

Une association transparente, considérée comme un mode de gestion directe du service public, peut-elle bénéficier de subventions publiques ?

Une collectivité publique qui a créé une association, pour exercer une mission de service public à caractère administratif, peut lui octroyer librement des subventions, dès lors qu'elle ne peut être regardée comme une entreprise intervenant sur un marché concurrentiel. L'arrêt rendu le 6 avril 2007 par la Section du contentieux du Conseil d'État ne permet cependant pas de pallier les risques inhérents aux relations entre la personne publique et une association transparente, sur l'appréciation desquels les juridictions administratives et les juridictions financières divergent.

L'utilisation des subventions publiques intéresse les contribuables, qui ont naturellement qualité pour en contester, le cas échéant, les conditions d'attribution.

Par le présent arrêt, la Section du contentieux du Conseil d'État censure cette décision, et confirme le sens de la décision des premiers juges.

Conditions d'attribution de subventions publiques

Deux contribuables d'Aix-en-Provence avaient attaqué devant la juridiction administrative les délibérations du conseil municipal de leur ville en date des 12 février et 26 mars 1998, décidant d'allouer à l'association pour le festival international d'art lyrique, et à l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence, deux subventions d'un montant respectif de six et de deux millions de francs.

Une observation préalable s'impose : la cour administrative d'appel avait lié la possibilité pour l'association, à laquelle elle reconnaissait qu'elle assurait une activité de service public administratif, de recevoir régulièrement de la commune des subventions, à l'existence d'un contrat de DSP, par lequel celle-ci lui aurait confié l'exercice de cette activité¹.

Au soutien de leur action, les intéressés prétendaient que la ville avait méconnu les règles de financement des services publics à caractère industriel et commercial, les règles de la délégation des services publics territoriaux, et celles qui encadrent les aides économiques des communes.

Pour rejeter l'argumentation, il eût suffi au Conseil d'État de relever, qu'à l'inverse de ce que soutenait ainsi la Cour, le versement de subventions à un organisme gérant une activité de service public ne dépend pas de la conclusion ou non d'un tel contrat.

Le tribunal administratif de Marseille devait écarter l'argumentation aux motifs, d'une part, que l'organisation du festival ne relevait pas de la commune, et ne pouvait donc pas être soumise aux règles de mise en concurrence fixées par le code général des collectivités territoriales, et, d'autre part, que les subventions n'avaient pas été versées au profit d'une activité économique, au sens des règles qui encadrent l'aide économique des collectivités territoriales.

En effet, ni les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du CGCT, ni les articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993, n'ont eu, pour objet ou pour effet, de limiter le versement de telles subventions, au seul cas où la personne privée exerce son activité de service public en vertu d'un contrat de DSP.

Délégation de service public

Mais, aux termes d'un arrêt rendu le 4 juin 2005, la cour administrative d'appel annulait cette décision en estimant qu'en l'absence de toute convention de délégation de service public (DSP) passée entre l'association et la ville, celle-ci n'avait pu lui allouer régulièrement des subventions.

¹ [...] Alors que par un arrêt rendu le même jour, la cour administrative d'appel de Marseille avait jugé que la circonstance, que ladite association doive être réputée titulaire d'une délégation de service public, était sans incidence sur la légalité de la délibération, aux termes de laquelle le conseil municipal d'Aix-en-Provence avait décidé de lui accorder sa garantie pour la totalité des emprunts qu'elle avait contractés pour l'équipement du théâtre de l'Archevêché, où elle a son siège (CAA Marseille, 4 juillet 2005, n° 00MA02342).

Dans ces conditions, le Conseil d'État pouvait alors examiner, si les règles et principes régissant le versement des subventions à l'association avaient été ou non respectés.

Mais, il analyse la décision de la cour administrative d'appel comme ayant entendu prononcer l'irrégularité du versement de subventions pour absence de conclusion d'un contrat de délégation de service public, ce qui le conduit d'abord à vérifier si un tel contrat s'imposait.

1. Une collectivité territoriale peut créer une association pour exercer une mission de service public sans que la conclusion d'un contrat de délégation de service public s'impose

Pour identifier les situations qui peuvent ou qui doivent conduire une collectivité publique à conclure un contrat de délégation de service public, le Conseil d'État expose les diverses situations juridiques qui se présentent en matière de gestion d'une mission de service public.

L'exposé clair et didactique des modalités d'exercice du service public n'est pas la moindre qualité de l'arrêt.

Lorsqu'une collectivité territoriale est responsable d'un service public, il lui appartient d'en déterminer les modalités de gestion et, sous réserve qu'il soit opéré dans l'intérêt général, ce choix relève de l'opportunité (CE, 18 mars 1988, Loupias c/ commune de Montreuil-Bellay, p. 975), car il procède de la mise en œuvre du droit de s'administrer librement, qui lui est constitutionnellement reconnu (article 72 de la Constitution).

Deux voies lui sont alors ouvertes : elle peut soit décider d'en confier la gestion à une personne tierce, soit en assurer directement la gestion.

Les personnes publiques qui entendent confier la gestion d'un service public à un tiers doivent, en principe, passer avec lui un contrat de délégation de service public si la « rémunération du cocontractant est

substantiellement liée aux résultats de l'exploitation », soit un marché public, si tel n'est pas le cas.

Toutefois, comme le rappelle le Conseil d'État, « *elles peuvent cependant se dispenser de passer un tel contrat, lorsque eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers, auquel elles s'adressent, ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ».

La Haute juridiction reprend ainsi la formulation qu'elle avait employée dans son avis d'Assemblée générale du 23 octobre 2003 (confère Fondation Jean-Moulin, avis n° 369.315, EDCE 2004, p. 209), selon lequel le caractère économique de prestations doit être apprécié au regard des conditions où elles sont mises en œuvre. En l'espèce, l'arrêt évoque d'une manière générale « *les conditions particulières dans lesquelles* » l'opérateur « *exerce* » l'activité, le bénéfice de subventions étant naturellement à inscrire au nombre des conditions particulières d'exercice de l'activité.

Les personnes publiques peuvent aussi choisir une autre voie, en décidant d'assurer directement la gestion du service public. La gestion directe peut alors être déclinée en plusieurs formules.

Il existe bien sûr des procédures classiques, consistant à créer une régie simple, ou encore, pour les collectivités territoriales, une régie disposant d'une autonomie financière, voire d'une personnalité juridique propre.

Mais à côté de celles-ci, le Conseil d'État rappelle que les collectivités publiques « *doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public, si elles créent, à cette fin, un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service, et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire* ».

Une décision pédagogique

Gestion directe ou non d'un service public

Une solution hétérodoxe

Cette solution correspond à celle de l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence, et mérite de retenir l'attention à plusieurs titres.

Tout d'abord, sur le plan formel, elle apparaît hétérodoxe en ce qu'elle illustre que la gestion directe n'implique pas nécessairement qu'elle soit le fait d'une seule personne, qui serait la collectivité publique responsable du service public.

En outre, et alors que l'activité de service public se trouve bien assurée par une personne différente de la collectivité publique qui est donc un tiers par rapport à celle-ci, l'exercice de cette activité ne résulte pas d'un acte de dévolution, elle n'est pas exercée par délégation donnée par la personne publique : par voie de conséquence, elle peut être régulièrement exercée par l'organisme « *ad hoc* », sans que la conclusion d'un contrat de délégation de service public s'impose.

L'arrêt rappelle d'ailleurs qu'une personne privée peut aussi exercer, sous sa propre responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, et que cette activité peut se voir reconnaître un caractère de service public, si la personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle, ni aucun principe, n'y font obstacle, des financements. Dans ce cas également, aucun acte de dévolution n'est intervenu pour confier l'activité de service public à un tiers (confère CE : arrêt du 3 mai 2004, Fondation assistance aux animaux, n° 249832, pp. 551 et 565, commenté par Anne Breillon dans le CJFI n° 27 de mai-juin 2004 – avis du 18 mai 2004 rendu à propos de la Cinémathèque française, EDCE 2005, p. 185).

Les conditions du versement de subventions

Le tableau des différents modes de gestion du service public, ainsi dressé par la Haute juridiction, met en évidence que la gestion d'un service public peut être assurée par une personne juridiquement distincte de la collectivité publique, sans que l'exercice de cette activité résulte de l'exécution d'un contrat de délégation de service public, et

confirme, s'il était besoin, que dès lors que l'on se trouve en présence d'une activité d'intérêt général, la faculté pour la personne publique d'accorder des subventions à l'entité qui la gère, est en principe ouverte.

2. La collectivité territoriale peut verser des subventions à une association « *ad hoc* » dès lors qu'aucune règle ou aucun principe n'y fait obstacle

Ce même arrêt définit les conditions devant être réunies, pour qu'une collectivité territoriale puisse verser librement des subventions à une association qu'elle a créée pour gérer un service public.

Celles-ci tiennent, d'une part, à l'existence d'un service public à caractère administratif et, d'autre part, au fait que l'organisme *ad hoc* ne puisse pas être regardé comme un opérateur intervenant sur un marché concurrentiel.

2.1. Le financement public ne peut être destiné qu'à une mission d'intérêt général exercée directement ou indirectement par une personne publique

Dans certains cas, comme en l'espèce, un organisme « *ad hoc* », tel que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence, peut être spécialement créé par plusieurs personnes publiques afin d'exercer une mission de service public.

Dans l'arrêt du 6 avril 2007, le Conseil d'État considère en effet que « *l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel* ».

Sur ce point, il est intéressant de relever que le Conseil d'État ne s'appuie pas, dans son raisonnement, sur la pré-existence d'un service public culturel général auquel se rattacherait le festival international d'art

lyrique d'Aix-en-Provence, mais insiste sur le rôle de la volonté expresse des personnes publiques d'ériger ce festival en service public culturel.

Certes, l'octroi de subventions peut se trouver limité s'agissant de SPIC, puisque, comme l'avaient relevé les requérants, l'article L. 2224-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) interdit, par exemple, aux communes de prendre en charge dans leur budget, les dépenses au titre des services publics à caractère industriel et commercial exploités en régie, affermés ou concédés.

Mais, le Conseil d'État, usant des critères désormais classiques dégagés dans l'arrêt d'Assemblée générale du 16 novembre 1956 (Union syndicale des industries aéronautiques, D 1956, p. 759) relève qu'en l'espèce, « *compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif* ».

Au surplus, en tant qu'organisme « *ad hoc* » spécialement créé (et non pas constitutif d'une régie) par les collectivités publiques, l'association pour le festival d'Aix-en-Provence ne pouvait relever des dispositions prévues par l'article L. 2224-2 du CGCT.

2.2. L'association pouvait donc recevoir des subventions de la commune d'Aix-en-Provence dans la mesure où les règles relatives au droit de la concurrence n'y faisaient pas obstacle

En premier lieu et ainsi qu'il a été exposé (confère première partie), la faculté pour un organisme d'exercer une activité de service public ne dépend pas de l'existence ou non d'un contrat de délégation de service public passé avec lui, et, par conséquent, n'implique pas nécessairement l'organisation d'une mise en concurrence préalable, pour que celui-ci puisse être valablement regardé comme investi d'une mission de service public, et bénéficiaire, à ce titre, de subventions.

Eu égard aux caractéristiques propres de l'organisme – de la qualité de ses membres et de la composition de son conseil

d'administration (essentiellement des représentants des collectivités publiques), des financements et des aides publiques dont il bénéficie – le Conseil d'État indique clairement que « *l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion* [il s'agit du service public culturel concernant le festival international d'Aix-en-Provence] *ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service* ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ».

Par conséquent, dans un tel contexte, du fait que l'association ne peut être qualifiée d'opérateur économique, pour les raisons indiquées plus haut, le Conseil d'État indique que le recours à une procédure de délégation de service public, conformément aux dispositions de l'article L. 1411-1 et suivants du CGCT imposant une mise en concurrence, n'était pas obligatoire pour lui octroyer un financement public.

Le Conseil d'État examine également la légalité des subventions accordées par la commune d'Aix-en-Provence à l'association pour le festival international d'art lyrique au regard du régime des aides résultant des articles L. 1511-1 et suivants du CGCT, qui réglementent les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent apporter des aides à **des entreprises**, et sont étroitement liées à l'application du droit communautaire en matière de développement économique par les personnes publiques.

L'article L. 1511-1-1 du code précité dispose que : « *l'État notifie à la Commission européenne tous les projets d'aides ou de régimes d'aides que les collectivités territoriales et leurs groupements souhaitent mettre en œuvre, sous réserve de leur compatibilité avec les stratégies de développement de l'État, telles qu'elles sont arrêtées en comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires. Toute collectivité territoriale, tout groupement de collectivités territoriales*

Subventions publiques et droit de la concurrence

Associations et entreprises

ayant accordé une aide à une entreprise, est tenu de procéder sans délai à sa récupération, si une décision de la Commission européenne ou un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes l'enjoint, à titre provisoire ou définitif [...] ».

La notion d'association « ad hoc »

Si formellement l'association ne constitue pas une entreprise, cette seule circonstance n'est toutefois pas suffisante pour justifier la non-application des règles régissant les aides publiques, au regard des dispositions précitées.

Le Conseil d'État examine donc si l'association peut en réalité être ou non tenue comme une entreprise. En l'espèce, il écarte l'application des articles L. 1511-1 et suivants du CGCT, au motif que l'association, « *dont l'activité exclusive est de gérer, à la demande des collectivités publiques qui l'ont créée et sous leur contrôle, le service public du festival international d'Aix-en-Provence, ne saurait être regardée comme une entreprise au sens de ces dispositions* ».

Elle n'est ni une entreprise, ni un opérateur économique classique intervenant dans le secteur concurrentiel².

Une décision susceptible de soulever un certain nombre de difficultés

La création d'une telle structure est tenue comme une modalité d'organisation interne du service (CE, 29 avril 1970, Unipain, p. 280) et, dans ce cas, l'application des règles communautaire de mise en concurrence se trouve écartée, puisque l'on considère que le pouvoir adjudicateur recourt, en réalité, à ses propres moyens pour exercer sa mission de service public (théorie dite du « *in house* », confère CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98, rec. I-8121).

Au cas présent, la formule du cinquième considérant de l'arrêt selon laquelle la diversification des activités de l'organisme pouvant être qualifiées de « *in house* » doit être purement accessoire, et qui prévoit que la personne publique doit lui donner les moyens d'assurer le strict respect de son objet statutaire, apparaît comme une

formulation alternative, mais ayant un effet équivalent à celle retenue par le juge communautaire, selon laquelle l'entité distincte « *réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les autorités publiques qui la détiennent* » (CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26-03, rec. I-1).

Du fait de sa nature particulière, l'association pour le festival international d'art lyrique, organisme « *ad hoc* » chargé de prestations « *in house* » par des collectivités publiques, n'entre pas dans le champ des dispositions régissant les aides économiques.

Elle pouvait donc légalement recevoir des subventions de la part de la commune d'Aix-en-Provence.

*
* *

L'arrêt du 6 avril 2007 clarifie les questions relatives à l'application des règles de concurrence par les personnes publiques, lorsqu'elles octroient des subventions à un organisme exerçant une mission de service public. Il apparaît également novateur, en ce qu'il inscrit au rang des solutions « *légitimes* » pour financer une activité de service public, le procédé consistant à créer, à cette fin, un organisme transparent chargé de l'exercer.

Cependant et même si dans son rapport public annuel de 2000, le Conseil d'État avait estimé le recours aux associations « *pour assurer la gestion et l'exécution de services publics [...] dans son principe parfaitement légitime et souvent souhaitable* », la banalisation du recours aux associations transparentes comme mode de gestion d'activités de service public aidées soulèverait des difficultés.

En effet, le respect par les collectivités publiques des conditions d'octroi de subventions à de tels organismes, ne permet pas d'évacuer les risques inhérents à leur caractère purement fictif.

Compte tenu de l'absence d'autonomie réelle de l'association, les fonds qui lui sont versés par les collectivités publiques, ne perdent pas leur caractère public du simple fait qu'ils sont utilisés par une personne

² Nota : on peut légitimement déduire de l'arrêt que les notions d'entreprise et d'opérateur économique intervenant dans le secteur concurrentiel sont équivalentes.

morale de droit privé. Ainsi, l'association transparente bénéficiaire de subventions ne peut les manipuler régulièrement, qu'après y avoir été expressément habilitée par un titre légal, et sous réserve de respecter scrupuleusement les règles de la comptabilité publique, toutes obligations auxquelles le statut d'association permet normalement d'échapper³.

Par ailleurs, le procédé de l'association « *ad hoc* » peut apparaître comme un pur artifice formel, choisi par la collectivité publique dans le seul but d'échapper aux règles du droit de la concurrence.

S'agissant de l'organisation des manifestations culturelles, dans son commentaire du 7 mai 2007⁴ sous le même arrêt, le professeur Michael Karpenschif estime ainsi : « *il n'est pas contestable que l'activité en cause est d'une nature éminemment concurrentielle, où opèrent un grand nombre d'entreprises ou d'autres structures poursuivant des fins lucratives. On est donc sur un secteur économique concurrentiel dont on voit mal comment les collectivités pourraient, spontanément et unilatéralement, s'extraire [...]* ».

En effet l'organisation du festival international d'Aix-en-Provence ne semble pas pouvoir prendre place parmi les activités indispensables à la réalisation des missions de service public « *régaliennes* », dont les personnes publiques ne sauraient, eu égard à leur finalité particulière, se départir, et qui, en tant que telles, ne concourent pas à la prise en charge par elles d'une activité économique, et se situent ainsi hors marché⁵.

Conseil d'État, Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736, section du 6 avril 2007.

Article rédigé par Anne Le Roux et André-Jacques Exbrayat (Direction des affaires juridiques).

le procédé de l'association « *ad hoc* » peut apparaître comme un pur artifice formel

³ La Cour des comptes a notamment jugé que des conventions relatives au versement de subventions qui « [...] ne laissent aucune autre marge d'action à la Fondation, que celle consistant à reverser les deniers publics qui lui sont remis [...] ne constituent pas, dès lors, un titre suffisant pour permettre à la Fondation [...] de manier légalement les deniers publics en cause » (arrêt n° 37055 du 11 septembre 2003).

⁴ Confère « *Gestion des services publics, de l'utilité d'une association transparente* » publié à la semaine juridique, éditions administrations et collectivités territoriales, n° 19, 7 mai 2007, pp. 41-44.

⁵ Cf. CE, Assemblée, 31 mai 2006, n° 275501, « *Ordre des avocats du barreau de Paris* », commenté par André-Jacques Exbrayat dans le CJFI n° 41 de septembre-octobre 2006.