



Cable Europe

– 6 juillet 2007 –

**Réponse à la consultation publique  
ouverte par l'ARCEP  
sur la mise en conformité des « conventions câble »**



# Cable Europe

## Avant propos

### 1.

La volonté d'adaptation du marché des télécommunications aux progrès technologiques et aux exigences du marché a conduit les autorités communautaires à adopter au cours de l'année 2002 un nouveau cadre réglementaire composé d'une série de directives, dénommées « Paquet Telecom »<sup>1</sup>, dont l'objectif principal était de renforcer la concurrence entre infrastructures, de faciliter l'arrivée des nouveaux entrants et de stimuler les investissements des opérateurs, le tout au bénéfice du consommateur final.

Compte tenu de la convergence technologique<sup>2</sup> et de la nécessité d'organiser une réglementation horizontale de l'ensemble des infrastructures, le nouveau cadre réglementaire communautaire ne se limite donc plus aux réseaux et services de télécommunications, mais couvre l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques, y compris le câble<sup>3</sup>.

Quant au fond, le principe posé par les directives Paquet Telecom est celui de la libre concurrence entre opérateurs sur un marché que les Etats doivent laisser ouvert, sans accorder de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement ou l'exploitation des réseaux<sup>4</sup>. Sont ainsi prohibées les réglementations administratives qui auraient un effet direct sur les conditions d'entrée des opérateurs sur ces marchés, étant entendu que ce nouveau dispositif s'applique aux « autorisations existantes déjà à la date d'entrée de celle-ci »<sup>5</sup>.

Les Etats membres ont dû en conséquence réviser toutes les autorisations ou « délégations » d'exploitation de réseau antérieurement conclues et aujourd'hui en vigueur.

A la lumière de ces développements, la France a adopté la loi 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle<sup>6</sup> destinée à transposer le « Paquet Telecom » et à assurer l'harmonisation et la libéralisation du cadre juridique des télécommunications.

---

<sup>1</sup> a) Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 dite directive « cadre » relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques ; b) Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 dite directive « autorisation » qui définit les prescriptions applicables à l'activité de communications électroniques ; c) Directive 2002/219/CE du 7 mars 2002 dite directive « accès » relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion ; d) Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 dite directive « service universel » qui détermine les conditions dans lesquelles est assuré le service universel ; e) Directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 dite directive « concurrence » relative à la concurrence dans les marchés de réseaux.

<sup>2</sup> Principe de la neutralité technologique consacré par l'article 1<sup>er</sup> de la directive « Cadre ».

<sup>3</sup> Selon le considérant 5 de la directive « Cadre », « la convergence des secteurs de l'information implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire ».

<sup>4</sup> Article 2 de la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 « Concurrence ».

<sup>5</sup> Article 17 de la directive 2002/20/CE « Autorisation ».

<sup>6</sup> Loi n° 2004-699 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.



# Cable Europe

L'établissement et l'exploitation de tous réseaux, qu'ils soient « câblés » ou de « télécommunications »<sup>7</sup>, relèvent désormais du **régime harmonisé** des « communications électroniques »<sup>8</sup>. Ce régime harmonisé est un **régime libéralisé**. L'article L. 33-1 du Code des Postes et Communications Electroniques (ci-après CPCE) dispose ainsi que l'établissement et l'exploitation des réseaux par les opérateurs est soumis à simple déclaration préalable auprès de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes<sup>9</sup> (ci-après ARCEP).

Tirant toutes les conséquences de ces profondes transformations, le législateur français a décidé d'adapter les modalités d'intervention des pouvoirs publics.

- (i) L'organisation institutionnelle de la régulation, auparavant répartie entre l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ci-après ART) et le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (ci-après CSA) est maintenant regroupée au sein l'ARCEP, régulateur économique des réseaux et services de communications électroniques, le CSA demeurant néanmoins compétent pour le contenu audiovisuel quel que soit le support de diffusion.
- (ii) Les capacités d'action des collectivités territoriales en qualité d'opérateur, auparavant extrêmement limitées<sup>10</sup>, sont désormais étendues par l'article L. 1425-1 du Code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT). Cette disposition leur octroie un titre de compétence en vue « d'établir et d'exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques »<sup>11</sup>.

C'est dans ce contexte que l'accompagnement d'un certain nombre de contrats en cours, historiquement **conclus entre les câblo-opérateurs et les collectivités** pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés, est devenu indispensable afin de gommer les discriminations existant naturellement d'un secteur à l'autre dans une réglementation sectorielle mais qui perdent toute justification dans le cadre harmonisé d'une régulation par marché.

<sup>7</sup> Le Code des postes et télécommunications dissociait le régime de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de télécommunications (article L. 33-1 du Code) et d'un réseau câblé (article 34 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986).

<sup>8</sup> Article L. 32 et suivants du Code des postes et communications électroniques : « On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d'installation de transport ou de diffusion ainsi que le cas échéant, les autres moyens assurant l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage. Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle ».

<sup>9</sup> Auparavant, une autorisation préalable était nécessaire. Nouvel article L. 33-1 du Code des postes et communications électroniques : « L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture de service de communications électroniques sont libres sous réserve d'une déclaration préalable après de l'Autorité de régulation des télécommunications ... ».

<sup>10</sup> L'article L. 1511-6 du Code des Postes et Télécommunications ne permettait pas aux collectivités territoriales d'exercer l'activité d'opérateur de réseaux de télécommunications. L'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 pour les services de communications audiovisuelles ne leur permettait pas d'être directement opérateurs de réseaux.

<sup>11</sup> Article 50 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.



# Cable Europe

Lors de la discussion préalable à l'adoption de la loi du 9 juillet 2004, Mme Fontaine, ministre déléguée à l'industrie indiquait ainsi que « *les nouvelles dispositions s'appliqueront en particulier aux réseaux câblés qui ont été construits pour diffuser des chaînes de télévisions. 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 câbles puissent enfin se développer* »<sup>12</sup>.

L'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 a en conséquence organisé l'accompagnement des conventions câble en cours d'exécution.

Dans sa rédaction initiale, l'article 134 disposait simplement :

*« 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** ».*

Le décret pris pour la publication de l'article L. 33-1 ayant été publié le 29 juillet 2005<sup>13</sup>, les parties devaient adapter leur convention dans un délai d'un an à compter de cette date.

Faute de précision textuelle quant à la portée et aux modalités de cette mise en conformité, un certain nombre de conventions restent à modifier quand d'autres ont déjà fait l'objet de révisions validées par les deux parties, créant ainsi un niveau supplémentaire de confusion.

Le législateur est donc intervenu à l'occasion de la loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur<sup>14</sup> pour étendre le délai de mise en conformité de un à deux ans. Cependant, à cette occasion, l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 s'est vu ajouter trois nouveaux alinéas.

L'article 134 dispose ainsi désormais :

*« 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 de deux ans** à compter de la publication du décret pris pour l'application de cet article.*

---

<sup>12</sup> JO Débats, AN, séances des 11 et 12 février 2004.

<sup>13</sup> 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, JO 175 du 29 juillet 2005.

<sup>14</sup> N° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur.



# Cable Europe

*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.*

*Dans les quatre mois à compter de la promulgation de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, **l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes établit un rapport public sur l'état d'avancement de cette mise en conformité**. Ce rapport distingue les principales catégories de situations juridiques antérieurement établies et formule des **préconisations** propres à assurer la mise en conformité de ces conventions.*

*L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie par les communes ou leurs groupements et les distributeurs de services des difficultés rencontrées pour la mise en conformité mentionnée au premier alinéa. Dans les quatre mois suivant cette saisine, l'autorité peut rendre publiques les conclusions de la médiation, sous réserve du secret des affaires ».*

Les termes de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 tel que modifié par la loi du 5 mars 2007 conduisent à remettre en cause les droits exclusifs tout en imposant une nouvelle obligation de partage des infrastructures pour les seuls réseaux câblés. Ils invitent ainsi à s'interroger sur la portée et les modalités de l'obligation de mise en conformité, laquelle ne peut naturellement s'opérer que dans le respect des directives du Paquet Telecom.

## 2.

C'est dans cette perspective que l'ARCEP a lancé, le 22 juin 2007, une consultation publique sur la mise en conformité des conventions câble à laquelle Cable Europe a l'honneur de contribuer (ci-après la « Consultation »).

Cable Europe, l'association européenne des opérateurs de câble, regroupe tous les leaders européens du câble ainsi que leurs associations nationales respectives. Nos membres sont impliqués historiquement, parfois depuis parfois plus de 30 ans dans le déploiement de réseaux de communication électronique et sont aujourd'hui parmi les opérateurs les plus volontaristes en Europe pour l'investissement dans les infrastructures « NGN » permettant de proposer des services convergents à très haut débits.

L'industrie du câble représente en Europe un chiffre d'affaires global de près de 19 milliards d'Euros en 2006, en croissance de 100% depuis 2000. Ce sont plus de 66 millions de foyers européens qui bénéficient des services fournis par nos opérateurs dont la grande majorité consomme des services numériques (digital TV, Internet, Téléphone) uniquement grâce au câble.



# Cable Europe

Ainsi, la présence d'une industrie du câble européenne puissante au sein du marché des communications électroniques a systématiquement été soutenue par les autorités communautaires et nationales en ce qu'elle favorise le développement de la concurrence face aux opérateurs historiques et stimule les investissements dans les infrastructures de communications électroniques au bénéfice des consommateurs.

Pour exprimer et défendre les positions de cette industrie, Cable Europe intervient régulièrement dans les différents débats réglementaires et politiques ouverts aux niveaux tant communautaire que nationaux dans le contexte de la convergence et de l'explosion des nouveaux usages liés aux services numériques. Câble Europe a également le souci de soutenir la mise en place effective des dispositifs de libéralisation de ce marché dans chaque Etat membre, notamment par le respect le plus strict des principes de neutralité technologique et de liberté de concurrence.

Cable Europe a notamment défendu avec succès la fin de « **l'exception câble** », cette discrimination réglementaire qui affectait régulièrement les régimes juridiques nationaux applicables aux opérateurs de câble par comparaison avec celui libéralisé des réseaux de télécommunications<sup>15</sup>. Cette discrimination se traduisait notamment en France, avant le vote de la loi du 9 juillet 2004, par des sujétions administratives (un régime complexe d'autorisations), financières (l'obligation de payer des redevances d'occupation du domaine public plus élevées que les opérateurs de télécommunications) et juridiques (le cadre imposé de la délégation de service public et l'interdiction de desservir plus de 8 millions d'habitants jusqu'au 31 décembre 2003<sup>16</sup>).

L'harmonisation des régimes issue de la nouvelle réglementation du Paquet Telecom va dans le sens d'un traitement juridique équitable et technologiquement neutre entre réseaux.

### 3.

Demeurent en effet, dans le cadre de la transposition du Paquet Telecom en France, un certain nombre de questions en suspens relativement aux modalités de mise en conformité des conventions câble qui sont liées à la nature des conventions, au partage des infrastructures et aux éventuelles compensations auxquelles pourraient prétendre les câblo-opérateurs afin de préserver leurs investissements et leur activité.

Ces mises en conformité ne sauraient en effet conduire, par la seule suppression du bénéfice d'exclusivité, à renforcer les contraintes existantes ou à créer de nouvelles obligations discriminatoires d'accès aux infrastructures du câble.

---

<sup>15</sup> La directive européenne n° 95/51 du 18 octobre 1995 (JO n° L256 du 26/10/1995, p. 0049-0054) prévoit à ce titre l'affranchissement des réseaux câblés des contraintes réglementaires ayant pour objet ou pour effet d'affecter l'usage de ces réseaux pour la fourniture de services de télécommunications. En France, le Code des postes et télécommunications dissociait le régime de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de télécommunications (article L. 33-1 du Code) et d'un réseau câblé (article 34 loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986).

<sup>16</sup> Article 11 de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003.



# Cable Europe

Dans le cadre de la Consultation ouverte par l'ARCEP, Cable Europe entend ainsi montrer que la liberté dont bénéficie les parties dans la mise en conformité des conventions câble conformément à l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 est doublement limitée par :

- (i) des considérations générales propres au droit des services publics : règles présidant à la création des services publics locaux, portée des notions de biens de retour et d'équilibre financier du contrat, respect de l'initiative privée ; et
- (ii) des considérations spécifiques liées au droit des réseaux issu du « Paquet Telecom » : en particulier, le respect du principe de neutralité technologique et ses conséquences sur le partage des infrastructures ; le principe de libre concurrence ; la neutralité des autorités réglementaires nationales (ARN).

C'est dans le respect de l'ensemble de ces considérations, éclairées par les principes généraux posés par les directives du « Paquet Telecom », que Cable Europe a l'honneur de formuler les observations suivantes quant aux modalités de mise en conformité des conventions câble :

- (i) les conventions analysées par Cable Europe ne réunissent pas les éléments constitutifs de la délégation de service public et devront donc être simplement qualifiées de conventions d'occupation du domaine public afin de permettre aux câblo-opérateurs d'exercer leur activité commerciale en concurrence directe avec les autres opérateurs de réseaux de communications électroniques ;
- (ii) pour celles de ces conventions dont les parties constateraient qu'il s'agit de délégations de service public, il ne semble pas concevable de poursuivre l'exécution du contrat sans envisager de compensation au profit de l'opérateur ;
- (iii) s'agissant de l'ajout de la loi du 5 mars 2007 qui introduit une garantie de partage des « infrastructures publiques » de génie civil, la mise en œuvre d'une telle « garantie » nous paraît devoir se heurter à une série d'objections tirées tant du droit interne que du droit communautaire. Seule une interprétation *a minima* de cette garantie, entendue comme une simple garantie technique soumise à l'approbation de l'opérateur paraît de nature à assurer la sécurité juridique du dispositif de mise en conformité.

Telles sont donc les lignes directrices sur le fondement desquelles Cable Europe entend répondre à la Consultation<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Pour la simplicité de la lecture, le plan suit la numérotation de la Consultation.





# Cable Europe

**En conclusion**, compte tenu de ces éléments et des difficultés liées à la mise en conformité des conventions câble, Cable Europe se félicite que l'ARCEP ait reçu la mission d'établir un rapport public destiné notamment à identifier les principales situations juridiques antérieurement établies et à formuler des préconisations propres à assurer la mise en conformité de ces conventions.

A cet égard, Cable Europe encourage la démarche qui a conduit l'ARCEP, dans un souci de neutralité, à confier à Monsieur Emmanuel Glaser, Conseiller d'Etat, une étude portant sur la nature des conventions câbles et la portée de leur mise en conformité.

Cable Europe ne partage pas cependant les conclusions de cette étude qui, en validant les contraintes de service public existantes ainsi que les nouvelles obligations de partage d'infrastructures qui en résultent pour les seuls opérateurs de réseaux câblés conduit en réalité à encourager l'application d'un dispositif remettant en cause l'effectivité du nouveau cadre réglementaire censé appliquer un traitement juridique neutre entre réseaux en maintenant une différence de traitement entre les réseaux câblés d'une part et les réseaux de télécommunications d'autre part.



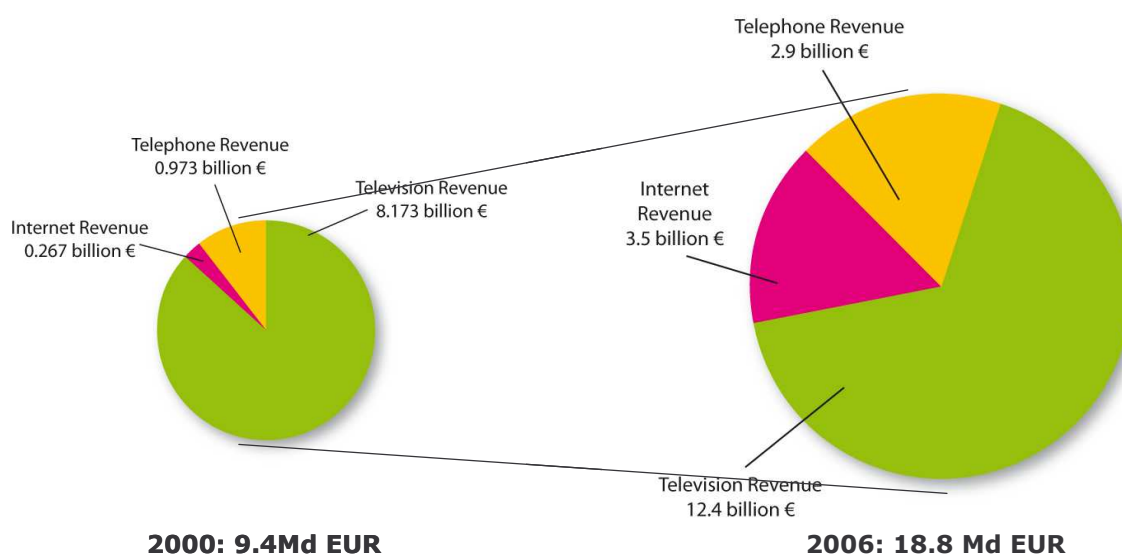
## CHAPITRE I. – CONTEXTE

### 1. La place du câble en Europe et en France

A la fin 2006, il y avait plus de 66 millions d'abonnés à la TV par câble en Europe dont 11 millions d'abonnés à la TV numérique, 13,3 millions d'abonnés Internet Broadband et 10,9 millions d'abonnés à la téléphonie par câble.

En terme d'abonnés TV, l'industrie du câble est trois fois plus importante que l'industrie de la TV par satellite.

Les revenus liés au câble ont doublé entre 2000 et 2006 passant de 9,4 Milliards d'Euros à 18,8 Milliards d'Euros.



Source : Screen Digest

L'activité Télécom prend progressivement de l'ampleur et constitue le relais de croissance logique du secteur du câble. Elle permet aux opérateurs de réseaux câblés de développer des offres Multiservices qui incluent la télévision numérique, la téléphonie IP et l'accès Internet broadband. Avec une croissance annuelle du parc de plus de 25%, l'Internet haut débit et le téléphone par câble comptent déjà pour plus d'un tiers des revenus de l'industrie du câble en Europe, preuve du succès de l'entrée des câblo-opérateurs sur des marchés encore largement dominés par les opérateurs historiques.

En France, les réseaux des câblo-opérateurs couvrent plus de 9 millions de foyers connectés à la boucle locale du câble, soit 40% des foyers français, répartis sur 1.300 communes. 4 millions de clients reçoivent la télévision et, depuis 1997, ont accès aux



# Cable Europe

services Triple Play (TV numérique, téléphonie et Internet) proposés dans la majorité des offres des opérateurs.

## 2. La perspective du très haut débit

Les réseaux par câble, disposant d'une infrastructure de boucle locale alternative, ont été les premiers concurrents des opérateurs historiques des télécommunications. Dès la fin des années 1990, ils ont été les précurseurs des services Triple Play et restent à la pointe de l'innovation en proposant aujourd'hui la TV Haute Définition, la VoD, la convergence Quadruple Play, le Très Haut débit et des nouvelles applications interactives nécessitant une voie de retour en haut débit.

L'accès des câblo-opérateurs au marché des services de communications électroniques est nécessaire pour le développement même de ce marché<sup>18</sup>. Les réseaux câblés constituent en effet une « *technologie d'accès alternative susceptible d'ouvrir la concurrence sur la boucle locale* »<sup>19</sup> et jouent un rôle crucial pour le développement de l'Internet très haut débit et pour l'émergence d'offres innovantes alternatives à celles proposées par les opérateurs historiques en France comme en Europe.

Avec la technologie HFC (Hybrid Fibre/Coax) – réseaux en fibre optique jusqu'à des poches de 500 à 1000 logements-, et une bande passante « propriétaire » et sécurisé de 860 Mhz dans chaque logement raccordé, les câblo-opérateurs disposent dès aujourd'hui de réseaux à très larges capacités et intrinsèquement évolutifs.

Dès à présent, la commercialisation des modems à la norme Docsis 2.0 sur l'ensemble des réseaux HFC européens permet un débit Internet de 100 Mbps et la prochaine évolution vers la norme Docsis 3.0 ouvrira la voie à des débits de 200 à 300 MBps. Enfin en 2008, l'arrivée de la nouvelle norme de compression DVB-C2 permettra d'augmenter de 50% le nombre de services vidéos diffusés en simultanée et multi-poste soit une capacité de près de 800 chaînes haute définition (ou 1500 chaînes standard).

Une comparaison des technologies filaires concurrentes du HFC (ADSL, VDSL) démontre la supériorité du câble en termes de compétitivité et d'évolutivité. Quant aux réseaux FTTx, il ne s'agit que d'une variante du HFC dont l'intérêt commerciale et technique doit être analysé en fonction de la situation de chaque marché (densité de population, intérêt pour les offres broadband, coûts de déploiement...). Ainsi, il apparaît généralement que le réseau intégralement en fibre (FTTH) sera la solution retenue pour des réseaux de taille réduite à forte densité de logements en raison du coût de déploiement élevé, d'une technologie complexe et de l'absence d'économie d'échelle sur les équipements de réseaux et les terminaux.

---

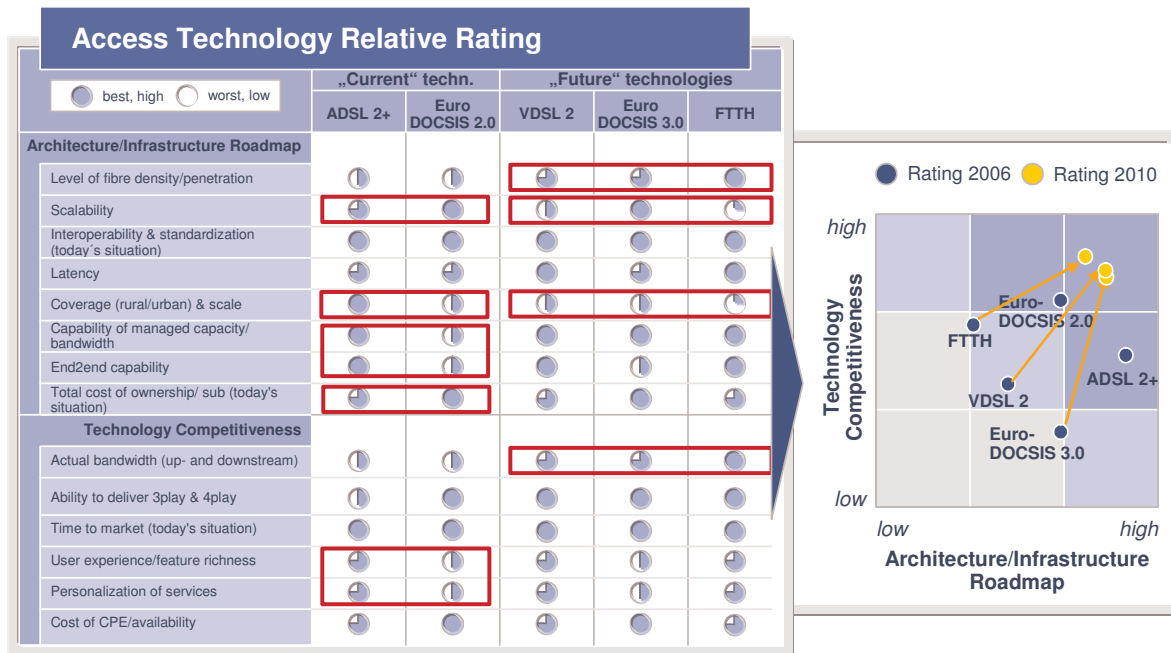
<sup>18</sup> La directive européenne n° 95/51 du 18 octobre 1995 (JO n° L256 du 26/10/1995, p. 0049-0054) prévoit à ce titre l'affranchissement des réseaux câblés des contraintes réglementaires ayant pour objet ou pour effet d'affecter l'usage de ces réseaux pour la fourniture de services de télécommunications.

<sup>19</sup> Entretien de Jean-Michel Hubert, Président de l'ART de 1997 à 2003, « stratégies Télécoms et Multimédias du 22 février 2002, et « Internet, premiers bilan », juin 2002, site [www.art-telecom.fr](http://www.art-telecom.fr).



# Cable Europe

Au contraire, l'architecture HFC pourra aisément et à coût modeste évoluer vers une infrastructure FTTLA (Fiber To The Last Amplifier) consistant à rapprocher la fibre optique au plus près des abonnés, soit à 100-200 mètres des logements. Cette solution permet ainsi de diminuer la charge du réseau final en raccordant des poches qui desserviront moins de 200 foyers.



Source ADL : Next Generation Networks in Europe - Broadband in 2011 and beyond, September 2006

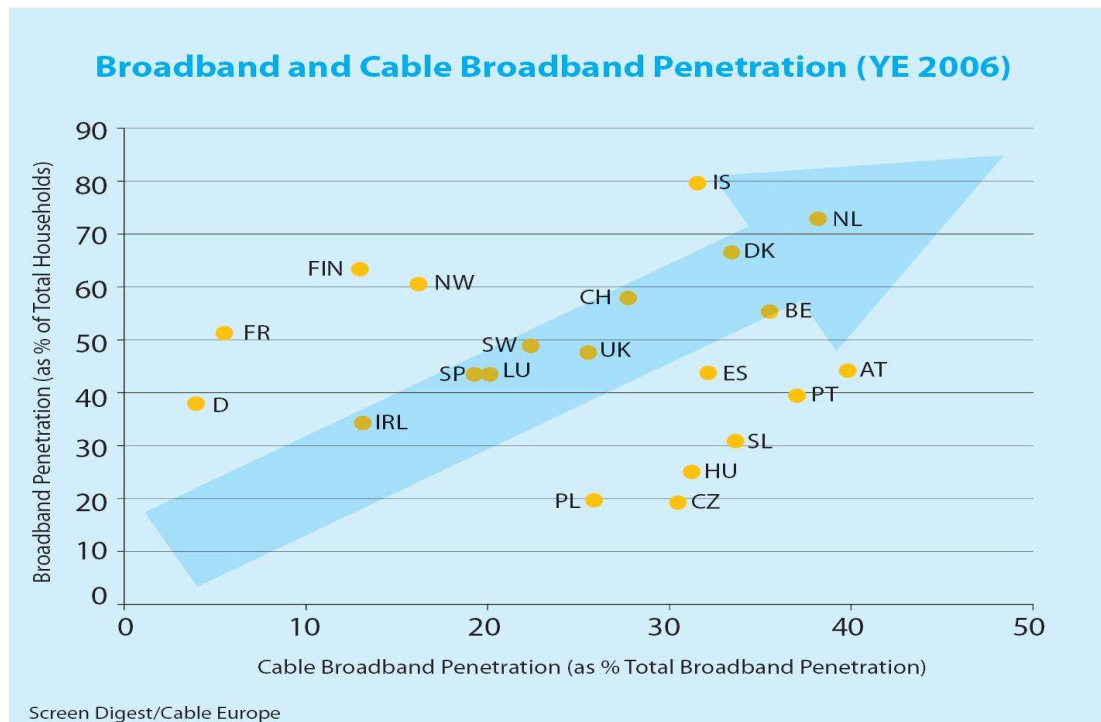
## • Le câble et la fracture numérique

Cable Europe soutient clairement la politique volontariste de la Commission européenne et des principaux Etats membres pour stimuler le déploiement du Haut débit partout en Europe.

Dans ce contexte, le choix maintenant ancien de la Commission de promouvoir la concurrence par les infrastructures de réseaux plutôt que par l'usage des seuls réseaux des opérateurs historiques a prouvé sa pertinence d'approche tant du point de vue réglementaire que politique. Il n'est qu'à regarder le niveau de développement du haut débit lorsque cette concurrence par les infrastructures existe, notamment grâce à la présence du câble qui fournit l'accès à Internet depuis près de 10 ans dans la quasi-totalité des Etats membres.



# Cable Europe



En effet la pénétration du haut débit est sensiblement plus élevée dans les pays disposant d'opérateurs de câble forts et concentrés, au contraire des pays où le câble a été pendant longtemps, ou est encore, peu développé ou très fragmenté comme en France ou en Allemagne.

C'est ce rôle d'aiguillon de la concurrence qui poussera tant les anciens monopoles des télécoms que les nouveaux entrants à privilégier le choix d'une nouvelle infrastructure en propre pour pouvoir répondre à la demande exponentielle en débit.

### 3. L'intervention des collectivités locales dans le secteur des communications électroniques

Les montants très élevés des investissements nécessaires à ces nouvelles infrastructures NGN limiteront sans doute leur déploiement aux zones économiquement rentables. On peut aisément anticiper que les opérateurs commerciaux resteront encore longtemps hors des zones éloignées et à faible densité de population (les « zones blanches »).

Dans ces conditions, l'intervention publique pourra prendre le relais des opérateurs commerciaux en apportant les financements nécessaires à l'extension et la mise à niveau des réseaux présents dans les zones avérées de carence d'initiative privée. Cela permettra d'apporter à tous les citoyens l'accès à la société de l'information. Cable Europe encourage naturellement les collectivités territoriales à intervenir pour résorber la fracture numérique en établissant des « plateformes ouvertes » au moyen de nouveaux contrats, éventuellement sous forme de délégation de service public, lorsque le cadre réglementaire interne et



# Cable Europe

communautaire le permet. Des partenariats impliquant les opérateurs du câble seront bien évidemment envisageables étant donné leur expertise dans ce marché et leur avance technologique.

Néanmoins, l'accès aux subventions publiques reste largement encadré et soumis à condition par les autorités nationales et communautaires. En effet, les financements publics dans les activités commerciales se doivent d'être préalablement validés afin d'éviter de fausser le jeu de la concurrence. L'intervention publique ne sera finalement autorisée que dans certaines situations où l'intérêt général justifie une atteinte au principe de concurrence.

Face à certains projets faisant appel à des subventions publiques et examinés ou en cours d'examen par la Commission européenne, il a pu être utilement rappelé par les autorités les limites de l'intervention publique ceci afin de ne pas fausser le jeu de la concurrence.

Ces risques de distorsion de concurrence ne sont pas simplement théoriques et donnent lieu déjà à plusieurs actions engagées devant la Commission et les juridictions européennes.

Ainsi, Cable Europe est heureuse de contribuer à la consultation publique lancée le 22 juin 2007 par l'ARCEP dans le cadre de son projet de rapport sur la mise en conformité des conventions câble afin d'apporter ses commentaires et analyses concernant le contexte économique et réglementaire applicable aux industriels du câble en Europe et, plus largement, pour débattre des prochains challenges réglementaires posés en Europe par le déploiement des réseaux nouvelles générations (NGN) et le passage au Très Haut Débit.



## CHAPITRE II. – TYPOLOGIE

Compte tenu des préconisations du projet de rapport de l'ARCEP, l'essentiel des observations formulées par Cable Europe concernera les réseaux « Nouvelle Donne », étant entendu que les débats sur les modalités de mise en conformité des conventions « Plan Câble » ne suscitent pas de désaccords entre les opérateurs et les collectivités.

Cable Europe observe cependant avec étonnement le paradoxe propre à la situation française :

Les réseaux du Plan Câble, établis et financés par l'Etat sont en effet considérés comme privés suivant le transfert de la propriété de ces réseaux à la société anonyme France Telecom en 1996<sup>20</sup> tandis que les réseaux Nouvelle Donne, établis et financés par les seuls câblo-opérateur, sans fonds publics seraient au contraire assimilés à des réseaux publics, si l'on devait suivre les préconisations du projet de rapport.

Il convient à notre sens de garder à l'esprit les conséquences de cette situation lors de la présentation de la « typologie » des conventions câble.

### 1.1. Le cadre juridique

Le projet de rapport rappelle opportunément le cadre juridique très particulier au sein duquel se sont conclues les conventions câble et qui est à l'origine des difficultés rencontrées pour réaliser leur mise en conformité.

Ce cadre juridique résulte de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dite « loi Léotard », modifiée par la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990. Comme le rappelle l'étude de M. Emmanuel Glaser <sup>21</sup>, **il est clair que la loi Léotard se situait dans une logique d'ouverture globale à la concurrence** et ce d'autant plus que l'exposé des motifs indiquait, pour justifier la **suppression du régime de 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, même si elles peuvent comporter des missions d'intérêt général »*.

C'est dans ce contexte que l'article 34 de la loi Léotard modifiée organisait le régime des réseaux Nouvelle Donne. Etaient distinguées les modalités d'établissement et les modalités d'exploitation :

S'agissant de l'établissement du réseau, l'article 34 conférait un rôle essentiel aux collectivités : elles *« établissent ou autorisent l'établissement sur leur territoire des réseaux... »*. Mais

---

<sup>20</sup> Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996.

<sup>21</sup> Etude, p. 14.



# Cable Europe

cette compétence ne leur était reconnue que dans le but « *d'assurer, dans l'intérêt général, la cohérence de l'ensemble des infrastructures de télédistribution* ». L'établissement des réseaux n'étant plus un monopole d'Etat, le rôle des communes, pour essentiel qu'il soit, était en réalité limité à la préservation de leur domaine public, c'est-à-dire à un pouvoir de police.

C'est la raison pour laquelle leur pouvoir d'autorisation ne portait que sur l'établissement du réseau.

S'agissant de l'exploitation du réseau, le pouvoir d'autorisation ne relevait pas des communes mais d'une autorité administrative indépendante, la CNCL, puis le CSA, seule habilitée à délivrer, sur simple proposition des communes, les autorisations d'exploitation des réseaux. Le CSA joue ici le rôle de « régulateur » de l'activité commerciale qui consiste à distribuer des services de radiodiffusion sonore sur le réseau câblé.

Ce schéma a cependant abouti à une pratique conventionnelle éloignée de la lettre du texte.

## 1.2. Pratique conventionnelle

La pratique a validé la conclusion de conventions portant aussi bien sur l'établissement que sur l'exploitation des réseaux.

Cable Europe rappellera brièvement à cet égard que le rôle joué par les communes au titre de leur compétence de proposition a pu conduire les parties à conclure des conventions parfois labellisées « délégation de service public » mais dont la réalité semble éloignée des critères jurisprudentiels permettant l'identification de tels contrats.

Cette pratique conventionnelle impose aujourd'hui de s'interroger sur la véritable nature juridique de ces conventions.

## 1.3 Nature de l'activité et qualification des conventions

### 1) Réseaux câblés et services publics

S'agissant de la nature de l'activité exercée par les opérateurs de réseaux câblés et de la qualification juridique de conventions câble, le projet de rapport de l'ARCEP conclut de manière générale qu'« *il est raisonnable de considérer que les conventions câblées, puissent être qualifiées de délégation de service public* ».

Il est difficile de partager une telle analyse.

S'agissant d'abord des réseaux Nouvelle Donne établis entre 1986 et 1990, Cable Europe note avec M. Emmanuel Glaser que les conventions câblées conclues durant cette période ne seraient pas des délégations de service public.





# Cable Europe

S'agissant ensuite des réseaux établis depuis l'entrée en vigueur de la loi du 29 décembre 1990, Cable Europe considère que les conclusions du projet de rapport sont sujettes à caution.

Deux grilles d'analyse ont en effet été développées alternativement par l'étude de M. Emmanuel Glaser et le projet de rapport de l'ARCEP afin de déterminer si les conventions portant établissement et exploitation des réseaux Nouvelle Donne conclues postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 29 décembre 1990 peuvent être qualifiées de délégations de service public.

- (i) Une première grille d'analyse se réfère à l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995<sup>22</sup> aux termes duquel :

*« L'exploitation d'un [réseau câblé], lorsque l'opérateur auquel la commune 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 ». Dès lors, « les conventions (...) par lesquelles les communes ou groupements de communes qui entendent créer un service public [dans ces conditions] confient à un tiers l'exécution même de ce service sont (...) des délégations de service public ».*

Le Conseil d'Etat propose ici un critère propre aux réseaux câblés : il y a délégation de service public lorsque deux conditions cumulatives sont réunies : l'exclusivité et l'égal accès au service.

- (ii) Une seconde grille d'analyse se réfère à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat issue du récent arrêt de Section « APREI » rendu le 22 février 2007<sup>23</sup> :

*« Considérant qu'**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 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 ».*

<sup>22</sup> CE, Section de l'intérieur, 25 juillet 1995, n° 357781, EDCE 1995, p. 42.

<sup>23</sup> CE, Section, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n° 264541.



# Cable Europe

Le Conseil d'Etat se réfère ici à sa jurisprudence traditionnelle (volonté du législateur, intérêt général, prérogatives de puissance publique, contrôle de l'administration) tout en précisant que l'absence de prérogatives de puissance publique confiée à une personne privée permet néanmoins d'identifier une mission de service public lorsque certaines conditions sont réunies (organisation et fonctionnement du cocontractant ; obligations imposées ; moyens de vérification octroyés à la personne publique).

Cable Europe remarque que ni l'étude de M. Emmanuel Glaser, ni le projet de rapport de l'ARCEP ne semblent vouloir trancher entre ces deux grilles d'analyse. Une telle approche paraît discutable dès lors que ces deux grilles d'analyse ne paraissent pas substituables au gré des conventions. Un choix devra donc être opéré par les parties et, en cas de litige, par le juge.

Quelle que soit la grille d'analyse retenue cependant, Cable Europe considère que la qualification des conventions câble en délégation de service public est pour le moins très discutable.

- **Au regard des critères de la jurisprudence APREI**

- (i) La première question à se poser est celle de savoir si le législateur a entendu exclure l'existence d'un service public.

La lecture de l'arrêt APREI permet d'interpréter la volonté du législateur qui a entendu exclure l'exploitation des réseaux Nouvelle Donne, mêmes postérieurs à la loi du 31 décembre 1990, du champ des activités de service public.

La distinction fondamentale entre activité de service public et simple activité d'intérêt général y est en effet confirmée :

*« Considérant que si l'insertion sociale et professionnelle des personnes handicapées constitue une mission d'intérêt général, il résulte toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public... ».*

Cette distinction fondamentale est transposable à la situation des réseaux Nouvelle Donne.

Ces réseaux se sont en effet développés sous le régime de la loi Léotard du 30 septembre 1986 qui se situait dans une logique d'ouverture globale à la concurrence. L'exposé des motifs indiquait ainsi pour justifier la suppression du régime de concession de service public existant pour les chaînes hertziennes :



# Cable Europe

*« Plus fondamentalement, les activités de radiodiffusion et de télévision ne sont pas considérées comme relevant du service public, même si elles peuvent comporter des missions d'intérêt général ».*

La circonstance que la loi du 31 décembre 1990 ait donné un simple titre de compétence aux seules régies communales ou intercommunales qui sont des entités dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, ne paraît nullement militer en faveur de la reconnaissance, par le législateur, de l'existence d'une activité de service public du câble. La logique d'ouverture à la concurrence qui prévalait avant la loi de 1990 n'est donc pas remise en cause par ce titre de compétence. Simplement, ainsi que cela ressort des travaux parlementaires, le législateur a souhaité permettre à ces régies d'exercer l'activité d'intérêt général d'exploitant de réseaux câblé.

Les jurisprudences postérieures à 1990 et d'ailleurs citées par l'étude de M. Emmanuel Glaser confirment cette analyse. Par deux arrêts du Conseil d'Etat - *Commune de Mirabeau-sur-Bèze*<sup>24</sup> et *Syndicat d'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*<sup>25</sup> - la Haute Juridiction a ainsi admis le caractère d'intérêt général de la télédistribution par câble tout en s'abstenant de reconnaître à cette activité le caractère d'un service public.

En conséquence de quoi, il apparaît que le législateur a entendu exclure les réseaux Nouvelle Donne des activités de service public. Les conventions câbles conclues sous le régime Nouvelle Donne ne peuvent donc recevoir la qualification de délégation de service public.

- (ii) Au regard des autres critères de la jurisprudence APREI, la qualification des conventions câble en délégation de service public est tout aussi discutable.

Une série de critères variables selon que le câblo-opérateur bénéficie ou non de prérogatives de puissance publique permet de déterminer l'existence d'une délégation de service public. Dans notre hypothèse, ces critères n'apparaissent pas réunis.

Ils seront présentés successivement.

- **Le constat de carence**

Même si elle n'a été évoquée ni par l'étude de M. Emmanuel Glaser, ni par le projet de rapport, la carence de l'initiative privée doit naturellement être clairement établie dès lors qu'il s'agit d'identifier un service public local facultatif<sup>26</sup>. Ce constat paraît d'autant plus nécessaire que les réseaux câblés se sont déployés en zone urbaine où précisément la carence de l'initiative privée paraissait difficile à caractériser.

<sup>24</sup> CE. 10 octobre 1993, *Commune de Mirabeau-sur-Bèze c./ M. Roux*, LPA 1994, n°84, p. 4 et ss.

<sup>25</sup> CE. 17 mars 1999, Aff. : *Syndicat d'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise, Sté Téléservice Ile-de-France*, - req. N°s 131676 et 131687, AJDA, 1999, p. 729, obs. Ch. Benoit-Seibt

<sup>26</sup> CE ; 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* ; p. 583 – GAJA – 15è ed.



# Cable Europe

Dès lors, si l'on admet l'assimilation de la notion de service public avec celle, très proche, de « service d'intérêt économique général » du droit communautaire, on ne peut manquer de noter avec la Commission européenne que seul l'établissement de réseaux « mutualisés », dans les zones blanches ou grises, revêt la qualité de service d'intérêt économique général<sup>27</sup>.

Dans ce sens, la décision « Appingedam » de la Commission européenne du 19 juillet 2006<sup>28</sup> apporte un éclairage intéressant sur la notion de carence et d'intérêt général justifiant le recours à la qualification de service d'intérêt économique général au sens du droit communautaire des réseaux :

*« Contrairement aux cas dans lesquels la Commission a décidé que la présence de financement public constituait une compensation pour un **SIEG** - voir la décision sur les Pyrénées-Atlantiques - ici, ni la fondation ni l'opérateur n'ont un mandat clair de mise en place d'un SIEG pour permettre un **accès au large bande pour tous, particulier et entreprises, dans les zones rurales et éloignées où aucun autre opérateur ne fournit ce type d'accès** dans des conditions de couverture équitables et de prix abordables ». (Décision n°40).*

- **La nature d'intérêt général de l'activité en cause**

Il ne peut y avoir en la matière qu'un seul intérêt général, celui qui est lié à l'aménagement numérique du territoire. Cable Europe considère donc que la nature d'intérêt général de l'activité d'opérateur de réseaux câblés ne pourra être reconnue que dans les zones rurales et éloignées où aucun autre opérateur ne fournit ce type d'accès conformément à la jurisprudence communautaire citées supra. A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le projet de rapport constate que les réseaux câblés sont déployés historiquement en zone urbaine et à forte densité d'habitations.

- **Les prérogatives de puissance publique**

Cable Europe note que les conventions câbles n'octroient aucune prérogative de puissance publique aux câblo-opérateurs telle que le pouvoir d'imposer des obligations et sanctions aux administrés.

Seules les clauses d'exclusivité, qui confèrent un monopole, à supposer qu'elles aient été valablement formées, pourraient se rapprocher de prérogatives de puissance publique. Mais pour constituer une telle prérogative, ce monopole doit résulter de la loi et non du contrat.

L'absence de telles prérogatives de puissance publique impose désormais d'apprécier l'existence d'une éventuelle délégation de service public au regard des critères

---

<sup>27</sup> Décision Commission *Pyrénées-Atlantiques*, IP/04/1371, 16 novembre 2004).

<sup>28</sup> Décision sur la mesure n° C 35/2005.



# Cable Europe

complémentaires développés par la jurisprudence APREI.

- **Le contrôle de la gestion de l'activité de l'opérateur**

Ce contrôle ne peut être établi véritablement qu'au cas par cas. Mais trois séries d'éléments démontrent que le contrôle effectivement réalisé par les collectivités sur le câblo-opérateur ne permet que difficilement d'identifier une délégation de service public en matière d'établissement et/ou d'exploitation de réseaux câblés.

Il ressort d'abord des conventions à notre disposition que le contrôle des collectivités ne porte pas sur les conditions de création, d'organisation ou de fonctionnement de l'opérateur en dépit de ce qui est exigé par la jurisprudence APREI.

Ensuite, l'existence d'obligations liées à l'établissement du réseau n'est pas de nature à caractériser systématiquement l'existence d'une délégation de service public dès lors que les parties conviennent couramment d'intégrer ce type d'obligations au sein des conventions d'occupation domaniale. Le projet de rapport de l'ARCEP rappelle d'ailleurs à ce propos que *« l'opérateur a, comme tout occupant du domaine public, des obligations de communications et d'information de la collectivité sur le réseau dans la perspective d'une bonne gestion du domaine »*<sup>29</sup>.

Enfin, s'agissant des obligations imposées aux câblo-opérateurs au titre de l'exploitation du réseau, l'examen du cadre législatif au sein duquel se sont développés les réseaux Nouvelle Donne invite à s'interroger sur la véritable portée des clauses de contrôle insérées dans les conventions câble.

L'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 disposait en effet que la définition des modalités d'exploitation du réseau ne relève pas des communes mais du CSA, seul habilité à délivrer les autorisations d'exploitation des réseaux. Selon cet article 34, l'autorisation d'exploitation délivrée par le CSA *« précise sa durée ainsi que la composition et la structure de l'offre de services, ses modalités de commercialisation et tout accord de commercialisation du système d'accès sous condition »*.

Le régime des réseaux Nouvelle Donne opérait donc une distinction entre le contrôle de l'exploitation technique du réseau, le « contenant », qui ne relevait pas exclusivement de la compétence du CSA, et le contrôle de son exploitation commerciale, le « contenu », constitué des services de communication audiovisuelle diffusés sur le réseau et confié expressément au seul régulateur de l'audiovisuel.

L'étendue du contrôle susceptible d'être opéré par la collectivité sur l'activité du câblo-opérateur dans le cadre de l'exécution des conventions câble s'en trouve par voie de conséquence extrêmement limitée.

De ce point de vue, Cable Europe considère que la liste figurant page 19 du projet de rapport de l'ARCEP ne permet donc pas d'apprécier la véritable portée du contrôle de la

---

<sup>29</sup> Voir & 2.3 p. 20.



# Cable Europe

collectivité. Seules les clauses portant sur l'exploitation technique du réseau, c'est-à-dire sur ce qui est nécessaire à son fonctionnement, permettraient en réalité d'identifier l'existence d'une délégation de service public.

- **Au regard des critères développés par l'avis du Conseil d'Etat de 1995**

Cet avis confirme l'analyse selon laquelle l'exploitation d'un réseau câblé s'exerce dans un régime de liberté. Mme Christine Maugué, Conseiller d'Etat, rappelait ainsi récemment à propos de cet avis que *« le Conseil d'Etat a récusé, à propos de l'établissement de réseaux câblés pour le compte des communes, le fait qu'il s'agisse toujours d'activité de service public et a modulé sa réponse en fonction du mode de fonctionnement du réseau selon que l'opérateur auquel la commune a confié l'a confié bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par ce réseau et que la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service »*<sup>30</sup>.

Deux critères cumulatifs sont donc avancés : l'exclusivité et l'égal accès au service. Cable Europe doute de la présence de ces deux critères au sein des conventions câble.

D'abord, l'obligation d'égal accès au service doit se mesurer à l'aune de chaque contrat. Or, la grande majorité d'entre eux ne prévoyait qu'un taux de couverture égal ou inférieur à 80% de la population, voire n'en prévoyait pas. En outre, l'absence d'adaptation du nombre de prises à l'évolution de la population locale réduisait d'autant le véritable taux de couverture lorsque celui-ci était prévu.

Il est donc difficile de soutenir que l'ensemble de population située sur le territoire couvert par le réseau bénéficiait d'un droit d'égal accès au service.

Il est permis ensuite de douter de la validité des clauses d'exclusivité.

D'abord, elles ne paraissent pas avoir été légalement octroyées. Le CSA était en effet seul compétent pour autoriser l'exploitation d'un réseau câblé. On voit mal dans ces conditions comment les communes pouvaient confier l'exclusivité d'une autorisation qu'elles n'avaient pas compétence de délivrer. Leur légalité était donc discutable dès la conclusion du contrat.

Ensuite car il faut bien mesurer la consistance de l'exclusivité que la commune est en droit de conférer à son cocontractant : l'octroi d'un tel privilège n'est régulier que dans la mesure où les concurrents éventuels ont besoin, pour l'exercice de leurs propres activités, de l'autorisation donnée par la collectivité. Dans le cas contraire, la clause d'exclusivité pourrait être annulée par le juge pour défaut d'objet<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Christine Maugué, Janvier 2007 ; « Etude réalisée pour le compte de l'ARCEP relative aux modalités juridiques de cession et de mise à disposition des autorisations d'utilisation de fréquences de la boucle locale radio » ; p. 3.

<sup>31</sup> CE avril 1981, *Etablissement Fine frères*, Rec. p. 120 : l'administration a « illégalement outrepassé le droit de confier à une seule entreprise l'exploitation de tout ou partie des installations et appareils compris dans la concession ».





# Cable Europe

Tel pourrait être le cas s'agissant de l'exclusivité contenue dans les conventions câbles.

Il ne suffit pas en effet de prévoir l'exclusivité en faveur d'un opérateur pour que celle-ci soit efficace. La Cour administrative d'appel de Nancy, dans son arrêt *TDF Câble EST* (14 novembre 2002, n° 97N00976) a bien insisté sur la nécessité supplémentaire d'une protection effective contre la concurrence.

Dans cette affaire, la Cour ne s'est pas contentée de constater que le délégataire disposait d'une exclusivité pour l'établissement et l'exploitation du réseau sur le territoire de la commune. Elle a également précisé que la commune s'était engagée « *à favoriser le raccordement des antennes collectives existantes au réseau câblé par rapport à tout autre mode de rénovation, et à interdire, pour les lotissements et les immeubles collectifs neufs, toute autre forme de télédistribution* ».

Il semble résulter de cet arrêt que la condition d'exclusivité posée par l'avis du Conseil d'Etat ne serait pas remplie si le délégataire ne dispose pas d'un droit exclusif pour la distribution de services de communication audiovisuelle auprès des habitants de la commune.

Or, et quelles que soient les stipulations contenues dans les conventions, un tel droit de distribution exclusive ne peut exister en pratique.

En effet, les services distribués sur les réseaux des câblo-opérateurs sont disponibles par satellite à des conditions financières proches de celles proposées par ces opérateurs. De même, des réseaux collectifs d'immeubles viennent souvent concurrencer les câblo-opérateurs. Aussi, la distribution de services de communication audiovisuelle sur Internet ainsi que l'avènement de la télévision numérique terrestre sont-ils de nature à concurrencer cette « exclusivité » en réalité fictive.





**En conclusion**, le régime Nouvelle Donne de l'exploitation du câble est un régime de liberté ; il semble que le législateur ait entendu exclure que la mission assurée par les opérateurs privés exploitant les réseaux câblés revête le caractère d'une mission de service public ; l'intervention des communes ne peut se faire, par exception au principe libéral, qu'en cas de carence de l'initiative privée et dans le cadre de la loi qui confère l'essentiel des pouvoirs de contrôle de l'exploitation du service au CSA, la validité et l'effectivité des clauses d'exclusivité sont sujettes à caution.

L'ensemble de ces considérations nous conduit à douter de la justesse de la qualification de service public pour les conventions câble.

## *2) La possibilité de déléguer l'activité*

La compétence reconnue aux communes pour établir et exploiter un réseau de communications électronique n'est en réalité consacrée que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 juin 2004 et l'adoption de l'article L 1425-I du CGCT. Et c'est seulement à la suite de l'entrée en vigueur de cette disposition que l'article 34 de la loi Liotard de 1986 a été modifié, à l'occasion de la transposition du Paquet Telecom, afin de consacrer pour l'avenir la compétence des communes pour fournir des services audiovisuels.

Cette compétence était évidemment exclue pour la période 1986 / 1990 au cours de laquelle seule une « Société » pouvait se voir délivrer par le CSA l'autorisation d'exploiter un réseau. Ce point de vue semble d'ailleurs partagé par l'étude de M. Emmanuel Glaser.

Mais cette compétence était également exclue pour la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 1990 qui a conféré aux seules régies communales et intercommunales la possibilité d'exploiter des réseaux câblés.

Dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, ces régies relèvent d'un statut et d'un régime dérogatoires qui commandent une interprétation stricte des termes de la loi, éclairée par les débats parlementaires : il ne s'agissait pas de reconnaître une compétence générale aux communes pour exploiter des réseaux câblés. Il s'agissait de limiter cette compétence à ces seules régies afin de concilier certaines considérations d'aménagement du territoire avec la protection financière des communes.

**En conclusion**, on peut résumer d'une façon synthétique l'évolution législative entre 1986 et 2004 de la façon suivante : le régime général de l'exploitation du câble est un régime de liberté ; l'intervention des collectivités territoriales, particulièrement des communes, ne peut se faire, par exception, que dans le cadre précis et limité de la loi qui fixe un mode unique de gestion de ce service public : la régie. En dehors de ce cadre, le régime de liberté reprend ses droits. Cable Europe considère en conséquence que les conventions câbles conclues sous le régime Nouvelle Donne ne peuvent pas être qualifiées systématiquement de convention de délégation de service public.



### 3) *Les conséquences attachées en termes de propriété : la théorie des biens de retour*

Le projet de rapport de l'ARCEP propose un rappel des conséquences attachées à la théorie des biens de retour sur l'exécution des conventions câble, sans d'ailleurs que cette analyse ne soit directement tirée de l'étude de M. Emmanuel Glaser.

La jurisprudence constante relative au régime particulier de ce type de biens énonce qu'ils appartiennent en pleine propriété à la collectivité concédante dès leur achèvement et s'incorpore immédiatement à son domaine public <sup>32</sup>.

Cable Europe entend rappeler néanmoins les spécificités de ce régime tirées de ce que ces biens ne font retour à la collectivité qu'au terme de la concession même s'ils sont censés lui avoir appartenu *ab initio*.

A cet égard, si les biens de retour doivent, comme leur nom l'indique, permettre à la collectivité concédante de disposer, au terme de la concession, des moyens nécessaires pour poursuivre l'exécution du service, ils garantissent, pendant l'exécution de la concession, un **droit exclusif de jouissance** au profit du délégataire<sup>33</sup>.

Cette spécificité invite à s'interroger sur le raisonnement opéré par le projet de rapport lorsqu'il évoque le lien direct entre biens de retour et partage des infrastructures de génie civil sans préciser les conséquences qu'un tel partage imposé aurait sur le droit propre du délégataire sur les biens de retour : le droit de jouissance exclusif du bien.

En réalité, la théorie des biens de retour commande de distinguer entre propriété et usage du réseau pendant la durée de la convention.

Aussi, la circonstance que la propriété du réseau ne serait pas reconnue à l'opérateur à la faveur de la qualification du contrat en délégation de service public n'implique pas pour autant que la commune puisse imposer l'utilisation partagée d'une infrastructure dont l'usage est par principe, du fait même de sa qualité de bien de retour, réservé au concessionnaire jusqu'au terme de la convention.

Cable Europe observe en conséquence que le recours à la théorie des biens de retour pour fonder une obligation de partage des « infrastructures publiques » est sujet à caution.

---

<sup>32</sup> CE. Sect., 22 mars 1985, *Ministre de l'urbanisme c/ Sté des autoroutes du sud de la France*, Rec. P. 88.

<sup>33</sup> CE. 25 mai 1906, *Min. du commerce c/ Cie des chemins de fer d'Orléans*, S. 1908, 3, 65, note Hauriou.



## 2. Typologie et critères de qualification

Cable Europe se joint aux conclusions de l'ARCEP concernant la présentation de la liste des différentes catégories juridiques des conventions conclues, à savoir :

- délégation de service public portant établissement et exploitation du réseau ;
- délégation de service public portant exploitation du réseau ;
- convention d'occupation du domaine public ;
- contrat de droit privé.

Cable Europe rejoint de même le projet de rapport lorsqu'il dresse la liste des faisceaux d'indice permettant d'identifier telle ou telle catégorie de contrat mais tient à rappeler que l'analyse de ces différents critères doit se réaliser dans le respect des observations formulées supra (&. 1). Au surplus, la liste dressée par le projet de rapport appelle les remarques suivantes :

(i) Concernant la liste des critères de qualification des délégations de service public portant sur l'établissement et l'exploitation du réseau

- sur la rémunération tirée des résultats de l'exploitation : ce critère permet avant tout de distinguer les marchés publics, où le titulaire est rémunéré par l'administration, des autres contrats publics. En particulier, dès lors que l'opérateur partie à une convention d'occupation domaniale tire également sa rémunération des résultats de l'exploitation de l'ouvrage, ce critère peut tout aussi bien servir à distinguer marché public et convention d'occupation domaniale<sup>34</sup>.
- Sur le contrôle de la personne publique : Cable Europe rappelle ici ses observations formulées supra (&1) ;
- Sur l'existence d'obligations d'exploitation : Cable Europe renvoie ici de même à ses observations formulées supra (&1) ;
- Sur l'existence d'obligations d'établissement : Cable Europe renvoie à nouveau à ses observations formulées supra (&1).
- Sur la qualification par les parties elles-mêmes en concession ou délégation de service public : ainsi que rappelé par l'étude de M. Emmanuel Glaser et le projet rapport de l'ARCEP, la qualification donnée par les parties à une convention ne saurait naturellement lier le juge.
- Sur la mention que le service est exploité aux risques et périls du concessionnaire : ici encore, il s'agit essentiellement d'un critère permettant de distinguer les marchés publics des autres catégories de contrats publics. Encore une fois, tout occupant privatif du domaine public lié à une collectivité par une convention exploite également son activité à ses risques et périls.

---

<sup>34</sup> CAA Paris, plén., 26 mars 2002, *Sté JC Decaux*, n° 97PA03073 ; Conseil d'État, Assemblée, 2005-11-04, 247298, Publié au Recueil Lebon .



# Cable Europe

Cable Europe note ainsi que parmi « les quatre ou cinq premiers critères » qui sont présentés comme « particulièrement probant » par le projet de rapport de l'ARCEP, les quatre premiers (rémunération ; contrôle ; obligation d'exploitation ; obligations d'établissement) n'apparaissent pas décisifs.

(ii) Concernant la liste des critères de qualification des délégations de service public portant sur l'établissement du réseau

Cable Europe entend ici rappeler les observations formulées au (i). En outre, le critère tiré de la redevance payée par le fermier n'apparaît pas davantage décisif lorsque l'opérateur a lui-même financé l'établissement du réseau. Ces redevances ne peuvent en effet que se confondre avec la redevance d'occupation du domaine public sous peine d'imposer à l'opérateur de payer deux fois la réalisation du réseau.

(iii) Concernant la liste des critères de qualification des conventions d'occupation du domaine public

Cable Europe partage les conclusions du projet de rapport de l'ARCEP et souscrit à l'analyse de l'ARCEP selon laquelle une convention d'occupation du domaine public peut comporter une série de sujétions d'exploitation sans pour autant revêtir la qualification de délégation de service public.

**En conclusion,** quelle que soit la grille d'analyse utilisée pour déterminer l'existence de délégations de service public, Cable Europe ne partage pas l'opinion selon laquelle « *il est raisonnable de considérer que les conventions câbles, puissent être qualifiées de délégation de service public* ».

Au regard des techniques classiques d'identification du service public, il semble que les éléments constitutifs du faisceau d'indices ne sont pas réunis.

En revanche, la liste des critères d'identification des conventions d'occupation du domaine public développée dans le projet de rapport permet d'identifier un faisceau d'indices convergent de nature à justifier la qualification des conventions câble en convention d'occupation domaniale.



## CHAPITRE III. – PRECONISATIONS

L'article 134 modifié de la loi du 9 juillet 2004 invite l'ARCEP à formuler des préconisations propres à assurer la mise en conformité des conventions conclues entre les communes et les câblo-opérateurs.

Cable Europe comprend que ces préconisations constituent de simples propositions, sans aucune portée normative, qui correspondent au cadre de l'action du régulateur délimité par la loi et les directives Paquet Telecom<sup>35</sup>.

Cable Europe se félicite ainsi de la neutralité de principe adoptée par le régulateur lorsqu'il rappelle que ses préconisations ne préjugent nullement du fait que les parties conservent entièrement leur liberté de négociation contractuelle, cette liberté étant soumise en tout état de cause à la seule interprétation souveraine des juges.

### 1. Principe de mise en conformité

Ainsi que le rappellent le projet de rapport et l'étude de M. Emmanuel Glaser, le principe de mise en conformité des conventions câbles doit garantir la création d'un régime commun pour l'établissement et l'exploitation de tous réseaux et services de communications électroniques, indépendamment de la technologie mise en œuvre (principe de la neutralité technologique).

C'est donc à l'aune de l'article L. 33-1 du CPCE et des directives Paquet Telecom que la portée de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 doit nécessairement être appréciée<sup>36</sup>. Cable Europe restera particulièrement vigilante à la compatibilité des modalités de mise en conformité des conventions câbles avec les principes consacrés par le Paquet Telecom.

La force obligatoire de ces directives ne saurait en effet être remise en cause par l'intervention des mesures françaises de transposition, y compris de nature législative<sup>37</sup>, ce qui signifie notamment que toute autorité administrative est tenue de faire application des principes contenus dans le Paquet Telecom et le cas échéant de laisser inappliqué le droit national contraire<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Directive 2002/21/CE « Cadre », notamment paragraphes 11 et 15 et chapitre II.

<sup>36</sup> CE. 22 décembre 1989, *Cercle Mixte de la caserne Mortier*, n° 86113.

<sup>37</sup> CE. Ass. 28 février 1992, *SA Rothmans et Société Arizona Tobacco*, Rec. P. 80

<sup>38</sup> CJCE 5 avril 1979, *Ministère Public c/ Ratti*; CE, 27 juillet 2005, *Weber*, n° 267979.



# Cable Europe

A cet égard, le projet de rapport de l'ARCEP précise que l'article 134 prévoit expressément deux obligations :

- (i) a mise en conformité des conventions avec les dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE.

Cette présentation n'appelle pas de commentaire particulier dès lors que Cable Europe considère, avec l'ARCEP, que le contenu des obligations de l'article L. 33-1 répond aux exigences communautaires de libéralisation de l'activité d'opérateur de réseaux.

- (ii) la garantie de l'utilisation partagée des « infrastructures publiques » de génie civil entre opérateurs. Le projet de rapport tente ici de rapprocher cette disposition, issue de la loi du 5 mars 2007, des principes posés par l'article L. 1425-I du CGCT.

Une telle présentation est difficilement justifiable lorsque l'on sait, d'une part, que l'article L. 1425-I ne dispose que pour l'avenir et s'impose à l'ensemble des opérateurs, tandis que, d'autre part, l'article 134 s'applique aux contrats en cours et vise spécifiquement les conventions conclus entre les communes et les câblo-opérateurs, à l'exclusion des opérateurs de réseaux de télécommunications.

Cette garantie de partage ne trouve pourtant appui ni dans les directives Paquet Telecom, ni dans le Code des Postes et Communications Electroniques. Il est sans doute ici nécessaire de rappeler qu'à l'origine de l'adoption de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004, les pouvoirs publics et l'ensemble des acteurs du marchés s'étaient accordés sur l'une des vocations essentielle de cette disposition : **mettre un terme à « l'exception câble »**.

Dans ces conditions, il est impératif de rester vigilant à ce que l'article 134 al. 2 ne serve pas de support à l'imposition de nouvelles contraintes. Seule une telle lecture des dispositions de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 conforme à la volonté initiale de transposition du Paquet Telecom garantira la sécurité des conventions en cours.

Les préconisations sur la mise en conformité formulées par l'ARCEP appellent ainsi les observations suivantes.

## 2. Préconisations sur la mise en conformité

### 2.1. La suppression des clauses d'exclusivité

Bien que la lettre de l'article L. 33-1 du CPCE ne l'impose pas expressément, un consensus s'est dégagé sur la nécessité de supprimer les clauses d'exclusivité des conventions câble, en particulier eu égard aux termes non équivoques de l'article 2 de la directive « Concurrence ».



# Cable Europe

Cable Europe partage cette analyse mais estime qu'il est important de resituer l'objectif poursuivi par l'article 2 de la directive « Concurrence » au sein de l'ensemble des principes du Paquet Telecom.

Cette obligation de suppression des droits exclusifs et spéciaux doit garantir l'émergence d'une concurrence effective et non faussée sur le marché des communications électroniques dans l'ensemble des Etats membres et le nécessaire respect du principe de neutralité technologique qu'elle a vocation à promouvoir.

En aucun cas la suppression des droits exclusifs ne peut trouver de justification dans une démarche qui consisterait à pénaliser certains opérateurs en les maintenant sous le régime non justifié des délégations de service public et ce d'autant plus que dans la majorité des cas ces clauses d'exclusivité n'ont jamais été effective (voir supra, &1).

## 2.2. Garantir l'utilisation partagée des infrastructures

Au-delà l'obligation de mise en conformité avec les dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE, l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 modifié prévoit qu'afin de « *veiller au respect du principe d'égalité et de libre concurrence* » les conventions câbles devront « *garantir l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques* ».

Cable Europe entend émettre les plus vives réserves face à cette nouvelle disposition issue de la loi du 5 mars 2007.

Les préconisations du projet de rapport, dont on peine à trouver les fondements dans l'étude de M. Emmanuel Glaser, quasiment muette sur cette question, permettent d'observer que la mise en œuvre de cette obligation de partage risque de remettre en cause la sécurité juridique de conventions que l'obligation de mise en conformité a pourtant vocation à préserver.

Les difficultés éprouvées par le projet de rapport à déterminer la véritable intention du législateur et à rattacher cette « garantie » de partage à un quelconque fondement légal permettent également de mesurer le risque lié à une lecture extensive de cette disposition.

En réalité, seule une lecture *a minima* de l'article 134 alinéa 2 paraît de nature à préserver la sécurité juridique du nouveau dispositif. Il s'agirait d'interpréter l'obligation de partage comme une obligation simplement technique, de moyen, permettant le cas échéant et en accord avec le câblo-opérateur, l'utilisation partagée des infrastructures.

En revanche, une lecture extensive de cette obligation, qui consisterait à imposer une obligation de résultat et un partage effectif du réseau à chaque demande techniquement réalisable serait contraire aux dispositions internes et communautaire applicables.





# Cable Europe

- **Au niveau interne**

Deux difficultés tirées des dispositions mêmes de la Constitution et du droit des réseaux paraissent s'opposer à une lecture extensive de l'obligation de partage des « infrastructures publiques » de génie civil.

Une première difficulté découle de l'article 72 de la Constitution qui consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales. Imposer le partage des « infrastructures publiques » est en effet de nature à remettre en cause le principe de libre administration dès lors que les collectivités ne seraient plus maîtres de la destination de leur réseau.

Une seconde difficulté résulte des dispositions mêmes du Code des Postes et Communications Electroniques qui organisent une simple « invitation au partage » des infrastructures, qu'elles soient publiques ou privées (article L. 47). Le partage des infrastructures n'est donc pas imposé mais suppose un accord de gré à gré entre opérateurs, éventuellement sous l'égide de l'ARCEP (article L. 36-8 du CPCE).

En outre, le principe de neutralité technologique doit se traduire par la mise en œuvre d'un régime commun pour l'établissement et l'exploitation de tous réseaux et services de communications électroniques, indépendamment de la technologie mise en œuvre.

A la lumière de ces dispositions, il ne fait guère de doute qu'une lecture extensive des dispositions de l'article 134 risque de conduire à la remise en cause du régime du partage des infrastructures en général et du principe de neutralité technologique en particulier dès lors que seuls les opérateurs de réseaux câblés, à l'exclusion de tous autres, seraient contraints de partager le réseau qu'ils exploitent.

Enfin, Cable Europe observe que la mise en place de cette obligation de partage conduirait au résultat pour le moins paradoxal que les réseaux du Plan Câble, pourtant établis et financés par l'Etat, seraient exclus de l'obligation de partage compte tenu du transfert de la propriété de ces réseaux à la société anonyme France Telecom en 1996<sup>39</sup> tandis que les réseaux Nouvelle Donne, établis et financés par les câblo-opérateur, se verraient soumis à une obligation de partage compte tenu de leur appartenance aux collectivités au titre de la théorie des biens de retour.

- **Au niveau communautaire**

La fragilité des opérations de mise en conformité qui résulteraient d'une lecture extensive de l'obligation de partage des « infrastructures publiques » est manifeste au regard du droit communautaire général comme du Paquet Telecom.

---

<sup>39</sup> Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996.



# Cable Europe

## (i) Droit communautaire général – théorie des facilités essentielles

Le recours à la théorie des facilités essentielles a permis à la jurisprudence européenne d'admettre que le propriétaire d'une ressource essentielle peut être tenu de garantir l'accès de ses infrastructures aux autres opérateurs.

Cependant, le recours à cette théorie est particulièrement encadré et ne saurait être transposé à la mise en conformité des conventions câble.

La jurisprudence communautaire n'impose en effet le partage des infrastructure qu'aux opérateurs jouissant d'une position dominante sur un marché déterminé<sup>40</sup>. Ainsi, l'accès aux installations ne peut être octroyé que dans l'hypothèse où une situation de monopole est de nature à faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur un marché de référence<sup>41</sup> et lorsque le refus d'accès risque d'éliminer toute concurrence sur ce marché sans justification objective. Il faut donc que le service sollicité « soit indispensable à l'exercice de l'activité de demandeur sans qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel »<sup>42</sup>.

Tel n'est pas le cas des réseaux câblés. En réalité, sur le marché français, seul le réseau de boucle locale de l'opérateur historique peut être considéré comme une facilité essentielle.

Par ailleurs, Cable Europe observe que les motivations de cette jurisprudence remettent en cause l'efficacité même du système de l'obligation de partage des « infrastructures publiques » telle que proposée par l'article 134 al. 2 de la loi du 9 juillet 2004.

Le juge communautaire explique en effet les motifs de sa réticence à valider le recours à la théorie des infrastructures essentielles : limiter l'obligation de partage des infrastructures permet de stimuler les investissements et donc la concurrence sur un marché déterminé.

L'avocat général Jacob précise ainsi que « si l'accès à une installation de production, d'achat ou de distribution était trop aisément accordé, un concurrent ne serait pas incité à créer des installations concurrentes. Ainsi, tandis que la concurrence s'amplifierait à court terme, elle se réduirait à long terme. De surcroît, une entreprise dominante serait moins encouragée à investir dans des installations efficaces si ses concurrents pouvaient, sur demande, en partager les bénéfices. Ainsi, le simple fait qu'une entreprise conserve un avantage sur un concurrent en se réservant l'usage d'une installation ne saurait justifier d'exiger l'accès à celle-ci »<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs, Arrêt C-7/97 *Bronner c/ Mediaprint* [1998] I -07791

<sup>41</sup> Arrêt C-241/91 P et C-242/91 *RTE et ITP c/ Commission des communautés européennes*, dit arrêt Magill [1995] ECR I- 00743.

<sup>42</sup> Arrêt C-7/97 *Bronner c/ Mediaprint* [1998] I -07791

<sup>43</sup> Conclusions de l'avocat général Jacobs, Arrêt C-7/97 *Bronner c/ Mediaprint* [1998] I -07791



# Cable Europe

Ainsi, au-delà de la dimension strictement juridique de l'obligation de partage des infrastructures issue de l'article 134 alinéa 2, l'énoncé de ces éléments invitent à s'interroger sur l'opportunité économique de maintenir un tel dispositif.

On rappelle en effet que le législateur a motivé l'obligation de partage instituée vis-à-vis des réseaux câblés par la « *nécessité de veiller au respect du principe d'égalité et de libre concurrence* ».

Il est permis au contraire de penser que le respect du principe d'égalité et de libre concurrence serait davantage préservé si les opérateurs de réseaux câblés pouvaient sans contrainte propre fournir leurs services à leurs clients.

Dès lors, seule une lecture *a minima* de l'article 134 al. 2, fondée sur une simple garantie de possibilité technique de partage, est de nature à stimuler la concurrence effective entre opérateurs.

## (ii) Directives Paquets Telecom

La lecture des directives Paquet Telecom renforce selon nous les risques juridiques qui découlent de l'obligation de partage.

En premier lieu, l'article 12 de la directive « Cadre » organise les modalités du partage des infrastructures de réseaux : les possibilités laissées aux Etats membres pour imposer le partage des infrastructures y sont très restrictivement encadrées :

- « 1. *Lorsqu'une **entreprise fournissant des réseaux des communications électroniques** a le droit, aux termes de la législation nationale, de mettre en place des ressources sur au dessus ou au dessous de propriétés publiques ou privées ou peut **profiter de l'utilisation d'un bien foncier**, les autorités réglementaires nationales **encouragent le partage** de ces ressources ou de ce bien foncier*
2. *En particulier, lorsque les entreprises sont **privées de l'accès à d'autres possibilités viables du fait de la nécessité de protéger l'environnement, la santé ou la sécurité publique**, ou de réaliser des objectifs d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, les **Etats membres peuvent imposer le partage des ressources** ou biens fonciers (y compris les colocations physiques) à une entreprise exploitant un réseau de communications électronique ou prendre des mesures visant à faciliter la coordination de travaux publics uniquement après une période de consultation publique appropriée au cours de laquelle toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de donner leur avis. Ces arrangements de partage ou de coordination peuvent inclure des règles de répartition des coûts du partage de la ressource ou du bien foncier ».*



# Cable Europe

Cette disposition, qui s'impose aux autorités nationales, établit clairement le cadre permettant le recours au partage imposé d'infrastructures de communications électroniques. Ce cadre est très éloigné du dispositif proposé par l'article 134 al. 2 de la loi du 9 juillet 2004 qui ne fait état d'aucune impossibilité d'accès justifiant l'obligation de partage.

En second lieu, aucun élément dans cet article 12 ne permet aux autorités nationales d'imposer un traitement juridique différent entre technologies. Ceci conduit à nouveau Cable Europe à émettre de vives réserves sur la mise en œuvre d'un dispositif de nature à imposer aux seuls réseaux câblés une quelconque obligation de partage.

**En conclusion**, compte tenu du risque d'insécurité juridique inhérent au dispositif de l'article 134 al. 2 de la loi du 9 juillet 2004, Cable Europe considère que seule une lecture *a minima* de la garantie de partage des infrastructures, consistant en une obligation technique de moyen qui permettrait d'assurer le cas échéant, et avec l'accord du câblo-opérateur, le partage de l'infrastructure serait de nature à préserver une mise en conformité des conventions câbles compatibles avec le droit interne et communautaire.

## 2.4. Modification de l'équilibre juridique du contrat et droit à indemnisation.

Le projet de rapport conclut que si les évolutions législatives pourraient ouvrir droit à indemnisation pour le câblo-opérateur, cela suppose toutefois qu'il soit explicitement établi que ces évolutions sont de nature à bouleverser son activité. Il précise à l'appui de cette conclusion que la jurisprudence n'exigerait pas que la personne publique fasse nécessairement des concessions pour rétablir l'équilibre du contrat.

Cable Europe ne partage pas cette analyse et est d'avis qu'il convient ici à nouveau de distinguer en fonction de la véritable nature de la convention câble.

Dans les cas où la convention sera qualifiée de convention d'occupation du domaine public, une grille d'analyse circonstanciée paraît effectivement susceptible de préserver l'équilibre financier du contrat.

En revanche, dans l'hypothèse où la convention peut être qualifiée de délégation de service public, les termes de l'article 134 modifié sont de nature à bouleverser l'activité des opérateurs et en conséquence imposent l'organisation d'une compensation financière visant à indemniser les opérateurs de leur préjudice.

Les modalités de la compensation, qui pourront s'organiser au cas par cas, dans le cadre de négociations entre les parties devront garantir le respect, en toute hypothèse, de l'économie générale de ces conventions.



# Cable Europe

Leur économie générale était organisée autour de l'équation suivante :

- exclusivité de l'établissement et de l'exploitation commerciale du réseau au profit du câblo-opérateur ;
- sujétions particulières et bénéfice au profit de la collectivité de la propriété *ab initio* du réseau, en tant que « bien de retour ».

Il n'en restera rien ou presque si les parties se contentent d'un simple « toilettage » de leur convention car en ce cas l'opérateur :

- perd toute protection contractuelle vis-à-vis de ses concurrents ;
- subit inversement de nouvelles contraintes tirées de l'obligation de partager le réseau
- continue d'être tenu aux sujétions particulières initialement justifiées par son exclusivité disparue ; et
- perd tout droit sur la propriété d'un réseau qu'il a pourtant lui-même réalisé et financé.

A la lumière de ces considérations, l'exercice consistant à ne pas envisager les modalités d'une nécessaire préservation de l'équilibre économique de la délégation de service public paraît pour le moins aléatoire et ce pour trois raisons.

D'abord parce qu'il existe bien un principe général de préservation de l'équilibre de toute délégation de service public, « cette équation financière »<sup>44</sup>, principe qui peut trouver appui sur la théorie bien connue de l'imprévision<sup>45</sup>, voire de la force majeure. Et si le contrat devait être résilié du fait de l'inertie durable de l'administration à envisager son adaptation aux nouvelles réalités économiques et juridiques, l'opérateur pourrait sans doute se voir reconnaître un droit à indemnisation.

Ensuite parce qu'il semble de ce fait incontestable que l'option du « toilettage » sans compensation fragiliserait juridiquement les conventions modifiées dans l'hypothèse où faute d'accord entre les parties, les communes useraient de leur pouvoir de modification unilatéral. Serait alors posé la question de la compatibilité d'un tel modèle avec l'impératif communautaire, mais aussi interne, de traitement juridique neutre entre réseaux.

Enfin, parce qu'une telle solution aboutirait au résultat opposé à celui envisagé par le législateur lorsqu'il a adopté la loi du 9 juillet 2004. On rappelle les propos tenus pendant les débats parlementaires par le ministre délégué à l'industrie Mme Fontaine : « *Bien que ces mêmes entreprises [les câblo-opérateurs] 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 câbles puissent enfin se développer* »<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Conclusion Léon Blum sur CE. 11 mars 1911, *Cie Générale française des Tramways* ; GAJA, n° 23 ; 13<sup>e</sup> éd.

<sup>45</sup> CE. 30 mars 1919, *Cie Générale d'éclairage de Bordeaux* ; Rec. 125 ; GAJA n° 32, 13<sup>e</sup> éd.

<sup>46</sup> JO Débats, AN, séances des 11 et 12 février 2004.



**En conclusion**, les principes généraux gouvernant l'exécution des contrats publics, le respect des principes issus du Paquet Telecom et de la volonté du législateur justifient de prévoir un système de compensation financière au profit des opérateurs.

## 2.5. La mise en conformité ne peut pas emporter requalification rétroactive des contrats ou leur caducité

Le projet de rapport estime que la suppression de la clause d'exclusivité est sans incidence sur la nature des contrats car la qualification juridique du contrat doit rester inchangée.

Cable Europe ne partage pas cette analyse.

En premier lieu, la jurisprudence du Tribunal des Conflits<sup>47</sup> selon lequel la nature des contrats s'apprécie au moment de leur conclusion **sauf disposition législative** contraire ne paraît pas tout à fait transposable à la question de la mise en conformité des conventions câbles car précisément, l'article 134 constitue l'une de ces dispositions législatives qui a vocation par définition à s'appliquer aux conventions câble en cours.

Cette jurisprudence ne peut en outre valoir que lorsque le régime applicable au contrat est stable à un moment donné bien qu'il soit modifiable au gré des circonstances de fait et de droit. Dans notre hypothèse, il y a bien trop d'incertitudes concernant la compétence des communes, le critère matériel du service public, pour évoquer une quelconque stabilité juridique. Dans un tel régime d'incertitude, il est difficile de prétendre que le service public, pourtant hypothétique, doit demeurer alors que les évolutions ultérieures montrent qu'il n'existe pas. Dans le cadre précis des contrats de délégation, il est donc pour le moins discutable de rattacher les contrats initiaux au modèle concessif au moment même où la loi en invalide un des mécanismes essentiels, la situation de monopole en compensation des sujétions de service public.

Selon Cable Europe, la disparition de cette situation de monopole qui constituait un élément décisif de l'engagement contractuel de l'opérateur doit conduire à la disparition du service public, lorsqu'il existait, quelle que soit d'ailleurs la grille d'analyse utilisée pour son identification, et ce pour deux raisons.

La première a déjà été exposée ci-dessus (Chap. II. &1). Si l'on retient le critère tiré de l'avis du Conseil d'Etat de 1995, le service public et la délégation qui en est support disparaissent évidemment. Si l'on retient le critère tiré de la jurisprudence APREI, la remise en cause de l'un des indices essentiels de son existence réduirait encore un peu plus le faisceau permettant son identification.

La seconde est liée au nouveau régime issu de l'article L. 1425-I de CGCT qui prévoit que l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques est une activité qui entre désormais dans le champ de compétence des collectivités.

---

<sup>47</sup> TC, 16 octobre 2006, n° C3506 *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, RFDA 2007.284.





# Cable Europe

Cable Europe estime qu'il est nécessaire de rappeler que le recours à ce nouveau régime n'est ici d'aucun secours pour mesurer la portée de la suppression des clauses d'exclusivité sur les anciens contrats toujours en vigueur.

D'abord parce que ce régime ne dispose que pour l'avenir et que l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 impose la mise en conformité avec les seules dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE.

Au fond ensuite car il semble très difficile de soutenir avec M. Emmanuel Glaser que le nouveau régime issu de l'article L. 1425-I prévoirait explicitement, par nature en quelque sorte, que l'exploitation d'un réseau câblé est une activité de service public alors même que la loi de 2004 achève la libéralisation de cette activité conformément au Paquet Telecom.

Mme Christine Maugué précise ainsi à propos des compétences nouvelles octroyées aux collectivités en matière de réseaux :

*« Le fait que les collectivités territoriales se soient vues reconnaître diverses compétences en matière de communications électroniques **ne signifie pas nécessairement que dans l'exercice de celles-ci, elles accomplissent une mission de service public.** [...] Le nouveau dispositif [issu de l'article L. 1425-I du CGCT] conduit en réalité à distinguer, au sein des compétences de ces collectivités publiques, deux hypothèses :*

- *celles où certaines de ces compétences traduisent simplement une activité économique (une gestion privée), qui se déroule dans le champ concurrentiel des communications électroniques ;*
- *celle, fort différente, où d'autres compétences relèvent d'une mission de service public (une gestion publique), parce que la collectivité cherche à suppléer une défaillance de l'initiative privée ou à apporter une aide économique à un projet structurellement déficitaire et pourtant nécessaire à la population locale »<sup>48</sup>.*

Il serait en effet pour le moins paradoxal d'achever d'un côté la libéralisation de l'activité d'opérateur de réseaux et de supprimer le régime d'autorisation préalable pour, d'un autre côté, créer une sorte de service public par nature des communications électroniques. Cable Europe partage ainsi l'analyse développée par Mme Christine Maugué s'agissant la portée du nouveau régime issu de l'article L. 1425-I du CGCT.

**En conclusion,** à la lumière de l'ensemble de ces éléments, Cable Europe estime que la suppression de l'exclusivité ne permet pas aux anciens contrats de conserver une qualification juridique de délégation de service public.

\* \*  
\*

<sup>48</sup> Etude pour le compte de l'ARCEP – Janvier 2007, p. 4 ; précité.