

CATEGORIES EN MIROIR :

SUBVENTIONS, DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC, MARCHES PUBLICS

par

Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

La réalité peut être appréhendée de différentes manières, le droit en est l'une des approches, elle paraît même en être l'une des approches les plus attachées au réel, au concret, au tangible : si l'on peut théoriser le droit, la jurisprudence, elle, est, depuis ses origines, très pragmatique, se prononçant, comme il est souvent écrit, « au cas par cas », ce qui rend difficile toute généralisation et peut aussi entraîner quelques incertitudes.

Pour saisir cette réalité du point de vue du droit, les juristes créent des concepts et des notions, mais également des catégories. Les catégories sont utiles, et rassurantes : elles permettent de distinguer, de classer, éventuellement de hiérarchiser. Elles donnent la possibilité (ou l'illusion) d'organiser le monde, et surtout les activités humaines. Sans cet ordonnancement, ce ne serait que désordre et désordres, la société même ne pourrait exister. Il arrive que les catégories soient remises en question, mais c'est pour leur en substituer d'autres. La délimitation des catégories – le périmètre, comme l'on aime à dire aujourd'hui – peut également varier, mais cela n'est pas gênant pour la catégorie, on procède, là encore, à une nouvelle délimitation.

Plus inquiétant, *a priori*, paraît être le phénomène de dissolution des catégories, par interpénétration de notions que l'on croyait, jusque-là, à la fois bien définies et tout à fait distinctes les unes des autres. D'une autre manière, on pourrait dire que les notions juridiques sont à l'image de la représentation en peinture : selon l'angle sous lequel on les examine, elles présentent des caractéristiques différentes, voire une nature différente. Et peut-être cela révèle-t-il des bases plus instables du droit qu'on n'aurait pu le penser, en particulier du droit administratif dont le fondement des notions paraît se dissoudre au fur et à mesure que l'on cherche à mieux le cerner, à l'approfondir.

Ce phénomène s'est produit, et continue de produire des effets, avec les subventions, les délégations de service public et les marchés publics. Il y a seulement une vingtaine d'années, la question ne pouvait pas se poser, pas tellement parce que l'une des catégories citées, la délégation de service public, n'existait pas formellement, mais parce que une telle question aurait paru étrange, tant une frontière nette paraissait séparer la catégorie juridique des subventions de celle des marchés publics. Les subventions ne semblaient pas soulever de problème juridique particulier, au point que les travaux théoriques sur cette question n'existaient pratiquement pas¹. Les subventions étaient un moyen commode d'intervention des personnes publiques, mais ne suscitaient ni état d'âme ni interrogations particulières.

Les législations et réglementations adoptées depuis quelques années et, peut-être plus encore, certaines décisions de justice, ont jeté le trouble dans les esprits et chez les autorités publiques,

¹ La seule véritable étude sérieuse sur les subventions était celle de J. Boulouis, citée plus loin, mais la plupart des auteurs ne considéraient pas la subvention comme un sujet digne d'étude.

notamment les élus locaux. La distinction entre ces trois catégories n'est plus, a-t-on envie de dire, ce qu'elle était. Ces catégories peuvent être dites en miroir à plusieurs points de vue. D'abord elles se renvoient mutuellement leur image, brouillant les définitions. Ensuite, ces catégories se réfléchissent les unes les autres, infléchissant leur délimitation. Enfin, cette image est en permanence corrigée par l'intervention du juge.

Il en résulte que la distinction entre ces catégories est devenue parfois délicate à opérer avec, chose presque impensable autrefois, un risque afférent de requalification.

I – UNE DISTINCTION DEVENUE DELICATE

Le droit public n'est pas près d'être gagné par l'assouplissement : une distinction qui paraissait bien établie s'atténue, de dissout en quelque sorte, tandis que, corrélativement, l'incertitude s'étend.

1 – Des critères de distinction difficilement fixés

Les juristes œuvrent souvent entre les apparences et la réalité, et celle-ci est évidemment beaucoup plus complexe et nuancée que celle-là.

A – L'APPARENCE DE CRITERES CLAIRS DE DISTINCTION

Dans l'analyse traditionnelle, les différences s'imposent immédiatement entre les trois notions en question ici : le marché public et la subvention s'opposent par leur nature, tandis que la délégation de service public (DSP) se présente, elle, et *a priori*, comme une catégorie unificatrice et simplificatrice.

L'opposition entre marchés publics et subventions est presque trop évidente, toutes deux paraissent répondre à des définitions précises et claires. L'interrogation sur les marchés publics reçoit une réponse immédiate, donnée par l'article 1^{er} du code des marchés publics : un marché public est un contrat conclu à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public, exception faite des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat (qui peuvent, cependant, s'y soumettre volontairement).

Certes, il est des contrats qui remplissent les conditions pour être qualifiés de marchés publics et qui n'en sont pas, parce qu'ils font partie des exclusions prévues par l'article 3 dudit code. Les exclusions, que l'on trouve dans n'importe quelle définition d'une notion, ne sont pas une négation de la notion, et sont d'ailleurs prévues par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004 telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence communautaire ; au surplus elles correspondent à des situations considérées, d'un avis largement partagé, comme étant assez particulières (prestations d'action sociale par exemple) et le juge interprète strictement ces exclusions, déclarant que « la qualification d'action sociale ne peut être reconnue à ces prestations que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand : ce qui suppose notamment qu'elles ne se bornent pas à offrir des services disponibles et aisément accessibles, en termes de localisation et de prix, sur le marché, et que leurs conditions d'octroi et de tarification les rendent accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenu modeste »².

² Avis CE n° 369315 du 23 oct. 2003, *Fondation Jean Moulin*

La subvention, elle, se place du côté de l'acte unilatéral ce qui suffirait, semble-t-il, à la distinguer radicalement du marché public. Tout oppose la subvention au marché public. La subvention est un concours de nature financière qu'une collectivité publique apporte à une autre personne, qu'à l'origine on pensait être seulement privée, mais qui peut être également une autre personne publique. Ce concours s'effectue sans contrepartie équivalente pour la collectivité qui attribue la subvention, ce qui constitue une différence supplémentaire par rapport au marché public. La subvention est un avantage financier, lequel se différencie de l'avantage en nature qui peut être consenti par une collectivité : l'article L. 2313-1 du CGCT prévoit que les documents budgétaires des communes de 3500 habitants et plus doivent être assortis, en annexe, « de la liste des concours attribués par la commune aux associations sous forme de prestations en nature et de subventions ». Les subventions se distinguent également d'autres concours financiers pouvant être attribués par une personne publique, notamment lorsqu'il s'agit de concours qui représentent une certaine contrepartie de services rendus, par exemple les prix de journée, les forfaits journaliers ou les dotations globales de fonctionnement³.

L'expression « délégation de service public » est apparue d'abord pour la première fois dans la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, puis, de manière plus affirmée, dans 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. D'autres lois ont contribué à établir un régime juridique de la DSP⁴ avant que celle-ci ne soit reprise et légèrement modifiée par la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dont l'article 3, codifié à l'article L. 1411-1 du CGCT, dispose qu'une DSP « 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 de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ». Deux circulaires du ministre de l'intérieur du 13 décembre 1975 et du 7 août 1987 ont utilisé ce concept, qui permettait, semblait-il, une distinction aisée entre la gestion indirecte ou « déléguée » et la gestion directe ou en régie.

La DSP n'est pas un nouveau mode de gestion d'un service public, c'est en quelque sorte une catégorie transversale, on y trouve la concession, l'affermage, la régie intéressée (à la dénomination trompeuse), la gérance, qui se différencie de la précédente « dans la mesure où la collectivité décide seule de la fixation des tarifs (...) De plus, la collectivité conserve le bénéfice ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire » (circulaire n° 75-634 du 13 déc. 1975). Mais il est apparu difficile de trouver une intention explicite du législateur et les débats parlementaires ont montré que l'expression délégation de service public désignait tantôt la gestion par concession ou affermage, tantôt, en plus des deux précitées, la régie intéressée et la gérance⁵. On comprend dans ces conditions l'importance de la jurisprudence.

³ CE 6 juill. 1994, req. N° 110494, *Comité mosellan de sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes*

⁴ Notamment la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

⁵ La gérance donne lieu à des requalifications (elle a pu être requalifiée en marché d'entreprise de travaux publics, CE 11 juill. 1986, *Préfet de la Creuse*, Rec. p. 610), elle ne correspond pas toujours à la définition qui en est donnée par la circulaire n° 75-634 du 13 décembre 1975 (V. notamment sur la gérance CE 7 avril 1999, *Commune de Guilhaud-Granges*, AJDA 1999 p. 157, concl. C. Bergeal).

La DSP se définit, comme le marché public, et à la différence de la subvention, par le lien contractuel entre le délégant et le délégataire, mais elle se différencie du marché public par le fait que le cocontractant est chargé de la gestion et de l'exploitation d'un service public, s'il ne s'agit que d'un contrat de fourniture de moyens ce contrat redevient un marché public. Par ailleurs, autre différence capitale avec le marché public – mais qui va devenir source d'une profonde ambiguïté – la rémunération du délégataire doit être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation d'un service public, ce critère, issu de la jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône*, ayant été repris par la loi, mais n'étant peut-être pas ce que l'on croyait qu'il était. Inversement et (en principe) logiquement, lorsque la rémunération du cocontractant est effectuée par la collectivité sur la base d'un prix qui est établi sans liens avec les résultats de l'exploitation, le contrat doit être considéré comme un marché public et non comme une DSP.

Des dispositions particulières, mais qui ne contredisent pas les principes précédents, sont applicables aux collectivités territoriales avec, notamment, l'obligation pour les communes d'équilibrer en recettes et en dépenses les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés (art. L. 2224-1 du CGCT), l'article L. 2224-2 du même code précisant les exceptions possibles et ajoutant que l'interdiction n'est pas applicable aux services de distribution d'eau potable et d'assainissement dans les communes de moins de 3000 habitants et les groupements de communes dont la population ne dépasse pas le même chiffre.

B – UNE REALITE JURIDIQUE TRES NUANCEE

Les critères de distinction énoncés précédemment montrent, par les formules utilisées, la faiblesse des définitions. Plusieurs notions auxquelles le juge et/ou le législateur ont eu recours interrogent ou intriguent, signe, déjà, d'une délimitation moins nette qu'elle n'aurait pu le paraître dans une analyse rapide. Les difficultés sont accrues par l'intervention d'autres facteurs d'atténuation, et l'hésitation est permise quant au sens à donner aux critères posés.

Sans aller jusqu'à affirmer que la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat est relative⁶, il faut constater que des situations se présentent dans lesquelles on peut se demander si l'on a affaire à des actes unilatéraux ou à des contrats⁷. Une première situation est celle de contrats qui n'en sont pas. Ce type de situation qui pourrait paraître singulier tient à l'appellation abusive de contrat donnée par l'autorité compétente à des actes qui, selon le juge, ne peuvent être ainsi qualifiés. A une certaine époque ces appellations de contrats ont été multipliées par le pouvoir réglementaire.

Ce temps n'est pas terminé, les pouvoirs publics continuent d'appeler contrats ou conventions des actes qui sont unilatéraux, et cette pratique, qui pourrait paraître curieuse, s'explique en fait très simplement par la politique – à laquelle personne ni aucun domaine n'échappe – de concertation avec les intéressés, qu'il s'agisse, en particulier, du domaine social ou du domaine culturel, l'un et l'autre fortement marqués par cette tendance. Le juge ne s'est pas laissé abuser, mais les partenaires de l'administration ont pu, eux, de bonne foi, penser qu'ils avaient conclu un contrat. Le doute est encore plus permis lorsque ces appellations sont données, non par le pouvoir réglementaire, mais par le

⁶ Et encore que on trouve effectivement de nombreuses situations intermédiaires dans lesquelles l'hésitation est permise entre l'acte unilatéral et le contrat, sans compter les requalifications, là aussi, faites par le juge, ces requalifications allant dans le sens de l'acte unilatéral, et non dans le sens du contrat.

⁷ J. Caillousse, Actes et contrats de l'administration, remarques sur une partition juridique dérégulée, in Les états intermédiaires en droit administratif (sous la dir. de J.-M. Pontier), PUAM 2008, p. 101 et s.

législateur lui-même (cas des contrats de plan Etat-régions, devenus contrats de projets Etat-régions), le juge se soumettant sans enthousiasme et se montrant réservé quant aux conséquences à tirer de cette qualification législative en l'interprétant, en quelque sorte, *a minima* (jurisprudence *Nantes Estuaire Ecologie*, par exemple, pour les contrats de plan)⁸.

Les hésitations ont été permises, également, sur les incidences de la qualification de contrat pour un contrat conclu entre deux personnes publiques, le juge ayant été amené à dire, à l'époque, qu'un contrat par lequel une communauté de communes avait confié à un syndicat dont elle était membre l'exploitation d'un service d'assainissement moyennant rémunération, était un marché public, bien qu'un tel marché n'eût pas été soumis, à cette date, au code des marchés publics, parce que la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 s'appliquait⁹, la jurisprudence communautaire étant allée dans le même sens¹⁰. La rédaction actuelle du code des marchés publics a, sur ce point, mis fin aux hésitations.

Une autre difficulté, dont on va trouver les conséquences plus loin, tient à l'existence d'actes unilatéraux incontestables mais qui sont accompagnés de conventions dont la nature n'est pas plus contestable, et qui sont même parfois conditionnés par la conclusion d'une convention. Cette difficulté va se retrouver, en particulier, en ce qui concerne les effets de l'attribution de certaines conventions.

2 – Des incertitudes persistantes, malgré les efforts de clarification

Les difficultés survenues à l'occasion de dispositions relatives aux subventions, DSP et marchés publics, ont été à l'origine d'une recherche de clarification. Nonobstant ces efforts indiscutables, des interrogations subsistent, les doutes demeurent, voire s'accroissent.

Les efforts de clarification ont porté, non sur la définition des marchés publics, à laquelle les rédactions successives ont apporté d'indéniables éclaircissements, mais sur la DSP, catégorie gigogne dont certains critères continuent de soulever des interrogations, ainsi que sur la subvention, dont il n'existait et n'existe encore, curieusement, aucune définition dans un texte officiel¹¹.

A – LES EFFORTS DE CLARIFICATION DE LA DSP

L'une des difficultés soulevées par la notion de DSP est que celle-ci n'a pas été vraiment pensée en tant que telle. Elle est consacrée, un jour, par le législateur, sans que ce dernier se soit interrogé véritablement sur ce qu'il instituait. Ce n'était certes pas la première fois puisque, par exemple, les GIP sont nés un peu de la même manière, sans réflexion sur ce qu'ils pouvaient représenter sur le plan

⁸ Le Conseil d'Etat reconnaît la nature de contrat administratif aux contrats de plan, mais il ne pouvait guère faire autrement, compte tenu des termes de la loi, dans sa décision d'Assemblée du 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c./ Communauté urbaine de Strasbourg et autres*, Rec. Leb. p. 3, AJDA 1988, p. 159, chron. Azibert et de Boisdeffre p. 137 ; RFDA 1988 p. 25, concl. S. Daël, JCP 1968, II, 21084, note drago. Mais, à la première occasion, le juge a limité la portée de la qualification de contrats (CE 25 oct. 1996, *Association Estuaire Ecologie*, AJDA 1996, p. 1048, RFDA 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl, note Y. Madiot).

⁹ CE 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*

¹⁰ CJCE n° C-108/98, 18 nov. 1999, *Teckal SRL c/Commune de Viano*

¹¹ L'existence d'une définition « officielle » de la subvention paraîtrait, *a priori*, une bonne chose, du fait que la notion de subvention semble plus simple que celle de « gestion déléguée » dont il est question plus loin, et que le nombre de subventions attribuées par des personnes publiques est extrêmement élevé.

juridique. Le législateur est certes compétent, il fait, sur ce point, (presque) ce qu'il veut, il peut créer notamment de nouvelles catégories juridiques. L'inconvénient qui peut en résulter est que la notion est rarement précisée, et il incombe au juge, ensuite, (et telle est sa mission), de « faire avec », d'interpréter le sens, le contenu et la portée de la notion ainsi instituée. Dans le domaine de la DSP le législateur a été d'une certaine manière un bon élève puisqu'il a repris dans la loi le critère de la rémunération substantielle préalablement consacré ou retenu par le juge administratif. Mais, en même temps, ainsi qu'on l'a vu précédemment, tout en la consacrant, le législateur ne semble pas avoir eu une idée très nette de ce qu'était la DSP.

Le « critère » de la rémunération substantielle est présenté comme le critère principal de qualification de l'intervention. Si la rémunération du cocontractant est effectuée par la collectivité sur la base d'un prix sans lien avec les résultats de l'exploitation, le contrat doit être regardé comme un marché et non comme une DSP¹².

Dans de nombreuses affaires l'interrogation est posée par les requérants, la contestation de la qualification donnée par une personne publique est soulevée par ces derniers, et ceci concerne les contrats les plus divers. Ainsi, une convention passée par une commune et ayant pour objet de prospecter une clientèle d'annonceurs publicitaires pour assurer le financement du journal municipal l'avait été sous la forme d'un marché à bon de commande. Une société requérante faisait valoir qu'il s'agissait en fait d'une DSP. Le juge répond que si la prestation demandée comprenait, outre la prise en charge des frais de prospection, les frais de facturation et de préparation de la mise en page des publicités à insérer dans les publications, elle ne faisait participer la société que très partiellement à l'exécution du service public de l'information municipale. Cette convention était, dès lors, constitutive d'un marché public, et la commune avait pu à bon droit choisir de soumettre la procédure de passation dudit marché à l'appel d'offres ouvert¹³.

Reste que le critère de la rémunération substantielle demeure d'une application délicate, voire n'est pas ce que l'on pensait au départ qu'il était, ainsi que le reconnaissent volontiers, du reste, les pouvoirs publics. Ainsi que le déclare une réponse ministérielle à la question d'un parlementaire¹⁴, si l'on retient une approche quantitative du critère de rémunération, « celui-ci dépend finalement de l'appréciation du juge au cas par cas ». Cela ne gêne sans doute aucunement le juge, mais est gênant pour celui qui contracte avec l'administration et ne sait pas vraiment à l'avance dans quel cadre juridique il se trouvera en cas de litige.

¹² Dans une décision de 1998 le Conseil d'Etat déclare que les motifs invoqués par la ville de Nice ne suffisent pas à établir que la prise en charge par la ville, sur son budget propre, serait justifiée par l'une des raisons mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 322-5 du code des communes, alors applicable (article repris à l'article L. 2224-2 du CGCT), que la délibération ne précise pas les « règles de calcul » de la participation financière accordée la SEMSAT (Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique) et que, « dans ces conditions, celle-ci doit être regardée comme destinée à assurer la compensation pure et simple d'un déficit de fonctionnement de cette société » (CE 20 mars 1998, *Société d'économie mixte de sécurité active et de télématique (SEMSAT)*, req. n° 157586).

¹³ CAA Douai 3 août 2006, *Sté Prest'action c/ Commune de Rouen*, req. n° DA00855 ; V. W. Zimmer, *Contrat de prospection publicitaire : marché public ou délégation de service public ?*, *Contrats et marchés publics* 2006, n° 11, n° 284.

¹⁴ Q n° 7480 du 2 déc. 2002, JO Déb. Parl. Ass. Nat. 5 mai 2003

Dans l'arrêt souvent cité *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais*¹⁵, le Conseil d'Etat a estimé que la part de recettes aléatoires qui était d'environ 30% de l'ensemble des recettes, était suffisant pour considérer que le risque d'exploitation était réel. Le « Mode d'emploi » élaboré en mars 2007 par le ministre de l'intérieur et le ministre de l'économie et des finances sur la subvention publique, le marché public et la délégation de service public¹⁶, commente ce chiffre en déclarant que « ce pourcentage ne doit pas être considéré comme une valeur absolue ».

On en convient d'autant plus facilement que dans d'autres affaires, effectivement, le juge n'a pas retenu le même pourcentage. Dans une décision du 28 juin 2006 relative à un contrat ayant pour objet de confier au cocontractant l'exploitation des réseaux et ouvrages de production et de traitement de l'eau potable appartenant à un syndicat intercommunal, ainsi que la vente de cette eau aux communes membres du syndicat, le juge déclare que le cocontractant « perçoit une rémunération qui se compose en une partie fixe qui est constituée par un abonnement et une partie variable qui dépend de la quantité d'eau consommée dans les communes ; que la rémunération calculée dans ces conditions est substantiellement assurée par le résultat d'exploitation du service »¹⁷.

Dans une autre affaire, relative à un contrat ayant pour objet de confier au cocontractant la gestion du service de la restauration scolaire destinée à une école primaire, d'un centre de loisir et d'un pôle jeunes d'une commune, le juge estime que si le cocontractant perçoit une rémunération fixe versée par la commune, « les trois-quarts de ses recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers ; (...) la rémunération calculée selon ces modalités est, dans ces conditions, substantiellement liée aux résultats d'exploitation du service »¹⁸.

Dans une chronique publiée en 2007¹⁹ les auteurs écrivaient : « Cinq ans après la loi MURCEF, on ne sait toujours pas (...) en quoi consiste exactement le critère financier de la délégation de service public. Tandis que certains cours l'identifient dans le risque d'exploitation à la charge du cocontractant (...), d'autres paraissent ne voir aucune incompatibilité entre la qualification de délégation de service public et la couverture des déficits d'exploitation par la personne publique (...). Quant au Conseil d'Etat, il ne fait pas référence, dans ses arrêts récents, à la notion de risque et

¹⁵ CE ass. 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais*, Rec. p. 229 ; J.-M. Peyrical, Importance du critère de la rémunération dans la distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public, AJDA 1999, p. 714 ; J.-C. Douence, Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération, RFDA 1999, p. 1134.

¹⁶ Subvention, marchés et délégation de service public, Mode d'emploi, élaboré par les ministères de l'intérieur et de l'économie et des finances, mars 2007, publié dans le supplément du Moniteur, 14 septembre 2007, n° 5416.

¹⁷ CE 28 juin 2006, req. N° 288459, *syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*

¹⁸ CE 28 oct. 2006, req. N° 289234, *Commune d'Andeville*

¹⁹ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, Le risque économique est-il un critère de la délégation de service public ?, Contrats et marchés publics, mai 2007, reprise dans Dix ans de droit des contrats et marchés publics, Contrats et marchés publics nov. 2010, supplément au n° 11, n° 42, p. 51.

qualifie de délégations de service public des contrats qu'il aurait naguère rangés dans la catégorie des marchés publics, faute pour eux de faire peser le risque d'exploitation sur le cocontractant ».

Dans une décision de 2010 où il s'agissait du contrat conclu par une commune avec une société et confiant à celle-ci la gestion de son palais des sports et des spectacles, le juge relève que ledit contrat confiait à la société une mission de service public tenant à l'exploitation du palais des spectacles communal sous le contrôle de la commune, s'agissant notamment de la programmation culturelles et des contraintes relatives à son occupation par les équipes sportives de la ville. Le juge relève que « ce contrat accordait à la société une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable calculée en fonction des écarts entre le budget prévisionnel et le budget réalisé, la rémunération globale étant susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation ; que le cocontractant supportait ainsi un risque d'exploitation ». Par conséquent, déclare le Conseil d'Etat, la cour n'a pas inexactement qualifié le contrat de délégation de service public en relevant que la convention litigieuse confiait au cocontractant l'exécution d'une mission de service public, moyennant une rémunération substantiellement liée à l'exploitation²⁰.

Le « cas par cas » est manifeste à travers les différentes décisions du juge administratif. Il quasiment revendiqué comme tel. Ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire *SMITOM* le (encore à l'époque) commissaire du gouvernement, C. Bergeal, déclarait : « les recttes d'exploitation ne doivent pas nécessairement être majoritaires, mais elles ne doivent pas être insignifiantes. Il serait vain de fixer un pourcentage précis »²¹ et un auteur parle de la « signification optative du caractère substantiel de la rémunération »²².

Il résulte de tout ceci : 1° qu'effectivement il est impossible de retenir un pourcentage déterminé, ne serait-ce que parce qu'il faut tenir compte, également, d'autres facteurs ; 2° que le critère de la rémunération substantielle ne peut être purement quantitatif, qu'il doit intégrer d'autres données, faute d'aboutir à des absurdités ; 3° qu'il convient peut-être également de faire varier le critère en fonction des domaines, qui ne peuvent être traités de la même manière ; ainsi, par exemple, dans le domaine culturel, où des collectivités territoriales traitent depuis des décennies avec une association (qui n'est pas une association transparente) qui dispose d'une expérience indiscutable et constitue de ce fait, pour la commune, un cocontractant sûr, un pourcentage de 30% est beaucoup trop élevé et n'a pas grande signification. 4° que, de ce fait, la distinction entre la délégation de service public et le marché public devient elle-même aléatoire : ainsi que le font valoir deux auteurs, si le critère du risque est abandonné ou réduit à un « risque putatif » appréhendé de manière abstraite « il est permis de s'interroger de plus fort sur la logique qui préside désormais à la distinction entre délégation de service public et marché public et de se demander si cette distinction est bien conforme à celle retenue par le droit communautaire qui paraît faire du risque un critère décisif »²³.

B – LES EFFORTS DE CLARIFICATION DE LA NOTION DE SUBVENTION

²⁰ CE 19 nov. 2010, *M. Marc A. et Mlle Estelle A.*, req. n° 320169.

²¹ C. Bergeal, concl. sur CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais (SMITOM)*, AJDA 1999, p. 716.

²² S. Richard-Misrai, Le critère financier et la qualification des contrats publics, Thèse Droit public dactyl., Aix-Marseille 2011, p. 103.

²³ F. Llorens, P. Soler-Couteaux, Le risque économique est-il un critère de la délégation de service public ?, *Contrats et marchés publics*, mai 2007

Un semblable effort de clarification a été engagé en ce qui concerne les subventions, étant précisé que l'on ne s'attache ici qu'aux subventions attribuées par des personnes publiques. Une réflexion sur les subventions appelle deux remarques préalables, en forme d'étonnements. D'une part, il est assez étonnant que, dans un pays tel que la France, épris de définitions, il n'en ait jamais été donné de la subvention, et que l'administration centrale, cependant très attachée depuis longtemps à orienter les collectivités territoriales et à éviter les errements de leur part, que ce soit, hier dans le cadre de la tutelle, aujourd'hui dans le cadre du « partenariat », n'ait songé que récemment à donner une définition, comme si celle-ci avait été évidente tout en demeurant implicite. D'autre part, il est également un peu étonnant qu'aucune étude de fond n'ait été consacrée aux subventions depuis la thèse de J. Boulouis en 1954²⁴.

Certes, à travers la jurisprudence transparaissent des indices et des éléments de définition. Ainsi, s'agissant du bien-fondé de la soumission à la taxe sur la valeur ajoutée des subventions et des participations financières versées par des collectivités, institutions et établissements publics et par des entreprises privées à une association dénommée « Association des amis du festival de Rodez et du Parvis », le Conseil d'Etat relève qu'il ressort des énonciations de la cour administrative d'appel de Bordeaux qui a fait l'objet du pourvoi en cassation que « les subventions et participations financières accordées (...) par des collectivités, institutions et établissements publics et par des entreprises privées à l'Association des amis du festival de Rodez et du Parvis ne lui ont pas été versées en contrepartie d'une obligation d'effectuer des prestations de services individualisées au profit de ces organismes ; (...) la cour administrative d'appel a pu, à bon droit, déduire de ce fait, qu'elle a souverainement constaté, que le lien entre les subventions et participations reçues par l'association et les avantages qui pouvaient en résulter pour les parties versantes ne pouvait être qualifié de direct, de sorte que les sommes correspondantes ne devaient pas être regardées comme ayant rémunéré des prestations de services effectuées à titre onéreux par l'association ; qu'elle ne s'est pas davantage méprise en jugeant que le fait que les noms des parties versantes étaient mentionnés dans les programmes des spectacles organisés par l'association, ne permettait pas, à lui seul, de regarder cette dernière comme leur ayant fourni des prestations individualisées dont le niveau eût été en relation avec les sommes reçues » ; l'octroi de subventions et participations financières à l'association n'était pas lié à la souscription, par celle-ci, d'un quelconque engagement quant au prix de vente des billets de spectacles qu'elle organisait, la cour a donc pu juger à bon droit que les subventions et participations perçues par l'association au cours de la période considérée n'entraient pas dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée²⁵.

Les juridictions inférieures sont amenées à préciser les contours de la notion de subvention, en la distinguant notamment du marché public. Dans un jugement de 2009, le tribunal administratif de Toulon a rejeté deux requêtes de l'Association des consultants en aménagement et développement territorial (ACAD) qui reprochait au conseil général du Var le versement à l'Association pour la protection, l'amélioration, la conservation, la transformation et la restauration immobilière du Var (PACT-ARIM) de subventions dans le cadre d'une convention de partenariat financier. L'ACAD demandait que les conventions soient requalifiées en marchés publics. Le tribunal n'a donc pas suivi la

²⁴ J. Boulouis, *Essai sur la politique des subventions administratives*, Cahiers de la FNSP n° 21, A. Colin 1950.

²⁵ CE 2 juin 1999, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, req. n° 191937.

demande²⁶ et a semblé retenir deux critères pour définir la subvention, le critère de l'initiative du projet et l'absence de contrepartie²⁷.

La période actuelle donne un peu l'impression que les pouvoirs publics veulent faire du « rattrapage », et l'on dispose aujourd'hui de deux définitions, la seconde issue de la première. Le point de départ a été la décision du Premier ministre de tenir une Conférence nationale de la vie associative pour examiner avec les associations « les conditions dans lesquelles l'Etat peut mieux accompagner le développement et la vitalité du monde associatif ».

L'un des groupes de travail constitués en vue de préparer cette conférence avait pour thème d'étude « la consolidation des relations contractuelles entre les pouvoirs publics et les associations ». Sous ce titre, le groupe de travail présidé par J.-F. Collinet a publié un rapport avec, comme rapporteur, P. Bachschmidt. Ce rapport a étudié la question des subventions aux associations, celles-ci ne pouvant vivre, pour la plupart, sans celles-là. Le rapport estime que certains gestionnaires publics, au sein des services de l'Etat et surtout des collectivités territoriales, font souvent une confusion entre subvention et prestation de services, entre convention d'objectifs et marchés publics avec, comme conséquence, des différences de traitement pour les associations partenaires des collectivités, lorsque un marché est conclu alors que la situation aurait plutôt dicté la signature d'une convention. « Cette confusion, préjudiciable pour les associations, tend à banaliser le fait associatif », note le rapport.

Le régime de la subvention gagnerait, selon le rapport, à être mieux déterminé (et la jurisprudence récente conforte cette nécessité). Le rapport propose donc une définition de la subvention, l'objectif étant de « retenir la subvention de préférence à la prestation de services et au marché public à chaque fois que la situation le permet ».

Cette définition est la suivante : « Qu'elle s'accompagne ou non d'une convention, la subvention constitue une contribution financière de la personne publique, accordée à la demande du bénéficiaire et justifiée par des considérations relevant de l'intérêt général, sans que cette contribution constitue le prix d'une prestation de services ou d'une fourniture de biens directement apportée à la personne publique.

La subvention peut être allouée globalement pour contribuer au financement de l'activité de l'organisme subventionné, ou répondre à un besoin spécifique correspondant à un objet précis, conçu et mis en œuvre par le bénéficiaire. Ce projet peut lui-même porter sur une opération d'investissement ou sur une action en lien avec les politiques et l'utilité publiques.

Dans tous les cas, le régime juridique et financier de la subvention ne relève pas du code des marchés publics. Il est déterminé par les dispositions réglementaires les régissant, complétées, le cas échéant, par les stipulations contractuelles liant le bénéficiaire et la personne publique ».

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics²⁸ comporte un paragraphe ainsi intitulé : « Les marchés publics se distinguent des subventions ». C'est

²⁶ TA Toulon 16 avril 2009, Association des consultants en aménagement et développement du territoire (ACAD) c/Département du Var, req. n° 074409 et n° 074689.

²⁷ V. le dossier établi par Opale, le Centre national d'appui et de ressources (CNAR) et Hors les murs, intitulé « Secteur culturel : subventions ou marchés publics », janv. 2011.

²⁸ JO 4 août 2006, p. 11665

le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet de différencier les marchés publics des conventions qui accompagnent certaines décisions d'octroi de subventions, déclare la circulaire. Selon celle-ci – et nous avons là la seconde définition – la subvention « constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue de la personne publique du versement de la contribution financière », et la circulaire ajoute que « la notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition ».

Tous ces efforts de clarification sont bienvenus, et surtout indispensables. Il n'est pas certain, cependant, qu'ils soient suffisants pour éviter les interrogations et les hésitations que l'on peut avoir sur certains actes, un certain nombre d'affaires traitées récemment au contentieux illustrant ces difficultés et les requalifications, elles-mêmes sources d'interrogations, auxquelles se livre parfois le juge.

Dans une réponse à une question écrite d'un parlementaire qui s'interrogeait sur les incertitudes relatives à la DSP, le ministre de l'intérieur déclarait : « La relative complexité de la définition apportée par la jurisprudence ne fait que répondre à la grande diversité des contrats passés notamment par les collectivités locales et qui empruntent des éléments à plusieurs modes de gestion habituellement reconnus. Sa contrepartie réside dans une difficulté réelle pour les gestionnaires de services publics locaux pour déterminer avec une sécurité suffisante la procédure à retenir, qui se traduit notamment au stade du contrôle de la légalité des actes correspondants des collectivités locales ou de leurs établissements publics »²⁹. Cette appréciation paraît largement justifiée mais l'inconvénient est effectivement cette « insécurité juridique » qui résulte du fait que, suite à un recours, le juge peut très bien requalifier l'acte qui a été pris³⁰.

II – LE RISQUE DE REQUALIFICATION

Le constat en devient banal mais doit être rappelé : ce que croient ou veulent faire les autorités administratives n'est pas nécessairement ce qui est, tout au moins sur le plan juridique, sur le plan contentieux. Les autorités peuvent estimer conclure un contrat, alors que celui-ci sera requalifié en acte unilatéral par le juge et l'inverse, s'il est moins fréquent, peut aussi se présenter. Un contrat peut également être requalifié par le juge en un autre type de contrat que celui que les parties avaient pensé conclure. Différentes situations peuvent donc se présenter, et le fait de la requalification entraîne toute une série de questions.

1 – Les hypothèses de requalification

Du point de vue qui nous occupe, deux cas de figure peuvent se présenter, celui d'une requalification entre le marché public et la DSP, celui d'une requalification d'une subvention en un autre acte.

A – LES REQUALIFICATIONS ENTRE DSP ET MARCHE PUBLIC

²⁹ Réponse du ministre de l'intérieur, JO Sénat 17 septembre 1998, p. 3006.

³⁰ Et, ainsi que le reconnaissait le ministre de l'intérieur, compte tenu du caractère évolutif et très nuancé de la jurisprudence, qui correspond à une réalité de terrain, il ne serait guère opportun de proposer de retenir une définition législative de la gestion déléguée. Le juge conserve, ou trouve, en ce domaine, le rôle traditionnel qui est le sien et que ne semble guère pouvoir pallier l'intervention du législateur.

Le doute sur la nature du contrat conclu par une collectivité publique est compréhensible en raison des atténuations qui existent dans le régime des marchés publics comme en raison de l'étendue des obligations dans le cadre des DSP.

L'article 30 du code des marchés publics prévoit le cas particulier des accords-cadres et des marchés de services. Pour prendre en compte la spécificité des marchés de l'article 30, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à recourir à la procédure adaptée³¹. Les modalités de publicité et de mise en concurrence sont alors déterminées par le pouvoir adjudicateur en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Par ailleurs, « la jurisprudence a admis que certaines prestations de l'article 30 puissent être acquises sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général », déclare la circulaire du 3 août 2006 (9-4).

La circulaire fait ici référence à une décision de section du Conseil d'Etat du 23 février 2005³². Selon cette décision, « si certains marchés publics de service ayant pour objet des prestations ne figurant pas à l'article 29 du même code peuvent être passés sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général, il ne saurait en résulter que tous ces marchés puissent être conclus sans respecter les principes rappelés par l'article 1^{er} du code ».

Même si l'appartenance du marché à l'une ou l'autre des catégories mentionnées aux articles 29 et 30 se vérifie par référence aux catégories de services énumérées en annexe de la directive 2004/18/CE (qui renvoie elle-même à la nomenclature CPV prévoyant un système de classification unique pour tous les marchés publics), il n'est pas très surprenant que des autorités publiques qui concluent un contrat, surtout à l'échelon local, puissent confondre ces « situations répondant à des motifs d'intérêt général » avec celles dans lesquelles elles confient à un cocontractant l'exécution même d'un service public.

La collectivité territoriale peut d'ailleurs se tromper aussi sur l'étendue des obligations qui résultent pour elle de la passation d'un tel contrat (ainsi, à propos d'un contrat conclu par un département avec une SARL en vue de l'hébergement de familles en difficulté bénéficiaires de l'aide sociale, ce contrat ayant pour objet l'exécution même du service public consistant à assurer le logement des personnes démunies, le département s'étant engagé à prendre en charge les frais d'hébergement des familles placées par lui, doit assurer cette prise en charge qui constitue la contrepartie de la mission de service public assuré par la SARL à la demande du département³³).

Il est encore plus possible que la personne publique croit avoir passé une DSP, et que celle-ci soit analysée par le juge comme un marché public. Le juge opère cette requalification dans deux types de situations.

Le juge procède tout d'abord à une requalification dans l'hypothèse où le contrat ne laisse à la charge de l'exploitant aucun risque financier. Ainsi en est-il dans le cas où une commune confie

³¹ Sur ces marchés, V. S. Violo, *Les marchés à procédure adaptée*, Thèse Droit public, dactyl., Aix-Marseille 2012.

³² CE 23 fév. 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP) et autres*, req. n° 264712, 265248, 265281, 265343

³³ CAA Paris 23 nov. 2004, req. N° 01PA02704, *SARL Lutetia Hôtel*

l'exploitation du centre municipal de vacances à une association afin que celle-ci assure des séjours de vacances à destination des enfants de la commune. L'exploitation comprend notamment l'utilisation, la gestion commerciale, l'entretien de l'équipement, la mise à disposition de fonctionnaires titulaires ; la prestation fournie par l'association à la commune est, en application des stipulations de la convention, rémunérée par la commune qui garantit à l'association un nombre de journées et lui verse une somme forfaitaire par enfant calculée selon le type de séjour, outre une somme forfaitaire pour la mise à disposition des fonctionnaires.

Cette « rémunération proportionnelle au service rendu, qui ne laissait en outre à la charge de l'association exploitante aucun risque financier, constituait un prix versé par la commune en échange de prestations » et « la circonstance que les résultats de l'exploitation dudit centre aient également été liés à l'organisation de séjours de vacances pour des risques extérieurs à la commune, auprès desquels l'association était autorisée à percevoir un prix destiné à la rémunérer, n'a pu donner audit contrat le caractère d'une délégation de service public et lui enlever son caractère de marché de droit public »³⁴.

De même, dans le cas où une commune a confié à une société le service de restauration scolaire et municipale le juge administratif a pu légalement considérer que la rémunération du cocontractant de la commune, « en l'absence de réel risque juridique d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public »³⁵.

En revanche, et par une solution contraire, dans le cas où un département avait souhaité confier à un prestataire l'exploitation d'un service de transports de voyageurs incluant des usagers scolaires sous la forme d'une DSP, le Conseil d'Etat déclare qu' « en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitut des familles laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit »³⁶.

Lorsque le contrat concerne le domaine public, plusieurs situations peuvent se présenter. Une situation ne concerne pas directement notre sujet, mais doit être rappelée, car elle conduit également, mais dans un autre sens, à écarter la qualification de délégation de service public, celle dans laquelle, parce que l'activité en cause ne présente pas la nature de service public, la collectivité territoriale agit en tant qu'autorité domaniale et non en qualité d'autorité délégante, le contrat pouvant être qualifié de contrat d'occupation du domaine public.

Mais, en revanche, une autre situation peut se présenter, dans laquelle le contrat comporte occupation du domaine public, sans pour autant être une concession domaniale dès lors qu'est absente l'une des caractéristiques des contrats d'occupation du domaine public, la précarité, et que, par

³⁴ CAA Paris 27 avr. 2004, req. N° 00PA00879, *Commune de Corbeil-Essonnes*

³⁵ CE 5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement et santé*, req. n° 298641. Si la rémunération du cocontractant était assurée principalement par des redevances qui, selon la convention, étaient perçues directement auprès des usagers des restaurants scolaires et municipaux, les parties s'engageaient également sur un prix unitaire des repas ; la commune prenait en charge sous forme de subventions la différence entre les redevances perçues auprès des usagers et le prix des repas fixé selon des modalités précises prévues à la convention.

³⁶ CE 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, req. n° 291794.

ailleurs, le contrat vise également à fournir à la commune les moyens dont elle a besoin pour assurer des missions d'intérêt général. En l'absence de versement de redevances par les usagers de la voie publique et de prise en charge directe de l'exploitation d'un service public, le contrat ne peut être regardé comme un contrat de concession ou de délégation de service public.

En définitive, déclare le juge, « par sa nature et son objet, qui comporte la réalisation et la fourniture de prestations de service pour le compte de la collectivité locale, ledit contrat entre dans le champ d'application du code des marchés publics ». Et si les prestations fournies par la cocontractant ne donnent pas lieu directement au versement d'une rémunération par la commune, les avantages consentis par cette dernière (autorisation donnée à l'entreprise d'exploiter, à titre exclusif, une partie des surfaces offertes par le mobilier urbain à des fins publicitaires, exonération de tout versement de redevance pour occupation du domaine public) « doivent être regardés comme représentant le prix acquitté par la commune en contrepartie desdites prestations »³⁷.

Par ailleurs, et même s'il s'agit de cas particuliers, il est possible de se trouver avec un marché public alors que le cocontractant gère et exploite un service public. Ainsi, le juge a décidé, dans le cas d'un contrat de délégation de service public relatif à la distribution de l'eau, qu'il s'agissait d'un service public

B – LA REQUALIFICATION DES SUBVENTIONS EN UN AUTRE ACTE

La subvention peut être requalifiée en prestation. Ainsi, un département avait conclu une convention avec une société par laquelle cette dernière s'engageait à créer un site internet d'accès à certains de ses logiciels pédagogiques au profit des élèves des collèges du département ; de plus, un certain nombre d'élèves inscrits dans des établissements scolaires désignés par la collectivité devaient avoir un accès libre aux logiciels développés par cet éditeur ; en outre, les personnes accédant au site verraient apparaître sur leurs écrans une mention de la participation financière du département au développement de celui-ci ainsi que le logo de cette collectivité territoriale.

Le juge a considéré que, dans le cadre du dispositif mis en place par le département lui-même, sa contribution financière, qualifiée d'aide par la convention, alors que le département faisait valoir l'absence de lien direct avec des prestations individualisées, avait été calculée et versée en contrepartie d'un service rendu en exécution d'un contrat passé à l'initiative du département et qu'en conséquence qu'un tel versement n'avait pas le caractère d'une subvention, mais celui de prix d'une prestation effectuée pour le compte du département³⁸.

De même, la région Limousin, ayant adopté le « plan régional de développement des formations », qui entre dans ses compétences, avait décidé la mise en place du service public de la formation professionnelle et avait créé un dispositif permanent de formation intitulé « Portail formation Limousin », avec attribution de subventions pour un montant de 2,25 millions d'euros à différents organismes de formation mettant en œuvre le dispositif. Compte tenu des modalités de paiement des sommes³⁹, « les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur en a été

³⁷ CAA Paris 26 mars 2002, req. N° 97PA03073, *Sté J.-C. Decaux*

³⁸ CAA Douai 19 fév. 2009, *Département de l'Oise*, req. n° 07DA00027.

³⁹ L'aide prévisionnelle devait être versée si les dépenses prévisionnelles étaient réalisées (ou « proratisée » si elles n'étaient qu'en partie réalisées) alors que le montant de l'aide prévisionnelle ne pouvait être dépassé ; les contributions financières devaient être versées par la région en application des conventions devaient être

donnée, doivent être regardées non comme des subventions mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics »⁴⁰.

2 – Interrogations sur les qualifications et les requalifications

« Au nom de quoi ? », s'interrogeait un auteur il y a quelques années, cherchant à comprendre à travers cette interrogation un certain nombre d'événements⁴¹. Le droit n'échappe pas à de telles interrogations et, derrière des arguments juridiques, toujours discutables d'ailleurs, apparaît ce que, dans le domaine de la cosmologie, on appelle le « rayonnement fossile », ou encore ce que, dans le domaine de l'acoustique, on appellerait le « le bruit de fond ». On pourrait également parler de la trame invisible qui se trouve sous les décisions, qui court sous elles. Mais cette trame quelle est-elle ? L'analyse qui en est présentée ici est certes discutable, parce qu'elle présuppose qu'une certaine culture conditionne le juge comme les auteurs, mais deux types de considérations semblent jouer, la nature de l'activité et l'existence ou l'inexistence du service public.

A – LA PROBLEMATIQUE SOUS-JACENTE DU SERVICE PUBLIC

Dans un certain nombre d'affaires il est facile de constater que le service public, même s'il n'apparaît pas au premier plan de l'affaire, est l'élément déterminant qui explique ou conditionne indirectement la solution. D'aucuns auraient tendance aujourd'hui à se moquer un peu du service public, qui n'est plus « la » notion phare qui suscite les interrogations en même temps qu'elle impose un certain respect, face à des notions plus « au goût du jour » comme les contrats, le droit de la concurrence. Dans le cas des marchés publics, il y a un intérêt public, mais il n'y a pas service public, à l'inverse de la DSP caractérisée, par définition, par cette existence. L'intérêt public l'emporterait-il désormais sur le service public, devenu quelque peu inutile ? Et cependant, le temps du service public n'est pas terminé. Il est même remarquable que, dans le cas des subventions, dans plusieurs affaires importantes, dont certaines citées ci-avant, le service public n'est pas contesté, il est présupposé, acquis, comme si cette existence ne posait plus problème.

Ainsi, en réalité, on peut voir les décisions du juge sous des angles différents, même lorsque le juge, requalifiant l'activité, considère qu'il n'y a pas service public. Lorsque le juge requalifie une subvention en marché de prestation, cela signifie qu'il n'y a pas service public, celui-ci est écarté. Est-ce une limitation du service public, une restriction dans l'admission du service public ? Mais, dans le raisonnement fait par le juge, en fait c'est parce qu'il n'y a pas service public qu'il y a marché. On se trouve donc avec deux hypothèses différentes.

regardées comme se trouvant être la contrepartie du service rendu par ces organismes pour l'exécution de ces contrats.

⁴⁰ CAA Bordeaux 21 juin 2011, *Région Limousin*, req. n° 10BX01717. La cour ajoute que ces marchés ne relèvent pas de l'article 35 du code des marchés publics selon lequel les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, peuvent faire l'objet de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable, que, dès lors, la délibération du conseil régional est entachée d'illégalité pour ne pas avoir respecté les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le code des marchés publics.

⁴¹ A. Grosser, *Au nom de quoi ? Fondements d'une morale politique*, Seuil 1969.

Dans certains cas, l'existence du service public ne fait guère de doutes, à tel point que ni les requérants ni le juge ne cherchent à la discuter. L'affaire du festival de musique d'Aix-en-Provence en offre une illustration : la qualification de l'intervention financière de la commune a pu être discutée tout au long de la procédure, les juridictions successivement saisies ont pu adopter des positions différentes, l'existence du service public, elle, n'a jamais été contestée en aucun moment de la procédure. La question de la nature de l'intervention de la commune – subvention ou DSP – ne remettait pas en cause la présence d'un service public. D'une certaine manière c'est une victoire éclatante du service public, si l'on songe à la réticence avec laquelle le juge, en ce domaine, avait reconnu l'existence d'un service public.

Dans d'autres cas, l'existence du service public est douteuse, ou est discutable, l'intervention de la collectivité peut être qualifiée, selon l'appréciation du juge, en subvention ou en DSP (auquel cas il y a, systématiquement s'il s'agit d'une DSP, presque toujours, s'il y a subvention, service public) ou en marché de prestation, auquel cas le juge va estimer qu'il n'y a pas de service public. L'existence ou l'inexistence du service public conditionne la solution retenue. Le service public sous-tend certaines qualifications, son absence en entraîne d'autres. On se trouve donc dans la problématique, apparemment classique mais peut-être renouvelée, de l'appréciation, souvent délicate, portée par le juge sur une activité, mais elle n'apparaît plus directement, au grand jour, au premier plan, comme ce fut le cas en d'autres temps.

Les critères habituels du service public sont insuffisants, ne peuvent être invoqués utilement. Ce n'est pas le but d'intérêt général qui est en question : cet intérêt général a, au fil du temps, été entendu de manière si extensive qu'il paraît difficile de dire qu'il n'y a pas intérêt général et, si cette condition de l'intérêt général est naturellement exigée, elle est loin d'être suffisante, elle est d'une utilité très limitée, elle sert seulement négativement, pour écarter certaines activités. Comme par ailleurs la personne publique est néanmoins présente, les indices tels que ceux qui apparaissaient dans *Narcy*⁴² et qui étaient analysés par M. Waline, dans un très beau commentaire, comme une « pierre blanche » ne sont pas plus utilisables.

Faut-il donc recourir à cette notion de « supplément » de « valeur ajoutée » dont parle le rapporteur public au Conseil d'Etat sur l'affaire de *Six Fours les plages* ?⁴³ Mais qu'est-ce que ce supplément de valeur, que l'on aurait tendance à interpréter comme un « supplément d'âme » que donnerait la collectivité ?

B – LA PROBLEMATIQUE RELATIVE A LA NATURE DES ACTIVITES

Les requalifications données dans certains cas, par le juge, à des activités poursuivies par des personnes publiques et rectifiant les appellations retenues par des autorités administratives – qui sont souvent des autorités locales – à raison des contributions financières versées par ces collectivités, invitent à s'interroger sur le sens de changement opéré par le juge. Peut-on trouver un sens à travers la nature des activités en cause ? Certaines activités seraient-elles plus ou moins susceptibles de requalifications que d'autres en raison de leur nature ? Cela serait au fond séduisant, car rassurant sur le sens de la jurisprudence, malheureusement on ne peut se prononcer d'une telle manière.

⁴² CE Sect. 28 juin 1963, *Narcy*, Rec. p. 401 ; AJDA 1964 p. 49, note A. de Laubadère ; RDP 1963 p. 1186, note M. Waline.

⁴³ N. Boulouis, A quelles conditions un festival de musique relève-t-il d'un service public délégué ?, concl. sur CE 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, BJCP n° 77, juill-août 2011, p. 258 et s.

Parmi ces activités auxquelles on peut penser et qui, par leur nature⁴⁴, appelleraient, *a priori*, une qualification qui tendrait plutôt vers la subvention ou la DSP que vers le marché, figurent les activités sociales et les activités culturelles. Dans les deux cas, toujours *a priori*, les considérations économiques sont, ou bien totalement absentes, ou bien secondaires par rapport à l'objectif poursuivi. On admet généralement sans difficulté que, dans les deux cas, la personne publique intervient dans un intérêt général, et elle intervient dans des conditions qui excluent la plupart du temps que l'on puisse envisager des bénéfices, l'intervention financière publique s'avérant indispensable pour pouvoir satisfaire un besoin jugé essentiel. Lorsque la personne publique aide la personne privée, elle le fait par la voie de la subvention, et l'action de ces personnes privées, dont la finalité d'intérêt général n'est pas contestable, ne pourrait avoir lieu sans cette aide de la personne publique. La nature de l'activité paraît déterminer la nature du service et la nature du droit applicable.

Ce schéma qui est abstrait se complique généralement dans la réalité et, dans le domaine culturel en particulier, il peut arriver que la personne publique, ou bien reprenne une activité qui était assurée par une personne privée – auquel cas le problème de requalification ne se pose guère – ou que l'activité, après avoir été créée par une personne publique, soit confiée à une personne privée, en tout ou en partie, parce que elle a pris de l'importance, la collectivité continuant à subventionner (tout au moins dans l'esprit des élus) la personne privée qui, désormais, assure la responsabilité de l'activité.

C'est exactement le cas de figure de l'affaire de Six-Fours-les-Plages. La nature de l'intervention de la commune change-t-elle alors ? C'est ce que le Conseil d'Etat a jugé, alors que la cour administrative d'appel avait estimé qu'il y avait service public et que l'intervention de la commune se manifestait par la voie de la subvention⁴⁵.

La solution du Conseil d'Etat montre que la distinction entre les activités en fonction de leur nature n'est pas retenue, que tout dépend des circonstances, que, selon les cas, une même activité peut entraîner des qualifications différentes de la part du juge : un festival peut être un service public, et entraîner la qualification de subvention pour la contribution financière de la collectivité (cas du festival d'Aix-en-provence) ou ne pas recevoir cette qualification et la contribution financière de la collectivité être analysée comme un marché de service (cas du festival de Six-Fours-les-plages). Si les circonstances sont différentes dans les deux affaires, la solution retenue par le juge dans le second cas ne paraît guère satisfaisante car impliquant, que le juge le veuille ou non, l'ait recherché ou pas, une interprétation de l'action culturelle : si elle devient financièrement « payante » pour la collectivité, alors cela fait disparaître la légitimité du service public. La culture assumée par les collectivités publiques ne pourrait être qu'une culture déficitaire, ce qui est une conception très discutable, et, malgré les apparences, ne sert pas la culture⁴⁶.

⁴⁴ L'interrogation porte bien sur la nature de l'activité, il ne s'agit pas d'une interrogation qui porterait sur des activités qui « par nature » entraîneraient certaines conséquences, ce que le Tribunal des conflits a admis de manière très contestable. Il convient donc de bien distinguer, le Conseil d'Etat semblant faire cette distinction, entre « par nature » et « par leur nature » (V. sur ce point J.-M. Pontier, Le mystère des faits, *in* Les faits en droit administratif, PUAM 2010, p. 11 et s., p. 48).

⁴⁵ V. J.-M. Pontier, Festival, service public et délégation de service public, note sous CAA Marseille, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, 17 juin 2010, JCP A 2010, n° 2335.

⁴⁶ V. J.-M. Pontier, Réflexions discursives sur une catégorie juridique spéculative : les services publics culturels, *in* Les services publics culturels, PUAM 2012, p. 9 et s., p. 131 et s.

Les nombreuses affaires réglées par le juge, dans lesquelles est en cause une question de qualification de l'activité menée par une collectivité qui, dans la quasi-totalité des cas, est une collectivité territoriale, semblent constituer un nouvel épisode du contrôle du juge sur ces collectivités. Pendant trois quarts de siècle c'est la fameuse question de la « liberté du commerce et de l'industrie » qui alimenta la jurisprudence. Cette dernière s'est quelque peu tarie sur ce point, pour des raisons bien connues tenant à l'évolution des sociétés comme du rôle des collectivités territoriales. Elle est remplacée par d'autres jurisprudences, telles celle sur la nature de l'intervention financière des collectivités. C'est là aussi un signe du changement des temps et des préoccupations, dont le sens n'est pas encore totalement fixé.