

N° 297877
Société Prest'Action

Section du contentieux

Séance du 23 octobre 2009
Lecture du 6 novembre 2009

CONCLUSIONS

M. Nicolas BOULOUIS, rapporteur public

Selon l'article 11 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique (RGCP), les comptables publics sont « *seuls chargés : De la prise en charge et du recouvrement des ordres de recettes (...), des créances constatées par un contrat, (...) ainsi que de l'encaissement des droits au comptant et des recettes de toute nature que les organismes publics sont habilités à recevoir* ».

Cet article exprime un « *principe général des finances publiques* ». C'est en ces termes que votre section des finances, dans un avis du 13 février 2007¹ a qualifié l'exclusivité reconnue aux comptables publics dans le recouvrement des recettes publiques. On trouve cette règle d'exclusivité à l'article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales selon lequel : « *Le comptable de la commune est chargé seul et sous sa responsabilité, d'exécuter les recettes et les dépenses, de poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues, (ainsi que d'acquitter les dépenses ordonnancées par le maire jusqu'à concurrence des crédits régulièrement accordés)* ». La même règle figure, pour le comptable du département à l'article L. 3342-1. Le code est muet pour le comptable de la région : c'est la raison de l'affirmation de l'existence d'un principe général.

L'avis répondait à une demande du Gouvernement portant sur la légalité de la pratique de plus en plus développée dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics consistant à faire recouvrer certaines recettes par un tiers moyennant la signature d'une convention de mandat. A coté des divers et nombreux cas de délégation ou d'exercice de compétences autorisés et organisés par les textes, plus souvent relatifs aux dépenses qu'aux recettes d'ailleurs, il semble que les délégations de perception sans autorisation croissent.

Combinant la règle d'exclusivité avec celle selon laquelle « *une autorité publique investie d'une compétence ne peut en disposer, c'est-à-dire s'en déposséder, ne serait-ce que temporairement et partiellement, que si la possibilité lui en a été expressément conférée par une disposition normative d'un niveau approprié* », l'avis en déduit la prohibition de principe

¹ Avis n° no 373788 – 13 février 2007 EDCE 2008 p 228 qui y est présenté comme un avis d'AG ; voir le commentaire très avis de Ph. T au BJCP 2008 p 296.

de la délégation de compétence en matière de recettes et de dépenses des collectivités locales ou de leurs établissements publics par convention, sauf habilitation en ce sens.

L'habilitation ne pouvant être que législative du fait du niveau du texte ayant traduit le principe général, conformément d'ailleurs aux articles 34 et 72 de la Constitution, l'avis ajoute qu'« *il appartient également au législateur, dans le respect du principe de libre administration des collectivités territoriales, de fixer les règles essentielles qui gouvernent le recours à une telle convention, le contenu des obligations principales du mandant et du mandataire, ainsi que les modalités générales d'exécution dans le respect des principes de la comptabilité publique et de cessation de la convention. Notamment, il appartient au législateur de rendre obligatoire, sous peine de nullité, la forme écrite du mandat et sa signature par le mandant et le mandataire* ».

L'avis rappelle enfin qu'il est possible au comptable d'avoir un mandataire sans passer par une convention de mandat ou un régisseur, facilités qui ne sont toutefois pas d'un usage aisé. Le comptable peut en effet nommer des mandataires, agissant en son nom et pour son compte (article 14 du RGCP). Mais « *cette disposition ne trouve à s'appliquer qu'aux fondés de pouvoir, aux autres agents de la direction générale de la comptabilité publique et aux huissiers de justice en matière de recouvrement désignés par les comptables publics* »². En outre, si des régisseurs de recettes (ou d'avances) peuvent être chargés d'opérations d'encaissement (ou de dépenses), ce ne peut être que dans des conditions relativement strictes (article 18 RGCP) : le régisseur, qui est une personne physique, est nommé par une décision de l'ordonnateur de l'organisme auprès duquel la régie est instituée, sur avis conforme du comptable public assignataire. Il est personnellement et pécuniairement responsable et doit en principe constituer un cautionnement³.

Ce principe d'exclusivité et ses conséquences sont au centre du débat qui oppose les parties au contentieux dont vous êtes saisis.

La difficulté ayant justifié le renvoi ne vient pas de ce que votre Section des Finances a affirmé ou plutôt rappelé en 2007. L'idée qui inspire l'avis, et qui est appliquée ici à la compétence des comptables des collectivités territoriales, est difficilement contestable. Pour les autorités administratives, une compétence n'est pas un droit dont elles disposeraient à leur guise comme une personne physique dispose de tous les pouvoirs que lui donne sa capacité. Une compétence est indisponible sans habilitation adéquate (25 février 1949, Roncin, p.92 ; Section, 23 janvier 1959, Ministre des anciens combattants et des victimes de la guerre c/Allotte de la Fuye, p.57) et une délégation s'assimile à un transfert qui ne peut être autorisé que par l'autorité qui dispose du pouvoir d'attribuer la compétence en cause. De sorte qu'une autorité ne peut se défaire par voie contractuelle d'un pouvoir dont elle a été dotée (17 mars 1989, Syndicat des psychiatres français et autres, n° 50176, p 95⁴, 27 mars 1995, Chambre d'Agriculture des Alpes Maritimes, n° 108696, p 142). L'existence d'un principe général d'exclusivité des comptables publics se prête peut-être à une discussion mais celle-ci serait vaine sur ce qui fonde ce principe général, sauf à remettre en cause l'une des bases du

² Avis précité

³ Pour les collectivités territoriales voir article R. 1617-1 et s. et pour l'Etat décret n°92-681

⁴ RFDA 1991. 267, concl. B. Stirn

droit administratif. On peut certes distinguer mandat et délégation de compétence⁵, le mandat étant au demeurant en droit administratif un pavillon qui recouvre des marchandises variées⁶, il n'en reste pas moins que quels que soient la dénomination et le régime juridique de l'exercice par un tiers d'une compétence dévolue à une autorité administrative, il n'est possible que si un texte le permet explicitement et précisément.

Non, la difficulté réside dans le champ d'application de ce principe général ou des textes qui l'expriment, spécialement son application au cas des recettes que les cocontractants de l'administration perçoivent sur le fondement du contrat qui les lie à elle, recettes dont on doit se demander si elles entrent ou non dans le champ des règles de la comptabilité publique.

Le litige s'est noué autour de l'exécution un marché conclu en 1999 entre la Société Prest'Action et la ville de Rouen. La Sté s'y engage à commercialiser des encarts publicitaires dans certaines publications d'information municipale. Sa rémunération est fonction des recettes dégagées, dont elle garde un pourcentage, versant le reste à la commune. Afin de stimuler son ardeur prospectorice, le contrat prévoit toutefois que la 1^{ère} année, la Société doit à la ville une somme plancher, indépendante du nombre d'encarts commercialisés, égale à 650 000 francs. Le marché est un échec pour les deux parties, la ville émet donc un titre de recettes correspondant à la différence entre ce plancher et la somme que la Société lui a quand même versée. Le litige prend un tour contentieux. La Société, qui demande l'annulation du titre et une indemnisation, obtient une réduction du montant de sa dette devant le TA de Rouen mais pas plus devant la CAA de Douai. Celle-ci rejette son appel en ce qui concerne tant le titre que les conclusions indemnitaires. Vous n'êtes saisis de l'arrêt de cette Cour en date du 3 août 2006 qu'en tant qu'il se prononce sur le titre.

Les juges d'appel ont considéré que le contrat de prospection publicitaire qui fondait l'émission du titre n'était pas nul. Ils ont écarté une première cause de nullité qui aurait tenu à ce que le contrat étant une délégation de service public (DSP) et non un marché public, la procédure de passation du contrat n'aurait pas été régulière. Ils ont vu dans ce contrat un marché et non une DSP. Ils ont écarté une seconde cause de nullité tirée de ce que le contrat méconnaissait l'article 11 du RGCP, regardant ce contrat comme un titre suffisant à percevoir les recettes en cause, nonobstant ces dispositions.

On laissera provisoirement de côté la question de la nature du contrat pour se focaliser d'abord et surtout sur l'autre cause de nullité écartée par la Cour.

Celle-ci s'est manifestement appuyée sur la jurisprudence des juridictions financières, développée en matière de gestion de fait, qui est une des sanctions du non-respect du principe d'exclusivité des comptes. Selon le XI de l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963, la gestion de fait est l'action de « *Toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste* ». Il est admis en principe par le juge des comptes

⁵ Voir L.Duguit Traité de Droit constitutionnel t III 1930 p 157 ; voir L.Richer « le mandat au risque du droit administratif CJEG avril 1999 p 95)

⁶ Concl. D. Piveteau sur Ass 5 mars 2003 UNSPIC

qu'une convention constitue un titre légal à percevoir des recettes aux lieu et place du comptable (C. comptes, 19 juin-2 octobre 1985, C..., univ. Paris XI : Rev. Trésor 1986, p. 261 ou 24 sept. 1987, Assemblée, Madine accueil, Rev. Trésor 1988. 193 ou 30 juin 1994, Comptable du syndicat mixte pour le développement de la Thiérache, Rev. fr. fin. pub. 1995, n° 51, p. 247). Le juge des comptes va assez loin puisque par exemple, une société fermière dispose par le traité d'affermage d'un titre régulier pour encaisser des droits de stationnement, assimilés pendant longtemps à des produits fiscaux (C. comptes, 24 octobre 1991, Société SUR et a., Cne Antony : Rev. Trésor 1992, p. 136.

Cette jurisprudence n'est pas monolithique : la CRC de PACA a par exemple estimé qu'une convention de mandat ne constitue un « titre légal » régulier que si les opérations d'encaissement ne sont que l'accessoire d'une mission plus large, dès lors que le recouvrement de recettes publiques incombe normalement au seul comptable public (15 décembre 1997, Cne de Signes).

En outre, elle n'est pas sans nuances : une convention irrégulière (C. comptes, 16 déc. 1998, CCI La Réunion, min. Equip. : Rev. Trésor 2000, p. 39⁷) ou financièrement déséquilibrée entre la collectivité publique et son cocontractant (C. comptes, 20 décembre 2004, M... et Assoc. anthropol. appliquée, univ. Paris V : Rec. C. comptes 2004, p. 3⁸) ou inappliquée n'ont pas été regardées comme des habilitations suffisantes.

Mais, la jurisprudence dominante est bien de ne pas écarter par principe la convention et comme l'indique le M.Descheemaeker⁹, actuel Président de la 4^{ème} Chambre de la Cour des Comptes « *Cette jurisprudence admettant qu'une convention puisse constituer, sous certaines conditions, un titre légal à l'encaissement de recettes affectées ou destinées à un organisme public peut surprendre dans la mesure où l'exclusivité reconnue au comptable public est fixée par la loi du 23 février 1963 (L., art. 60, XI) et que celle-ci ne prévoit aucune dérogation* ».

Il ne semble pas que cette jurisprudence ait évolué depuis que votre avis a été rendu public, au début de l'année 2008.

La CAA de Douai l'a fait sienne. Et l'arrêt attaqué en tant qu'il admet une dérogation au principe d'exclusivité des comptables du fait de l'existence du contrat est entaché de l'erreur de droit que lui reproche le pourvoi, ce qui vous conduira nécessairement à l'annuler.

Signalons d'ailleurs que la doctrine administrative avait déjà jugé illégal le fait que le titulaire d'un marché public relatif à la gestion et à l'impression de bulletins d'information municipale « *soit rémunéré par un abandon de recettes publiques* » (JOAN 11 décembre 2000, Rép. min. n° 45608, 1er mai 2000). Et, dans un jugement souvent cité du 18 mars 2004, rendu sur demande de la société qui vous saisit aujourd'hui, le TA de Dijon¹⁰ avait estimé nul

⁷ note M. Lascombe et X. Vandendriessche

⁸ AJDA 2005, p. 1337, note N. Groper

⁹ Op cit

¹⁰ AJDA 2004.980 avec la note d'O. Rousset « L'illégalité de la perception de recettes publiques par un cocontractant de l'administration ».

le marché de régie publicitaire passé avec la commune de Sens, motif pris de sa méconnaissance du décret de 1962.

Mais si la censure de l'arrêt attaqué nous paraît certaine, sauf à prendre le contrepied de l'avis de 2007, il est indispensable d'évoquer plus en détail la prémisse cachée du raisonnement des juges de Douai, c'est-à-dire l'inclusion dans le champ de la comptabilité publique des recettes perçues par la Société Prest'Action.

Il n'y a de définition générique des recettes entrant dans le champ de la comptabilité publique ni dans les textes, ni dans la jurisprudence, ce qui, de prime abord, ne saurait surprendre du fait de la diversité de ces recettes, de leur régime juridique et de l'absence de difficulté de qualification pour la plupart d'entre elles. Le RGCP (article 22) dispose que « *les recettes des organismes publics comprennent les produits d'impôts, de taxe, de droits et les autres produits autorisés par les lois et règlements en vigueur ou résultant de décisions de justice ou de conventions* ». Ce décret a abandonné la notion de deniers publics adoptée par son devancier (décret du 31 mai 1862, notamment l'article 25)¹¹, notion qui appelait une définition générique, désormais inutile. De sorte que si nous employons l'expression « recette publique », c'est par pure commodité de langage.

Votre jurisprudence, de fait assez ancienne, est plutôt maigre sur la question. Un arrêt de Section du 11 mars 1938 Fighiera (p 263) s'appuie sur le fait que des recettes litigieuses sont affectées à l'exécution de service public pour qualifier les sommes de deniers publics. En ce sens voyez également une décision de Section du 11 décembre 1968 B... et V..., n° 64242 64243, pour un don à un hospice. Un autre arrêt de Section du 21 décembre 1945 Louis et autres (p 264), plus intéressant, valide un arrêt de la Cour des comptes en tant que celui-ci déclare un maire et le secrétaire de la mairie, comptables de fait des deniers tirés de l'exploitation de la salle des fêtes par la commune mais annule cet arrêt en tant que la déclaration s'étend aux deniers perçus par les mêmes personnes, agissant comme gérants d'une société coopérative finalement constituée pour gérer la même salle¹². Vous avez vraisemblablement considéré que l'action de la société ou son existence n'avaient pas été dépourvues d'incidence sur la nature des recettes. Plus récemment, votre décision B... du 9 juin 2000 inédite n° 176743 confirme la déclaration de gestion de fait à propos des abonnements aux « premières » des représentations de l'Opéra et des places vendues à l'unité pour ces mêmes spectacles commercialisées par l'Association pour le rayonnement de l'Opéra de Paris (AROP) qui percevait auprès des clients, outre le prix normal des titres, un supplément qu'elle conservait pour elle. Ces suppléments ont été regardés par le juge des comptes comme indissociable du prix des places et donc comme des recettes destinées à l'Opéra parce que issues du fonctionnement de celui-ci (C. comptes, 10 juillet 1995, B..., Association pour rayonnement Opéra de Paris (AROP) et autres, Rev. Trésor 1996, p. 37).

La jurisprudence du juge des comptes est plus fournie. Elle a été développée également pour l'application des dispositions sur la gestion de fait. Les recettes entrant dans le champ du RGCP et de la loi de 1963 sont celles qui sont « affectées » ou « destinées » à la caisse d'un comptable public. Le juge des comptes prend en compte de nombreux éléments

¹¹ Voir J.Magnet « La notion de deniers publics en droit financier français » RSF 1974 p 129

¹² Voir également 14 décembre 1977 J..., n° 97314, Tp 748

dans la définition de telles recettes¹³. Si l'on peut synthétiser une jurisprudence très riche sans trop la déformer, on peut affirmer qu'entrent dans le champ les recettes qui sont publiques par nature, comme les impôts, taxes ou redevances qui sont affectées à une personne publique, les contributions volontaires qui y sont destinées ainsi que les recettes à l'origine desquelles se trouvent des moyens publics (personnel, locaux, matériel, plus généralement biens). On voit que les juridictions financières n'ont pas totalement abandonné l'idée de deniers ou de recettes publics.

Relèvent ainsi des règles de la comptabilité publique, la location d'espaces publics (C. comptes 30 mars 1934, Sieurs Bracq et Bécue, Rec. 16 ou 13 février 1995, Société des amis du musée d'Orsay, Rev. Trésor 1996. 326), les fonds conservés par une amicale de locataires d'un OPHLM qui sont en réalité des loyers destinés à l'office mais provisoirement bloqués en raison d'un litige (C. comptes, 3 octobre 1991, Amicale des locataires de la cité de Bellevue et a., OPHLM de la Seine-Saint-Denis Rev. Trésor 1992. 564), la vente de biens appartenant à l'administration (v. par exemple C. comptes 24 janvier 1979, Magasin d'approvisionnement des travaux publics de la Polynésie française, Rec. C. comptes 1979. 170), les recettes issues du fonctionnement d'un service public (C. comptes, 12 mai 1922, Herriot et cts: Rec. C. comptes 7) ou encore, justement, de la vente d'encarts publicitaires dans un journal municipal (CRC PACA, 20 décembre 1994, Maire de Tarascon, Rev. Trésor 1995. 548 ; C. Comptes, 15 décembre 1995, A..., *maire de Tarascon* : Rev. Trésor 1996, p. 175). Un arrêt de la Cour des Comptes retient également la qualification de deniers publics pour des recettes publicitaires collectées par un démarcheur en vue de la publication d'une plaquette de présentation du centre de transfusion sanguine (C. comptes, 26 mars 1996, Centre hospitalier F. Guyon à Saint-Denis¹⁴).

Encore faut-il que les sommes apparaissent comme la contrepartie de la mise à disposition à quelque titre que ce soit et sous quelque forme que ce soit de moyens publics. Des versements faits par une société commerciale à une association étroitement liée à un laboratoire public de recherches n'ont pas été regardées comme destinées à la caisse d'un comptable public faute d'être la contrepartie de prestations nécessitant l'utilisation des moyens du laboratoire, (C. comptes, 5 juillet 1993, Assoc. pour développement sciences biophysiques, Muséum nat. d'histoire naturelle : Rec. C. comptes 1993, p. 82 ; Rev. Trésor 1994, p. 113).

Dans la jurisprudence de la Cour des comptes et des CRC, cette conception de la recette est peu dissociable des titres dont les présumés gestionnaires de fait peuvent se prévaloir pour justifier la perception de ces recettes. L'un ne va pas sans l'autre, en ce sens que la reconnaissance du contrat comme titre légal permet de restreindre les conséquences négatives d'une vision extensive de la recette.

¹³ Voir notamment C. Descheemaeker, Gestion de fait, J.-Cl. droit administratif, fasc. 1265, la rubrique Finances publiques du code administratif Dalloz par MM Lascombe et Vandendriessche, les Grands arrêts de la jurisprudence financière 5e éd ; voir également M. Ludwig « Le concept de recettes destinées à un organisme public », Rev. Trésor 1991. 358 et N. Groper « Une convention de mandat peut valoir titre légal et éviter une gestion de fait, à condition d'être réellement appliquée » AJDA 2004, p. 2449

¹⁴ AJDA 1997, p. 854, chron. Bertucci et Doyelle

Vous ne pouvez pas faire vôtre cet équilibre, compte tenu de l'avis de 2007. Et s'il convient d'adhérer à la conception du juge des comptes pour nombre des qualifications données, il nous semble que pour une petite partie, on peut soutenir une vision différente.

Notre propos ne vise pas les recettes les plus nombreuses qui entrent à l'évidence dans le champ du principe d'exclusivité et pour lesquelles le fait générateur n'est pas non plus douteux, comme les produits fiscaux ou assimilés, qui sont des « recettes publiques » par nature. A cet égard, il faut néanmoins espérer, que celles de ces recettes par nature qui sont perçues par les cocontractants des collectivités territoriales dans le cadre de délégations de service public ou par ceux de l'Etat le sont sur le fondement de textes de niveau législatif, répondant aux conditions fixées par l'avis et par un autre avis de la section des finances (n°381058 du 11 décembre 2007 ; EDCE 2008 p 225) rendu à propos de la taxe « poids lourds » perçue dans le cadre d'un télépéage par un concessionnaire privé.

Bornons-nous aux recettes sur la nature desquelles on peut hésiter, dans l'hypothèse, toujours, où elles sont perçues par un cocontractant de l'administration. Nous voudrions vous convaincre que l'action de celui-ci et l'objet du contrat sont déterminants dans cette opération de qualification.

Prenons le cas de l'espèce.

L'objet du contrat est de faire publier par le plus d'annonceurs possibles des messages publicitaires dans une revue communale et de percevoir de leur part les sommes correspondantes. Tant que la société n'a pas contacté ces annonceurs, ni conclu avec eux un accord en vue d'une publication selon des conditions dont ils auront convenu, il n'y a pas de recette, *a fortiori* pas de recette qui serait destinée à la caisse d'un comptable public.

Le rôle de la société n'est donc pas de percevoir une recette qui préexisterait à son action, dont le fait générateur serait indépendant de cette action et ne demanderait qu'à être constatée et liquidée puis recouvrée. Aucune entreprise n'est tenue de publier une annonce dans un journal municipal et n'est de ce fait débitrice *a priori* d'une collectivité publique, en raison par exemple de son implantation locale ou de son secteur d'activité. Pour dire les choses en empruntant les termes du RGCP, si le comptable est seul chargé de la mise en recouvrement des créances, il n'y a ici aucune créance tant que le cocontractant n'est pas intervenu. La recette est le résultat de l'activité de l'opérateur économique. Dans les mécanismes financiers du contrat, il y a incontestablement un flux de recettes destinées au comptable public. Cette recette est constituée par la somme que le cocontractant va devoir verser à la collectivité, soit un plancher, soit un % des recettes qu'il a lui-même perçues. Mais le titre de cette créance et sa source sont le contrat lui-même et non la nature des recettes que ce cocontractant a perçues des annonceurs. Dans ce mécanisme, la recette publique naît du contrat, elle sera perçue par un comptable public en exécution de cette créance contractuelle, elle n'est ni antérieure ni extérieure au contrat. Il est impossible de distinguer a priori dans la somme perçue par le prospecteur le prix de son activité et celui de la valorisation du moyen public que constitue l'espace réservé à la publicité dans la publication en cause. C'est le contrat qui en fixant la rémunération du prospecteur fait le départ – arbitraire - entre ces deux éléments, lesquels, sans cela, seraient indissociables et c'est donc du contrat que naît la « recette publique » qui sera perçue par un comptable public.

La CAA Bordeaux, dans un arrêt récent du 20 novembre 2007 est parvenue à une telle conclusion à propos du même type de contrat¹⁵ et votre décision Louis précitée a emprunté le même chemin nous semble t-il.

Cette façon de voir pourrait il est vrai susciter au moins deux types de critiques.

On nous objectera tout d'abord qu'à le lire, ce contrat de prospection publicitaire paraît bien être au moins en partie un contrat de représentation ou de mandat. Selon ses propres stipulations, notamment le mode de calcul de la rémunération du cocontractant qui est censé « reverser » une partie des sommes collectées, le contrat apparaît comme un mandat. Mais s'en tenir au mode de calcul de la rémunération du cocontractant ou aux termes utilisés dans le contrat pour statuer sur le caractère public ou non des sommes qu'il perçoit des tiers serait un peu léger. Cela ne veut pas dire que le contenu du contrat doit être négligé, bien au contraire, mais le juge doit avoir ses propres critères de qualification dès lors surtout qu'il s'agit non de qualifier le contrat mais les sommes perçues par le cocontractant.

Il est vrai que le prospecteur n'est pas un simple collecteur mais qu'il n'est pas non plus propriétaire des pages de la revue qui serviront de support à la publicité ; il agit donc bien partiellement comme un mandataire, à l'image du collecteur ou du courtier, même si le courtier n'est pas toujours un mandataire¹⁶. Le critère tiré de l'objet du contrat ou, ce qui revient au même de la nature de l'action du cocontractant, pourrait n'être pas toujours pertinent. Il serait donc plus simple, comme le fait le juge financier, de s'en tenir à des distinctions principalement basées sur la source des recettes, les recettes perçues des tiers étant a priori des recettes destinées à la caisse du comptable si un bien ou un service publics en sont la source, recettes que le cocontractant devrait être habilité à percevoir par un texte adéquat et non par le seul contrat. Cela éviterait en outre de méconnaître la règle de non-contraction des recettes et des dépenses qui est également en cause ici, si les recettes sont considérées comme « publiques ».

Appliquée à tous les contrats publics, une telle vision serait toutefois problématique.

Le cas des DSP le montre à l'évidence.

Si les recettes tirées du fonctionnement des services publics ou des ouvrages publics sont dans le champ du principe d'exclusivité, alors toutes les recettes perçues par les délégataires de service public, qui proviennent le plus souvent des usagers doivent être incluses dans ce champ. Ce n'est pourtant pas le cas aux yeux du juge des comptes¹⁷ qui considère, à propos d'un contrat d'affermage que la société titulaire « *dans le cadre de l'affermage, se rémunère directement sur les usagers et encaisse à cet effet des recettes ayant le caractère de fonds privés qui, par leur nature même, échappent à la comptabilité du comptable communal et au contrôle de la juridiction financière* » (voir Sté SUR et a., Cne Antony précité). Certes, le principe de la gestion déléguée des services publics est prévu par la loi mais les dispositions en cause ne sont pas une dérogation au principe d'exclusivité de la perception des recettes publiques par un comptable: elles n'ont pas été conçues dans ce but, ni

¹⁵ n° 05BX00231, Sté SCOOP Communications : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 2, note G. Eckert

¹⁶ Voir par exemple en matière civile Cass 1^{ère} civ 18 octobre 2005 Bull I 366

¹⁷ En ce sens voir également Répertoire Bequet « comptabilité de fait » p 8 et suivants.

ne seraient suffisamment précises pour y satisfaire. D'où vient alors que ces recettes seraient privées ? De ce qu'elles ne sont donc pas destinées à la caisse du comptable public parce qu'il s'agit de la rémunération du délégataire (« *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* », dit la loi¹⁸). Il serait donc vain de vouloir faire du fonctionnement du service (public) le signe infaillible de l'existence de recettes entrant dans le champ de la comptabilité publique. Et comment expliquer autrement que par l'objet du contrat que les recettes sont privées s'il y a DSP et publiques en cas d'exploitation en régie ?

Admettons alors de faire une exception pour les délégations de service public. Que faire pour les contrats de partenariats ? Sans doute selon une disposition législative, votée en juillet 2008¹⁹ et destinée sans doute à tenir compte de votre avis de 2007, « *le contrat de partenariat peut prévoir un mandat de la personne publique au cocontractant pour encaisser, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement par l'utilisateur final de prestations revenant à cette dernière* ». Mais qu'en est-il des recettes qui ne reviennent pas à cette dernière et que le cocontractant peut néanmoins percevoir des tiers ? Une autre disposition régissant les contrats de partenariat prévoit en effet qu'il doit être tenu compte pour le calcul de la rémunération du cocontractant des « *recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens*

immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice ». De telles recettes pourraient entrer dans le champ de la comptabilité publique en fonction des critères mis en œuvre par le juge des comptes.

Et quid des autres contrats ?

Il serait peut-être intellectuellement satisfaisant que la *quasi summa divisio* DSP/marchés publics soit un instrument infaillible de qualification des recettes autres que fiscales perçues par le cocontractant nécessairement « publiques » dans un marché, inmanquablement privées dans une DSP mais il n'y a aucune raison logique pour que ce soit vrai : pourquoi les catégories du droit des contrats dont l'intérêt principal réside dans l'application de règles de publicité et de mise en concurrence seraient-elles pertinentes pour l'application du droit de la comptabilité publique ? Il n'y a au demeurant pas unanimité chez les rares auteurs qui ont tenté de superposer les catégories du droit des contrats et celle du droit de la comptabilité publique²⁰.

Si c'est au travers de concepts plus généraux de service public ou de propriété publique, utilisés aussi par le juge du contrat, que sont recherchés des points communs, on observera qu'il existe des marchés de service public, dans lesquels le cocontractant peut percevoir une rémunération des tiers, laquelle n'étant pas substantiellement liée aux résultats

¹⁸ Du moins pour les collectivités territoriales : article L.1411-1 du CGCT,

¹⁹ loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 portant modification de l'article L. 1414-1 CGCT et de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004

²⁰ Pour une tentative de systématisation, voir D.Moreau précité ; certains auteurs considèrent au contraire que les deniers encaissés dans le cadre d'un affermage ou d'une concession restent des deniers publics (v. not., *Code des juridictions financières annoté*, Edition du Moniteur, comm. sous l'article L. 131-2, M.-P. Chanlair, « Réflexion sur les contrats de service public avec mise à disposition d'ouvrages appartenant à la collectivité » AJDA 2005. 241).

de l'exploitation, ne fait pas de ces contrats des DSP. On sait aussi que sont qualifiés de marchés, le marché de travaux dont la rémunération réside dans la vente des matériaux extraits (22 février 1980, SA des sablières modernes d'Aressy, n° 11939, p 110 ; voir également Cass. crim., 7 mai 2002, n° 01-86.337 pour un marché de démolition d'un site industriel), la concession d'endiguage qui y ressemble (18 mars 1988, Sté civile des néo-polders, n° 69723, p 129) ou encore les contrats de mobiliers urbains (Assemblée, 4 novembre 2005, Sté JC Decaux, n° 247298, p 477). Dans ce dernier cas, il est d'ailleurs fréquent de parler de rémunération du cocontractant par « abandon de recettes ». L'expression est sans doute souvent impropre car la qualification de recettes publiques qu'elle sous-tend - à partir de l'idée que la publicité est une forme de valorisation du domaine public que la collectivité abandonne à son cocontractant - n'est pas une donnée invariable de ces contrats, le cocontractant conservant souvent la propriété du mobilier urbain. Toutefois cela peut ne pas être le cas.

Si l'on adopte la vision extensive du juge financier, alors ces contrats sont ou peuvent être des contrats autorisant sans habilitation particulière la perception de recettes destinées à la caisse d'un comptable public.

On ne sait si l'administration est en réellement consciente. L'avis de 2007 a été diffusé aux préfets et aux TPG par une circulaire des ministres de l'intérieur et des comptes publics du 8 février 2008²¹ dans laquelle sont distingués les contrats de commande publique « *des contrats innomés que la jurisprudence financière qualifie de « conventions de mandat* », comme si seules les secondes posaient un problème au regard des principes rappelés par l'avis et alors au surplus que les contrats de mandats sont bien des « *contrats de la commande publique* ». D'un autre côté, pourtant, dans les observations devant vous, le ministre des Finances, paraît avoir pris la mesure du risque et propose de voir dans l'article 1984 du code civil une habilitation générale à déléguer la compétence d'exécution des recettes. Mais cet article, qui donne une définition du mandat civil - *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* - est sans utilité : on ne peut y déceler la moindre habilitation de quiconque à quiconque à exercer une compétence de recouvrement d'une créance et cette disposition n'a en outre et a fortiori pas la précision requise par l'avis de 2007 pour satisfaire à ses exigences.

Au total, nous ne croyons pas que la 1^{ère} objection tirée en quelque sorte de la transparence du contrat en cas de perception de recettes par le cocontractant soit fondée, outre les risques qu'elle comporte pour nombre de contrats existants.

Cette fragilité est réelle, en ce sens que c'est bien la validité du contrat dans son entier qui sera en débat la plupart du temps et non celle de telle ou telle de ses clauses. Les dispositions législatives ou réglementaire sur l'exclusivité du comptable ou le principe général sont d'ordre public et leur méconnaissance par un contrat entraîne l'illégalité des stipulations litigieuses qui devra être soulevée d'office par le juge selon une jurisprudence établie et qui est d'autant plus justifiée en l'espèce que le principe exprime une règle de compétence (voir 21 octobre 1949, Min. travaux, p. 432. – 19 avril. 1974, Sté entreprise Louis Segrette, n° 82518 ; 82553, p. 1052 et Section, 28 janvier 1977, Min. éco. c/Sté Heurtey Métallurgie, n° 99449 p. 51 pour la signature d'un contrat par une autorité incompétente). Et la nullité de

²¹NOR : INT/B/08/00027/C

ces clauses financières, la plupart du temps fondamentales dans l'économie du contrat et dans l'esprit des parties, quand elles ne définissent pas l'objet du contrat comme en l'espèce, entraînera par l'effet de l'indivisibilité, la nullité de l'ensemble.

Cette fragilité n'est il est vrai pas insurmontable. Des régisseurs peuvent être nommés mais, on l'a vu, la régie de recettes est un processus lourd, conçu pour de petites sommes et dans lequel une entreprise privée hésitera à engager un de ses salariés. Des dispositions normatives peuvent être imaginées pour donner un fondement à ces perceptions dans le cadre de contrats de la commande publique. Mais ces dispositions ne seraient valables que pour les contrats futurs...

La seconde objection vient de la divergence entre l'approche suggérée et celle du juge des comptes, approche que vous avez d'ailleurs avalisée dans le cas de la vente des billets de l'Opéra dans l'affaire B...(C. comptes, 10 juillet 1995, B..., Association pour rayonnement Opéra de Paris (AROP) et autres, Rev. Trésor 1996, p. 37).

La divergence est double : sur la question du titre et sur celle des recettes.

Sur le 1^{er} point, les positions ne sont pas conciliables. Il y a certes d'un côté la question de savoir si un contrat est légal, de l'autre s'il y a gestion de fait mais d'une part si le contrat n'est pas légal du fait de la méconnaissance du principe d'exclusivité, il ne pourra pas servir de titre à percevoir des recettes, autrement dit être lui-même son propre remède, d'autre part s'il n'y pas gestion de fait aux yeux du juge des comptes en raison de l'existence d'un contrat regardé comme un titre, vous ne pourriez pas comme juge de cassation du juge des comptes valider un tel raisonnement sans méconnaître le principe d'exclusivité même si la configuration contentieuse vous conduisant à devoir trancher une telle question sera(it) rare. Mais pour les raisons indiquées plus haut, nous ne voyons pas que vous puissiez résoudre cette divergence par un renoncement au principe énoncé par l'avis de 2007.

Quant aux divergences en ce qui concerne la définition des recettes, elles doivent être relativisées à plusieurs titres.

La différence ne concerne tout d'abord qu'une part très faible des recettes, on l'a dit et au sein de cette part très faible, les seuls cas dans lesquels un opérateur économique, cocontractant de l'administration, exerce une activité qui n'est pas une activité de mandataire.

En outre, nous ne sommes pas sûr ensuite que cette divergence soit aussi forte qu'il y paraît sur le plan des principes.

La juridiction financière n'est en effet pas hostile à la prise en compte de l'objet du contrat pour qualifier les recettes perçues puisque tel est son critère pour les DSP.

De manière plus générale, le juge des comptes ne se contente pas de l'existence de la convention mais se penche sur son contenu et lui dénie ainsi le caractère de titre légal à manier des deniers publics lorsqu'elle n'assure pas d'équilibre financier entre les parties (C. comptes, 20 novembre 1997, Lycée Jean Rostand à Roubaix, Rec. p. 173) ou ne donne pas d'autonomie au cocontractant de l'administration (CRC Bretagne, 11 juillet 1989, SDR, région de Bretagne, Rec. p. 144), ce à quoi revient le fait pour ce cocontractant d'être

transparent²², comme le sont nombre d'associations para administratives. Il en va de même s'agissant d'une convention ayant pour objet des prestations fictives²³. On ne peut pas ne pas relever que la jurisprudence de la Cour sur ce point a principalement été élaborée à l'encontre d'associations très liées à l'administration et non d'entreprises ayant passé un marché.

De fait, nous ne pensons pas que l'intensité et l'étendue du contrôle du juge des comptes soient réellement mises en causes par la position que vous adopterez. Dans l'hypothèse de l'espèce, tout contrôle n'est pas exclu, en raison même de l'existence d'une créance de l'administration sur le fondement du contrat, du mode de calcul des versements à l'administration et de ce qu'en vertu du CCAP, la société Prest'Action était redevable envers la commune d'un rapport trimestriel sur les tarifs publicitaires pratiqués par elle et les conditions de vente appliquées aux annonceurs. Plus généralement, ce n'est pas la porte ouverte au détournement des règles de la comptabilité publique : pour que la recette présumée publique devienne privée, il faut un contrat avec une personne morale ou physique dont l'action sera à l'origine des recettes et qui en tirera une partie de sa rémunération du fait d'une activité propre. Rares seront les hypothèses, notamment lorsque la personne en cause sera une association transparente, dans lesquelles de telles conditions seront réunies. Dans ces montages contractuels un peu complexes, l'important réside à notre sens plus dans les mécanismes dont dispose la collectivité pour s'assurer du montant exact de sa créance finale, qu'elle tire de l'application du contrat, au travers des instruments de contrôle dont les parties ont convenu et des dispositions législatives et réglementaires éventuellement applicables que dans une application extensive des règles de la comptabilité publique qui n'ont au demeurant pas été conçues dans ce but

En définitive, nous ne proposons rien d'autre que de donner à l'avis de 2007 sa juste portée. Si le contrat a pour objet de « faire exécuter une recette », pour employer ses termes, c'est-à-dire de percevoir le produit d'une créance existante, alors une disposition d'habilitation est nécessaire. Si en revanche le contrat a pour objet de faire naître une recette par l'action du cocontractant alors, la disposition n'est pas nécessaire car le produit perçu n'est pas destiné ou affecté à un organisme public autrement que par le truchement du contrat.

Si vous nous suivez, après avoir censuré l'arrêt pour erreur de droit à avoir regardé le contrat comme un titre habilitant la Sté à percevoir des recettes destinées à un organisme public, réglant l'affaire au fond, vous écarterez comme inopérant le moyen principal tiré de la méconnaissance du RGCP.

Vous serez saisis de trois autres moyens.

La Société soutient que le contrat ne serait pas un marché mais une DSP. A la vérité on pourrait traiter ce moyen qui se situe de manière très générale sur le terrain de la régularité de la procédure de passation en faisant valoir par *a fortiori* que les conditions de passation d'un marché sont sur le plan de la publicité et de la mise en concurrence « plus rigoureuses » que pour une DSP. Mais ce raisonnement par *a fortiori*, que vous avez adopté dans une décision récente (10 juin 2009, Port autonome de Marseille à mentionner aux Tables) pourrait

²² Sur ces différents points voir N.Groper « Une convention peut valoir titre légal et éviter une gestion de fait, à condition d'être réellement appliquée » AJDA 2004.2449

²³ CRC Alsace 7 avril 1995 DG des services de la Région Alsace et Sté RMR Rev Trésor p 204

ne pas fonctionner sur tous les aspects de la procédure de conclusion d'une DSP. Et, en tout état de cause, il ne fait pas de doute que ce contrat est un marché et non une DSP.

Celle-ci se caractérise par l'existence d'un service public, la délégation de gestion de ce service et une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service.

L'information municipale est un service public (TC, 24 juin 1996, Préfet de l'Essonne, n° 03023, Lebon p. 546; et CE 10 juillet 1996, C..., n° 140606, T p. 1006²⁴). Et il est admis, en principe, qu'une DSP puisse être consentie sur une partie seulement d'une activité de service public. Ainsi du service public de l'eau où l'on peut distinguer la production de la distribution, voire à l'intérieur même de la distribution (28 juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la Moyenne vallée du Gier, n° 288549) ou de l'électricité (production, transport, distribution). Encore faut-il que, par elle-même, l'activité en cause puisse être qualifiée de service public, sauf à ce que tout apport de moyens ou de services à une activité publique se voit décerner ce label. Or, d'une part la ville conservait ici la maîtrise de l'organisation et de la gestion des publications municipales, la Sté n'intervenant que pour préparer la mise en page des publicités, d'autre part la prospection publicitaire n'est pas en soi une activité de service public. En outre la seule circonstance que le contrat soit une source de financement pour la commune ne suffit à conférer à cette activité le caractère d'une activité de service public. La décision du TC *Préfet de l'Essonne* ne doit être regardée que pour ce qu'elle est, c'est-à-dire l'attribution de la compétence à la juridiction administrative pour juger d'un litige et non une décision prenant parti sur la qualification d'un contrat administratif. Il s'agissait d'un contrat par lequel une commune habilitait une société à vendre à des annonceurs des espaces publicitaires dans des publications consacrées à l'information municipale et à percevoir les recettes correspondantes, le TC y voyant un contrat « *comportant participation au service public, alors même que le cocontractant n'est pas chargé de la rédaction de ces publications* ». Mais ces considérations nécessaires pour statuer sur la compétence juridictionnelle ne sont pas suffisantes pour trancher la nature du contrat. En outre l'arrêt précise que le contrat comportait l'obligation pour la Sté d'assurer le financement, la réalisation matérielle et la diffusion de ces publications, ce qui n'est pas le cas ici.

La société conteste également la somme mise à sa charge arguant de ce que le minimum qui devait être versé à la ville était de 250 000F, soit le chiffre mentionné dans le CCAP et non celui de 650 000F figurant dans l'acte d'engagement. Mais les stipulations du CCAP ne fixent qu'un plancher, l'article 5.3 stipulant que le titulaire du marché garantit une recette minimale qui « *devra être égale ou supérieure (...) à 250 000 F* », ce qui renvoie nécessairement aux propositions de l'acte d'engagement.

La société soutient en outre et enfin que la commune aurait méconnu ses propres obligations en omettant de lui remettre une lettre accreditive susceptible d'être présentée aux annonceurs démarchés ainsi que de listes de partenaires avec lesquelles la collectivité avait des relations professionnelles étroites. Mais aucune stipulation du contrat ne mettait à la charge de la commune de telles obligations et au demeurant a été remis à la Sté un document

²⁴ Voir également les arrêts des CAA de Paris, 11 octobre 1994, *Editor Tennog* et CAA de Lyon, 2 juin 2004, *Sté Michel Charmettan communication*

établissant ses liens avec la ville. Le moyen sera donc écarté et avec lui les conclusions à fins d'annulation du titre

EPCMNC à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Prest'Action tendant à l'annulation du jugement du 1^{er} juillet 2004 du tribunal administratif de Rouen en tant qu'il a rejeté ses conclusions dirigées contre le titre exécutoire émis à son encontre par la commune de Rouen, au rejet de l'appel sur ce point et soit mis à la charge de la Société la somme de 3 000 € au titre de l'article L.761-1 du CJA.