

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

RUBRIQUE sous la direction de :

Jean-François AUBY, Ancien élève de l'École nationale d'administration

Jean-Claude DOUENCE, Professeur émérité de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Bertrand FAURE, Professeur à l'Université de Nantes

Franck MODERNE, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Michel VERPEAUX, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

ÉTUDE

Le service public local des communications électroniques : bilan de dix années et perspectives d'évolutions

par **Xavier MATHARAN**

Avocat associé PARME Avocats

et **Schéhézade ABOUB**

Avocat collaborateur PARME Avocats

L'ESSENTIEL

Dix ans après les lois n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le point sur la compétence instituée par l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

L'année 2004 fut marquée par la transposition des directives communautaires dites du « paquet télécom »¹ et la consécration d'un nouveau service public local dans le domaine des communications électroniques.

Au cours de ces dix dernières années, les collectivités publiques se sont engagées de manière massive dans le déploiement de réseaux de communications électroniques à haut, voire très haut débit, facteur clé de développement économique et d'implantation des entreprises.

Ainsi, au 1^{er} octobre 2013², la quasi-totalité³ des départements français de métropole et d'outre-mer avaient réalisé leur schéma départemental territorial d'aménagement numérique (ci-après SDTAN). Au total, ce sont près de 7,5 millions de prises publiques FTTH⁴ que les collectivités françaises envisagent de déployer pour un montant total d'investissements publics de 15,5 milliards d'euros⁵.

(1) Directives du 7 mars 2002 n° 2002/19/LE, dite directive « accès », n° 2002/20/LE, dite « autorisation », n° 2002/21/LE dite directive « cadre », n° 2002/22/LE, dite directive « service universel ». Étant précisé que ces directives ont été révisées depuis par les directives du 25 nov. 2009 modifiant la directive 2002/22/CE, la directive 2002/58/CE et le règlement (CE) n° 2006/2004, d'une part, et par la directive du 25 nov. 2009 modifiant les directives 2002/21/CE, 2002/19/CE et 2002/20/CE. Ces deux directives ont été transposées le 24 août 2011 par l'ordonnance n° 2011-1012 relative aux communications électroniques.

(2) V. notamment, compte rendu du GRACO, Groupe d'échange entre l'ARCEP, les collectivités territoriales et les opérateurs, Source ARCEP, déc. 2013.

(3) À l'exception de trois départements, Paris, les Hauts-de-Seine et les Bouches du Rhône, qui, en raison de leur densité singulière, ne sont *in fine* pas concernés par le dispositif institué par l'art. L. 1425-2 du CGCT.

(4) FTTH est l'acronyme anglais de *Fiber To The Home* que l'on peut traduire en français par « fibre jusqu'au domicile ».

(5) Source ARCEP, déc. 2013.

RUBRIQUES Collectivités territoriales

Ce succès ne saurait pour autant éclipser les difficultés récurrentes rencontrées par les collectivités publiques dans la mise en œuvre de cette nouvelle compétence « communications électroniques ».

En effet, la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) s'inscrit dans un contexte mouvant et en constante évolution tant d'un point de vue technique que juridique.

Si jusqu'en 2010 les collectivités ont mis en œuvre des réseaux dits de « collecte »⁶ ou de « couverture des zones blanches de l'ADSL »⁷, voire des réseaux combinant les deux, un tournant s'est opéré à la fin des années 2000, les collectivités choisissant de se concentrer sur l'augmentation des débits, voire procédant ou ayant déjà commencé à procéder à la mise en œuvre de réseaux à très haut débit FTTH.

Progressivement, le cadre juridique régissant les modalités de déploiement des réseaux de communications électroniques a évolué, à travers notamment les décisions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après ARCEP) n° 2009-1106 du 22 décembre 2009⁸ et n° 2010-1312 du 14 décembre 2010 fixant respectivement les prescriptions techniques de déploiement des réseaux de communications électroniques à très haut débit en zone très dense, d'une part, et en dehors desdites zones, d'autre part.

Puis, compte tenu des incitations légales et réglementaires issues notamment de la mise en œuvre des SDTAN, du plan France très haut débit⁹ et de l'objectif plus global de rationalisation de l'organisation territoriale de la République, le dimensionnement des projets d'aménagement numérique a profondément évolué. La nouvelle génération des réseaux d'initiative publique tend à être désormais d'envergure départementale – voir supra-départementale.

Si l'article L. 1425-1 du CGCT a conduit à affirmer en 2004 la compétence des collectivités territoriales en matière de communications électroniques, dix ans plus tard, ces dispositions, demeurées inchangées nécessitent d'être révisées.

L'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales : la reconnaissance d'une nouvelle compétence « communications électroniques » au profit des collectivités territoriales

Intervenant au terme d'une période durant laquelle les collectivités territoriales agissaient dans un cadre légal restreint, l'article L. 1425-1 du CGCT a consacré un nouveau service public local facultatif dont les conditions de mise en œuvre ont été encadrées par la loi.

La création du service public local des communications électroniques

L'intervention d'abord « spontanée » des collectivités territoriales a fait l'objet d'un encadrement progressif, avant que la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique consacre une nouvelle compétence au profit des collectivités territoriales.

L'encadrement progressif des conditions d'intervention des collectivités territoriales en matière de communications électroniques

La fin des années 1990 reste marquée par le terme du processus de libéralisation du secteur des télécommunications et, *in fine*, par son ouverture à la concurrence à d'autres opérateurs privés de communications électroniques.

Alors qu'aucun texte législatif n'avait encore institué cette possibilité, certaines collectivités territoriales s'étaient déjà volontairement engagées dans des politiques d'aménagement numérique de leurs territoires, tels le département du Tarn, le département de la Moselle ou encore le Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC).

En réaction à l'absence d'offre de services répondant aux besoins de la population sur le territoire, ces collectivités territoriales avaient décidé de procéder elles-mêmes au déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit.

Ces déploiements restaient toutefois cantonnés à la construction d'infrastructures passives de fibres noires destinées, une fois réalisées par la collectivité, à être exploitées par les opérateurs privés.

La légitimité de telles interventions « spontanées » a été vivement critiquée, notamment par l'opérateur historique, qui n'a pas hésité à tenter des recours contentieux, notamment à l'encontre du réseau à haut débit initié par la communauté urbaine de Nancy.

Par un jugement en date du 18 mars 1999, le tribunal administratif de Nancy a fait droit aux demandes de France Télécom en annulant les délibérations litigieuses « dès lors qu'il n'existe pas de carence de l'initiative privée mais seulement un secteur privé insuffisamment concurrentiel sur ce segment du marché des télécommunications »¹⁰.

(6) Réseaux raccordant des sites prioritaires du territoire, c'est-à-dire les NRA (Nœud de raccordement d'abonnés correspondant aux centraux téléphoniques de l'opérateur France Télécom-Orange) pour accélérer le dégroupage, les entreprises, les zones d'activités et les bâtiments publics.

(7) Ces réseaux recourent aux technologies Wifi, Wimax, puis NRA-ZO (NRA-Zone d'ombres), cette dernière solution technique filaire sur la boucle locale cuivre consiste à créer un nouveau nœud de raccordement d'abonné.

(8) Accompagnée des recommandations en date du 23 déc. 2009 et du 14 juin 2011. En outre, il est à noter que la récente décision n° 2013-1475 du 10 décembre 2013 de l'ARCEP est venue modifier la liste des communes des zones très denses telle qu'établie par la décision n° 2009-1106 précitée.

(9) Succédant au programme national très haut débit, le Plan France Très Haut débit vise à couvrir l'intégralité du territoire en très haut débit d'ici 2022. Pour atteindre cet objectif, le plan s'appuie prioritairement sur le déploiement de réseaux mutualisés de fibres optiques et mobilise un investissement de 20 milliards d'euros en dix ans, partagé entre l'État, les collectivités territoriales et les opérateurs privés.

(10) TA Nancy, 18 mars 1999, n° 981140, France Télécom.

Un tel jugement – s’inscrivant dans la lignée de la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*¹¹ – a constitué un obstacle particulièrement fort à l’initiative des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications.

Cette situation de blocage a conduit le Sénat à proposer, lors de la discussion du projet de loi sur l’aménagement du territoire, de consacrer au sein du CGCT un dispositif permettant une telle intervention.

La loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d’orientation pour l’aménagement et le développement durable du territoire, modifiée par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d’ordre social, éducatif et culturel, a ainsi institué un nouvel article L. 1511-6 au sein du CGCT encadrant les conditions d’intervention des collectivités locales dans le secteur des communications électroniques.

Toutefois, cet article ayant été inséré au sein du titre I^{er} intitulé « Aides aux entreprises » du Livre V consacré aux « dispositions économiques », il avait davantage vocation à impulser une action de développement économique des collectivités en faveur du numérique que de leur permettre d’exercer une véritable activité d’opérateur de communications électroniques.

En effet, si ces nouvelles dispositions ont eu le mérite d’assurer la possibilité pour les collectivités territoriales d’intervenir dans le secteur nouvellement libéralisé des télécoms, elles ne les autorisaient pas pour autant à être opérateur de communications électroniques; leurs modalités d’intervention demeuraient limitées à la mise en place d’infrastructures passives de télécommunications sans pouvoir les exploiter ni les activer, ce qui n’a pas été sans soulever des critiques¹².

La nécessité de procéder à la modification de l’article L. 1511-6 du CGCT a donc progressivement fait l’unanimité.

La consécration d’un nouveau service public local facultatif par l’article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

Ce sont les directives dites « du paquet télécom »¹³ qui ont introduit en 2002 la notion de « communications électroniques ». Ces directives ont été transposées en droit interne par les lois n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique (ci-après loi *LCEN*) et n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuels. Les réseaux câblés et les réseaux de télécommunications sont ainsi unifiés sous le terme de « réseaux de communications électroniques » tels que définis à l’article L. 32-2° du code des postes et des communications électroniques (CPCE)¹⁴.

(11) Pour rappel, selon le Conseil d’État l’intervention des collectivités publiques dans le secteur commercial est conditionnée à « des circonstances particulières de temps et de lieu » (CE, 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers et Guin*, Lebon p. 583).

(12) L’ensemble de ces critiques est notamment reproduite au sein du Rapport d’information n° 273 (2001-2002) de M. P. Hérisson, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 26 mars 2002 et intitulé *Le bilan de la loi n° 96-659 de réglementation des télécommunications*. V. notamment, chapitre III – pt D.

(13) Directives du 7 mars 2002 n° 2002/19/LE, dite directive « accès », n° 2002/20/LE, dite « autorisation », n° 2002/21/LE dite directive « cadre », n° 2002/22/LE, dite directive « service universel ».

(14) L’article L. 32-2° du code des postes et des communications électroniques définit la notion de réseau de communications électroniques de la manière suivante : « On entend par réseau de communications électroniques toute installation ou tout ensemble d’installations de transport ou de diffusion ainsi

Bien plus, l’article 50 de la loi *LCEN*, modifié par les articles 1 et 115 de la loi précitée n° 2004-669 du 9 juillet 2004, a, non seulement inséré un nouvel article L. 1425-1 au sein du CGCT¹⁵, mais a surtout créé un nouveau chapitre V au sein du Livre IV dédié aux services publics locaux intitulé « Réseaux et services locaux de télécommunications »¹⁶.

La légitimité des collectivités territoriales à intervenir, à l’instar des opérateurs privés, dans le secteur des communications électroniques aux fins d’établir et d’exploiter des réseaux de communications électroniques est désormais reconnue, et ce pour un large domaine d’activités telles que :

- l’établissement d’infrastructures passives et leur mise à disposition au profit d’opérateurs de communications électroniques ou d’utilisateurs de réseaux indépendants – étant précisé que cette possibilité était déjà prévue au sein de l’article L. 1511-6 du CGCT précédemment évoqué;

- l’établissement de réseaux de communications électroniques et leur mise à disposition d’opérateurs de communications électroniques ou d’utilisateurs de réseaux indépendants;

- l’établissement et l’exploitation de réseaux de communications électroniques au sens du 3°¹⁷ et du 15°¹⁸ de l’article L. 32 du CPCE;

- la fourniture de services de communications électroniques aux utilisateurs finals.

Si l’article L. 1425-1 du CGCT a ainsi institué un nouveau service public local facultatif, sa nature, administrative ou industrielle et commerciale, n’a pas été précisée par la loi.

Comme le relève M. le professeur Delvolvé, seul le IV de l’article L. 1425-1 du CGCT fait référence à la notion de « service public » ; or, « Si l’intervention des collectivités locales relève des services publics locaux, comme l’indique la place dans le code général des collectivités territoriales du dispositif le permettant, elle a été conçue moins en termes de service public qu’en termes de concurrence sur le marché des communications électroniques. Il s’agit d’un service public industriel et commercial mais le caractère industriel et commercial l’emporte sur le service public. [...] Les services publics locaux de communications électroniques sont plus des activités locales de nature industrielle et commerciale exercés par des collectivités publiques que des services publics. Ce sont des entreprises locales de communications électroniques »¹⁹.

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 ».

(15) Les infrastructures construites par les collectivités sous l’empire de l’art. L. 1511-6 du CGCT aujourd’hui abrogé sont donc réputées avoir été créées dans les conditions prévues par l’art. L. 1425-1 du même code.

(16) Aujourd’hui remplacé par réseau et services locaux de communications électroniques.

(17) L’art. L. 32-3° du code des postes et des télécommunications prévoit : « Réseau ouvert au public : on entend par réseau ouvert au public tout réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique ».

(18) L’art. L. 32-15° du code des postes et des télécommunications prévoit : « Opérateur : on entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques ».

(19) P. Delvolvé, « Les services publics locaux de communications électroniques », in *Mélanges en l’honneur de Jean-François Lachaume*, « Le droit administratif : permanences et convergences », Dalloz, juin 2007.

RUBRIQUES Collectivités territoriales

La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales

L'article L. 1425-1 du CGCT prévoit un certain nombre de conditions liées à la mise en œuvre de la compétence « communications électroniques » par les collectivités territoriales qui ont déjà été suffisamment détaillées par la doctrine²⁰. Sans reprendre l'ensemble de ces conditions, il convient de distinguer, d'une part, le principe de cohérence des réseaux d'initiative publique applicable entre collectivités territoriales, des règles régissant les modalités d'intervention desdites collectivités dans un secteur aussi spécifique, régulé et concurrentiel que les communications électroniques.

Le respect du principe de cohérence des réseaux d'initiative publique

L'article L. 1425-1 du CGCT prévoit, comme cela a été rappelé ci-avant, le respect du principe de cohérence des réseaux d'initiative publique.

Il ressort en effet des travaux parlementaires de la loi *LCEN* que, dès lors que le législateur accordait à tous les niveaux de collectivités la possibilité d'établir et d'exploiter lesdits réseaux, il a entendu prévenir la superposition, sur un même territoire, de plusieurs réseaux d'initiative publique remplissant la même fonction.

Il n'a cependant pas donné davantage de précisions sur la portée de cette disposition.

Dans un premier temps, l'ARCEP a estimé qu'elle visait à une cohérence technique d'ensemble afin d'assurer l'interopérabilité des réseaux et le développement en bonne intelligence de plusieurs réseaux d'initiative publique.

En revanche, cette obligation de cohérence ne saurait être utilisée pour apporter une quelconque limitation à l'établissement de réseaux par les collectivités²¹.

Une lecture contraire risquerait en effet de conduire à la création de tutelles entre collectivités territoriales, ce qui demeure strictement prohibé par la Constitution²².

Puis une circulaire ministérielle du 24 janvier 2005 est venue rappeler que « le principe de cohérence entre réseaux publics imposé par la loi vise à éviter un mauvais usage des fonds publics. Par conséquent, sans méconnaître le principe de libre administration des collectivités, il est souhaitable qu'une concertation entre entités administratives ait lieu pour que l'implantation de différents réseaux d'origine publique sur un même territoire soit complémentaire et présente une cohérence technique d'ensemble, en particulier afin d'assurer l'interopérabilité entre les réseaux »²³.

(20) V. notamment, P. Delvolvé, « Les services publics locaux de communications électroniques », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, « Le droit administratif : permanences et convergences », préc.; Encyclopédies des collectivités territoriales, chapitre 10 (folio n° 4212) « Les collectivités territoriales et les réseaux de communications électroniques », R. Allemand, déc. 2010; V. égal.: « L'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques », C. Bronner, RFDA 2005. 305; V. égal., « Les nouvelles conditions d'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des télécommunications (CGCT, art. L. 1425-1) », H. Groud et S. Pugeault, Dr. adm., n° 10, oct. 2004. Étude 17; Encyclopédie Jurisclasseur Collectivités territoriales, Fascicule 696 « Télécommunications », G. Terrien, 23 janv. 2008; V. égal., l'analyse de l'ARCEP sur le lien suivant: <http://www.arcep.fr/index.php?id=7103>.

(21) « La lecture de l'article L. 1425-1 par l'Autorité de régulation des télécommunications », ARCEP, déc. 2004.

(22) CE, ass., 12 déc. 2003, n° 236442, *Département des Landes*, Lebon p. 502; AJDA 2004. 195, chron. F. Donnat et D. Casas; RFDA 2004. 518, concl. F. Séners; *ibid.* 525, note J.-C. Douence.

À cet égard, le projet d'article 27 inséré au sein du chapitre III du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (ci-après « loi *NOTRE* ») et consacré à « la lutte contre la fracture numérique » tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 10 mars 2015 (ci-après « Le projet d'article 27 ») vient apporter les précisions suivantes au sein de l'article L. 1425-1 du CGCT: « Les collectivités territoriales et leurs groupements interviennent en respectant le principe de cohérence des réseaux d'initiative publique en veillant à ce que ne coexistent pas sur un même territoire plusieurs réseaux ou projets de réseau de communications électroniques d'initiative publique destinés à répondre à des besoins similaires, au regard des services rendus et des territoires concernés ».

En tout état de cause, le respect de cette obligation implique l'existence d'une concertation et l'inscription du bilan de cette concertation dans un document.

Tel est le rôle des SDTAN de l'article L. 1425-2 du CGCT et des Stratégies de cohérence régionale pour l'aménagement numérique (ci-après « SCORAN ») qui ont pour objet d'assurer à l'échelle départementale, *a minima*, une cohérence d'ensemble du déploiement des réseaux d'initiative publique et privée²⁴ et comportent notamment un rappel du contexte local de l'équipement du territoire en haut et/ou très haut débit, un état des lieux de l'offre et de la demande existante, l'ambition de la collectivité en matière de desserte numérique, l'étude et la proposition de scénarios techniques, financiers et juridiques de mise en œuvre du projet d'aménagement numérique local.

Ils constituent ainsi l'une des représentations les plus évidentes du principe de cohérence des réseaux d'initiative publique, à la différence que l'article L. 1425-2 du CGCT n'institue pas une « compétence » au profit des collectivités, et notamment des départements. Sa mise en œuvre se conçoit comme un travail de collaboration et de concertation entre différentes collectivités. Il suppose l'adhésion et le soutien technique, politique et financier de chacune d'elles pour pouvoir être réalisé avec succès.

Toutefois, pour que le projet d'aménagement numérique réalisé à la suite du SDTAN puisse être mis en œuvre, il suppose qu'une collectivité ait été désignée comme « chef de file » des actions d'aménagement numérique sur le territoire et donc, comme nous le verrons ensuite, qu'elle détienne la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT ou que ladite compétence lui ait été préalablement transférée.

Les modalités spécifiques d'intervention des collectivités territoriales dans un secteur concurrentiel et régulé

L'intervention des collectivités territoriales dans le secteur des communications électroniques leur impose de respecter à la fois les règles spécifiques dudit secteur et plus classiquement les règles issues du droit de la concurrence et de la régulation.

Les collectivités territoriales sont, en premier lieu, soumises à une obligation de déclaration préalable de leurs projets qu'elles doivent transmettre à l'ARCEP, deux mois au moins avant l'établissement et l'exploitation du réseau²⁵.

(23) Circulaire ministérielle du 24 janv. 2005 intitulée *Éléments pour le contrôle de légalité en matière d'aménagement numérique des territoires*.

(24) L'annexe V de la circulaire n° 5412/SG du Premier ministre du 31 juill. 2009 relative aux « Schémas directeurs et concertation régionale sur l'aménagement numérique du territoire » actualisée par l'annexe II de la circulaire du 16 août 2011 relative à la mise en œuvre du programme national très haut débit et de la politique d'aménagement numérique du territoire (NOR: PRMX1120797C) encadrent de manière précise le contenu des SDTAN.

Cette déclaration comprend une description sommaire dudit projet, lequel devra être, par ailleurs, publié dans un journal d'annonces légales. Il s'agit d'une formalité substantielle dont l'inobservation constituerait une illégalité.

En deuxième lieu, les collectivités ayant choisi d'exercer l'activité d'opérateur sont tenues de respecter l'ensemble des règles posées à l'article L. 33-1 du CPCE²⁶ et leurs modalités d'intervention doivent garantir l'utilisation partagée des infrastructures, respecter les principes classiques d'égalité et de libre concurrence et s'effectuer dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées.

En troisième lieu, dans l'hypothèse où la collectivité publique aurait choisi de fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals, elle serait tenue par ailleurs de constater une insuffisance d'initiatives privées propre à satisfaire les besoins des utilisateurs finals, et d'avertir l'ARCEP de ce constat²⁷. Au regard des travaux parlementaires précédant l'adoption de l'article L. 1425-1 du CGCT, le terme « insuffisance », distinct de celui de « carence », n'implique pas que soit constatée l'absence totale d'offres mais plutôt que le nombre ou la nature desdites offres ne soit pas de nature à satisfaire les besoins du marché. Cela peut donc résulter d'un appel d'offres déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de télécommunications²⁸.

Sur ce point, il convient de souligner que le projet d'article 27 prévoit que les termes « appel d'offre » soient remplacés par les termes « appel public à manifestation d'intention », qu'il conviendra, à notre sens, de définir précisément...

En dernier lieu, l'article L. 1425-1 du CGCT prévoit que « les dépenses et les recettes afférentes à l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur de communications électroniques par les collectivités territoriales et leurs groupements sont retracées au sein d'une comptabilité distincte ».

Ces dispositions, conformes aux prescriptions de la directive cadre précitée, sont prévues pour éviter d'éventuelles distorsions de concurrence par la pratique de subventions croisées.

Dès lors, l'ensemble des dépenses et des recettes générées par le déploiement et l'établissement de réseaux au titre de l'article L. 1425-1 du CGCT devront figurer dans un budget affecté audit service de communications électroniques.

La nature de ce budget sera susceptible de varier en fonction de la structure de portage en charge de la gouvernance du projet d'aménagement numérique. Il s'agira d'un budget annexe si le projet est directement porté par un département ou du budget de la structure créée à cet effet dans l'hypothèse d'un projet porté par un syndicat mixte dédié à l'aménagement numérique du territoire concerné.

En tout état de cause, de tels budgets seront assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) compte tenu du caractère industriel et commercial de l'activité visant à l'établissement ou l'exploitation de réseaux, et conformément aux dispositions de l'article 256B du code général des impôts, lequel prévoit expressément que les organismes de droit public sont assujettis à la TVA lorsqu'ils exercent une telle activité.

L'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales : un dispositif source d'insécurité juridique

La mise en œuvre de la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT par les collectivités territoriales n'a pas été sans susciter de nombreuses difficultés pratiques, sources d'incertitudes juridiques.

Ces incertitudes sont liées, d'une part, à l'absence de collectivité chef de file des actions d'aménagement numérique et, d'autre part, aux modalités de financement des projets d'aménagement numérique.

L'absence de collectivité chef de file des actions d'aménagement numérique

L'article L. 1425-1 du CGCT ne contient aucune prescription particulière relative tant à l'autorité en charge du portage du projet public d'aménagement numérique qu'à son dimensionnement. Il a ainsi institué une compétence concurrente et partagée entre tous les échelons de collectivités territoriales, sans préciser par ailleurs selon quelles modalités peuvent intervenir les éventuels transferts ou partages de compétences entre collectivités publiques.

Une compétence concurrente et partagée entre les différents échelons de collectivités territoriales

En l'absence de toute précision de l'article L. 1425-1 du CGCT, le portage et le dimensionnement d'un projet d'aménagement numérique relèvent d'une compétence concurrente et partagée entre les différents échelons de collectivités territoriales.

Ainsi à la fin du mois de septembre 2013, l'ARCEP dénombrait 400 projets de réseaux d'initiative publique, dont 383 d'entre eux seraient en cours ou achevés²⁹. Sur ces 383 projets, 30,6 % ont été lancés par des communes, 41,2 % par des EPCI, 23,5 % par des départements ou des syndicats mixtes départementaux et enfin 4,7 % par des régions³⁰.

(25) V., fiche de transmission disponible sur le lien suivant : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/dossiers/collectivites/pdf/fiche-transmission-rip.pdf>

(26) À savoir, notamment le respect des obligations de permanence, qualité, disponibilité, sécurité et intégrité du réseau et du service, le respect des obligations de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications, le financement du service universel et, le cas échéant, la fourniture du service universel et des services complémentaires au service universel, la fourniture des informations prévues à l'article, l'interconnexion et l'accès, dans les conditions prévues aux articles L. 34-8 et L. 38, les conditions nécessaires pour assurer l'interopérabilité des services, les obligations qui s'imposent à l'exploitant pour permettre son contrôle par l'ARCEP et celles qui sont nécessaires pour l'application de l'article L. 37-1, et enfin l'acquiescement des taxes administratives.

(27) Un arrêt récent de la CAA de Marseille du 10 juin 2014, a confirmé cette règle (SFR, n° 11MA03639).

(28) À cet égard, il a été précisé par l'ARCEP (V., lien à l'adresse suivante : <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/dossiers/d07-tabcgct-1204.pdf>) : « À ce stade, au regard des réponses à la consultation publique sur ce point, et en l'absence d'avis juridique contraire, l'Autorité considère que ce constat d'insuffisance peut être réalisé par une procédure "sui generis" des collectivités. Si les circonstances venaient à évoluer, l'Autorité pourrait spécifier plus finement la procédure souhaitable pour faire évoluer sa demande ».

(29) Source ARCEP sur la base des informations transmises par les collectivités territoriales au titre des dispositions de l'art. L. 1425-1 du CGCT.

(30) Par ailleurs 43 % des projets en cours ou achevés sont de grande envergure (plus de 30 000 habitants).

RUBRIQUES Collectivités territoriales

Si les projets d'aménagement numérique ont initialement été de dimension communale et intercommunale, ils tendent désormais à être départementaux voire supra-départementaux, en cohérence avec la politique gouvernementale de rationalisation de l'organisation territoriale de la République.

D'une part, tant les SDTAN que les SCORAN et plus récemment le programme national très haut débit (ci-après PNTHD) de 2010 ainsi que le programme France très haut débit (ci-après PFTHD) de 2013 ont progressivement instauré la tendance selon laquelle l'échelle des réseaux d'initiative publique devrait être *a minima* départementale ou supra-départementale, dans un objectif d'efficacité et de réduction des risques financiers.

En particulier, le programme France très haut débit a consacré le rôle de la région dans l'aménagement numérique du territoire en prévoyant expressément au point 2.7 de son cahier des charges³¹ une prime financière pour les « projets à dimension supra-départementale ».

D'autre part, l'article 2 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles a inséré un nouvel alinéa au sein de l'article L. 1425-2 du CGCT aux termes duquel il est notamment prévu que, lorsque le territoire de la région ne comporte qu'un seul SDTAN élaboré par le conseil régional, ledit schéma peut être remplacé ou révisé par le volet consacré à l'aménagement numérique du schéma régional d'aménagement et de développement du territoire³².

En dépit de ces récentes évolutions, aucune règle n'est venue pour autant instituer une compétence obligatoire au profit d'un échelon de collectivité territoriale en particulier.

L'étude d'impact réalisée préalablement au dépôt du projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République précitée a pourtant étudié deux scénarios consistant à l'institution d'une compétence obligatoire au profit des régions, d'une part, et des départements, d'autre part.

Si ces deux options présentent l'avantage de mettre fin à la problématique de la compétence concurrente et partagée, elles ne permettraient pas pour autant de conserver et de valoriser les expériences d'aménagement numérique existantes et impliqueraient la mise en œuvre d'un dispositif de compensation financière, conformément aux dispositions de l'article 72-2 de la Constitution³³.

Pour ces raisons, l'actuel projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 10 mars 2015, a choisi de conserver le principe d'une compétence facultative – n'impliquant pas de compensation financière – concurrente et partagée entre les trois échelons de collectivités territoriales tout en y apportant une certaine souplesse.

(31) Celui-ci précise que « Une prime de 10 % sera accordée aux projets couvrant le territoire d'au moins deux départements. Une prime de 15 % sera accordée aux projets couvrant le territoire d'au moins trois départements ».

(32) Ce même alinéa prévoit également que : « Lorsque le territoire de la région est couvert par plusieurs schémas directeurs territoriaux d'aménagement numérique, les personnes publiques les ayant élaborés et la région définissent conjointement une stratégie d'aménagement numérique du territoire régional dans les conditions prévues au troisième alinéa ».

(33) Pour rappel, le principe de compensation financière des transferts de compétence a été érigé en principe constitutionnel à l'occasion de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, au sein de l'article 72-2 de la Constitution lequel dispose que « tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice ».

Ainsi, le projet d'article 27 prévoit de remplacer la première phase du dernier alinéa de l'article L. 1425-2 du CGCT par la phrase suivante : « Par dérogation au quatrième alinéa de l'article L. 4251-1 et lorsque le territoire de la région ne comporte qu'un seul schéma directeur territorial d'aménagement numérique élaboré par le conseil régional, ce schéma directeur peut être inséré au schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires prévu au même article L. 4251-1 ».

Si cet ajout ne fait pas de la région le nouvel échelon en charge de l'élaboration des SDTAN, son rôle est toutefois pleinement consacré.

De telles évolutions semblent préfigurer des suites probables à intervenir d'ici quelques années et en particulier du futur rôle que pourrait alors occuper la région dans l'aménagement numérique du territoire et de sa probable substitution aux départements, auparavant encouragés à y jouer un rôle majeur.

Les incertitudes liées à la sécabilité de la compétence « communications électroniques »

Alors qu'il a reconnu à toute collectivité ou groupement de collectivités la faculté d'établir et d'exploiter un réseau d'initiative publique, l'article L. 1425-1 du CGCT précité ne contient, à la différence d'autres services publics locaux tels que les déchets, aucun élément de précisions relatif à un transfert de compétence et à ses modalités de mise en œuvre.

Cette lacune est d'autant moins compréhensible que l'article L. 1511-6 du CGCT précité précédant l'adoption de l'article L. 1425-1 du CGCT prévoyait expressément l'existence d'un transfert de compétence.

L'imprécision de l'article L. 1425-1 du CGCT est source d'insécurité juridique car elle a pu laisser croire à certaines collectivités qu'un tel transfert n'était plus indispensable.

Dans le silence de la loi, plusieurs collectivités pourraient ainsi se saisir de la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT, ce qui pourrait aboutir au déploiement de réseaux d'initiative publique concurrents sur un même territoire.

Une telle situation nuirait au principe de cohérence des réseaux d'initiative publique ainsi qu'à celui du bon usage des deniers publics.

En effet, si l'article L. 1425-1 du CGCT investissait bien de plein droit les communes, les départements et les régions et tout récemment la métropole³⁴, qui tiennent leurs compétences de la loi, tel n'est pas le cas pour un groupement de collectivités tel qu'un EPCI à fiscalité propre ou pour un syndicat de communes ou un syndicat mixte.

En effet, ces entités, relevant depuis la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales de la nouvelle catégorie de « groupement de collectivités » de l'article L. 5111-1 du CGCT, ne peuvent agir qu'au titre des compétences qui leur ont été effectivement transférées par leurs membres, conformément au principe de spécialité qui les gouverne.

L'exercice de la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT par de telles entités devra donc être formalisé, d'une part, par une délibération de l'EPCI ou du syndicat mixte concerné qui devra inviter ses membres à lui transférer ladite compétence, d'autre part, par les délibérations de l'ensemble des collectivités ayant vocation à y adhérer.

(34) L'art. L. 5217-2-1. de la loi n° 2014-58 préc. du 27 janv. 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles prévoit expressément que la métropole exerce de plein droit, en lieu et place des communes membres, la compétence de l'art. L. 1425-1 du CGCT, sous réserve des dérogations instaurées par la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République préc.

Cette succession d'actes est particulièrement contraignante et chronophage pour les collectivités souhaitant lancer rapidement un projet de réseau d'initiative publique.

Afin de pallier cette carence, le projet d'article 27 a prévu de modifier l'article L. 1425-1 du CGCT et notamment de rétablir la portion de phrase initialement contenue au sein de l'article L. 1511-6 du CGCT en précisant que : « Pour l'établissement et l'exploitation d'un réseau, les collectivités territoriales et leurs groupements, dans le cas où la compétence leur a été préalablement transférée, peuvent [...] établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques, au sens des 3° et 15° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques ».

Il faut souligner que, en l'état de sa rédaction, l'article L. 1425-1 du CGCT ne semble pas plus permettre un transfert partiel de la compétence « communications électroniques ».

En effet, un certain nombre de collectivités territoriales ont été amenées à se poser la question d'un transfert partiel, notamment lorsque un réseau haut débit a déjà été déployé sur leur territoire et qu'un projet très haut débit est en cours de lancement par une autre entité, telle qu'un syndicat mixte dédié au projet de réseau FTTH, ou encore lorsque un réseau haut ou très haut débit a été établi sur leur territoire mais qu'elles souhaitent en confier l'exploitation à une autre entité.

Dans ces deux cas de figure, il serait effectivement appréciable de pouvoir transférer la partie de compétence que la collectivité ne souhaite pas exercer et de conserver celle dont elle a la charge directe.

Toutefois, il faut rappeler que le transfert d'une compétence implique par principe que l'EPCI et le syndicat mixte ouvert bénéficiaires soient automatiquement substitués de plein droit aux collectivités territoriales adhérentes dans toutes leurs délibérations et tous leurs actes ³⁵.

En outre, le transfert emporte la mise à disposition de l'ensemble des biens, équipements et services publics nécessaires à l'exercice de la compétence ainsi qu'à l'ensemble des droits et obligations qui leur sont attachés à la date du transfert.

Un transfert partiel de la compétence impliquerait donc que les droits et obligations attachés à la partie de compétence transférée soient clairement et précisément identifiés et énumérés dans la délibération de transfert – ce qui en pratique ne sera pas chose aisée.

Afin de contourner l'impossibilité du transfert partiel de la compétence communications électroniques, les collectivités souhaitant en particulier adhérer à un syndicat mixte tout en conservant ladite compétence ont pu adhérer en qualité de « membres associés ». Cette qualité leur permet de participer aux débats relatifs au projet d'aménagement numérique du syndicat mixte sans pour autant prendre part au vote des décisions relatives audit projet.

Une telle situation est toutefois particulièrement frustrante pour la collectivité dont la capacité d'influence sur le projet demeure réduite à néant.

Cependant, le projet d'article 27 prévoit que : « Une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut déléguer à un syndicat mixte incluant au moins une région ou un département tout ou partie de la compétence relative à un ou plusieurs réseaux de communications électroniques, définis au premier alinéa du présent I, dans les conditions prévues à l'article L. 1111-8 du présent code ».

Le choix du législateur de recourir à la délégation de compétence et non à son transfert partiel soulève toutefois un certain nombre d'interrogations.

En premier lieu, la collectivité qui délègue une partie de sa compétence communications électroniques ne se dessaisit pas de ladite compétence mais en délègue seulement l'exercice à une autre collectivité par le biais d'une convention. Dès lors, une telle délégation n'emportera pas la substitution automatique de la collectivité bénéficiaire dans l'ensemble des droits et obligations attachés à l'exercice de la compétence comme exposé ci-dessus, ce qui réduira la marge de manœuvre du syndicat mixte, lequel ne pourrait par exemple bénéficier des contrats de financement alloués à la collectivité délégante.

En deuxième lieu, étant donné que la délégation de compétence sera régie par une convention conclue entre la collectivité délégante et la collectivité délégataire, il est également possible de s'interroger sur les pouvoirs dont disposeront les collectivités délégantes au sein des instances de gouvernance du syndicat mixte en charge du portage du projet d'aménagement numérique, en particulier en termes de représentation et de droit de vote.

Cette convention intervenant en dehors du cadre du processus d'adhésion classique, on peut aussi s'interroger sur le titre en vertu duquel lesdites collectivités délégantes adhéreront. Seront-elles encore obligées d'y adhérer en qualité de membres associés ?

En troisième lieu, le mécanisme conventionnel de la délégation de compétence tend à fragiliser les liens juridiques et financiers existants entre le syndicat mixte et les collectivités délégantes. Ces liens reposeront essentiellement sur une convention à laquelle il pourra être mis fin de manière sans doute plus simple que les processus renforcés de retrait classiquement prévus dans les statuts des syndicats mixtes affectés à la mise en œuvre de projets de cette envergure.

En outre, les pouvoirs de contrôle dont disposent les collectivités délégantes au titre de la convention de délégation pourront être également de nature à emporter des conséquences en termes de gouvernance du syndicat mixte, lesdites collectivités bénéficiant d'un « pouvoir » particulier sur le syndicat mixte à la différence des autres membres adhérents.

Ainsi, le mécanisme de la délégation de compétence n'est pas nécessairement adapté à la nature et aux objectifs poursuivis par les syndicats mixtes ouverts dédiés au portage de projets d'aménagement numérique. Si lesdits syndicats mixtes ont vocation à assurer une gouvernance unique, le mécanisme de conventionnement induit par l'article précité L. 1111-8 du CGCT est de nature à fragiliser un tel objectif.

Il est regrettable que le choix n'ait pas été de s'inspirer des solutions existantes en matière de déchets, lesquelles consacrent la possibilité de transfert partiel de compétence.

En tout état de cause, si un tel processus venait à être adopté, il conviendrait à tout le moins, d'être particulièrement vigilant aux modalités de rédaction de ces conventions de délégation.

Elles devront nécessairement être de longue durée, avec des conditions de sortie restreintes compte tenu de l'ampleur des projets de déploiement de réseaux FTTH et de la durée particulièrement

(35) Ce transfert de compétence entraîne l'application des dispositions des art. L. 1321-1 et s. du CGCT aux EPCI et des trois premiers alinéas de l'art. L. 1321-1 du CGCT, des deux premiers alinéas de l'art. L. 1321-2 et des art. L. 1321-3, L. 1321-4 et L. 1321-5 du CGCT pour les syndicats mixtes ouverts par renvoi de l'art. L. 5721-6-1 du CGCT.

RUBRIQUES Collectivités territoriales

longue d'amortissement des infrastructures de communications électroniques à très haut débit. Il conviendra également qu'elles soient établies sur la base d'un modèle unique pour chaque syndicat afin que les missions déléguées à ces derniers soient les mêmes pour toutes les potentielles collectivités délégantes au sein d'un même projet d'aménagement numérique.

Les incertitudes liées au financement des projets d'aménagement numérique

L'octroi de la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT aux collectivités territoriales et à leurs groupements implique logiquement que ces derniers soient en mesure de l'exercer de manière effective³⁶. Le caractère facultatif de cette compétence implique que les collectivités qui l'exercent n'aient pas bénéficié de l'attribution par l'État de ressources équivalant aux dépenses affectées conformément aux dispositions de l'article 72-2 précité de la Constitution.

Compte tenu des investissements particulièrement importants qu'exige le déploiement de réseaux d'initiative publique à très haut débit, leurs modalités de financement constituent un sujet majeur.

Or certains mécanismes de financement existants méritent d'être révisés afin de prendre en compte les retours d'expérience relatifs notamment à la participation des membres d'un syndicat mixte ouvert dédié à l'aménagement numérique aux dépenses d'investissement et, plus largement, aux modalités de mise en œuvre des règles du programme France très haut débit.

Des incertitudes liées aux modalités de participations financières de membres d'un syndicat mixte dédié à l'aménagement numérique

Un débat subsiste depuis quelques années sur la nature exacte du financement des membres d'un syndicat mixte ouvert dédié à l'exercice de la compétence de l'article L. 1425-1 du CGCT, notamment lorsqu'il s'agit de financer des opérations d'investissement.

En effet, dans d'autres secteurs d'activités tels que la distribution publique d'électricité³⁷, le versement de fonds de concours entre un syndicat mixte et ses collectivités membres a été expressément autorisé par le législateur.

Tel n'est pas encore le cas pour les syndicats mixtes ouverts dédiés à l'aménagement numérique du territoire exclusivement financés par leurs membres, avec en complément des ressources provenant de tiers (subventions et emprunts).

Selon une doctrine administrative établie mais ne reposant sur aucun texte législatif ou réglementaire, les « contributions » ou « participations » versées par les membres d'un syndicat mixte ouvert pour contribuer à ses investissements devraient être traitées comme des dépenses de fonctionnement de leur budget³⁸.

En conséquence, les membres d'un syndicat mixte ouvert traitent le plus souvent ces concours financiers comme des « subventions » à un service public industriel et commercial dans le cadre prévu à l'article L. 2224-1 du CGCT, ce qui leur permet d'inscrire cette dépense en section d'investissement de leur budget. Cette qualification n'est toutefois pas idéale.

(36) La question de l'application des règles encadrant l'octroi d'aides d'État en vue du déploiement d'un réseau de communications électroniques ne sera pas traitée dans la présente étude.

(37) CGCT, art. L. 5212-26.

(38) Rép. min. n° 50039 – JO Ass. nat. du 29 sept. 2009, p. 9268 ; Rép. min. n° 1140S – JO Sénat du 17 janv. 2007, p. 229.

L'application de cette règle à un syndicat mixte ouvert qui ne dispose d'aucune ressource propre apparaît pourtant difficilement compréhensible, car elle les contraint à financer cette participation minimale par l'emprunt.

En outre, une telle contrainte, régulièrement dénoncée par les députés et sénateurs à travers de nombreuses questions écrites³⁹ notamment, n'est pas de nature à favoriser la participation financière des collectivités territoriales à ce type d'investissements.

Compte tenu de l'ampleur et de la durée des investissements impliqués par le déploiement d'un réseau de communications électroniques à très haut débit, l'obligation faite aux collectivités publiques de ne pouvoir contribuer qu'aux dépenses de fonctionnement par le biais de leurs contributions et non aux dépenses d'investissement a une double conséquence.

D'abord elle les empêche d'amortir leurs subventions dans la section investissement de leurs budgets. Mais surtout elle conduit à ce que le syndicat finance ses remboursements d'emprunts mobilisés pour financer ses investissements par de nouveaux emprunts souscrits cette fois par les communes membres⁴⁰.

Le projet d'article 27 répond également à cette problématique en complétant le chapitre II du titre II du Livre VII de la cinquième partie du code général des collectivités territoriales par un article L. 5722-11 ainsi rédigé : « Un syndicat mixte bénéficiaire d'une délégation de compétence prévue à l'article L. 1425-1 et constitué en application de l'article L. 5721-2 peut recevoir des personnes morales de droit public qui en sont membres, pour l'établissement d'un réseau de communications électroniques dans les conditions prévues à l'article L. 1425-1, des fonds de concours pendant une durée maximale de vingt ans à compter de la promulgation de la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République, après accord exprimé à la majorité du comité syndical et des organes délibérants des personnes morales concernées.

« Le montant total des fonds de concours versés ne peut excéder le montant des investissements à réaliser, déduction faite de l'autofinancement et des subventions perçues ».

Une telle mesure présente un avantage majeur pour les collectivités territoriales et leurs groupements tout en les incitant à s'engager financièrement dans le déploiement de réseaux de communications à très haut débit.

La nécessaire révision des règles issues du programme France très haut débit

Le PNTHD a été lancé par le gouvernement le 15 juin 2010 pour favoriser le développement des réseaux de communications électroniques à très haut débit sur le territoire national afin d'atteindre un objectif de couverture de 100 % des foyers à l'horizon 2025.

Les enveloppes budgétaires affectées à ce programme sont issues du « grand emprunt » national et sont gérées conjointement par le Commissariat général à l'investissement et la Caisse des dépôts et consignations.

Le PNTHD repose sur une complémentarité entre les intentions de déploiement des opérateurs privés et celles envisagées par les collectivités publiques en dehors des zones très denses soumises à une réglementation spécifique de l'ARCEP⁴¹.

(39) V. pour ex., Rép. min. n° 50039 – JO Ass. nat. du 29 sept. 2009 p. 9268 ; Rép. min. n° 1140S – JO Sénat du 17 janv. 2007, p. 229.

(40) Rép. min. n° 50039 – JO Ass. nat. du 29 sept. 2009, p. 9268 ; Rép. min. n° 1140S – JO Sénat du 17 janv. 2007, p. 229, préc.

(41) ARCEP Décision n° 2009-1106 préc. et ses recommandations.

Les déploiements réalisés dans ce cadre seront ainsi éligibles aux différentes mesures de soutien prévues par le volet A ⁴² pour les opérateurs privés et par le volet B ⁴³ pour les collectivités.

Si le PNTHD a été révisé en avril 2013 par le gouvernement par le biais d'un nouveau cahier des charges « France très haut débit – Réseaux d'initiative publique » ⁴⁴, la logique d'articulation des déploiements privés et publics sur un même territoire est restée inchangée, à la différence que le Programme France très haut débit (ci-après PFTHD) de 2013 a souhaité identifier des « zones conventionnées » dans lesquelles au moins un opérateur « s'est engagé de manière crédible » à déployer un réseau « homogène et complet à moyen terme ».

Dans ces zones, il est recommandé qu'une « convention de programmation et de suivi des déploiements » – dont le modèle a été publié en octobre 2013 ⁴⁵ – soit signée entre l'opérateur, les collectivités territoriales concernées et l'État. Étant précisé qu'en cas de difficultés de négociation de ladite convention et d'échec de la concertation organisée au niveau local, le « Comité national de concertation France très haut débit » sera alors saisi.

En outre, conformément à la logique du PNTHD, le PFTHD ne soutiendra pas les déploiements de réseaux d'initiative publique dans ces zones conventionnées. Toutefois, en cas de « défaillance caractérisée » d'un ou plusieurs opérateurs par rapport aux engagements pris dans le cadre des conventions de programmation et de suivi des déploiements, l'État s'engage à apporter son entier soutien financier aux déploiements que la collectivité devra réaliser dans lesdites zones conventionnées.

En particulier, il est précisé qu'en cas de défaillance caractérisée des opérateurs privés, les « projets publics intégrés conditionnels » qui envisageraient des déploiements en zone d'initiative privée pourront être éligibles aux soutiens financiers de l'État.

Ainsi, les règles du PNTHD poursuivies par celles du PFTHD ont accentué les contraintes pesant sur les collectivités territoriales et leurs groupements dans la mise en œuvre de la compétence qu'ils détiennent au titre des dispositions de l'article L. 1425-1 du CGCT.

Cependant, un certain nombre d'événements intervenus à l'échelle nationale ont amené les collectivités publiques à douter de la crédibilité des annonces réalisées par les opérateurs privés dans le cadre du PNTHD puis du PFTHD.

En premier lieu, les opérateurs privés, Orange-France Télécom et SFR, n'ont pas hésité, postérieurement à l'appel à manifestation d'investissements du PNTHD, et à la suite de leur accord en date du 15 novembre 2011 ⁴⁶, à revoir encore à la hausse leurs intentions de déploiement, sans pour autant faire l'annonce d'investissements complémentaires par rapport à leurs plans initiaux.

De fait, il n'a pas été jugé crédible par certaines collectivités territoriales et leurs groupements qu'une couverture significative puisse être atteinte simultanément dans les zones relativement denses préalablement annoncées par les opérateurs et dans les nouvelles communes.

En deuxième lieu, à la suite de l'annonce du rachat de SFR par Numéricable, l'ensemble des acteurs du numérique s'est interrogé sur les effets d'une telle opération tant sur les zones concertées du PFTHD que sur la commercialisation future des réseaux d'initiative publique.

Un événement d'une telle ampleur est de nature à remettre en question tant l'équilibre économique des projets de réseaux d'initiative publique en cours de lancement ⁴⁷ que la possibilité d'une péréquation entre les zones rentables et non rentables du territoire, pourtant admise par la Commission européenne dans ses lignes directrices ainsi que lors de l'examen du projet THD Seine ⁴⁸.

Il convient donc de revoir les règles du PFTHD et en particulier de redéfinir de manière précise le périmètre des zones « conventionnées ».

À défaut, l'économie des projets de réseaux d'initiative publique en cours de lancement ou d'exécution serait fragilisée.

Ces projets seraient confrontés au choix difficile, soit de renoncer à tout financement de l'État et procéder au lancement de réseaux d'initiative publique bénéficiant de la péréquation entre zones rentables et non rentables, soit de solliciter l'octroi de fonds du Fonds national pour la société numérique (FSN) et prendre ainsi le risque de déployer un réseau comprenant des zones dans lesquelles les opérateurs privés seront susceptibles d'être défaillants et sur lesquelles la collectivité sera contrainte d'y procéder elle-même dans un objectif de couverture intégrale du territoire.

(42) Le volet A est constitué des projets en cours ou à venir avec un objectif de couverture totale de la maille élémentaire (souvent une commune), dans les 5 ans suivant le début du déploiement, à l'initiative des opérateurs privés. Il prévoit la labellisation des projets des opérateurs en vue de leur accorder des aides financières (prêts, prises de participation,...).

(43) Le volet B vise à soutenir les projets d'aménagement numérique portés par les collectivités territoriales et leurs groupements et nécessitant une aide de l'État. Cette aide ne pourra être attribuée que conformément aux lignes directrices de 2009 préc. Par ailleurs, le réseau ainsi créé doit être accessible aux autres opérateurs.

(44) Arrêté du 29 avr. 2013 relatif à l'approbation du cahier des charges de l'appel à projets « France très haut débit - Réseaux d'initiative publique » (NOR: PRMX131.1120A), JORF n° 0102 du 2 mai 2013, p. 7537.

(45) Convention disponible sur le lien suivant: <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/LH/divers/PFTHD-Convention-CPSD.pdf>

(46) Cet accord, rendu public le 15 nov. 2011 par France Télécom et SFR, concernait 11 millions de logements, situés dans environ 3500 communes réparties sur l'ensemble du territoire. Il était prévu que les opérations de déploiement démarrent dans l'ensemble des communes entre 2012 et 2015 et s'achèvent, au plus tard, en 2020.

(47) V. pour ex., les questions écrites de Mme Joissains au ministre de l'économie, du redressement productif et du numérique: QE n° 01710 en date du 6 sept. 2012 et sa réponse en date du 7 août 2014 (JO Sénat 7 août 2014, p. 1884).

(48) V., décision de la Commission européenne n° 331/2008 en date du 30 sept. 2009 et également note de bas de page n° 39 des lignes directrices de l'Union européenne en date du 26 janv. 2013 pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit (2013/C 25/01).