

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

De longue date, le référé « mesures utiles », aujourd'hui codifié à l'article L. 521-3 du code de justice administrative, peut être utilisé par une personne publique, dans un cadre contractuel, pour demander au juge d'ordonner au cocontractant que celui-ci satisfasse à ses obligations.

Vous avez ainsi jugé, par une décision de section du 13 juillet 1956, Office public d'habitation à loyers modérés du département de la Seine (p. 343), que

« S'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ; en cas d'urgence, le juge des référés peut, de même, sans faire préjudice au principal, ordonner sous astreinte audit cocontractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public. »

Vous avez décliné à de multiples reprises ce principe à l'égard de contractants ou d'ex-cocontractants de l'administration (CE, 30 octobre 1963, SARL Sonetra, p. 520 ; CE, 24 février 1982, Société « Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment » et autres, p. 87 ; CE, 9 décembre 1988, Société « Les téléphériques du massif du Mont-Blanc, p. 438).

Vous l'avez réaffirmé avec votre décision du 29 juillet 2002, Centre hospitalier d'Armentières (p. 307), en application de l'article L. 521-3. Une mesure nécessaire à la continuité et au bon fonctionnement du service public satisfait au critère de l'utilité et, a priori, à celui de l'urgence ; le juge du référé peut la prononcer dès lors qu'elle ne se heurte, dans son principe, à aucune contestation sérieuse. Sur ce dernier point, l'article L. 521-3 n'a pas repris la condition figurant antérieurement à l'article R. 130 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, condition tenant à ce que la mesure ne préjudicie pas au principal, que vous aviez interprétée comme impliquant qu'elle ne se heurte

pas à une contestation sérieuse. Mais vous avez réintroduit cette condition par la voie prétorienne, d'abord pour les expulsions du domaine public (CE, 6 avril 2001, *Ministre de l'Education nationale c/ M. D... et Mme M...*, n° 230000, p. 180), puis de façon générale (CE, Section, 18 juillet 2006, *Mme L...*, n° 283474, p. 369).

Dans la même veine, vous avez jugé, par une décision du 1^{er} mars 2012, *Société assistance conseil informatique professionnelle (T.)*, qu'une personne publique, dans le cadre d'un marché portant sur la fourniture d'ordinateurs, pouvait demander au juge qu'il enjoigne au cocontractant de mettre temporairement à sa disposition du matériel de remplacement, en application de clauses de garantie. Par ailleurs, et comme le relève votre décision *Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles* du 5 juillet 2013 (T.), « *les mesures que le juge du contrat ou, le cas échéant, le juge des référés peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat.* »

Le pourvoi dont vous êtes saisis vous permettra d'apporter une nouvelle pierre à cet édifice.

Par un contrat de délégation de service public, la communauté de communes de Saint-Dizier a confié en 2008 à la Société financière Sports et Loisirs, devenue la société Equalia, à laquelle s'est substituée la société Polyxo, l'exploitation du centre nautique de Saint-Dizier. Il s'agissait d'un affermage, puisque les équipements avaient déjà été réalisés.

A deux reprises, le délégataire a proposé à la collectivité, qui l'a accepté, de mettre en place de nouvelles activités : un « espace de remise en forme », en 2010, puis, en 2011, la pratique du vélo dans la piscine, dite « aquabiking ». Plutôt que de recourir à cet anglicisme, nous utiliserons, pour notre part, le terme d'aquacycle, recommandé par la commission générale de terminologie et de néologie...¹ Dans les deux cas, la collectivité a ensuite fixé les tarifs applicables. C'est la société Equalia qui a acquis les matériels nécessaires. Le contrat a pris fin le 30 juin 2012. L'offre présentée par la société Equalia n'a pas été retenue ; le choix de la communauté d'agglomération s'est porté sur la société Vert Marine.

Un litige est alors survenu s'agissant du sort des équipements dont était dotée la salle de remise en forme ainsi que des matériels utilisés pour l'aquacycle : la communauté d'agglomération a demandé, en vain, leur restitution, estimant qu'ils entraient dans la catégorie des biens de retour, analyse non partagée par l'ancien délégataire. Celui-ci a fini par procéder à leur enlèvement. Aussi la communauté d'agglomération a-t-elle finalement saisi le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, en juillet 2013, sur le fondement de l'article L. 521-3, afin qu'il ordonne leur restitution sous astreinte. Par une ordonnance du 26 juillet 2013, le juge des référés a fait droit à cette demande, en enjoignant aux sociétés Equalia et Polyxo de les restituer dans un délai de huit jours, sous astreinte de 100 euros par jour de retard. En pratique, la restitution a eu lieu le 1^{er} août, selon les indications fournies par les sociétés.

¹ Aquacycle : simulateur- ergomètre de bicyclette conçu pour être immergé, et que l'on utilise en gymnastique de forme ; par extension, pratique consistant à utiliser un tel engin.

Il est d'abord soutenu que l'ordonnance a été rendue à l'issue d'une procédure irrégulière, en méconnaissance du principe du contradictoire, à un double titre.

La demande de la collectivité a été communiquée à la société Equalia et à la société Polyxo, le 15 juillet 2013, auxquelles le tribunal administratif a laissé un délai de huit jours. Ce délai étant expiré, il a rendu son ordonnance le 26. Ce même 26 juillet, dans l'après-midi, un mémoire en défense a été présenté par les deux sociétés, qui ont la même gérante et le même mandataire. Il est soutenu que la société Polyxo n'aurait pas reçu la lettre de notification de la requête. De fait, la pièce attestant de la réalité de cet envoi manque au dossier. Mais la société Polyxo n'est, en réalité, qu'un alter ego de la société Equalia, chargée plus spécifiquement de l'exploitation, comme l'illustre le fait que le mémoire en défense a été produit pour le compte des deux sociétés ; en l'espèce, la circonstance, à la supposer avérée, que la société Polyxo n'ait pas été rendue destinataire de la requête nous paraît donc dénuée d'incidence sur la régularité de l'ordonnance. Il en va de même, par ailleurs, de l'absence de mention dans les visas de l'ordonnance des dates de communication et de réception de la demande, mention qui n'est aucunement requise par les textes.

La seconde branche du moyen est tirée de ce que le juge des référés, en statuant le 26 juillet, n'aurait pas respecté le délai accordé aux défendeurs pour produire : il est en effet soutenu que le greffe du tribunal aurait indiqué par téléphone au conseil des deux sociétés que celles-ci pouvaient produire jusqu'au 26 juillet au soir. Mais cette allégation n'est étayée par aucun élément.

Venons-en au bien-fondé de l'ordonnance.

Selon le pourvoi, le juge des référés aurait dû juger la demande irrecevable, en se fondant sur les stipulations de l'article 41 de la convention de délégation de service public, qui prévoyait une procédure de conciliation préalablement à l'engagement de tout recours contentieux.

Mais le moyen tiré de l'irrecevabilité d'une demande au regard des stipulations d'un contrat n'est pas un moyen d'ordre public (CE, 8 décembre 1995, Société SOGEA, p. 434). Ce moyen n'a été soulevé par les deux sociétés que dans leur mémoire en défense tardif. A la date à laquelle il s'est prononcé, le juge ne pouvait donc s'en saisir.

Les sociétés soutiennent ensuite que le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit et de dénaturation en regardant comme des biens de retour les matériels dont il lui était demandé d'ordonner la restitution.

Un point n'est pas contestable : enjoindre au cocontractant de restituer à la personne publique, en fin de contrat, des biens qui lui appartiennent, est, sur le principe, au nombre des mesures que peut prendre le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-3. Telle était d'ailleurs l'hypothèse à laquelle vous étiez déjà confrontés dans un certain nombre de précédents (en particulier dans les affaires qui ont donné lieu à vos décisions de 1982, Société « Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment » et de 1988, Société « Les téléphériques du massif du Mont-Blanc »).

Les conditions étaient-elles ici remplies ?

Comme vous l'avez jugé par votre décision d'assemblée Commune de Douai du 21 décembre 2012, « *dans le cadre d'une délégation de service public (...) mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique.* »

Selon les sociétés, les activités de mise en forme et d'aquacycle étaient des activités purement commerciales, qu'elles avaient mises en place à leur propre profit, et qui n'entraient pas dans le périmètre de la délégation de service public.

Il s'agit donc de déterminer si l'application de la théorie des biens de retour se heurte, en l'espèce, à une contestation sérieuse. Comme l'illustre la décision Commune de Douai, le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique sur cette notion. Il ne doit pas en aller différemment, à notre sens, lorsque vous êtes saisis d'un pourvoi contre une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 521-3. Rappelons que, s'agissant du référé-provision, vous avez récemment jugé, par votre décision de section M. T... du 6 décembre 2013 (n° 363290), que la qualification juridique opérée par le juge des référés lorsqu'il se prononce sur le caractère non sérieusement contestable de l'obligation invoquée devant lui peut être contestée devant le juge de cassation. La solution doit être identique dans le cas du référé « mesures utiles ».

En l'espèce, comme l'a relevé le premier juge, la convention prévoyait elle-même que le délégataire devrait faire des propositions visant soit à l'amélioration du service offert aux usagers, soit à l'amélioration des équipements. Tel a été le cas. Des activités de remise en forme et d'aquacycle peuvent certes être exploitées dans un cadre purement commercial. Mais elles ont, ici, été conçues comme des prestations accessoires au service public délégué. En témoigne le fait que c'est le conseil municipal qui en a fixé les tarifs. Rien n'excluait que le périmètre du service public délégué évoluât en cours de contrat. Aucun des arguments invoqués par les auteurs du pourvoi n'est de nature à remettre en cause la qualification retenue par le premier juge ; et la dénaturation alléguée n'est aucunement établie.

Dans leur mémoire en réplique, les sociétés requérantes critiquent également l'ordonnance sur le terrain de l'utilité et de l'urgence.

Sur le terrain de l'utilité, le moyen ne peut qu'être écarté : une mesure tendant à la restitution de biens de retour est par construction utile.

S'agissant de l'urgence, les éléments avancés ne sont pas plus convaincants. Pour apprécier si la mesure sollicitée par un requérant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative présente un caractère d'urgence ou d'utilité, le juge des référés peut, bien évidemment, prendre en considération la continuité du service rendu aux usagers (CE, 8 juillet 2002, Commune de Cogolin, T.). L'ordonnance n'est donc pas entachée d'erreur de droit. Et le premier juge n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier : la seule circonstance que la communauté de communes aurait pu se retourner vers le nouveau délégataire et que le centre de nautique n'aurait pas encore rouvert au public à la date du 1^{er} octobre 2013 ne suffit pas à invalider le constat de l'urgence qui s'attachait à la récupération des matériels

Il est enfin soutenu que l'ordonnance serait entachée d'erreur de droit, au motif que la remise des matériels constituerait une mesure définitive, alors que le juge des référés ne pouvait prendre que des mesures provisoires ; mais la restitution est bien une mesure conservatoire, qui ne préjuge pas de ce que décidera, in fine, s'il est saisi, le juge du fond quant à la propriété de ces équipements. Vous écarterez donc ce dernier moyen.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que soit mis à la charge des sociétés Equalia et Polyxo le versement à la communauté de communes d'une somme de 1 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du CJA.