

N^{os} 416579, 416585, 416640, 416711,
416581, 416641
VILLE DE PARIS
SOCIETE DES MOBILIERS URBAINS
POUR LA PUBLICITE ET
L'INFORMATION

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 24 janvier 2018
Lecture du 5 février 2018 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La faculté que vous avez reconnue aux personnes publiques, par vos décisions du 4 avril 2016, *Cté d'agglomération du centre de la Martinique (CACEM)* (n° 396191, aux T) et du 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux* (n° 405157, au rec), de conclure des concessions de services sans mettre en œuvre les procédures de mise en concurrence qui s'imposent normalement à elles, pour prévenir le risque imminent d'une rupture dans la continuité du service de nature à porter atteinte à l'intérêt général, n'est pas passée inaperçue des acheteurs publics qui n'ont pas tardé à s'en prévaloir. Les conditions qui l'encadrent la destinaient pourtant à demeurer tout à fait exceptionnelle. Les affaires qui viennent d'être appelées vous donneront l'occasion de le rappeler en précisant les modalités de leur application.

Elles s'inscrivent dans le cadre, qui ne vous est pas inconnu, de la passation par la ville de Paris d'un contrat relatif à l'exploitation des mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité. Ces mobiliers, actuellement au nombre de 1630, sont des panneaux à double face, pour la plupart d'entre eux d'une surface de 2 m², dont l'une accueille l'information municipale tandis que l'autre supporte de la publicité. Ils appartiennent à la Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI), filiale des sociétés Jean-Claude Decaux et Publicis, qui les a installés et exploités depuis 2007 en exécution d'un marché qui comportait, en plus de ces prestations, la mise en place et l'exploitation du service de location de vélos dit « Vélib ». Ce contrat, dont le terme était initialement fixé au 27 février 2017, avait été prolongé jusqu'au 31 décembre 2017.

Le renouvellement de ces services a été dissocié et deux procédures de mise en concurrence ont été lancées au printemps 2016, l'une, par le syndicat mixte Autolib et Vélib Métropole en vue de l'attribution d'une part d'un marché public relatif au service de location de vélos, l'autre par la ville de Paris en vue de l'attribution d'une concession de services¹ pour

¹ Cette qualification s'impose en effet dans le contexte juridique de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions, applicable au présent litige. La qualification de marchés publics retenue pour ces contrats de mobilier urbain par la décision d'Assemblée *société Jean-Claude Decaux* du 4 novembre 2005, dans un contexte normatif qui ne connaissait qu'une catégorie particulière de concession de services, les délégations de services publics, est désormais obsolète.

l'exploitation des mobiliers urbains. Ces derniers génèrent en effet une recette publicitaire suffisante non seulement pour financer leur entretien et leur exploitation mais aussi pour permettre à la commune d'obtenir de son cocontractant le versement d'une redevance annuelle non négligeable.

Ces procédures, vous le savez, ont connu des sorts différents. La première a abouti à la conclusion d'un marché en temps utile, après rejet² du référé précontractuel formé à son encontre par la société Jean-Claude Decaux, candidate évincée. La seconde, qui avait conduit la ville à retenir la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI), seule à avoir déposé une offre, a rencontré des obstacles plus sérieux. Le référé précontractuel formé par les sociétés Exterion Media France et Clear Channel France à son encontre a en effet été accueilli par deux ordonnances du juge du TA de Paris en raison de l'illicéité des conditions d'exécution du contrat, qui prévoyaient une certaine part de publicité numérique, en méconnaissance des dispositions du règlement local de publicité. Vous avez confirmé le bien fondé de ce motif en rejetant, par votre décision du 18 septembre 2017, les pourvois de la ville de Paris et de la société SOMUPI (n° 410336 et s.) contre ces ordonnances.

A la suite du rejet de ses pourvois, la ville de Paris a lancé une nouvelle procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'une concession d'une durée de 4 ans à compter du 24 juin 2019, qui ne comporte plus de possibilité d'affichage numérique. Elle a également décidé de conclure avec la société SOMUPI une convention provisoire ayant le même objet pour la période du 1^{er} janvier 2018 à la date prévisionnelle de la future convention, soit une durée de 20 mois.

Les sociétés qui avaient contesté la première procédure ont à nouveau saisi le juge du référé précontractuel du TA de Paris qui, par deux ordonnances du 5 décembre 2017, a annulé la procédure de passation de cette convention provisoire au motif que les conditions posées par votre jurisprudence pour conclure de gré à gré une concession de services n'étaient pas remplies. Ces ordonnances, dont la rédaction est identique, sont contestées par plusieurs requêtes de la ville de Paris et de la SOMUPI, que vous pourrez joindre. Vous n'aurez pas besoin de statuer sur la demande présentée par la ville de Paris tendant à ce qu'il soit sursis à leur exécution dès lors que vous statuerez sur les pourvois. Elle pose cependant une intéressante question à laquelle vous pourriez malgré tout décider de répondre. N'étant ni la principale, ni la plus déterminante quant à l'issue du litige, nous l'aborderons après les pourvois, dont nous étudierons ensemble les nombreux moyens, d'ailleurs identiques.

Les premiers sont dirigés contre les motifs par lesquels l'auteur des ordonnances attaquées a écarté la fin de non-recevoir que les requérantes, alors défenderesses, avaient opposées aux recours des sociétés Clear Channel France et Exterion média France et tirées de ce que, faute d'établir être en mesure de déployer un mobilier urbain d'information dès le 1^{er} janvier 2018, elles n'auraient pas vocation à conclure le contrat et, par conséquent, ne seraient pas recevables à en contester la procédure de passation. Le juge du référé a estimé « que l'impossibilité dans laquelle se trouve la ville de Paris de contracter avec un tiers en vue de l'exploitation des mobiliers urbains d'information dont la Somupi est la propriétaire, résulte, directement et uniquement, de son choix de conclure une concession provisoire reposant sur l'exploitation de tels mobiliers ; qu'en effet, ce choix de la ville de Paris impliquait de ne pas procéder, par application d'une règle dérogatoire, aux formalités de publicité et de mise en concurrence prescrites ; que la Société Exterion Media France se prévaut du manquement résultant de la désignation, sans publicité ni mise en concurrence, de son concessionnaire par la ville de Paris ; que dès lors, l'argumentaire développé à l'appui de la fin de non-recevoir se rapporte au

² Ord juge du référé TA de Paris, 4 mai 2017, n° 1706139/9

manquement dénoncé par la requérante, c'est à dire au bien-fondé de sa requête et non à la recevabilité de cette dernière, laquelle s'apprécie uniquement dans les conditions rappelées au point 3 », c'est-à-dire au regard du domaine d'activité de la requérante qui doit lui donner vocation à exécuter le contrat.

Nous partageons entièrement cette analyse, qui nous paraît exempte des erreurs de droit, de qualification juridique ou de contradiction de motifs que lui reprochent les requérantes. Les sociétés demanderesse, qui ont pour activité la réalisation des prestations objet de la convention, ont évidemment intérêt à contester une procédure de passation qui, faute de mise en concurrence, les prive de l'accès à ce marché pour une durée de 20 mois et permet à une société concurrente d'en tirer les bénéfices pendant cette période. L'intérêt pour agir doit s'apprécier au regard des prestations qui constituent l'objet du contrat, à savoir la diffusion de l'information municipale sur du mobilier urbain et non de ses modalités d'exécution. Comme l'a relevé à juste titre le juge du référé, le choix de conclure un contrat pour l'exploitation du mobilier existant à compter du 1^{er} janvier 2018 relève de ces dernières et participe du manquement invoqué.

La plupart des moyens des pourvois critiquent l'application faite par le juge du référé des conditions auxquelles vous avez subordonnée la conclusion d'une concession de services sans mise en concurrence préalable. Leur expression la plus récente résulte de la décision précitée *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux* : « 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, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services 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 ». Cette possibilité de s'affranchir des règles de mise en concurrence est dérogatoire tant aux principes fondamentaux de la commande publique qu'aux dispositions qui en découlent et qui ne la prévoient pas, qu'il s'agisse de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative à ces contrats ou de la directive 2014/23 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession qu'elle transpose.

Avant d'examiner l'application faite en l'espèce des conditions de cette dérogation par les ordonnances attaquées, il nous faut évoquer la question préalable de son champ d'application.

Par sa formulation générale, la règle que vous avez instituée s'applique a priori à toutes les concessions de service, y compris celles soumises, en raison de leur valeur, à la directive européenne. Dans nos conclusions sur la décision précitée *CACEM*, par laquelle vous avez reconnu pour la première fois cette faculté de conclure de telles conventions de gré à gré, nous évoquions la difficulté tenant au fait que cette directive ne prévoyait aucune possibilité de déroger dans un tel cas aux règles qu'elle pose et que, si l'on pouvait raisonnablement penser que la Cour de justice de l'Union européenne comblerait cette lacune comme vous l'avez fait, il était plus délicat de le faire vous-mêmes. Vous avez pu jusqu'à présent éviter de répondre à cette question car elle ne se posait ni dans l'affaire *CACEM*, à laquelle la directive de 2014 n'était pas applicable, ni dans l'affaire *Grand port maritime de Bordeaux*, dont il ne ressortait pas des pièces du dossier que la convention était d'une valeur supérieure aux seuils européens. Vous ne pouvez l'éviter aujourd'hui, puisqu'il ne fait aucun doute que la concession litigieuse est soumise à la directive dont l'article 8 prévoit qu'elle s'applique aux concessions dont la valeur est supérieure

ou égale à 5 156 000 euros, valeur calculée en tenant notamment compte des recettes de toute nature de la concession. Or celles-ci seront considérablement supérieures à ce seuil puisque la concession prévoit le versement d'une redevance annuelle proportionnelle aux recettes dont le montant minimum garanti est de 25 millions d'euros.

Nous pensons néanmoins que vous pouvez prévoir ce cas de dérogation aux règles de la directive alors même que ni celle-ci ni la CJUE ne vous a habilité à le faire, pour au moins deux raisons.

La première est qu'il est pratiquement impossible de faire usage du dispositif de saisine de la CJUE à titre préjudiciel prévu par l'article 267 du TFUE lorsqu'une juridiction nationale statuant en dernier ressort rencontre une difficulté sérieuse relative à l'interprétation d'un acte de droit dérivé, ce qui nous paraît être le cas lorsque l'application des règles qu'elle contient ferait obstacle à ce qu'une personne publique assure ses missions essentielles. Les délais qu'implique cette procédure sont en effet incompatibles avec ceux de la procédure de référé précontractuel, procédure elle-même issue d'une directive européenne visant à permettre le contrôle de la régularité des procédures de passation des commandes publiques dans les meilleurs délais. Poser une question préjudicielle à la Cour dans ce contexte procédural aboutirait nécessairement, même si la Cour y répondait rapidement, selon qu'elle serait posée à l'occasion d'un pourvoi contre une ordonnance ayant annulé la procédure ou rejeté le recours, soit à compromettre l'intérêt général que la conclusion d'un contrat provisoire vise à garantir, soit à compromettre l'objet du recours.

La seconde est que la dérogation aux règles de mise en concurrence que vous avez dégagée, si elle n'est certes pas prévue par la directive, n'est pas incompatible avec elle dans la mesure où elle est réservée aux cas exceptionnels où un intérêt général supérieur le justifie absolument et dans la seule mesure de cette justification. D'autres dispositions du droit de l'Union poursuivant les mêmes objectifs de transparence et de mise en concurrence font une place à cette exception, qu'il s'agisse de la directive 2014/24 du même jour relative aux marchés publics, dont les procédures de passation sont encore plus contraignantes, ou du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux contrats de service public de transport de voyageurs par chemin de fer et par route (art 5.5). La Cour de justice de l'UE a par ailleurs reconnu qu'une juridiction nationale pouvait décider de maintenir temporairement un acte contraire au droit de l'Union – ce qui, encore une fois, ne nous semble pas être le cas pour la règle qui nous occupe – en vue de la sauvegarde d'intérêts supérieurs (voyez, en matière environnementale : CJUE, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15). La juridiction européenne admettrait certainement qu'une concession de service puisse être conclue de gré à gré si elle représentait la seule manière d'assurer la continuité d'une prestation de service essentielle dont l'interruption porterait une atteinte grave à l'intérêt général et si elle était strictement limitée à ce qui était nécessaire à sa sauvegarde.

Les conditions posées par votre jurisprudence, inspirées de celles issues de la directive relative aux marchés publics pour conclure un marché public de gré à gré en cas d'urgence, sont de nature à assurer la compatibilité de cette dérogation avec le droit de l'Union, sous réserve qu'elles soient appliquées strictement (cf. CJUE, 15 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-275/08, pt. 56), ce qui correspond à la fois au caractère profondément dérogoire de la faculté qu'elles encadrent et à l'esprit dans lequel vous les avez instituées.

Ces conditions, sur lesquelles l'auteur des ordonnances attaquées s'est successivement prononcé par des motifs qui sont tous critiqués, sont au nombre de trois. Elles n'ont pas toutes la même finalité ni la même portée.

Nous commencerons par la plus importante, qui est celle relative à la justification du recours à cette dérogation. Elle tient dans 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 la personne publique n'ait pas la possibilité d'exercer elle-même le service ou de se procurer par elle-même les moyens de le faire, d'autre part que l'interruption du service le temps nécessaire à la mise en oeuvre des procédures de mise en concurrence porte une atteinte grave à un intérêt général.

Les moyens des pourvois vous donneront l'occasion d'apporter un certain nombre de précisions quant à la portée et aux modalités d'application de cette dernière justification, seule en cause ici. Mais avant de les aborder, il nous semble utile d'en rappeler l'esprit. Vous avez fait l'effort qui, nous l'avons vu, ne va pas de soi, de compléter de manière prétorienne un ensemble normatif issu d'une législation supra-nationale pour y ajouter un cas de dérogation aux contraintes qu'il impose, parce que cet ajout vous est apparu nécessaire pour assurer dans certaines situations la sauvegarde d'intérêts généraux de valeur égale ou supérieure à ceux que poursuivent les règles auxquelles il permet de déroger. Ces règles de la commande publique, dont les principes généraux ont aujourd'hui une valeur constitutionnelle, visent à assurer l'égal accès à la commande publique, la transparence des procédures, le bon usage des deniers publics et la protection de la concurrence. Comme nous l'avons dit la force de ces règles est d'autant plus grande que les textes applicables ne prévoient aucune dérogation en cas d'urgence. Celle que vous avez instituée de manière prétorienne doit donc être réservée aux situations exceptionnelles dans lesquelles l'interruption d'un service est de nature à porter une atteinte particulièrement grave à un intérêt général. Cela implique donc que le service auquel le contrat concourt satisfasse un besoin essentiel de la collectivité publique, au sens large, qui ne peut donc souffrir aucune interruption, et que la personne publique n'ait aucun autre moyen de l'assurer que de conclure immédiatement une convention de gré à gré. Tel est à notre avis le sens que vous avez voulu donner à la notion d'urgence à satisfaire un intérêt général tenant à la continuité du service et qu'il convient de garder à l'esprit lors de son application.

Pour juger que cette condition n'était pas remplie, l'auteur des ordonnances attaquées a tout d'abord relevé « qu'il résulte de l'instruction que l'information par voie d'affichage sur des mobiliers urbains d'information constitue une des modalités, seulement, de l'information par voie d'affichage assurée également par d'autres dispositifs tels les kiosques, notamment de presse et les abris destinés aux voyageurs des bus ; que de même, l'information par voie d'affichage constitue une des modalités, seulement, du service de l'information municipale assuré également par d'autres dispositifs tels les journaux électroniques d'information sur mâts, les sites internet de la ville de Paris, les réseaux sociaux sur lesquels elle est présente et notamment son « fil twitter », sa « newsletter », les courriers, y compris électroniques ou encore le magazine intitulé « A nous Paris »". Il en a conclu "qu'ainsi, l'impossibilité temporaire de recourir à l'information par voie d'affichage sur des mobiliers urbains d'information ne constitue pas un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service de l'information municipale ».

Les deux erreurs de droit invoquées à l'encontre de ces motifs vous permettront de définir successivement l'intérêt général qui justifie l'application de cette dérogation puis le service dont la continuité apparaît nécessaire à sa sauvegarde.

La première erreur de droit reproche au juge du référé de n'avoir pas tenu compte de l'intérêt financier que représente pour la ville de Paris la conclusion immédiate d'une convention qui doit lui rapporter au moins 40 millions d'euros pendant la durée qu'elle prévoit. Les requérantes rappellent que l'intérêt financier peut faire partie de l'intérêt général et se prévalent

de votre décision du 5 juillet 2017, *Commune de la Teste-de-Buch* (n° 401940, aux T), par laquelle vous avez jugé que le juge du contrat pouvait tenir compte des conséquences financières de la résiliation d'un contrat au moment de déterminer les conséquences à tirer d'une irrégularité qu'il a constatée.

Ces jurisprudences, rendues dans des contextes tout à fait différents, ne sont pas transposables. Ainsi que cela ressort de la rédaction de vos décisions, l'intérêt général susceptible de justifier la conclusion d'une concession de gré à gré ne peut consister que dans la nécessité d'assurer la continuité d'un service et, comme nous l'avons dit, compte tenu du caractère dérogatoire de cette possibilité et de sa finalité, d'un service nécessaire aux besoins essentiels de la communauté.

Il s'en suit qu'un intérêt financier, qui peut certainement être un intérêt général lorsqu'il s'agit pour une collectivité de prendre une décision relative par exemple à la gestion de ses contrats ou pour le juge du contrat de mettre en balance les différents intérêts en présence pour déterminer les conséquences d'une irrégularité de passation sur la poursuite de l'exécution d'un contrat, n'est certainement pas au nombre des intérêts généraux qui justifient qu'une personne publique s'affranchisse des règles qui s'imposent à elle. Autant nous pensons pouvoir affirmer sans trop de risques que la CJUE admettrait une dérogation aux règles de concurrence pour assurer la continuité de services essentiels aux administrés, autant nous n'avons guère de doutes qu'elle ne l'admettrait pas pour assurer à une collectivité des recettes publicitaires.

Nous pensons d'ailleurs plus généralement que la continuité de tout service, y compris s'il s'agit d'un service public, ne constitue pas nécessairement un intérêt général suffisant pour justifier une dérogation aussi importante aux règles de la commande publique. La notion de service public recouvre une très grande diversité de services, puisque tout service qu'une personne publique a décidé d'assumer dans l'intérêt général est susceptible de recevoir une telle qualification³. Seuls ceux d'entre eux dont la continuité est nécessaire au bon fonctionnement des administrations et à la satisfaction des besoins essentiels des administrés nous paraissent participer de l'intérêt général que la dérogation que vous avez instituée vise à sauvegarder en toutes circonstances. Pour le dire autrement, tout risque d'interruption d'un service, fut-il un service public et cette interruption serait-elle totale, ne suffit pas à justifier la passation d'une concession de gré à gré. Il faut encore établir qu'en raison de l'objet du service, son interruption portera à l'intérêt général une atteinte d'une gravité particulière.

L'auteur des ordonnances attaquées n'a donc commis aucune erreur de droit en ne tenant pas compte du manque à gagner que subissait la ville du fait de l'interruption de l'exploitation des mobiliers urbains concernés.

La seconde erreur de droit est tirée de ce que le juge du référé devait apprécier le risque d'interruption du seul service objet du contrat qui est, selon les requérantes, le service de diffusion de l'information municipale par voie d'affichage sur des mobiliers urbains.

Vous ne pourrez certainement pas la suivre dans cette voie. La possibilité de conclure une convention de gré à gré pour faire face à une situation d'urgence est subordonnée à la nécessité d'assurer la continuité d'un service dont l'interruption porterait une atteinte grave à un intérêt

³ Sur la définition du service public comme service que la personne publique décide d'assumer dans l'intérêt général et sur lequel elle exerce un contrôle, voir Section du 22 février 2007 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, au recueil p. 92

général. Lorsque le contrat a pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service que la personne publique décide d'offrir aux usagers dans l'intérêt général, comme dans l'affaire *CACEM*, c'est bien au regard de l'objet du contrat que la condition sera appréciée, parce que l'objet du contrat couvre la totalité du service. En revanche, lorsque le contrat n'a pour objet que de donner à la personne publique un moyen parmi d'autres d'assurer un service, les effets de l'interruption de la prestation doivent être appréciés au regard de ses conséquences sur ce service, qui doivent donc nécessairement tenir compte de l'existence d'autres moyens de l'assurer. C'est ce que vous avez fait dans l'affaire *Grand port maritime de Bordeaux*, contrairement à ce que semblent croire les requérantes, en jugeant que la convention provisoire de terminal, en permettant d'accueillir des navires de gros tonnage qui ne pouvaient accoster ailleurs, assurait la continuité de la mission de service public portuaire dont l'établissement public était légalement chargé (analyse reprise par le TC dans sa récente décision du 13 novembre 2017, *sté Bordeaux atlantique terminal*, n° 4099). L'intérêt général est bien celui de la continuité du service auquel concourt le contrat et s'apprécie en fonction des conséquences de son éventuelle interruption.

En l'espèce, le service d'intérêt général est celui de l'information municipale, que plusieurs de vos décisions ont déjà qualifié de service public (TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, p. 546 ; CE, 10 juillet 1996, *M. C...*, T. p. 1006 ; 6 novembre 2009, *sté Prest'Action*, n° 297877, au rec). En revanche, vous n'avez jamais considéré que la gestion du support de l'information municipale fût un service public. Vous avez au contraire souligné dans votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, *sté Jean-Claude Decaux* (n° 247298), qu'un contrat de mobilier urbain n'avait pas pour objet la « prise en charge effective d'un service public par la société contractante ».

La procédure litigieuse avait pour objet de fournir à la ville de Paris une prestation d'affichage lui permettant de communiquer avec ses administrés et les usagers de ses services. Pour savoir si la ville pouvait obtenir cette prestation sans mise en concurrence préalable, il fallait donc rechercher d'une part si cette communication satisfaisait un intérêt général suffisamment important pour justifier une dérogation aux règles de mise en concurrence, d'autre part si l'impossibilité temporaire de communiquer par ce moyen portait une atteinte suffisamment grave à cet intérêt général pour justifier cette dérogation, appréciation qui dépend nécessairement de l'existence d'autres moyens pour diffuser l'information municipale. Le juge du référé n'a donc commis aucune erreur de droit ni ne s'est contredit en répondant par la négative à cette seconde question, ce qui le dispensait de se prononcer expressément sur le premier point.

L'appréciation portée par le juge du référé sur les conséquences de la rupture de la prestation objet de la procédure sur la continuité du service est également contestée sous les angles de l'erreur de qualification juridique, de la dénaturation ou encore de l'insuffisance de motivation.

Nous pensons tout d'abord que vous devez contrôler en cassation l'appréciation de cette condition essentielle du recours à une procédure profondément dérogatoire. Vous effectuez par exemple un contrôle entier sur les conditions du recours, également dérogatoire, bien que dans une moindre mesure, au contrat de partenariat (23 juillet 2010, *L...*, n° 326544, au rec ; 30 juillet 2014, *Cne de Biarritz*, n° 363007, aux T) ou à la procédure de dialogue compétitif (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551, aux T sur ce point). En revanche, la qualification que vous contrôlerez sera celle de faits souverainement constatés par le juge du fond.

Or, en l'espèce, l'argumentation des requérantes porte essentiellement sur les constatations de fait du juge du référé, dont elles critiquent l'affirmation selon laquelle la ville dispose d'autres vecteurs de diffusion de l'information municipale. Elles s'attachent à vous démontrer de manière très détaillée que ces autres médias mentionnés par les motifs précités des ordonnances attaquées n'auraient pas exactement le même impact sur la population. Votre contrôle limité à la dénaturation des pièces du dossier vous dispensera d'entrer dans ce débat : à supposer même que ces autres médias ne permettraient pas de toucher un public aussi nombreux que les mobiliers urbains, il n'en demeure pas moins qu'ils permettent de diffuser l'information municipale de manière suffisamment large pour que le juge du référé ait pu, sans dénaturer les pièces du dossier, juger que l'affichage sur le mobilier urbain n'était qu'une modalité parmi d'autres de la diffusion de l'information municipale et ne se traduisait pas par une interruption totale du service de la communication de la mairie.

Nous ne pensons pas davantage qu'il ait inexactement qualifié les faits en jugeant que l'interruption temporaire de cette modalité particulière de diffusion de l'information municipale ne constituait pas un motif d'intérêt général de nature à justifier la conclusion d'une convention de gré à gré.

Tout d'abord, si l'information municipale publiée sur les mobiliers urbains peut être regardée comme d'intérêt général, il ne nous semble pas qu'elle représente un intérêt général prééminent. Il s'agit de campagnes d'information générale sur divers sujets d'intérêt collectif (ex : sensibilisation des citoyens à la propreté urbaine ou au tri sélectif ; lutte contre le sida ; amélioration de l'habitat et économie d'énergie ; etc.) ou de promotion des activités de la mairie (hommages ou vœux ; projets participatifs ; annonces culturelles et de loisirs) dont l'interruption ne privera pas les administrés d'informations indispensables. Les messages d'urgence – alertes inondations ou attentat – sont diffusés par d'autres médias plus réactifs, tels que, sur la voie publique, les panneaux d'information lumineux. Nous n'aurions pas eu la même analyse à propos, par exemple, du service de maintenance du site internet de la mairie de Paris qui permet non seulement de diffuser de l'information mais aussi et surtout d'accéder aux services publics municipaux.

Ensuite, comme l'a indiqué le juge du référé, de nombreux autres médias sont susceptibles d'assurer la diffusion de cette information. Même si cette diffusion ne sera pas aussi large, elle touchera tout de même une partie suffisamment importante de la population pour remplir ses objectifs d'intérêt général.

Par conséquent, si l'interruption temporaire de la diffusion de l'information municipale sur les mobiliers urbains d'affichage mixte aura certainement pour effet de réduire l'ampleur d'une communication municipale qui répond à un intérêt général non essentiel, elle ne l'empêche pas totalement. Dans ces circonstances et compte tenu de la rigueur qui s'impose dans l'application des conditions du recours à cette procédure dérogatoire, nous partageons l'appréciation du juge du référé, dont les ordonnances sont parfaitement motivées, selon laquelle cette interruption ne porte pas une atteinte suffisante grave à un intérêt général pour la justifier.

Dès lors qu'il estimait qu'aucun intérêt général ne justifiait la conclusion immédiate de gré à gré d'une concession relative au mobilier urbain de la ville de Paris, le juge du référé n'avait pas besoin de se prononcer sur les autres conditions auxquelles vous avez subordonné la possibilité de déroger aux règles de passation pour un motif d'intérêt général. Elles ne jouent en effet que si la première condition est satisfaite.

Vous pourriez donc vous dispenser de répondre aux moyens dirigés contre les motifs relatifs à ces conditions. En effet, elles sont relatives au même manquement, consistant à attribuer une concession sans mise en concurrence. Vous n'êtes donc pas tenus à répondre sur chacune d'elles, contrairement à ce que vous devez faire lorsque le juge du référé a retenu plusieurs manquements différents (8 août 2008, *CH Edmond Garcin*, n° 309652, aux T sur ce point). Vous pourrez néanmoins choisir de le faire afin de donner un mode d'emploi complet sur l'application de cette dérogation. Toutefois, compte tenu du caractère généralement subsidiaire de ces autres conditions et en l'occurrence surabondant des motifs des ordonnances attaquées les concernant, nous évoquerons plus rapidement les critiques qui leur sont faites.

La condition plus subjective tenant à ce que la situation d'urgence qui rend nécessaire la conclusion d'une concession de gré à gré soit indépendante de la volonté de la personne publique est nécessairement subsidiaire par rapport à ce qui justifie le recours à cette procédure dérogatoire. Sa fonction nous semble essentiellement préventive⁴. Elle représente à la fois un signal à l'adresse des acheteurs publics qui ne doivent pas pouvoir compter sur cette possibilité pour réparer les conséquences de leurs négligences dans la gestion de leurs contrats et un moyen de faire obstacle à toute velléité de la personne publique de préparer l'urgence ou même seulement d'en tirer profit. L'application d'une telle condition dépend dès lors nécessairement de l'importance de l'intérêt général qu'il s'agit de sauvegarder. Pour le dire autrement, elle pourra conduire le juge à un surcroît d'une rigueur déjà de mise lorsque la personne publique se sera montrée négligente, mais ne devrait pas faire obstacle à la conclusion d'une convention qui serait le seul moyen d'assurer un service absolument indispensable aux intérêts essentiels de la population. Par ailleurs, elle n'autorisera pas la personne publique à conclure une convention de gré à gré dont la nécessité ne serait pas avérée.

En l'espèce, l'auteur des ordonnances attaquées a estimé que la situation d'urgence était en partie imputable à la ville de Paris qui aurait pu relancer une procédure de mise en concurrence dès l'annulation de la procédure par le juge du référé du tribunal, sans attendre le rejet de son pourvoi contre son ordonnance. Il a ajouté que cela ne lui aurait probablement pas permis de conclure la procédure avant le terme de la convention mais que l'urgence à passer un nouveau contrat ne lui aurait alors pas été imputable. Cette dernière affirmation n'est pas entachée de contradiction, comme le soutiennent les requérantes, mais elle est inutile en l'absence de nécessité de conclure un contrat en urgence.

L'appréciation du comportement de la personne publique et de ses conséquences dans la constitution de la situation d'urgence nous paraît devoir être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Nous ne voyons aucune dénaturation dans l'analyse du juge du référé : d'une part, la ville a effectivement tardé à reprendre la procédure, ce qui lui a fait perdre plusieurs mois pour lesquels elle serait certainement contente aujourd'hui de pouvoir percevoir une redevance. D'autre part, indépendamment de ce retard, la cause de l'annulation de la procédure de passation lui est imputable, puisqu'elle est due à une méconnaissance de son règlement local de publicité dans les conditions qu'elle avait prévues pour l'exécution de la concession.

La troisième condition, enfin, ne porte plus sur la possibilité même de conclure la convention de gré à gré mais sur la licéité de l'une de ses clauses, relative à sa durée, qui ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour respecter les règles de droit commun.

⁴ Elle permet également d'assurer la compatibilité de cette dérogation avec le droit de l'Union, qui la prévoit pour les marchés publics. Voir, pour une application par la CJUE, l'arrêt du 15 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, précité.

L'auteur des ordonnances attaquées, par une motivation là-encore surabondante, a estimé que la durée de 20 mois était excessive. Outre un moyen d'insuffisance de motivation que la lecture des motifs très détaillés des ordonnances suffit à écarter, il lui est reproché sur ce point d'avoir commis une erreur de droit, dénaturé les pièces du dossier et méconnu son office en ne procédant pas à une mesure d'instruction pour déterminer la véritable durée nécessaire. Les requérantes s'attachent essentiellement à vous démontrer que ce délai était nécessaire car il fallait 13 mois pour mener à bien la procédure de sélection et huit mois pour que le nouveau titulaire procède à l'installation de ses mobiliers.

Là-encore, cette appréciation purement factuelle nous semble relever du pouvoir souverain du juge du fond. Il l'exerce au vu des éléments que l'acheteur public doit lui présenter pour justifier de ce que la durée de la convention conclue n'excède pas ce qui est nécessaire pour la mise en œuvre de la procédure de sélection⁵ et n'est jamais tenu d'ordonner une mesure d'instruction supplémentaire, dont on ne voit d'ailleurs pas ce qu'elle aurait pu apporter de plus.

L'appréciation portée en l'espèce par le juge du référé nous semble exempte de dénaturation : la durée de 13 mois pour la procédure de mise en concurrence est effectivement très longue car elle prévoit plusieurs tours de négociations et deux mois pour chaque réunion de la commission concession, délais qui pourraient certainement être raccourcis. Le délai de 8 mois pour le remplacement total du mobilier urbain ne se justifie pas davantage : le remplacement commencera dès la signature de la convention, ce qui permettra une reprise progressive de la diffusion de l'information.

Enfin, le moyen tiré de ce que le juge du référé aurait méconnu son office en annulant toute la procédure en raison de la durée excessive de la concession alors qu'il aurait pu la réduire est d'abord inopérant, puisque les autres conditions ne sont pas remplies. Il nous paraît en tout état de cause qu'il n'appartient pas au juge de modifier lui-même la durée d'une concession de service, dont l'équilibre économique repose sur la durée prévue. Il ne peut donc qu'annuler la procédure. S'il s'agit-là du seul obstacle à sa passation de gré à gré, cela n'empêchera pas la personne publique d'en conclure immédiatement une autre pour une durée plus adaptée.

Les derniers moyens sont dirigés contre les motifs par lesquels le juge du référé a estimé que la convention ne pouvait pas davantage être conclue de gré à gré en application du 1^o de l'article 11 du décret du 1er février 2016 qui le permet lorsque le contrat ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Les requérantes faisaient valoir que la SOMUPI étant propriétaire des mobiliers urbains, elle pouvait seule assurer la diffusion de l'information municipale à compter du 1er janvier 2018. Le juge des référés a estimé qu'en se bornant à faire état d'une recherche auprès d'autres opérateurs qu'elle ne produisait pas, la ville de Paris n'établissait pas que l'attribution de la convention à cette société était seule "susceptible d'apporter une réponse, adaptée, à son besoin spécifique, dans le contexte particulier résultant de la situation d'urgence dans laquelle elle se trouve". Cette appréciation souveraine n'est pas utilement contestée devant vous.

L'invocation de cette exception nous paraît au demeurant entachée du même caractère autojustificatif que la fin de non-recevoir que le juge des référés a écartée à bon droit. Le cas de l'opérateur unique que vise l'article 11 du décret de 2016 doit présenter une certaine objectivité et

⁵ Sur le fait que la charge de la preuve incombe à l'acheteur public, voir CJUE, 15 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, précité.

s'apprécier au regard de l'objet particulier du contrat et non des conditions d'exécution décidées par l'acheteur qui ne mettrait qu'une personne à même de pouvoir les satisfaire.

Si vous nous suivez, vous rejetterez les pourvois de la ville de la Paris et de la SOMUPI et prononcerez un non lieu à statuer sur la demande de la première tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution des ordonnances attaquées.

Vous pourrez cependant profiter de cette occasion pour régler la question inédite du régime du sursis à exécution (article R. 821-5 du CJA) dans le cadre de la procédure de référé précontractuel. Celle-ci présente la particularité, vous le savez, de suspendre la signature du contrat jusqu'à ce que le juge du référé ait rendu sa décision. Lorsque cette décision rejette le recours, le sursis à exécution qui accompagne le pourvoi pourra permettre, si le contrat n'a pas été signé avant qu'il y soit statué, de prolonger la période de suspension de la conclusion du contrat jusqu'à ce que le pourvoi soit jugé⁶. L'effet du sursis à exécution est ici tout à fait conforme à l'objectif de cette procédure. Il en va de même lorsque la décision du juge du référé précontractuel a enjoint à la personne publique de prendre une décision ou d'adopter un certain comportement au cours de la procédure de passation: il peut être par exemple utile pour éviter qu'une procédure se poursuive en intégrant un candidat sur une injonction erronée du juge du référé. En revanche, la situation est plus délicate lorsque le juge du référé a annulé la procédure, car le sursis à exécution aura pour effet de permettre à la personne publique de la poursuivre et de conclure le contrat, ce qui privera d'objet le pourvoi en cassation. Une telle hypothèse doit absolument être évitée, car le sursis à exécution a pour objectif de préserver l'efficacité du recours contre une décision de justice en suspendant son exécution immédiate lorsqu'elle serait susceptible d'entraîner des conséquences difficilement réparables. Or prononcer le sursis à exécution d'une ordonnance de référé précontractuel annulant une procédure de passation risquerait précisément d'avoir un tel effet, en permettant la signature du contrat, privant le candidat évincé, par une mesure conservatoire, du bénéfice de la chose jugée en première instance et donc de son droit au recours juridictionnel. Faut-il pour autant déclarer irrecevable toute demande de sursis à exécution d'une ordonnance annulant une procédure de passation ? Probablement pas, car une telle décision peut intervenir au début de la procédure et sa suspension peut permettre à la personne publique de la poursuivre, même si, dans cette hypothèse, on voit mal quelles conséquences difficilement réparables pourraient être invoquées. Mais il faudra alors que vous précisiez, dans le sursis à exécution que vous prononcerez, qu'il ne saurait permettre à la personne publique de conclure le contrat. En revanche, lorsque, comme en l'espèce, la procédure aura été annulée alors qu'elle était arrivée à son terme et qu'une offre avait été retenue, vous ne pourrez que rejeter la demande de sursis à exécution dont le seul effet serait de permettre à la personne publique de conclure le contrat, effet par lui-même contraire à la finalité du sursis à exécution.

EPCMNC : - Rejet des pourvois de la ville de Paris et de la SOMUPI ;

- Non lieu à statuer sur la demande de sursis à l'exécution des ordonnances attaquées ;
- A ce que vous mettiez à la charge de la ville de Paris et de la SOMUPI le versement chacune de sommes de 1500 euros à la sté Extérieur Média et à la société Clear Channel au titre des sommes qu'elles ont exposées dans cette instance.

⁶ Le sursis à exécution d'une décision juridictionnelle de rejet peut en effet être ordonné lorsque ce rejet modifie la situation de droit ou de fait du requérant (16 juin 2008, K..., n° 304503, au rec, en excès de pouvoir), ce qui peut être considéré comme étant le cas du rejet d'un référé précontractuel qui met fin au délai de suspension de la signature du contrat.