

N° 432727

Société Orange c/ Commune de Belvezet

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies

Séance du 9 septembre 2020

Lecture du 25 septembre 2020

CONCLUSIONS

Mme Sophie Roussel, rapporteure publique

La petite commune de Belvezet, dans le Gard, a souscrit auprès de la société Orange un abonnement pour la fourniture de services de téléphone et d'internet. A la suite d'un accident de la route impliquant un camion le 19 juin 2019, le poteau supportant la ligne de téléphone desservant la commune a été arraché, provoquant l'interruption du service pour une partie des habitants de la commune, dont les services municipaux. La commune en a informé son prestataire le jour même.

Après six jours d'interruption du service et alors qu'était en cours un épisode de forte chaleur rendant particulièrement problématique l'impossibilité pour les administrés de joindre les services municipaux, le maire a perdu patience et saisi le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, afin d'obtenir sans délai le rétablissement du service de télécommunication sur le territoire de la commune.

Faisant application de votre jurisprudence *Centre hospitalier d'Armentières* (CE, 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières c/ Société anonyme "Centre des Archives du Nord"*, n° 243500, p. 307, décision qui réitère, sous l'empire de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, une jurisprudence bien plus ancienne : CE Section, 13 juillet 1956, *Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine*, n° 37656, p. 343) qui permet à l'administration, en cas d'urgence, d'obtenir du juge des référés mesures utiles qu'il ordonne à son cocontractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a ordonné, le 27 juin 2019, à la société Orange de procéder au rétablissement du service de télécommunications, en assortissant cette injonction d'une astreinte de 1 000 euros par jour de retard à compter de la notification de son ordonnance.

Par un courrier reçu par le tribunal administratif de Nîmes le 2 juillet, soit le jour de la notification par voie postale de l'ordonnance de référé, la société Orange a fait savoir, constat d'huissier à l'appui, que le service avait été rétabli dès le samedi 29 juin en milieu de journée.

Ce n'est certainement pas l'enjeu financier de ce litige qui explique que la société Orange se soit pourvue en cassation contre cette ordonnance : l'injonction ayant été entièrement exécutée le jour de la notification, aucune astreinte n'a à être liquidée.

Nous pensons à vrai dire qu'un non-lieu en cassation pourrait même être envisagé, quoique nous ayons trouvé dans votre jurisprudence un précédent fiché l'excluant dans une telle hypothèse : c'est votre décision du 5 avril 2004, *SARL Restaurant Côte-d'Azur (SORESCA)*, n°s 260574 260575 et 26167, aux tables sur point p. 829, selon laquelle la circonstance qu'en exécution de l'injonction prononcée à son encontre par une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le requérant a évacué les locaux qu'il occupait ne rend pas sans objet ses conclusions dirigées contre cette ordonnance.

A vrai dire, cette solution n'est pas propre au référé mesure utile et votre jurisprudence est en ce sens quel que soit le type de référé en cause (voyez, en matière de référé-suspension, votre jurisprudence sur l'absence de non-lieu lorsque l'injonction a été entièrement exécutée : CE, 26 novembre 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Terlutte*, T. p. 925 ; CE, 26 septembre 2009, *Barritault*, n°s 255656 et 266489, T. pp. 988-1030-1047 ; CE, 13 juillet 2007, *Commune de Sanary-sur-Mer*, n° 294721, T. pp. 1012-1020-1129) : l'exécution d'une injonction ne rend pas sans objet le pourvoi dirigé contre la décision contenant cette injonction ; il serait en effet assez choquant, ou à tout le moins desincitatif pour l'exécution des ordonnances rendues en première instance, de priver de voie de recours celui qui s'est conformé sans délai à l'injonction prononcée par le premier juge. C'est ainsi que dans votre récente décision *Ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer c/ Société Gazonor*, n° 406147, T. pp. 688-736-745-753, vous avez rappelé que lorsque l'administration a pris une nouvelle décision, notamment parce que le juge des référés suspension lui a enjoint de le faire, un pourvoi contre l'ordonnance suspendant la première décision ne saurait en principe être regardé comme privé d'objet.

Il en va différemment selon nous lorsqu'il ressort suffisamment des pièces du dossier que le litige a perdu son objet indépendamment de l'injonction prononcée, parce que le défendeur de première instance a spontanément satisfait le demandeur. C'est, selon notre lecture du dossier, le cas dans cette affaire.

Mais avant de vous déterminer sur un éventuel non-lieu, vous aurez à trancher une question de principe sur la compétence de la juridiction administrative, dont nous devinons que c'est elle, plus que les données particulières de ce litige, qui intéresse Orange.

Selon la société, c'est à la juridiction judiciaire qu'il reviendrait de trancher le différend qui l'oppose à la commune, relatif aux relations entre le gestionnaire d'un service public industriel et commercial (SPIC) et son usager (TC, 22 janvier 1921 *Société commerciale de l'Ouest Africain*, p. 91, arrêt dit du « Bac d'Eloka »). Le juge des référés aurait donc commis une erreur de droit en ne relevant pas son incompétence.

Nous ne souscrivons pas à l'analyse proposée par Orange, qui joue sur deux faux semblants.

Le premier consiste présenter Orange comme l'exploitant d'un service public industriel et commercial. Certes, France Télécom a été, entre 1990 et 1996, un établissement public industriel et commercial par détermination de la loi¹. Certes, une part de son activité relève du service public, à travers en particulier le service universel. Mais, quand bien même la fourniture d'un service de télécommunication à une commune serait nécessaire, voire indispensable, au bon fonctionnement de tout ou partie des services publics municipaux, cette prestation n'est pas un service public en tant que telle.

Le second consiste à assimiler la commune de Belvezet à n'importe quel autre usager abonné d'Orange, particulier ou professionnel, dont les termes des contrats d'abonnement sont sûrement proches de celui souscrit pour les services municipaux de Belvezet, en omettant de qualifier la nature de ce lien contractuel entre Orange et la commune.

Si l'on procède à cet exercice de qualification, l'on ne peut que constater que le contrat unissant Orange et la commune répond en tous points à la définition du marché public de service : l'abonnement souscrit est un contrat conclu par un acheteur soumis au code de la commande publique (la commune) avec un opérateur économique (Orange), pour répondre à un besoin en matière de service (téléphonie et internet) en contrepartie d'un prix. Or un tel contrat revêt, depuis la loi MURCEF (art. 2), un caractère administratif par détermination de la loi, indépendamment de son objet ou du contenu de ses clauses.

A supposer même qu'Orange puisse être regardée comme le gestionnaire d'un service public industriel et commercial, comme la société le soutient, la qualification de contrat administratif de l'abonnement ferait de toute façon obstacle à ce que vous rentriez dans la logique des arrêts *Epoux B... c/ Voies navigables de France*, n° 3416, et *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français*, n° 3406, du 16 octobre 2006 du Tribunal des conflits, consistant à rechercher si les activités du gestionnaire d'un SPIC à l'origine du litige mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, ce qui conduit à retenir la compétence de la juridiction administrative, par exception à la compétence de principe de la juridiction judiciaire en la matière résultant de la jurisprudence *Bac d'Eloka* : voyez en ce sens la décision du TC du 7 avril 2014, *Société « Services d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) » c/ Office du tourisme de Rambouillet et société Axiom-Graphic*, n° 3949, p. 459, qui écarte la qualification de marché public du contrat litigieux, conclu pour les besoins de l'activité d'un EPIC et un opérateur privé, avant d'appliquer la jurisprudence *Caisse centrale de réassurance* pour vérifier l'existence ou non d'une clause exorbitante qui pourrait justifier la compétence administrative.

Quoique cela nous éloigne du sujet, puisque nous considérons que n'est pas en cause un service public industriel et commercial, nous nous permettons d'émettre des réserves sur la solution retenue dans un arrêt du 4 novembre 2005, *Ville de Dijon*, n° 278895, T. pp. 760-772-801-1023, qui décline la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'un litige né de la décision par laquelle Gaz de France, société commerciale exploitant un service public industriel et commercial, rejette la demande d'une commune tendant à la conclusion de

¹ Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 et loi 26 juillet 1996.

contrats de fourniture en gaz de nouveaux sites municipaux avec des tarifs dits « réglementés », jugée comme mettant en cause les droits nés des rapports entre un service public industriel et commercial et un usager. Or un tel litige se rattache à un marché public de service de gaz (refus de conclure des contrats), comparable au marché public de télécommunication en cause dans notre espèce, et que la nature administrative d'un tel contrat en vertu de la loi fait obstacle à la compétence de la juridiction judiciaire². En réalité, il nous semble que la détermination par la loi de la nature du contrat met en échec la jurisprudence, désormais relativement ancienne, selon laquelle les contrats conclus par les EPIC sont des contrats de droits communs quelles que soient leurs clauses : CE Sect. 13 octobre 1961, *Etablissements Campanon-Rey*, p. 567.

Ces faux semblants dissipés, vous ne pourrez que constater que l'action contentieuse engagée par la commune, dans le cadre de votre jurisprudence *Centre hospitalier d'Armentières*, ne trouve pas son fondement dans un lien contractuel de droit privé mais de droit public. Notez que si était en cause une action trouvant un fondement extracontractuel, on ne pourrait exclure par principe la compétence judiciaire. Tel n'est pas le cas ici : le fondement de l'intervention du juge des référés mesures utiles dans le cadre de la jurisprudence *Centre hospitalier d'Armentières* est bien l'inexécution d'un contrat administratif et son office est d'ailleurs limité par les obligations résultant du contrat.

Aucune erreur de droit ne peut donc être reprochée au juge des référés pour avoir retenu sa compétence. Précisons, même si le point n'est pas débattu en tant que tel, qu'il existe bien un service public à l'exécution duquel participe le marché de fourniture de téléphonie et d'internet passé avec la société Orange : il va de soi que cette prestation est indispensable au bon fonctionnement de l'ensemble des services publics municipaux.

Nous avons en revanche les plus grands doutes sur l'urgence et l'utilité à ordonner, sans délai et sous astreinte, une mesure déjà en cours d'exécution à la date à laquelle le juge a statué. Vous ne vous saisissez certes en cassation que des cas de dénaturation, que vous appréciez en tenant compte qui plus est de la spécificité des procédures d'urgence.

La dénaturation nous paraît ici caractérisée. Il est évident que la condition d'urgence et d'utilité n'était pas remplie dès lors que les travaux, dont le délai s'explique selon Orange par le temps nécessaire à l'obtention de l'autorisation du gestionnaire de la voirie départementale, avaient commencé le jour où le juge a rendu son ordonnance et que rien ne permettait de penser qu'une injonction sous la menace de l'astreinte aurait un quelconque effet sur leur rapidité.

Si vous pensez, contrairement à nous, que le pourvoi garde un objet, vous annulerez l'ordonnance pour dénaturation mais constaterez, dans le cadre du règlement de la procédure

² La détermination par la loi de la nature du contrat met selon nous en échec la jurisprudence désormais relativement ancienne selon laquelle les contrats conclus par les EPIC sont des contrats de droits communs quelles que soient leurs clauses : CE Sect. 13 octobre 1961, *Etablissements Campanon-Rey*, p. 567.

de référé engagée, que la circonstance que les travaux ont été effectués a privé d'objet les conclusions de la commune.

Par ces motifs nous concluons :

- à titre principal : au non-lieu sur le pourvoi en cassation ;
- à titre subsidiaire : à l'annulation de l'ordonnance et, dans le cadre de la procédure de référé engagée, au non-lieu sur la demande de la commune ;
- nous estimons qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des parties présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.