

Section

Séance du 23 mars 2007
Lecture du 6 avril 2007

CONCLUSIONS

La ville d'Aix-en-Provence a accordé en 1998, par deux délibérations successives, des subventions d'un montant total de 8 MF à l'association qui gère le festival international d'art lyrique qui se déroule chaque année dans la commune. Deux habitants et contribuables d'Aix ont attaqué ces délibérations devant le tribunal administratif de Marseille en invoquant de nombreuses illégalités dont les trois principales tenaient à la méconnaissance des règles de financement des services publics à caractère industriel et commercial (SPIC), à la méconnaissance des règles de délégation des services publics territoriaux et à la méconnaissance des règles qui encadrent les aides économiques des communes.

Le TA de Marseille a écarté tous ces moyens en jugeant que l'association était en charge d'un service public à caractère administratif, que ce service public ne relevait pas de la commune et qu'il ne pouvait donc pas être soumis aux procédures de mise en concurrence fixées par le code général des collectivités territoriales (CGCT), enfin, que les subventions contestées n'avaient pas été versées au profit d'une activité économique au sens des règles qui encadrent les aides économiques des collectivités territoriales. Le jugement a été annulé par l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel (CAA) de Marseille qui juge que si l'organisation du festival a bien le caractère d'une activité de service public administratif, il résulte de l'article L.1411-2 du CGCT que l'attribution, par une collectivité publique, de subventions à un organisme chargé de la gestion d'un service public ne peut être légalement décidée qu'à la condition qu'ait été conclue une convention de délégation de service public prévoyant l'octroi de ces subventions. Constatant l'absence, en l'espèce, de toute convention portant délégation du service public, la cour en a déduit que la commune d'Aix-en-Provence n'avait pas pu légalement décider d'allouer des subventions à l'association gestionnaire et elle a annulé les délibérations du conseil municipal.

La ville se pourvoit en cassation et les questions qui sont en jeu, dans un domaine qui intéresse de nombreuses collectivités publiques, ont justifié la saisine de votre formation de jugement.

Le moyen de cassation tiré de ce que les deux requérants de première instance n'avaient pas qualité pour agir, contrairement à ce qu'a jugé la cour, ne mérite pas de retenir votre attention et il faut se concentrer sur les erreurs de droit reprochées à la cour dans l'application de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin. Trois

1
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

erreurs sont invoquées, qui constituent autant d'angles d'attaque de la part de la ville : il est soutenu que les activités de l'association gérant le festival ne constituent pas un service public, que si l'existence d'un service public doit être admise, il ne peut s'agir que d'un service public national et non pas communal, enfin, qu'une association peut, en tout état de cause, être en charge d'une activité d'intérêt général sans que cette activité lui ait été déléguée par la collectivité publique selon les règles et procédures de la loi Sapin.

La contestation de l'existence même d'un service public peut être rapidement écartée. La ville tire argument de ce que l'association ne bénéficie d'aucune prérogative de puissance publique, ce qui est constant, mais cela ne suffit pas à exclure la qualification de service public comme l'a très clairement jugé la décision du 20 juillet 1990, Ville de Melun et assoc. «Melun-Culture-Loisirs » (n°s 69867 72160, Rec. p.220). Votre récente décision du 22 février 2007, Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541, à publier au Recueil, a confirmé ce précédent en jugeant que si une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée de prérogatives de puissance publique est assurément chargée de l'exécution d'un service public, l'existence d'un service public peut également être révélée, même en l'absence de telles prérogatives, par un faisceau d'indices relatifs aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées et aux contrôles exercés sur l'accomplissement de la mission dévolue.

En l'espèce, il n'y avait aucun doute au vu des pièces soumises aux juges du fond. Il est utile de détailler les éléments qui vous en convaincront, car l'appréhension de ces éléments sera nécessaire à l'examen des autres aspects du litige.

Le festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence est né il y a soixante ans par la volonté d'un mécène marseillais, la comtesse Lily Pastre, qui avait accueilli pendant l'occupation de nombreux artistes. C'est elle qui fit venir de Paris Gabriel Dussurget, en 1947, afin d'organiser un événement musical susceptible de redonner à Marseille un éclat artistique après la guerre. C'est un peu par hasard que le choix du lieu s'est porté sur la cour d'honneur de l'ancien archevêché d'Aix-en-Provence. Le succès rencontré par les premiers spectacles, *Così fan tutte* en 1948 puis *Don Giovanni* en 1949, et le talent des artistes ont rapidement conféré au festival une grande renommée. La ville d'Aix-en-Provence, le casino d'Aix, le département des Bouches-du-Rhône et, plus tard, la région Provence-Alpes-Côte d'azur, sont venus apporter leur soutien matériel et financier à l'association regroupant les animateurs du festival. La ville est rapidement devenue un membre actif et influent de l'association. A la fin des années 1980, l'association a rencontré de graves difficultés financières, résultant notamment d'une certaine désaffection du public. La ville, le département et la région ont alors décidé de prendre les choses en main de façon plus directe, pour sauver le festival, et ils ont constitué, avec des partenaires privés, une société d'économie mixte. Cette structure n'a pas obtenu les résultats escomptés et, en 1996, il a été nécessaire de dissoudre la SEM et de chercher une autre formule. Les nombreuses pièces du dossier soumis à la cour révèlent que c'est l'Etat, soucieux d'assurer la pérennité d'un grand événement culturel national sur le point de fêter son cinquantenaire, qui a inspiré le nouveau dispositif, en jouant le rôle de chef de file des collectivités publiques associées à la gestion du festival. Une nouvelle association a été créée ; son conseil d'administration est contrôlé par onze membres de droit désignés par les quatre collectivités associées, dont six par l'Etat. La réorganisation juridique s'est accompagnée d'un plan de financement reposant sur des engagements pluriannuels des

collectivités publiques et des apports de mécènes privés. Pour l'année 1998, au cours de laquelle ont été versées les subventions en litige, l'Etat a versé 15 MF à l'association, la ville 8 MF, le département 3 MF, la région 1,5 MF ; le casino d'Aix, partenaire historique du festival, a versé 5,5 MF et les entreprises privées sollicitées au titre du mécénat en ont versé près de 10. Le budget prévisionnel du festival était en 1998 de l'ordre de 60 MF, ce qui signifie que les participations des quatre collectivités publiques ont représenté un peu plus de 45% des recettes, les participations des mécènes, y compris le casino, un peu plus de 25%, le reste étant couvert par les recettes de billetterie et droits d'exploitation.

Il est exclu, au vu de ces éléments, de dénier à l'activité de l'association la qualification de service public. L'objet culturel poursuivi à titre principal, comme l'objet accessoire relatif au développement touristique de la Provence, constituent des activités d'intérêt général exercées pour le compte des personnes publiques impliquées et, tout particulièrement, de l'Etat auquel les statuts de l'association assurent le contrôle de l'association. Le faisceau d'indices mentionné par votre décision du 22 février dernier (Assoc. du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541) est suffisamment convergent pour surmonter l'absence de prérogatives exorbitantes du droit commun et vous avez déjà eu plusieurs occasions de reconnaître l'existence de services publics s'agissant d'organisation de spectacles (V. Sect., 24 janvier 1944, Léoni, n° 59847, p. 26; Sect. 12 juin 1959, Synd. des exploitants de cinématographes de l'Oranie, n°37883, p.363, s'agissant de théâtre ; 8 juin 1994, D..., n° 143272, Tp. 839, s'agissant de concerts et de spectacles ; 2 juin 1995, Ville de Nice, n° 123647, Tp. 685 et 1050, s'agissant d'un festival musical). La première erreur de droit est donc inexistante.

L'exposé des faits qui étaient soumis à la cour conduit en revanche à prendre plus au sérieux la deuxième erreur invoquée, qui résulte, selon la ville, d'une dénaturation des pièces du dossier s'agissant de l'identité de la personne publique responsable du service public. Le pourvoi soutient que, contrairement à ce qu'a jugé la cour, le service public culturel en cause n'était pas local mais national et cela correspond effectivement mieux à la réalité. Si c'est la ville d'Aix qui a organisé le festival à la fin des années 1980, c'est incontestablement l'Etat qui en a assumé la responsabilité, l'organisation et le financement principal à partir de 1998, en prenant l'initiative, sous l'impulsion du ministère de la culture, de créer une nouvelle association au sein de laquelle il joue un rôle prépondérant. Compte tenu de l'importance du festival et de son rayonnement international, il n'est d'ailleurs pas anormal qu'il soit considéré comme relevant plus d'une politique culturelle nationale que locale et la situation n'est pas sans rappeler celle du festival du cinéma de Cannes ou du festival de théâtre d'Avignon, deux manifestations dans lesquelles l'Etat est également très impliqué. Le tribunal administratif avait d'ailleurs lui même analysé la situation comme révélant un service public national et il ne serait pas impossible de juger que la cour a dénaturé le dossier en jugeant que le service public était communal et que, par suite, elle a commis une erreur de droit en censurant une méconnaissance du CGCT. On est cependant dans un cas où l'exercice des missions du service public culturel résulte d'un concours d'intérêts nationaux et locaux assez équilibrés. C'est une situation que les cadres juridiques traditionnels appréhendaient mal à l'époque où l'association a été créée, du fait de l'inadaptation du statut de droit commun de l'établissement public et des limites des groupements d'intérêt public (GIP), même culturels. Il a fallu attendre 2002 pour que le législateur crée, avec la loi n°2002-6 du 4 janvier 2002, la formule de l'établissement public de coopération culturelle, affinée en 2006 (V. art. L.1431-1 et s. du CGCT), alors pourtant que la conduite des politiques culturelles associe depuis de

nombreuses années l'Etat et les collectivités territoriales selon diverses formules de partenariat, telles que les chartes culturelles du milieu des années 1970 ou les contrats de plan régionaux. Vous hésitez probablement, dans ce contexte, à considérer qu'il y a eu dénaturation sur la collectivité responsable du service public.

Il est en tout état de cause aisé et souhaitable de retenir un autre terrain de cassation en accueillant le troisième moyen d'erreur de droit invoqué qui a trait au cœur du raisonnement juridique de la cour. L'arrêt juge, comme nous vous l'avons dit, que les subventions étaient illégales dès lors que l'association exerçait ses missions de service public sans qu'aient été respectées les règles de procédure applicables aux délégations de service public.

L'analyse repose sur une prémisse fautive, selon laquelle une personne privée ne pourrait exercer une activité de service public qu'en vertu d'une délégation intervenue sur le fondement de la loi Sapin.

C'est négliger, tout d'abord, qu'une telle activité de service public peut résulter d'un acte unilatéral de l'administration, tel qu'un agrément : voyez, s'agissant d'agréments relatifs au dépannage et au remorquage sur les autoroutes, CE, 22 mars 2000, Ep. L..., n° 207804, p. 126 et, s'agissant d'agréments relatifs à l'identification des animaux recueillis, CE, 3 mai 2004, Fondation Assistance aux animaux, n° 249832, T.p. 551 et 565. Cette dernière décision juge très explicitement que la procédure imposée par la loi Sapin s'applique aux seules délégations consenties par voie contractuelle et qu'elle ne concerne pas les délégations accordées de façon unilatérale, même dans le cas où l'agrément a impliqué la conclusion d'une convention ultérieure pour fixer certaines modalités de gestion du service. Cette analyse, qui réserve évidemment l'application des exigences de principe du droit communautaire, telles qu'elles ont notamment été fixées par l'arrêt *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, Rec. p. I-10745), avait déjà été faite dans deux avis rendus par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en 1995 et publiés à EDCE, relatifs respectivement aux transports publics de voyageurs en région parisienne et à la distribution et au transport de gaz (avis n°356931 du 9 mars 1995 et avis n°357262 du 28 septembre 1995, EDCE 1995 p. 399 et 402). L'agrément administratif faisant participer une personne privée à l'exécution du service public est parfois directement prévu par la loi, comme en témoigne, par exemple, le régime des fédérations sportives (loi n°84-610 du 16 juillet 1984 ; Sect. 22 novembre 1974, *Féd. des industries françaises d'articles de sport*, n° 89828, p.576), ou celui des associations communales de chasse agréées (art. L.422-2 et suivants du code de l'environnement) ou, de façon plus remarquable encore, les textes qui régissent l'association des établissements privés d'enseignement au service public de l'éducation (art. L.442-5 et suivants du code de l'éducation) ou qui organisent la participation au service public hospitalier des établissements de santé privés (art. L.6161-5 et s. du code de la santé publique). Il arrive même que la dévolution unilatérale soit décidée par le législateur lui-même, sans procédure d'agrément et selon des modalités qui échappent aux procédures de la loi Sapin, comme en témoigne la récente loi (n°2005-357, du 20 avril 2005), qui charge la nouvelle société Aéroports de Paris de l'exploitation des installations du service public aéroportuaire en Ile-de-France.

Il n'est pas exclu, surtout, que l'exercice d'une mission de service public par une personne privée ne résulte ni d'un contrat ni d'un acte unilatéral chargeant cette personne de la mission d'intérêt général, mais qu'il résulte de la simple reconnaissance par la puissance

publique de l'intérêt général d'une mission dont la personne privée a elle-même pris l'initiative. Le cas n'a jamais été rencontré au contentieux, mais il a été analysé par un avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat, rendu le 18 mai 2004 et publié à EDCE (2005, p. 185 ; voir, également, BJDCP 2005 n°40, p.213, obs. Ch. M.). Cet avis conduisait à déterminer si les missions d'intérêt général effectuées par la Cinémathèque française, qui est une association, impliquaient une délégation de service public par l'Etat. Après avoir relevé qu'aucun texte ne fait obligation à l'Etat d'assurer les missions que remplit la Cinémathèque et que ces missions ne procèdent pas non plus d'un contrat par lequel l'Etat lui en aurait confié expressément l'accomplissement, la Section de l'intérieur en a déduit qu'il n'y avait pas de dévolution de la part de la puissance publique d'un service public et que la situation s'analysait en « la reconnaissance par l'Etat du caractère d'intérêt général de l'action menée par l'association, assortie d'un droit de regard étendu sur ses activités et d'une contribution financière importante ». L'analyse concluait, logiquement, que le contrat conclu avec l'Etat pour l'exécution de cette mission de service public culturel n'impliquait pas que l'aide de l'Etat fût soumise aux règles applicables aux délégations de service public. Cette analyse, qui ne remet aucunement en cause la théorie et les critères d'identification du service public, se borne à reconnaître que l'exercice d'une mission de service public résulte parfois d'une initiative privée dont la puissance publique vient constater l'existence et la nature, avant de lui apporter sa contribution et d'y exercer son contrôle. Selon la formule du professeur Chapus, la personne publique assume le service public à défaut de l'avoir assuré. Le schéma ne peut évidemment pas exister dans les domaines où la nature du service public exclut toute forme de dévolution à une personne privée, mais dans les autres domaines et, particulièrement en matière sociale ou culturelle, il n'est pas rare que l'intervention privée, notamment associative, précède l'action publique et que la collectivité concernée vienne, spontanément ou sur demande, reconnaître l'intérêt général qui a été pris en charge. Sauf à admettre que la personne privée qui avait pris l'initiative puisse être écartée de la gestion du service public, au profit d'une autre personne privée, après la reconnaissance de l'intérêt général de son action, par l'effet d'une mise en concurrence, les règles de la loi Sapin ne peuvent pas s'appliquer au contrat conclu en pareil cas pour définir le rôle et les modalités d'action du partenaire privé. La logique de cette analyse nous paraît non seulement forte, mais aussi opportune, non pas du tout parce qu'elle permet de contourner les exigences de publicité et de mise en concurrence, mais parce qu'elle légitime les initiatives privées dans des domaines où la puissance publique a négligé d'organiser le service public et que ces initiatives sont tout spécialement bienvenues en matière culturelle. Sans qu'il soit nécessaire, à ce stade, de déterminer si l'on est, en l'espèce, dans un cas de ce type, nous croyons souhaitable que, censurant l'analyse juridiquement erronée de l'arrêt attaqué, vous précisiez qu'une personne privée est susceptible d'être en charge d'une mission de service public dans ce cadre juridique qui est nécessairement hors du champ des délégations de la loi Sapin et qui autorise évidemment les subventions publiques, dès lors qu'elles respectent les règles auxquelles elles sont soumises par ailleurs.

Vous censurerez donc certainement l'erreur de droit que révèlent les motifs de l'arrêt attaqué et vous serez conduits, par application de l'article L.821-2 du code de justice administrative, à examiner les moyens d'appel.

Vous écarterez rapidement l'insuffisance de motivation reprochée au jugement de première instance, pour vous concentrer sur les trois moyens principaux qui ont trait à la méconnaissance des règles de la loi Sapin, à la méconnaissance des règles relatives aux

services publics locaux à caractère économique et commercial et à la méconnaissance des règles qui encadrent les aides économiques des communes.

Vous pourriez, sur certains de ces points, vous contenter de réponses d'espèce, notamment pour ce qui est de la loi Sapin qui n'est invoquée qu'au titre des dispositions codifiées aux articles L.1411-1 et suivants du CGCT : vous pourriez ainsi vous borner à juger qu'en l'espèce, le service public ayant un caractère national, les règles applicables aux DSP des collectivités territoriales sont en tout état de cause inapplicables. L'affaire a été portée en Section pour que vous puissiez en dire plus et que, sans rendre un arrêt de règlement, vous éclairiez les nombreuses collectivités publiques qui financent des festivals sur le cadre juridique qu'elles doivent respecter. Ce cadre n'est défini par aucun texte, ni par aucune construction doctrinale, pour la raison principale que les interventions publiques s'exercent en la matière dans des contextes très différents¹. Le CGCT (art. L.1111-2) se borne à donner compétence aux collectivités locales pour contribuer au développement culturel, sans fixer de cadres d'action précis, sauf dans quelques domaines très ponctuels. Il existe aujourd'hui en France plusieurs centaines de festivals culturels, d'importances diverses, organisés par des structures privées bénéficiant de l'appui des collectivités publiques et si l'arrêt de la cour de Marseille a semé le trouble dans les esprits c'est d'abord, il faut bien le reconnaître, à la décharge de cette cour, parce que les modalités d'intervention de la puissance publique sont très diverses et souvent peu limpides. Beaucoup de ces festivals ne présentent aucun caractère d'intérêt général, mais il existe un nombre significatif de cas dans lesquels l'appui qui leur est accordé par les collectivités publiques traduit la création ou la reconnaissance d'une mission de service public eu égard à la nature de la programmation, au public visé, ou au contexte géographique. Si la jurisprudence, peu développée à ce jour, a admis le principe qu'il puisse exister une mission de service public (V., en particulier, 8 juin 1994, D..., n° 143272, précité), elle n'a pas eu l'occasion d'en fixer le cadre juridique global, qui, en l'absence de droit structuré des interventions publiques culturelles, est au confluent de trois corpus juridiques: celui qui garantit la liberté d'organisation des personnes publiques pour l'exercice des missions de service public qu'elles s'assignent, celui qui garantit, pour les entreprises du secteur, la liberté du commerce et de l'industrie et celui qui garantit la transparence et la libre concurrence sur les marchés concurrentiels, en l'espèce le marché des prestations de services culturels.

L'intérêt de cette affaire tient à ce que les moyens soulevés par les requérants d'appel à l'encontre des subventions de la ville d'Aix vous permettent d'appréhender l'ensemble de cette problématique. Pour y répondre de façon claire et complète, la grille d'analyse doit aborder successivement trois questions : est-on en présence d'un service public ? Si oui, les collectivités publiques l'ont-elles créé ou se sont-elles bornées à reconnaître et contrôler sa prise en charge spontanée par des personnes privées ? Si elles l'ont créé, dans quel cadre juridique devaient-elles agir ?

Si l'on n'est pas en présence d'un service public, on est évidemment hors du champ de toutes les règles de délégation et seules subsistent les questions relatives à la légalité des subventions au regard des règles qui exigent un intérêt public et qui encadrent les aides économiques, ainsi que l'obligation, depuis la loi DCRA du 12 avril 2000, de conclure une

¹ Voir le dossier spécial de l'AJDA, « Culture et service public », de septembre 2000, et, particulièrement, l'étude de M. J.-F. Auby, « Services publics culturels et concurrence ».

convention précisant l'objet, le montant et les conditions des subventions dépassant 23.000 € En l'espèce, nous avons déjà explicité les motifs qui nous paraissent établir l'existence d'un service public.

La deuxième question est elle aussi déterminante pour l'examen du respect des règles de délégation, du moins si l'on valide le schéma de l'avis concernant la Cinémathèque française : la collectivité qui s'est bornée à constater la prise en charge d'une activité de service public et à y apporter son concours tout en la contrôlant pour garantir sa bonne exécution ne peut pas être regardée comme ayant procédé à une délégation au sens de la loi Sapin.

Les cas dans lesquels vous pourriez appliquer ce schéma ne sont sans doute pas rares en matière d'action culturelle où, en dépit de la politique conduite par les personnes publiques, l'initiative est parfois prise par des personnes privées, notamment des associations, la collectivité publique venant valider, soutenir et contrôler cette initiative. Un tel contrôle requiert à tout le moins une convention définissant les objectifs à atteindre et les obligations de l'association. En l'espèce, les collectivités publiques et l'association du festival d'Aix ont conclu une convention de cette nature, quelques semaines après les délibérations litigieuses. Il nous paraît cependant très difficile de considérer que l'Etat et les trois collectivités locales se sont bornées, en 1996, à reconnaître l'existence d'une activité de service public dont l'initiative avait été prise par des personnes privées. C'est une analyse qui aurait pu être faite dans les premières années du festival, mais elle ne correspond plus à la réalité des choses depuis que la ville d'Aix a créé une SEM prenant le relais de l'association constituée par les fondateurs du festival et depuis qu'a été créée, en 1996, sous l'égide de l'Etat, l'association constituée selon les modalités que nous vous avons décrites. L'association qui a été subventionnée en 1998 est une émanation directe des collectivités publiques et le contrôle qu'exerce sur elle l'Etat et, dans une moindre mesure, la ville, excluent de transposer l'analyse faite sur la Cinémathèque, sauf à la dévoyer complètement. Du fait des deux ruptures administratives successives marquées par la création d'une SEM municipale puis la reprise en mains par l'Etat, il nous semble impossible de faire prévaloir la filiation de la nouvelle association avec celle qui avait été créée en 1948.

Il reste alors à déterminer le cadre juridique dans lequel une ou plusieurs collectivités publiques peuvent confier à une personne privée l'exécution d'un service public de prestation de services culturels. Notons, au passage, que la dévolution à un tiers n'est certainement pas exclue par principe en ce domaine, dans lequel, tout au contraire, les associations ont depuis fort longtemps été invitées à apporter un concours actif aux politiques publiques (il suffit de mentionner, par exemple, le rôle dévolu aux Maisons des jeunes et de la culture, MJC).

Il faut relever tout d'abord qu'une activité de prestation de services de nature culturelle peut présenter tout aussi bien un caractère administratif qu'un caractère industriel ou commercial ; la distinction n'entraîne pas de conséquences radicales, mais elle peut néanmoins influencer sur le régime juridique applicable.

En l'absence de texte particulier autorisant une procédure différente, de nature contractuelle ou unilatérale, l'exigence de transparence financière et de mise en concurrence impose de conclure avec la personne privée un contrat de délégation de service public selon

les règles fixées par la loi Sapin, ou de conclure un marché public de service, selon la ligne de partage désormais bien établie par la jurisprudence (V. CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, n° 168325, p.137 ; AJDA 1996 p.806, chron. Chauvaux et Girardot). Mais il est important de relever qu'en tout état de cause les règles de procédure imposées par la loi Sapin, en matière de publicité et de mise en concurrence, n'ont de sens que si l'exécution du service public est confiée à un tiers opérant sur un marché concurrentiel ou, pour employer d'autres terminologies qui reviennent au même, si la prestation de service est demandée à une entreprise ou à un opérateur économique. Votre jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de mettre en évidence ce point, mais il n'existe aucun motif justifiant une procédure de mise en concurrence préalable à la dévolution d'une activité hors marché. C'est d'ailleurs très probablement ce qui a, pour partie, inspiré le législateur lorsqu'il a décidé d'organiser ou de maintenir, dans certains secteurs comme les hôpitaux ou l'éducation, des régimes de dévolution de missions de service public qui écartent l'application de la loi Sapin. C'est dans la même logique que la jurisprudence communautaire, qui a pourtant une conception extrêmement extensive de la notion d'entreprise au sens des règles de mise en concurrence (V. 16 juin 1987, Commission c/Italie, aff. C-118/85, Rec. p.2599; 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, points 21 à 23, Rec. I-1979), écarte du champ d'application de ces règles des entités qui, parce qu'elles se bornent à concourir à la gestion du service public de la sécurité sociale, n'exercent pas une activité économique (17 février 1993, Poucet et Pistre, aff. C-159/91, Rec. I-637, points 14 à 20 ; D. 1993 p.277, obs. Prétot). C'est en suivant le même raisonnement, que l'assemblée générale du Conseil d'Etat a estimé qu'une association créée par un ministère pour assurer la gestion de prestations sociales constituant un élément de la politique de ressources humaines de ce ministère n'était pas en charge d'une activité économique, du fait des conditions d'exercice de ses missions, pour en déduire que la convention liant cette association au ministère n'était subordonnée ni aux règles des marchés publics ni aux procédures de délégation de service public (avis n° 369315, relatif à la fondation Jean Moulin, EDCE 2003 p. 209). Une telle convention constitue une simple mesure d'organisation du service, consistant à faire appel à une structure ad hoc opérant en dehors du marché.

Cette analyse trouve d'ailleurs un écho dans les dispositions de la loi Sapin qui, même si elles ne l'expriment pas explicitement, se lisent bien comme ne visant que le champ des activités économiques, notamment par la référence qui est faite, depuis la loi MURCEF du 11 décembre 2001, aux « résultats de l'exploitation du service ».

On ne peut évidemment pas considérer que, par nature, une association chargée d'une mission de service public culturel n'intervient pas, en qualité d'opérateur concurrentiel, sur un marché: les prestations de services culturels sont susceptibles d'entrer dans le champ des règles de concurrence, mais on ne peut pas exclure pour autant que certaines activités culturelles puissent, eu égard à leur finalité et leurs modalités d'organisation, ne pas avoir de caractère économique et ne pas être regardées comme des prestations sur un marché. On peut d'ailleurs relever que l'article 87 du traité instituant la Communauté européenne reconnaît explicitement l'existence d'une spécificité en précisant que les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence. Lorsqu'elle agit hors du marché, l'association investie de la mission de service public n'est pas dans le champ de la loi Sapin et les subventions de la collectivité pour le compte de laquelle elle agit ne sont pas soumises aux règles de tarification des services

délégués instituées par cette loi . Notons d'ores et déjà, mais nous y reviendrons, qu'en pareil cas de telles subventions ne peuvent pas non plus être regardées comme des aides économiques.

Il faut se demander, plus fondamentalement encore, si le recours à une association pour l'exécution d'une mission de service public s'analyse nécessairement comme une dévolution du service.

Ni les textes, ni la jurisprudence n'interdisent aux collectivités publiques d'assurer par leurs propres moyens les fournitures ou prestations de services nécessaires à l'exercice de leurs missions. La décision de Section Bourrageas et Moullot du 26 juin 1930 (n° 91176, p.659) et la décision Société Unipain du 29 avril 1970 (n° 77935, p. 280 ; AJDA 1970 p. 430, concl. Pdt Braibant) ont clairement affirmé qu'une collectivité publique est libre de faire effectuer par ses propres services les prestations dont elle a besoin et qu'un service d'une collectivité peut offrir des prestations à un autre service de la même collectivité. Une boulangerie militaire peut livrer du pain à des établissements pénitentiaires, sans porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, et rien ne s'oppose à ce qu'une musique militaire offre une prestation, hors de toute procédure de mise en concurrence, à un spectacle organisé par le ministère de la culture dans le cadre du service public. Cette liberté disparaît en principe, comme le jugeait déjà l'arrêt Bourrageas et Moullot, lorsque les prestations sont effectuées au profit d'une autre personne publique, ce qui impose en particulier, selon une jurisprudence bien établie (V. Sect. avis, 8 novembre 2000, Sté J.-L. Bernard Consultants, p.492 ; AJDA 2000 p.987, chron. Guyomar et Collin), le respect des règles de mise en concurrence applicables aux marchés publics. Mais, en matière de délégation de service public, la loi Sapin est moins exigeante puisqu'elle n'impose pas les règles de publicité et de mise en concurrence lorsque le service est confié à un établissement public dont l'objet englobe l'activité dévolue. L'exception est reprise à l'article L.1411-12 du CGCT. Les relations entre les collectivités territoriales et les personnes publiques spécialisées qui leur sont rattachées et qui ont pour objet d'exercer la mission dévolue, sont ainsi hors du champ des délégations de service public, alors même que l'on n'est plus dans une situation de régie directe.

Le cadre juridique fixé par la jurisprudence et la loi Sapin trouve un écho dans la jurisprudence communautaire relative aux règles de mise en concurrence². La CJCE écarte en effet l'application de ces règles dans les marchés publics lorsque le pouvoir adjudicateur recourt à ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, pour la fourniture des prestations dont il a besoin. L'administration n'est ainsi jamais obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, comme l'a énoncé la jurisprudence Unipain. Cette analyse est le fondement de la théorie des prestations intégrées bâtie par la Cour, fréquemment appelée prestations «in house », depuis l'arrêt Teckal du 18 novembre 1999 (aff. C-107/98, Rec. I-8121). Elle englobe, de façon remarquable, les prestations effectuées par une entité juridiquement distincte dès lors que l'administration qui bénéficie de la prestation exerce sur cette entité « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que, selon un critère plus strict que celui de la loi Sapin, cette entité distincte

² Les textes communautaires définissant le « pouvoir adjudicateur » sont les directives 92/50/CEE du 18 juin 1992 et 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux.

« réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les autorités publiques qui la détiennent » selon les termes de l'arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle (aff. C-26-03, Rec. I-1, points 48 à 50; AJDA 2005 p.898 note F. Rolin ; V., également, 13 octobre 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03, Rec. I-8612, points 57 à 62 ; AJDA 2005 p. 2335, chron. Broussy, Donnat, Lambert). Le critère du contrôle a été explicité dans l'arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen (aff. C-458/03, Rec. I-8612, points 57 à 62), selon lequel l'organisme extérieur contractant doit être soumis à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer, de façon déterminante, ses décisions importantes et ses objectifs stratégiques.

Cette jurisprudence exclut explicitement le cas des sociétés créées par une collectivité publique qui n'en maîtrise pas totalement le capital ; selon la Cour, en particulier, une SEM ne peut pas remplir les conditions d'une relation « in house » puisque, par construction, elle comporte un ou plusieurs actionnaires privés, fussent-ils très minoritaires, que la puissance publique ne contrôle pas (11 janvier 2005, Stadt Halle, précité). Cette analyse, qui est partiellement déterminée par le postulat qu'un actionnaire privé d'une SEM ne peut pas partager les objectifs d'intérêt général des collectivités publiques auxquelles il s'associe (V. le point 50 de l'arrêt Stadt Halle), n'est pas très convaincante, car le droit des sociétés, auquel ne déroge pas substantiellement le régime des SEM, assure en réalité aux actionnaires majoritaires, a fortiori ultra majoritaires, un contrôle très étendu sur la gestion et l'activité de la société. En tout état de cause, la logique des prestations intégrées correspond bien aux relations nouées entre une collectivité publique et un établissement public qu'elle a créé pour l'exercice d'une mission d'intérêt général. On peut légitimement se demander si elle ne peut pas s'appliquer aux relations nouées, dans le même contexte, entre une collectivité et une association dont l'objet essentiel est d'assurer une mission de service public. Nous ne voyons aucun motif de l'exclure, dès lors que l'administration pour le compte de laquelle la mission est remplie contrôle cette association comme elle contrôlerait ses propres services ou ceux d'un établissement public créé par elle. Il faut répondre, toutefois, à l'objection que paraît soulever l'exclusion par la jurisprudence communautaire des SEM du régime des prestations intégrées, car il est très rare qu'une association, fût-elle contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, ne comporte aucun adhérent privé. L'exclusion de la relation « in house » peut se comprendre dans le cadre du régime juridique des SEM, même si l'analyse de la CJCE est très rigoriste, dès lors que dans certains Etats membres les partenaires privés peuvent être majoritaires et qu'en tout état de cause, même dans la loi française qui impose une forte majorité de capitaux publics, ce régime garantit aux actionnaires privés une participation, fût-elle minoritaire, aux instances de direction (V., pour le régime français des SEM locales, les dispositions de l'art. L.1524-5 du CGCT). La statut des associations n'obéit pas à une logique comparable et un adhérent qui n'est pas sous le contrôle des membres publics qui dirigent la structure n'a aucune garantie de principe d'obtenir voix au chapitre. Seul un examen, au cas par cas, des règles statutaires et du rôle tenu par chaque membre actif permet de déterminer si la ou les personnes publiques ont l'entier contrôle de l'association.

Le cas d'une association entièrement contrôlée par l'administration ne devrait évidemment pas être fréquent et il n'est sans doute même pas souhaitable qu'il puisse exister, car le statut d'association de la loi de 1901 n'a pas vocation à permettre à une personne publique d'exercer ses compétences hors des structures prévues à cet effet³. L'anomalie d'une

³ V., en particulier, le rapport public du Conseil d'Etat de 2000, consacré aux associations, EDCE 2000, p.297 et 298.

telle situation peut même se muer en irrégularité si les règles du service public sont contournées, particulièrement celles qui régissent l'emploi des fonds publics. Mais ce sont des considérations extérieures à la problématique qui nous occupe et l'on sait que, pour des motifs divers qui ne sont pas toujours condamnables, l'activité de service public induit parfois la création ou le contrôle d'associations qu'il faut bien appeler administratives. L'association du festival d'Aix-en-Provence n'en est pas un mauvais témoignage si, comme nous le croyons, on peut l'analyser comme la formalisation d'une coopération administrative entre l'Etat et les collectivités territoriales intéressées, à une époque où la loi n'avait pas encore organisé les établissements publics de coopération culturelle.

Quoi qu'il en soit en l'espèce, nous déduisons de l'ensemble de ce panorama théorique que les règles de concurrence qui fondent les procédures de délégation de service public et de marchés publics n'ont vocation à s'appliquer ni lorsqu'une collectivité publique confie l'exécution du service public à une personne privée qui a pour objet même de remplir cette mission et qui est sous son entier contrôle, ni lorsque la mission est dévolue à une personne qui est indépendante de l'administration mais qui n'est pas une entreprise opérant sur un marché concurrentiel au sens des règles de la concurrence.

C'est selon cette grille d'analyse que nous vous invitons à examiner la situation de l'association du festival d'Aix-en-Provence.

Les statuts de l'association ainsi que la convention signée entre elle et les quatre collectivités publiques, révèlent que l'unique objet de l'association est d'assurer la programmation et l'organisation du festival d'art lyrique qui se déroule chaque été dans la ville d'Aix. A partir de 1997, l'association a également été chargée de la gestion d'une académie de musique dont la finalité principale, sinon exclusive, est de former des musiciens pour les besoins de la programmation du festival. Le dossier révèle qu'au cours de la période que vous avez à examiner, l'association s'est strictement limitée aux objectifs locaux qui lui étaient assignés et que, si elle s'est efforcée d'assurer le rayonnement du festival, elle ne s'est pas aventurée sur un terrain qui aurait pu la faire regarder comme un opérateur ou promoteur de spectacles dans un cadre dépassant celui d'Aix-en-Provence.

Ce confinement des activités à la mise en valeur de l'art lyrique et du patrimoine aixois, hors de toute logique de marché, tient pour beaucoup au strict contrôle administratif exercé par les collectivités publiques. Les statuts de l'association assurent aux quatre collectivités qui ont présidé à sa création l'entière maîtrise de la structure et, tout particulièrement, celle du conseil d'administration et du bureau, ces deux instances maîtrisant elles mêmes les adhésions de nouveaux membres et donc, par voie de conséquence, l'assemblée générale. Les statuts consacrent en effet la prééminence des membres de droit, représentants directs de l'Etat et des trois collectivités locales ou désignés par eux. Ces membres de droit détiennent onze des quinze sièges au conseil d'administration et, à l'exception du casino d'Aix détenteur d'un siège en qualité de membre de droit, l'adhésion des autres membres n'est possible qu'avec l'accord du bureau, émanation du conseil d'administration. Il faut noter en particulier que l'adhésion d'entreprises, qui est manifestement encouragée au titre du mécénat, n'est possible qu'avec l'aval du bureau et ne donne droit qu'à une adhésion sans voix délibérative au sein de l'association. Les statuts ne le précisent pas, mais le directeur de l'association est désigné par l'Etat qui désigne aussi six des douze membres de droit. La convention conclue entre l'association et les quatre collectivités

publiques confirme le contrôle de la programmation par les partenaires publics et garantit le respect de la vocation de mise en valeur du patrimoine culturel. Tout cela confirme que l'association est avant tout un organisme de coopération entre les quatre collectivités organisatrices du service public culturel.

La prépondérance de ces collectivités est presque aussi nette s'agissant du financement du festival au titre de l'année en cause. Comme nous vous l'avons déjà indiqué, l'Etat, la ville, le département et la région ont assuré près de la moitié des recettes prévisionnelles, sans compter les aides matérielles indirectes de la ville pour l'organisation des spectacles. Si l'on ajoute les participations des mécènes, 70% du budget était assuré par des aides. Le dossier révèle clairement que les recettes d'exploitation assurant les 30% restants, c'est-à-dire les entrées payantes et les ventes de produits dérivés, n'avaient vocation qu'à alléger la charge des collectivités publiques, ces dernières assurant en tout état de cause, avec l'appui des mécènes, l'équilibre financier de l'opération.

L'ensemble de ces caractéristiques, tenant à la finalité culturelle et locale des manifestations, aux modalités de leur organisation et de leur financement, nous paraît conduire à juger que l'association n'était pas à l'époque des faits un opérateur économique sur un marché concurrentiel. Elle n'était que l'exécutant d'une mission de service public présentant, eu égard à ses caractéristiques, une nature administrative⁴ et accomplie hors marché, à des fins très circonscrites dans l'espace et dans le temps. Ces caractéristiques sont probablement celles d'autres festivals ou manifestations culturelles organisés par des associations créées avec le soutien voire la participation des collectivités publiques et, lorsqu'elles sont réunies, nous pensons que l'on est hors du champ des règles de mise en concurrence applicables aux délégations de service public.

C'est le moment de préciser que la même analyse doit conduire à écarter l'application des règles des articles L.1511-1 et L.1511-2 du CGCT relatives aux aides économiques des collectivités territoriales. Ce régime, issu de la loi du 7 janvier 1982 avant sa refonte par la loi du 13 août 2004, interdisait certaines formes d'aides, notamment, s'agissant des communes, celles qui avaient un caractère direct. La référence explicite du texte à des aides économiques, destinées aux entreprises, ne peut s'analyser que comme excluant celles qui sont versées à des organismes qui ne sont pas des opérateurs sur un marché concurrentiel, de la même façon que l'encadrement des aides d'Etat au sens du droit communautaire ne s'applique, en vertu de l'article 87 du traité, qu'à ce qui est susceptible de fausser la concurrence. La refonte du régime des aides économiques des collectivités territoriales opérée par la loi du 13 août 2004 relative aux « libertés et responsabilités locales » met d'ailleurs ce régime parfaitement en adéquation avec la réglementation communautaire des aides d'Etat. Les activités de service public exercées par l'association du festival d'Aix sont donc, à nos yeux, hors du champ des activités économiques soumises à la loi Sapin et à l'encadrement des aides directes des communes.

Les caractéristiques particulières de constitution et de fonctionnement de cette association permettraient aussi, nous semble-t-il, d'identifier entre elle et les collectivités publiques qui l'ont créée, une situation de prestations intégrées : l'association est une instance

⁴ L'organisation de spectacles par une collectivité publique dans un lieu public relève d'ailleurs, a priori, d'un service public administratif (Sect. 26 janvier 1968, Mme M..., n° 70588, p. 69).

de coopération entre les quatre collectivités publiques ayant décidé d'ériger en service public culturel le festival, son objet exclusif est d'organiser ce festival, ainsi que la formation des artistes qui y concourent, et son activité est sous l'entier contrôle des collectivités publiques dont elle constitue un prolongement administratif, alors même qu'il est soumis à un régime de droit privé. Le mode de financement du festival en apporte la confirmation : les subventions publiques, destinées à couvrir en toutes hypothèses les besoins du festival, ne sont ni le complément d'une rémunération assurée par les résultats de l'exploitation, dans le cadre d'une délégation de service public, ni le prix des prestations de l'association, dans le cadre d'un marché public ; elles ne constituent qu'un autofinancement public partagé. La jurisprudence de la CJCE n'a jamais eu l'occasion d'appréhender une telle situation et, s'agissant d'une activité hors marché, il est peu probable qu'elle en soit jamais saisie. Mais cela ne doit pas vous inhiber et il est légitime que dans un cas de cette nature le juge national puisse qualifier de prestations intégrées les services offerts par une association aux collectivités pour le compte desquelles elle agit. Il n'y aurait eu aucune hésitation à retenir cette qualification si les collectivités avaient créé un établissement public dédié, comme elles pouvaient le faire depuis 2002, ou constitué un GIP, pour une période donnée, et il n'y a aucun motif d'être retenu par le seul fait que c'est un statut associatif qui a été choisi, dès lors que la nature des liens et la substance des relations caractérise bien un contrat « in house ». Faire cette analyse conduit évidemment à soumettre l'association à l'obligation de respecter les règles de passation des marchés publics pour faire face à ses propres besoins, conformément à ce que prévoit le 1° de l'article 3 du nouveau code des marchés publics directement inspiré de la théorie des prestations intégrées ; mais cette obligation n'est pas en cause dans le présent litige.

Nous pensons, dès lors, que, par l'un ou l'autre de ces cheminements, vous devrez écarter, en appel, aussi bien le moyen tiré de la violation des règles de la loi Sapin que le moyen tiré de l'illégalité des subventions de la ville au regard des règles qui limitent les aides économiques des communes, sans même qu'il soit nécessaire de déterminer si le service public était communal ou non. Les requérants invoquent une méconnaissance de l'article L.2224-2 du CGCT qui interdit, en principe, les subventions des communes aux services publics communaux à caractère industriel ou commercial, mais vous écarterez le moyen soit en considérant que le service avait un caractère administratif soit qu'il n'était pas communal.

Par ces motifs, nous concluons à ce que l'intervention de l'association du festival soit admise, à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet des conclusions d'appel et de la demande de frais irrépétibles de M. et Mme A... et à ce qu'il soit fait droit à la demande de frais présentée par la ville d'Aix-en-Provence.