

**OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE RAPPORT SUR LA MISE EN CONFORMITE DES
CONVENTIONS CABLE DE L'ARCEP DE JUIN 2007**

**WORLD SATELLITE GUADELOUPE
MARTINIQUE TV CABLE**

6 JUILLET 2007

1. Introduction.....	3
2. Le contexte.....	5
2.1 Les réseaux câblés : évolutifs et économiques pour la fourniture du Très Haut Débit.....	5
2.2 Le contexte très spécifique des DOM – Guadeloupe et Martinique.....	6
3. Analyse des typologies.....	7
3.1 Nature de l'activité et qualification des conventions.....	7
3.1.1 Réseaux câblés et services publics.....	7
3.2 Typologie et critères de qualification	9
3.2.1 Remarques générales	9
3.2.2 Application à notre contexte	10
4. Préconisations.....	10
4.1 Principe de mise en conformité	10
4.2 Préconisations sur la mise en conformité.....	11
4.2.1 La suppression des clauses d'exclusivité	11
4.2.2 Garantir l'utilisation partagée des infrastructures	12
4.2.3 Modification de l'équilibre juridique du contrat et droit à indemnisation.	13
4.2.4 La mise en conformité ne peut pas emporter requalification rétroactive des contrats ou leur caducité.....	14
5. Conclusions	16

1. Introduction

Un nouveau cadre réglementaire, le Paquet Telecom, adopté en 2002 dont l'objectif principal est de renforcer la concurrence en facilitant l'arrivée des nouveaux entrants et de stimuler les investissements des opérateurs ne se limite plus aux réseaux et services de télécommunications, mais couvre l'ensemble des réseaux et services de communications électroniques.

Dans ce contexte, les lois du 21 juin 2004 (« LCEN ») et du 9 juillet 2004 (« communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ») ont été adoptées, dans le cadre de la transposition du Paquet Telecom.

Tous les réseaux sont maintenant soumis à une simple déclaration préalable auprès de l'ARCEP.

C'est dans ce contexte que l'accompagnement d'un certain nombre de contrats en cours, ceux 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.

La loi du 9 juillet 2004 a donc posé le principe d'une mise en conformité avec le cadre législatif en vigueur des conventions conclues entre les collectivités territoriales et les câblo-opérateurs. Elle fixait la date du 1er juillet 2006 comme échéance. La plupart des conventions n'a pas été modifiée à cette date, faute d'accord. Ainsi en Guadeloupe et en Martinique, sur un total de 31 conventions signées avec les communes, seules 8 ont été modifiées¹, 5 ayant fait l'objet de refus (négociations en cours), le reste étant sans réponse.

La loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur est donc venue préciser le processus permettant d'aboutir à la mise en conformité effective des conventions. Dans ce contexte, l'ARCEP a établi un rapport public sur la mise en conformité des conventions câble.

¹ Toilettage consistant principalement en Passage des Francs aux Euros, Termes « Télécommunications » et « télédistribution » remplacés par « Communications électroniques », référence à la loi de 2004 au lieu de la loi de 1986, Régime déclaratif ARCEP pour la construction et exploitation et notification CSA par l'opérateur directement en lieu et place de la commune

Malgré le délai très court pour répondre aux propositions formulées par l'ARCEP, la suite du document présente les observations des sociétés World Satellite Guadeloupe et Martinique TV Câble (ci après WSG et MTVC).

Après avoir rappelé quelques éléments sur les réseaux câblés (performance, coûts, évolutivité...) et souligné le contexte très spécifique du marché sur lequel opèrent WSG et MTVC (Départements d'Outremer), nous reprenons le plan du rapport ARCEP, en commentant la typologie et les différentes préconisations proposées.

Ainsi, les points suivants seront développés :

Les contraintes que sont susceptibles d'être imposées par les collectivités territoriales aux câblo-opérateurs dans le cadre la mise en conformité des conventions câble sont limitées 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: en particulier, le respect du principe de neutralité technologique et ses conséquences sur le partage des infrastructures entre opérateurs; principes de libre concurrence, la conciliation du droit interne avec les règles communautaires; le rôle des autorités réglementaires nationales (ARN) au regard du Paquet Telecom.

Si les collectivités territoriales peuvent intervenir pour résorber la fracture numérique en établissant des plateformes ouvertes au moyen de nouveaux contrats, éventuellement sous forme délégation de service public, lorsque le cadre réglementaire le permettent, en revanche, s'agissant des contrats anciens, cette intervention doit au contraire se réaliser dans le respect des règles de concurrence, en particuliers vis-à-vis des « réseaux propriétaires », établis et financés par les câblo-opérateurs eux-mêmes, dans un contexte réglementaire particulier.

Nous concluons par des propositions de mesures spécifiques à nos réseaux dans les DOM.

2. Le contexte

2.1 LES RESEAUX CABLES : EVOLUTIFS ET ECONOMIQUES POUR LA FOURNITURE DU TRES HAUT DEBIT

Depuis quelques mois, on assiste à un regain d'intérêt pour des déploiements de réseaux d'accès Très Haut Débit.

Parmi les technologies à l'étude - FTTx, VDSL, ... - le câble HFC et ses évolutions est la technologie la plus déployée dans le monde. Il est ainsi prévu plus de 80 Millions de abonnés multiservices sur les réseaux câblés d'Europe de l'Ouest d'ici 2011, générant à cette date plus de 22 Milliards d'Euros de revenus.

Avec les progrès dans les technologies de transmission grâce à l'utilisation de la fibre optique, les câblo-opérateurs proposent dès aujourd'hui des débits de quelques dizaines de Mbps en mode bidirectionnel grâce à la combinaison fibre et câble coaxial.

Ainsi, la norme DOCSIS 2.0 permet d'ores et déjà de proposer des débits Internet de 51 Mbps en voie descendante et 30 Mbps en voie remontante. Certains opérateurs utilisent WideBandDocsis pour proposer des services à 100 Mbps en voie descendante. La norme DOCSIS 3.0 en cours de certification permettra d'ici la fin de l'année d'atteindre des débits 300Mbps/180Mbps (en DVB-C2).

Tout comme les réseaux GPON, l'accès par câble suit une architecture arborescente. Pour augmenter les débits proposés aux abonnés, l'architecture HFC migre vers une infrastructure FTTLA (Fiber To The Last Amplifier). Cela consiste à rapprocher la fibre optique au plus près des abonnés, soit à 100-200 mètres des logements, et de terminer la liaison par câble coaxial. Cette solution permet ainsi de diminuer la charge du réseau final avec une poche qui desservira entre 70 et 150 foyers. Si cela est nécessaire, il est possible de réduire autant que de besoin la taille des poches, faisant que l'architecture se rapproche progressivement des architectures FTTH. Il convient de souligner que cette migration se fait à coût incrémental faible (réutilisation des fourreaux existants, remplacement des amplificateurs par des matériels plus récents).

Les câblo-opérateurs ont été les premiers concurrents en infrastructure des opérateurs historiques, et ce dès la fin des années 1990. Ils ont été les précurseurs des services Triple Play et sont ainsi à la pointe de l'innovation en proposant aujourd'hui la TV Haute Définition, la VoD, la convergence Quadruple Play, le Très Haut débit de façon massive et des nouvelles applications interactives nécessitant une voie de retour en haut débit.

2.2 LE CONTEXTE TRES SPECIFIQUE DES DOM – GUADELOUPE ET MARTINIQUE

Avec une couverture de la population de l'ordre de 50% et un taux de pénétration de la télévision payante significatif, les réseaux câblés des Antilles, construits dans les années 1990, ont pris une place notable dans le paysage local. Notamment c'est le vecteur de diffusion privilégié pour les chaînes locales d'informations et de divertissements. Plus de 10 chaînes généralistes, communautaires et musicales locales sont ainsi diffusées aux Antilles, y compris dans les services antennes.

La numérisation du réseau lancée début 2007 permet de proposer des offres diversifiées de télévision, adressant tous les publics.

En parallèle, Internet Haut débit lancé fin 2006 sur les zones rénovées du réseau, est accessible sur plus de 25 000 foyers, avec à terme une couverture totale en Triple Play.

Cependant, il existe sur ces marchés de nombreuses spécificités.

La première est relative à la géographie et au climat : cyclones et tremblements de terre. La quasi totalité des réseaux sont aériens, comme c'est le cas au Japon pour les réseaux FTTx, car plus résistants en cas de tremblements de terre, plus faciles à construire et moins coûteux à déployer. Les réseaux sont généralement posés sur des poteaux EDF, impliquant la signature de conventions triparties Opérateur-EDF-communes.

La deuxième est relative à l'éloignement et au caractère insulaire des réseaux.

En raison du coût du transport satellite, la majorité des programmes TV est diffusée en différé (hors bien sur des chaînes d'information et de sport en direct).

En raison du coût de la bande passante Internet internationale (environ 1000 Eu/Mbps jusqu'il y a peu) liée à l'absence de capacité sur les fibres optiques du bassin caribéen, il est difficile de trouver sur le marché, des abonnements Internet à des standards métropolitains, ce qui limite le développement commercial des offres. On notera cependant que seul le câblo-opérateur propose des offres Internet haut débit à partir de 14,90 E/mois.

La troisième est liée à la taille des marchés adressables (moins de 200 000 foyers sur chaque île, majoritairement en habitat individuel). En raison de la difficulté à amortir de nouveaux investissements sur une base de population limitée, le réseau câblé est et restera sans doute pour très longtemps, le seul réseau d'infrastructure alternatif fixe, et ce grâce aux lourds investissements réalisés par le passé. Il serait le seul à même de pouvoir proposer des services à Très Haut Débit.

Enfin, la dernière est liée aux pratiques de Canal+/MediaOverseas sur le marché de la TV payante. Alors que la position de l'ARCEP indique que le succès du Très Haut

Débit passe par une refonte des relations entre opérateurs, distributeurs et détenteurs de droits. Nous attirons l'attention de l'ARCEP sur la position dominante de Canal+/ MediaOverseas à la fois sur les marchés de l'édition et de distribution de Télévision Payante.

Nous faisons face aujourd'hui à des refus de vente de chaînes ayant signé des exclusivités avec le groupe Canal+, ce qui limite l'attractivité des offres et constitue un frein à notre développement. Or cette société ne paie ni droit de passage, ni redevance sur chiffre d'affaires. Elle n'est pas soumise non plus à des questions de biens de retour.

Il nous semble que dans des règles de neutralité technologique, un opérateur de réseau filaire devrait être soumis aux mêmes règles que les concurrents au sens large dans les domaines d'activités de la communication électroniques.

3. Analyse des typologies

Tous les réseaux câblés des Antilles ont été construits dans les années 1990 sous le régime de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et sont donc des réseaux « Nouvelle Donne ».

3.1 NATURE DE L'ACTIVITE ET QUALIFICATION DES CONVENTIONS

3.1.1 Réseaux câblés et services publics

Le rapport de l'ARCEP développe deux analyses pour déterminer si les conventions d'établissement et exploitation des réseaux « Nouvelle donne » peuvent être qualifiées de délégations de service public.

La première se réfère à l'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 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 »*.

La seconde se réfère à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat issue du récent arrêt de Section « APREI » rendu le 22 février 2007. Dans cette jurisprudence il est précisé qu'il est possible 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.

L'avis du Conseil d'Etat du 25 juillet 1995 confirme l'analyse selon laquelle l'exploitation d'un réseau câblé s'exerce dans un régime libéral et strictement encadré par la loi. Christine Maugué, Conseiller d'Etat, rappelait² ainsi récemment à propos de cet avis que « *le Conseil d'Etat a refusé, 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 le bénéfice 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* ».

Seul le cas des clauses d'exclusivité sera ici présenté, sachant que nos conventions câbles ne prévoient pas de stipulation assurant l'égal accès de la population éligible au service.

Rappelons qu'il ne suffit pas de prévoir l'exclusivité en faveur d'un opérateur pour que celle-ci soit efficace. La condition d'exclusivité posée par l'avis du Conseil d'Etat n'est 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 (par la société MediaOverseas, filiale du groupe Canal+, qui détient plus de 70% du marché de la TV payante aux Antilles)) et depuis peu par ADSL (par la société Mediaserv, qui reprend les bouquets proposés par MediaOverseas) à des conditions financières proches de celles proposées par ces opérateurs, de nature à concurrencer cette « l'exclusivité » en réalité fictive.

S'agissant de la jurisprudence « APREI », une série de critères permet de déterminer l'existence d'une délégation de service public :

- Le constat de carence : la carence de l'initiative privée doit naturellement être clairement établie dès lors qu'il s'agit d'identifier un service public local facultatif (ce qui n'est pas le cas aux Antilles cf. MediaOverseas et Mediaserv) ;
- Les prérogatives de puissance publique, qui ne peuvent exister que par la loi et non par contrat ;

² 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

- Le contrôle de la gestion de l'activité de l'opérateur qui doit porter sur les conditions de création, d'organisation ou de fonctionnement de l'opérateur.

3.2 TYPOLOGIE ET CRITERES DE QUALIFICATION

3.2.1 Remarques générales

La typologie et la liste des faisceaux d'indice proposés par l'ARCEP n'appellent pas de remarques particulières.

Le projet de rapport lorsqu'il dresse 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 précédemment.

Cependant, la liste dressée par le projet de rapport appelle les remarques suivantes:

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: il s'agit essentiellement d'un critère permettant de distinguer les marchés publics des autres catégories de contrats publics ;
- sur le contrôle de la personne publique : voir plus haut ;
- sur l'existence d'obligations d'exploitation : voir plus haut ;
- sur l'existence d'obligations d'établissement : voir plus haut ;
- sur la mention que le service est exploité aux risques et périls du concessionnaire: il s'agit essentiellement d'un critère permettant de distinguer les marchés publics des autres catégories de contrats publics.

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

Le critère tiré de la redevance payée par le fermier n'apparaît pas 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.**

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

Pas de commentaires particuliers.

3.2.2 Application à notre contexte

Nos conventions prévoient d'une façon générale (28 conventions sur 31) :

- l'exclusivité pour la distribution de la TV et radio par câble pendant la durée du contrat ;
- la permission de voirie ;
- la rémunération de la société à ses risques et périls ;
- la construction et exploitation du réseau après réalisation d'une étude économique ;
- quelques obligations de communication et d'information de la collectivité sur le réseau dans la perspective d'une bonne gestion du domaine.
- la liberté tarifaire et de programme
- la propriété du réseau en fin de convention avec la possibilité pour la commune d'acquérir le réseau si elle le souhaite, à dire d'expert.

...ainsi que différentes sujétions comme la mise à disposition d'un canal local (il n'y a pas d'application pratique) et le paiement d'une redevance par abonné.

N'y figurent pas des critères tels que le contrôle de la personne publique (contrôle de la tarification des abonnements, définition du contenu du plan de service...) ou encore des obligations relatives à l'établissement du réseau (obligation de couverture du réseau, obligation de desserte de bâtiments publics...).

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 de nature à justifier la qualification de la quasi totalité de nos conventions câble en convention d'occupation domaniale.

4. Préconisations

4.1 PRINCIPE DE MISE EN CONFORMITE

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).

La portée de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 doit être appréciée à l'aune de l'article L. 33-1 du CPCE et des directives Paquet Telecom.

La force obligatoire des directives ne peut être remis en cause par l'intervention des mesures françaises de transposition, y compris de nature législative, 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.

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

- (i) la 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.

4.2 PRECONISATIONS SUR LA MISE EN CONFORMITE

4.2.1 La suppression des clauses d'exclusivité

Dans l'hypothèse où la convention peut être qualifiée de convention d'occupation du domaine public, ce qui est le cas de la quasi-totalité des conventions des Antilles, la mise en conformité suppose nécessairement la suppression des clauses d'exclusivité.

Dans l'hypothèse où les conventions peuvent éventuellement être qualifiées de délégation de service public (possiblement Pointe-à-Pitre, Schoelcher et Le Robert), la situation n'est pas aussi claire. On rappelle en effet que selon l'économie de ce type de convention, la charge financière d'établissement du réseau incombe au seul câblo-opérateur, tandis que le réseau est destiné à retourner à la commune au terme du contrat, les clauses d'exclusivité garantissant en contrepartie au cocontractant de l'administration une protection de nature à lui permettre de réaliser sa mission.

Dès lors,

- soit les parties peuvent s'accorder pour que la perte de l'exclusivité ne remette pas en cause l'équilibre financier du contrat, notamment par le biais de compensation et auquel cas, leur suppression est envisageable;

- soit un tel accord ne peut être trouvé et en ce cas, il est serait souhaitable d'adapter la clause d'exclusivité aux dispositions de l'article L. 33-1, sans pour autant la supprimer.

4.2.2 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* ».

La mise en œuvre de cette obligation de partage remet en cause la sécurité juridique de conventions que l'obligation de mise en conformité a pourtant vocation à préserver.

En effet, les dispositions du CPCE 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.

L'utilisation partagée des infrastructures conduira nécessairement 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.

Par ailleurs, la jurisprudence communautaire n'impose le partage des infrastructures qu'aux opérateurs jouissant d'une position dominante sur un marché déterminé. 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 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* » ce qui n'est pas des réseaux câblés.

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, nous considérons 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.

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

Le projet de rapport conclut que si les évolutions législatives peuvent ouvrir droit à indemnisation pour le câblo-opérateur, cela suppose toutefois qu'il soit explicitement établi que ces évolutions sont ou ont été 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.

Il est clair que les termes de l'article 134 modifié bouleverseront l'activité des opérateurs titulaires de conventions câble conclues avec des collectivités.

Dès lors, prévoir une compensation, dont les modalités pourraient s'organiser au cas par cas, apparaît au contraire tout à fait indispensable.

En effet, l'économie générale des conventions s'organise 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.

Ne pas envisager les modalités d'une nécessaire préservation de l'équilibre économique du contrat public est donc aléatoire pour au moins trois raisons.

- D'abord parce qu'il existe bien un principe général de préservation de l'équilibre général de tout contrat public, « cette équation financière », qui peut en effet trouver appui sur la théorie de l'imprévision, voire de la force majeure.
- 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.
- 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 tenu alors 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* ».

En revanche, il est certain que permettre aux parties d'organiser la poursuite de leur relation dans le cadre libéral de la convention d'occupation domaniale serait de nature à assurer la pérennité des conventions câbles.

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.

4.2.4 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.

Dans le cadre précis des contrats de délégation, il est paradoxal 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).

La disparition de cette situation de monopole qui constituait un élément décisif de l'engagement contractuel de l'opérateur incite à estimer que la disparition de l'exclusivité doit conduire à la disparition du service public 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. 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 très substantiellement le faisceau permettant sa reconnaissance.

La seconde est liée au nouveau régime issu de l'article L. 1425-11 du 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. En effet, ce régime ne dispose que pour l'avenir et 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. Ensuite, il semble très difficile de soutenir que le nouveau régime issu de l'article L. 1425-1 prévoit explicitement que l'exploitation d'un réseau câblé est une activité de service public alors même que les deux lois de 2004 ont vocation à achever la libéralisation de cette activité. On note à cet égard au sein même du Conseil d'Etat l'existence de positions différentes quant à la portée de l'article L. 1425-1. Mme Christine Maugué note 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.1425-1 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 » .*

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.

La suppression de l'exclusivité ne permet pas aux anciens contrats de conserver une qualification juridique de délégation de service public très discutable alors que

les évolutions ultérieures montrent que ce service n'existe pas dans la majorité des conventions câble.

5. Conclusions

Les DOM occupent une place à part dans la géographie française avec un bassin de population de près d'un million d'habitants, isolé du reste de la population française.

Aux Antilles, le câble est la seule opportunité de concurrence face aux deux opérateurs dominants (au sens donné par l'ARCEP dans ses rapports) que sont France Telecom et Canal+ (par sa filiale MediaOverseas) car il semble peu probable que de véritables réseaux d'infrastructures de boucle locale alternatifs voient le jour, et encore moins probable que des réseaux Très Haut Débit soient déployés par d'autres acteurs que France Télécom ou du câble.

En raison de la difficulté à amortir de nouveaux investissements sur une base de population limitée, le câble est et restera sans doute pour très longtemps, le seul réseau d'infrastructure alternatif des Antilles.

Notre analyse est que la quasi-totalité de nos conventions sont des conventions d'occupation du domaine public³. Cependant, afin de préserver nos investissements passés et la capacité à investir dans le futur, **il est souhaitable que les DOM bénéficient d'un régime dérogatoire consistant en la non application du régime juridique des Délégations de Service Public de réseaux câblés pour les quelques contrats pouvant se rapprocher par les critères précités de Délégations de Service Public.**

Au-delà des problématiques de mise en conformité des conventions, de nombreux autres points sont à traiter dans le cadre de nos relations avec les communes.

Il s'agit par exemple de la répartition des coûts des travaux quand les collectivités sont demandeuses, plus particulièrement dans le cadre de l'article L.2224-35 du CGCT. Alors que cet article a été mis à jour il y a maintenant plus de 6 mois, l'arrêté précisant la proportion des coûts de terrassement pris en charge par les opérateurs n'a toujours pas été publié. Cette incertitude juridique affecte les relations et discussions avec les communes dans le cas de dépose des réseaux aériens.

³ et il conviendra à l'occasion de la mise en conformité de transformer les redevances payées en redevances d'occupation domaniale.

A ce titre, notre position est la suivante :

- la base de calcul du montant des travaux ne doit pas être plus élevée que si ces travaux et chantiers avaient été faits par les opérateurs pour leur propre compte ; En cas de dépassement, les travaux supplémentaires réalisés par les collectivités doivent être retirés du montant sur lequel est calculé la proportion des coûts de terrassement à charge des opérateurs.
- les réfections de chaussées ne doivent pas être comptées dans l'enveloppe à financer pour les travaux d'enfouissement, ou tout au plus dans un remplacement à l'identique sans tenir compte d'améliorations prévues par les villes pour leur seul bénéfice ;
- en cas de désaccord sur le montant des travaux, une procédure de conciliation pourra avoir lieu à dire d'expert et que cet expert sera fondé à statuer sur les coûts unitaires, les unités d'œuvre et le volume des travaux, qu'il pourra s'appuyer sur des travaux équivalents exécutés dans la région ;
- si les collectivités passent leurs propres infrastructures, le coût des travaux répartis entre les opérateurs doit être diminué d'autant ;
- le montant total des travaux restant à charge des opérateurs ne doit pas dépasser le plafond de redevance de 10 ans d'occupation du domaine public ;
- les opérateurs sont exonérés des redevances d'occupation du domaine public pendant 10 ans lorsqu'ils ont participé à des programmes d'enfouissement voulus par les collectivités.