

## [Jurisprudence] Le contrat d'abonnement à des services téléphoniques et internet est un marché public

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 25 septembre 2020, n° 432727, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A13063WB](#))

N4794BY9



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie, le 06-10-2020

**Mots clés :** communications électroniques - réseaux- marché public - inclusion

**Le contrat passé à titre onéreux par une commune avec un opérateur économique, en vue de répondre à ses besoins en matière de services de télécommunications, constitue un marché public et présente, par suite, eu égard à ses caractéristiques, le caractère d'un contrat administratif en vertu de la loi. Il s'ensuit que le litige relatif à l'exécution de ce contrat relève de la compétence de la juridiction administrative.**

Une petite commune du Gard avait souscrit auprès de la société Orange un abonnement pour la fourniture de services téléphoniques et internet. Un accident de la circulation a conduit à la chute d'un poteau supportant la ligne téléphonique desservant la commune, privant les services municipaux et une partie des habitants d'accès au réseau de télécommunication.

La commune saisissait bientôt le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes aux fins de voir ordonnée à la société Orange, sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative ([N° Lexbase : L3059ALU](#)), « toute mesure nécessaire pour rétablir les télécommunications sur la commune ».

Le juge des référés a fait droit à cette demande ; la société Orange s'est pourvue devant le Conseil d'État - étant précisé que cette dernière avait commencé les travaux au jour de l'ordonnance de référé, et les avait achevés au cours de la procédure contentieuse, indépendamment de celle-ci -.

La question qui se pose immédiatement est celle de l'actualité du recours, et du prononcé d'un éventuel non-lieu à statuer.

Le Conseil d'État rejette le pourvoi, précisément au motif de ce que « les travaux de réparation de la ligne, qui avaient été engagés et ont été réalisés par la société Orange indépendamment de l'ordonnance attaquée, sont achevés. Par suite, les conclusions de la société Orange dirigées contre cette ordonnance sont devenues sans objet. Il n'y a, dès lors, pas lieu d'y statuer ».

Contrairement à ce que l'on pourrait penser en première analyse, la solution n'est pas évidente. Il a déjà pu être admis que l'exécution, par l'auteur du pourvoi, des mesures enjointes par le juge des référés n'a pas nécessairement pour effet de priver le pourvoi d'objet [\[1\]](#). Il serait pour le moins surprenant de priver de manière systématique de voie de recours la partie qui a exécuté l'injonction ordonnée par le juge des référés, mais entend contester ladite injonction. D'autant que l'exercice du recours en cassation n'est pas suspensif de la décision contre laquelle le pourvoi est dirigé.

Il en va autrement lorsque, comme au cas d'espèce, suivant les conclusions du rapporteur public, Madame Sophie Roussel, « 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 ainsi non pas l'exécution de l'injonction portée par l'ordonnance contestée qui détermine le non-lieu à statuer, mais la satisfaction spontanée, indépendante des mesures ordonnées par les premiers juges, de la demande du demandeur initial.

Avant d'écarter le pourvoi au motif d'un non-lieu à statuer, la juridiction devait cependant se prononcer sur sa compétence pour connaître d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat d'abonnement à des services de téléphonie et de télécommunication.

La décision rapportée détermine la compétence du juge administratif en qualifiant le contrat d'abonnement de marché public, à l'aune de la définition classique, reprise désormais à l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4504LRA](#)), qui veut que constitue un marché public tout contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au code de la commande publique « avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

En l'espèce, le juge de cassation relève que « le litige engagé par la commune porte sur l'exécution d'un contrat passé à titre onéreux par la commune avec un opérateur économique, en vue de répondre à ses besoins en matière de services de télécommunications ». Il y a donc bien un acheteur soumis au code de la commande publique, qui a conclu un contrat auprès d'un opérateur économique, pour la fourniture d'un service, moyennant le paiement d'un prix.

Aussi, « ce contrat constitue ainsi un marché public et présente, par suite, eu égard à ses caractéristiques, le caractère d'un contrat administratif en vertu de la loi », et plus précisément en vertu de l'article L. 6 du Code de la commande publique ([N° Lexbase : L4463LRQ](#)).

Là encore, contrairement aux apparences, la solution n'a rien d'évident.

Dans une décision datant de 2005, le Conseil d'État avait jugé la juridiction administrative incompétente pour connaître d'un litige entre une commune et la société Gaz de France, au motif que ce litige « met en cause les droits nés des rapports entre un service public industriel et commercial et un usager ; que ces rapports étant de droit privé, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon n'était manifestement pas compétent pour connaître des conclusions de la « Ville de Dijon » tendant à la suspension de la décision en litige » [\[2\]](#).

Suivant les principes posés par la jurisprudence dite du « Bac d'Eloka » [\[3\]](#), les rapports nés de l'exécution d'un service public industriel et commercial avec ses usagers sont soumis au droit privé, et relèvent par suite de la compétence des juridictions judiciaires, à moins que le contrat en cause comporte des clauses exorbitantes du droit commun ou que l'activité concernée ressorte, par sa nature, de prérogatives de puissance publique [\[4\]](#).

En l'espèce, la société Orange contestait la compétence de la juridiction administrative en excipant de ce qu'elle serait l'exploitante d'un service public industriel et commercial. Les relations avec la commune, simple usagère du service public, ressortiraient dès lors du périmètre du droit privé et de la compétence du juge judiciaire.

Contrairement au rapporteur public, qui a paru vouloir contester la qualification de l'activité de la société Orange en service public industriel et commercial, la décision rapportée semble ne pas s'encombrer de la question, et faire primer la qualification du contrat dont l'exécution est en cause de marché public, et les conséquences qui s'y attachent.

Le Conseil d'État laisse donc planer une incertitude : soit la décision commentée procède de ce que la société Orange constitue un simple opérateur économique, agissant dans un cadre dans lequel elle n'est pas investie de la charge d'un service public, ni ne participe à l'exécution d'un tel service ; soit la qualification de marché public, et donc de contrat administratif par détermination de la loi, l'emporte sur la qualification de la prestation, ce qui signifierait un abandon de la jurisprudence Ville de Dijon, précitée.

Dans tous les cas, l'attention des acheteurs est attirée sur le fait que les contrats d'abonnement à des services de téléphonie et de fourniture d'accès à l'internet relèvent de la commande publique.

#### Quel impact dans ma pratique ?

Les acheteurs soumis au Code de la commande publique, dont notamment les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements, doivent garder à l'esprit qu'elles sont soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elle contracte avec un opérateur en vue de la fourniture de services de téléphonie, de télécommunication et/ou d'accès à internet.

Le respect de ces obligations vaut également lorsque l'acheteur est sollicité par des opérateurs, qui sont nombreux à avoir développé des pratiques de démarchages auprès des personnes publiques.

[\[1\]](#) CE, 5 avril 2004, n° 260574 ([N° Lexbase : A9846DBB](#)).

[\[2\]](#) CE, 4 novembre 2005, Ville de Dijon, n° 278895 ([N° Lexbase : A4781DLN](#)).

[3] T. confl., 22 janvier 1921, n° 00706 ([N° Lexbase : A8378BDN](#)).

[4] T. confl., 29 décembre 2004, n° 3416 ([N° Lexbase : A5419EBC](#)) ; T. confl., 7 avril 2014, n° 3949 ([N° Lexbase : A1132MK7](#)).

*© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*