

Projet de rapport sur la mise en conformité des conventions câble

Réponse de l'Avicca à la consultation publique

L'Arcep a soumis à consultation son projet de rapport sur la mise en conformité des contrats entre collectivités et opérateurs, en application de la loi sur la télévision du futur. L'Avicca se félicite de constater la validation de ses analyses et appelle Noos/Numéricâble/Est Vidécom à en tirer toutes les conséquences.

Le projet de rapport de l'Arcep montre que la mise en conformité, suite aux changements législatifs n'impose pas une quelconque requalification des contrats, ni l'abandon des engagements souscrits par l'opérateur ; le cadre de délégation de service public existe toujours, pour les contrats relevant de ce régime, et les collectivités concernées restent propriétaires des réseaux. Ceci est parfaitement conforme avec les analyses de l'Avicca et de ses collectivités membres, ainsi qu'avec la jurisprudence.

Le projet de rapport pointe à juste titre les risques encourus par des collectivités qui auraient méconnu le cadre juridique en transférant la propriété de leur réseau à l'opérateur par une opération de requalification des contrats : une cession sans procédure de déclassement "serait nulle et pourrait être soulevée à toute époque devant le juge judiciaire par toute personne dans la mesure où cela est utile à la défense de ses droits" - c'est à dire par exemple par un administré.

L'Avicca attend donc un changement profond d'attitude de la part des opérateurs du câble vis à vis des collectivités ; ces analyses, si elles sont appliquées, permettront enfin de repartir sur de bonnes bases dans les rapports de partenariat, afin de préparer les évolutions nécessaires.

Le projet de rapport distingue en effet clairement la portée, restreinte, de cette mise en conformité imposée par la loi et les directives européennes, de la nécessité, plus globale, d'une réflexion à mener pour aborder les évolutions vers le très haut débit. Cette distinction est également conforme avec les réflexions que l'Avicca poursuit depuis plusieurs années.

Trois grandes options stratégiques alternatives sont possibles pour les collectivités :

- accompagner l'opérateur, à la fois dans la modernisation du réseau, dans sa couverture géographique, dans la recherche de services mutualisés (service antenne pour la télévision, services collectifs pour l'accès à internet et au téléphone). Cela a un sens pour les délégations de service public, puisque la collectivité récupère le réseau ;
- banaliser les rapports avec l'opérateur du câble, en le mettant dans les mêmes conditions que les autres, tout en organisant l'ouverture effective du génie civil ;
- reprendre le réseau, soit pour l'exploiter en tant que réseau fournissant le service (en cas de carence d'initiatives privées) soit plus probablement pour l'ouvrir aux opérateurs (L 1425-1) et organiser un service antenne pour la télévision.

La reconnaissance des contrats en cours et leur application effective est un préalable indispensable. Il faut restaurer la confiance, agir dans la sécurité juridique, et envisager sereinement les évolutions négociées tenant compte de cet enjeu global du très haut débit,

dans ses dimensions d'ouverture des infrastructures publiques, de couverture du territoire, et de nouveaux services aux habitants et professionnels des villes câblées.

Le rapport de l'Arcep, venant d'une Autorité indépendante tant des opérateurs que des collectivités, doit servir à débloquer les situations.

Afin de contribuer à la transparence sur ces questions, l'Avicca met en ligne ses données disponibles sur les réseaux câblés.

Sur certaines formulations du projet de rapport, l'Avicca émet des remarques détaillées ci-jointes.

Remarques sur le projet de rapport

1) Sur l'étendue réelle des mises en conformité

Dans le chapitre « 6 Les cas de mise en conformité sont peu nombreux », il est exposé liminairement que « la mise en conformité prévue par la loi u 9 juillet 2004 *a conduit* Noos-Numéricâble proposer aux communes de revoir intégralement le cadre contractuel en vigueur ».

Or il apparaît clairement dans le reste de l'analyse que cette refonte du cadre n'était nullement imposée par les textes.

Il serait plus juste de constater que Noos Numéricâble a *mis à profit* la mise en conformité pour tenter d'obtenir de revoir intégralement les contrats en vigueur.

Il est plus loin précisé que « une cinquantaine de contrats a été modifiée sur la base des propositions de l'opérateur ». Nous n'avons pu obtenir aucune liste correspondant à ce chiffre, dont la seule source est l'opérateur lui-même.

En conclusion du 6, il pourrait être utile d'évoquer l'analyse faite ultérieurement : pour certains contrats, la mise en conformité pourrait se résumer à la suppression de la clause d'exclusivité. Celle-ci étant devenue inopposable aux opérateurs « une suppression formelle d'exclusivité ne semble donc pas être impérative ».

Ceci devrait amener à relativiser également le titre : les cas de mise en conformité *par accord des parties* sont peu nombreux.

Dans le corps de l'article, il serait plus équitable de rappeler que des collectivités, et non seulement l'opérateur, ont également fait des propositions de mise en conformité, généralement limitées à la suppression de la clause d'exclusivité, ce qui n'a jamais été accepté par l'opérateur.

Enfin il n'est pas inutile de rappeler ici que les désaccords entre les parties n'ont pas porté atteinte à des tiers, la clause d'exclusivité étant inopposable aux tiers.

2) Typologie

Au chapitre 2, la distinction globale entre réseaux communautaires, réseaux du Plan câble et réseaux nouvelle donne correspond à une réalité, mais les frontières réelles ne sont pas aussi délimitées dans le temps que décrit.

Ainsi de nombreux réseaux du Plan câble ont-ils été exploités dans le régime de la loi de 1986. Certaines conventions d'exploitation ont ainsi été signées entre l'Etat (DGT) et des sociétés d'économie mixte sur le fondement de la nouvelle législation.

Il serait important de bien souligner que pour les réseaux du Plan Câble il y a souvent pour chaque collectivité un ensemble de contrats (par exemple « établissement », « exploitation » et « opérateur »), qui peuvent chacun relever d'une catégorie différente tout en étant liés.

3) Compétence des collectivités entre 1986 et 1990

La qualification de service public a fait l'objet dans les années 90 de débats, publications, avis du Conseil d'Etat et de contentieux. Ni les contentieux, ni l'avis du Conseil d'Etat de 1995, n'ont validé l'interprétation d'une éventuelle absence de compétence de la commune pour exploiter et donc déléguer l'exploitation entre les lois de 1986 et 1990.

Le rapport de M Glaser montre qu'il faut chercher les intentions du législateur pour éclaircir ce point, faute d'un texte explicite. Des points supplémentaires, non soulevés dans ce rapport, abondent dans le sens d'une interprétation positive de la capacité à déléguer l'exploitation.

3.1 La loi de 1986 n'a pas interdit la contractualisation de l'exploitation par une commune

L'ensemble de la loi 86-1067 repose sur un principe général de liberté, en son article 1. Il est également précisé que l'exercice de cette liberté ne peut être limité que pour des motifs énumérés. Aucun de ces motifs ne vise directement ou indirectement le droit d'une collectivité à exploiter un réseau. Ce droit avait été ouvert, sous la forme obligatoire d'une exploitation par une société d'économie mixte, par la législation antérieure.

3.2 La loi du 1^{er} août 1984 a indirectement instauré la compétence des collectivités

La loi 84-743 du 01/08/1984, modifiant la loi 82-652 du 29 juillet 1982, et relative à l'exploitation des services de radio télévision mis à la disposition du public sur un réseau câblé, précise que l'exploitation du service est assurée par une société d'économie mixte locale prévue par la loi 83-597 du 07/07/1983, dans les conditions prévues par un cahier des charges pris par décret en Conseil d'Etat.

Aux termes de la loi 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux SEM locales, "les communes (...) peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des SEM locales (...) pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général".

Par conséquent, si une SEM pouvait à l'époque être créée pour exploiter un réseau câblé et bénéficier de l'autorisation d'exploitation prévue par l'article 34 de la loi de 1986 ce n'était qu'à la condition expresse que l'exploitation d'un réseau câblé relève de la compétence des communes. En ce sens, la loi du 1^{er} août 1984 a indirectement instauré la compétence des collectivités

Le décret en Conseil d'Etat 85-54 du 18 janvier 1985 précise que la demande d'autorisation est adressée par le mandataire de la société d'économie mixte locale à la Haute autorité de la communication ou au Ministre chargé de la communication.

3.3 La loi de 1986 puis celle de 1990 ont élargi les possibilités d'exploitation

Il ressort des travaux préparatoires à la loi 86-167 du 30/09/1986 que l'autorisation d'exploitation pouvait être confiée éventuellement à une société d'économie mixte, reconnue comme une société. Cette loi n'a fait qu'élargir le champ des structures pouvant exploiter un réseau câblé à toutes les sociétés. Les débats parlementaires doivent être lus dans leur contexte : la loi de 1984 n'avait pas permis aux communes d'exploiter directement les réseaux, la loi de 1986 ne le permet toujours pas. L'abolition des lois précédentes et la nouvelle loi n'ont pas eu pour objet un retour en arrière sur les possibilités d'exploitation des réseaux par les collectivités. L'ouverture du champ à toutes les sociétés a ouvert la voie aux délégations de service public, car auparavant seul le mode SEM était possible.

La loi du 29 décembre 1990 a poursuivi ce mouvement continu d'élargissement de la diversité des acteurs possibles pour assurer l'exploitation, adapté à la diversité des situations, en l'étendant aux régies.

Dans le débat parlementaire au Sénat pour la loi de 1986, le rapporteur de la commission spéciale indiquait : (...) ce ne sont pas les communes qui exploitent les réseaux (...). Les communes les établissent ou en autorisent l'établissement. L'exploitation des réseaux est obligatoirement confiée à une société ; cette exploitation est elle-même autorisée par la commission nationale ». Il est donc bien précisé que cette exploitation est confiée à une société, et ce, sans doute d'interprétation possible, par les communes ; l'autorisation par la CNCL vient se surajouter et non se substituer à cet acte.

Les limitations évoquées dans la discussion parlementaire sur l'exploitation en interne par les collectivités visaient à ne pas leur faire assumer le risque d'exploitation d'un service à caractère industriel et commercial. Le régime de la concession, ni évoqué ni interdit par le législateur, mais choisi en pratique par les collectivités et les opérateurs, a permis de faire assumer le risque à ces derniers tout en respectant les objectifs fixés par les premiers (couverture du territoire, tarifs maximums...) pour ce qui apparaissait à l'époque comme une manière exclusive de rendre des services à la population.

3.4 L'établissement et l'exploitation d'un réseau sont indissolublement liés

Il convient également de remarquer que la loi de 1986 a instauré une nouvelle compétence pour les communes, celle d'établir des réseaux, compétence exclusivement détenue par l'Etat auparavant. Or l'autorisation d'exploitation délivrée par l'autorité de régulation ne comporte pas des exigences qu'entend nécessairement offrir celui qui établit un réseau : le prix du service rendu à la population, sa qualité, sa continuité, son entretien, son évolution etc. La compétence à établir est indissolublement liée à une capacité à exploiter ou faire exploiter le réseau, indépendamment de l'autorisation d'exploitation délivrée par l'autorité de régulation.

L'avis du Conseil d'Etat (n° 357781 du 25 juillet 1995) a déjà donné l'argument du cumul possible des régimes.

« L'exploitation d'un tel réseau, lorsque l'opérateur auquel la commune ou le groupement de communes l'a confiée bénéficie de l'exclusivité sur le territoire couvert par ce réseau, et lorsque la population qui y réside se voit reconnaître un droit d'égal accès au service, présente le caractère d'un service public. La circonstance que cette exploitation, en vertu de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée, soit soumise à une autorisation du

Conseil supérieur de l'audiovisuel n'interdit pas aux communes ou groupement de communes qui ont créé le service public local en cause de préciser dans une convention ou une concession les conditions de fonctionnement de ce service.

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

On peut noter également qu'une collectivité qui, a contrario, ne souhaitait pas se mêler de l'exploitation du réseau pouvait mettre en œuvre l'autre disposition du texte de 1986, à savoir « autoriser » simplement l'établissement du réseau. L'existence de ces deux régimes est fondamentale pour mieux cerner la volonté du législateur.

3.5 La volonté des parties au contrat est de s'inscrire dans un régime concessif

A ces remarques s'ajoute l'examen des pratiques conventionnelles entre les parties entre 1986 et 1990, qui montre bien qu'en règle générale elles choisissaient non pas un régime d'autorisation, mais un régime où l'opérateur établissait et exploitait de réseau pour le compte de la collectivité.

Pour les réseaux hors Plan câble, la grande majorité des contrats passés entre 1986 et 1990 sont en effet bâtis sur un mode concessif. De nombreuses clauses vont dans ce sens (engagements de couverture, risque d'exploitation et rémunération par l'utilisateur pour l'opérateur, régime de biens de retours, possibilité de reprise de l'exploitation du réseau en cas de défaillance de l'opérateur voire même en l'absence de faute).

Il en résulte que si la recherche de la volonté du législateur est sujette à interprétation, celle des parties prenantes aux conventions ne l'est point, ce que ne manquerait pas d'apprécier un juge des contrats - ce que souligne également le pré-rapport de l'Arcep.

Ajoutons que pour les réseaux du Plan câble, l'Etat a signé postérieurement à 1986 de nombreuses conventions d'exploitation des réseaux du plan câble avec des sociétés d'économie mixte, ce qui n'aurait pas été possible si les communes n'avaient pas été compétentes pour créer des SEM ayant cet objet social. De plus, les dispositions relatives à la distribution étaient incluses dans le titre IV de la loi de 1986, et non dans le titre sur le secteur public. En poussant le raisonnement par l'absurde, on pourrait s'interroger sur la compétence de l'Etat, qui n'était pas une société, à confier l'exploitation d'un réseau qu'il avait construit à un tiers, et sur les conséquences d'une annulation de cet acte sur l'ensemble des contrats des réseaux du Plan Câble.

3.6 Des risques de soulever l'incompétence des communes

Comme le souligne le rapport de l'Arcep, c'est au juge qu'il reviendrait de trancher sur la question de l'éventuelle incompétence des communes à déléguer l'exploitation d'un réseau entre les lois de 1986 et 1990. Ceci pourrait aboutir à une annulation des contrats passés.

De telles procédures, avec leurs voies de recours, prendraient nécessairement plusieurs années. L'incertitude sur la propriété du réseau, et par conséquent sur tout investissement visant à le moderniser, pourrait gravement porter atteinte à la nécessaire modernisation de ces réseaux de communication électronique dans le contexte de l'évolution vers le très haut débit, au détriment tant de l'opérateur que de la collectivité.

4) Conventions d'occupation domaniale et sujétions d'exploitation

Dans le chapitre 2.3, il est précisé qu'une convention d'occupation domaniale « peut comporter des sujétions d'exploitation (ex : mise à disposition de la collectivité d'un canal local de télévision) ». Dans le chapitre des préconisations, il est indiqué au contraire que « la plupart des sujétions particulières doivent être supprimées dans le cas des conventions domaniales ».

Il convient sur le sujet d'être prudent, car certaines sujétions d'exploitation pourraient, en application du CGCT, amener une requalification du contrat en délégation de service public.

A contrario, dans certains contrats, des conditions d'occupation du domaine public sont exorbitantes du droit commun (par exemple prise en charge des déplacements de réseaux par la collectivité ou tarif bas tenant compte du fait qu'il s'agit d'un réseau d'accès) en contrepartie d'exigences fortes sur l'exploitation. Si ces exigences d'exploitation venaient à être supprimées ou atténuées, la commune ne pourrait maintenir sans risque des conditions exorbitantes d'occupation du domaine pour l'opérateur du câble. En effet, elle s'exposerait à des demandes d'égalité de traitement de la part des autres opérateurs. Les conséquences financières d'une généralisation pourraient se révéler très lourdes pour la collectivité.

En cas de nouveaux contrats, il est sans doute préférable que les conventions d'occupation du domaine se réfèrent le moins possible à l'exploitation. Pour les collectivités qui cherchent à « banaliser » le réseau câblé, il est à noter que le régime le plus répandu pour l'occupation du domaine public par les opérateurs est celui d'une simple autorisation unilatérale.

5) Clauses d'exclusivité

Les clauses assurant l'opérateur d'une exclusivité de construction de réseau ou réservant l'exclusivité de la fourniture de certains services sur un territoire donné ne sont effectivement plus conformes au nouveau cadre.

Par contre certains contrats réservent à l'opérateur l'exclusivité de la fourniture des services sur le réseau construit, ce qui peut être maintenu.

Il faudrait donc revoir la formulation « Les conventions transmises par les acteurs font fréquemment apparaître des clauses d'exclusivité (...). Dans tous les cas, ces clauses d'exclusivité sont contraires au nouveau cadre et doivent être supprimées.

Par ailleurs il est indiqué que les clauses seront inopposables au 31 juillet 2007. Selon nos analyses, elles sont inopposables depuis la mise en application des directives.

6) Préconisations sur les sujétions particulières

Dans le 2.3 le pré-rapport évoque les clauses se référant aux autorisations d'exploitation. Il est exact que le régime actuel est celui d'une simple déclaration. Cependant les opérateurs antérieurement autorisés n'ont pas eu à se déclarer à l'ARCEP ou au CSA. Il serait donc plus juste de dire que ces clauses *peuvent* être supprimées plutôt qu'elles le *doivent*.

Dans le même 2.3, l'Autorité « invite les collectivités à jouer leur rôle de partenaire des câblo-opérateurs et à négocier un allègement, voire une suppression de ces sujétions, notamment celles portant sur la validation des plans de service, le contrôle tarifaire (...). ».

Dans le cas des délégations de service public, il est impossible de supprimer la définition du contenu et du prix du service, puisqu'il ne s'agit pas d'une quelconque sujétion particulière, mais du cœur de la délégation.

Il pourrait par contre être intéressant, au vu des évolutions sur le paysage audiovisuel, et sur les réseaux pouvant apporter des services similaires, de redéfinir le contour du service public. Il pourrait s'agir d'un « service de base » portant sur l'accès aux chaînes publiques et locales et/ou aux chaînes gratuites, en simple et haute définition, ou bien à des « services d'antenne » pour les immeubles collectifs. Sur les services optionnels, l'opérateur pourrait avoir davantage de souplesse pour s'adapter à la concurrence.

L'Arcep invite à une souplesse dans le domaine. Abandonner une sujétion sans contrepartie ni nécessité pourrait être critiquable par des tiers (élus, administrés, Chambre régionale des comptes...). Dans le passé, de nombreuses sujétions particulières ont évolué par accord entre les parties ; certaines sujétions peuvent être fondamentales, d'autres obsolètes, d'autres encore évoluer dans leur portée et leur formulation, afin de rechercher des accords gagnant-gagnant.

Faire évoluer les sujétions nécessite d'une part qu'il n'y ait pas bouleversement de l'économie du contrat, du point de vue de la sécurité juridique, d'autre part que les *deux parties* veulent bien *jouer leur rôle de partenaires*.

7) La dimension du très haut débit

La dimension du « très haut débit » est essentielle pour une réflexion stratégique, surtout si l'on prend ce terme dans une acception large qui comprend l'évolution en cours de l'audiovisuel (extinction de la télévision hertzienne analogique, développement de la haute définition etc).

Il est clair, comme le précise le rapport, qu'il s'agit d'une « évolution des conventions au-delà de ce qui est nécessaire à la mise en conformité ».

Le pré-rapport indique que « les contrats de délégation actuels, qui portent uniquement sur les réseaux câblés, ne prévoient pas de tels investissements ». Si le « très haut débit » n'est effectivement pas visé, certains contrats comportent des clauses générales relatives à la modernisation du réseau qui peuvent être utilisées.

La question des investissements dont la durée d'amortissement est supérieure à l'échéance des contrats est très classique pour les délégations de service public. S'il n'était pas possible d'investir dans de telles situations, les réseaux de transport, d'énergie ou d'eau seraient obsolètes à échéance des contrats, ce qui n'est nullement le cas.

Les négociations à mener pour définir et valider de tels investissements supposent la reconnaissance du cadre contractuel par les parties, ce qui n'est pas la situation actuelle (très grande difficulté à obtenir des rapports financiers par exemple).

Il semble hasardeux de préconiser « de ne pas comptabiliser parmi les biens de retour les équipements correspondant aux nouveaux investissements ». Il ne s'agit en effet ni de bien de reprises ni de biens propres dans la plupart des cas. Un réseau forme un tout ; remplacer du coaxial par de la fibre pour passer d'un réseau HFC à du FTTLA (fibre jusqu'au dernier amplificateur) ne peut se faire en tronçonnant la propriété du réseau.