

TÉLÉVISION PUBLIQUE LOCALE

Mise en concurrence pour externalisation

L'ESSENTIEL

■ Désignation d'un tiers

Si les collectivités peuvent désigner un tiers pour assurer la gestion d'un service public de télévision locale ou service audiovisuel, aucun texte ne précise dans quelles conditions procédurales doit avoir lieu cette désignation.

■ Marché public ou DSP

Le contrat d'objectifs et de moyens n'est, a priori, susceptible de recevoir la qualification que de deux catégories de contrat soumis par un texte à des obligations procédurales de concurrence : le marché public et la délégation de service public.

■ Principes communautaires de la concurrence

En toute hypothèse, les collectivités territoriales n'obtiendront pas pour autant carte blanche pour choisir librement leur gestionnaire et devront respecter les principes communautaires de concurrence.

UNE ANALYSE DE

Olivier METZGER et Kevin PICAVEZ, avocats à la cour, cabinet Seban et associés

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques et les services de communication audiovisuelle, les collectivités territoriales ont la faculté, en application de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), d'intervenir en matière de communication audiovisuelle.

Les collectivités peuvent ainsi éditer et gérer elles-mêmes un service public de télévision locale. Bien souvent, les collectivités préféreront faire appel à un tiers, professionnel de l'audiovisuel. Pour ce faire, le tiers et la collectivité doivent, selon ce texte, conclure un contrat d'objectifs et de moyens, pour une durée comprise entre trois et cinq ans, lequel a pour finalité, d'une part, de définir les missions que le tiers devra assurer et, d'autre part, ses conditions de mise en œuvre.

Si les collectivités peuvent désigner un tiers pour assurer la gestion du service audio-

visuel, ni l'article L. 1426-1 du CGCT, ni les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de ces dispositions ne précisent dans quelles conditions procédurales doit avoir lieu cette désignation. La conclusion d'un contrat d'objectifs et de moyens peut-elle permettre aux collectivités de sélectionner un tiers de façon discrétionnaire, ou bien faut-il respecter une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable ?

Le juge administratif n'est en effet pas tenu par la qualification que les parties donnent à un contrat et pourrait donc y déceler l'existence d'un contrat soumis par un texte à une procédure de publicité et de mise en concurrence (*lire I*).

En tout état de cause, les principes généraux de la concurrence devraient imposer le respect d'un minimum de transparence dans la désignation du tiers chargé du service (*lire II*).

I. Une mise en concurrence imposée par un texte ?

Le contrat d'objectifs et de moyens n'est, a priori, susceptible de recevoir la qualification que de deux catégories de contrat soumis par un texte à des obligations procédurales de concurrence. Il s'agit des marchés publics (*lire A*) et des délégations de service public (*lire B*).

A- Champ d'application du Code des marchés publics

La qualification de marché public n'est pas exclue s'agissant des contrats d'objectifs et de moyens conclus dans le cadre de l'article L. 1426-1 du CGCT. Pour que les conditions énoncées par l'article 1^{er} du Code des marchés publics (CMP) soient remplies, il suffit en effet que le tiers à qui la mission de gérer le service public de télévision locale est confiée

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO du 10 juillet 2004.
- Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L. 1426-1.

soit directement rémunéré par la collectivité avec qui le contrat est passé. Mais même lorsque ce contrat constitue matériellement un marché public, sa soumission au CMP ne semble pas être de rigueur. L'article 3-4° du Code des marchés publics, qui se borne

À NOTER

Les contrats d'objectifs et de moyens de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales, citant l'édition et la gestion du service, paraissent faire référence à la définition ou à l'orientation d'une ligne éditoriale.

à transposer l'article 16 de la directive communautaire 2004/18 du 31 mars 2004, exclut du champ d'application dudit Code les contrats « ayant pour objet l'achat, le développement,

la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ».

Certes, il paraît possible de s'interroger sur la parfaite similitude entre ce que le Code des marchés publics vise en son article 3-4°, à savoir « l'achat, le développement, la production ou la co-production » ou encore « les marchés concernant les temps de diffusion » et les contrats d'objectifs et de moyens de l'article L. 1426-1 du Code général des collectivités territoriales qui, citant l'édition et la gestion du service, paraissent plutôt faire référence à la définition ou à l'orientation d'une ligne éditoriale.

Cette distinction paraît toutefois pouvoir être relativisée. En effet, même si le contrat d'objectifs et de moyens se bornait à fixer une ligne éditoriale, cela relèverait encore bien de la volonté de favoriser « le développement [...] de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion ». Du reste, l'un des considérants introductifs à la directive 2004/18/CE, lesquels ont pour finalité de faciliter son interprétation, semble confirmer, a contrario, cette analyse. Le considérant 25 de la directive précise en effet que l'exclusion prévue à l'article 16 « ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes ». La création même d'une télévision publique locale, maillon essentiel permettant le développement de programmes destinés à la diffusion, n'est donc pas écartée de l'exclusion du Code.

En définitive, si le juge administratif n'a encore jamais eu à se prononcer sur ce point, il nous semble que le contrat d'objectifs et de moyens de l'article L. 1426-1 du CGCT entre dans le champ d'application de l'article 3-4° du CMP. La passation d'un tel contrat n'est donc pas soumise au CMP, sauf bien sûr à ce que la collectivité décide de s'y soumettre volontairement comme elle en a la possibilité, à l'exception de l'hypothèse où le contrat constitue une délégation de service public (1).

B- Soumission possible au droit des délégations de services publics

La qualification en DSP (*CGCT, art. L. 1411-1 et s.*), qui implique pour sa passation des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence, paraît en revanche beaucoup moins improbable. Trois conditions doivent être remplies pour ce faire.

La première tient à l'existence d'un service public délégable, c'est-à-dire susceptible d'être assumé par un tiers. Cette condition ne fait pas difficulté puisque l'article L. 1426-1 du CGCT est placé directement dans la partie du code relative aux services publics locaux et qualifie expressément le service audiovisuel de service public facultatif, susceptible d'être assumé par un tiers. A défaut de texte en disposant autrement (2), le fait que le service audiovisuel soit traité dans une partie à part du CGCT, après celle relative au régime général des DSP, n'empêche pas la qualification de DSP.

Deuxième condition, il faut évidemment que l'activité soit véritablement déléguée à un tiers, l'autorité délégante demeurant alors autorité organisatrice du service et disposant à cet effet, dans les conditions du contrat, d'un pouvoir de contrôle important sur les conditions d'exploitation du service. La compatibilité de cette condition avec le contrat d'objectifs et de moyens pourrait s'avérer difficile. En effet, un contrat confiant des missions accessoires au service d'édition du service de télévision locale, sans identifier précisément des missions de service public et les moyens de contrôler leur exécution, ne pourrait a priori que difficilement constituer une délégation de service public. En outre, l'article L. 1426-1 du CGCT rappelle que la convention conclue entre la collectivité et le gestionnaire est annexée au contrat

que ce dernier signe avec le CSA. Or, selon la convention type du CSA, le seul responsable de la ligne éditoriale des émissions diffusées est normalement l'éditeur lui-même. Cette particularité est difficilement conciliable avec l'obligation du délégant de demeurer autorité organisatrice du service. On peut toutefois estimer que le pouvoir de l'autorité délégante ne s'exerce que sur le respect de la ligne éditoriale générale de la chaîne que s'engage à respecter l'éditeur dans son contrat d'objectifs et de moyens et non sur la ligne éditoriale de chacun des programmes de la chaîne. Au cas contraire, la collectivité territoriale qui confierait à un tiers la gestion de sa télévision publique locale ne pourrait avoir strictement aucun contrôle sur son contenu.

Enfin, la dernière condition tient à ce que le délégataire doit se rémunérer substantiellement par le résultat de son exploitation. Il n'existe pas de seuil prédéterminé à satisfaire. Que le délégataire assure les recettes à hauteur de 30 % (3) ou bien de 10 % (4) que les recettes proviennent ou non de l'usage final (5), ce qui compte en réalité au re-

À NOTER

En matière télévisuelle, le critère de rémunération du délégataire pourrait être rempli dès lors que l'opérateur ne se voit pas octroyer une subvention publique trop importante et qu'il se rémunère substantiellement au travers, par exemple, de recettes publicitaires.

gard de la jurisprudence interne (6) et communautaire (7) la plus récente, c'est que le délégataire assume véritablement le risque d'exploitation. En matière télévisuelle, tel pourrait être le cas dès lors que l'opérateur ne se voit pas octroyer une subvention publique trop importante et qu'il se rémunère substantiellement au travers, par exemple, de recettes publicitaires.

Si, théoriquement, la qualification en DSP est envisageable, il reste à déterminer au cas >

(1) CE 20 oct. 2006, Cne Andeville, Lebon p.434.
 (2) CE 6 avr. 2007, Cne Aix-en-Provence, req. n°284736.
 (3) CE 30 juin 1999, SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marne, req. n°198147.
 (4) CAA Marseille 5 mars 2001, Dpt Var, req. n°99MA01751 et n°99MA01752.
 (5) CE 28 juin 2006, Synd. intercommunal d'alimentation en eau moyenne vallée du Gier, req. n°288459.
 (6) CE 19 nov. 2010, Dingreville, req. n°320169; CE 5 juin 2009, Sté Avenance, req. n°298641.
 (7) C.J.C.E. 10 sept. 2009, aff. C-206/08, Wasser c/ Eurowasser.

■ ■ ■ par cas s'il s'agit d'un mode de gestion pertinent. Les obstacles pratiques ne devraient pas manquer.

Sans viser l'exhaustivité, il faut d'abord que le projet soit économiquement viable pour le gestionnaire. Cela devrait être un obstacle important, mais pas dirimant. Preuve en est s'agissant de la chaîne locale diffusée dans les Yvelines, TV Fil 78, pour laquelle la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France a qualifié le contrat d'exploitation de DSP (8).

À NOTER

Dans la pratique, mais également sur un plan juridique, la requalification d'un contrat d'objectifs et de moyens en délégation de service public n'est en rien une évidence: il s'agira là d'une analyse au cas par cas.

Par ailleurs, en DSP, lorsque des investissements sont exigés du délégataire, la durée du contrat est normalement intimement liée à celle de leur amortissement. Comment,

dans ces conditions, exiger d'un délégataire qu'il assume de lourds investissements lorsqu'aux termes des dispositions du CGCT la durée du contrat d'objectifs et de moyens ne saurait excéder trois à cinq ans?

Ainsi, dans la pratique, mais également sur un plan juridique, la requalification d'un contrat d'objectifs et de moyens en délégation de service public n'est en rien une évidence. Il s'agira là d'une analyse au cas par cas qui débutera nécessairement par la première question de l'initiative privée ou publique du projet.

Si l'initiative du contrat provient de la personne privée, la collectivité territoriale n'est qu'intéressée par le projet et le spectre de la requalification en contrat de délégation de service public s'éloigne, ce d'autant plus si le pouvoir de contrôle de la collectivité territoriale est limité à la bonne utilisation des deniers publics qu'elle pourrait verser.

II. Principes communautaires de la concurrence

Quand bien même le contrat d'objectifs et de moyens ne serait pas susceptible d'être qualifié de DSP, les collectivités territoriales n'obtiendraient pas pour autant carte blanche pour choisir librement leur gestionnaire. En effet, dès lors que l'attribution d'un tel contrat d'objectifs et de moyens est susceptible d'intéresser plusieurs opérateurs économiques sur le marché, les principes généraux de concurrence qui irriguent le traité de l'Union européenne, notamment le principe de transparence, devraient imposer un degré minimum de publicité et de mise en concurrence avant son attribution (9).

Sur cette base, le juge administratif a censuré des attributions de conventions effectuées de gré à gré, alors même que leur passation n'était soumise à aucune obligation au titre de la loi Sapin ou du Code des marchés publics.

Ce fut le cas pour une convention publique d'aménagement (10) ou encore un mandat de gestion du domaine privé (11).

Si, malgré des décisions contraires de juridiction du fond, le Conseil d'Etat a réaffirmé la solution inverse s'agissant d'une convention d'occupation du domaine public (12), il n'est pas possible de faire de cette jurisprudence une lecture extensive au terme de laquelle, sauf texte contraire, aucune procédure préalable ne s'imposerait à l'attribution d'un contrat.

A minima, la collectivité devrait donc faire connaître, par une publication, son projet aux opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés et assurer une mise en concurrence loyale, effective et transparente se fondant sur des critères bien identifiés. Pour le reste, la collectivité dispose d'une assez grande liberté lui permettant soit de négocier dans un cadre précis qu'elle aurait préalablement défini, soit d'en appeler à l'initiative des opérateurs économiques intéressés au travers d'un appel à projets.

L'obligation de mettre en concurrence peut donc s'avérer être une contrainte, mais tout autant qu'une chance d'obtenir le meilleur projet éditorial envisageable pour l'image de la collectivité.

En conclusion, il est intéressant de noter que plusieurs collectivités territoriales ont fait le choix d'une telle mise en concurrence. C'est par exemple le cas de la ville de Cholet, ou encore du département de la Savoie.

Enfin, sur un plan pratique, l'articulation entre une procédure de mise en concurrence par une collectivité territoriale et l'intervention du CSA peut être source de difficulté.

Deux hypothèses doivent plus particulièrement être évoquées.

D'une part, une collectivité territoriale pourrait se demander quelle attitude adopter face à une situation dans laquelle une seule fré-

quence hertzienne aurait été attribuée par le CSA sur son territoire. Pourrait-elle se contenter de contracter de gré à gré avec l'attributaire de la fréquence hertzienne? Devrait-elle, au contraire, en tout état de cause, prévoir une mise en concurrence, quitte à l'élargir au non-hertzien, à supposer que l'égalité de traitement puisse être respectée entre ces deux types de candidats?

D'autre part, dans le cas où le CSA n'aurait encore attribué aucune fréquence sur le territoire d'une collectivité territoriale, celle-ci souhaitant soutenir un des candidats à cette attribution devrait, a priori, mettre en concurrence ces derniers pour une parfaite sécurité juridique de son intervention. Or, que se passerait-il si au final le CSA n'attribuait pas la fréquence au candidat bénéficiant du soutien de la collectivité en question? Pourrait-elle légalement conclure un contrat de gré à gré avec l'attributaire désigné par le CSA? Il nous semble que l'in-

À NOTER

A minima, la collectivité devrait donc faire connaître, par une publication, son projet aux opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés.

sertion d'une clause suspensive dans le contrat, s'il devait être signé en amont de la décision du CSA, serait une mesure de précaution indispensable.

Ces questions montrent bien les difficultés juridiques auxquelles les collectivités territoriales souhaitant développer un service de télévision publique locale peuvent aujourd'hui être confrontées. ■

(8) Rapport de la Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France daté du 24 avril 2007.

(9) C.JCE 7 déc. 2000, Teleaustria, aff. C-324/98.

(10) CAA Bordeaux 9 nov. 2004, Sogedis, req. n°01BX00381.

(11) TA Paris 30 mai 2007, préfet de Paris, req. n°0116131.

(12) CE 3 déc. 2010, Ville de Paris - Assoc. Paris Jean Bouin, req. n°338272, 338527. Lire Arnaud Charvin, «Domaine public: La liberté de choix de l'occupant consacrée», La Gazette des communes, 14 février 2011 p.46.