

Etude relative à l'intervention des collectivités territoriales en matière d'infrastructures de réseaux de télécommunications à haut débit : contribution du cabinet Baker and Mac Kenzie (décembre 2003)

**AVERTISSEMENT DE L'AUTORITE DE REGULATION DES TELECOMMUNICATIONS**

L'Autorité a fait effectuer par les cabinets Baker & McKenzie, Bird & Bird et Latournerie une étude relative à l'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications et à ses éventuelles implications en terme de distorsion de concurrence.

Dans un souci de transparence et d'information ouverte, elle a décidé de rendre publique cette étude.

Les analyses conduites et les propositions de méthodologie pour déterminer le propriétaire des installations concernées sont de la seule responsabilité des cabinets auteurs de l'étude et n'engagent pas l'Autorité.

**SYNTHESE**

**1- Le périmètre du service public**

Aujourd'hui<sup>1</sup>, les collectivités peuvent intervenir dans le développement des réseaux de télécommunications par le biais d'infrastructures passives<sup>2</sup>, après simple consultation publique. Elles ne peuvent en aucun cas être opérateur de réseaux ouverts au public.

Le projet de l'Assemblée nationale concernant le nouvel article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) ouvre largement les possibilités d'action des collectivités locales : elles peuvent établir et exploiter des réseaux de télécommunications ouverts au public sans condition (elles doivent seulement recenser les réseaux existants et les projets de développement). Elles peuvent devenir fournisseur de services au public après une consultation révélant une « *insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des populations et des entreprises* ».

Le projet du Sénat réduit le champ d'intervention des collectivités locales : il leur donne le droit d'établir des réseaux de télécommunications ouverts au public, mais elles ne peuvent être opérateur de réseau et fournir des services aux utilisateurs qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées.

Si l'étendue du service public ouvert aux collectivités locales diffère, il présente néanmoins dans les deux cas des caractères communs :

- *Un service public d'aménagement et de développement du territoire*

Le service public local des télécommunications vise avant tout à permettre le développement de territoires qui, pour des raisons économiques et géographiques, ne sont pas desservis en haut-débit. Le but principal est donc de favoriser l'installation d'opérateurs en créant des infrastructures de

<sup>1</sup> Article L. 1511-6 CGCT.

<sup>2</sup> Confirmé par l'avis du Conseil d'Etat du 5 novembre 2002, n°368.410, joint en annexe 12.

télécommunications. Assurer directement la desserte des utilisateurs finaux ne doit pas être l'objectif prioritaire des collectivités.

- *Un service public subsidiaire*

Subsidiaire d'abord eu égard au service public national des télécommunications (service universel), dont le périmètre est susceptible de s'étendre en particulier au haut-débit<sup>3</sup>. Subsidiaire, ensuite, eu égard au libre jeu du marché et aux interventions des opérateurs privés, censés répondre aux besoins des clients, conformément au cadre juridique communautaire. Les collectivités n'interviennent que si l'un et l'autre ne suffisent pas à satisfaire les besoins locaux.

- *Un service public facultatif, déterminé par les collectivités locales*

Dans le champ de ce que la loi permet, les collectivités pourront ensuite librement agir. Il faut d'abord souligner qu'il n'y a pas d'obligation d'action pour les collectivités.

Par ailleurs, la loi n'impose pas une couverture exhaustive de leur territoire. Les collectivités déterminent leurs besoins, sous le contrôle du juge administratif. S'agissant d'une compétence discrétionnaire, le contrôle du juge est limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

En outre, les collectivités sont libres de déterminer le contenu concret du service public : contenu technique et commercial (offres de services).

- *Un service public en concurrence*

Les collectivités locales peuvent intervenir dans le contexte d'une simple insuffisance, et non d'une carence, de l'initiative privée : elles doivent respecter par conséquent non seulement la réglementation des télécommunications, mais aussi les règles de concurrence, notamment celles relatives aux aides d'Etat.

Tout d'abord, le champ d'intervention des collectivités locales est conditionné, dans le futur article L. 1425-1 du CGCT, par une « *insuffisance des initiatives privées* ». Cette expression nouvelle est une réminiscence amoindrie de la carence. Cela ressort des débats en première lecture à la fois devant l'Assemblée nationale<sup>4</sup> et devant le Sénat<sup>5</sup>. Elle n'est, à la différence de la carence, nullement exclusive d'une concurrence effective.

L'action des collectivités locales est soumise aux règles de la concurrence<sup>6</sup> et à la réglementation relative aux aides d'Etat. Elles ne peuvent donc pas subventionner librement les opérateurs en charge du service public. Les conditions posées par le traité et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)<sup>7</sup> concernant la compensation des charges de service public trouvent ici à s'appliquer.

---

<sup>3</sup> Proposition de loi n° 1178 du 4 novembre 2003 tendant à étendre le service universel à l'internet haut-débit et à la téléphonie mobile, présenté par MM Bianco, Bacquet et consorts, joint en annexe 10.

<sup>4</sup> « *là où les opérateurs privés pourront trouver seuls un marché, les collectivités territoriales n'investiront pas* » ou « *il s'agit, à partir d'un constat de carence, d'établir de véritables réseaux* » et enfin « *pour les collectivités, il y a deux phases à prendre en compte. Dans un premier temps des travaux devront être réalisés pour mettre en place ces réseaux (...), dans un second temps, la collectivité se fera opérateur de télécommunications si par malheur elle ne trouve pas un opérateur acceptant de prendre en charge ce réseau* » extraits des débats de l'Assemblée nationale, 3<sup>e</sup> séance du mardi 25 février 2003.

<sup>5</sup> « *ce rétablissement du constat de carence* » selon le rapporteur de la commission extrait des débats du Sénat, séance du 24 juin 2003.

<sup>6</sup> sur la soumission des délégations de service public au droit de la concurrence, voir notamment CE, 3 novembre 1997, .

<sup>7</sup> CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00 et 27 novembre 2003 ; *Enirisorse*, C-38/01 ; Cf. infra 3. : subventions publiques et extraits en annexe 6.

Enfin, l'opérateur de service public est contraint par la réglementation des télécommunications, notamment en matière d'interconnexion. Les collectivités ou leurs délégataires ne peuvent y trouver de protection contre la concurrence<sup>8</sup>.

- *Un service public évolutif*

Les besoins ainsi que les technologies en matière de services haut-débit sont très évolutifs. Les réseaux sont menacés d'obsolescence selon des cycles beaucoup plus courts que dans les secteurs traditionnels d'intervention des collectivités locales (eau, transport ou électricité).

Ce caractère rend plus risqué l'intervention des collectivités locales, notamment financièrement. Il est donc nécessaire de s'assurer, d'une part que l'intervention de la collectivité est réellement indispensable, et d'autre part que les formes de cette intervention sont adaptées à ce nouveau marché, en laissant aux opérateurs la responsabilité qui leur revient.

**L'objectif est donc davantage de fournir aux opérateurs de télécommunications les moyens de s'implanter et d'agir sur le territoire, plutôt que de transformer les collectivités locales en opérateurs de plein exercice.**

## **2- Le choix du montage juridique<sup>9</sup>**

### 2.1. Les montages possibles

- Construction des infrastructures

Pour la construction des infrastructures seules, un marché public de travaux peut être mis en œuvre. Pour cette infrastructure non activée, un appel d'offres sur performances serait injustifié, aucun choix technologique n'intervenant à cette étape.

Pour la mise en place d'un réseau de télécommunications, un marché public de travaux, avec une composante de fournitures (équipements) pour l'activation du réseau peut être utilisé. Ici, l'appel d'offres sur performances pourrait éventuellement se justifier : les différentes options technologiques proposées par les opérateurs peuvent être un élément du choix de la collectivité.

- Fourniture de services aux opérateurs ou aux clients finaux

S'il s'agit de la mise à disposition des infrastructures seules, construites précédemment par la collectivité, une simple convention d'occupation du domaine public suffit.

Pour la fourniture de services aux opérateurs, deux schémas sont possibles :

- La délégation de service public, qui peut prendre deux formes. Pour la seule fourniture du service sur une infrastructure préexistante, un contrat d'affermage suffit. Si la construction d'une infrastructure est nécessaire, un contrat de concession est le mieux adapté.

- Un montage plus complexe à base de marchés publics, combinant un marché pour l'exploitation technique du réseau (marché public de service) et un marché pour l'exploitation commerciale des services (mandat de commercialisation). Les contrats conclus avec les usagers engageraient la collectivité, le cocontractant agissant pour le compte et au nom de celle-ci.

En revanche, il n'est pas possible de déléguer, par un marché, la fourniture de services aux utilisateurs (cf. 2.2. ci dessous).

### 2.2. Fourniture de services : la préférence pour une délégation de service public

---

<sup>8</sup> Cf. infra 4. : ouverture des réseaux à la concurrence et en annexe 4.

<sup>9</sup> Pour les détails propres à chaque contrat et le régime de propriété, Cf. diapositives premier et deuxième séminaires jointes en annexe 1 et 2.

Si légalement les schémas à base de marchés publics sont envisageables, il semble à plusieurs points de vue préférable de choisir un contrat de délégation de service public, dès lors que l'opération a pour objet la fourniture d'un service au public.

- La fourniture de services de télécommunications rentre a priori dans le cadre des délégations de service public et non des marchés publics<sup>10</sup>: En effet, la rémunération du fournisseur devrait être assurée en partie par l'exploitation du service, les opérateurs ou utilisateurs étant en mesure de verser un prix en contrepartie de celui-ci. La collectivité, même si elle subventionne l'activité du délégataire, devrait donc laisser subsister un aléa d'exploitation, notamment parce qu'il lui est en principe impossible de financer les dépenses de fonctionnement des services publics industriels et commerciaux locaux. En conséquence, la collectivité s'exposerait à un risque sérieux d'annulation d'un marché public déléguant la fourniture du service<sup>11</sup>.
- Dans le régime des délégations de service public, les mécanismes de contrôle sur le délégataire permettent de réduire l'asymétrie d'information qui existe entre la collectivité et l'opérateur de télécommunications. Le rapport annuel du délégataire<sup>12</sup>, complété par des obligations d'information périodiques à prévoir dans le cahier des charges (chiffre d'affaires, trafic, qualité de service), permettraient à la collectivité de suivre les performances de son opérateur.
- Le risque financier est partagé entre la collectivité et son délégataire, alors que, dans le cadre d'un schéma à base de marchés, seule la collectivité publique engage son entière responsabilité dans l'exploitation.
- La délégation de service public (notamment dans le cadre d'une concession) est en outre plus avantageuse que le marché public au regard de la propriété publique : elle permet d'obtenir une infrastructure dont la collectivité conserve la propriété en tant que bien de retour<sup>13</sup>. Dans un marché de service, l'infrastructure resterait propriété privée.
- Les pouvoirs liés à l'exploitation du service public autorisent à la collectivité locale dans le cadre d'un contrat de délégation de service public à modifier unilatéralement les clauses réglementaires (dont celles touchant à la définition du service public)<sup>14</sup>. Cela permet d'adapter le service public aux besoins du public et de faire évoluer les prestations du concessionnaire au gré des évolutions technologiques, afin de garantir la meilleure qualité du service offert. Ces modifications ne doivent cependant pas bouleverser l'économie du contrat, faute de quoi le concédant devrait indemniser le concessionnaire.

---

<sup>10</sup> Cf Conseil d'Etat, 30 juin 1999, *SMITOM* «...la rémunération prévue pour le co-contractant était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service ; que, dès lors, le contrat envisagé devant être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public, la procédure pour la passation de ce contrat était soumise aux dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT», joint en annexe 13 et article 1 du code des marchés publics annexe 8 et article L. 1411-1 du CGCT annexe 9.

<sup>11</sup> A la suite de l'annulation de la décision de passation.

<sup>12</sup> Article L. 1411-3 CGCT : le rapport contient notamment « les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service ». Une annexe permet à l'autorité déléguée « d'apprécier les conditions d'exécution du service public ».

<sup>13</sup> La totalité du réseau de télécommunications (génie civil, fibres, équipements de transmission et commutation) pourrait être classée en biens de retour. Cf. premier séminaire sur le régime de propriété, en annexe 1.

<sup>14</sup> Sur le caractère réglementaire des clauses, Cf. CE, 21 décembre 1906. Sur la possibilité de modifier unilatéralement les clauses réglementaires, Cf. CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, R. Chapus, *Droit administratif* 2001 T1 n°662.

### **3- Les subventions publiques<sup>15</sup>**

Les collectivités locales souhaitent fréquemment recourir aux subventions dans le secteur des télécommunications locales. Celles-ci présentent l'avantage de pouvoir être rapidement accordées et de limiter l'engagement de la collectivité dans un métier qu'elle ne maîtrise pas.

Toutefois, la mise en place de telles aides ne doit pas aboutir à détourner les procédures de passation des marchés publics et délégations de service public.

En outre, les subventions sont strictement encadrées par le droit national et communautaire de la concurrence.

#### **3.1. Le risque de requalification**

C'est d'abord le risque de voir le montage financier<sup>16</sup> requalifié en marché public ou en délégation de service public

Les subventions répondent normalement à l'initiative privée du projet. Si cette initiative émane de la collectivité, le juge risque fort de requalifier la subvention en délégation de service public ou en marché public. C'est une menace juridique considérable car cette requalification entraînerait l'annulation de la décision de signer la convention au motif que la procédure de passation imposée par la loi (pour les marchés publics comme les délégations de service public<sup>17</sup>) n'a pas été respectée.

Concrètement, cela peut entraîner l'annulation du contrat par le juge du contrat<sup>18</sup> et en conséquence, la nécessité d'assurer en régie l'exploitation du service public en attendant la passation régulière d'un nouveau contrat.

#### **3.2. Le respect de la concurrence**

Les subventions ne doivent pas fausser la concurrence ni conduire au gaspillage d'argent public. Les conditions dans lesquelles les collectivités publiques peuvent subventionner des entreprises sont donc strictement encadrées.

- Le code général des collectivités locales limite les subventions accordées par les communes aux services publics industriels et commerciaux (SPIC) locaux.

L'article L. 2224-2 du CGCT<sup>19</sup> interdit aux communes de subventionner les SPIC locaux. Ceux-ci doivent présenter un budget équilibré.

Cet article réserve toutefois deux cas :

- Les subventions d'investissement. Pour de telles dépenses, les communes peuvent soutenir leur délégataire afin de maintenir un prix non excessif tout en modernisant des installations d'intérêt général.
- « *Les contraintes particulières de fonctionnement* » imposées par la collectivité peuvent être compensées.

- Le droit communautaire restreint aussi de telles subventions

---

<sup>15</sup> Cf. plan détaillé du troisième séminaire en annexe 3.

<sup>16</sup> Une convention de subventionnement si le montant dépasse 23 000 euros par an (loi du 12 avril 2000) ; en deçà, pas de formule contractuelle obligatoire.

<sup>17</sup> Respectivement dans le code des marchés publics et la loi du 30 janvier 1993, dite loi Sapin.

<sup>18</sup> Suite aux évolutions de la jurisprudence CE Sect. 7 octobre 1994, *Epoux Lopez*, Lebon, p. 430, concl. Rémy Schwartz et CE 26 mars 1999, *Société Hertz*, RFDA 1999, p. 977.

<sup>19</sup> Joint en annexe 7.

Les subventions publiques aux entreprises sont a priori interdites en droit communautaire. Des dérogations permettent toutefois aux collectivités publiques d'intervenir dans des cas particuliers et sous le contrôle de la Commission.

Une telle dérogation existe notamment pour les services économiques d'intérêt général<sup>20</sup>. Une collectivité peut, dans ce cadre, compenser financièrement des surcoûts découlant des obligations particulières qu'elle impose afin de maintenir le service public.

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes donne des indications précises sur les conditions de légalité de la compensation des charges de service public.

Les critères ont été définis par deux arrêts<sup>21</sup> récents de la Cour. Quatre conditions sont requises :

- la mission de service public doit être prévue par les textes et les obligations qui en découlent pour l'entreprise clairement définies ;
- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- la compensation doit équivaloir exactement les surcoûts subis par l'entreprise, en prenant en compte les recettes relatives à l'exploitation du service et « *le bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* » ;
- la compensation doit être déterminée « *sur la base des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée (...) aurait encourus pour exécuter ces obligations* ». La Cour considère que le choix de l'entreprise selon une procédure de marché public remplit automatiquement cette condition, la concurrence assurant la détermination la plus juste de ces coûts.

#### ➤ Les procédures de contrôle

Une procédure spécifique pourrait être mise en place afin d'assurer le respect de ces règles d'intervention par les collectivités locales. En effet, le seul contrôle de légalité préfectoral risque d'être insuffisant, compte tenu de l'expertise juridique et économique nécessaire à l'analyse de la légalité des compensations et du risque communautaire auquel l'Etat s'expose.

La définition d'une méthodologie unique au niveau national, relative au calcul de la compensation des obligations de service public, serait très utile. Elle pourrait être assurée, sur demande d'avis du Gouvernement, par le Conseil de la concurrence, après consultation de l'ART. Le Conseil a déjà déterminé les conditions d'accès aux infrastructures publiques<sup>22</sup>, mais il ne s'est pas prononcé sur le calcul des subventions de service public. Un avis du Conseil semble nettement préférable à une réglementation étatique.

Enfin, une notification par les collectivités locales à l'ART, préalable à l'octroi de toute aide, permettrait de veiller au respect de la méthodologie, en s'appuyant sur l'expertise technico-économique développée par l'Autorité notamment en matière de coûts du service universel. Un dossier détaillant le mode de calcul de la compensation selon la méthodologie du Conseil de la concurrence serait le support de cette vérification. En cas de désaccord ou de doute, l'ART pourrait alerter soit le Conseil de la concurrence, soit le préfet concerné.

#### 4- L'ouverture des réseaux à la concurrence<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> article 86 § 2 TUE.

<sup>21</sup> CJCE, *Altmark Trans GmbH*, 24 juillet 2003, C-280/00 et CJCE, *Erinisorse SpA*, 27 novembre 2003, C-38/01, annexe 6.

<sup>22</sup> Cf. Cons. Conc., Avis n° 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998, BOCC 31 mars 1999, p.130 ; annexe 14.

<sup>23</sup> cf. plan détaillé du quatrième séminaire annexe 4.

Les collectivités locales ont la possibilité, dans le cadre traditionnel de la gestion déléguée des services publics, de protéger leur cocontractant face à la concurrence. C'est la nature même de la mission de service public qui légitime ce pouvoir.

Toutefois, dans le cadre des télécommunications, les règles de concurrence qui résultent directement du traité et de son droit dérivé prévalent sur ces règles jurisprudentielles. Les obligations en terme de concurrence s'exercent à trois niveaux : l'accès aux services, au domaine public et au réseau.

#### 4.1. L'accès aux services

Tout d'abord, la collectivité ou son délégataire ne peuvent en aucun cas limiter l'accès aux services offerts par l'opérateur local. Les principes du service public s'appliquent avec toute leur force<sup>24</sup>.

L'avis du Conseil de la concurrence de 1998<sup>25</sup> dispose clairement que l'accès aux services de télécommunications fournis par les personnes publiques (en l'espèce limités aux infrastructures) doit être offert à tous les opérateurs dans des conditions, notamment tarifaires, objectives, transparentes et non discriminatoires.

L'opérateur chargé de la mission de service public local ne peut ainsi se voir réserver la desserte du client final.

De plus, cet opérateur devra assurer sa mission de façon transparente. Les contraintes de transparence financière (s'il exerce le rôle « d'opérateur d'opérateurs » et celui de fournisseur de service aux utilisateurs finaux) sont donc importantes. La séparation comptable des activités semble indispensable, à défaut d'une séparation organique.

#### 4.2. L'accès au domaine public

Les collectivités locales doivent respecter les droits de passage des opérateurs de télécommunications.

Le droit de passage sur le domaine public routier est très clairement imposé par la loi<sup>26</sup>. Sur son domaine public non routier, la collectivité locale doit assurer le droit de passage de façon non discriminatoire, si elle l'accorde à son opérateur<sup>27</sup>. Elle ne peut donc pas protéger son cocontractant par ce biais.

#### 4.3. L'accès au réseau

En tant qu'opérateur de télécommunications, les opérateurs délégués doivent respecter les règles déterminant le droit d'accès aux réseaux des opérateurs de télécommunications.

L'article L. 34-8 du Code des Postes et Télécommunications (CPT) prévoit, pour tout opérateur de réseau ouvert au public, l'obligation d'offrir des services d'interconnexion, dans des conditions objectives, non discriminatoires et transparentes<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Notamment le principe d'égal accès au service public et d'égalité des usagers devant le service public CE, sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoires*, p.151.

<sup>25</sup> Cf. Cons. Conc., Avis n° 98-A-21 du 1<sup>er</sup> décembre 1998, BOCC 31 mars 1999, p.130, joint en annexe 14.

<sup>26</sup> Cf. article L. 47 du Code des Postes et Télécommunications ; article L. 1511-6 du CGCT et la rédaction actuelle du futur article L. 1425-1 CGCT.

<sup>27</sup> Article L. 45-1 du CPT.

<sup>28</sup> En outre, selon cet article, «*La demande d'interconnexion ne peut être refusée si elle est raisonnable au regard d'une part des besoins du demandeur, d'autre part, des capacités de l'exploitant à la satisfaire* ».

En revanche, une obligation de faire droit aux demandes d'accès à des éléments de réseaux en dehors des prestations d'interconnexion (« accès spécial ») n'est imposée qu'aux opérateurs puissants (tels que définis dans l'article L. 36-7 CPT). Ceci ne devrait donc pas s'appliquer aux opérateurs locaux.

Les directives communautaires de 2002, notamment la directive « accès » n°2002/19/CE du 7 mars 2002, confirment cette différence entre interconnexion et accès spécial. Si tous les exploitants de réseaux ouverts au public doivent satisfaire à l'obligation d'interconnexion des autres opérateurs, l'obligation d'accorder un droit d'accès spécial au réseau n'est pas prévue<sup>29</sup>, en dehors du cas des opérateurs puissants<sup>30</sup>. Le projet de loi<sup>31</sup> transposant le «Paquet télécoms» reprend cette distinction et les obligations qui en découlent.

Le délégataire de service public ne peut se prévaloir de sa mission (définie limitativement par le contrat de délégation) pour s'exonérer de ses obligations légales en tant qu'opérateur de télécommunications. En conséquence, la collectivité locale ne peut lui imposer une activité restant en-deçà desdites obligations. Au-delà du service public et des obligations du CPT, en revanche, la collectivité peut restreindre voire interdire les activités accessoires de son opérateur.

En revanche, la collectivité locale peut imposer une situation plus concurrentielle à son délégataire en prévoyant des obligations d'ouverture du réseau plus larges que la simple interconnexion, ce qui est du reste prévu par le projet d'article L. 1425-1- III du CGCT : le niveau et les conditions d'accès au réseau sont définis par la collectivité sous le contrôle de l'ART, compétente pour se prononcer sur toute demande d'arbitrage, concernant la mise à disposition et le partage aussi bien des infrastructures que des réseaux.

Emmanuel Guillaume  
Avocat associé

---

<sup>29</sup> Article 5 de la directive « accès » n°2002-19-CE.

<sup>30</sup> Article 12 de la directive « accès » n°2002-19-CE.

<sup>31</sup> Projet de loi sur le service public des télécommunications et France Télécom voté en première lecture le 5 décembre par l'Assemblée Nationale.