

**N° 391183**  
**Région Réunion**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Audience du 5 octobre 2015**  
**Lecture du 14 octobre 2015**

## **CONCLUSIONS**

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Tout en ouvrant à tous les tiers le recours en contestation de la validité du contrat qui était jusqu'alors réservé aux candidats évincés (Ass, 16 juillet 2007, *sté Tropic travaux signalisation*, p. 360, concl. Casas), votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* (Ass, 4 avril 2014, n° 358994, p. 70 avec les conclusions de B. Dacosta) a précisé qu'ils devraient justifier d'un intérêt pour agir tenant à ce qu'ils soient « susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses » du contrat. La nouveauté, pour ne pas dire l'originalité, de cette formulation, suscite chez les lecteurs de votre jurisprudence une attente quant aux indications que vous pourrez donner sur la portée de cette condition de recevabilité. La présente affaire pourra vous donner une occasion de commencer à la satisfaire, au prix il est vrai d'une petite entorse à l'économie de moyens.

Au mois de novembre 2014, la région Réunion a lancé un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la fourniture, l'installation et la maintenance d'une centaine de bornes d'accès à internet en Wi-Fi, dénommées Hotspots, réparties sur l'ensemble du territoire de l'île. Au terme de la procédure de sélection, l'offre de la société Nextiraone a été retenue, de préférence à celle du groupement Graniou/Moreschetti Axians. Le marché a été signé le 19 mars 2015. La société Pyxise, à laquelle le groupement évincé avait prévu de sous-traiter la fourniture, la configuration et l'exploitation du système central de contrôle des bornes, a saisi le TA de la Réunion de conclusions tendant à l'annulation de la décision de rejet de l'offre du groupement et du marché ainsi qu'à la suspension de leur exécution. Par une ordonnance du 3 juin 2015, le juge du référé a rejeté comme irrecevables les conclusions tendant à la suspension de l'exécution de la décision de rejet de l'offre du groupement mais a fait droit à celles relatives au marché. La région Réunion se pourvoit régulièrement en cassation contre cette dernière partie de l'ordonnance.

Le premier moyen de son pourvoi n'est pas le plus intéressant, mais il est le plus certain : la région reproche en effet au juge du référé de n'avoir pas répondu à la fin de non recevoir qu'elle avait soulevée, tirée de l'absence de production du contrat attaqué. Cette omission n'est pas contestée. La société demanderesse soutient qu'elle avait établi son impossibilité de joindre une copie du contrat attaqué, qui ne lui avait pas été transmis malgré sa demande. Mais si cette circonstance était de nature à justifier le rejet de cette fin de non recevoir, elle ne dispensait pas le juge d'y répondre expressément, puisqu'il a fait droit à la demande. Dans ces conditions, nous ne voyons pas comment l'ordonnance attaquée pourrait échapper à l'annulation.

Notons qu'elle est également entachée d'une autre erreur aussi évidente, mais dont la portée l'est moins.

Il ressort en effet du considérant n° 4 par lequel il définit son office que le juge des référés a placé son appréciation de l'urgence dans le cadre fixé par votre jurisprudence *cne de Béziers* du 21 mars 2011 (Sect, n° 304806) relative aux demandes tendant à la reprise des relations contractuelles et à la suspension de l'exécution d'une décision de résiliation, qui n'est évidemment pas applicable à une demande tendant à la suspension de l'exécution d'un contrat signé et en cours d'exécution. Dans ce dernier cas, l'urgence justifie la suspension de l'exécution du contrat aux mêmes conditions que lorsqu'est en cause un acte administratif unilatéral, c'est-à-dire lorsque l'exécution du contrat « porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre », ce qu'il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire (23 juillet 2014, *M. C... et autres*, n° 388433).

Toutefois, vous pourriez neutraliser cette erreur qui n'a pas eu d'incidence sur l'appréciation au cas d'espèce de l'urgence, l'auteur de l'ordonnance ayant estimé qu'elle était satisfaite après avoir, comme il le devait en application des principes applicables aux demandes de suspension des contrats en cours, mis en balance les effets de l'exécution du contrat sur la situation de la société demanderesse et ceux de sa suspension sur l'intérêt général et les intérêts particuliers de l'attributaire.

Les questions que présente à juger la demande de suspension de l'exécution du contrat sont plus délicates.

Vous écarterez tout d'abord la fin de non recevoir à laquelle le juge du référé a omis de répondre, la société Pyxise justifiant comme nous l'avons dit avoir été dans l'impossibilité de produire le marché contesté.

La question de son intérêt pour agir, auquel est subordonnée la recevabilité de la demande de suspension comme celle de la demande au fond (voyez par exemple JRCE, 11 sept 2002, *Conseil national des professions de l'automobile*, n° 249546, aux T ; 14 nov 2005, *M. H...*, n° 286837, aux T) mérite davantage de développements. La société Pyxise se prévalait devant le premier juge d'un double intérêt tenant d'une part à sa qualité de sous-traitante mentionnée dans l'offre du groupement candidat, d'autre part de sa qualité « d'opérateur économique dans le domaine des technologies de l'information et de la communication ... fournissant des solutions WiFi clés en mains ». Ce dernier intérêt fait écho à son argumentation relative à l'urgence à suspendre l'exécution d'un contrat, qui, en fournissant un service d'accès gratuit à internet en WiFi sur 101 sites pendant trois, ferait une concurrence directe à sa propre activité.

Contrairement à ce que soutient la région devant vous, ces deux intérêts ne sont nullement contradictoires, puisque la conclusion du contrat avec le groupement évincé lui aurait donné accès au marché que son attribution à une autre société lui fermerait. Par ailleurs, la circonstance que le groupement évincé n'ait pas contesté son éviction est sans incidence sur son propre intérêt.

Celui-ci doit être apprécié au regard de la condition de recevabilité posée par votre décision précitée *Département de Tarn-et-Garonne* tenant à ce que les tiers soient « susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses ». Cette formulation originale, qui emprunte à la fois au vocabulaire

de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, en renvoyant aux intérêts des requérants, et du plein contentieux, qui utilise le verbe lésé, traduit une exigence renforcée dans l'appréciation de l'intensité des effets négatifs que doit produire l'exécution du contrat sur la situation du requérant pour que lui soit reconnu le droit de le contester. Comme l'indiquait B. Dacosta dans ses conclusions sur cette décision, l'ouverture aux tiers d'un recours effectif contre le contrat doit s'accompagner d'une conception de sa recevabilité qui permette d'éviter « certaines solutions excessivement libérales qui ne se justifiaient, à l'origine, que par l'absence de toute conséquence des annulations prononcées », afin de garantir un juste équilibre entre le respect de la légalité et la sécurité juridique. Cette exigence renforcée se traduira essentiellement dans l'appréciation de la condition tenant à ce que l'atteinte aux intérêts du requérant soit suffisamment directe et certaine, condition qui est déjà celle de l'intérêt pour agir mais dont l'appréciation est effectivement souvent très libérale. La précision de la détermination de l'intérêt pour agir du requérant est d'autant plus importante qu'elle conditionne la mise en œuvre de l'autre règle permettant de garantir l'équilibre de ce dispositif contentieux selon laquelle les tiers « ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».

Au regard de ces principes, le premier des deux intérêts dont se prévaut la société Pyxise, tenant à sa qualité de sous-traitante désignée dans l'offre du groupement évincé, nous semble rendre sa demande recevable.

En effet, il ressort des caractéristiques de l'offre du groupement qu'elle avait une vocation suffisamment certaine à participer à l'exécution du marché et à en retirer la rémunération correspondante. L'offre du groupement évincé était construite en tenant compte de la sous-traitance à la société Pyxise du système central, reposant sur l'utilisation d'une solution de Hotspot WiFi public créé et développé par cette société. Ce dispositif est décrit dans la présentation de la solution proposée par le groupement et la société Pyxise est présentée avec ses références dans l'offre aux côtés des soumissionnaires. Elle apparaît aussi indissociable de l'offre que les autres membres du groupement ; elle en constitue un élément essentiel qui ne pourrait, par exemple, pas être modifié après le dépôt des offres.

Ces circonstances permettent de lui reconnaître un intérêt suffisamment direct et certain à obtenir l'annulation du marché afin qu'une remise en concurrence offre une nouvelle chance au groupement auquel elle était liée de se représenter. Il n'en irait évidemment pas de même du sous-traitant potentiel, qui n'aurait pas été mentionné dans l'offre. On pourrait hésiter sur le cas du sous-traitant mentionné mais dont les prestations pourraient être exécutées par n'importe quel autre entreprise. Sa vocation à exécuter le marché devrait être d'autant moins certaine que son remplacement affecterait peu le contenu de l'offre.

Certes, on pourrait objecter à la société Pyxise que le groupement évincé pourrait en cas de remise en concurrence présenter une nouvelle offre avec une autre solution pour le système central qui ne fasse pas appel à elle. Mais cet argument conduirait également à dénier tout intérêt à agir à un membre du groupement évincé, au motif que celui-ci pourrait se recomposer différemment, voire à un candidat évincé, dès lors que l'annulation du marché n'implique pas nécessairement que la collectivité décide de conclure un nouveau contrat.

Bien que la société Pyxise ne soit pas un concurrent évincé, elle a du fait de sa fonction dans l'offre du groupement évincé, un intérêt comparable à celui du concurrent évincé, intérêt que vous regardez comme donnant qualité pour contester le contrat. Il a d'ailleurs pendant huit ans était presque le seul à le pouvoir.

Vous pourriez enfin vous interroger sur l'opportunité de reconnaître à un tiers un intérêt fondé sur sa vocation à exécuter le contrat alors que n'ayant été ni candidat ni dissuadé de présenter un offre, il ne peut former de référé précontractuel. Pour le dire autrement, le

référé précontractuel n'étant ouvert qu'aux candidats et aux personnes ayant été dissuadées de présenter leur candidature, ne convient-il pas de ne reconnaître qu'à ces dernières la possibilité de faire valoir un intérêt fondé sur la perte de chance d'exécuter le contrat ?

Mais nous ne voyons pas ce qui justifierait d'étendre au recours en contestation de la validité du contrat une règle de recevabilité propre à un recours destiné à faire respecter uniquement les règles de publicité et de mise en concurrence. Même si le candidat évincé de la conclusion d'un marché a certainement davantage intérêt qu'un autre tiers à se plaindre de manquement à ces règles, ce ne sont pas les seules illégalités qu'il pourra invoquer. Non seulement d'autres vices peuvent être en rapport direct avec son intérêt, mais il pourrait aussi utilement soulever toute illégalité d'une gravité telle que le juge pourrait la soulever d'office. Les champs d'intérêt du référé précontractuel et de la contestation de la validité du contrat ne se recouvrent pas exactement, que ce soit pour le candidat évincé ou pour le sous-traitant étroitement intégré à l'offre dont l'intérêt et les vices qu'il pourra utilement invoquer sont très proches de ceux qu'un candidat évincé pourra utilement faire valoir.

L'autre intérêt dont elle se prévaut nous paraît moins directement affecté par l'exécution du contrat litigieux. Elle soutient qu'en « qualité d'opérateur économique dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, notamment en tant qu'elle est elle-même fournisseur de solutions WiFi clés en mains pour des clients publics et privés » elle perdrait du fait de la fourniture gratuite d'un tel service par la région sur 101 sites pendant trois ans « la possibilité que les propriétaires de ces sites fassent appel à elle pour fournir ce même service mais en payant ».

Cette argumentation n'est pas convaincante. Non pas parce que la perte de parts de marché serait insusceptible, par principe, de caractériser une atteinte à un intérêt suffisamment direct et certain, mais parce qu'en l'espèce ces conditions ne sont pas réunies. La plupart des sites envisagés par le marché sont des sites publics (bâtiments administratifs, musées, centres de formation, gîtes publics, ports, espaces publics). Aucun élément du dossier ne permet de laisser penser que les gestionnaires de ces espaces auraient eu l'intention de développer des systèmes d'accès à internet payants et qu'ils auraient pour cela fait appel à la société Pyxise, qui aurait ainsi perdu du fait de l'exécution du contrat des parts de marché. La seule circonstance qu'un point d'accès serait prévu à l'aéroport où elle est actuellement présente comme fournisseur d'accès ne suffit pas, par elle-même, à lui donner un intérêt suffisamment direct et certain pour contester un marché qui concerne au moins cent autres points.

Le caractère très hypothétique des pertes de part de marché que représenterait pour elle l'installation de ces bornes d'accès gratuit par la région rend par conséquent l'intérêt commercial dont se prévaut la société Pyxise trop indirect et incertain pour lui donner qualité pour agir.

Cet intérêt commercial qui ne peut lui donner qualité pour agir ne peut pas non plus caractériser une situation d'urgence à suspendre l'exécution du contrat, laquelle résulte de la démonstration de ce que l'exécution du contrat « porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ».

Devant le juge du référé, la société Pyxise ne faisait valoir sur ce point que l'imminence de l'exécution du marché, ce qui traduit une mauvaise connaissance de la condition tenant à l'urgence. Vous pourrez néanmoins comme le premier juge faire l'effort de considérer que son argumentation relative à l'atteinte à ses intérêts économiques qu'elle développe à propos de son intérêt pour agir vaut également pour l'appréciation de l'urgence.

Mais elle ne sera pas davantage à même de l'établir, la société Pyxise n'apportant aucun élément de nature à vous convaincre que la perte de la chance d'exécuter ce marché lui causerait un préjudice immédiat.

Devant vous, la société Pyxise défend l'atteinte plus générale à ses intérêts qu'a retenue le premier juge, tenant à ce que le marché, « en visant à équiper dans un délai de 5 mois et en tout état de cause avant le 15 décembre 2015, en vue d'un accès gratuit des usagers à internet pour une période d'au moins trois ans, plus de 100 sites représentant la quasi-totalité des collectivités territoriales et les principaux acteurs et sites économiques et touristiques de l'île, est de nature à affecter durablement la structure concurrentielle du marché au sein duquel la société requérante déploie son activité ».

Nous ne partageons cependant pas cette analyse. Il ressort de votre jurisprudence que l'urgence tenant à ce que l'exécution d'une décision ait pour effet d'affecter durablement la structure concurrentielle du marché au sein duquel le requérant déploie son activité concerne des hypothèses bien différentes de la perte de parts de marché résultant de ce que le contrat a été attribué à un concurrent. Vous vous êtes interrogés sur de tels effets à propos de décisions administratives susceptibles d'avoir pour effet de faire obstacle à l'ouverture effective à la concurrence de secteurs antérieurement monopolistiques en permettant à l'opérateur historique de conserver un avantage certain sur ses concurrents potentiels (Ord JRCE, 19 janvier 2014, *sté T-Online France*, n° 263012, aux T, concernant un délai d'adaptation finalement jugé suffisant ; 23 août 2005, *Assoc fce des opérateurs réseaux et services télécom*, n° 283286, aux T ; 10 février 2006, *sté Powéo*, n° 289013, concernant respectivement la fixation de tarifs de services de télécommunication et du gaz) ou autorisant une concentration dont l'effet était de conférer à un opérateur une position nettement dominante (JRCE, 19 mai 2005, *Sté Fiducial informatique*, n° 279697, aux T). Cette dernière ordonnance relève, pour conclure à l'existence d'une situation d'urgence, qu'eu « égard à l'objet de la décision contestée et à ses effets sur le marché qui sont difficilement réversibles, la condition d'urgence doit être tenue pour réalisée tant au regard de l'intérêt public en cause qui est le maintien d'une situation de concurrence effective sur un marché, objectif protégé par une législation d'ordre public, qu'à celui des sociétés requérantes qui sont présentes sur ce même marché en tant que concurrent ou client potentiel ».

L'exécution d'un marché public d'équipement de points publics d'accès gratuit à internet, fussent-ils nombreux, n'est pas de nature à affecter durablement la concurrence dans ce secteur, au sens très restrictif que votre jurisprudence donne à de tels effets. D'une part, parce que l'objet d'un marché est en général plus étroit qu'un secteur concurrentiel. Les décisions susceptibles d'affecter durablement la structure concurrentielle d'un marché sont des décisions prises en application d'un pouvoir de régulation d'un secteur. En l'espèce, malgré l'étendue de son objet, le marché litigieux ne concerne que certains points de certains espaces, les espaces publics. D'autre part parce qu'un marché est limité dans le temps, trois ans en l'espèce, et ne saurait donc avoir un effet anticoncurrentiel durable.

La condition tenant à ce que le requérant fasse état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la validité du contrat et, faudrait-il nous semble t-il ajouter, de nature à entraîner la résiliation ou l'annulation du marché<sup>1</sup>, ne nous paraît pas davantage remplie.

---

<sup>1</sup> Bien que vous ne l'ayez jamais jugé, il nous semble logique que la suspension de l'exécution d'un contrat ne puisse être prononcée que lorsque les vices invoqués sont de ceux qui, aux termes de votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*, peuvent conduire le juge du fond de décider la cessation de l'exécution du contrat. Ainsi, le juge du référé devrait vérifier avant d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat que les irrégularités

Deux d'entre eux sont inopérants au regard de l'intérêt pour agir de la société Pyxise. Vous avez en effet par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* limité les moyens que le tiers au contrat pouvait utilement invoquer à l'appui de la contestation de sa validité à ceux qui sont en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Or ni le fait que le marché aurait du être divisé en lots, ni la méconnaissance de l'obligation de publication de l'appel d'offres au Journal officiel de l'Union européenne ne remplissent ces conditions.

D'une part, ces irrégularités n'affectent pas la licéité du contenu du contrat et ne constituent pas un vice du consentement ni un vice d'une particulière gravité.

D'autre part, elles ne sont pas liées à l'intérêt dont la société Pyxise est fondée à se prévaloir, qui tient à ce qu'elle avait vocation à exécuter le marché, puisque ni l'absence de publication de l'appel d'offres au JOUE, ni le caractère global du marché n'ont fait perdre au groupement évincé de possibilité de présenter une offre conforme aux exigences du règlement de la consultation.

Le troisième moyen est plus délicat. Il est tiré de ce que la région ne pouvait intervenir sur le marché des communications électroniques que s'il existait un déficit de l'initiative privée, ce qui n'était pas le cas puisque la société requérante propose cette prestation parmi d'autres concurrents privés. Cette argumentation qui n'est pas plus développée que ce que nous venons d'en dire suit une citation intégrale de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi du 21 juin 2004 de confiance dans l'économie numérique, qui contient des dispositions de portées différentes. La condition à l'intervention des collectivités territoriales dans ce domaine tenant à une carence de l'initiative privée n'est posée que par le 2<sup>ème</sup> alinéa du I, dans sa rédaction alors applicable : *« les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des communications électroniques. Les interventions des collectivités s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. / L'insuffisance d'initiatives privées est constatée par un appel d'offres déclaré infructueux ayant visé à satisfaire les besoins concernés des utilisateurs finals en services de communications électroniques. »* Le moyen consiste donc à soutenir que la région ne pouvait fournir un service de communication électronique en l'absence d'insuffisance d'initiatives privées.

Bien que la société Pyxise ne soit pas lésée en tant qu'entreprise ayant vocation à participer à l'exécution du marché par ce vice, puisqu'elle en tirerait profit, elle nous semble pouvoir l'invoquer car il tient au contenu du contrat et serait de ceux que le juge pourrait soulever d'office (voyez, pour une convention d'aménagement relative à un projet non conforme aux règles d'urbanisme : 10 juillet 2013, *Cne de Vias*, n° 362304, aux T).

---

invoquées sont de celles que le requérant peut utilement invoquer qu'elles permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement après avoir été régularisées. Vous avez récemment souligné cette concordance entre l'office du juge du fond et l'office du juge du référé à propos du recours en reprise des relations contractuelles en jugeant que, « pour déterminer si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse et à justifier en conséquence qu'il soit fait droit à la reprise des relations contractuelles, il incombe au juge des référés d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à une telle reprise » (17 juin 2015, *Cne d'Aix-en-Pce*, n° 388433, à mentionner aux T).

En revanche, l'installation de bornes publiques d'accès gratuit à internet en WiFi, qui constitue l'objet du marché litigieux, ne nous paraît pas entrer dans le champ de ces dispositions, qui ne concernent que la fourniture de services de télécommunications dans certaines circonstances.

Certes, à première vue, le marché a bien pour effet de fournir un service de communications électroniques à des utilisateurs finals. Ces notions sont définies par l'article L. 32 du code des postes et communications électroniques, auquel l'article L. 1425-1 renvoie expressément dans son 1<sup>er</sup> alinéa. Le 6<sup>o</sup> de l'article L. 32 définit les services de communications électroniques comme « *les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques* », lesquelles recouvrent tous les signes, signaux, écrits, images ou sons, émis, transmis ou reçus par voie électromagnétique (1<sup>o</sup>). Or le marché comprend non seulement la mise en place des infrastructures mais aussi l'accès à internet, que le titulaire du marché devra fournir aux usagers. Mais il le fera en s'abonnant auprès d'un fournisseur d'accès, qui nous semble être le seul à pouvoir être regardé comme fournissant un service de communication et qualifié d'opérateur au sens du 15<sup>o</sup> qui vise « *toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ». En d'autres termes, le seul fait pour une personne de prendre un abonnement auprès d'un fournisseur de communications électroniques et de l'ouvrir au public ne fait pas d'elle un fournisseur de communications électroniques ni, par suite, un opérateur de communications électroniques.

Les travaux préparatoires de la loi du 21 juin 2004 nous paraissent confirmer que ses dispositions ne couvrent pas le cas de figure qui nous occupe. Afin de lutter contre la fracture numérique, le législateur a entendu reconnaître aux collectivités territoriales une compétence pour assumer des missions d'opérateurs<sup>2</sup> de télécommunications en créant des services publics locaux<sup>3</sup> dans les zones où aucun opérateur privé ne propose d'offre d'accès haut débit à internet. Il s'agit bien donc bien de leur donner la possibilité de créer des réseaux d'accès à internet, c'est-à-dire d'installer des équipements passifs (fourreaux, fibre non activée) et actifs (le réseau) permettant la fourniture de communications électroniques (alinéa 1<sup>er</sup> du I de l'article L. 1425-1), voire de créer de véritables services de fournitures de communications électroniques (alinéa 2). Cette seconde possibilité a cependant été conçue comme un accessoire de la première, afin de permettre aux collectivités « d'avoir un contrôle sur les stratégies commerciales des fournisseurs de services utilisant leur réseau, soit parce qu'elles pourraient les concurrencer, soit parce qu'elles pourraient leur imposer des conditions, par exemple sur les tarifs de détail à pratiquer, dans le cadre d'une délégation de service public. (...) Le fait de disposer de cette faculté leur permettrait de « faire pression » sur les opérateurs de télécommunications afin qu'ils s'impliquent dans les zones rurales »<sup>4</sup>. Cette possibilité complète également la première, en permettant aux collectivités de fournir des services dans l'hypothèse où aucun prestataire de services ne répondrait aux conditions techniques et tarifaires du réseau établi par la collectivité<sup>5</sup>. Le II de l'article L. 1425-1 du CGCT, qui

---

<sup>2</sup> Tel est également l'analyse de la professeure Roselyne Allemand, auteur de l'étude « les collectivités territoriales et les réseaux de communications électroniques » dans l'Encyclopédie Dalloz des collectivités territoriales (2010) qui constate que « La possibilité donnée aux collectivités territoriales de fournir des services aux utilisateurs finals consacre pleinement, avec l'exploitation des réseaux, la fonction d'opérateur qui leur est reconnue. » (§ 87).

<sup>3</sup> Ces dispositions figurent dans la partie du code consacré aux services publics locaux.

<sup>4</sup> A. Türk, avis n° 351, Sénat, présenté au nom de la commission des lois le 11 juin 2003.

<sup>5</sup> C. Bronner, L'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques, RFDA 2005, p. 305.

prévoit que « *les dépenses et recettes afférentes à l'établissement de réseaux de télécommunications ouverts au public et à l'exercice d'une activité d'opérateur de télécommunications par les collectivités territoriales ... sont retracées au sein d'une comptabilité distincte* » confirme que les dispositions de cet article régissent la création par les collectivités territoriales de services publics industriels et commerciaux de communications électroniques, au moins en partie financés par les usagers, et non la fourniture de points d'accès gratuits à un réseau internet créé et exploité par des opérateurs privés dans certains espaces publics.

Reste que la fourniture au public de ces points d'accès à internet traduit l'instauration d'un service public qui, s'il n'est pas régi par les dispositions de l'article L. 1425-1 du CGCT, est subordonné, comme toute prise en charge d'une activité économique par une personne publique, au respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence (Ass, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, p. 272 ; 3 mars 2010, *Dépt de la Corrèze*, n° 306911). Si elles doivent justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée, celle-ci n'a en revanche pas à être constatée selon la procédure prévue par l'article L. 1425-1 du CGCT.

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il n'existe pas, dans les espaces publics concernés par le marché, d'initiative privée offrant le même service, c'est-à-dire un accès gratuit à internet, ni démontré que ce service, dont on peut considérer qu'il répond à un intérêt général, ferait concurrence sur les mêmes lieux à des services commerciaux similaires.

Pour toutes ces raisons, le bien fondé du moyen ne nous paraît pas de nature à créer un doute sérieux quant à la validité du contrat.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande de suspension de l'exécution du marché présentée au JRTA ;
- Mettiez à la charge de la société Pyxise le versement à la région Réunion d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés en première instance et devant vous.