convient, toutefois, au préalable de se demander si, dans le cadre du régime mis en place par la loi Léotard, les communes avaient même le droit de contracter dans ce domaine.

2. Les communes pouvaient-elles recourir à la voie contractuelle pour l'installation et l'exploitation de réseaux câblés ?

Il est des cas où les personnes publiques ne peuvent pas recourir à la voie contractuelle, quel que soit le type de contrat choisi. Cette impossibilité peut notamment résulter du fait que l'activité, eu égard à sa nature, ne peut pas être déléguée. Il en va ainsi, par exemple, de la police (CE, Assemblée, 17 juin 1932, Commune de Castelnaudary, p. 595, à propos de la

police rurale ou CE, 23 mai 1958, Consorts Amoudruz, p. 301, AJDA 1958.II.309 chronique Fournier et Combarrous, s'agissant de la surveillance des plages en vue d'assurer la sécurité des baigneurs ; CE, Section, 2 mars 1973, Syndicat national de commerce de gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, p. 181, AJDA 1973.323 conclusions Braibant, s'agissant de la police des prix ; CE, 30 mars 1994, Ville de Menton, p. 175, DA nov. 1994, chr. n° 10 conclusions S. Lasvignes, s'agissant de la police du stationnement).

Mais, l'impossibilité de contracter peut aussi résulter de ce que le régime en cause prévoit que l'administration doit agir par voie unilatérale, ce qui est le cas en matière de police, mais aussi dans d'autres domaines. Ainsi, il a été jugé que « la police des établissements dangereux, insalubres et incommodes est confiée au préfet qui fixe par décision unilatérale les prescriptions que doivent respecter ces établissements lorsqu'ils sont autorisés à fonctionner ; (...) qu'il s'ensuit que sous l'empire de la loi de 1917 comme de la loi de 1976 les établissements classés sont, pour l'ensemble des objectifs définis par ces lois, soumis à un pouvoir de police, exercé en principe par le préfet, exceptionnellement par le ministre, par voie de décisions unilatérales, réglementaires ou individuelles » (CE, 8 mars 1985, Association « Les amis de la terre », p. 73). De même, le Conseil d'Etat a annulé la décision du ministre de l'agriculture de passer une convention avec une association regroupant les établissements d'enseignement agricole privés au motif que cette convention portait sur trois domaines ou les établissements, les maîtres de ces établissements et leurs élèves « sont placés dans une situation qui, dans la mesure où elle est fixée par les lois et règlements, ne peut faire l'objet d'accords contractuels » (CE, Section, 20 janvier 1978, Syndicat national de l'enseignement technique agricole public, p. 22, AJDA 1979.37 conclusions R. Denoix de Saint Marc).

On peut, en l'espèce, se demander si tel est le cas.

La loi Léotard non seulement ne mentionne pas l'existence de conventions, mais indique expressément que, en matière d'établissement du réseau, les communes agissent par voie d'autorisation et que, en matière d'exploitation, c'est la CNCL/le CSA, qui est compétent pour délivrer l'autorisation, le pouvoir de la commune se limitant à un pouvoir de proposition. La loi met ainsi en place un régime de double autorisation, éventuellement assortie de conditions, mais sans faire aucune référence à la conclusion d'une ou de plusieurs conventions entre la collectivité locale et l'opérateur autorisé à construire le réseau et/ou à l'exploiter.

L'existence même de ces conventions n'est, donc, pas facile à justifier, surtout lorsqu'elles reprennent une partie des obligations figurant dans l'autorisation délivrée par la CNCL/le CSA. On pourrait considérer qu'en concluant une convention d'exploitation, les communes interviennent dans un domaine qui n'est pas de leur compétence et qu'elles créent, par le contrat, des droits au profit de l'exploitant qu'elles ne sont pas en droit de créer.

C'est pour cette raison qu'en 1995 les ministres chargés de la communication et des collectivités locales ont saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis sur la compatibilité du recours à ces conventions avec la loi de 1986 (CE, Section de l'intérieur, 25 juillet 1995, n° 357 781, EDCE 1995, p. 42, *Grands avis du Conseil d'Etat*, 1^{ère} éd., p. 529, RFDA 1996.980 note D. Truchet).

Le Conseil d'Etat a admis le recours à une convention, aussi bien pour l'établissement du réseau que pour son exploitation.

- En ce qui concerne l'établissement :

Le Conseil d'Etat a, d'abord, distingué deux hypothèses : soit, le réseau est construit par une personne privée pour son propre compte sur la base d'une autorisation, auquel cas il constitue un ouvrage privé ; soit, il est construit pour le compte d'une commune, agissant directement en passant des marchés ou confiant la construction à une personne privée, et son établissement a alors le caractère d'un travail public. Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat a estimé que la loi de 1986 n'interdisait pas à la commune « de recourir à une concession de travaux publics ».

Confronté, ensuite, à la difficulté due au fait que, dans les faits, la concession se substituait purement et simplement à l'autorisation, qui n'existait pas, le Conseil d'Etat a précisé que « lorsque l'établissement du réseau fait l'objet d'une autorisation implicite résultant d'une convention, il faut considérer que cette autorisation existe indépendamment de la convention qui la matérialise ; elle peut donc être modifiée ou abrogée unilatéralement dans les conditions de droit commun ». La Section de l'intérieur a ainsi considéré que l'autorisation existait indépendamment de la convention, même si elle n'était pas matérialisée et qu'elle demeurait implicite. Comme le disait le professeur Truchet dans la note précitée à la RFDA : « Résumons : l'autorisation formelle (pourtant imposée par la loi ...) peut impunément faire défaut ; elle est « matérialisée » par la convention ; elle n'en existe pas moins indépendamment de cette dernière. C'est vraiment faire preuve de beaucoup de bonne volonté envers la pratique ! Statuant au contentieux, le Conseil d'Etat en montrerait-il autant ? ».

Il aurait peut-être été plus simple de dire que la convention valait autorisation d'occupation domaniale. Il est, en effet, habituel que lorsque l'occupation du domaine public comporte une emprise, ce qui suppose des investissements parfois importants, l'autorisation soit donnée sous la forme d'une convention, qui donne plus de stabilité à son titulaire, tout en restant précaire.

- En ce qui concerne l'exploitation :

Après avoir admis, sous certaines conditions, que l'exploitation pouvait présenter le caractère d'un service public, la Section de l'intérieur a indiqué : « 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 groupements 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 ». Et, la Section a précisé comment se combinaient la convention et l'autorisation délivrée par le CSA : « 2. 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 : de même que le conseil supérieur de l'audiovisuel statue sur une demande d'autorisation, en vertu de l'article 34 de la loi susmentionnée, sur proposition de la commune sans être lié par cette proposition, de même la résiliation de la convention par la commune ne saurait placer le conseil supérieur de l'audiovisuel dans une situation de compétence liée pour abroger l'autorisation ».

Il est clair que ce système n'était pas très satisfaisant. Mais, on peut penser que le Conseil d'Etat, dans ses formations administratives, a voulu tenir compte de la réalité.

Constatant l'existence de nombreuses conventions, il a, en se fondant sur une conception assez large du service public, admis la possibilité pour les collectivités locales de créer un service public en ce domaine, et estimé possible et opportun de trouver une base légale à ces conventions.

3. Les contrats passés entre les câblo-opérateurs et les communes pour l'établissement et l'exploitation du réseau peuvent-ils être qualifiés de délégation de service public ?

3. 1. Les critères de la délégation de service public.

L'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), issu de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dispose « qu'une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

La loi, qui n'a fait que codifier la jurisprudence administrative, pose ainsi deux critères essentiels d'identification d'une délégation de service public : le fait que le contrat confie à un tiers la gestion d'un service public dont la collectivité a la charge (critère de l'objet) et le fait que la rémunération de ce tiers est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation (critère du mode de rémunération).

La qualification des contrats concernés ne peut évidemment se faire que contrat par contrat au vu de l'examen précis des stipulations de chacun, pour vérifier si elles répondent aux critères figurant dans cet article.

- Le critère du mode de rémunération :

Toutefois, les différents exemples de conventions que vous m'avez transmises montrent que le second critère est généralement rempli. Il en va ainsi aussi bien pour les conventions conclues sous le régime du plan « câble » que pour celles conclues sous le régime de la loi du 30 septembre 1986¹. Toutes prévoient que le co-contractant de l'administration est exclusivement rémunéré par la perception de droits sur les usagers du service, qu'il exploite à ses risques et périls. Aucune ne prévoit une subvention versée par la commune. Le critère de rémunération substantielle tirée de l'exploitation, issu de la jurisprudence Préfet des Bouches du Rhône et de ses épigones, et aujourd'hui codifié à l'article précité du CGCT, est, dans ces conditions, très certainement rempli (CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, p. 137, RFDA 1996.715 conclusions C. Chantepy, note Ph. Terneyre, AJDA 1996.806 chronique D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; CE, 7 avril 1999, Commune de Guilherand-Granges, T. p. 878,

¹ Il s'agit pour les premières de celles conclues par les communes de Caen, d'Issy-les-Moulineaux et de Saint-Etienne, et, pour les secondes, des conventions conclues par les communes de Cavaillon, du Havre, de Montigny-les-Metz, de Nice et de Rouen. La convention conclue avec le SIDECOM est un cas particulier, le réseau, construit par l'Etat étant exploité par la société pour son compte, dans le cadre d'une simple autorisation d'occupation du domaine public.

AJDA 1999.517 conclusions C. Bergeal et CE, 30 juin 1999, SMITOM, p. 229, AJDA 1999.714 conclusions C. Bergeal).

- Le critère de l'objet :

Il est, en revanche, plus difficile de déterminer si les contrats qui ont été passés satisfont au premier critère. Car, ce critère recouvre lui-même deux conditions différentes.

Pour qu'il puisse y avoir délégation de service public, **il faut, en premier lieu, que l'activité en cause soit bien une activité de service public**. Si le contrat porte sur une activité qui n'est pas une activité de service public, mais une simple activité d'intérêt général, il ne peut, en effet, être une délégation de service public et sera requalifié par le juge (CE, 12 mars 1999, Ville de Paris, T. p. 778, BJCP n° 5, p. 433 conclusions C. Bergeal, AJDA 1999.439 note M. Raunet et O. Rousset, s'agissant d'une convention confiant l'exploitation d'un café-restaurant dans le Bois de Boulogne ou CE, 11 décembre 2000, Mme Agofroy, p. 607, RFDA 2001.1277 conclusions S. Austry, AJDA 2001.193 note M. Raunet et O. Rousset pour un cas où, après avoir analysé l'activité, le juge conclut à l'existence d'un service public et, donc, d'une concession de service public²).

Il faut, en second lieu, que cette activité puisse être déléguée par la collectivité publique, ce qui suppose que trois conditions soient remplies.

D'abord, en application du principe qui vaut pour toutes les formes de délégation selon lequel une personne ne peut déléguer qu'une compétence dont elle dispose, il faut que cette activité de service public relève ou puisse relever de la personne publique qui veut la déléguer.

Ensuite, il faut que cette activité ne fasse pas partie de celles qu'une personne publique est tenue d'exercer elle-même, c'est-à-dire de celles qui sont, par nature, non déléguables. Cette question rejoint celle examinée au point 2. Si l'on admet qu'en l'espèce la loi n'interdit pas aux communes de recourir à la voie contractuelle, rien dans l'activité d'exploitation d'un réseau câblé n'en fait par nature une activité qui ne peut être déléguée.

Enfin, il faut que l'activité en cause soit effectivement déléguée, c'est-à-dire que le cocontractant de l'administration assume lui-même l'exécution du service public et ne soit pas simplement associé à sa gestion, en fournissant des prestations à la personne publique, qui reste chargée dudit service (CE, Assemblée, 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, p. 476 avec conclusions D. Casas, s'agissant des contrats de mobilier urbain).

Ces deux dernières conditions ne soulevant pas de difficulté s'agissant des contrats en cause, elles ne seront pas discutées dans le cadre du présent rapport.

3. 2. Est-on ici en présence d'une activité de service public ?

Le Conseil d'Etat a précisé les critères d'identification d'une telle activité, par une décision récente de la Section du contentieux. Selon cette décision, « indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle

² En l'espèce, la société était « chargée par la ville de Paris et sous son contrôle, de gérer [une] dépendance du domaine public dans le cadre d'une mission d'intérêt général d'animation culturelle et d'accueil d'activités artistiques et artisanales et pouvait user à cette fin des prérogatives nécessaires à la gestion du domaine public ».

de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission » (CE, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APRAI), n° 264 541, à publier au recueil, AJDA 2007.793 chronique F. Lénica et J. Boucher).

3. 2. 1. Conformément à la grille d'analyse utilisée par cette décision, il convient de vérifier, d'abord, si l'activité d'établissement et d'exploitation des réseaux câblés a été érigée en service public par le législateur ou si, au contraire, le législateur a entendu exclure qu'une telle activité constitue un service public.

Cette question n'est toutefois pas sans lien avec celle de savoir si les communes peuvent exercer une activité d'exploitation d'un réseau câblé, on y reviendra.

- S'agissant des réseaux du « plan câble » :

Il est généralement admis que, dans le cadre des lois de 1982 et 1984, l'exploitation d'un réseau câblé constituait une activité de service public³.

La loi de 1982 affirmait, en effet, que la radiodiffusion sonore et la télévision constituaient un service public. Son article 5 disposait notamment que « le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision, dans son cadre national et régional, a pour mission de servir l'intérêt général » et la loi ne faisait aucune différence, de ce point de vue, entre les services hertziens et les services diffusés par câble. Ainsi, l'article 12 instituait une Haute autorité de la communication audiovisuelle chargée notamment de garantir « l'indépendance du service public de la radiodiffusion et de la télévision » et l'article 17 prévoyait que celle-ci délivrait les autorisations relatives aux services locaux tant de radiodiffusion par voie hertzienne que de radio-télévision par câble. Le régime était, par ailleurs, étroitement encadré, tant s'agissant de l'établissement du réseau, qui relevait de l'Etat, que de son exploitation qui ne pouvait être confiée qu'à une société d'économie mixte locale d'un type particulier, la société locale d'exploitation commerciale.

- S'agissant des réseaux « Nouvelle donne » :

La situation issue de la loi Létard est plus incertaine, dès lors que cette loi se situe dans une logique globale d'ouverture à la concurrence. Ainsi, l'exposé des motifs indiquait, pour justifier la suppression du régime de la concession de service public existant pour les chaînes hertziennes : « plus fondamentalement, les activités de radiodiffusion et de télévision ne sont pas considérées comme relevant du service public, mêmes si elles peuvent comporter des missions d'intérêt général ».

³ Voir sur ce point la rubrique « Câble » du professeur Truchet dans l'ouvrage « Droit des services publics locaux », Ed. du moniteur, 2001.

Toutefois, la loi elle-même étant muette sur la qualification de cette activité, il me paraît difficile d'en déduire qu'elle exclut qu'une commune érige cette activité en service public local.

3. 2. 2. Dès lors que la qualification du service ne découle ni dans un sens ni dans l'autre de la loi de 1986, il convient de faire application des critères jurisprudentiels, tels que synthétisés par la décision de Section précitée.

En l'absence de service public créé par le législateur, cette décision reconnaît, d'abord, l'existence d'un service public lorsque la personne privée « assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration » et « est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique ». Il s'agit là de la reprise de la jurisprudence traditionnelle (CE, Section, 28 juin 1963, Nancy, p. 401, AJDA 1994.91 note A. de Laubadère, RDP 1963.1186 note M. Waline).

Faute de prérogatives de puissance publique, la décision admet, ensuite, malgré tout, la possibilité de gestion par une personne privée d'un service public, sous certaines conditions (voir point 3. 2. 3., ci-dessous).

- Existence d'une mission d'intérêt général assurée sous le contrôle de l'administration :

S'il est vrai que, lorsqu'il a eu à connaître de tels litiges, le Conseil d'Etat statuant au contentieux s'est montré prudent, la jurisprudence administrative relative aux réseaux câblés donne, cependant, des indications intéressantes sur ce point.

Ainsi, saisi de la régularité de la procédure de passation d'un contrat d'études pour la mise en place d'un système de télédistribution par câble conclu en 1983, il a confirmé la compétence du juge administratif pour en connaître au motif que « le contrat litigieux, conclu par une personne publique en vue de la réalisation d'un service public, revêt le caractère d'un contrat administratif » (CE, 26 octobre 1992, Société « Groupe Vidéotron », T. p. 807 et 1106). Le commissaire du gouvernement, R. Abraham, indiquait que la compétence de la juridiction administrative était certaine « non, comme a cru pouvoir le dire le tribunal, parce qu'il s'agirait d'un marché de travaux publics », mais parce qu'« il a pour objet la réalisation d'un service public ». Toutefois, cette décision n'est pas fichée sur ce point et, portant sur un contrat d'études préalables, il n'est pas sûr qu'elle ait entendu juger que l'exploitation d'un réseau câblé constituât une activité de service public.

De même, s'agissant, cette fois, de se prononcer sur la légalité d'une délibération d'un conseil municipal fixant le montant de la redevance d'entretien d'un réseau communautaire de télévision par câble, le Conseil d'Etat a jugé que « les contributions mises à la charge des habitants du lotissement constituaient la contrepartie des dépenses du service rendu par la commune qui leur est exclusivement réservé » (CE, 12 mars 1990, Lafuente, n° 78 252, inédit). Toutefois, les redevances pour service rendu incluent tant les redevances demandées à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé que celles couvrant les frais d'entretien et d'établissement d'un ouvrage public⁴. En l'espèce, ni la décision elle-même, ni les conclusions du commissaire du gouvernement, M. de Guillenchmidt, ne permettent de déterminer à laquelle des deux hypothèses la décision se rattache.

⁴ CE, Assemblée plénière, 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, p. 572 et Conseil d'Etat, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La Documentation française, 2002, p. 18.

Toutefois, les décisions postérieures ont clairement pris parti dans le sens de la qualification de ces redevances comme des redevances liées à l'entretien d'un ouvrage public.

Ainsi, par une décision Commune de Mirebeau-sur-Bèze c/ Roux, le Conseil d'Etat a jugé que « le réseau de distribution de la télévision par câble du lotissement de l'Ermitage à Mirebeau-sur-Bèze a été installé par la commune pour concilier la sauvegarde du site avec la liberté de réception des faisceaux hertziens nationaux par les habitants ; que les contributions mises à la charge des habitants du lotissement pour l'entretien de ce réseau constituent la contrepartie des dépenses engagées par la commune pour le bon fonctionnement d'ouvrages publics dont ceux-ci sont bénéficiaires » (CE, 10 novembre 1993, p. 314, CJEG 1994.145 conclusions M. Pochard, JCP, G, IV, 1994.123 note M.-C. Rouault). Cette position a été confirmée, dans les mêmes termes, trois ans plus tard (CE, 17 janvier 1996, Association de défense des usagers de la télédistribution, n° 126 650, inédit). Les réseaux en cause dans ces deux affaires étaient des réseaux communautaires établis dans les années soixante-dix.

En revanche, le Conseil d'Etat a clairement jugé que « l'installation et l'exploitation d'un réseau de distribution de la télévision par le câble présentent un caractère d'intérêt général » (CE, 17 mars 1999, Syndicat d'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise, Société Téléservice Ile-de-France, T. p. 671, AJDA 1999.729 note C. Benoit-Seibt, était en cause un réseau mis en place au début des années quatre-vingts, avant la loi Léotard). Il n'a, donc, pas qualifié l'activité en cause d'activité de service public, mais comme le fait justement remarquer Mme Benoit-Seibt dans la note précitée, cela n'était ni nécessaire ni directement utile à la solution du litige, qui portait sur le point de savoir si un réseau de ce type était un « équipement d'intérêt commun », dont la gestion peut être confiée à un syndicat d'agglomération nouvelle. Il ne me paraît, donc, pas possible de déduire a contrario de cette décision que le Conseil d'Etat aurait exclu la qualification de service public.

On peut, d'ailleurs, en dire autant pour toutes les autres décisions précitées du Conseil d'Etat. Dans aucune de ces décisions, il n'était nécessaire de qualifier l'activité pour résoudre le litige, de sorte qu'il est difficile d'en déduire que le Conseil d'Etat lui a dénié cette qualification. La lecture des conclusions des commissaires montre seulement que la question était considérée comme délicate.

On trouve, en revanche, une décision d'une cour administrative d'appel qui qualifie expressément l'activité d'exploitation du réseau de service public. Dans cette affaire, la commune de Sainte-Foy-lès-Lyon avait prononcé la déchéance de la convention par laquelle elle avait concédé à la société Citécâble Rhône-Alpes l'exploitation d'un réseau de distribution par câble. Pour assurer la continuité du service, la commune avait demandé au juge des référés d'ordonner à la société de lui remettre les dossiers d'ingénierie du site et le listing des abonnés. Pour justifier la compétence du juge des référés pour prendre ces mesures, la cour a jugé « qu'il appartenait au juge des référés d'ordonner les mesures urgentes et utiles propres à assurer la continuité du service public de distribution par câbles des services de communication de télévision, et notamment, la poursuite des travaux d'installation des réseaux » (CAA Lyon, 20 avril 1994, Société Citécâble Rhône-Alpes, n° 94LY00017, inédit).

Au total, si le Conseil d'Etat lui-même n'a jamais qualifié l'activité d'exploitation d'un réseau câblé d'activité de service public, aucune décision n'exclut une telle qualification, qui a déjà été donnée par des juridictions subordonnées.

En outre, il résulte clairement de la décision du Conseil d'Etat du 17 mars 1999 précitée que la première condition posée par la jurisprudence (l'exercice d'une mission d'intérêt général) pour qu'il y ait service public, est, elle, remplie.

L'exigence que cette mission soit assurée sous le contrôle de l'administration semble également remplie, là encore au vu des conventions que vous m'avez communiquées. Ces conventions prévoient, en effet, le plus souvent des obligations de service public (droit au raccordement, obligation de continuité, voire droit à un raccordement gratuit pour les établissements d'enseignement, service de base obligatoire, parfois un canal local destiné aux informations communales) et des contrôles (notamment sur le plan de service et les tarifs...).

- Existence de prérogatives de puissance publique :

Les conventions dont je dispose ne paraissent pas conférer au cocontractant de l'administration de prérogatives de puissance publique⁵. Seule la clause d'exclusivité, qui donne à la société cocontractante un monopole, paraît s'en rapprocher. On notera ainsi que les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* mentionnent la détention d'un monopole comme exemple d'une prérogative de puissance publique, sans toutefois citer d'arrêt à l'appui (15^{ème} éd., p. 329). C'est aussi la détention d'un tel monopole qui a vraisemblablement conduit le Conseil d'Etat, dans l'avis de la Section de l'intérieur précité⁶, à qualifier l'activité d'exploitation d'un réseau câblé de service public.

Cet avis constitue un argument fort en faveur de la qualification de service public, comme de la délégation de service public, on reviendra sur ce dernier point (voir point 3. 3., ci-dessous).

Interrogé sur la compatibilité des conventions d'installation et d'exploitation avec la loi Léotard et sur leur qualification comme délégations de service public soumises en tant que telles à la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, la Section de l'intérieur a répondu que « 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 ».

Compte tenu de la formulation de ce passage de l'avis et du raisonnement suivi par le Conseil d'Etat, il faut considérer que les deux conditions qu'il pose sont cumulatives.

Cette position a, depuis lors, été reprise au contentieux par les cours administratives d'appel. Ainsi, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé, à propos de la même commune de

⁵ Constituent, de telles prérogatives le pouvoir d'imposer des obligations aux administrés (obligation d'adhérer, obligation de verser certaines contributions, édicton de prescriptions). Ont ainsi été qualifiés de prérogatives de puissance publique : le pouvoir de prononcer des sanctions disciplinaires (CE, Section, 21 novembre 1976, Fédération française de cyclisme, p. 513) ou des sanctions pécuniaires (CE, Assemblée, 1^{er} mars 1991, Le Cun, p. 70), le droit de préemption (CE, Section, 13 juillet 1968, Capus, p. 436), la fixation du produit d'une taxe additionnelle et l'exercice du droit de préemption urbain (CE, Assemblée, 31 mai 2006. Groupe d'information et de soutien aux immigrés, n° 273 638, à publier au recueil).

⁶ Voir point 1. 2. ci-dessus.

Sainte-Foy-Lès-Lyon, qui, après avoir prononcé la déchéance, avait réattribué la concession à TDF, que « le projet de concession soumis au conseil municipal, qui assure une exclusivité au concessionnaire et comporte un égal accès de la population au réseau constitue un projet relatif à une délégation de service public ». Elle a, en conséquence, annulé la délibération attribuant la nouvelle concession pour non respect de la loi Sapin : aucun appel à la concurrence n'avait été publié dans une revue spécialisée dans le secteur des réseaux câblés, ce que n'était pas « Le moniteur des travaux publics », dans lequel la commune avait fait paraître son appel à la concurrence (CAA Lyon, 19 avril 2001, Commune de Sainte-Foy-lès-Lyon et Société Vidéopole, n° 94LY00357, inédit). La cour administrative d'appel de Nancy a pris la même position (CAA Nancy, 14 novembre 2002, TDF Câble Est et Commune de Toul, T. p. 629, 810 et 917, AJDA 2002.1496 note J.-D. Dreyfus).

S'agissant de l'existence d'une clause d'exclusivité exigée par l'avis de la Section de l'intérieur, il me semble que la circonstance que cette clause ne serait pas respectée dans les faits, si elle est de nature, éventuellement, à ouvrir droit à un recours en responsabilité contractuelle, est sans incidence sur la qualification du contrat, qui dépend uniquement des stipulations qui y figurent et non de la façon dont les parties les mettent en œuvre. Vous indiquez également que, selon les opérateurs, cette clause ne pouvait de toute façon pas être respectée en pratique, dans la mesure où les services distribués par câble étaient également disponibles par satellite et le sont aujourd'hui sur réseau DSL. Mais, là encore, ces éléments, qui relèvent pour l'essentiel de l'évolution de la technologie, sont sans incidence sur la qualification des contrats. La clause d'exclusivité est, par nature, une clause d'exclusivité du réseau câblé. Elle implique seulement que la commune n'autorisera sur son territoire aucun autre réseau câblé.

3. 2. 3. En l'absence d'une telle clause d'exclusivité, il faudrait s'interroger sur l'application des autres critères fixés par la décision APRAI du 22 février 2007, précitée.

Il me semble, en effet, que l'avis de la Section de l'intérieur du 25 juillet 1995 ne ferme pas complètement la porte à une qualification de service public dans l'hypothèse où les deux conditions qu'il fixe ne seraient pas réunies.

Cet avis reflète l'état du droit à un moment donné. Or, tant la définition de la délégation de service public que la notion même de service public ont évolué depuis dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme le montre l'arrêt précité Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés du 22 février 2007. Par cette décision, le Conseil d'Etat a nettement confirmé la branche de la jurisprudence, issue de la décision Ville de Melun (CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun et Association culture loisirs c/ Vivien, p. 220, AJDA 1990.820 conclusions M. Pochard), selon laquelle une personne privée peut être chargée d'une mission de service public alors même qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique. Les conditions fixées par la décision APRAI tiennent, outre à l'intérêt général de l'activité exercée par la personne privée, qui est établi ici, « aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints », qui doivent démontrer que « l'administration a entendu lui confier une telle mission ».

Il me semble que, dans beaucoup de cas, ces conditions pourraient être regardées comme remplies. Les contrats en cause étant bâtis sur le modèle de la concession de service public, il n'est pas difficile d'établir que la commune a effectivement entendu confier à la personne

privée une mission d'intérêt général, les contrats comportant, comme on l'a vu plus haut, à la fois des obligations de service public et des mécanismes de contrôle.

3. 3. Les communes étaient-elles compétentes pour exploiter un réseau câblé ?

Cette condition, qui est également nécessaire pour qu'il puisse y avoir délégation de service public, est au moins aussi délicate à établir que la précédente.

La première difficulté, qui existe aussi bien sous le régime du plan câble que sous celui de la loi Léotard depuis l'origine, tient au fait que ce n'est pas la commune qui délivre l'autorisation d'exploitation. L'autorisation est délivrée par l'Etat ou par la Haute autorité de la communication audiovisuelle, sous le régime des lois de 1982/1984, et par la CNCL/le CSA depuis la loi Léotard. Il en résulte que le concessionnaire ne tiendrait pas le titre juridique, qui est le fondement de la concession, de la personne concédante, mais d'un tiers étranger à la relation contractuelle, qui, par définition, ne serait pas lié par cette relation. Il est clair, en effet, que la CNCL hier, le CSA aujourd'hui, peuvent retirer l'autorisation d'exploiter en cas de manquements aux obligations, sans avoir à tenir compte d'un éventuel contrat conclu entre la société et la commune⁷.

Toutefois, bien qu'inhabituelle, cette situation ne paraît pas, par elle-même, faire obstacle à l'existence d'une délégation de service public.

Plus difficile est la question de la possibilité pour une commune d'exploiter elle-même un réseau câblé.

- Les conventions conclues entre 1986 et 1990 :

Sous le régime de la loi Léotard, avant sa modification par la loi du 29 décembre 1990, non seulement la loi ne le prévoyait pas, mais elle paraissait plutôt l'interdire.

La loi prévoit, en effet, explicitement que seule une « société » peut exploiter un tel réseau câblé. Le rôle de la commune est strictement limité à l'établissement du réseau. S'agissant de son exploitation, la commune ne dispose que d'un pouvoir de proposition de l'exploitant, qui ne peut, dès lors, être elle-même. Les travaux préparatoires de la loi de 1986 montrent que la société peut éventuellement être une société d'économie mixte, mais en aucun cas la commune. Ainsi, lors du débat au Sénat, M. Gouteyron, rapporteur de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, indiquait : « Je constate que M. Perrein fait une confusion : ce ne sont pas les communes qui exploitent les réseaux, monsieur Perrein ; les communes les établissent ou en autorisent l'établissement. L'exploitation des réseaux est obligatoirement confiée à une société ; cette exploitation est elle-même autorisée par la commission nationale. Tel est le dispositif de la loi » (JO Débats, Sénat, séance du 11 juillet 1986, p. 2699). Et, le secrétaire d'Etat chargé des postes et télécommunications confirmait, pour sa part, « Je tiens cependant à préciser que le terme « sociétés » est un terme générique et englobe les sociétés d'économie mixte. Mais le Gouvernement n'entend pas rendre obligatoire le recours à ces sociétés » (JO Débats, séance du 10 juillet, p. 2678)⁸. Toutefois, le

⁷ L'avis de la Section de l'intérieur indique nettement que le CSA n'est lié par l'existence ou le contenu de la convention ni pour accorder l'autorisation ni pour la retirer.

⁸ Voir également l'intervention le même jour de F. Léotard, ministre de la culture (ibid.).

fait qu'une société d'économie mixte soit une société privée à capitaux majoritairement public, qui peut donc être éventuellement contrôlée par la commune, ne permet pas d'en déduire que la commune est compétente pour exercer elle-même cette activité.

Pourrait-on admettre qu'alors que la loi interdit à une commune d'exploiter elle-même un réseau câblé, la commune soit néanmoins compétente pour créer le service public correspondant, avec toutefois l'obligation d'en confier l'exploitation à une société ? En d'autres termes, peut-on interpréter la loi comme imposant seulement un mode de gestion, sans prendre partie sur l'existence ou non d'un service public ?

Ce n'est pas impossible, mais tant la lettre de la loi que ses travaux préparatoires ne vont pas dans ce sens.

Une interprétation stricte conduirait à **conclure que l'interdiction faite à la commune d'exploiter elle-même un réseau câblé fait obstacle à ce qu'elle puisse conclure une délégation de service public dans ce domaine.**

- Les conventions conclues sous le régime de la loi Léotard depuis 1990 :

Il en va différemment à compter de l'intervention de la loi du 29 décembre 1990. Celle-ci a, en effet, modifié le cinquième aliéna de l'article 34 de la loi Léotard pour permettre la délivrance de l'autorisation d'exploitation, outre à une société, à une régie communale ou intercommunale telle que prévue à l'article L. 323-9 du code des communes, devenu l'article L. 2221-10 du CGCT⁹.

Certes, de telles régies sont dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elles sont, donc, juridiquement et financièrement distinctes de la commune qui les crée, mais elles ne sont qu'une émanation de celle-ci. Il me semble résulter tant de la volonté du Parlement que de la logique même du système des régies que la loi de 1990 a entendu permettre aux communes d'exploiter elles-mêmes des réseaux câblés.

D'une part, cela apparaît nettement dans les travaux préparatoires de la loi de 1990.

La possibilité de recourir à une régie, qui ne figurait pas dans le projet du gouvernement, est issue d'un amendement parlementaire (n° 49) accepté par la commission de la production et des échanges. Deux amendements étaient soumis à discussion commune (n° 33 et 49). Le premier ouvrait cette possibilité pour toutes les régies, tandis que le second la limitait aux régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière dans les communes de plus de 10 000 habitants. Présentant l'amendement n° 49, M. Fourré rappelait les débats en commission et indiquait qu'« actuellement, seuls des organismes, sous la forme de sociétés, pouvaient exploiter le câble. Or, dans un certain nombre de cas, des communes peuvent être intéressées à gérer ce service », puis il présentait les différentes solutions possibles. Expliquant le choix de la commission en faveur de l'amendement n° 49, son rapporteur, M. Montcharmont, disait « Elle [la commission] n'est pas du tout hostile au principe de la gestion d'un réseau câblé par une régie, mais elle est soucieuse d'observer une certaine prudence, notamment au regard de l'ampleur des engagements financiers que peuvent représenter l'installation et l'exploitation d'un réseau câblé. (...) C'est pourquoi nous avons adopté l'amendement n° 49, qui institue un seuil de population de 10 000 habitants » (JO Débats,

⁹ Ainsi qu'aux régies prévues par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz.

AN, 1^{ère} séance du 15 octobre 1990, p. 3733). Au contraire, M. Perben, hostile à la possibilité pour une régie d'exploiter ce service, notait pour sa part : « Je crois que nous faisons deux contresens dans cette affaire. / Le premier concerne le débat : régie ou pas régie. On ne peut pas du tout assimiler le service câblé aux autres grands services publics, et la possibilité de faire appel au système de régie pour distribuer ce service se pose en termes très différents dans la mesure où le produit distribué n'est pas un produit de première nécessité pour le public » (Ibid., p. 3735). Mais, cette position va, précisément, être écartée.

Toute la discussion va, ensuite, se focaliser sur ce seuil, auquel le Sénat est hostile. Dans son rapport au nom de la commission des affaires économiques, M. Larcher écrivait : « Cependant, la fixation d'un seuil de 10.000 habitants pour les communes souhaitant installer par régie directe des réseaux câblés, semble inopportune [à la commission]. Ce seuil n'a aucune justification, ni technique, ni commerciale, ni économique. L'objet de l'amendement est en effet de permettre à des petites communes – notamment des communes dont l'habitat est dispersé – d'installer elles-mêmes un réseau câblé lorsqu'elles ne trouvent pas de sociétés pour le faire. Il convient donc de laisser aux élus la liberté dans ce domaine et de ne pas fixer de seuil qui pourrait exclure un bon nombre de communes intéressées par un projet de câble » (JO Sénat, Rapport n° 69, déposé le 7 novembre 1990, p. 129). La commission a donc proposé la suppression dudit seuil. Lors de la discussion, Mme Tasca, ministre délégué chargée de la communication, a accepté, au nom du Gouvernement, l'amendement du Sénat supprimant le seuil de 10 000 habitants, sous réserve qu'il fût précisé qu'il s'agissait de régies ayant la personnalité morale. Se ralliant à ce compromis, M. Larcher, a indiqué : « En effet, nous partageons depuis le début de ce débat, le souci d'étendre à l'ensemble du territoire national les possibilités de câblage. Nous souhaitons en confier la responsabilité aux communes par-delà les sociétés, donc par l'intermédiaire de régies communales ou intercommunales » (JO Débats, Sénat, séance du 14 novembre 1990, p. 3418).

En deuxième lecture, s'opposant à un amendement de M. Montcharmont, qui voulait rétablir ce seuil, M. Schreiner, rapporteur de la commission des affaires culturelles, indiquait : « De quoi s'agit-il ? Des petites communes (...) veulent se câbler mais ne le peuvent pas, soit qu'elles souhaitent le faire en régie municipale, et la loi ne leur permet pas, soit qu'elles cherchent des opérateurs privés, mais elles ne les trouvent pas » (JO Débats, AN, 1^{er} séance du 29 novembre 1990, p. 6168). Finalement, M. Montcharmont retira son amendement, et le texte fut adopté sans prévoir de seuil.

Il résulte, donc, clairement de ces discussions que le Parlement entendait autoriser les communes à exploiter elles-mêmes le réseau câblé, le choix d'une régie dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière étant justifié par la volonté de protéger les communes contre d'éventuelles dérives financières.

D'autre part, la finalité même des régies est la gestion des services publics locaux à caractère industriel et commercial. Les régies municipales forment le chapitre premier du titre II intitulé « Services communaux » du livre II de la deuxième partie « Les communes » du CGCT. L'article L. 2221-1¹⁰ de la première section, intitulée « Dispositions générales » et commune à toutes les régies municipales, dispose : « Les communes (...) peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial ». L'article L. 2221-4 prévoit que les régies sont soit dotées de la seule autonomie financière, soit de l'autonomie

¹⁰ Issu de l'article L. 323-1 du code des communes.

financière et de la personnalité morale et l'article L. 2221-10, constituant la section II, est consacré à ce second type de régies.

En faisant le choix d'ouvrir la possibilité à des régies dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière d'exploiter un réseau câblé, le législateur a nécessairement admis à la fois que l'exploitation d'un tel réseau pouvait être un service public, si les conditions évoquées ci-dessus, étaient réunies et qu'un tel service public pouvait relever de la compétence communale.

Cette analyse est confirmée par l'avis précité de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat. Après avoir admis que les communes pouvaient créer un service public local d'exploitation d'un réseau câblé et que le régime d'autorisation prévu par la loi n'était pas incompatible avec la conclusion d'une « convention ou une concession », la Section de l'intérieur a, en effet, répondu à la troisième question du ministre, qui portait sur la soumission de ces conventions aux obligations de mise en concurrence posées par la loi Sapin. L'avis indique ainsi : « 3. Les conventions susmentionnées, par lesquelles les communes ou groupements de communes qui entendent créer un service public dans les conditions mentionnées au 3^e alinéa du 1 ci-dessus confient à un tiers l'exécution même de ce service sont, par suite, des délégations de service public au sens de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée ».

Il est permis de penser que l'ensemble de l'analyse exprimée par cet avis avait notamment pour objet d'aboutir à ce résultat, c'est-à-dire d'imposer la mise en concurrence de ces conventions, afin de garantir la concurrence dans un secteur où étaient présents des opérateurs économiques importants. Quoi qu'il en soit, l'avis a bien eu cet effet, puisque les communes ont, semble-t-il, pris l'habitude de ne passer les conventions câbles qu'après mise en concurrence.

3. 4. La loi du 9 juillet 2004 fournit une confirmation a posteriori de ce que, sans avoir vraisemblablement envisagé le système qui s'est mis en place, le législateur n'a pas entendu le remettre en cause¹¹.

L'article 34 de la loi Léotard n'a pas été modifié, sur ce point, jusqu'à la suppression du régime d'autorisation par la loi du 9 juillet 2004¹².

Dans sa version actuelle issue de cette loi, cet article maintient la possibilité pour les communes de distribuer des services de télévision et de radio par câble, tout en limitant cette possibilité au cas où a été constatée « une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins de la population concernée » et en précisant que ces interventions « s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées ». Le texte dispose que « peuvent avoir la qualité de distributeur de services les sociétés, y compris les sociétés d'économie mixte locale, les organismes d'habitation à loyer modéré, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les conditions prévues au II, ainsi que les régies prévues par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du

¹¹ On doit, toutefois, manier les travaux préparatoires sur cette question avec une certaine prudence, car il est toujours délicat d'interpréter la volonté du législateur en se fondant sur ce qu'il dit lorsqu'il modifie une loi antérieure et il est également délicat de donner une portée rétroactive à une disposition qui n'a pas explicitement cet objet.

¹² La loi n° 92-653 du 13 juillet 1992 a simplement ajouté les organismes d'habitation à loyer modéré dans la liste des personnes pouvant être autorisées à exploiter un réseau câblé.

gaz ». Les collectivités territoriales sont, donc, dorénavant explicitement autorisées à exploiter un réseau câblé de télévision.

La lecture des travaux préparatoires de l'article 65¹³ de la loi du 9 juillet 2004, qui a refondu l'article 34, montre, d'abord, que la suppression de l'obligation pour les communes de passer par une régie était conçue par le Parlement comme devant donner une plus grande liberté de gestion aux collectivités territoriales. Dans son rapport à l'Assemblée nationale, M. Trassy-Paillogues indiquait ainsi : « La seconde modification de fond résulte de ce que, dans le droit existant, l'autorisation d'exploiter ne pouvait être accordée qu'à une régie communale ou intercommunale dotée de la personnalité morale. Il est proposé de permettre l'intervention des collectivités locales sans préciser les modalités de celle-ci » (Rapport n° 1413, déposé le 4 février 2004, au nom de la commission des affaires économiques). M. Hamelin, au nom de la commission des affaires culturelles, n'en dit pas plus : « L'autre modification apportée consiste dans la substitution des collectivités locales en direct à leurs régies en tant que distributeurs possibles. En effet, dans le texte en vigueur, ce sont les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière qui seules peuvent être exploitantes de réseaux câblés » (Avis n° 1412, déposé le 4 février 2004)¹⁴.

Mais, les discussions parlementaires montrent, ensuite et surtout, la volonté du Parlement de valider le passé, c'est-à-dire l'intervention, depuis 1986, des communes dans l'exploitation de réseaux câblés.

La discussion s'est, en effet, concentrée sur l'amendement (n° 80¹⁵), introduit par M. de Broissia, limitant la possibilité pour les collectivités territoriales d'exploiter un réseau câblé aux cas de carence de l'initiative privée, qui a été adopté par symétrie avec le régime applicable à la fourniture de services de télécommunications au même moment en discussion dans le cadre du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁶.

Les amendements n° 80 et n° 176 comportaient chacun une disposition visant à éviter de soumettre les régies communales exploitant déjà un réseau câblé à l'obligation de constat de carence. Ainsi, l'amendement n° 80 prévoyait que « les régies communales ayant une activité de distributeur de services audiovisuels à la date de la publication de la [présente loi] ne sont pas soumises à l'obligation de constatation d'une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins de la population concernée »¹⁷.

Lors de la discussion commune de ces amendements, M. Loridant, pour le groupe communiste, a fait remarquer à ses collègues : « Je voudrais néanmoins attirer votre attention sur le fait que le régime antérieur a permis à des collectivités locales d'installer des réseaux câblés pour la distribution de programmes de télévision. Il a également placé les collectivités locales en position de négociation vis-à-vis des opérateurs en leur permettant, notamment, de

¹³ Article 57 de la discussion.

¹⁴ Voir, de la même façon, au Sénat, le rapport de MM. Hérisson et Sido au nom de la commission des affaires économiques : « La nouveauté de cette rédaction réside dans l'élargissement aux communes proprement dites et à l'ensemble des autres collectivités territoriales de la possibilité de devenir distributeurs de services de communication audiovisuelle, alors que l'actuel article 34 de la loi de 1986 vise comme seules autorisées les régies communales ou intercommunales ayant la personnalité morale et l'autonomie financière » (JO Débats, Sénat, rapport n° 244, déposé le 30 mars 2004) et l'avis de M. de Broissia au nom de la commission des affaires culturelles (n° 249, avis déposé le 7 avril 2004).

¹⁵ Ainsi que sur un amendement ayant le même objet mais rédigé différemment (n° 176).

¹⁶ Qui allait devenir le nouvel article L. 1425-1 du CGCT.

¹⁷ La rédaction de l'amendement n° 176 était moins claire sur ce point.

négoier des contreparties à l'attribution de concessions qui portaient sur des périodes de vingt à vingt-cinq ans, ce qui était nécessaire pour l'amortissement des réseaux. / Je regrette qu'avec cet amendement on affaiblisse la position des collectivités territoriales ». Lui répondant, Mme Pourtaud, qui défendait l'amendement n° 176, disait : « Je voudrais rassurer notre collègue Paul Lérissant et lui dire qu'il n'est pas dans notre intention de fragiliser les collectivités qui ont été pionnières dans la mise en œuvre de services audiovisuels sur les réseaux câblés. / L'amendement n° 176 prévoit très clairement que les nouvelles dispositions ne s'appliqueront en rien à tous les services existants ». Enfin, M. de Broissia concluait la discussion en soulignant : « Notre système, très différent de celui de Mme Pourtaud, est de dire que : « les régies communales ayant une activité de distributeur de services audiovisuels à la date de la publication de la loi ne sont pas soumises à l'obligation de constatation », nous constatons le fait acquis ». (JO Débats Sénat, discussion du 15 avril 2004).

C'est l'amendement n° 80 qui sera finalement adopté. Toutefois, la rédaction en a été modifiée en commission mixte paritaire (CMP), pour devenir la rédaction actuelle : « Les collectivités territoriales et leurs groupements exerçant directement ou indirectement une activité de distributeur de services audiovisuels à la date de publication de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ne sont pas soumises à l'obligation prévue au premier alinéa du présent II de constatation d'une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins de la population concernée ». L'explication de cette modification donnée dans le rapport de la CMP est particulièrement éclairante. Il est écrit qu'elle tend à « étendre l'exonération de l'obligation de constat d'insuffisance d'initiatives privées aux autres modes d'exercice (sociétés d'économie mixte, délégations de service public, régies d'électricité...), par les collectivités territoriales, de l'activité de distributeur de services, et prévoir, en conséquence, que l'activité de distributeur de services peut être exercée directement ou indirectement par une collectivité territoriale » (Rapport n° 327, déposé par MM. Hérisson et Sido et M. Trassy-Paillogues, le 1^{er} juin 2004).

Le Parlement avait, donc, parfaitement conscience, en 2004, que les communes exploitaient des réseaux câblés par l'intermédiaire de régies, mais aussi sous la forme de délégations de service public. En les exemptant de l'obligation de constat de carence pour développer un tel réseau, on peut considérer, sous la réserve mentionnée dans la note 9, qu'il a entendu valider rétroactivement l'existence de telles délégations. Ce sentiment est renforcé par l'obligation imposée à l'article 134 de mettre ces conventions en conformité avec le nouveau régime.

On peut penser, enfin, qu'en cas de doute, le juge administratif ne serait pas complètement insensible aux nombreuses stipulations figurant dans ces conventions qui relèvent du régime de la délégation de service public et témoignent de l'intention des parties de se placer sous ce régime. Au vu des exemples que vous m'avez fournis, ces conventions ont, en effet, toutes les apparences de délégations de service public. Les indices en ce sens sont très nombreux, même s'ils peuvent varier d'une convention à l'autre et être plus ou moins abondants dans une convention donnée :

- la qualification de la convention par les parties elles-mêmes en concession ou délégation de service public¹⁸ ;

¹⁸ Même si, en principe, la qualification que donnent les parties à un contrat est sans incidence sur la qualification donnée par le juge, qui est purement objective.

- la procédure de passation, qui s'est faite dans le respect, pour celles d'entre elles qui ont été conclues après 1993, des dispositions de la loi du 29 janvier 1993 imposant une mise en concurrence préalable ;
- la mention que le service est exploité aux risques et périls du concessionnaire ;
- la rémunération du concessionnaire tirée des résultats de l'exploitation ;
- l'absence de paiement par le concessionnaire d'une redevance d'occupation domaniale ;
- le régime des biens, qui distingue biens de retour et biens de reprise ;
- l'existence d'obligations à la charge du délégataire relatives à l'exploitation du service (continuité, contrôle de la tarification...).

Le juge ne serait probablement pas non plus insensible au fait que c'est notamment à la suite de l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 que les communes se sont placées sous le régime de la délégation de service public et ont passé ces contrats dans le respect de la loi Sapin. Il serait, somme toute, assez paradoxal de venir leur dire aujourd'hui que l'exploitation d'un réseau câble n'étant pas une activité de service public ou n'étant pas une activité de service public qu'une commune est compétente pour exercer, les contrats en cause ne sont pas des délégations de service public, mais des conventions d'occupation domaniale, pour lesquelles aucune mise en concurrence n'était nécessaire.

Au total, et sous réserve qu'une réponse définitive ne peut être donnée que par le juge, convention par convention, au vu des stipulations de chacune, il me semble que, malgré quelques incertitudes, il est raisonnable de considérer aujourd'hui, au vu notamment de la jurisprudence et de l'avis précité du Conseil d'Etat, que les conventions conclues par les communes depuis 1990 peuvent être qualifiées de délégation de service public. Il paraît, en revanche, pour les raisons exposées ci-dessus, plus difficile d'en dire autant de celles conclues entre 1986 et 1990.¹⁹

Dès lors que ces conventions sont des délégations de service public, les réseaux sont la propriété ab initio de la collectivité concédante.

¹⁹ L'avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat, qui est du 25 juillet 1995, raisonne sur la base des textes en vigueur à cette date. On ne peut, donc, en tirer aucune conséquence pour la période antérieure à 1990.

SECONDE PARTIE : LES CONSEQUENCES DE L'ADOPTION DE LA LOI DU 9 JUILLET 2004

La loi du 9 juillet 2004 a profondément bouleversé le régime mis en place par la loi Léotard.

En raison de la convergence entre les technologies, la nouvelle loi, qui transpose les directives du « paquet télécom », a unifié le cadre juridique applicable à l'ensemble des réseaux de communications électroniques, qu'ils soient destinés à fournir des services de télécommunications ou des services de communication audiovisuelle. L'article L. 32 du CPCE dispose dorénavant que « sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques : les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle ».

L'article L. 32-1 du même code pose comme principe que « les activités de communications électroniques s'exercent librement ». Et, l'article L. 33-1 substitue, pour l'établissement et l'exploitation de ces réseaux, un régime de déclaration préalable au régime d'autorisation préalable.

En outre, L. 1425-1 du CGCT, créé par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, pour remplacer l'article L. 1511-6 du même code, abrogé à cette occasion, et modifié par la loi du 9 juillet 2004, dispose que les collectivités locales peuvent « établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 » du CPCE, c'est-à-dire des réseaux ouverts au public ou fournissant au public un service de communications électroniques.

1. Les dispositions de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 doivent être interprétées strictement.

En règle générale, la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours (CE, 12 octobre 1960, CHR de Nantes, p. 528 ; CE, 7 décembre 1973, Le Couteur et Sloane, p. 704 ; CE, 13 novembre 1987, Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos, p. 365, RFDA 1988.380 conclusions Y. Robineau, note F. Moderne, D. Somm. 1988 p. 254 commentaire Ph. Terneyre). En dehors des lois d'ordre public dont les dispositions sont d'application immédiate, les relations des parties à un contrat sont fixées pour toute la durée du contrat en fonction des règles de droit en vigueur à la date de conclusion du contrat.

Il en va, notamment, ainsi s'agissant de la qualification du contrat, qui doit s'apprécier à la date de sa conclusion. Ce point a été réaffirmé récemment par le Tribunal des conflits, dans un arrêt Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français (TC, 16 octobre 2006, n° C3506, à publier au recueil, RFDA 2007.284 conclusions J.-H. Stahl, note B. Delaunay). La question, en l'espèce, était de déterminer la nature, administrative ou de droit privé, d'un contrat, compte tenu du changement de la qualité de l'un des cocontractants, passé en cours de contrat du statut de personne publique à celui de personne privée, de sorte que le contrat était, du fait de ce changement, conclu entre deux personnes privées. Le Tribunal des conflits a jugé, par une formulation très générale, que « sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ». Comme le disait le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, la thèse du maintien du contrat tel qu'il était à la date de sa signature est plus conforme au raisonnement généralement admis,

selon lequel les règles de droit applicables au contrat sont celles prévalant à la date de sa signature (...). En matière contractuelle, de façon générale et depuis longtemps, on considère que la loi nouvelle ne s'applique pas aux relations contractuelles en cours. Les contrats demeurent régis par la loi en vigueur lors de leur conclusion et sont en principe hors d'atteinte de la loi nouvelle ; dans cette matière, la loi ancienne survit, sauf disposition contraire, et continue de régir les contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur ».

Toutefois, la liberté contractuelle n'ayant pas valeur constitutionnelle (CC, 3 août 1994, Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés, n° 94-348 DC, aux termes de laquelle « aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de liberté contractuelle » ou 20 mars 1997, Loi relative aux fonds de pensions, n° 97-388 DC, selon laquelle « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même de valeur constitutionnelle »), le législateur peut imposer l'application des dispositions qu'il édicte aux contrats en cours.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est néanmoins durcie sur ce sujet ces dernières années et le législateur doit prendre garde à ne pas porter une atteinte trop grave à l'économie des contrats (CC, 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, n° 98-401 DC ou CC, 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, n° 2001-455 DC). En outre, s'agissant de contrats passés par des collectivités territoriales, le législateur doit veiller à ne pas mettre en cause le principe de leur libre administration (CC, 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, n° 94-358 DC, décision qui admet la modification d'un contrat en cours, en notant qu'en l'espèce le fait que l'une des parties au contrat soit majoritairement détenue par les collectivités locales ne met pas en cause ce principe).

Il découle tant du principe rappelé ci-dessus que de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que les dispositions d'application immédiate doivent être interprétées strictement.

En l'espèce, la loi du 9 juillet 2004 impose l'adaptation des conventions en cours d'exécution au nouveau régime qu'elle met en place.

Son article 134 dispose : « Les conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés en cours d'application à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques ainsi que les cahiers des charges qui y sont annexés doivent être mis en conformité avec les dispositions de cet article dans un délai d'un an à compter de la publication du décret pris pour l'application de cet article ». Ce délai a été porté à deux ans par la loi du 5 mars 2007, qui a, en outre, ajouté un deuxième alinéa aux termes duquel : « 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 ».

L'intention exacte du législateur lors de l'adoption de cet article n'est pas évidente à saisir, des intérêts contradictoires s'étant exprimés. Dans son rapport à l'Assemblée nationale, M. Trassy-Paillogues, au nom de la commission des affaires économiques, écrivait : « Cet article²⁰ concerne les situations où les communes ou leurs groupements ont confié à des

²⁰ Article 101 de la discussion.

opérateurs l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés. / (...) . / Cette mise en conformité doit concerner notamment les obligations imposées à l'exploitant, prévues au I de l'article L. 33-1. En pratique, en effet, toutes les obligations non prévues par l'article L. 33-1 n'auront plus à l'avenir de fondement juridique. / Les conventions concernant l'exploitation des réseaux câblés sont assez variables d'une ville à l'autre. La mise en conformité pourrait concerner, par exemple, des clauses d'exclusivité en contrepartie d'une obligation de couverture à 100 %. La commission a examiné un amendement de M. Rodolphe Thomas tendant à supprimer cet article. / M. Rodolphe Thomas a fait part de ses doutes sur la portée juridique de cet article et a estimé que la liberté de négociation entre les collectivités locales et les câblo-opérateurs devait être préservée. / Le rapporteur a rejoint partiellement cette analyse mais a estimé que la portée politique de cet article était importante, le projet de loi ayant offert de nouvelles possibilités de développement pour le câble qu'il s'agissait d'encourager » (Rapport n° 1413, déposé le 4 février 2004).

Lors de la discussion, Mme Fontaine, ministre déléguée à l'industrie, indiquait pour sa part : « Les nouvelles dispositions s'appliqueront en particulier aux réseaux câblés qui ont été construits il y a environ vingt ans pour diffuser des chaînes de télévision. Bien que ces mêmes entreprises puissent aujourd'hui offrir bien plus de services – Internet haut débit, téléphone –, elles sont toujours enfermées dans un carcan juridique qui les a menées dans des situations financières difficiles. Je propose donc dans ce texte de supprimer toutes ces contraintes pour que les entreprises du câble puissent enfin se développer » (JO Débat, AN, séances des 11 et 12 février 2004).

Et, dans leur rapport au Sénat, MM. Hérisson et Sido, au nom de la commission des affaires économiques, notaient : « Ainsi, à l'issue d'un délai de six mois suivant la publication du délai pris pour l'application dudit article L. 33-1, toutes les prescriptions contractuelles qui, bien qu'excédant les nouvelles dispositions législatives, n'auraient pas été modifiées ou supprimées, seraient dépourvues de base légale et deviendraient donc inopposables aux opérateurs » (Rapport n° 244, déposé le 30 mars 2004). Lors de la discussion, deux amendements ont été introduits visant à supprimer cet article, l'un par M. Béteille, l'autre par M. Lorridant. M. Béteille justifiait son amendement par le fait que, s'agissant des clauses d'exclusivité, elles étaient de toute façon déjà nulles depuis 1997 ou au moins depuis le 24 juillet 2003, date limite de transposition de la directive « autorisation ». Il ajoutait : « En outre, s'agissant de dispositions contractuelles négociées entre les partenaires, leurs modifications doivent faire l'objet d'un accord équilibré entre les parties. Le délai maximal de mise en conformité peut donc difficilement être opposé dans un dispositif négocié. / Enfin, certains opérateurs considèrent que les contrats existants ne sont pas des délégations de service public, qu'il convient de « réviser » leur qualification et de supprimer les biens de retour subséquents. Ces changements auraient des conséquences tant sur la valeur des réseaux privés que sur le patrimoine des collectivités. Il ne s'agit donc plus d'une simple mise en conformité des contrats avec le nouvel article L. 33-1 du code des postes et télécommunications » (JO Débats, Sénat, séance du 15 avril 2004).

M. Lorridant intervenait dans le même sens : « Ces opérateurs ont été choisis par rapport à leurs concurrents à l'issue de procédures publiques de consultation. Ils ont très souvent été retenus en fonction des prescriptions contractuelles qu'ils étaient prêts à souscrire : couverture du territoire, services proposés dans les immeubles reliés collectivement aux réseaux, financement des réseaux de télévision locale notamment. En contrepartie, un certain nombre de collectivités ont elles-mêmes engagés des dépenses pour la constitution de centres de distribution ou des travaux divers. / En dehors des dispositions contraires aux directives

européennes, comme certaines clauses d'exclusivité, l'adaptation de ces conventions ne doit résulter que d'une libre négociation entre les parties. Il serait dommage que la loi vienne en quelque sorte troubler ces relations contractuelles et, surtout, donne, en imposant dans la négociation une date limite, plus de pouvoir aux opérateurs, car ce sont les communes qui subiraient les conséquences de ces adaptations » (Ibid.).

S'exprimant au nom de la commission des affaires économiques, M. Sido défendait l'instauration d'un délai au motif qu'en l'absence d'un tel délai, la mise en conformité devrait être immédiate dès l'entrée en vigueur de la loi. Mais, partageant l'inquiétude des deux sénateurs, il ajoutait : « Je tiens à préciser que le seul objectif de cette négociation est de supprimer les éventuelles clauses qui seraient devenues incompatibles avec le nouveau cadre législatif. Il n'est évidemment pas question de supprimer les obligations librement consenties par les opérateurs. / Etant donné, monsieur le ministre, l'inquiétude dont m'ont fait part divers élus locaux à ce sujet, je vous serais reconnaissant de bien vouloir confirmer ce point ».

Dans un premier temps, M. Donnedieu de Vabres, ministre de la culture et de la communication répondait : « L'article 101 du projet de loi vise à concilier le principe de libre administration des collectivités territoriales et le droit communautaire. Il invite en effet ces collectivités à modifier les contrats qu'elles ont conclus sous l'empire de régimes de droits exclusifs en vue de l'exploitation de réseaux câblés, afin de les mettre en tant que de besoin en conformité avec le droit communautaire. / Comme l'a indiqué M. le rapporteur, cet article ne préjuge en aucun cas du résultat des éventuelles négociations sur le cadre juridique de la propriété des réseaux ». Mais cette réponse ne satisfaisait pas M. Béteille, qui lui répliquait : « Je répondrai à M. le ministre que j'ai préféré la réponse du rapporteur à la sienne, dans la mesure où celui-ci nous indiquait que l'obligation de mise en conformité se limitait aux clauses incompatibles avec des directives européennes. / Si c'était le cas et le Gouvernement nous confirmait qu'il ne s'agit pas, par le biais de cette clause, de tout remettre à plat, je pourrais retirer mon amendement. / Mais il est tout de même exceptionnel qu'une loi oblige à modifier des conventions librement débattues entre des partenaires. En tant que juriste, je suis choqué par cette rétroactivité qui oblige les communes à renégocier, et ce à leur détriment, un contrat qu'elles ont parfois très bien négocié. / J'aurais souhaité que le ministre précise que l'objet de cet article est de mettre en conformité quelques points précis et en aucun cas de remettre complètement à plat les accords consentis ». Cédant finalement à cette invitation, le ministre de la culture admettait : « Monsieur Béteille, et je le comprends, vous faites une grande confiance au rapporteur. Dans mon explication, j'y avais moi-même fait référence. Considérez donc, monsieur le sénateur, que mes propos ne sont qu'une traduction maladroite des siens et vous constaterez que votre demande est satisfaite » (Ibid.).

Ces discussions témoignent de la gêne du Parlement et du Gouvernement, pris entre l'obligation de rendre les conventions conformes au droit communautaire et les droits des collectivités territoriales, qui avaient obtenu un certain nombre de garanties des opérateurs dans le cadre de ces conventions.

Au final, il s'en dégage, toutefois, l'impression que l'article 134 ne visait certainement pas à contraindre les communes à remettre à plat l'ensemble des conventions ou à en renégocier toutes les clauses, mais essentiellement à imposer la suppression de la clause d'exclusivité.

2. Quelle portée faut-il donner, dans ces conditions, à l'obligation d'adaptation des conventions en cours imposée par cet article ?

2. 1. La loi du 9 juillet 2004 ne peut pas emporter requalification rétroactive des contrats.

L'article 134 ne peut avoir pour effet de conduire à une requalification rétroactive des conventions. En particulier, la suppression pour l'avenir de la clause d'exclusivité est sans incidence sur la nature des contrats. Contrairement à ce que semblent penser les opérateurs du câble, il n'est pas possible de tirer argument de cette suppression pour en déduire que ces conventions n'avaient pas, depuis l'origine, la qualité de délégations de service public.

De la même façon, la suppression pour l'avenir de la nécessité d'une autorisation du CSA, remplacée par une simple déclaration, ne paraît pas pouvoir avoir de conséquences sur l'appréciation du juge saisi d'un litige relatif à l'une de ces conventions. Pour qualifier ces conventions, le juge devra tenir compte de la situation de droit qui existait à la date de leur conclusion, sans égard pour les changements intervenus depuis.

Il en va de même de la circonstance que le CSA considère aujourd'hui que les autorisations qu'il a délivrées sont caduques. Comme l'indique l'avis de la Section de l'intérieur précité, les deux instruments juridiques que sont l'autorisation du CSA et la délégation de service public conclue par la commune sont indépendants l'un de l'autre.

2. 2. La loi du 9 juillet 2004 impose seulement la suppression des clauses d'exclusivité.

Indiquons, au préalable, qu'une collectivité publique peut toujours, « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, (...) mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice » (CE, 22 avril 1988, Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq, p. 157, AJDA 1988.540 note B. D., Rev. adm. 1988.240 note Ph. Terneyre).

Il est, donc, possible pour une commune de résilier une convention câble, notamment en raison d'un changement important de l'environnement juridique dans lequel s'exerce l'activité (même décision), sous réserve d'indemniser intégralement le cocontractant.

2. 2. 1. La loi du 9 juillet 2004 impose de supprimer les clauses d'exclusivité et d'instaurer la possibilité d'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil.

L'article 2 de la directive n° 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques dispose que « les Etats membres ne peuvent accorder ni maintenir des droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ». Et, la directive n° 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, dite « autorisation », précise que « la fourniture de réseaux de communications électroniques ou la

fourniture de services de communications électroniques ne peut faire l'objet (...) que d'une autorisation générale », qui ne peut prendre la forme que d'une obligation de « notification », à l'exclusion de tout régime d'autorisation expresse (article 3, § 2).

L'article L. 33-1 du CPCE dispose, donc, dorénavant que : « I – L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ». De son côté, l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que « tout distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de radio ou de télévision, dépose une déclaration préalable auprès du conseil ».

Le régime d'autorisation préalable délivrée par le CSA a, donc, été supprimé et remplacé par un régime de double déclaration préalable, à l'ARCEP et au CSA.

L'article 134 lui-même prévoit spécifiquement que les conventions doivent être mises en conformité avec l'article L. 33-1 du CPCE. Et, il ajoute, depuis sa modification par la loi du 5 mars 2007, que cette mise en conformité doit garantir « l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques ».

Il n'est, donc, plus possible d'interdire, par principe, à une entreprise d'établir, si elle le souhaite, un réseau de communications électroniques, sous réserve du pouvoir de la commune pour gérer son domaine public, dans le respect des règles de concurrence. C'est d'ailleurs pour éviter une multiplication inutile des réseaux que la loi du 5 mars 2007 impose de prévoir une utilisation partagée des réseaux existants.

Dans ces conditions, les clause d'exclusivité figurant dans les conventions actuelles sont directement contraires au nouveau régime et doivent être supprimées.

2. 2. 2. La loi n'impose pas la suppression d'autres stipulations des contrats en cours.

Il faut, d'abord, se demander si d'autres stipulations des conventions sont, de la même façon que les clauses d'exclusivité, directement contraires au nouveau régime. Mais, il faut, aussi, examiner dans quelle mesure la suppression de la clause d'exclusivité n'imposerait pas, en raison de la modification de l'équilibre du contrat, une révision d'autres clauses pour rétablir l'équilibre éventuellement rompu (voir point 3, ci-dessous).

Le problème se pose pour toutes les sujétions de service public auxquelles sont assujettis les câblo-opérateurs (droit de regard sur les plans de services, financement et distribution d'un canal local de télévision destiné aux informations sur la vie communale, obligations de desserte imposant le raccordement progressif de l'ensemble de la population ou de certains équipements publics, contrôle tarifaire...).

L'article L. 33-1 du CPCE dispose que « l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect des règles portant sur », suivi d'une liste de 14 conditions qui peuvent être imposées. Certes, la loi ne dit pas expressément que cette liste est limitative et qu'aucune autre condition ne peut être imposée, mais tel paraît bien être son sens.

La loi transpose, en effet, la directive « autorisation ». Or, cette directive comprend une liste strictement limitative des conditions qui peuvent être imposées dans le cadre de « l'autorisation générale » prévue par son article 3.

Telle est, d'ailleurs, bien l'interprétation de l'article L. 33-1 qui résulte de l'examen des travaux préparatoires. Dans son rapport au nom de la commission des affaires économiques, M. Trassy-Paillogues présentait ainsi cet article : « En application de la directive « Autorisation », un régime de déclaration préalable est substitué au régime d'autorisation en vigueur (...). Cet assouplissement considérable s'accompagne d'une définition limitative des conditions de fonctionnement qui peuvent être imposées aux opérateurs. La liste des conditions possibles est précisée en annexe de la directive « Autorisation » ». Il ajoutait « La formulation de l'obligation de respect est ouverte : les prestataires « sont soumis au respect de règles portant sur ». En théorie, cela pourrait laisser entendre que d'autres règles pourraient leur être imposées. Encore faudrait-il que ces règles complémentaires aient une assise juridique, et surtout qu'elles soient cohérentes avec le droit européen. De fait, la liste des quatorze règles mentionnées s'inscrit en totalité dans le cadre des 18 conditions dont peut être assortie une « autorisation générale » » (Rapport n° 1413, précité). C'est le décret n° 2005-862 du 26 juillet 2005 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation des réseaux et à la fourniture de services de communications électroniques qui a précisé ces différentes règles.

Il s'agit là d'un cadre législatif et réglementaire qui s'impose objectivement à tous les opérateurs. A ce cadre unilatéral, il n'est rien possible d'ajouter unilatéralement.

Toutefois, il ne paraît pas possible d'en déduire automatiquement que les sujétions de service public qui figuraient dans les conventions sont devenues caduques ou doivent obligatoirement être supprimées.

Ces sujétions n'ont, en effet, pas été imposées aux câblo-opérateurs. Elles ont été librement consenties par eux dans le cadre de la négociation des contrats. Si la loi interdit pour l'avenir d'imposer aux opérateurs d'autres règles que celles qu'elle fixe elle-même, elle ne fait pas obstacle à ce que ceux-ci consentent, dans le cadre d'une négociation contractuelle, à remplir diverses obligations de service public. Vous indiquez, d'ailleurs, que de telles sujétions existent dans les conventions conclues, depuis le 9 juillet 2004, dans le cadre de l'article L. 1425-1 du CGCT. Il en va a fortiori ainsi d'obligations réciproques contractées antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi. Comme je l'ai indiqué, dans la mesure où elle porte atteinte à des contrats conclus entre des collectivités territoriales et des personnes privées, l'obligation de mise en conformité doit être interprétée strictement. Or, l'article L. 33-1 du CPCE ne concerne que les obligations unilatérales imposées par l'Etat ou les collectivités territoriales aux opérateurs.

2. 3. Quelles sont les conséquences de la suppression de la clause d'exclusivité ?

Pour analyser les conséquences de cette suppression, il faut au préalable la resituer au regard du droit des contrats publics.

Imposée par le législateur, cette modification des contrats en cours ne résulte pas de la volonté de l'une des parties au contrat. Même si, en apparence, elle devait être imposée unilatéralement par la commune, faute d'accord entre les parties sur un aménagement du contrat, elle ne relèverait pas de la jurisprudence relative au pouvoir de modification

unilatérale des contrats, qui ne trouve à s'appliquer que lorsque la modification résulte de la volonté de l'administration cocontractante (CE, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, p. 216 avec conclusions Blum, GAJA 15^{ème} éd. n° 22). La modification de l'équilibre du contrat qui en résulterait éventuellement n'ouvre, donc, pas droit à indemnité sur ce terrain.

N'émanant pas de la commune, partie au contrat, mais de l'Etat législateur, extérieur à celui-ci, la suppression n'ouvre pas droit à indemnisation intégrale sur le terrain de la théorie du fait du prince, qui n'entre en jeu que lorsque la mesure légale qui vient modifier les conditions d'exécution du contrat est prise par la personne publique cocontractante (CE, 28 avril 1939, Compagnie des chemins de fer de l'Ouest en liquidation, p. 274, RDP 1940.58 conclusions Josse, admettant l'indemnisation du cocontractant de l'Etat pour une mesure législative modifiant les dispositions mêmes d'un contrat passé par l'Etat, à comparer avec CE, 31 mars 1944, Compagnie des chemins de fer de Belfort, p. 106, refusant l'indemnisation du cocontractant d'un département sur le fondement de la théorie du fait du prince pour cette même mesure législative).

S'agissant d'un événement extérieur aux parties, il constitue, si l'on admet qu'il avait un caractère imprévisible à la date de conclusion des contrats, soit un cas d'application de la théorie de l'imprévision (ci-dessous, point 2. 3. 2) soit un cas de force majeure (ci-dessous, point 2. 3. 3).

Lorsque survient un événement de ce type, extérieur aux parties, il est toujours loisible à celles-ci de modifier ou d'adapter les conditions d'exécution du service afin de préserver ou de rétablir l'équilibre du contrat. On peut même dire que le principe de continuité du service public doit les conduire, avant tout, à trouver un accord permettant, par un réaménagement des clauses du contrat, la poursuite de l'exploitation²¹. Mais, il s'agit là d'un principe général, dont l'application est malaisée en cas de désaccord entre les parties. La jurisprudence n'exige pas que la personne publique fasse nécessairement des concessions pour rétablir l'équilibre du contrat. Ainsi, dans l'un des rares cas récents d'application de la théorie de la force majeure, le juge s'est contenté de prendre acte du fait que la commune avait refusé d'augmenter les tarifs prévus par le contrat (CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, p. 227, BJCP 2000.435 conclusions C. Bergeal).

En conséquence, il ne me semble pas que la suppression de la clause d'exclusivité ouvre automatiquement droit, pour les câblo-opérateurs, à la suppression des sujétions qui figurent dans le contrat, alors même que ces sujétions peuvent être la contrepartie contractuelle de cette clause. Si la suppression de la clause d'exclusivité entraîne effectivement un bouleversement de l'économie du contrat, il peut être de l'intérêt de la commune d'accepter de le réaménager plutôt que de verser une indemnité d'imprévision ou de force majeure, mais il s'agit là d'une appréciation qui ne peut être faite que contrat par contrat.

²¹ Ainsi, dans ses conclusions sous la décision Compagnie des tramways de Cherbourg (voir point 2. 3. 3.), Josse indique, s'agissant de la résiliation du contrat par le juge : « C'est là une solution extrême ; auparavant tous les efforts doivent être tentés pour sauver le service ». Il ajoute même « la menace de dommages-intérêts doit pousser les parties à des avenants équitables ». Le professeur Chapus écrit également, à propos de l'application de la théorie de l'imprévision : « Les parties sont d'abord tenues de rechercher si et comment le contrat pourrait être adapté à l'état d'imprévision, par exemple par une réduction adéquate de certaines charges du cocontractant ou une modification des tarifs ou des prix convenus » (Droit administratif général, tome 1, 14^{ème} éd., § 1387), mais il ne cite aucun arrêt.

2. 3. 1. La suppression de cette clause n'entraîne pas, par elle-même, la caducité des conventions de délégation de service public.

Vous indiquez que, selon les opérateurs, la suppression de cette clause remettrait en cause la qualification de délégation de service public, cette clause étant, aux termes de l'avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat, une condition requise pour que puisse exister un service public. On trouve dans certains articles de doctrine des analyses allant dans le même sens. Ainsi, MM. Golshani et Zeller, avocats, écrivent que « les clauses d'exclusivité sont « le signalisateur » du service public au sens de l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 précité. Leur invalidation vaut disparition du service lui-même et de la délégation qui en est le support » (Revue Lamy Droit des affaires, février 2006, n° 2, p. 64).

Je ne partage pas cette analyse.

En premier lieu, la transposition à la présente situation du raisonnement tenu par le Tribunal des conflits dans la décision précitée conduit également à considérer que la loi du 9 juillet 2004 ne modifie pas pour l'avenir la qualification de délégation de service public acquise à la date où les parties ont contracté.

En deuxième lieu, la disparition de la clause d'exclusivité n'entraîne pas la disparition du service public, et ce pour deux raisons. La première, qui a déjà été exposée ci-dessus (point Première partie, point 3. 2. 3), tient au fait qu'il peut y avoir service public même en l'absence d'une telle clause.

La seconde est liée au fait que le nouveau régime prévoit explicitement que l'exploitation d'un réseau câblé est une activité de service public qui peut être gérée par une collectivité territoriale. L'article L. 1425-1 du CGCT, dans sa rédaction issue de la loi du 9 juillet 2004²², dispose ainsi que « les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent (...) établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du CPCE ». Elles peuvent même, aux termes du deuxième alinéa de cet article, fournir des services de communication électronique aux utilisateurs finals, en cas d'insuffisance de l'initiative privée. Enfin, le IV du même article prévoit que lorsque l'établissement du réseau ou d'une activité d'opérateur n'est pas rentable, la collectivité territoriale peut « compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'une délégation de service public ou d'un marché public ».

Cet article figure dans le livre IV « Services publics locaux » de la première partie du CGCT et les travaux parlementaires de la version initiale de cet article, issue de la loi du 21 juin 2004, montrent que le législateur voulait effectivement mettre en place un service public local. Le législateur était préoccupé par la couverture du pays en haut débit, pour laquelle « le marché ne suffit pas, l'intervention publique est nécessaire » (JO Débats, AN, séance du 25 février 2003). Dans leur rapport au nom de la commission des affaires économiques, MM. Hérisson et Sido indiquaient : « Le texte proposé par le Gouvernement et adopté par l'Assemblée nationale répond à la demande des collectivités locales par deux leviers très puissants : d'une part, il crée, sans le dire, un « service public local » des télécommunications en abrogeant l'article L. 1511-6 qui figurait au chapitre des aides économiques du CGCT et en intégrant le nouveau texte dans la première partie dudit code, consacrée aux modes de gestion des services publics locaux » (JO Débats, Sénat, rapport n° 345, déposé le 11 juin

²² Cet article résulte d'un amendement gouvernemental déposé à l'Assemblée nationale.

2003)²³. L'exigence d'une insuffisance de l'initiative privée pour les services aux utilisateurs finals a été introduite afin de concilier interventionnisme local et liberté du commerce et de l'industrie. Elle s'inspire directement, selon les parlementaires eux-mêmes, de la jurisprudence du Conseil d'Etat Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers qui concerne la création de services publics locaux concurrençant les entreprises privées (Section, 30 mai 1930, p. 583, GAJA 15^{ème} éd. n° 44). Et, toute la discussion parlementaire témoigne de cette volonté d'ouvrir aux collectivités territoriales la possibilité de créer un service public local. Pour ne prendre qu'un exemple, lors de la discussion en deuxième lecture à l'Assemblée nationale, M. Gaudin a précisé : « La nouvelle rédaction de cet article vise à rétablir l'exigence de carence de l'initiative privée, mais seulement pour conditionner la possibilité pour les collectivités territoriales d'être opérateurs de services. / Ce changement est très important puisqu'il consacre la légitimité pour les collectivités territoriales d'établir et d'exploiter des réseaux de télécommunications. Le débat est par conséquent clarifié : ces deux activités constituent bien un service public » (séance du 8 janvier 2004)²⁴.

Il est vrai que la loi du 21 juin 2004 ne consacrait qu'un service public local des réseaux de télécommunications électroniques. Mais, l'article 1^{er} de la loi du 9 juillet 2004 ayant remplacé le mot « télécommunications » par les mots « communications électroniques » non seulement dans le CPCE, mais aussi dans l'article L. 1425-1 du CGCT²⁵, le service public ainsi créé s'étend nécessairement à l'établissement et l'exploitation « des infrastructures et des réseaux de communication électroniques », ce qui inclut les réseaux câblés.

Certes, il pourrait être soutenu que si le législateur prend soin de créer un tel service public, c'est que celui-ci n'existait pas auparavant. Tel est vraisemblablement le cas dans le secteur des télécommunications, où l'article L. 1511-6 du CGCT n'instaurait qu'un régime d'aide aux entreprises et qui était, comme on vient de le dire, le seul visé par la loi du 21 juin 2004. Mais, ce raisonnement ne peut être tenu pour les réseaux de communications électroniques, pour lesquels la loi n'excluait pas la création d'un service public local (voir première partie). Il serait, donc, paradoxal de dire que les conventions en vigueur en matière d'exploitation des réseaux câblés ne sont plus des délégations de service public parce que l'un des critères d'existence de ce service aurait disparu en raison de l'intervention d'une loi, précisément au moment où cette même loi reconnaît explicitement aux collectivités territoriales la possibilité d'exploiter et, donc, de déléguer un tel service. Il est plus logique et moins perturbant pour les conventions existantes de considérer que l'exploitation d'un réseau câblé pouvait constituer une activité de service public avant comme après les lois de juin et juillet 2004, même si les conditions d'exploitation de ce service public ont changé.

²³ Dans son avis au nom de la commission des lois, M. Türk indique que le choix de se placer dans le livre IV de la première partie du CGCT « n'est pas neutre. Les interventions des collectivités territoriales ne seraient en effet plus considérées comme des aides aux entreprises mais comme un véritable service public, sans pour autant constituer un monopole » (JO Débats, Sénat, avis n° 351, déposé le 11 juin 2003). Il ajoute, d'ailleurs : « Les délégations de service public déjà opérées par certaines collectivités seraient ainsi assurées d'une base juridique solide ».

²⁴ Voir également sur ce point les analyses convergentes de la doctrine (« Les collectivités territoriales et les nouvelles technologies de l'information » in RFDA, mars-avril 2005, pp. 296 et suivantes et R. Allemand « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », AJDA 2004.2025).

²⁵ Le projet du Gouvernement ne prévoyait cette substitution que dans le code des postes et télécommunications. Le choix de procéder aussi au remplacement dans l'article L. 1425-1 du CGCT est très tardif puisqu'il résulte de deux amendements dits « de précision » présentés par les rapporteurs du Sénat et de l'Assemblée nationale, en commission mixte paritaire.

Enfin, telle n'était certainement pas la volonté du Parlement, qui n'entendait pas remettre en cause la qualification des délégations antérieurement conclues. Cela résulte de l'analyse des travaux préparatoires de l'article 134 et est confirmé par l'examen des travaux parlementaires de l'article 13 de la loi du 5 mars 2007, qui a modifié l'article 134. Constatant deux ans après le vote de cet article que très peu de conventions avaient été mises en conformité, le Parlement a souhaité, en effet, à la fois allonger le délai et renforcer l'incitation. A cette occasion, le sénateur Masson a déposé un amendement prévoyant de donner, rétroactivement et pour l'avenir, aux conventions le caractère de délégations de service public. Le rapporteur pour avis de la commission des affaires économiques, M. Retailleau, s'est opposé à une requalification généralisée, en indiquant : « M. Masson nous propose, dans son amendement n° 41 rectifié, une solution plus brutale, qui consiste à requalifier systématiquement les conventions conclues entre les communes ou leurs groupements et les câblo-opérateurs de délégations de service public. / Or, aujourd'hui, un tiers de ces conventions sont de vraies délégations de service public, un tiers est constitué de conventions d'occupation du domaine public, et l'on ne sait pas trop comment qualifier le dernier tiers. / Monsieur Masson, si nous faisons droit à votre amendement dès ce soir le risque de spoliation serait très important. Le Parlement ne peut pas, sans étude préalable, requalifier toutes les conventions en délégations de service public. Cela reviendrait à considérer que l'ensemble des collectivités deviennent propriétaires des réseaux sans connaître la situation particulière de tel ou tel réseau dans telle ou telle ville. Ce ne serait ni très prudent ni très sage » (JO Débats, Sénat, séance du 21 novembre 2006).

L'idée d'une qualification rétroactive généralisée a, donc, été abandonnée pour ne pas modifier la situation des contrats qui n'étaient pas des délégations de service public. Mais, il résulte clairement de ces débats qu'il n'était pas dans l'intention du législateur que ceux des contrats qui étaient bien des délégations avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 juillet 2004 ne le fussent plus après.

La volonté du Parlement était, au contraire, de préserver autant que possible l'existant, en n'adaptant qu'*a minima* les contrats en cours. On en trouve une preuve supplémentaire dans la rédaction même de l'article 134 qui impose que les conventions conclues soient mises en conformité avec la nouvelle loi et non résiliées pour faire place à de nouveaux contrats. Cette obligation s'inscrit dans une logique de continuité des contrats, pas dans une logique de rupture.

Au total, il ne me semble pas que la loi ait pour effet de rendre caduques les conventions en vigueur et d'obliger les collectivités et l'opérateur à renégocier intégralement de nouveaux contrats, qui ne pourraient, évidemment, être passés qu'après une nouvelle mise en concurrence.

Certes, la suppression de cette clause, si elle était décidée de leur propre volonté par les parties, constituerait peut-être une modification substantielle du contrat, qui exclurait normalement la signature d'un avenant et imposerait qu'il soit mis fin au contrat. La jurisprudence interdit, en effet, pour les contrats dont la passation est soumise à des règles de mise en concurrence, les avenants qui constituent en réalité de nouveaux contrats, parce qu'ils viennent bouleverser l'économie du contrat d'origine ou en changer l'objet (CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région Ile de France c/ Société de gérance Jeanne d'Arc, p. 321, RDP 1996.569 conclusions S. Fratacci).

Mais, tel n'est pas le cas en l'espèce. La suppression de la clause d'exclusivité, à supposer même qu'elle entraîne un bouleversement de l'économie du contrat, est imposée aux parties par la loi. Dès lors que, comme il vient d'être dit, celle-ci entend préserver la continuité des conventions en cours, l'avenant destiné à la mettre en œuvre ne peut pas être analysé comme un nouveau contrat.

Il me semble, donc, découler nécessairement de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 que la modification qu'elle impose peut être faite par avenant sans résiliation du contrat initial ni nouvelle mise en concurrence.

2. 3. 2. Dans la mesure où la suppression de la clause d'exclusivité entraînerait un bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat, elle pourrait ouvrir droit à une indemnisation au profit du co-contractant de l'administration, sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Si la suppression de la clause d'exclusivité et l'utilisation partagée des infrastructures entraînent un bouleversement de l'économie du contrat qui n'est pas définitif, elles ouvrent droit, au profit du co-contractant de l'administration, à une indemnisation sur le fondement de la théorie de l'imprévision (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, p. 125 avec conclusions Chardenet, GAJA 15^{ème} éd. n° 31).

Il est possible que ces deux modifications bouleversent l'économie du contrat. Ainsi, dans l'article précité, MM. Golshani et Zeller écrivent « il paraît en effet fort improbable que la mise en conformité puisse se réaliser a minima, c'est-à-dire par la simple suppression de l'exclusivité d'établissement et d'exploitation consentie aux câblo-opérateurs par les communes. (...). En réalité cette mise en conformité pose deux difficultés qui sont d'ailleurs liées. Comment compenser au profit des entreprises la perte de l'exclusivité pourtant garantie et qui était une clause évidemment substantielle des contrats en cours, ce qui revient à poser, deuxième difficulté, le problème de savoir si l'anéantissement de la clause d'exclusivité n'aboutit pas à une véritable dénaturation des contrats existants ».

Il est certain que la clause d'exclusivité était un élément important du contrat. Il est certain aussi que la possibilité nouvelle d'une utilisation partagée place le câblo-opérateur dans une situation plus défavorable en accroissant sensiblement la concurrence potentielle. Mais, je ne crois pas que l'on puisse affirmer pour autant, de façon générale, que ces modifications entraînent nécessairement et systématiquement un bouleversement de l'économie du contrat.

Un tel bouleversement doit être démontré, au cas par cas, à partir d'une analyse des effets de ces modifications sur les conditions concrètes d'exécution du contrat. Le simple fait que les opérateurs seraient dorénavant soumis à une concurrence potentielle accrue ne suffit certainement pas de ce point de vue. La jurisprudence exige, en effet, qu'il existe un déficit réellement important et non un simple manque à gagner. Il appartiendrait, donc, à l'opérateur se prévalant de la théorie de l'imprévision de démontrer ce bouleversement, à partir de l'évolution de sa clientèle, de son chiffre d'affaires ou de tout autre élément comptable et financier et de démontrer que le déficit est bien le résultat direct et certain des modifications imposées par l'article 134 et non d'autres éléments (évolution technologique, développement du satellite, d'Internet...).

S'il y parvenait, il aurait droit à une indemnité couvrant entre 90 et 95 % de la charge extracontractuelle.

2. 3. 3. Ce n'est que dans l'hypothèse où la suppression de la clause d'exclusivité serait constitutive d'une situation de force majeure²⁶ que le contrat pourrait être résilié par le juge à la demande de l'une des parties.

S'il était établi que la suppression de la clause d'exclusivité et l'accès partagé bouleversent définitivement l'équilibre du contrat, les conditions de la force majeure seraient réunies et, à défaut d'accord entre les parties, l'une d'elles pourrait demander la résiliation du contrat au juge administratif (CE, Assemblée, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, p. 1050 avec conclusions Josse GAJA 12^{ème} éd. n° 49 ou Commune de Staffelfelden, précitée). Encore faut-il que la poursuite de l'économie du contrat soit définitivement bouleversée, ce qui ne peut être établi que contrat par contrat.

Dans ce type de force majeure, le cocontractant n'est pas dispensé de l'exécution du contrat, tant qu'il n'a pas obtenu du juge la résiliation (voir l'ouvrage cité note 28, § 751). Il peut, le cas échéant, prétendre à une indemnité, qui est assimilée à une indemnité d'imprévision, même si la jurisprudence n'est pas très claire sur l'étendue exact du droit à indemnisation dans cette hypothèse.

2. 3. 4. Le cocontractant pourrait aussi se retourner contre l'Etat sur le terrain de la responsabilité sans faute du législateur, tout comme la commune si elle était amenée à verser une indemnité.

Dès lors que la suppression de la clause d'exclusivité est la conséquence directe du nouveau régime législatif et n'est, donc, pas imputable aux communes, elle est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat législateur (CE, 14 février 1936, Ville de Paris, S. 1936,3,81 note Alibert ou CE, 9 mai 1947, Etablissements Lapra, p. 183). Le bouleversement de l'économie du contrat ouvre ainsi droit à indemnité à la charge de l'Etat, mais dans les conditions très strictes de ce régime (existence d'un préjudice anormal et spécial et absence d'exclusion explicite par le législateur d'une indemnisation²⁷).

Cette indemnité pourrait vraisemblablement être demandée par le cocontractant parallèlement à une action contre la commune sur le terrain de l'imprévision, sous réserve que la somme des indemnités obtenues n'excède pas la charge extracontractuelle (CE, 23 janvier 1952, Compagnie des Tramways électrique de Limoges, p. 52, pour un cas d'indemnité demandée par le cocontractant à l'Etat, et sur ce point, le Traité des contrats administratifs, précité, § 1301).

²⁶ La théorie de la force majeure dont il est fait application ici, que l'on qualifie parfois pour cette raison de « force majeure administrative », n'exige pas que l'événement présente un caractère irrésistible, contrairement à ce qu'il en est habituellement, par exemple pour que la force majeure constitue une cause exonératoire. Il suffit ici, dans le cadre de la jurisprudence Cie des tramways de Cherbourg, que le bouleversement de l'économie du contrat soit définitif, « mais sans qu'il soit nécessaire que cet événement rende absolument impossible l'exécution du contrat » (A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1984 § 734). Si le bouleversement n'est pas définitif, c'est la théorie de l'imprévision qui s'applique et le contrat continue à s'exécuter. S'il est définitif, il n'y a pas de raison que l'administration continue à verser indéfiniment au cocontractant une indemnité d'imprévision et la résiliation du contrat peut être demandée au juge.

²⁷ Par une décision du 2 novembre 2005, Société coopérative agricole Ax'ion (p. 468, AJDA 2006.142 chronique C. Landais et F. Lénica), le Conseil d'Etat a abandonné sa jurisprudence antérieure selon laquelle le silence de la loi sur les conséquences que pouvait comporter sa mise en œuvre devait être interprété comme excluant par principe tout droit à réparation.

Elle pourrait également être demandée à l'Etat par la commune, qui aurait été amenée à verser à son cocontractant une indemnité d'imprévision (CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, 2^{ème} espèce, p. 359).