

Objet : Éléments pour le contrôle de légalité en matière d'aménagement numérique des territoires

- Pièce jointe : Article 1425-1 du code général des collectivités territoriales.

Afin de mettre en oeuvre l'aménagement numérique de leur territoire, la loi autorise désormais les collectivités territoriales à développer, sous certaines conditions, différentes activités de communications électroniques qui revêtent un caractère de service public local.

Il appartient au contrôle de légalité de veiller dans ce domaine nouveau à la stricte application des règles nationales et communautaires sur la libre concurrence entre opérateurs et sur l'attribution de fonds publics à des entreprises privées.

L'article L1425-1 du CGCT permet aux collectivités territoriales et leurs groupements d'exercer quatre types d'activité :

1. établir sur leur territoire des infrastructures -passives- (de la même manière que l'ancien article L. 1511-6 du CGCT) et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants ;
2. établir sur leur territoire des réseaux au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques et les mettre à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants ;
3. établir et exploiter sur leur territoire des réseaux de communications électroniques au sens du 3° et du 15° de l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques (activité d'opérateur d'opérateurs);
4. fournir, sous certaines conditions, des services de communications électroniques aux utilisateurs finals.

L'article L. 1425-1 édicte plusieurs principes:

1. les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, sous certaines conditions, établir ou acquérir et exploiter des infrastructures et des réseaux de communications électroniques ;
2. leur intervention se fait en cohérence avec les autres réseaux d'initiative publique ; elle garantit l'utilisation partagée des infrastructures réalisées et elle respecte le principe de libre concurrence sur les marchés de communications électroniques ;
3. une même personne morale ne peut à la fois exercer une activité d'opérateur et être chargée de l'octroi des droits de passage destinés à permettre l'établissement des réseaux de communications électroniques ouverts au public ;
4. les infrastructures créées par les collectivités en application de l'article L1511-6 du CGCT, aujourd'hui abrogé, sont réputées avoir été créées dans les conditions prévues par le L1425-1 du même code ;
5. en cas d'insuffisance d'initiatives privées, elles peuvent, sous les conditions édictées par la loi, fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux.

De ces principes découlent les règles suivantes:

L'intervention d'une collectivité territoriale qui mobilise des financements publics pour l'aménagement numérique de son territoire doit se faire dans le respect du droit de la concurrence, de celui applicable aux collectivités territoriales et du code des marchés publics.

Si la collectivité territoriale intervient dans le cadre de l'article 1425-1 du CGCT, il est souhaitable, en termes de gestion des fonds publics, qu'elle soit propriétaire (par exemple en détenant des droits d'usage de longue durée), immédiatement ou à terme, des infrastructures de communication électronique.

Si la collectivité territoriale souhaite satisfaire des besoins qui lui sont propres en matière de services de communications électroniques, elle peut recourir à un marché de services. Les services fournis dans le cadre de ce marché ne pourront alors être proposés à des tiers.

Le principe mentionné au point 3, qui interdit le cumul entre la délivrance des droits de passage aux opérateurs, réservée à la collectivité, et le statut d'opérateur de télécommunications ouvert par l'article L. 1425-1 du CGCT, influence le montage juridique que devra mettre en œuvre la collectivité. La voie de la gestion déléguée apparaît dans ces conditions préférable. La collectivité pourra en particulier recourir à une délégation de service public débouchant sur un affermage ou une concession ou encore à une régie, à la condition expresse que cette dernière soit dotée de la personnalité morale.

- Le souci 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 ces réseaux.
- Si les investissements réalisés par les collectivités territoriales en application de l'article L 1511-6 du CGCT, aujourd'hui abrogé, sont réputés compatibles avec le nouvel article 1425-1, les autres initiatives de "réseaux" de collectivités territoriales pré-existants qui aboutiraient à la mise en place d'un réseau ouvert au public devront, dans les meilleurs délais, et en tout état de cause dès la venue à échéance des marchés en cours, se conformer à la loi pour éviter les contentieux avec les opérateurs ou les collectivités territoriales devenues opératrices de communications électroniques.

Nous vous demandons d'apporter une attention particulière aux actes, délibérations et conventions des collectivités locales sur ces questions, qui doivent, en toutes hypothèses respecter l'article L. 1425 1 du Code général des collectivités territoriales.