N^{os} 416825, 416947
SOCIETE PHILIPPE VEDIAUD
PUBLICITE
COMMUNE DE SAINT-THIBAULT-
DES-VIGNES

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 7 mai 2018
Lecture du 25 mai 2018 - A

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les deux pourvois qui viennent d'être appelés, que vous pourrez joindre puisqu'ils tendent à l'annulation de la même ordonnance, vous donneront l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur la définition du critère du risque qui se trouve aujourd'hui au cœur de la définition du contrat de concession et plus précisément sur son application aux contrats dits de mobilier urbain dont les caractéristiques sont relativement standardisées. Leur qualification a varié dans votre jurisprudence et continue de diviser les juridictions du fond.

La commune de Saint-Thibaud-des-Vignes a publié en juin 2017 un avis d'appel public à la concurrence en vue de l'attribution de ce qu'elle a qualifié de « marché de mise à disposition de mobiliers urbains destinés à l'affichage de l'information municipale avec ou sans publicité ». L'objet du contrat consistait en l'installation, l'exploitation et l'entretien de 58 planimètres, le titulaire fournissant également les plans de la ville, 20 abribus, 18 affichages administratifs, 12 affichages libres, 19 portiques, 7 panneaux d'entrée de ville, 4 colonnes culturelles, 3 journaux électroniques, 3 bornes tactiles, 2 radars pédagogiques et une application mobile, pour une durée de 10 ans, le titulaire étant en contrepartie autorisé « à exploiter, à titre gratuit, sans paiement de la redevance d'occupation du domaine public, l'ensemble des faces d'affichages à des fins commerciales et publicitaires, des abris voyageurs et des faces d'information comportant un plan de la ville ». Le règlement de la consultation indiquait que les offres seraient appréciées au regard d'un unique critère de la valeur technique décliné en trois sous-critères (qualité technique et fonctionnelle (50 %) ; qualité de la méthodologie concernant l'entretien et la maintenance proposée (20 %) ; délais d'exécution (30 %)).

Quatre sociétés se sont portées candidates. Au terme de la procédure, la commune a choisi la société Philippe Védiaud publicité. La société Girod Médias, classée troisième, a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Melun de conclusions aux fins d'annulation de la procédure auxquelles il a fait droit par une ordonnance contre laquelle la société Philippe Védiaud et la commune de Saint-Thibaut-les-Vignes se pourvoient en cassation.

Il a retenu le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne prévoyant aucun critère de prix alors

que l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics impose la présence d'un tel critère, qu'il soit le seul ou accompagné d'autres critères. Cette obligation de prévoir au moins le critère du prix ne s'applique en revanche pas pour l'attribution des concessions. Mais le juge du référé a écarté cette qualification au motif que « le contrat, en conférant à la société attributaire un monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins, ne comporte aucun risque réel d'exploitation. Dans ces conditions, la part de risque transféré au cocontractant n'impliquant pas une réelle exposition aux aléas du marché, celui-ci ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ».

Ces motifs, qui posent le cadre juridique du litige, ne sont critiqués que par la commune requérante, à juste titre nous semble-t-il. C'est pourquoi nous commencerons par étudier son pourvoi.

Elle soutient qu'ils sont entachés d'une double erreur de droit, dès lors que l'attribution d'un droit exclusif d'une part n'institue pas un monopole, d'autre part n'exclut pas l'existence d'un risque, et d'une erreur de qualification juridique des faits.

Les contrats de concession sont aujourd'hui définis par l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative à ces contrats comme étant « *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.* » Cette définition est la transposition presque littérale de la définition que donne de ces contrats l'article 5 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions.

Ce qui distingue le contrat de concession du marché public, qui tendent tous deux à procurer à la personne publique la satisfaction de l'un de ses besoins, est la nature de la contrepartie de la prestation dont bénéficie la personne publique. Il s'agit dans les deux cas d'une contrepartie de nature économique, ce qui confère à ces deux contrats un caractère onéreux. Mais, alors que la contrepartie due au titulaire d'un marché est un prix versé par la personne publique, le concessionnaire se voit attribuer un droit d'exploiter dont le produit assurera au moins en partie sa rémunération. Au moins en partie car, ainsi que cela ressort de la définition que nous venons de lire, l'attribution de ce droit peut être assortie d'un prix.

Pour emporter la qualification de concession, le droit d'exploiter ainsi dévolu au cocontractant de la personne publique doit comporter un risque. « Le droit d'exploitation de travaux ou de services implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique », souligne le considérant 18 de la directive. L'article 5 précité de l'ordonnance de 2016 place ainsi ce transfert de risque au cœur de la définition de la concession. Dans la thèse remarquable qu'il a consacrée à l'étude du « risque dans les contrats administratifs » (Bibliothèque de droit public, t. 274, LGDJ, 2013) et dans l'article où il en expose la substantifique moelle pour les lecteurs pressés (« *Le risque, les concessions et les marchés* », RFDA 2016, p. 237), deux études auxquels les développements qui suivent doivent beaucoup, le professeur Thomas Pez a montré comment le mode de rémunération, qui intègre la notion de risque, s'est aujourd'hui substitué au critère de l'origine de la rémunération dans la qualification de la concession. « La rémunération, explique-t-il, doit impliquer le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation, peu importe que la

rémunération provienne de tiers (et notamment des usagers du service ou de l'ouvrage) ou de l'administration contractante », dans ce dernier cas parce qu'elle verserait une rémunération qui dépendrait des résultats de l'exploitation¹. Le transfert du risque occupe donc une place centrale dans la définition de la concession. La directive et l'ordonnance qui la transposent ont d'ailleurs pris soin d'en indiquer les éléments caractéristiques.

Le second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance précise ainsi 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.* » L'article 5 de la directive est encore plus disert en indiquant que le risque transféré peut être lié à la demande, à l'offre ou aux deux.

Comme l'écrit encore T. Pez, « le risque, c'est l'incertitude prévisible, l'événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant »². Certains facteurs de risque existent dans tous les contrats, marchés comme concessions, tels que ceux liés à la mauvaise gestion, aux manquements contractuels et à la force majeure. La directive les exclut expressément de la définition du risque concessif. Elle précise dans son considérant n° 20 que « le risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle », tels que les aléas pouvant affecter les charges de l'exploitation (risque lié à l'offre) ou le recours au service, fréquentation ou consommation (risque lié à la demande)³. La Cour de justice de l'Union européenne l'avait aussi indiqué avant même la publication de la directive, en considérant que « le risque d'exposition économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché » (CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274-09, pts 26 et s.).

La qualification de concession implique donc l'existence d'un risque réel et que ce risque soit transféré. En revanche, elle ne comporte aucune condition tenant à l'importance de ce risque.

L'exigence de réalité du risque transféré ressort des dispositions précitées : le concessionnaire doit se trouver réellement exposé aux aléas du marché, de sorte que toute perte estimée ou potentielle qu'il pourra supporter ne doit pas « *être purement nominale ou négligeable* », ce qui serait le cas si, comme l'indique l'exposé des motifs de la directive, le pouvoir adjudicateur « 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 » (consid. 20). Ces mécanismes de garantie sont aussi variés que sophistiqués et c'est un des nombreux mérites de l'étude de Thomas Pez à laquelle nous renvoyons une fois de plus que de les avoir très clairement identifiés et décrits.

Si le risque ne doit pas être éliminé par de tels mécanismes de garantie, « le fait qu'il soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession », comme

---

¹ Article précité, § 25.

² Article précité, § 33

³ L. Richer, La concession en débats, p. 188.

le précise le considérant 19 de la directive qui fait allusion à la réglementation des tarifs ou à des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle.

Toute activité consistant à exploiter des travaux ou des services, c'est-à-dire à leur faire produire une ressource économique, comporte un risque, qui peut être lié aux charges de l'exploitation, à son produit, le plus souvent aux deux. La qualification de concession implique que ce risque pèse au moins en partie et pour une partie non négligeable sur le cocontractant de la personne publique.

L'application de ce critère au contrat litigieux offre une bonne illustration de ses différentes composantes.

Il s'agit d'un contrat classique portant sur l'exploitation du mobilier urbain de la commune : celle-ci bénéficie de l'installation et de l'entretien d'un certain nombre d'équipements situés sur la voie publique destinés à assurer le confort – pour les abribus – des usagers et à supporter différentes informations municipales : plan de la ville, journaux électroniques, affichage administratif, culturel, etc. En contrepartie de cette prestation, la commune renonce à percevoir la redevance d'occupation du domaine public et donne au titulaire le droit d'exploiter commercialement les surfaces libres, en les louant à des annonceurs publicitaires. Bien que tous les contrats dits de mobilier urbain ne soient pas nécessairement conçus de la sorte, c'est le cas le plus souvent, et notamment de tous ceux que vous avez eu à connaître, de sorte que la dénomination « contrat de mobilier urbain » a fini par désigner un contrat relatif à l'exploitation du mobilier urbain présentant ces éléments caractéristiques. Ce sont précisément les contrats de ce type que vous avez dans un premier temps, bien avant l'introduction en droit français de la catégorie juridique des concessions au sens du droit de l'Union, qualifiés de marchés publics au motif que l'abandon de la redevance d'occupation du domaine public et des recettes publicitaires constituait un prix versé par le pouvoir adjudicateur (Ass, 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux*, n° 247298). Si la renonciation à percevoir une recette certaine, telle que la redevance d'occupation du domaine public, équivaut sans aucun doute au paiement d'un prix, ce ne saurait être le cas de la renonciation à percevoir des recettes publicitaires qui sont précisément le produit de l'exploitation du service. L'abandon de ces recettes traduit la dévolution du droit d'exploiter qui caractérise aujourd'hui la concession. Vous l'avez souligné, de manière surabondante, dans votre décision *Ville de Paris* du 15 mai 2013 (n° 364593, au recueil), à propos d'un contrat portant également sur l'exploitation d'espaces publicitaires sur du mobilier urbain, en indiquant « que la seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique ». Le président Ménéménis avait relevé dès 2005, dans une analyse de la décision *Jean-Claude Decaux*, que ces contrats relevaient « d'une logique concessive : la collectivité territoriale demande en effet au titulaire de réaliser et d'entretenir des ouvrages de mobilier urbain qui correspondent à ses besoins, mais elle le laisse les exploiter à des fins commerciales ; elle lui donne ainsi accès – à titre exclusif – à une source de revenus »⁴. L'introduction dans le droit interne par l'ordonnance de 2016 de la catégorie juridique des concessions de service vous a permis de les y rattacher et d'abandonner une qualification 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 par ailleurs, faute de porter sur un service public, être soumis aux règles applicables aux délégations de service public.

⁴ AJDA 2006, p. 124

L'analyse de votre décision du 5 février 2018, *Ville de Paris et Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (SOMUPI)*, n° 416579, aux T) affirme ainsi qu'« un contrat relatif à l'exploitation sur le domaine public d'une commune 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. » L'affirmation est probablement un peu péremptoire et il faut, comme nous le disions, comprendre qu'elle ne vaut que pour les contrats présentant l'équilibre économique que nous avons décrit et qui caractérise la plupart des contrats de mobiliers urbains. C'était le cas de celui passé en urgence par la ville de Paris dans cette décision comme de celui que la commune de Saint-Thibaud-des-Vignes entendait conclure. Son pourvoi vous permettra de le confirmer de manière plus explicite.

La commune requérante nous semble tout d'abord avoir raison de souligner qu'elle n'entendait conférer à la société attributaire aucun « monopole sur l'exploitation à des fins publicitaires du mobilier urbain installé par ses soins ». Cette formulation du juge du référé est au mieux impropre, au pire juridiquement erronée puisque le contrat litigieux n'a pas et ne pourrait d'ailleurs pas avoir pour effet de créer un service unique de l'annonce publicitaire. Il y a seulement l'attribution au titulaire du droit d'exploiter un certain nombre d'installations qui procurent aux usagers des services, attribution qui constitue l'objet même de la concession. Que ce droit soit exclusif sur tout le territoire municipal est la conséquence du choix de la collectivité d'attribuer l'ensemble de la prestation à un seul titulaire, choix qu'elle effectue librement puisque, comme vous le savez, les concessions de service ne sont pas soumises au principe de l'allotissement qui s'applique aux marchés publics et que la collectivité publique détermine librement le périmètre de la concession, sous réserve de ne pas lui donner un périmètre manifestement excessif ou de réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux (21 septembre 2016, *Cté urbaine du Grand Dijon et société Kéolis*, n° 399656, aux T).

Si l'on peut faire crédit à l'auteur de l'ordonnance attaquée d'avoir employé le terme monopole pour désigner le droit exclusif effectivement conféré, il sera ensuite beaucoup plus difficile de passer sur l'erreur de droit consistant à déduire de l'attribution de ce droit exclusif l'absence de risque réel d'exploitation. Ce n'est pas parce qu'un seul opérateur exerce une activité économique sur un territoire que tout l'aléa inhérent à cette activité est éliminé. Particulièrement en ce qui concerne un contrat tel que l'exploitation de mobiliers urbains, l'exclusivité ne fait qu'étendre le périmètre du contrat, augmentant les sources de recettes mais aussi les charges. Une répartition des installations entre plusieurs opérateurs aurait pu conduire à des contrats dont les équilibres économiques auraient été différents selon l'attractivité commerciale des mobiliers attribués et peut être les risques plus grands pour ceux exploitant les biens les moins productifs. Mais il ne fait aucun doute que même lorsque l'opérateur est, comme en l'espèce, le seul exploitant, il supporte un risque lié à l'offre, tenant au coût que représente l'installation et l'entretien du matériel pendant une durée relativement longue et un risque lié à la demande, puisque ses recettes dépendront de ce que les annonceurs seront prêts à payer pour la location des supports publicitaires dont la valeur dépend de nombreux facteurs extérieurs aux parties au contrat, liés au volume et à la nature de la fréquentation des différents lieux où ils sont implantés. Et surtout ces deux risques ne sont pas corrélés, de sorte que toute baisse de la recette publicitaire demeure sans incidence sur le service que le titulaire doit continuer d'assurer pendant toute la durée du contrat. Il n'existe aucun mécanisme contractuel de compensation par la personne publique de l'essentiel des charges, qui aboutirait à rendre tout à fait marginal le risque d'exploitation que supporterait le titulaire et qui vous a conduit à qualifier de marchés publics certains contrats de restauration

scolaire (5 juin 2009, *sté Avenance Enseignement et Santé*, n° 298641, aux T sur ce point et, plus récemment, 24 mai 2017, *sté Régal des Iles*, n° 407213, aux T sur ce point).

Par conséquent, le contrat que la commune requérante entendait conclure était une concession de service et le juge du référé l'a également inexactement qualifié de marché public.

Cette erreur de qualification l'a conduit à faire application à la procédure litigieuse d'une disposition du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics qui ne lui était pas applicable.

La circonstance que la commune ait elle-même commis cette erreur en indiquant dans l'avis d'appel à la concurrence qu'il avait pour objet la conclusion d'un marché est sans incidence sur l'inapplicabilité de cette disposition. Il ne s'agit pas d'une règle de procédure particulière à laquelle la commune se serait volontairement soumise et qu'elle serait tenue de respecter après avoir indiqué aux candidats qu'elle leur était applicable. L'obligation de faire figurer le prix parmi les critères de sélection des offres des marchés publics est une règle de fond que la commune n'a pas entendu s'imposer – auquel cas elle aurait simplement prévu un tel critère. Il appartient par ailleurs au juge de déterminer les règles applicables à la procédure dont il est saisi. Il n'est jamais lié en ce sens par les qualifications erronées de la collectivité adjudicatrice. Votre jurisprudence comporte de nombreux exemples de requalifications auxquelles vous avez procédé avant d'appliquer à la procédure en cause les règles qui lui sont légalement applicables.

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée. Vous n'aurez besoin ni d'examiner les autres moyens du pourvoi de la commune ni de statuer sur celui de la société Philippe Védiaud Publicité, que l'annulation de l'ordonnance qu'il attaquait également rend sans objet.

Réglant l'affaire au titre de la demande de référé précontractuel, vous écarterez, outre le moyen retenu à tort par l'auteur de l'ordonnance, le moyen tiré de ce que la commune aurait méconnu les dispositions du II de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatives aux informations que l'acheteur doit notifier aux candidats dont les offres ont été rejetées, puisqu'elles sont inapplicables à la procédure litigieuse, pour les raisons que nous venons de dire.

Le moyen tiré de ce que le conseil municipal se serait prononcé sur le principe de la concession en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-4 du CGCT est doublement inopérant. D'une part, parce que ces dispositions instituent une délibération du conseil municipal sur le principe de toute délégation de service public et que l'objet du présent contrat n'est pas, comme nous l'avons dit, de déléguer un service public mais seulement de concéder un service (*Ass*, 4 novembre 2005, *Sté Jean-Claude Decaux* ; 5 février 2018, *ville de Paris et SOMUPI*, précitées). D'autre part parce que la méconnaissance de ces dispositions, seraient-elles applicables, ne constitue pas une méconnaissance des règles de transparence et de mise en concurrence qui peuvent seules être utilement invoquées devant le juge du référé précontractuel.

La société évincée fait en dernier lieu valoir que la durée prévue par le contrat, de 10 ans, serait trop longue au regard des dispositions du II de l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concessions qui prévoient que « *Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour*

l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. » La question de la durée d'un contrat peut être soumise au juge du référé précontractuel si elle est de nature à restreindre l'accès à la commande publique. Mais en l'espèce la société évincée se borne sur ce point à rappeler la durée du contrat sans établir qu'elle excéderait le temps raisonnablement escompté par la concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements, s'en prévalant plutôt au soutien de son argumentation de l'absence de risque d'exploitation. Si, dans un mémoire en réplique présenté devant vous, elle ajoute que le caractère excessif de cette durée résulterait de ce que le contrat prévoit un remplacement des mobiliers urbains électroniques au bout de 5 ans qui seraient donc nécessairement amortis à cette échéance, ce nouvel argument n'est pas plus convainquant : non seulement l'obligation de remplacer des ouvrages n'implique pas qu'ils seront amortis, mais surtout elle ne concerne qu'une partie des installations objet du contrat.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande présentée par la sté Girod Médias au juge des référés du TA de Melun ainsi qu'au rejet de ses conclusions au titre des frais exposés devant vous, puisqu'elle est partie perdante ; Vous pourrez en revanche mettre à sa charge le versement à la commune de Saint-Thibault-des-Vignes d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposés devant vous et devant le JRTA.

- A ce que vous prononciez un non lieu à statuer sur le pourvoi de la sté Philippe Védiaud publicité et au rejet de ses conclusions au titre des frais de l'instance puisque n'ayant pas soulevé le moyen retenu pour annuler l'ordonnance, il n'a en rien contribué à obtenir ce qu'il demandait.