HAL
open science

Extension du réseau Vélib'.

Catherine Prebissy-Schnall, Edwin Tachlian-Degras

To cite this version:

Catherine Prebissy-Schnall, Edwin Tachlian-Degras. Extension du réseau Vélib'.. Contrats Concurrence Consommation, 2008. hal-01879585

HAL Id: hal-01879585

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01879585v1

Submitted on 24 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Extension du réseau Vélib' : CE, 11 juillet 2008, Ville de Paris c/ Sté Clear Chanel », *Contrats Concurrence et Consommation*, août-sept. 2008, comm. n° 202.

Catherine Prebissy-Schnall, Edwin Tachlian-Degras

L'extension du réseau « Vélib' » en dehors du territoire parisien est un simple avenant au contrat initial conclu entre la ville de Paris et la société Somupi, filiale de JC Decaux.

CE, 11 juill. 2008, req. n° 312354 , Ville de Paris c/ Sté Clear Chanel : JurisData n° 2008-073859

Dans un arrêt du 11 juillet 2008, le Conseil d'État chante le couplet final de la longue bataille juridique entre la ville de Paris/JC Decaux et la société Clear Channel, candidate malheureuse à l'attribution du marché public de mobiliers urbains et de fourniture de stations vélos en libre-service conclu avec l'entreprise Somupi, filiale de JC Decaux.

L'attribution de ce marché, dont on mesure pleinement l'enjeu politique et économique, a créé un rapport de forces particulier entre JC Decaux et la société Clear Channel qui a choisi de se positionner fermement en initiant un contentieux à l'encontre de la décision de la Ville de Paris d'étendre le système Vélib' en dehors des limites de la capitale par simple voie d'avenant au contrat initial. Par une ordonnance de référé précontractuel rendue le 2 janvier 2008, le tribunal administratif de Paris a annulé la délibération litigieuse et a requalifié l'avenant de nouveau contrat, obligeant ainsi à passer un nouveau marché public avec publicité et mise en concurrence pour étendre le réseau de vélos.

Mais la volonté politique forte d'instaurer les nouvelles stations de vélos en banlieue, avant la fin de l'année 2008, se marie mal avec la nécessité de lancer une nouvelle procédure de commande publique (qui se serait sans doute accompagnée d'un nouveau recours contentieux : sur la fréquence du contentieux en matière d'attribution de marchés de mobiliers urbains : *Contrats, conc. consom. 2007, comm. 96*). La ville de Paris a donc saisi le Conseil d'État d'un pourvoi en cassation contre l'ordonnance rendue. Et le verdict est pour le moins inattendu car s'il considère que le tribunal administratif a inexactement qualifié l'avenant, son raisonnement juridique se singularise par rapport à celui des premiers juges dans la mesure où il occulte la difficulté principale de ce litige qui tenait au lieu d'exécution des prestations. En effet le juge des référés avait qualifié l'avenant de nouveau contrat en tranchant la question de savoir si l'extension du lieu d'exécution des prestations en dehors de Paris pouvait ou non être regardée comme accessoire au marché initial (cf. *TA Paris, 2 janv. 2008 : Contrats, conc. consom. 2008, comm. 160*). Le raisonnement se fondait ainsi sur la modification de l'objet du contrat initial.

Le Conseil d'État se fonde quant à lui sur trois motifs pour écarter la qualification de marché nouveau en raison d'un changement d'objet : l'identité de nature entre la prestation initiale et la prestation complémentaire, la portée limitée de l'extension (seule une trentaine de communes limitrophes ou très voisines de Paris comprises à l'intérieur d'une couronne de 1 500 mètres de largeur étant concernées), et l'absence de mise en place d'un service distinct destiné aux déplacements dans les communes limitrophes. Concernant l'économie du contrat, il relève que le déploiement d'une flotte de vélos supplémentaires était prévu dans les stipulations du

marché initial (sans préciser qu'il s'agissait, par ce complément, de mieux couvrir l'ensemble du territoire parisien) et qu'une augmentation par avenant de 8 % du prix du marché n'était pas susceptible d'être regardée comme bouleversant l'économie du contrat.

Au cœur de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 11 juillet 2008 se trouve ainsi la problématique de l'avenant, instrument doté d'une grande souplesse mais dont l'utilisation, dans la pratique, réclame des éléments nécessaires de rigidité afin de préserver les règles du jeu de la concurrence. La modification par avenant « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles » *(manuel d'application du Code des marchés publics, pt 14.7)*. Si les conditions de conclusion d'un avenant semblent claires, des zones d'ombres se sont créées au motif que la frontière entre le changement de l'objet initial du marché et le bouleversement de son économie initiale n'est pas toujours facile à tracer (1). Mais c'est arrêt témoigne également de la difficile application des règles du Code des marchés publics à ce montage contractuel particulier qui associe le contrat de publicité avec celui des vélos (2).

1. Qualifier l'avenant : un jeu d'équilibriste

Le mouvement argumentatif suivi par le Conseil d'État témoigne de la difficulté de la qualification de l'avenant. Le discours juridique est, en effet, cadencé par l'utilisation de termes synonymes : « portée limitée » et « extension réduite », « complément » et « supplémentaire » ou encore « uniquement » et « essentiellement ». Ces indicateurs permettent de qualifier juridiquement les faits de telle sorte que l'extension par simple voie d'avenant soit reconnue possible. L'authenticité d'un avenant s'appuie en effet sur son caractère accessoire, complémentaire, à la marge du contrat initial. Or, si la persuasion naît de la valeur logique des développements, le canevas de la motivation n'apparaît pas avec netteté dans cet arrêt dans la mesure où la Haute juridiction ne détruit pas l'argumentation des premiers juges. Elle contourne en effet le problème de la modification du périmètre contractuel.

De quelle manière ? Il n'est pas judicieux d'examiner, point par point, les raisons consacrant l'existence de l'avenant puisqu'elles participent de manière interdépendante à la démonstration de l'absence de nouveau contrat. Mais plusieurs remarques s'imposent.

La première remarque est que le Conseil d'État qualifie l'acte d'avenant en se fondant tout d'abord sur l'absence de modification de l'objet du contrat. Or, à la lecture du quatrième considérant, la « portée limitée du complément » ou encore « l'extension réduite du service public » s'attache davantage à démontrer l'absence de bouleversement de l'économie du contrat. Cette notion ne doit plus être entendue dans un sens restrictif de données financières du contrat mais au contraire dans un sens plus large qui interdit que « les conditions initiales de la compétition puissent être bouleversées en cours d'exécution du contrat et ceci en rendant cette exécution plus facile ou plus rentable ». *(J.-F. Sestier, Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat : BJCP, n° 7, nov. 1999, p. 575)*. Cette notion est donc liée au principe d'égalité des candidats dans une procédure de mise en concurrence.

En l'espèce, une extension du service public parisien de vélos en libre-service sur une largeur de 1 500 mètres autour de la capitale représente plus de 20 % d'augmentation du volume par rapport au marché initial. Elle s'accompagne, en outre, d'une modification du prix en prévoyant le financement du déploiement en banlieue par le versement par la ville de Paris d'une somme de 7 millions d'euros par an. Ce montant, négocié avec JC Decaux, implique soit que la capitale finance à 100 % l'installation des vélos dans une commune limitrophe et garde l'intégralité des recettes de location, soit que la commune limitrophe participe à hauteur de 30 % et reçoit un pourcentage équivalent des recettes.

Mais à partir de quelle proportion une modification de la rémunération constitue-t-elle un bouleversement ? Dans notre affaire, le Conseil d'État considère que l'extension du réseau entraîne un surcoût par rapport au prix initial du marché de 8 % maximum et qu'ainsi l'avenant n'a pas pour effet de bouleverser l'économie du marché initial (l'augmentation n'atteint pas, en effet, les seuils de 15 % à 20 % du prix du marché à partir desquels l'économie du contrat peut être considérée comme bouleversée). Dans son appréciation, il ne prend donc pas en compte le changement de la rémunération de l'entreprise de mobilier urbain dont la prestation n'est plus financée par compensation par les recettes publicitaires liées à l'exploitation des espaces publicitaires du mobilier urbain mais par le versement d'un prix.

La deuxième remarque est que le Conseil d'État adopte un positionnement très différent de ce qu'a décidé le tribunal administratif puisqu'il ne tranche pas la question sous l'angle du lieu d'exécution géographiquement différent de celui du marché initial mais uniquement sous l'angle de la prestation. Or, le lieu d'exécution est intrinsèquement lié à la détermination de l'objet du contrat. Aux termes de l'article 6 du Code des marchés publics, les prestations qui font l'objet d'un marché sont, en effet, définies, par des spécifications techniques formulées notamment « en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles ». Et celles-ci doivent être « suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ». Si on combine la lecture de cet article avec celle de l'article 5 du même code, il apparaît évident que l'expression préalable et précise du besoin revêt une importance fondamentale car elle permet non seulement de faire jouer la concurrence dans les meilleures conditions possibles mais aussi de s'assurer ultérieurement de la bonne exécution du marché public.

Comme le souligne la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les délégations de service public (MIEM) dans son 6e rapport d'activité (p. 35) : « Modifier l'objet du marché revient à changer les prestations, leur consistance, décider de travaux non prévus initialement, changer les spécificités techniques, les matériaux prévus à l'origine ou leur mise en œuvre. Si de menues modifications peuvent intervenir dans un projet, elles ne doivent pas contrevenir au principe d'égalité qui doit s'imposer entre les candidats. C'est dire que ces modifications du marché ne seront régulières que dans l'hypothèse où elles n'auraient en rien changé la dévolution du marché si elles avaient été initialement incluses dans le cahier des charges ».

On peut donc s'interroger sur l'authenticité de l'avenant litigieux : au regard du principe d'égalité entre les candidats, tout d'abord car le fait d'accorder à JC Decaux une masse de travaux supplémentaires, si elle avait été connue des autres participants à la consultation initiale, aurait été susceptible de modifier leurs offres ; au regard de l'identité de nature des prestations concernées ensuite car comme l'indique le commissaire du gouvernement Boulouis dans ses conclusions, « il n'y a pas d'un côté un processus tendant à dessiner l'objet avec la plus grande précision possible dans le but d'une optimisation de la mise en

concurrence, de l'autre un objet qui se réduirait à la nature d'une prestation sommairement décrite ».

L'objet d'un marché n'est pas modifié si les prestations prévues par avenant sont de même nature que celles prévues par le marché initial. Comme le souligne Laurent Richer, « un contrat est nouveau si son objet n'est pas fongible par rapport à celui du contrat initial » *(Laurent Richer, Droit des contrats administratifs : LGDJ, 6e éd., p. 244)*. Ainsi il prend l'exemple d'un avenant étendant la mission d'un concessionnaire de parc de stationnement en lui attribuant la gestion d'un autre parc pour illustrer le contrat nouveau.

Le critère du changement de l'objet renvoie également à celui de la dissociabilité (cf. C. Bergeal, concl. sous *CE, 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dome, req. n° 173025 : BJCP, n° 1, nov. 1998, p. 37)*. En l'espèce, le Conseil d'État semble établir ce diagnostic de dissociabilité puisqu'il précise que l'avenant ne met pas en place un service « distinct » destiné aux déplacements dans les communes limitrophes. En cas de mise en place d'un tel service de transport, l'avenant viendrait alors fausser « rétroactivement » l'attribution du marché à raison de l'importance des prestations nouvelles accordées.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a-t-il procédé à un changement de nature des prestations par avenant ?

Pour l'attribution du marché initial, la Ville de Paris avait rompu, avant l'échéance fixée à 2010, le contrat de gestion des panneaux publicitaires détenu depuis 1976 par la société JC Decaux. En le soumettant ainsi à une nouvelle mise en concurrence, la municipalité parisienne a replacé le marché du mobilier urbain au cœur d'enjeux économique, juridique et politique importants qui se sont manifestés à travers le choix de coupler le marché public des vélos en libre-service avec le marché de mobiliers urbains d'information de la ville de Paris. S'inspirant du montage contractuel utilisé pour les locations de vélos à Lyon, le marché public initial prévoit le financement des stations de vélos par les recettes publicitaires tirées de l'exploitation du mobilier urbain. La ville de Paris, quant à elle, perçoit une redevance de 3,5 millions d'euros versée par Decaux et perçoit directement et intégralement le montant des locations de vélos et des abonnements versés par les usagers. Cependant, en cas de mise en place de stations supplémentaires, le pouvoir adjudicateur devait financer l'opération. Prévoyant finalement que cette implantation de nouvelles stations aurait lieu sur le territoire des communes limitrophes, la délibération DVD 268 adoptée le 19 décembre 2007 par le Conseil de Paris a autorisé le maire à signer un avenant n° 1 à ce marché et à signer des conventions d'occupation domaniale avec d'autres communes, afin d'y installer 300 stations (le prix de l'implantation de ces stations supplémentaires hors de Paris est évalué à 7 millions d'euros).

Le premier avantage de la qualification d'avenant pour les parties, mais aussi pour les communes de banlieue, est financier puisque la ville de Paris prend en charge le coût d'installation des stations supplémentaires et le coût de fonctionnement des vélos (7 millions d'euros par an versés au prestataire JC Decaux). Contrairement au marché initial, le financement des stations supplémentaires n'est pas assuré par les recettes publicitaires tirées de l'exploitation du mobilier urbain. Les communes limitrophes n'ont donc pas attribué à Decaux les marchés de l'affichage publicitaire pour pouvoir bénéficier du dispositif parisien. Cette déconnexion entre le marché du vélo et celui du mobilier urbain transforme la nature des prestations. Dans le marché initial, la prestation pouvait se résumer en « un vélo contre un panneau d'affichage » tandis que dans l'avenant, la prestation de service Vélib' devient

indépendante de la publicité et se transforme en un service public distinct du dispositif parisien. Il est donc difficile d'admettre que l'avenant ne modifie pas l'objet du contrat initial.

La motivation de la Haute juridiction aurait été plus convaincante si elle avait empruntée à l'argumentaire des publicitaires qui raisonnent en termes d'agglomération, d'unité urbaine plus qu'en termes de commune. En effet, en droit de l'affichage, la notion d'agglomération est plus extensive *(C. env., art. L. 581-1 et s.)*. La jurisprudence administrative fait apparaître comme agglomération la zone d'habitat continu. Ainsi un panneau publicitaire au-delà des plaques d'agglomération ne sera pas en infraction si l'habitat continu se prolonge au-delà de la plaque *(CE, 19 avr. 2000, SARL Affipub, req. n° 168.166 : RJEP 3/2001, p. 48*0). En faisant le parallèle avec notre affaire, le Conseil d'État aurait pu considérer que l'implantation de stations vélos supplémentaires uniquement sur la partie du territoire d'une trentaine de communes limitrophes ou très voisines de Paris comprise à l'intérieur d'une couronne de 1 500 mètres de largeur affecte l'ensemble de l'agglomération parisienne. En utilisant le terme d'agglomération, familier aux professionnels du secteur de l'affichage et du mobilier urbain et dont on sait que la réalité est difficile à cerner, le Conseil d'État aurait non seulement pu justifier le déploiement de stations de vélos autour de Paris par avenant mais aussi et surtout répondre au problème du périmètre contractuel soulevé par les premiers juges. Un tel raisonnement se heurte néanmoins à d'autres problématiques : celle de la compétence du STIF (autorité organisatrice des transports publics de Paris et de sa région) dès le lancement de l'appel d'offres initial, la reconnaissance d'une spécificité institutionnelle du Grand Paris afin de permettre de partager la richesse économique sur ce périmètre *(Observatoire de la décentralisation, Perspectives d'évolution institutionnelle du Grand Paris : avr. 2008)* ou encore le problème de la contrepartie du marché de vélos qui est l'exploitation du mobilier urbain (doit-on nécessairement faire le lien entre les deux ? N'y a-t-il pas une contradiction à financer les vélos par la publicité pour ensuite diminuer la place de cette dernière dans l'espace public ?).

En définitive, la manière dont le Conseil d'État met en œuvre le critère du changement d'objet est délicate et fermement critiquable puisqu'elle se mêle à l'appréciation du critère du bouleversement économique du contrat permettant ainsi d'éviter d'aborder précisément le problème de la modification du périmètre contractuel.

Plus largement, l'extension du dispositif Vélib' et le contentieux y afférent illustrent bien l'inadaptation de la réglementation des marchés publics aux contrats de mobiliers urbains couplés avec la mise en place des vélos. Il se peut, en effet, qu'aucun des deux critères – ni celui de l'objet de l'avenant ni celui du bouleversement de l'économie contractuelle, ne permette de conclure à « l'existence d'une altération qui excéderait une simple modification de l'économie originelle » *(L. Vidal, L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* : *éd. Bruylant 2005, p. 682)*.

Le problème essentiel vient de la nature du marché public initial ou plutôt de son hétérogénéité puisque les prestations concernent tant le secteur des transports que celui de l'affichage publicitaire et du mobilier urbain. Or, il fait l'objet d'un encadrement par le Code des marchés publics qui n'est pas adapté à ces types de particularités.

2. Un encadrement difficile du montage contractuel « vélos-publicité » par le Code des marchés publics dont le respect ne garantit pas le jeu d'une concurrence libre

On se souvient de l'analyse juridique controversée quant à la qualification juridique à retenir concernant les contrats de mobiliers urbains (marché public ? délégation de service public ? simple concession domaniale ?) et de leur entrée difficile dans la sphère concurrentielle *(E. Tachlian-Degras, La catégorisation des contrats de la commande publique : Mémoire du Master2 « Concurrence et régulation des marchés », Université Paris X Nanterre, juin 2008).* Cette évolution vers davantage de transparence semble pourtant freinée par l'arrivée du concept de vélos en libre-service avec une contrepartie publicitaire.

Fallait-il lier la gestion des stations vélos à l'exploitation des panneaux d'affichage urbain ? D'un point de vue économique, certainement : la ville de Paris n'assure ni la logistique du réseau de location, ni la prise en charge des dépenses d'investissement et d'entretien puisque c'est l'exploitant qui finance le dispositif à Paris *intra muros*. Mais du point de vue de l'intensité concurrentielle, certainement pas : la collectivité aurait davantage gagné en termes de transparence, d'égalité des candidats et de respect de la concurrence à dissocier les marchés. En effet, seuls les afficheurs ont pu postuler créant ainsi un climat de concurrence très restreint.

Suite à la décision du Conseil d'État, comment les communes limitrophes vont-elles continuer la démarche de partenariat engagé avec Paris ?

Dans la mesure où l'avenant ne prévoit que le déploiement d'un nombre maximum de trois cents stations supplémentaires dans une bande de 1 500 mètres de large autour de Paris et la mise à disposition des 4 500 vélos correspondant à ces stations nouvelles, le dispositif mis en place ne peut pas satisfaire, dans chacune des trente communes concernées, les attentes immédiates des citadins. Ainsi, certaines municipalités ont déjà lancé des appels d'offre pour l'installation de nouvelles stations. Elles ont le choix soit de passer uniquement un marché du vélo en libre-service soit de s'inspirer du modèle parisien en couplant le marché du vélo avec celui de l'affichage publicitaire. Cette dissociation ou au contraire cette liaison entre les deux marchés relève du pouvoir discrétionnaire de la collectivité puisqu'aucune raison ne justifie cette collusion.

Dans la première hypothèse, si le contrat de vélos n'est plus lié à celui de la publicité, la concurrence devrait, en principe, reprendre sa place et proposer des systèmes de vélos distincts mais compatibles avec le dispositif parisien. L'exemple d'Orléans est éclairant puisque la mise en place de vélos en libre-service n'a pas été associée à des espaces publicitaires et ni Decaux ni Clear Channel n'ont donc soumissionné. La deuxième hypothèse est certes beaucoup moins concurrentielle (seuls les deux géants de l'affichage publicitaire pourraient répondre) mais elle offre deux avantages : le moindre coût pour la collectivité qui n'a qu'à mettre à disposition ses surfaces publicitaires et l'attractivité du dispositif très populaire (plus de 26 millions de location enregistrées en un an à Paris pour Vélib') permettant aux exécutifs locaux de gagner des points aux prochaines élections.

Ainsi une municipalité limitrophe de Paris pourra bénéficier de l'extension du réseau parisien préexistant et, si elle juge cette extension insuffisante, lancer un nouveau marché pour la construction de stations supplémentaires : les bornes vélib' seront financées par la ville de Paris tandis que les nouvelles bornes seront financées par l'exploitant choisi par la commune. Une telle perception des choses, si elle se marie bien avec le respect des principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures, impartialité) est peut-être un peu trop idyllique si on tient compte de la réalité actuelle : le groupe Decaux a, en effet, une nouvelle fois emporté le

marché proposé par huit communes du département 93 pour installer 50 stations et 450 vélos. Un marché public verrouillé à Paris et verrouillé en banlieue ? Quand bien même la collectivité qui projette une extension du maillage sur son territoire, respecterait les règles applicables à l'opération de dévolution du marché public, l'entreprise Decaux sera mieux placée pour l'emporter, par son savoir-faire, sa position de quasi-monopole sur le marché de mobilier urbain dans le Grand Paris et, surtout, parce qu'elle détient le réseau existant. Cela supprime tout problème de compatibilité entre les réseaux des différents opérateurs, réduisant ainsi les coûts et permettant de profiter d'économies d'échelle. Si l'interopérabilité est au contraire imposée par le choix d'un autre candidat que Decaux, elle aura un coût important (coût d'accès à la technologie, partage des fichiers clients, investissement du nouvel entrant...) qui se répercutera sur l'usager. En considération de tous ces éléments, il semble évident qu'au moment du lancement des appels d'offres, seul Decaux pourra proposer un prix inférieur pour une qualité de prestation déjà connue à travers le réseau existant. Dès lors, l'offre de Decaux ne serait-elle pas, *de facto*, l'offre économiquement la plus avantageuse ?

En considérant que l'avenant remplit les conditions fixées par l'article 20 du Code des marchés publics, le Conseil d'État s'est davantage soucié des avantages attendus d'une telle qualification en termes de coûts et de stratégie de pouvoirs que du strict respect de la réglementation de la commande publique.

Mots clés : Règles de concurrence et marchés publics,Mobilier urbain,Notion de bouleversement économique du marché