

**N<sup>os</sup> 410336, 410337, 410364, 410365**  
**VILLE DE PARIS**  
**SOCIETE DES MOBILIERS URBAINS**  
**POUR LA PUBLICITE ET**  
**L'INFORMATION**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 6 septembre 2017**  
**Lecture du 18 septembre 2017**

**CONCLUSIONS**

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

Bien qu'elle se présente à l'occasion d'un contentieux relatif à la passation d'une concession, la principale question que posent les affaires qui viennent d'être appelées ne porte pas sur le droit de la commande publique mais sur l'interprétation du règlement local de publicité de la ville de Paris. Elle n'en est pas pour autant moins délicate.

La ville de Paris a lancé au mois de mai 2016 une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'une concession de services relative à l'exploitation de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité. Trois sociétés se sont portées candidates mais deux d'entre elles, les sociétés Exterion Media France et Clear Channel France ont renoncé à déposer une offre. La commune a donc décidé d'attribuer le contrat à la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI). Les sociétés Exterion Media France et Clear Channel France ont alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Paris de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auxquelles le juge a fait droit par deux ordonnances du 21 avril 2017. Par quatre pourvois que vous pourrez joindre, la ville de Paris et la SOMUPI vous demandent d'annuler ces ordonnances.

L'annulation prononcée par les ordonnances attaquées est fondée sur l'illicéité des conditions d'exécution du contrat prévues par le règlement de la consultation et sur l'irrégularité consécutive de l'offre retenue qui en faisait application. Le juge des référés a estimé qu'en permettant qu'au plus 15 % des mobiliers urbains objets de la concession supportent de l'affichage et de la publicité numérique, la ville de Paris avait méconnu les dispositions du règlement local de publicité (RLP) qui, selon lui, interdisaient ce type de publicité sur ces supports et, par suite, méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cette dernière partie de ce raisonnement n'est pas contestée. La question n'est pourtant pas absolument évidente, l'illicéité potentielle de l'objet du contrat n'entraînant a priori pas nécessairement une rupture d'égalité entre les candidats soumis aux mêmes conditions, à moins que certains démontrent que cette possibilité illégalement offerte aux candidats leur aurait fait perdre une chance d'accéder ou d'obtenir le contrat. Mais c'est précisément ce que soutenaient les sociétés requérantes en première instance et vous avez déjà jugé que le fait pour une collectivité d'imposer des prescriptions méconnaissant la réglementation technique applicable peut être utilement invoqué par un candidat à l'appui de son référé précontractuel (CE, 4 février 2009, *Commune de Toulon*,

n°311344, aux Tables). Certes, en l'espèce, la méconnaissance n'était pas imposée aux candidats mais représentait une faculté. La différence nous paraît cependant mince dans la mesure où, par ailleurs, retenir une offre irrégulière au regard de la réglementation applicable et par conséquent inacceptable constitue une méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations de mise en concurrence (30 septembre 2011, *Dpt de la Hte-Savoie et société GTS*, n°350153, aux Tables ; 11 février 2013, *sté antillaise de sécurité*, n° 372221, aux T sur ce point). Il nous semble donc que des conditions de la consultation susceptibles d'entraîner la présentation d'offres qui ne pourraient être régulièrement retenues introduisent dans la consultation un biais qui fausse l'égalité entre les candidats. Le juge des référés a par ailleurs relevé que l'offre retenue était inacceptable en tant qu'elle ne méconnaissait le RLP.

Vous n'aurez cependant pas à trancher cette question qui, comme nous l'avons dit, ne vous est pas posée et n'est probablement pas d'ordre public.

Le juge du référé a tiré l'interdiction de la publicité numérique sur le mobilier urbain des dispositions combinées de l'article P 3.1 relatives au mobilier urbain, aux termes desquelles « *Le mobilier urbain installé sur le domaine public peut supporter de la publicité, à titre accessoire eu égard à sa fonction et dans les conditions définies par les articles R.581-14 du code de l'environnement et les articles P3 à P3.8.2 du présent règlement.* » et de celles de l'article P 4.1.1 relatives à la publicité lumineuse, aux termes desquelles « *La publicité lumineuse, notamment les écrans, est interdite à l'exception des dispositifs publicitaires installés sur les toitures-terrasses. La publicité clignotante, défilante, animée ou à luminosité variable est interdite.* ». Il a considéré qu'il résulte de ces dispositions "que la publicité lumineuse et donc la publicité numérique, est interdite à Paris, à l'exception des dispositifs publicitaires installés sur les toitures-terrasses ; qu'il résulte nécessairement de ce règlement que l'interdiction qu'il prévoit, de portée générale, s'applique également aux publicités supportées par le mobilier urbain, sans qu'y fassent obstacle, contrairement à ce que soutient la ville de Paris, les dispositions précitées de l'article P1.1 du titre II relatif à la publicité et pré-enseignes [qui prévoient que "*Les intitulés des titres, chapitres, articles déterminent le champ d'application des dispositions qui en relèvent...*»]; qu'en effet si les articles P3 du titre II et suivants traitent de la publicité sur le mobilier urbain sans mentionner la publicité lumineuse, les dispositions des articles P4 et suivants, du même titre II, relatifs à la publicité lumineuse, réglementent les seuls dispositifs publicitaires installés sur les toitures-terrasses, après avoir posé le principe de l'interdiction de la publicité lumineuse ; que dès lors les articles P4 et suivants du règlement ne peuvent pas être appliqués indépendamment des autres articles du même titre".

Plusieurs erreurs de droit sont invoquées par les requérantes à l'encontre de ces motifs. Vous contrôlez en effet sous cet angle l'interprétation donnée par les juges du fond d'un règlement local de publicité (CE, 23 décembre 2015, *Cité urbaine de Lille*, n° 384524, aux T). Nous commencerons par la plus substantielle, qui repose sur l'idée que l'interdiction des publicités lumineuses, notamment des écrans, posée par l'article P 4.1.1, ne s'appliquerait pas aux publicités sur le mobilier urbain, qui seraient exclusivement régies par les dispositions de l'article P3, lesquelles ne les interdiraient pas.

Cet argument est fondé sur l'article P1.1 qui dispose que « *Les intitulés des titres, chapitres, articles déterminent le champ d'application des dispositions qui en relèvent...* ». Les requérantes en déduisent qu'à l'exception des dispositions communes de l'article 1er, chaque article traite exclusivement des règles applicables à l'objet que désigne son intitulé. Ainsi, les règles applicables aux publicités sur le mobilier urbain ne seraient que celles de l'article 3.

Nous ne donnons pas cette portée à l'article P1.1. En effet, s'il est évident que les intitulés des subdivisions déterminent le champ d'application des dispositions qu'elles comportent, comme pour tout texte normatif, ce principe de base de légistique ne fait pas obstacle à ce que les champs d'application de certaines dispositions se recouvrent, lorsqu'ils sont définis par référence à des caractéristiques qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais peuvent se cumuler. Tel nous semble être le cas des dispositions qui s'appliquent aux publicités selon leur type (non lumineuses (P2), lumineuses (P4)) ou selon leur support (mobilier urbain (P3); véhicules (P5)). Ainsi, la ville de Paris elle-même, dans le règlement de la consultation, renvoie t-elle aux dispositions de l'article P.2.1.4 pour le calcul de la surface unitaire d'une publicité sur le mobilier urbain, relevant des articles P3.

Il est vrai que les deux types de publicités envisagés par le règlement - lumineuses et non lumineuses - couvrent toutes les publicités alors que les deux supports spécifiquement traités - mobilier urbain et véhicules - sont des supports très particuliers, les supports ordinaires de publicité étant traités dans les parties consacrées aux publicités non lumineuses, pour en fixer les conditions, et aux publicités lumineuses, pour les interdire sauf sur les toitures terrasses. Dans ces conditions, nous n'aurions aucune difficulté à faire prévaloir les dispositions propres aux supports particuliers si elles dérogeaient explicitement aux dispositions applicables aux publicités selon leurs types. Or nous ne pensons pas que les dispositions de l'article P3 applicables aux publicités sur le mobilier urbain autorisent la publicité lumineuse que l'article P4 interdit de manière générale à la seule exception de celles installées sur les toitures terrasses.

Tout d'abord, aucune disposition de l'article P3 ne prévoit expressément la possibilité d'installer des publicités lumineuses sur les mobiliers urbains.

Ensuite, la référence à l'article R. 581-14 du code de l'environnement par l'article P. 3-1 ne nous paraît avoir, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, ni pour objet ni pour effet d'autoriser la publicité lumineuse sur ces supports.

Cette référence est faite en ces termes : *«Le mobilier urbain installé sur le domaine public peut supporter de la publicité, à titre accessoire eu égard à sa fonction et dans les conditions définies par les articles R.581-14 du code de l'environnement et les articles P3 à P3.8.2 du présent règlement.»* Elle comporte une première difficulté tenant à son inexactitude grammaticale qui met au pluriel un seul article. L'erreur provient probablement de la répétition des mots "les articles" avant P3 à P3.8.2, alors qu'ils étaient en facteur commun.

Mais ce n'est pas la plus grande, qui tient au sens des termes "publicité lumineuse" à l'article R. 581-14 du code de l'environnement.

Précisons tout d'abord que les textes réglementaires du code de l'environnement visés par le règlement local de publicité de la ville de Paris ont été modifiés, dans leur numérotation comme dans leur contenu, par le décret (2012-118) du 30 janvier 2012 relatif à la publicité extérieure, aux enseignes et préenseignes, soit postérieurement à l'entrée en vigueur, en juillet 2011, du RLP de Paris. L'interprétation de ce dernier en tant qu'il fait référence à des dispositions du code de l'environnement doit se fonder sur la rédaction de ces dispositions en vigueur à la date à laquelle il a été édicté. Nous examinerons ensuite les éventuelles conséquences à tirer de l'évolution des dispositions réglementaires nationales auxquelles il est ainsi fait référence.

L'article R. 581-14, dans sa rédaction donc en vigueur à la date du RLP, disposait que *"La publicité lumineuse est la publicité à la réalisation de laquelle participe une source lumineuse spécialement prévue à cet effet. / Les dispositions du présent paragraphe ne sont pas applicables*

*aux dispositifs de publicité lumineuse ne supportant que des affiches éclairées par projection ou par transparence, lesquels sont soumis aux dispositions des articles R. 581-8 à R. 581-25."*

Les requérantes soutiennent qu'en prévoyant que le mobilier urbain peut supporter de la publicité dans les conditions définies par cet article R. 581-14, lequel évoque la publicité lumineuse et fait partie du paragraphe consacré à ce type de publicité, l'article P3.1 autorise nécessairement la publicité lumineuse sur le mobilier urbain.

Plusieurs raisons nous dissuadent de suivre ce raisonnement.

Tout d'abord, il fait abstraction de la polysémie des termes "publicité lumineuse", qui est pourtant déterminante pour interpréter le RLP. La définition générale de la publicité lumineuse est celle donnée par le premier paragraphe de l'article R. 581-14 que nous venons de citer et que reprend l'article P4 du RLP. Elle recouvre trop types de publicités : les publicités éclairées par projection ou par transparence; les publicités sur écran, notamment numériques ; les publicités directement réalisées par des dispositifs lumineux (tubes néons, diodes électroluminescentes et autres lettres découpées qui illuminent le ciel des usagers nocturnes du périphérique parisien, entre autres). Mais le lexique réglementaire du RLP, tout en reprenant cette définition, précise que "*Les dispositifs publicitaires ne supportant que des affiches éclairées par projection ou transparence ne sont pas considérés comme de la publicité lumineuse.*" Cette exclusion rejoint celle du 2ème alinéa de l'article R. 581-14 du code de l'environnement qui soumet les publicités éclairées par projection ou par transparence aux règles applicables aux publicités non lumineuses.

Or le renvoi de l'article P3.1 aux "conditions de l'article R. 581-14" ne peut s'entendre que du 2nd alinéa de cet article, le premier se limitant à définir la publicité lumineuse sans prévoir aucune condition à sa mise en place. Le second, en revanche, vise bien des dispositions fixant des conditions d'installation de publicités, mais ce sont les dispositions applicables aux publicités non lumineuses auxquelles sont assimilées les publicités lumineuses par projection ou transparence. Par ce renvoi, l'article P3.1 du RLP ne permet d'installer sur le mobilier urbain que de la publicité lumineuse par projection ou transparence. Les autres modalités de publicité lumineuse, notamment sur écran, ne sont pas comprises dans ce renvoi et sont donc interdites tant par cet article que par l'article P4.

Cette interprétation du RLP est ensuite la seule compatible avec sa légalité. En effet, à la date à laquelle ce règlement a été édicté, l'article R. 581-26 disposait que "*Le mobilier urbain installé sur le domaine public peut, à titre accessoire eu égard à sa fonction et dans les conditions définies au présent paragraphe, supporter de la publicité non lumineuse ou de la publicité éclairée par projection ou par transparence*". Le RLP, qui ne peut, aux termes de l'article L. 581-14 du code de l'environnement, comporter que des règles plus restrictives que le règlement national, n'aurait donc pu légalement autoriser sur les mobiliers urbains d'autres publicités lumineuses que celles éclairées par projection ou par transparence.

Elle est enfin la seule conforme à l'intention mainte fois exprimée de la ville de Paris d'interdire les publicités lumineuses au sens strict sur le territoire de la commune, à l'exception des toitures terrasses. Les sociétés défenderesses ne se privent pas de faire valoir les nombreuses interventions de la commune rappelant cette interdiction, que ce soit lors de la présentation détaillée du projet de RLP le 28 novembre 2007 devant la commission départementale de la nature, des paysages et des sites de Paris, à qui elle indiquait qu'à travers ce règlement, elle entendait «interdire les écrans publicitaires à diode électroluminescente ou écran plasma à l'extérieur»; dans le cahier de recommandation mis en ligne sur la page « Enseignes et publicité » du site de la ville à destination

des professionnels; dans ses écritures en défense de la légalité du RLP lors de sa contestation contentieuse, qui s'est soldée par un rejet définitif par un arrêt de la CAA de Paris du 19 janvier 2016 (n° 13 PA03128), contre lequel vous n'avez pas admis le pourvoi en cassation et qui est notamment fondé sur l'absence d'erreur manifeste d'appréciation à avoir interdit de fait, par l'article P4.1, la publicité numérique à Paris; ou encore dans les documents de consultations antérieures relatives au mobilier urbain (abris pour voyageurs en 2013 ou kiosques en 2015-2016).

Nous n'avons donc finalement aucun doute sur le fait que le RLP interdisait, à la date à laquelle il a été édicté, les écrans publicitaires lumineux sur le mobilier urbain.

Cette interdiction devrait-elle être regardée comme levée du fait de la modification des dispositions réglementaires du code de l'environnement qui, désormais, prévoient la possibilité pour le mobilier urbain de supporter de la publicité numérique dans les agglomérations de plus de 10 000 habitants (art R. 581-42, dans sa rédaction issue du décret du 30 janvier 2012) ? Nous ne le pensons pas et, d'ailleurs, les requérantes ne le soutiennent pas.

En effet, le RLP ne comporte aucune disposition qui le ferait évoluer en même temps que la réglementation nationale. L'assouplissement de cette dernière sur ce point le rend plus strict, ce qu'il peut légalement être. La commune pourrait également aujourd'hui décider de modifier son règlement pour autoriser ce type de publicité sur le mobilier urbain, ce qu'elle ne pouvait faire avant 2012. Mais, en l'absence de modification du règlement local de publicité, il continue de s'appliquer et l'interprétation qu'il convient de faire de ses dispositions lorsqu'elles font référence à la réglementation nationale ne change pas en raison des évolutions de cette réglementation.

Si vous partagez les analyses qui précèdent vous écarterez les différentes erreurs de droit reprochées aux ordonnances attaquées : non seulement le juge des référés a fait une exacte interprétation du RLP en jugeant qu'il résultait de la combinaison des articles P3.1 et P4.1.1 que les publicités numériques étaient interdites sur le mobilier urbain mais il n'a pas davantage commis d'erreur de droit en relevant que "les articles P3 du titre II et suivants traitent de la publicité sur le mobilier urbain sans mentionner la publicité lumineuse" : par publicité lumineuse, il n'entendait pas toute publicité lumineuse, comme le soutiennent les requérantes, mais seulement les publicités lumineuses soumises à une réglementation spéciale, dont faisait partie le dispositif litigieux, et qui effectivement, comme nous l'avons vu, ne sont traitées par l'article P3 ni directement ni indirectement par la référence au 2nd alinéa l'article R. 581-14 du code de l'environnement qui ne concerne que les publicités éclairées par projection ou par transparence, assimilables à des publicités non lumineuses.

Si vous nous suivez, vous rejetterez les pourvois. Dans le cas contraire, il vous faudra annuler les ordonnances attaquées et statuer sur les demandes soumises au juge du référé.

Vous écarterez tout d'abord la fin de non recevoir tirée de ce qu'elles n'auraient pas été présentées dans un délai raisonnable. Vous avez tout récemment exclu toute velléité de transposition de la jurisprudence C... au référé précontractuel (12 juillet 2017, Soc. ECI, n° 410832).

Les sociétés évincées soutiennent en premier lieu que la durée de la concession, de 5 années, était trop courte pour leur permettre de trouver un équilibre financier, qui n'était accessible qu'à la société SOMUPI, filiale du groupe Decaux et titulaire d'un nombre suffisamment important de concessions pour pouvoir assumer les investissements nécessaires à l'exécution de cette concession sur une si courte période.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de discuter devant le juge du référé précontractuel de la définition par l'acheteur de ses besoins, sauf à démontrer qu'elle n'aurait eu pour but que de favoriser un candidat. En dehors de cette hypothèse, la personne publique définit librement ses besoins. Le juge des référés n'exerce sur le choix que fait le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il procède à la définition de son besoin, de l'objet même de la commande qui donne lieu à la passation du marché qu'un contrôle très distancié de l'erreur manifeste d'appréciation (2 oct 2013, *Dépt de l'Oise*, n° 368846, aux T sur ce point). Voyez par exemple la réponse que vous avez faite à un moyen critiquant le périmètre d'une délégations de service public dans votre décision du 29 septembre 2016, *cté urbaine du Grand Dijon* (n° 399656, aux T sur ce point).

En l'occurrence, non seulement les sociétés évincées n'apportent aucun élément de nature à établir que la ville de Paris aurait fixé la durée de la concession dans le seul but de favoriser une société du groupe du titulaire sortant, mais leurs allégations selon lesquelles elles n'auraient pas la capacité financière de trouver leur équilibre dans ces conditions n'est pas convaincante. Nous vous en épargnerons la démonstration, mais il apparaît qu'elles minimisent à dessein leurs capacités financières. Par ailleurs, si la durée de cinq ans est plus courte que les précédentes concessions ou que celles conclues récemment pour les kiosques, de 15 ans, l'espoir de la commune d'obtenir de meilleures conditions par un renouvellement plus fréquent est un objectif de bonne administration.

Si vous avez annulé les ordonnances attaquées, vous écarterez pour les mêmes motifs le moyen retenu par le juge du référé ainsi que celui tiré d'une inexacte information des candidats sur la portée du RLP.

Enfin, contrairement à ce que soutient la société Clear Channel, la convention ne prévoit aucune rétrocession illégale de l'énergie fournie par EDF en obligeant le concessionnaire à verser à la commune une indemnité forfaitaire de la consommation d'électricité du mobilier urbain, alimenté par le réseau électrique de l'éclairage municipal.

EPCMNC : - Rejet des pourvois;

- Mise à la charge de la ville de Paris et de la SOMUPI le versement par chacune à la société Clear Channel d'une somme de 1 500 euros et d'autant à la société Extérieur.