



HAL
open science

Festival, service public et délégation de service public, note sous CAA Marseille 17 juin 2010

Jean-Marie Pontier

► **To cite this version:**

Jean-Marie Pontier. Festival, service public et délégation de service public, note sous CAA Marseille 17 juin 2010. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2010. hal-02119592

HAL Id: hal-02119592

<https://amu.hal.science/hal-02119592>

Submitted on 3 May 2019

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

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

FESTIVAL, SERVICE PUBLIC ET DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

*Commentaire de l'arrêt de la CAA Marseille du 17 juin 2010 n° 09MA01507,
Commune de Six-Fours-Les-Plages*

Résumé : Les festivals sont de toute nature, ils sont surtout très nombreux dans notre pays, ce qui explique, peut-être, qu'ils aient accédé au contentieux, et cela depuis bien des années. Il est surtout caractéristique qu'ils aient succédé à d'autres activités comme champ d'interrogation des qualifications qui peuvent leur être donnés sur le plan juridique. Les collectivités locales interviennent de plus en plus souvent en faveur de festivals, soit qu'elles les aident, soit qu'elles les organisent elles-mêmes. Le mode d'intervention de la collectivité a des incidences directes sur le régime juridique applicable. Mais les choses sont moins évidentes qu'elles ne le paraissent, et le présent arrêt de la CAA de Marseille, sous une apparence assez « lisse » répond en réalité à des interrogations fondamentales, ce qui explique qu'il ait été rendu en chambres réunies.

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université de Paris I)

L'histoire continue. Les historiens le savent bien, les juristes peuvent en douter, parfois, au vu de certaines jurisprudences qui constituent des revirements et signent l'abandon d'une jurisprudence antérieure et, parfois, de notions qui ressortiront peut-être un jour. L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Marseille en date du 17 juin 2010 est important, non seulement parce qu'il a été rendu en chambres réunies, mais également, et surtout, parce qu'il se situe dans le prolongement et la perspective d'une jurisprudence antérieure qui a pu soulever des doutes de la part de certains, qui appelle des compléments ou des éclaircissements, qui représente, en tout état de cause, une jurisprudence à laquelle il faut prêter une particulière attention.

Cette jurisprudence concerne la culture, le service public et les collectivités territoriales, soit trois pôles qui, chacun, et de manière différente, soulèvent des interrogations. Tout ce qui est culturel comporte des particularités par rapport aux autres activités, spécificités revendiquées par le milieu culturel en même temps que difficilement identifiables et difficiles à prendre en compte. Le service public est, à l'inverse, une notion classique, emblématique, peut-être, du droit administratif français, mais qui n'en continue pas moins de soulever des interrogations, sur sa consistance comme sur son devenir, le moindre nombre de productions jurisprudentielles y faisant référence pouvant être interprété, quelquefois, comme le signe d'un déclin de cette notion. Les collectivités territoriales sont, depuis longtemps, des sujets majeurs du contentieux administratif, elles ont été à l'origine ou l'occasion de grandes décisions de jurisprudence, c'est souvent à leur propos, aujourd'hui, que le juge est amené à prononcer de grandes décisions.

En l'espèce il s'agit donc d'une collectivité territoriale qui, dans le cadre de ses interventions, développe une activité culturelle. C'est cette activité culturelle qui va donner lieu à litige, suivant le schéma habituel d'un habitant ou/et contribuable qui va déférer au juge une délibération d'un conseil municipal relative à cette intervention. Et le juge va être amené à se prononcer sur la nature de l'activité (est-ce ou non un service public ?) comme sur la

nature et les conditions de l'intervention de la personne privée à laquelle la commune a confié cette activité.

L'arrêt de la cour est particulièrement clair, la juridiction a fait un choix, mais un débat a manifestement eu lieu au sein de cette juridiction, dont ne rend pas compte l'arrêt – ce n'est sans doute pas sa fonction ni sa raison d'être –, ce qui montre que les questions ne sont jamais aussi simples à régler que semble l'indiquer la rédaction de l'arrêt. Celui-ci est au fond le résultat, seul, de toute une réflexion et de tout un débat, débat qui tient à ce que les solutions sont délicates à déterminer parce que les situations peuvent varier et que, également, et tout autant, l'appréciation portée sur ces situations varie elle aussi.

Le service public ne suscite plus les mêmes passions qu'en d'autres temps. Cela tient au fait que certains débats qui eurent lieu à son propos n'ont plus lieu d'être – le service public n'est plus, depuis longtemps, le critère du droit administratif et de la compétence du juge administratif – comme au fait que les questions qui se posent aujourd'hui portent plus sur l'application des normes communautaires, la conformité des procédures en matière de contrat par rapport à ces normes que sur des questions de principe comme il put y en avoir autrefois.

Et cependant, de loin en loin, un arrêt, une décision, viennent nous rappeler à ce que, dans le jargon contemporain, on appelle nos « fondamentaux », et, parmi ces fondamentaux, figure le service public. Car, avant de se prononcer sur la légalité du procédé utilisé pour agir, il faut se demander de quoi il s'agit, quelle est la nature de l'activité poursuivie. Nous avons peut-être un peu trop tendance à oublier que les collectivités publiques, quelles qu'elles soient, sont chargées avant tout d'organiser, de gérer, des services publics, pour le mieux-être des habitants, c'est là – si l'on peut oser cette image qui fait un peu oxymore par rapport précisément à des activités industrielles et commerciales de plus en plus nombreuses – leur principal « fonds de commerce ».

Voilà donc une commune, la commune de Six-Fours-les-Plages, qui crée, en 1996, un festival de musique de variétés, organisé l'été sur une presqu'île, festival dénommé « les voix du Gaou » et qui connaît, au fil des années, un succès croissant. L'arrêt de la cour relève – nous reviendrons sur ce point – que ce festival devient un événement majeur de la vie culturelle et touristique de la commune. Après avoir géré pendant dix ans ce festival, la commune décide d'en confier l'organisation et la gestion à un professionnel du spectacle. Une délibération du conseil municipal en date du 28 mars 2007 approuve la passation d'une convention d'une durée de trois ans entre la commune et une société, la société Adam Concerts, pour l'organisation du festival. La même délibération alloue à la société une subvention annuelle d'un montant de 495 000 euros. Deux conseillers municipaux, en désaccord avec le maire, demandent au tribunal administratif de Toulon d'annuler la délibération en question et, par un jugement du 16 avril 2009, le tribunal annule la délibération.

La cour administrative d'appel va devoir se prononcer, à la fois sur la nature de l'activité confiée par la commune à la société et, par voie de conséquence, la nature juridique de la relation entre la commune et cette société.

I – LA QUESTION DE LA NATURE DE L'ACTIVITÉ CONFIÉE PAR LA COMMUNE À LA SOCIÉTÉ

La question sous-jacente à l'affirmation de la cour, selon laquelle l'activité est un service public, est bien celle de savoir s'il s'agit ou non d'un service public. L'affirmation apparemment anodine de la cour – mais, même dans la formulation, l'argumentation est perceptible – recouvre un débat qui a eu lieu sur la nature de l'activité, et ce débat repose sur une problématique bien connue, celle des critères du service public, ces critères qui pouvaient faire, à tort, « démodés » opérant un retour implicite mais bien réel.

1 – Le débat sur la nature de l’activité confiée à la société : la question sur le service public

Le festival de musique de variétés organisé par la commune est-il ou non un service public ? La réponse, clairement affirmée par la cour, nous est connue, mais mérite d’être explicitée, car la solution, qui nous apparaît justifiée, n’a pas fait l’unanimité au sein de la juridiction, le rapporteur public ayant eu un point de vue tout différent.

A – L’analyse du rapporteur public

Le rapporteur public de l’affaire devant la cour administrative d’appel n’a pas eu le sentiment que l’activité concernée était un service public, il a même eu le point de vue inverse.

Pour le rapporteur public – et l’interrogation vaut pour le juge à tous les stades de la procédure –, « il convient de déterminer quel est le rôle de la commune dans l’organisation du festival, et pour cela examiner les stipulations du contrat conclu entre la commune et la société en charge du festival ». Le rapporteur public ne mettait pas en doute le rôle de la commune dans l’initiative du festival. Le contrat avec la société indiquait en effet que dans « le cadre de sa politique culturelle, la commune met en place un festival de musique qui se déroule depuis dix années sur l’Île du Gaou (...). Ces différents concerts, organisés pendant la période estivale sont un des grands moments de la politique culturelle de la commune de Six Fours et contribuent pleinement à sa renommée événementielle ».

Recourant à des éléments de qualification qui renvoient (implicitement) à ceux dont la présence, dans la décision *Gheusi* – première décision, sauf démonstration contraire, sur l’existence du service public culturel – avait conduit le juge à consacrer la notion de service public, le rapporteur public relève l’absence de ces éléments qui pourraient conduire à la qualification de service public. La commune fait-il observer, n’exerce aucun contrôle sur la programmation, et « surtout, le contrat ne comporte aucune clause tarifaire ; l’accès aux spectacles n’est en rien encadré ». Faute d’un minimum de contrôle de l’activité du cocontractant, il n’est pas possible de considérer que l’on est en présence d’un service public. Telle ne va pas être, en définitive, la position de la cour qui, en chambres réunies, va décider, à l’inverse, que l’on se trouve bien en présence d’un service public.

B – La position de la cour

La cour déclare que le festival « a constitué, dès l’origine, une activité de service public administratif ». Cette qualification, pour banale qu’elle puisse paraître, est cependant importante car il n’est plus si courant, aujourd’hui, que l’on trouve, dans la jurisprudence, de telles affirmations, les décisions portant sur le service public s’étant raréfiées depuis quelques années au profit d’autres notions. L’affirmation de la cour est triple, le troisième qualificatif, dont on eût aimé qu’il figurât dans la décision, étant implicite tout en étant incontestable.

Le festival est *un service public*. Ce n’est certes pas la première fois que le juge administratif déclare qu’un festival est un service public. Il n’y a pas si longtemps que cela, dans un arrêt important, et qui a donné lieu à des analyses quelque peu divergentes des commentateurs, le Conseil d’Etat a reconnu (et les autres juridictions administratives saisies avant), sans aucune difficulté (parce que le problème n’était pas là), que le festival international d’art lyrique d’Aix-en-Provence était un service public CE Sect. 6 avr. 2007, n° 284736, Commune d’Aix-en-Provence, RFDA 2007, n° 4, concl. Séners, note J.-C. Douence ; AJDA 2007, p. 1020, chron. Lenica et Boucher, JCP G 2007, I, 166, chron. B. Plessix ; JCP A

2007, 2125, F. Linditch, Délégation de service public. L'évolution du droit des subventions ne menace-t-elle pas à terme les délégations de service public ? ; 2128, J.-M. Pontier, Services publics culturels. Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels ; RDP 2007 p. 1367, note O. BuiXan). Il est vrai que l'incontestabilité de service public du festival d'Aix-en-Provence était probablement plus forte que dans le cas du festival du Gaou. Encore cela est-il, ou pourrait-il être contestable : au nom de quoi privilégier, du point de vue du service public, un genre de musique par rapport à un autre ?

Mais cela montre que les festivals, fort nombreux chaque année dans notre pays, ne sont pas nécessairement des services publics (sinon, d'ailleurs, on succomberait sous les services publics qui absorberaient tout, ce qui n'est pas souhaitable). Un festival, comme toute autre activité, ou presque, n'est un service public que si certaines conditions sont réunies, ce que nous allons voir ensuite. Il est cependant intéressant de relever que la balance a penché, ici, en faveur du service public, et que cet arrêt vient de manière appropriée à l'appui de la théorie du service public.

C'est un *service public administratif*, la cour a estimé utile de le préciser pour en déduire un certain nombre de conséquences quant à la légalité du contrat conclu par la commune avec la société. Avec le service public administratif on se trouve dans la catégorie la plus classique, la plus traditionnelle, la plus rassurante, aussi, par sa simplicité et sa cohérence, de service public. Eût-il été possible de considérer que le service public était à caractère industriel et commercial ?

Sur le plan théorique, rien n'interdit qu'une telle activité, tout en étant considérée comme un service public, soit qualifiée de service public à caractère industriel et commercial (V. en ce sens J.-M. Pontier, Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels. Réflexions à propos de CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, JCP A 21 mai 2007, n° 2128 et, du même auteur, La gestion industrielle et commerciale des services publics culturels, JCP A 18 juin 2007, n° 2160). Mais, dans le cas présent, il aurait été difficile de trouver des arguments en faveur de cette qualification, ne serait-ce que parce que – même si cela ne suffit pas à régler la question – le fait que la commune attribue une subvention de 495 000 euros était tout de même un indice faisant pencher vers le service public administratif.

Ce service public est un *service public culturel*. Certes la cour ne le dit pas explicitement – et l'on peut regretter que la cour n'ait pas ajouté au qualificatif service public administratif le terme « culturel » (qui certes n'était pas indispensable à la solution, et qui explique peut-être que, dans le cadre de « l'économie des moyens » dont il fait usage, le juge ne l'ait pas utilisé) – mais c'est bien d'un service public culturel qu'il s'agit. D'abord parce que, dans les termes du contrat, les préoccupations culturelles de la commune sont clairement énoncées, ensuite parce que, pour d'autres festivals, le juge a parlé de service public culturel, enfin parce que l'on ne voit pas comment il pourrait ne pas l'être, les considérations culturelles étant essentielles en l'espèce. Tout au plus peut-on dire que, comme dans la décision *Dauphin* (CE Ass. 11 mai 1959, Rec. p. 294, S. 1959.117, concl. Mayras, JCP 1959.II. 11269, note de Lanversin, AJ 1959.II.113, chron. Combarnous et Galabert, note Dufau p. 228), il s'agit sans doute d'un service public culturel *et* touristique, le patrimoine et le tourisme se conjuguant souvent (parfois pour le pire).

Il serait possible de s'en tenir là, pour la qualification, si la divergence d'appréciation entre le rapporteur public et la cour, et le fait que l'arrêt ait été rendu chambres réunies, n'invitait à approfondir la réflexion sur les critères du service public.

2 – Les critères du service public

C'est un vieux débat que celui des critères du service public. Quant peut-on parler de service public ? Tant que l'activité est prise en charge directement par la personne publique, il n'y a pas de difficultés, le service public est présumé, c'est l'inverse qui paraîtrait anormal, que la personne publique gère une activité qui, n'étant pas service public, ne serait pas d'intérêt général, alors que seul ce dernier peut être poursuivi, encore n'est-ce pas, surtout pour les collectivités locales, n'importe lequel. En revanche, lorsque l'activité est confiée à une personne privée, la question peut véritablement se poser, c'est sur ce point qu'ont porté les interrogations et que le juge a été amené à préciser, au fur et à mesure, sa jurisprudence. C'est pourquoi les doutes qui ont été émis au cours de la procédure attirent attention, même si la solution retenue par la cour mérite d'être approuvée sans réserve.

A – Les interrogations et les doutes sur l'existence d'un service public

Le service public a sans doute été à l'origine de quelques unes des plus belles et plus brillantes réflexions sur le droit administratif qui aient été développées depuis un siècle. Un premier point a retenu l'attention du rapporteur public, mais sur lequel nous ne nous attarderons pas parce que la cause nous paraît entendue depuis longtemps, celle des prérogatives de puissance publique dont la présence a pu être considérée (à juste titre) comme signant l'existence du service public, et dont l'absence, inversement (mais à tort) a été analysée par toute une partie de la doctrine (se fondant sur des arrêts allant apparemment dans ce sens) comme signifiant l'absence de service public.

Rappelons seulement, parmi les dernières décisions particulièrement claires, celle de 2007 (CE 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, JCP A 2007, 2066, concl. Vérot, note M.-C Rouault ; AJDA 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP A 2007, 2145, note G. Guglielmi et G. Koubi ; JCP G 2007, I ? 166, chron. B. Plessix, RFDA 2007, p. 803, note C. Boiteau ; V. également le commentaire de O. Gabarda sous TC 8 juin 2009, *Fédération française aéronautique et autres c/ Groupement pour la sécurité de l'aviation civile*, JCP A 2010, 2233).

Même lorsque une personne privée ne se voit pas confier de prérogatives de puissance publique, l'activité qu'elle gère peut être un service public, toute la question étant alors, évidemment, de savoir à quoi l'on reconnaît la présence de ce service public, ou son absence, cette dernière étant, contrairement au raisonnement courant, sans doute plus facile à démontrer que la première. L'idée générale est celle du contrôle de la collectivité sur la personne privée qui s'est vu confier cette activité : si le contrôle est suffisamment étendu, on pourra en déduire l'existence du service public, dans le cas contraire la thèse de l'absence de service public doit prévaloir. Cependant cette affirmation ne résout rien, ne permet pas dans un cas concret de se prononcer, la difficulté n'est que reportée. D'où la célèbre méthode dite du « faisceau d'indices » pour pouvoir trancher.

Dans l'affaire de ce festival, il fallait donc examiner quel était le contrôle de la commune sur la personne privée, se demander s'il était suffisamment étendu. Le rapporteur public faisait observer que la commune n'imposait aucune « obligation de service public » à son cocontractant et, notamment, n'exerçait aucun contrôle sur la programmation « et surtout, le contrat ne comporte aucune clause tarifaire ; l'accès aux spectacles n'est en rien encadré ». Ces éléments d'appréciation ne sont pas sans rappeler certains de ceux qu'avait énumérés le juge dans, de nouveau, l'affaire *Gheusi* .

Certes, on a pu trouver, par la suite, des cas dans lesquels de telles clauses ne figuraient pas dans le contrat, alors que le juge avait cependant considéré qu'il y avait service public. Mais, faisait observer à juste titre le rapporteur public, dans ces situations où une association avait été chargée par la commune d'organiser un spectacle, un festival, les associations étaient « transparentes », ce cas de figure, dont on ne peut considérer qu'il est normal, mais qui est

très répandu, justifiant que le juge estime que la collectivité organisatrice, donc responsable (au double sens du terme), soit la collectivité publique et non la personne privée.

Dans le cas du festival, la commune n'organisait pas elle-même le festival, elle n'en contrôlait l'activité que de manière indirecte. Et le rapporteur public rapprochait cette affaire de l'affaire UGC-ciné-cité (CE 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné Cité*, JCP A 2007, 2294, comm. F. Linditch, Contrats et marchés publics 2007, comm. 308, note G. Eckert, ALDA 2007 p. 2260, note J.-D. Dreyfus ; V. la chronique d'O. Amiel, Conflit autour de la notion de service public culturel d'exploitation cinématographique, AJDA 2008, p. 23 et s. ; V. également, J.-M. Pontier, Cinéma et service public : contexte et enjeux, in *Cinéma et audiovisuel : action publique et territoire*, L'observatoire, la revue des politiques culturelles (Observatoire des politiques culturelles, hors série n° 2, juillet 2009, p. 11 et s.). Dans cette affaire UGC le commissaire du gouvernement B. Casas déclarait : « notre sentiment est que vous vous trouvez dans un cas limite » et estimait que dans ce cas il était bien difficile de dire que la commune imposait des obligations concrètes à son cocontractant, lui fixait des objectifs et prenait les moyens de contrôler leur réalisation (BJCP n° 55, p. 483).

Le rapporteur public pensait qu'il était possible de raisonner de la même manière dans le cas du festival du Gaou et concluait sur ce point : « Faute donc d'un contrôle minimum de l'activité du cocontractant, il nous semble que l'on ne peut affirmer que nous soyons en présence d'un service public qui serait délégué par la commune ». Telle n'a pas été l'analyse de la cour qui a consacré, au contraire, l'existence d'un service public. Mais sur quels fondements, par rapport au raisonnement développé par le rapporteur public ?

B – Les critères du service public

Reprenons la formule de la cour : « eu égard aux conditions de sa création, à celles de son organisation et de son fonctionnement, le Festival *Les voix du Gaou* a constitué, dès l'origine, une activité de service public administratif ». Cette formule ramassée renvoie, à la fois, à un élément essentiel de la qualification de service public, aux critères (ou indices) de différenciation du service public et du service public à caractère industriel et commercial et à la jurisprudence récente *Commune d'Aix-en-Provence* précitée.

Cette formule est l'écho, ou l'application, d'une jurisprudence très riche au sein de laquelle on peut rappeler deux décisions. La première est celle dans laquelle le juge constate, relativement aux conditions d'organisation du service, qu'une ville ne gère pas ses établissements de bains « dans des conditions différentes où fonctionnent des entreprises privées similaires » (CE Sect. 29 janvier 1932, *Sieur Kuhn*, Rec. Leb. p. 115). La seconde est celle de 1956, l'intérêt étant plus particulièrement représenté par les conclusions du commissaire du gouvernement précisant les conditions de l'existence d'une « véritable entreprise » (CE Ass. plénière, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, concl. Laurent).

Le Festival en question est une activité de service public parce que, d'une part, il y a continuité dans l'intervention de la commune, d'autre part, les conditions d'organisation et de fonctionnement sont celles d'un service public. Quant aux conditions de création, tout d'abord, le juge relève que l'initiative en revient à la commune. C'est celle-ci qui a eu l'intention, qui a voulu et organisé le festival dès le départ, soit depuis une dizaine d'années. Nous nous trouvons dans un cas de figure très différent de celui dans lequel, au départ, l'initiative est privée, et où des particuliers organisent, sous forme le plus souvent d'associations, une activité, et demandent des aides à la commune, c'est-à-dire des subventions. L'initiative publique est une sorte de sceau qui est posé sur l'activité, celle-ci ne peut pas être assimilée à une activité telle qu'elle le serait, même avec des caractéristiques similaires, par une personne privée. L'affirmation de la cour revient à reconnaître – ce qui

n'étonne point – une spécificité de l'intervention publique, plus encore, une irréductibilité de tout ce qui porte la marque de la puissance publique. Les origines ne sont pas indifférentes, cela vaut pour les personnes physiques, pour les groupes, pour les collectivités, petites ou grandes.

Le juge retient un élément qui est étroitement lié au précédent, qui le conforte : cette intervention de la commune s'est inscrite dans la durée (ce qui garantit son sérieux), il y a continuité, tout au moins cela découle-t-il de la formule de l'arrêt selon laquelle le festival en question est devenu « un événement majeur de la politique culturelle et touristique de la commune » et a contribué à sa « renommée ».

La qualification est celle de service public administratif. Après la reconnaissance, par le Tribunal des conflits, de l'existence de la catégorie des services publics à caractère industriel et commercial (l'apport – si l'on peut dire, car il était contestable – de la décision *Bac d'Eloka* était de considérer que le droit privé s'applique, non plus ponctuellement, mais à une *catégorie* complète de services publics, appelés ensuite (car l'expression ne figure pas dans la décision de 1921) services publics à caractère industriel et commercial) la question a naturellement été de savoir quel était le critère permettant de dire que le service était industriel et commercial. La décision de 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques* fait référence à trois données (R. Chapus insistant sur le fait que « c'est d'un critère unique que relève l'appréciation du caractère d'un service public », *Droit administratif général*, 15^{ème} éd, 2001, t. 1, § 768), l'objet du service, l'origine de ses ressources, les modalités de son fonctionnement.

Le terme « organisation » qui figure dans l'arrêt de la cour de Marseille fait référence, indirectement, à l'objet et à l'origine des ressources. Quant à ces dernières, il est clair, et cela est rappelé, que, pendant dix ans, la commune a géré directement le festival, donc avec ses propres ressources, le financement est un financement public, et exclusivement public. Quant à l'objet, il est administratif, et non industriel et commercial, car le festival est la mise en œuvre d'une politique culturelle (et touristique) de la commune. La comparaison pourrait être faite avec l'affaire *Dame Maron* (CE Sect. 26 janvier 1968, Rec. p. 69, AJ 1968, p. 293, concl. L. Bertrand) dans laquelle le commissaire du gouvernement avait fait valoir que, pour l'exploitation du théâtre antique, le cadre comptait autant que les représentations, que celles-ci avaient aussi pour objet de mettre en valeur un élément du patrimoine historique et culturel de la ville. Le Conseil d'Etat ne s'était pas prononcé sur ce point, affirmant implicitement le caractère administratif du service. Ici le juge affirme explicitement ce caractère administratif, qui découle de cette volonté de la ville de s'investir (dans les deux sens du terme) dans le festival pour en faire un élément de la politique culturelle.

Quant aux modalités de fonctionnement, elles ne sont pas autrement explicitées, mais découlent de la forme de gestion : dans la mesure où le festival était géré directement par la commune, les dépenses comme les recettes entraient dans le budget de la commune, le personnel œuvrant dans le cadre du festival était un personnel communal.

La cour déclare, ce qui n'est pas anodin, que le festival était un service public administratif « dès l'origine ». Il est certes toujours possible qu'une activité change de nature au fil du temps, mais l'on relèvera que lorsque changement de nature il y a, il s'effectue plutôt en sens inverse, une activité privée devenant service public, et, éventuellement, service public administratif, comme dans le cas *Commune d'Aix-en-Provence*. Un service public qui est administratif dès l'origine conserve généralement cette qualification, même si des modifications sont apportées ensuite aux conditions d'organisation et de fonctionnement, comme en l'espèce, le succès du festival appelant, de manière compréhensible, l'appel à des professionnels du spectacle pour le gérer de manière satisfaisante. Mais on ne voit pas pourquoi – sauf changement radical d'orientation de la commune, ce qui n'était pas le cas – le service public aurait changé de qualification uniquement pour cette raison.

II – LA QUALIFICATION DES RELATIONS ENTRE LA COMMUNE ET LA PERSONNE PRIVÉE

La commune continue de s'intéresser de près au festival puisque, ainsi que nous l'avons vu, elle alloue à la société une somme, importante, de 495 000 euros. Mais quelle est la nature de cette aide ? La commune l'a présentée comme une subvention, mais ce n'est pas une réponse suffisante ou satisfaisante, le juge considérant que la convention avait pour objet de déléguer une activité de service public.

1 – Le rejet par le juge de qualification de simple subvention à une personne privée

La commune a passé avec la société une convention. De quoi s'agit-il ? Est-ce une subvention, le fait qu'il existe une convention n'étant pas une objection, le ministère des finances ayant, à l'inverse, demandé que la subvention soit accompagnée d'une convention, ou bien s'agit-il d'autre chose ? Aucun des juges saisis n'a eu le sentiment qu'il s'agissait d'une subvention, mais le rapporteur public s'était engagé sur une autre voie, qui n'a pas été retenue.

A – Il ne s'agit pas d'une subvention

La commune a soutenu que la somme qu'elle versait à la société était une subvention. Ce faisant, elle niait également nécessairement le fait qu'il s'agisse d'un service public. Cela peut *a priori* paraître étrange, mais servait en fait parfaitement ses intérêts. On peut se demander, en effet, si la commune n'a pas soutenu cette thèse uniquement pour éviter la qualification de service public et l'application des dispositions de l'article L. 1411-1 du CGCT, dont la commune avait sans doute pris conscience qu'il était comme une épée de Damoclès au-dessus de sa tête. Mais, en revanche, s'il n'y avait pas service public, il ne pouvait évidemment pas y avoir application de l'article L. 1411-1. D'où l'argument de la subvention versée à une personne privée.

La commune s'appuyait d'ailleurs sur un argument qui, *a priori*, était de nature à faire hésiter. Elle invoquait en effet les dispositions de la loi n° 98-198 du 18 mars 1999 portant modification de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles. L'article 2 de cette loi – votée avec de telles difficultés, alors qu'il ne paraissait pas s'agir d'un secteur « sensible », encore moins stratégique, que l'on en demeure perplexe – insère un article 1-2 dans l'ordonnance de 1945 aux termes duquel « les entreprises de spectacles vivants peuvent être subventionnées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics dans le cadre de conventions ». La commune faisait valoir que cette disposition ne soumettait les subventions à aucune condition, et que, par conséquent, la nécessité de suivre une procédure de publicité et de mise en concurrence aurait méconnu les dispositions de la loi.

Il n'a pas été difficile cependant aux rapporteurs publics, et aux juges, de rejeter cette argumentation sur le fondement, classique, même s'il n'est pas évoqué directement, de l'indépendance des législations : chaque loi est applicable dans son champ. Il est possible de subventionner des spectacles vivants sans publicité et sans mise en concurrence ... si la rémunération est effectivement une subvention ; mais si l'administration cherche, non pas seulement à aider une activité privée mais à poursuivre un but d'intérêt général, une « politique », culturelle ou autre, et qu'elle s'adresse pour cela à une personne privée, la « loi Sapin » de 1993 devient applicable. L'origine publique du festival ne pouvait que faire écarter l'hypothèse de la simple « aide » à une activité privée.

Le rapporteur public estimait, nous l'avons vu, qu'il n'y avait pas service public. Pour autant, il rejetait également la qualification de subvention. On s'est rendu compte il y a quelques années, et de manière un peu surprenante, qu'une pratique aussi banale et aussi vieille que la subvention (la thèse de J. Boulouis, Essai sur la politique des subventions administratives, cahiers de la FNSP n° 21, A. Colin, 1954, portait déjà, comme son intitulé l'indique, sur les subventions) s'accompagnait d'une difficulté certaine pour définir une subvention (un groupe de travail constitué en vue de préparer une conférence nationale de la vie associative, présidé par J.-F. Collinet, et, avec comme rapporteur, P. Bachschmidt, a proposé une définition intéressante de la subvention).

B – La thèse soutenue par le rapporteur public

S'il ne s'agit pas d'un service public, mais s'il ne s'agit pas non plus d'une subvention, de quoi s'agit-il, quelle est donc, plus exactement quelle aurait pu être, en théorie, la nature de cette relation ? Le rapporteur public penchait pour la prestation de service : « Ce que recherche la commune c'est la réalisation d'une prestation de service, et elle a en vue la promotion de la commune, par la notoriété que lui apporte cette manifestation de renommée au moins nationale ». Si la rémunération n'est pas une subvention, et que l'on ne se trouve pas en présence d'un service public, la seule solution qui demeure est celle de la rémunération d'une prestation de service.

Les critères de distinction entre subvention et prix de prestation sont assez bien identifiés, comme le rappelait le commissaire du gouvernement Seners dans ses conclusions sur une affaire de 2008 (CE 26 mars 2008, *Région Réunion*, req. n° 284412), une décision de 1990 (CE Sect. 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, CODIAC, Rec. p. 210, RJF 1990, concl. Racine, et 10 juillet 1991, *CCI de Perpignan et des Pyrénées orientales*, Rec. p. 279, RJF oct. 1991, concl. Racine) ayant clairement distingué les situations de subventions et les situations de prestations de service.

Dans cette affaire du Comité du Choletais, ce comité avait la nature juridique d'association de la loi de 1901, il ne facturait pas ses actions aux entreprises ni aux communes, et le juge a estimé que son budget était alimenté exclusivement par des subventions versées par la ville de Cholet et la CCI de Cholet : « ces contributions, fixées globalement par celles-ci en fonction des perspectives générales d'action du comité ne correspondaient pas à des prestations individualisées au profit de la ville et la CCI de Cholet et étaient donc sans relation nécessaire avec les avantages immédiats que la collectivité locale et l'établissement public pouvaient retirer des actions du comité ; (...) dès lors, et en l'absence d'un lien direct entre le montant des contributions versées au comité et les opérations réalisées par lui, ce dernier ne peut être regardé comme ayant effectué de façon générale des prestations à titre onéreux au sens des articles 256 et 256 A du code général des impôts ». Mais, dans la même décision, le juge a considéré que le Comité, ayant aussi passé avec la ville une convention particulière lui confiant pour le compte de cette dernière une étude déterminée et prévoyant une rémunération spécifique, cette activité constituait une prestation de services effectuée à titre onéreux. C'est en s'appuyant sur une telle analyse que le rapporteur public se prononçait pour la qualification de prestation de services.

2 – La solution de la cour d'appel : une délégation de service public

La cour administrative d'appel, comme le tribunal administratif avant elle, considère que l'activité que constitue le festival a été, dès l'origine, une activité de service public administratif. Dès lors la conséquence est inéluctable : la commune « ne pouvait légalement

décider de confier la poursuite de son exploitation à un tiers sans consentir une délégation à cette fin ».

A – La nécessité de passer par une délégation de service public

Lorsque l'activité en cause reçoit la qualification de service public, il n'existe que deux possibilités. Ou bien l'activité est gérée directement par la commune, c'est la gestion en régie, c'est ce qu'a fait la commune pendant une dizaine d'années, jusqu'à ce qu'elle s'aperçoive, ou estime, que ce mode de gestion n'était plus adapté compte tenu de l'ampleur prise par le festival. On passe alors à la seconde hypothèse. Ou bien en effet, la collectivité territoriale décide de confier la gestion de l'activité à un tiers. Dès lors s'applique l'article L. 1411-1 du CGCT, rappelé immédiatement par la cour, et selon lequel une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats du service, les délégations étant soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes.

Certes cette exigence connaît des exceptions, et il est assez curieux que la commune n'ait pas cherché, apparemment, à se défendre en argumentant en les invoquant, même si elle n'avait guère de chances de pouvoir se faire entendre (mais elle n'en avait pas plus en utilisant les moyens qu'elle a invoqués. V. les observations faites dans le commentaire sous CE 7 avril 2007, J.-M. Pontier, Mode d'emploi pour la gestion des services publics culturels. Réflexions à propos de CE 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, JCP A 21 mai 2007, n° 2128). La première de ces exceptions est celle de la dévolution unilatérale de l'activité mais, à l'évidence, tel n'était pas le cas de figure de l'espèce (au surplus, et en dehors de l'intervention législative directe, ce sont des cas assez particuliers, comme celui des agréments). La seconde, sur laquelle on a beaucoup glosé, est celle des contrats de prestations intégrées (autrement dit le « *in house* » communautaire) mais, manifestement, et sans qu'il y ait besoin de s'appesantir sur ce point, ce n'était pas non plus le cas. D'ailleurs la cour prend soin de relever que les stipulations de la convention ne prévoyaient aucun contrôle de la commune sur la programmation et les tarifs des spectacles, ce qui suffit à écarter toute possibilité de contrat de prestations intégrées.

B – L'illégalité de la procédure suivie par la commune

Résumons la situation : l'activité représentée par le Festival du Gaou est une activité de service public, elle l'a même été dès l'origine et n'a jamais abandonné, si l'on peut dire, cette qualification. Lorsqu'elle est confiée à un tiers, en l'espèce une société, cette activité doit être qualifiée de délégation de service public, parce qu'elle ne peut rien être autre. Elle doit alors se conformer aux exigences de l'article L. 1411-1 du CGCT, issues d'ailleurs du droit communautaire, relatives à la publicité et à la mise en concurrence.

En l'espèce, le choix de la société par la commune n'a pas été précédé d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. La conclusion s'impose : la procédure suivie par la commune est illégale, c'est ce qu'a jugé, d'abord le tribunal administratif, ensuite la cour administrative d'appel.

Bien que la commune n'ait pas soulevé le moyen et que la question n'apparaisse pas directement à travers l'arrêt, mais en se trouvant cependant en filigrane, on pourrait se demander pourquoi la solution est ici différente de celle qui avait été adoptée dans le cas du festival d'Aix-en-Provence. La réponse est assez facile à donner : les situations ne sont pas comparables. Dans le festival d'Aix-en-Provence, le commissaire du gouvernement avait bien

relevé qu'à l'origine le festival était une initiative privée, alors que dans notre affaire il était public dès l'origine, par ailleurs le festival d'Aix-en-Provence avait profondément changé au fil du temps, et il y avait pu y avoir une dévolution sans contrat (V. le commentaire précité de J.-M. Pontier à propos de cet arrêt) alors qu'en l'espèce il y a bien une convention, et c'est la nature de cette convention qui pose problème, enfin, dans l'affaire d'Aix il s'agissait d'une association alors qu'ici le cocontractant est une société. Bref, si l'on résume un peu brutalement, les deux affaires, bien que concernant toutes deux un festival musical, n'ont pas grand-chose à voir l'une avec l'autre.

Trois observations sont possibles en guise de conclusion. Tout d'abord, le service public culturel, incontestable, ne se retrouve plus tant dans des activités qui en furent à l'origine, le théâtre, et bien que dans les deux cas ce sont des activités de « diffusion » culturelle, mais dans des activités plus « contemporaines », ou dont nos contemporains sont friands, les festivals. Ensuite, les problèmes qui surgissent sont étroitement liés aux relations qu'entretiennent des collectivités publiques, particulièrement des communes, avec des partenaires privés, en particulier aux conditions dans lesquelles l'activité est confiée à une personne privée. Enfin – mais cela n'étonnera plus personne – la problématique n'est plus celle du respect de l'initiative privée mais celle du respect des principes de publicité et de mise en concurrence.