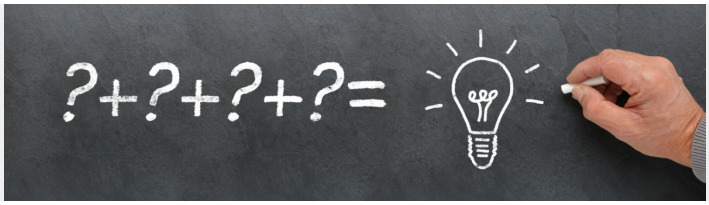
PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

CONTRAT DE MOBILIER URBAIN : MARCHÉ PUBLIC OU CONCESSION DE SERVICE ?

Posté le 31 mai 2018 par Sébastien Palmier



Catégorie : Délégations de service public

CE 25 mai 2018, Sté Philippe Védiaud Publicité, req.n°416825

L'ordonnance n°2015-65 du 29 janvier 2016 permet désormais de rattacher certains contrats de mobiliers urbains à la catégorie des concessions de service et d'abandonner la qualification systématique de marché public qui procédait essentiellement d'une volonté de soumettre aux règles de publicité et de mise en concurrence ces contrats qui ne pouvaient, faute de porter sur un service public, être soumis aux règles applicables aux délégations de service public.

Dans son arrêt du 25 mai 2018, Sté Philippe Védiaud Publicité, req.n°416825, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur le critère du risque réel d'exploitation qui permet, sous l'empire de la nouvelle réglementation, de déterminer si un contrat de mobilier urbain doit être qualifié de marché public ou de concession de service. L'équilibre économique du contrat détermine ainsi la qualification du contrat de mobilier urbain.

Pour emporter la qualification de concession, le droit d'exploiter dévolu par le contrat de mobilier urbain doit comporter un risque d'exploitation de nature économique.

La principale caractéristique d'une concession de service qui consiste dans le droit d'exploitation implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique. Ce risque d'exploitation n'existe que si l'opérateur économique peut se retrouver dans l'impossibilité d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés dans des conditions d'exploitation du contrat.

Les considérants n°18 et n°19 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession rappellent en effet que le risque peut parfois être limité mais qu'il doit rester réel et de préciser que l'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si l'acheteur public évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Dans un arrêt du10 mars 2011, la Cour de justice de l'Union européenne l'avait déjà indiqué en considérant que

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

« *le risque d'exposition économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché* » (CJUE 10 mars 2011, Aff. C-274-09)

L'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 portant transposition de la directive 2014/23/UE insiste sur cette notion de risque d'exploitation puisqu'elle en fait un élément déterminant pour la qualification d'une concession de services: « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ».* Le transfert du risque devient un élément caractéristique du contrat de concession.

La qualification de concession implique donc l'existence d'un risque réel lié à l'exploitation du service et que ce risque soit bien transféré à l'opérateur économique et non supporté par l'acheteur public. En revanche, elle ne comporte aucune précision tenant à l'importance de ce risque.

La détermination du risque d'exploitation permettant de qualifier un contrat de mobilier urbain en marché public ou en concession de service.

L'article 5 de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 indique simplement que la part de risque transférée au concessionnaire implique 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 concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la jurisprudence administrative a déjà eu l'occasion de préciser que le risque peut être considéré comme « **réel »** si la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation (CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req.n°291794) et de considérer en sens inverse qu'en l'absence de risque « réel » d'exploitation, autrement dit en l'absence de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation, le contrat doit être considéré comme un marché public (CE 5 juin 2009, Avenance Enseignement et Santé, req.n°298641).

Comme le souligne le Rapporteur public Bertrand DACOSTA dans cette affaire « *Lorsque un déficit d'exploitation peut survenir, mais ne peut prendre, dans la pire des hypothèses, que des proportions très modestes, compte tenu du mécanisme de révision imaginé par les parties, la rémunération ne doit pas être regardée comme substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation (ou comme substantiellement liée à ces résultats, depuis l'intervention de la loi du 11 décembre 2001). Le lien entre les résultats de l'exploitation et la rémunération ne saurait être regardé comme substantiel s'il ne joue que sous un plafond rapidement atteint. Lorsque l'entreprise court le risque de supporter 30 % d'un déficit non plafonné, le lien est substantiel ; il ne l'est pas dans la présente affaire, où le déficit n'est à la charge de l'exploitant que dans d'étroites limites. Il ne saurait être question, par la voie prétorienne, de fixer un seuil, d'autant plus que bien des mécanismes peuvent être utilisés pour neutraliser ou atténuer un risque. Mais une indication doit, selon nous, être clairement donnée aux collectivités et à leurs partenaires : ne sauraient échapper à la qualification de marchés publics les montages contractuels dans lesquels, au-delà du lien affiché entre la rémunération et les résultats de l'exploitation, l'opérateur assume un risque réel d'une ampleur très limitée* ».

Une concession est désormais un contrat au sein duquel le titulaire prend un risque financier réel. Concrètement, l'acheteur public ne doit pas exclure tout risque de pertes pour le concessionnaire à travers des mécanismes de garantie, sous peine de requalification du contrat. Le risque doit rester réel ce qui implique que le concessionnaire doit en assumer une partie non négligeable même si des mécanismes de compensations partielles peuvent éventuellement être prévus par le contrat.

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

La qualification de concession de service implique une exigence « de réalité du risque ».

Un contrat de mobilier urbain qui ne comporte aucun mécanisme de compensation du risque d'exploitation est une concession de service

Un contrat qui a pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains qui prévoit que le titulaire du contrat assure ces prestations à titre gratuit en contrepartie de la perception des recettes publicitaires tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires est une concession de service dès lors qu'il ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire couvrant les investissements ou éliminant tout risque réel d'exploitation.

Pour le Conseil d'Etat, la rémunération du contrat par les seules recettes publicitaires tirées de l'exploitation des mobiliers urbains permet de considérer que l'opérateur économique supporte un risque non négligeable dès lors qu'il est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter.

Il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque d'exploitation lié à l'exploitation des mobiliers à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public....

Cet article a été publié sur le site Achatpublic.com le 31 mai 21018: retrouvez toute l'actualité de la commande publique à l'adresse: https://www.achatpublic.com/

Conseil d'État

N° 416825

Lecture du vendredi 25 mai 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

1. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes a lancé une procédure de passation d'un contrat de mobilier urbain, à l'issue de laquelle le contrat a été attribué à la société Philippe Védiaud Publicité ; qu'à la suite du rejet de son offre, la société Girod Médias a saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2017, contre laquelle la société Philippe Védiaud Publicité et la commune de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé la procédure ; qu'il y a lieu de joindre les deux pourvois pour statuer par une seule décision ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique

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 concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service " ;

3. Considérant que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun a relevé, d'une part, que le contrat litigieux avait pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale, d'autre part, que le titulaire du contrat devait assurer ces prestations à titre gratuit et était rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires ; que, pour juger que ce contrat était un marché public et non une concession de service, il s'est borné à constater qu'il confiait à titre exclusif l'exploitation des mobiliers à des fins publicitaires à son attributaire, pour en déduire qu'aucun risque n'était transféré à ce dernier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société attributaire du contrat assumait un risque réel d'exploitation, il a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il n'y a par suite plus lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité ;
4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Girod Médias ;

5. ***Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ;***

6. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que les moyens tirés de ce que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en méconnaissant les dispositions du II de l'article 99 et du II de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ne peuvent être utilement soulevés par la société Girod Médias ;
7. Considérant, par ailleurs, que les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la passation des délégations de service public ne peuvent qu'être écartés, dès lors que le contrat en cause ne confie à son attributaire la gestion d'aucun service public ;
8. Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que le contrat litigieux, dont la durée est de dix ans, aurait été passé en méconnaissance des dispositions de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, n'est pas assorti des précisions permettant d'apprécier l'incidence qu'une telle durée était le cas échéant susceptible d'avoir sur la possibilité, pour la société Girod Médias, de présenter utilement son offre ;
9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Girod Médias n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du contrat litigieux ; que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, tant devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun que devant le Conseil d'Etat, ne peuvent, par suite, qu'être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Girod Médias, au titre des mêmes dispositions, la somme de 4 500 euros à verser à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes, pour l'ensemble de la procédure ; qu'il n'y a par ailleurs pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Girod Médias la somme que demande la société Philippe Védiaud Publicité au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :
Article 1er : L'ordonnance du 11 décembre 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Melun est annulée.
Article 2 : La demande présentée par la société Girod Médias devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun et ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
Article 3 : La société Girod Médias versera à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
Article 4 : Il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité.
Article 5 : Les conclusions présentées par la société Philippe Védiaud Publicité au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
Article 6 : La présente décision sera notifiée à la société Girod Médias, à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes et à la société Philippe Védiaud Publicité.

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics