

Tribunal des conflits**N° 4025****Société Broadband Pacifique****Séance du 12 octobre 2015****Rapporteur : M. Ménéménis****Rapporteur public : M. Desportes****Conclusions**

La cour d'appel de Paris vous a saisis sur le fondement de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 d'une question relative à la détermination de l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un refus de contracter opposé à un opérateur de communications électroniques par l'administrateur supérieur du territoire des îles Wallis et Futuna. Encore qu'elle s'inscrive dans un cadre juridique singulier et un peu incertain, cette question vous conduira en définitive à faire application de solutions classiques.

Evoquons brièvement, à titre liminaire, quelques éléments de ce cadre juridique. Dans le territoire ou, pour reprendre les termes de l'article 74 de la Constitution, la collectivité d'outre-mer des îles Wallis et Futuna, la matière des télécommunications constitue une compétence partagée, « les communications extérieures » étant assurées par « la République » en application de l'article 7 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 portant statut du territoire, tandis que les « communications intérieures » sont de la compétence du territoire. Cette distinction pourrait conduire à s'interroger sur le point de savoir si le service des postes et télécommunications local (SPT) dépend de l'Etat ou du territoire. Cependant, quelle que soit la réponse, il est certain – c'est le seul point qui soit ici déterminant - que ce service, exploité en régie, se trouve placé sous l'autorité de l'administrateur supérieur du territoire qui, en vertu des articles 8 et 9 du statut, a la double qualité de représentant de l'Etat et de « chef du territoire ». L'encadrement normatif de ce service apparaît assez faible. Par l'effet du principe de spécialité résultant de l'article 355 du TFUE, pour l'application du droit de l'Union, et de l'article 74 de la Constitution combiné avec l'article 4 a) du statut pour celle du droit national, faute de dispositions prévoyant leur application dans le territoire, les directives européennes, dites «paquet télécoms » n'y sont pas applicables pas plus que le code des postes et des communications électroniques, à quelques dispositions près qui n'intéressent guère la question posée, ou encore, bien entendu, la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service de la poste et à France Telecom.

Il en résulte, nous semble-t-il, que le service des postes et télécommunications est demeuré le monopole public qu'il était en application des textes en vigueur localement avant la loi statutaire du 29 juillet 1961. Toutefois, s'agissant du moins des communications intérieures et à s'en tenir à la répartition des compétences fixée par le statut, cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que les autorités du territoire décident d'ouvrir, ou d'entrouvrir, le service à d'autres opérateurs. C'est en tout cas dans cette voie que s'est engagé l'administrateur supérieur qui, par un arrêté du 18 mai 2009, a autorisé pour cinq ans la société Broadband Pacifique à établir et exploiter un réseau de

communications électroniques ouvert au public utilisant des bandes de fréquences déterminées. L'autorisation a été délivrée sous réserve du respect des conditions définies dans un cahier des charges y étant annexé, lequel exclut, notamment, toute création d'un réseau de téléphonie mobile. A l'article 10.1.1 de ce cahier des charges, il est prévu que « *l'interconnexion entre le réseau de l'opérateur et celui du service des postes et télécommunications fera l'objet d'une convention* » devant en fixer les « *conditions techniques et financières* ». L'article 10.1.2 prévoit par ailleurs que « *les litiges de toute nature relatifs à la conclusion ou à l'exécution de ces conventions seront arbitrés par un technicien indépendant* » désigné par le président du tribunal de première instance. Toutefois, selon ce même article, cette procédure arbitrale est écartée en appel, le recours contre la sentence arbitrale devant être porté devant la juridiction compétente de l'ordre judiciaire ou administratif.

Après plusieurs mois d'échanges infructueux, l'administrateur supérieur n'a pas donné suite à la demande de la société Broadband Pacifique de conclure la convention d'interconnexion avec le SPT. La société a alors obtenu la désignation d'un arbitre pour régler le litige. Par une sentence rendue à Paris le 4 décembre 2013, celui-ci a jugé que le refus implicite opposé par l'administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna à la demande de la société s'analysait en une violation fautive des droits accordés à celle-ci par l'autorisation du 18 mai 2009. Il a en conséquence condamné l'administration à « *réparer le préjudice causé* ». L'administrateur supérieur a interjeté appel de la sentence devant la cour d'appel de Paris (tout en saisissant parallèlement, semble-t-il, le Conseil d'Etat devant lequel le recours est pendant). Le conseiller de la mise en état ayant décliné la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, la société Broadband Pacifique a déféré sa décision devant la cour d'appel qui, par arrêt du 26 mai 2015, a décidé de vous saisir de la question suivante : « *le recours contre une sentence arbitrale qui se prononce sur la responsabilité résultant du refus implicite de l'administrateur supérieur de Wallis et Futuna de conclure une convention d'interconnexion du service des postes et télécommunications avec un opérateur privé relève-t-il de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ?* »

Il apparaît que, pour la cour d'appel, la circonstance que la question de compétence se soit posée à l'occasion d'un recours contre une sentence arbitrale était une donnée importante susceptible d'influer sur le sens de la réponse. De fait, la société Broadband Pacifique avait principalement soutenu devant elle que, s'agissant d'une sentence arbitrale internationale, il convenait d'appliquer la solution retenue par votre arrêt *Inserm* du 17 mai 2010. Rappelons que dans cet arrêt, vous avez posé le principe que le recours contre une telle sentence, lorsqu'elle est rendue en France, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue sauf dans le cas où le recours impliquerait « *le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat ou aux contrats de délégation de service public* ». Il n'y a toutefois plus trace de cette argumentation dans le mémoire que la société dépose devant vous. De fait, nous aurions quelque difficulté à admettre que le refus de conclure une convention ayant pour objet d'organiser les conditions techniques et financières de l'interconnexion entre le réseau local du service des postes et télécommunications des îles Wallis et Futuna et celui d'un autre opérateur « *met en cause les intérêts du commerce international* » pour reprendre la formule de l'article 1504 du code de procédure civile. Si l'on admet que ces intérêts ne sont pas en cause, la

circonstance qu'il ait été recouru à un arbitre devient en quelque sorte transparente pour la résolution de la question de compétence, un tel recours ne pouvant avoir ni pour objet ni pour effet de modifier la nature des litiges et les règles juridiques qui leur sont applicables ainsi que vous l'avez jugé (TC, 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance*, Rec. p. 639). Il en résulte que la détermination de l'ordre de juridictions compétent pour connaître, en appel, de la sentence arbitrale doit s'effectuer en application des critères ordinaires de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels - étant précisé que, bien entendu, il ne vous revient pas d'examiner la question de savoir si le litige pouvait être soumis à l'arbitrage ou si l'arbitre est demeuré dans les limites de sa mission.

Nous en venons à la question de compétence, La réponse serait aisée s'il était établi que le SPT exploite un service public administratif. L'action en responsabilité dirigée contre la personne publique gestionnaire du service à raison du refus de signer une convention d'interconnexion relèverait alors sans aucun doute de la compétence des juridictions administratives en application du principe général découlant de votre arrêt *Blanco* du 8 février 1873 (par ex. : Civ. 1ère 19 oct. 2004, B. n° 233). Il nous semble cependant délicat de prendre parti sur la nature du service en l'état du peu d'éléments d'appréciation dont vous disposez. Il n'y a guère à attendre à cet égard des textes législatifs ou réglementaires. Le service des postes et télécommunications de Wallis et Futuna est évoqué furtivement à l'article 4 du décret n° 57-622 du 15 mai 1957 pris pour l'application du décret n° 56-1229 du 3 décembre 1956 portant réorganisation et décentralisation des postes et télécommunications d'outre-mer. Le texte prévoit que l'office local des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie apporte au service de Wallis et Futuna une aide technique. Tout au plus pourrez-vous en déduire que ce service n'a pas été inclus au nombre de ceux qui avaient été transformés, en application du décret précité du 3 décembre 1956, en offices locaux des postes et télécommunications auxquels l'article 1^{er} de ce même décret conférait un caractère industriel et commercial. Mais pour affirmer qu'il présenterait un caractère administratif, il faudrait que vous soyez en mesure de constater le défaut des critères, au premier rang desquels celui tiré du mode de financement du service, dégagés par la jurisprudence administrative pour reconnaître le caractère industriel et commercial d'un service public (v. CE Ass. 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. 434). Or, en l'absence d'éléments d'information précis, cette appréciation nous paraît difficile à porter, la circonstance que le service soit exploité en régie ne suffisant pas à en établir le caractère administratif.

Cette incertitude serait embarrassante si la désignation de l'ordre de juridiction compétent dépendait de la nature, administrative ou non, du service. Mais tel n'est pas le cas. Le litige porte sur les conséquences préjudiciables d'un refus de contracter qui en raison de sa nature même nous paraît emporter, dans tous les cas, la compétence du juge administratif, sans même avoir égard à la nature du contrat dont la conclusion a été refusée encore que les parties en aient longuement débattu.

Il résulte en effet tant de votre jurisprudence que de celle, constante et ancienne, du Conseil d'Etat que l'acte par lequel une personne publique refuse de contracter est un acte administratif unilatéral dont le contentieux ressortit aux juridictions administratives sans qu'il y ait à distinguer selon la nature, administrative ou de droit privé, du contrat dont la conclusion est refusée dès lors que la décision de refus, placée, par hypothèse, en amont des relations contractuelles, en est détachable, pour ne pas dire détachée (CE 6 mai 1931, *Tondut*, Rec. p. 477 – CE Sect. 17 oct. 1980, *Gaillard*, Rec. p. 378 – CE 27 juin 1986,

Duvic, Rec. p. 181 - CE Sect. 10 mars 1995, *Commune de Digne*, Rec. p. 124 – TC 5 mars 2012, *M. Dewailly*, n° 3833, Rec.). La solution a été fréquemment retenue dans des cas où était en cause le refus par une personne morale de droit public ou son représentant de vendre ou de donner à bail à un particulier un terrain dépendant de son domaine privé. Elle peut être vue comme l'application du principe plus général selon lequel les juridictions administratives sont compétentes pour connaître des conséquences d'un acte administratif illégal (TC 11 oct. 1993, *Cie Salins du Midi*, n° 2864, Rec.).

La société Broadband fait valoir que cette solution ne doit pas trouver application dans le cas où le refus est opposé à un « candidat usager » aspirant à bénéficier d'un service public à caractère industriel et commercial. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette analyse. Le contentieux des relations entre le service public industriel et commercial et ses usagers constitue depuis votre arrêt *société commerciale de l'Ouest africain* du 22 janvier 1921 un bloc de compétence judiciaire dont la force d'attraction est puissante. Le candidat usager étant un usager virtuel, les litiges l'opposant à la personne publique qui lui refuse l'accès au service ressortissent au juge judiciaire au même titre que ceux opposant la personne publique à l'usager qui se plaint des conditions d'exécution du service. Tel est bien le sens de la jurisprudence, notamment dans des cas de refus de raccordement au réseau municipal de distribution d'eau ou d'assainissement (CE 21 avr. 1961, *Agnesi*, Rec. 253 – CE 30 janv. 1963, *Cne de Luttenbach*, Rec. T. 847 - CE 20 janv. 1981, *SCI La Colline*, Rec. 21 – CE 4 nov. 2005, *Ville de Dijon*, n° 278895, T.).

Toutefois, si la solution est constante, la société Broadband Pacifique ne nous paraît pas pouvoir s'en prévaloir dès lors, précisément, qu'elle ne peut être regardée comme un « candidat usager ». L'usager est en effet le bénéficiaire des prestations que le service a pour objet de fournir (TC 22 oct. 2001, *Sté BNP Parisbas*, Rec. 749). En l'espèce, la société demandait à conclure avec le SPT une convention organisant l'interconnexion des réseaux, laquelle s'analyse, pour reprendre la définition de l'article L. 32, 9° du CPCE - qui, à défaut d'être applicable localement, constitue tout de même une référence - en « *la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public (...) afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur* ». La société Broadband Pacifique attendait donc, non de pouvoir bénéficier, en tant qu'usager, des prestations fournies par le SPT mais d'être en mesure d'utiliser les installations de celui-ci pour fournir ses propres prestations aux usagers du service.

La compétence administrative nous paraît d'autant moins douteuse que, quelle que soit la force d'attraction du critère de compétence judiciaire tenant à ce que le litige se rattache à l'activité d'un service public industriel et commercial, il cède chaque fois qu'est en cause l'exercice d'une prérogative de puissance publique ainsi que vous le rappelez avec une absolue constance (v. not. : TC 22 nov. 1993, *Matisse*, Rec. p. 410 dans un cas où le litige impliquait la poste – TC 19 janv. 1998, *Union française de l'Express et autres*, Rec., *ibid* - TC 29 déc. 2004, *Blanckerman*, n° 3416, Rec.). Or, en l'espèce, le refus de contracter opposé à la société Broadband Pacifique manifeste sans aucun doute l'exercice d'une telle prérogative. Ce n'est pas en sa seule qualité de gestionnaire du SPT que l'administrateur a opposé ce refus mais en tant que représentant de l'Etat et/ou chef du territoire ayant délivré l'autorisation d'exploiter un réseau de communications électroniques et chargé, en tant que tel, de contrôler le respect des conditions dont l'autorisation était assortie. Au demeurant, la simple lecture du cahier des charges met en évidence que

l'administrateur supérieur ne peut être ramené dans ses relations avec la société Broadband Pacifique, au statut de représentant du SPT. L'article 13.2.1 lui confie expressément le pouvoir d'exercer « *un contrôle du respect des conditions de l'autorisation* » tandis que de nombreuses dispositions lui donnent les moyens de ce contrôle en imposant à l'opérateur de lui fournir documents et informations. Contrôleur, l'administrateur apparaît même comme régulateur, l'article 10.1.3 offrant à l'une ou l'autre partie la possibilité de le saisir « *dans le cas où les essais d'interconnexion ne s'effectueraient pas dans des conditions techniques et des délais normaux* ».

En refusant de conclure une convention d'interconnexion, l'administrateur supérieur, a jugé, à tort ou à raison, dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, que les conditions de l'autorisation qu'il avait délivrée n'étaient pas réunies. L'appréciation de la légalité d'un tel refus et de ses conséquences dommageables ressortit sans aucun doute à la juridiction administrative.

Nous concluons en conséquence à ce que la juridiction de l'ordre administratif soit reconnue compétente pour connaître du litige opposant la société Broadband Pacifique à l'administrateur supérieur du territoire des îles Wallis et Futuna.