

Communications électroniques

Les réseaux d'initiative publique à très haut débit

La nouvelle génération des réseaux d'initiative publique lancée par les collectivités, à très haut débit en fibre optique jusqu'à l'utilisateur final, est soumise à un certain nombre de règles, voire de contraintes particulières. Elle nécessite une vigilance accrue sur certains points.

LES AUTEURS



MARIE-HÉLÈNE PACHEN-LEFÈVRE,
avocate au barreau
de Paris, cabinet Seban
et associés



PHILIPPE GUELLIER,
avocat au barreau
de Lyon, cabinet Seban
et associés

Si les réseaux de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettent de multiplier les débits internet pour l'utilisateur final, ils nécessitent également de remplacer le réseau en cuivre par un nouveau réseau, et ce jusqu'à l'utilisateur final, c'est-à-dire dans les logements ou locaux à usage professionnel. Cette caractéristique des réseaux en fibre optique a deux incidences : d'une part, le législateur a imposé un régime juridique spécifique d'utilisation partagée de ces réseaux, mis en application par le régulateur (1); d'autre part, le coût d'établissement de ces réseaux impose le plus souvent aux collectivités de se regrouper pour mettre en œuvre les projets. Il est donc nécessaire d'attirer l'attention des porteurs de projet et des maîtres d'ouvrage publics sur plusieurs points juridiques résultant des premiers retours d'expérience.

Compétence dont il faut disposer

Le premier aspect qui doit retenir l'attention est la compétence : il convient de s'assurer que le porteur du projet de réseau à très haut débit, mais aussi que toutes les collectivités appelées à le cofinancer disposent bien de la compétence visée à l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales. En effet, si cet article, relatif aux réseaux et services locaux de communications électroniques, a été introduit dans une partie du Code général des collectivités territoriales concernant les services publics locaux, la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie en a fait une véritable compétence.

Il ne fait pas de doute que les communes, les départements et les régions disposent de droit de la compétence L.1425-1. Le transfert de la compétence L.1425-1 à un groupement de collectivités, par ses membres, pose en revanche question : ce transfert doit-il être expressément confié au groupement ou l'est-il « de droit » ? Ce transfert de compétence nous paraît constituer un préalable nécessaire pour sécuriser le portage du projet de réseau par le groupement. Cette position, confirmée par la loi du 4 août 2008 de moder-

nisation de l'économie (2), est rappelée aujourd'hui par les experts qui examinent les dossiers de demande de subvention dans le cadre du Programme national très haut-débit. Par ailleurs, une collectivité ayant transféré sa compétence L.1425-1 ne peut plus la mettre en œuvre, en application du principe d'exclusivité des compétences applicable en matière d'intercommunalité.

Envergure du projet

Le second point d'attention est la taille des projets de réseaux de communications électroniques à très haut débit. Si l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales ne fixe aucune règle en la matière, le cahier des charges du guichet B du Programme national très haut-débit indique que « le projet doit avoir une envergure au moins égale à la zone d'initiative publique d'un ou plusieurs départements ».

Les collectivités qui souhaiteraient bénéficier des subventions du Fonds national pour la société numérique (FSN) devront donc présenter des projets départementaux ou supradépartementaux, ou intégrer leur projet dans un projet plus global.

Notion de groupement de collectivités

En cas de création d'une structure pour porter le projet de réseau de communications électroniques à très haut débit, le troisième point d'attention est la définition, par la loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, de la catégorie des groupements de collectivités qui est visée à l'article L.1425-1 du Code général des collectivités territoriales. L'article L.5111-1, alinéa 2, dudit code dispose désormais que « forment la catégorie des groupements de collectivités territoriales les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes, mentionnés aux articles L.5711-1 et L.5721-8, les

pôles métropolitains, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales».

Ainsi, toute forme non citée dans cette définition, comme les groupements d'intérêt public, ne peut porter le projet. En revanche, il demeure possible de créer des structures d'exécution, telles les sociétés publiques locales ou les sociétés d'économie mixte, qui exécutent le service public pour les collectivités ou groupements de collectivités actionnaires.

Mode de gestion

Le choix des modes de gestion des services publics objets des réseaux à très haut débit est le quatrième point sur lequel l'attention doit se porter. Il est nécessairement différent de ceux des services publics objets des réseaux à haut débit, dans la mesure où l'importance des investissements rend plus difficile le recours à la concession de service public.

Le recours à une maîtrise d'ouvrage publique pour l'établissement du réseau, puis à d'autres formes de délégations de service public pour son exploitation (affermage, régie intéressée) comporte des spécificités avec lesquelles la collectivité devra composer. Ainsi, à titre d'exemple, la collectivité sera soumise à la loi « MOP » n°85-704 du 12 juillet 1985, pour sa partie relative aux ouvrages d'infrastructure. Elle devra donc définir le programme de l'opération et arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle. Elle devra

À NOTER

Les collectivités souhaitant bénéficier des subventions du Fonds national pour la société numérique doivent présenter des projets départementaux ou supradépartementaux, ou intégrés dans un projet plus global.

réfléchir aux montages envisageables en matière de marchés publics pour la conception et la réalisation des ouvrages: marché de maîtrise d'œuvre et marché de travaux; marché de conception-réalisation; marché de Crem (conception, réalisation et exploitation ou maintenance)...

De plus, il sera nécessaire que la collectivité maître d'ouvrage se déclare opérateur de communications électroniques si elle veut pouvoir recourir aux offres de location du génie civil de la société France Télécom et ainsi déployer la fibre optique dans les fourreaux ou sur les poteaux de cette dernière. Dans cette hypothèse, il conviendra de vérifier si le porteur du projet doit, le cas échéant, créer ou non une régie.

Ensuite, il conviendra de déterminer qui, dans le portage du projet, dispose de la qualité d'opérateur de point de mutualisation au sens de l'article L.34-8-4 du Code des postes et

des communications électroniques, ainsi que des décisions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep) n°2009-1106 du 22 décembre 2009 et n°2010-1312 du 14 décembre 2010. Cette qualité implique un certain nombre d'obligations (procédure de découpage des zones arrières, publication d'une offre d'accès au réseau, responsabilité des raccordements finals, délai de complétude de déploiement de la zone arrière...).

Enfin, de ces différentes questions découleront les choix juridiquement possibles, mais auxquels il conviendra d'ajouter la réflexion financière, politique et en termes de répartition des risques.

Conditions de financement

Le cinquième point devant retenir l'attention est le financement. Il convient en effet de contrôler que les conditions de financement du projet (lire à ce sujet l'article sur le financement des réseaux, p.40) sont compatibles avec:

- le principe d'équilibre budgétaire des services publics industriels et commerciaux (3);
- les articles 106 à 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui prohibent les aides d'Etat et imposent différentes conditions à toute subvention accordée à un opérateur chargé de missions de service public.

Il y a d'ailleurs lieu de noter, à cet égard, que la Commission européenne a communiqué un projet de nouvelles lignes directrices le 19 décembre 2012, dont l'opération formelle et la publication sont annoncées pour ce début d'année.

À RETENIR

> Cohérence. Outre les points de vigilance juridique que nécessite chaque projet, il faut prendre en compte le principe de cohérence des réseaux d'initiative publique (CGCT, art. L.1425-1), nécessaire non seulement s'agissant de la cohérence technique et des services avec les réseaux existants, mais aussi pour éviter les contentieux avec les autres exploitants.

RÉFÉRENCES

- Code des postes et des communications électroniques, art. L.34-8-3.
- Code général des collectivités territoriales, art. L.2224-36.

(1) Article L.34-8-3 du CPCE; Arcep, décision n°2009-1106 du 22 décembre 2009, précisant, en application des articles L.34-8 et L.34-8-3 du CPCE, les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique et les cas dans lesquels le point de mutualisation peut se situer dans les limites de la propriété privée; Arcep, décision n°2010-1312 du 14 décembre 2010, précisant les modalités de l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique sur l'ensemble du territoire, à l'exception des zones très denses.

(2) L'article L.2224-36 du Code général des collectivités territoriales confère une compétence accessoire aux autorités organisatrices de réseaux publics de distribution d'électricité en matière de pose d'infrastructures de communications électroniques, reconnaissant implicitement mais nécessairement qu'elles ne disposent pas de droit de la compétence L.1425-1.

(3) Principe posé à l'article L.2224-1 du Code général des collectivités territoriales pour les communes, et à l'article L.3241-4 du même code pour les départements.