

CLARIFICATION DES MODALITÉS DE PASSATION D'UNE CONCESSION PROVISOIRE DE GRÉ À GRÉ !

Posté le 4 mai 2018 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Délégations de service public](#)

[CE 5 février 2018, Ville de Paris, req.n°416581](#)

Cet arrêt présente un double intérêt : d'une part il considère qu'un contrat d'exploitation de mobiliers urbains y compris à des fins publicitaires peut être qualifié de concessions de services au sens de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; d'autre part, il clarifie les conditions qui permettent de conclure une concession de services provisoire de gré à gré sans respecter les règles de publicité et de mise en concurrence.

Rappel n°1 : Un contrat d'exploitation de mobiliers urbains à des fins publicitaires peut être qualifié de DSP

Pour rappel, l'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession définit les contrats de concession de services comme des contrats par lesquels une autorité concédante confie la gestion d'un service public à un opérateur économique, à qui est transféré le risque d'exploitation du service en contrepartie du droit de l'exploiter.

Pour que le contrat puisse être qualifié de concessions de services, la part du risque transférée au concessionnaire doit impliquer une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le risque d'exploitation existe lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que le contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public de la ville de Paris de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité est une concession de services au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Cette solution peut paraître surprenante au regard de la jurisprudence *JC Decaux* (CE Ass., 4 novembre 2005, n° 247298) qui semblait avoir posé le principe de la qualification d'un tel contrat en marché public et égard à ses caractéristiques et notamment à ses modalités de rémunération excluant tout risque d'exploitation. L'affaire était d'ailleurs similaire puisqu'il était question de la qualification d'une convention passée entre la société JC Decaux et la commune de Villetaneuse portant sur la fourniture,



l'installation et l'exploitation sur le domaine public de mobiliers urbains destinés à abriter les usagers du réseau de transport et destinés à supporter des plans ou des informations municipales d'information à caractère général mais également de la publicité.

La solution est d'autant plus surprenante qu'il est impossible de considérer que les contrats d'exploitation de mobiliers urbains à des fins publicitaires puissent présenter un quelconque risque d'exploitation puisqu'il n'en existe pas. Bien au contraire puisqu'il s'agit certainement des contrats les plus rémunérateurs qui puissent exister.....

Le Conseil d'Etat n'a semble t'il pas souhaité profiter de l'occasion qui s'est présentée à lui pour présenter la typologie des différents contrats de mobiliers urbains qui sont aujourd'hui qualifiés tantôt de conventions d'occupation du domaine public, tantôt de marchés publics où, comme en l'espèce, de concessions de services publics....Ce travail d'analyse sera bien nécessaire à terme pour éviter la multiplication des contentieux.

Rappel n°2 : Clarification des modalités de passation d'une concession provisoire de gré à gré sans publicité ni mise en concurrence

Cette affaire est également l'occasion de préciser les modalités de passation d'une concession de services provisoire de gré à gré, autrement dit, sans publicité ni mise en concurrence.

Un bref rappel des faits s'impose. La ville de Paris a engagé en mai 2016 une procédure de publicité et de mise en concurrence en vue de la passation d'une concession de services relative à l'exploitation de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité. Au terme de la mise en concurrence, des candidats évincés ont décidé de saisir le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris qui a annulé la procédure de passation par deux ordonnances du 21 avril 2017, lesquelles ont été confirmées par le Conseil d'État en septembre 2017.

En novembre 2017, la ville de Paris a donc décidé d'attribuer une concession provisoire, sans publicité ni mise en concurrence à l'opérateur économique en place pour une durée courant du 13 décembre 2017 au 13 août 2019. Saisi une nouvelle fois par les deux concurrents évincés, le juge du référé précontractuel décidé d'annuler à nouveau cette nouvelle procédure de passation par ordonnances du 5 décembre 2017. Un pourvoi en cassation a alors été formé devant le Conseil d'État contre les ordonnances du juge des référés. Tel est l'objet de l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 février 2018.

1. **En premier lieu**, le Conseil d'Etat commence par rappeler les conditions générales qui permettent à un acheteur public de conclure une concession de services de gré à gré sans respecter les règles de publicité et de mise en concurrence. La Haute juridiction considère qu'en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'acheteur public, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer un service public par son cocontractant ou de l'assurer lui-même, il peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité dudit service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat sans respecter au préalable les règles de publicité et de mise en concurrence qui sont normalement obligatoires. Dans ce cas, la durée du contrat ne peut pas excéder celle qui est requise pour mettre en œuvre une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, si l'acheteur public entend poursuivre l'exécution de la concession de service ou, au cas contraire, lorsqu'il a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance.
2. **En deuxième lieu**, cette affaire est l'occasion de préciser **les trois conditions nécessaires** pour qu'une concession de services puisse être conclue de gré à gré.
 - **Condition n°1 : un intérêt général lié à la nécessité d'assurer la continuité d'un service public essentiel**

Le constat objectif qu'un motif d'intérêt général consistant en la continuité du service exige la conclusion immédiate de la convention, c'est-à-dire d'une part que l'acheteur public n'ait pas la possibilité d'exercer lui-même le service public en question ou de se procurer par lui-même les moyens de le faire, d'autre part que l'interruption dudit service le temps nécessaire à la mise en œuvre



des procédures de mise en concurrence porterait une atteinte grave à un intérêt général.

Le Rapporteur public Gilles Pellissier considère qu'il doit s'agir ici de « *situations exceptionnelles* » dans lesquelles l'interruption d'un service public est de nature à porter une atteinte particulièrement grave à un intérêt général.

Cela implique donc que le service public auquel le contrat concourt doit satisfaire un besoin essentiel de l'acheteur public, au sens large, qui ne peut donc souffrir d'aucune interruption, et qu'il n'ait aucun autre moyen de l'assurer que de conclure immédiatement une convention de gré à gré.

Dans la pratique, seuls les services publics dont la continuité est nécessaire au bon fonctionnement des administrations et à la satisfaction des besoins essentiels des administrés peuvent donc justifier la passation d'une concession de gré à gré. L'acheteur public doit donc être en mesure d'établir qu'en raison de l'objet du service, son interruption porterait à l'intérêt général une atteinte d'une gravité particulière. L'intérêt général est celui de la continuité du service auquel concourt le contrat et il doit s'apprécier en fonction des conséquences de son éventuelle interruption.

- **Condition n°2 : une situation d'urgence indépendante de la volonté de l'acheteur public**

Comme le rappelle le Rapporteur public dans ses conclusions, l'acheteur public ne doit pas pouvoir compter sur cette possibilité pour réparer les conséquences de ses propres négligences dans la gestion de ses contrats. Cette condition représente un moyen de faire obstacle à toute velléité de l'acheteur public de préparer l'urgence ou même seulement d'en tirer profit. Exemple : la liquidation judiciaire du titulaire d'un contrat pourrait justifier le recours à une convention provisoire le temps strictement nécessaire à la désignation d'un nouveau titulaire pour assurer la continuité d'un service public essentiel aux usagers.

- **Condition n°3 : une durée limitée qui ne peut excéder ce qui est nécessaire pour respecter**

La durée de la convention provisoire ne peut en aucun cas excéder celle qui est requise pour mettre en œuvre une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, si l'acheteur public entend poursuivre l'exécution de la concession de service ou, au cas contraire, lorsqu'il a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance. Là aussi, le contrôle du juge devra être vigilant pour éviter certains abus.

**CE 5 février 2018 n°416581
REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

1. Considérant que les requêtes à fin de sursis à exécution et les pourvois visés ci-dessus présentent à juger les mêmes questions ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;
2. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge des référés que la ville de Paris a lancé en mai 2016 une procédure de passation d'une convention de service relative à l'exploitation des mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité, compte tenu de l'échéance au 25 février 2017, prolongée jusqu'au 31 décembre 2017, du marché conclu le 25 février 2007 avec la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (Somupi) relatif à l'exploitation de mobiliers urbains d'information ainsi qu'à la mise en place d'une flotte de vélos à destination du public, dit marché " Vélib' " ; que, par deux ordonnances du 21 avril 2017, le juge des référés du tribunal de Paris, saisi par les sociétés Clear Channel France et Exterion Media France, a annulé cette première procédure de passation ; que par une décision du 18 septembre 2017, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a rejeté les pourvois formés à l'encontre de ces deux ordonnances par la ville de Paris et par la Somupi, attributaire de ce contrat ; que, par une délibération n° 2017 DFA 86, le conseil de Paris a, lors de ses séances des 20, 21 et 22 novembre 2017, approuvé l'attribution sans publicité ni mise en concurrence d'un projet de contrat de concession de service provisoire relatif à l'exploitation de mobiliers urbains

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

d'information à caractère général ou local supportant de la publicité à la Somupi pour une durée courant du 13 décembre 2017 au 13 août 2019 ; que, par deux ordonnances du 5 décembre 2017 identiques, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris, saisi par les sociétés Clear Channel France et Exterior Media France, a toutefois annulé la même procédure de passation de cette concession provisoire au motif qu'aucune des conditions pouvant permettre de conclure, à titre provisoire, un contrat de concession de service sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites n'était remplie ; que la ville de Paris et la Somupi se pourvoient en cassation contre ces deux ordonnances ; que la ville de Paris demande en outre que le Conseil d'Etat ordonne qu'il soit sursis à leur exécution ;

Sur les pourvois :

En ce qui concerne la recevabilité des demandes de référé :

3. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-10 du code de justice administrative : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat (...) et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) " ; que toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ; qu'en l'espèce, après avoir constaté que les sociétés Clear Channel France et Exterior Média France, ayant notamment pour activité la fourniture et l'exploitation de mobiliers urbains d'information, se prévalaient du manquement résultant de la désignation par la ville de Paris de son concessionnaire sans publicité ni mise en concurrence, le juge des référés n'a commis ni erreur de droit ni erreur de qualification juridique des faits en écartant la fin de non recevoir opposée par la ville de Paris et la Somupi tirée de ce que les sociétés requérantes ne justifiaient pas d'un intérêt à agir au motif que celles-ci n'auraient pas été matériellement en mesure de mettre en place le mobilier urbain d'information dans les délais requis par la ville de Paris ; qu'il n'a pas davantage entaché ses ordonnances de contradiction de motifs ou d'erreur de droit en jugeant que cette fin de non recevoir, compte tenu du motif invoqué, se rapportait en réalité au bien-fondé des requêtes ;

En ce qui concerne la passation d'une concession provisoire :

4. Considérant qu'en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de service sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en oeuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de service ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ;
5. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des énonciations des ordonnances attaquées que si, selon l'exposé des motifs de la délibération du conseil de Paris mentionnée au point 2 et approuvant la signature d'une concession de service provisoire, le motif d'intérêt général ayant justifié la passation d'une telle convention provisoire était la nécessité d'éviter une rupture dans la continuité du service public d'information municipale, la ville a aussi fait valoir ses préoccupations relatives au risque de perte des redevances perçues au titre de la convention litigieuse pour établir l'intérêt général commandant de faire assurer le service d'exploitation des mobiliers urbains après le 1er janvier 2018 ; que, toutefois, le motif d'intérêt général permettant, à titre dérogatoire, de conclure un contrat provisoire dans les conditions mentionnées au point précédent doit tenir à des impératifs de continuité du service public ; que, dès lors, en refusant de prendre en compte les intérêts financiers avancés par la ville de Paris et en appréciant les effets d'une interruption du service d'information sur le mobilier urbain sur la seule continuité du service public de l'information municipale pour apprécier l'existence d'un motif d'intérêt général de nature à permettre à la ville d'attribuer sans publicité ni mise en concurrence le contrat provisoire en litige, le juge des référés, dont les ordonnances sont suffisamment motivées sur ce point et sont exemptes de contradiction de motifs, n'a pas commis d'erreur de droit ;

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

6. Considérant, en second lieu, que le juge des référés a relevé, dans ses ordonnances qui sont suffisamment motivées sur ce point, la grande diversité des moyens de communication, par voie électronique ou sous la forme d'affichage ou de magazines, dont dispose la ville de Paris et les a estimés suffisants pour assurer la continuité du service public de l'information municipale en cas d'interruption du service d'exploitation du mobilier urbain d'information ; qu'il en a déduit qu'aucun motif d'intérêt général n'exigeait de continuer à faire assurer ce service par la Somupi au-delà du 31 décembre 2017 ; qu'en statuant ainsi, eu égard à ses appréciations souveraines exemptes de dénaturation, le juge des référés n'a commis ni erreur de droit ni erreur sur la qualification juridique des faits ainsi relevés ;
7. Considérant, au demeurant, qu'en estimant que le caractère d'urgence de la situation dans laquelle se trouvait la ville de Paris à la fin de l'année 2017 n'était pas indépendant de sa volonté dès lors qu'elle n'avait lancé une nouvelle procédure de passation qu'en novembre 2017, alors que l'annulation de la procédure de passation initiale avait été prononcée par deux ordonnances du 21 avril précédent, sans avoir pris, au préalable, aucune autre mesure visant à assurer la continuité du service d'exploitation des mobiliers urbains au 1er janvier 2018, le juge des référés a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation, n'a pas commis d'erreur de droit et n'a entaché ses ordonnances ni d'insuffisance de motivation ni de contradiction de motifs ;

En ce qui concerne l'application du décret du 1er février 2016 :

8. Considérant qu'aux termes l'article 11 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession : " Les contrats de concession peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : / 1° Le contrat de concession ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (...) "
9. Considérant qu'il ressort des énonciations des ordonnances attaquées que la ville de Paris s'est prévaluée, à titre subsidiaire, de la possibilité d'attribuer la concession à la Somupi sans mise en concurrence en application des dispositions précitées du 1° de l'article 11 du décret du 1er février 2016 ; que le juge des référés a estimé que les conditions fixées par ces dispositions n'étaient pas remplies en l'espèce ;
10. Considérant, d'une part, que, contrairement à ce que soutiennent la ville de Paris et la Somupi, le moyen tiré de ce que la ville n'avait pas établi que cette concession ne pouvait être attribuée qu'à la Somupi était soulevé dans les écritures de référé des sociétés Clear Channel France et Exterior Media France ;
11. Considérant, d'autre part, qu'en jugeant qu'il appartenait à la ville de Paris d'établir que seule la Somupi pouvait se voir confier la concession provisoire en litige pour des motifs techniques et en estimant, par une appréciation exempte de dénaturation, qu'elle ne l'établissait pas en l'espèce, faute de produire l'analyse du marché dont elle se prévalait, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ;
12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner le bien fondé du motif retenu à titre surabondant par le juge des référés et tiré de la durée excessive du contrat provisoire, que la ville de Paris et la Somupi ne sont pas fondées à demander l'annulation des ordonnances qu'elles attaquent ;

Sur les requêtes à fin de sursis à exécution des ordonnances attaquées :

13. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : " Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle " ; qu'aux termes de l'article R. 821-5 du même code : " La formation de jugement peut, à la demande de l'auteur du pourvoi, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort si cette décision risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle rendue en dernier ressort, l'infirmer de la solution retenue par les juges du fond. (...) " ;
14. Considérant que, par la présente décision, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur les pourvois formés par la ville de Paris et la Somupi contre les ordonnances du 5 décembre 2017 du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris ; que, par suite, les conclusions de la ville à fin de sursis de ces ordonnances sont devenues sans objet ;



Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge des sociétés Clear Channel France et Exterior Media France qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la ville de Paris et de la Somupi la somme de 2 500 euros chacune à verser, d'une part, à la société Clear Channel France et, d'autre part, à la société Exterior Media France, au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : Les pourvois n°s 416579, 416585, 416640 et 416711 de la ville de Paris et de la société Somupi sont rejetés.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions des requêtes n° 416581 et n° 416641 de la ville de Paris.

Article 3 : La ville de Paris et la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information verseront chacune une somme de 2 500 euros, d'une part, à la société Clear Channel France et, d'autre part, à la société Exterior Media France.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la ville de Paris, à la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information, à la société Clear Channel France et à la société Exterior Media France.

