LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF DES PROFESSIONNELS DE LA MUSIQUE

Par

Jean-Marie Pontier

Professeur émérite à l'université d'Aix-Marseille

La musique fait partie, au Moyen Âge, du *quadrivium*, la division supérieure dans le classement des arts. Elle connaît en Occident un développement extraordinaire donnant lieu à un patrimoine exceptionnel. Elle est présente dans les autres arts, notamment la peinture, et les correspondances sont multiples avec celle-ci comme avec la littérature ; il suffit de se souvenir de Proust décrivant Watteau : « Voici basques, goûters, silences et musique ».

Le droit paraît très éloigné de la musique, le contentieux encore plus. Cependant, et si l'on passe sur les règles internes aux différentes corporations qui regroupaient les musiciens, à partir du moment où l'Etat s'est intéressé à la musique, des règles ont commencé à être posées, ces règles sont, en partie, et une partie, de plus en plus importante du droit.

Il suffit, pour s'en convaincre, de s'intéresser aux écoles de musiques au cours du XIXème siècle, et plutôt vers la fin dudit siècle. Après la Révolution, et la suppression des maîtrises, avec le vide musical qui s'en est ensuivi, les communes ont pris l'initiative de créer ou de recréer des écoles de musique[1]. Pour les encourager, l'Etat a décidé d'attribuer le qualificatif de « nationale » à certaines d'entre elles. Et c'est ainsi que nous avons eu jusqu'en 2006[2] des écoles de musique qui, nonobstant ce qualificatif de « nationales », étaient toutes municipales. La problématique a été la même pour les conservatoires nationaux de région (CNR) qui, malgré là encore leur appellation, n'étaient ni nationaux ni régionaux …

Avec ces dispositions nous sommes bien dans le cadre du droit, puisqu'il s'agit de règles juridiques applicables, et de règles qui sont même très précises. Mais ces règles ne concernent pas, ou pas directement, les professionnels. S'agissant de ces derniers, c'est le droit privé qui s'applique essentiellement. Qu'il s'agisse en effet de la propriété intellectuelle ou des différents métiers du spectacle, c'est le droit privé qui s'applique, on ne voit pas ce que le droit administratif et le contentieux administratif viendraient faire dans ces domaines.

Toutefois, déjà, il faut relever que l'on ne pas écarter entièrement le droit administratif. Ainsi pour pouvoir organiser un spectacle, qu'il soit musical ou autre, il faut obtenir une licence de spectacles. Je rappelle au passage que ce qui pourrait n'apparaître que comme une simple formalité a donné lieu à des débats très vifs et que l'ordonnance de 1945 sur les spectacles n'a pu être réformée, et difficilement, qu'en 1999.

[1] Pour l'histoire de ces écoles V. J.-M. Pontier, Les interventions culturelles des collectivités territoriales, Encyclopédie Dalloz des collectivités locales, p. 4172-1 et s., § 486 et s.

[2] En 2006 ces appellations qui étaient trompeuses ont été modifiées avec les écoles à rayonnement communal ou intercommunal, les écoles à rayonnement départemental et les écoles à rayonnement régional. Les écoles municipales de musique subsistent, avec les écoles agréées et les écoles non agréées, les plus nombreuses.

Quoi qu'il en soit, la licence de spectacles est attribuée par une autorité administrative. En cas de refus ou de retrait – légalement possible, sous certaines conditions – de ladite licence, c'est devant le juge administratif qu'il faut se pourvoir. Le contentieux en la matière, s'il n'est pas très abondant, n'est pas inexistant.

S'agissant de contentieux, pour présenter celui qui en droit administratif est relatif aux professionnels de la musique, il convient d'analyser successivement, de manière classique, les questions relatives à la compétence puis les questions relatives au fond.

I – LES QUESTIONS DE COMPETENCE

L'interrogation sur la place du droit administratif se ramène à celle de la détermination de l'intervention du juge administratif. Quand celui-ci est-il compétent pour intervenir dans le domaine qui nous occupe ? Il faut ici distinguer deux séries d'hypothèses assez différentes, les premières qui concernent les personnels sous statut de droit public, les secondes, moins évidentes, relatives au contentieux des contrats.

1 – Le contentieux relatif aux statuts des professionnels de la musique

L'une des particularités de notre pays, qui le différencie des autres, est l'importance du nombre de personnes soumises à un statut de droit public c'est-à-dire, pour faire simple, celles qui sont fonctionnaires[3]. Cette caractéristique s'applique également à certaines professions culturelles, ce qu'il nous faut appréhender avant de voir plus en détail les questions soulevées dans ce domaine par la fonction publique territoriale.

A – Les professions artistiques et le droit public

Pourquoi des professionnels de la culture représentés, pour nous, par des musiciens, des interprètes, seraient-ils soumis au droit public ? La réponse est simple, mais doit être explicitée : parce qu'ils appartiennent à une fonction publique et que, dans une telle hypothèse, c'est le droit public qui s'applique de manière privilégiée.

a) – L'effet contaminant de l'importance du rôle de la puissance publique

Notre pays et notre société se trouvent, dans une perspective historique, caractérisés par un trait tout à fait particulier, qui est une sorte de prise en charge par l'Etat. Ce phénomène d'une forte présence de l'Etat, associée à un rôle effectif non seulement dans la conduite de la politique du pays – les fonctions régaliennes pour résumer – mais également dans les autres domaines, que l'on qualifie aujourd'hui par cette trilogie d'économique, social et culturel, est plus prégnant dans notre pays que dans d'autres, et il se manifeste tôt, bien avant la Révolution française.

L'Etat va être, au XXème siècle, et au début du XXIème siècle, au centre de toutes les préoccupations : c'est à lui que les citoyens vont s'adresser pour lui demander qu'il vienne en aide à tous ceux qui sont dans le besoin, qu'il soutienne l'activité économique du pays, qu'il corrige les inégalités. Et même lorsque, à la fin du XXème siècle, le doute surgit sur ce que peut faire et doit

[3] Bien entendu c'est là une simplification : des personnes peuvent être agents publics sans être fonctionnaires. Mais ce sont ces derniers qui, du point de vue qui nous intéresse, représentent le contentieux le plus significatif.

faire l'Etat, lorsque l'on relève, pour le regretter ou s'en réjouir, le retrait de l'Etat, c'est toujours de lui qu'il s'agit. L'Etat n'a pas seulement joué un rôle historique, il continue d'occuper une place privilégiée dans l'inconscient collectif, il demeure le réceptacle des espoirs des populations en même temps que l'objet de toutes les critiques et des rancœurs accumulées.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que l'administration ait occupé, continue d'occuper, une place essentielle dans la vie des Français comme dans la réflexion de tous ceux qui observent notre système et cherchent à en rendre compte. Dans tous les pays du monde, sans doute, l'administration occupe une place importante, elle est un instrument du pouvoir, dans un certain nombre d'entre eux cette administration est plus envahissante, plus impérieuse et plus tentaculaire que dans notre pays. La France se caractérise par le fait que si l'administration occupe, depuis longtemps, une place importante, si, à certaines périodes de notre histoire, elle a eu tendance à pallier la faiblesse du pouvoir politique, voire à se substituer à lui[4], elle présente une originalité qui, si elle n'est pas absente dans d'autres pays, y est cependant moins marquée qu'en France, il s'agit de la finalité de l'action administrative.

En France l'administration a le sentiment – si l'on peut s'exprimer ainsi à propos d'un ensemble qui ne peut pas en avoir – qu'il lui incombe de poursuivre l'intérêt général. Il n'est certes pas possible d'affirmer que ce sentiment ou cette conviction est moins développé dans d'autres pays que le nôtre, mais il est certain qu'il est particulièrement marqué dans le nôtre. Cela tient à une multiplicité de facteurs dont il est difficile d'établir une liste exhaustive et parmi lesquels il est tout aussi difficile de dresser une hiérarchie. Les idées politiques au sens le plus large, la politique continue des monarques puis des dirigeants républicains, les fractures successives qu'a connues la France, mais aussi l'existence d'un juge administratif appliquant à l'administration un droit particulier, le droit administratif, tout cela a concouru à faire de l'administration un corps puissant en même temps qu'investi de cette mission de poursuivre l'intérêt général.

Une administration, dans la conception française tout au moins, est essentiellement constituée de fonctionnaires. Si les statuts sont institués tardivement, l'idée de la fonction publique, avec le service de l'Etat, la « carrière », même si le terme n'était pas employé, remonte beaucoup plus loin dans le temps, et un auteur tel que Balzac a remarquablement décrit ce monde de l'administration, notamment dans son roman *Les employés*, paru en 1838.

Parmi ces fonctionnaires, l'une des composantes les plus importantes, quantitativement parlant, est celle des enseignants. Il faut insister sur ce fait qu'en France les enseignants, dans le public – qui représente la plus grande partie des établissements d'enseignement, voire la quasi-totalité comme dans l'enseignement supérieur – non seulement ont un statut de droit public, mais sont des fonctionnaires. Il n'y a là aucune loi de l'histoire, aucune nécessité qui l'imposerait sans discussion. La preuve en est, d'ailleurs, que dans la plupart des autres pays les enseignants n'ont pas le statut de fonctionnaires : pour les enseignements correspondant à notre enseignement primaire et secondaire ils n'ont pas le statut de fonctionnaires d'Etat, souvent ils n'ont pas du tout le statut de fonctionnaires, ce sont des personnels recrutés par contrat de droit privé. Une telle situation est proprement inimaginable en France même si, l'évolution aidant, certains préconisent désormais une suppression de ce qui est appelé à tort « statut général » des fonctionnaires. Les enseignants de

[4] « Les ministres passent, l'administration reste », selon une formule qui connaît plusieurs variations, sans que cela en change le sens.

l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire sont des fonctionnaires d'Etat et personne, dans notre pays, ne propose la suppression de ce statut, suppression qui liguerait contre les auteurs d'une telle réforme tous les personnels concernés, sans distinction de conviction politique[5].

On comprend mieux, en ayant cette histoire et ces caractéristiques à l'esprit, que les enseignants dans les domaines artistiques et musicaux puissent avoir le statut de fonctionnaires.

b) – Le mimétisme à l'échelon local

Le mimétisme, dans le domaine qui nous intéresse, est l'institution d'une fonction publique territoriale dans notre pays. Deux points sont à relever dans la constitution de cette fonction publique.

Un premier point est constitué par les caractéristiques de cette fonction publique, caractéristiques qui s'expliquent par la nécessité de concilier deux exigences contradictoires. La première demande était celle des personnels des collectivités territoriales. Ces personnels souhaitaient, avant que ne soit adopté le statut (1984), la plus grande protection possible contre les abus de pouvoir des autorités locales : plus on se trouve proche de l'autorité qui dispose du pouvoir de décision, et plus on risque d'en subir les conséquences[6]. Les personnels, craignant d'être sous la coupe d'élus locaux exigeant un loyalisme complet[7] se retournant contre eux en cas de changement à la suite d'une élection, demandaient un statut qui se rapproche le plus possible de celui des fonctionnaires d'Etat, statut jugé protecteur.

Les élus locaux avaient une position diamétralement opposée, pour des raisons inverses. Ils estiment que, ayant été élus, et parce qu'élus, ils disposent de la légitimité et que les personnels sont là pour les servir, c'est-à-dire mettre en œuvre la politique qu'ils ont décidée. Cette situation n'est pas symétrique de celle que l'on trouve à l'échelon de l'Etat car si les fonctionnaires d'Etat doivent mettre en œuvre la politique nationale décidée par le gouvernement, la dimension politique est moindre (sauf pour les hauts fonctionnaires proches du pouvoir), l'autorité politique est plus lointaine et moins sujette à prendre des décisions *ad hominem* que les autorités locales.

Le statut de la fonction publique territoriale est donc un compromis entre ces exigences, avec des droits et des obligations pour les fonctionnaires territoriaux qui sont les mêmes que ceux de la fonction publique d'Etat, mais avec une certaine liberté de choix pour les autorités locales, le pouvoir de ces dernières étant beaucoup plus étendu pour la catégorie C que pour les autres catégories de fonctionnaires. Et comme tout compromis, celui-ci donne plus ou moins satisfaction, selon les collectivités mais surtout selon les personnes.

Dans la mesure où il existe une fonction publique territoriale, il est logique que l'on trouve, parmi les différentes « filières » (terme retenu par la loi) une filière que l'on a appelé la « filière

[5] Lors des débats relatifs aux différentes lois de décentralisation qui se sont succédé depuis plus de trente ans, il n'a jamais été proposé que les enseignants, même du primaire, passent de la fonction publique d'Etat à la fonction publique territoriale, comme si le statut national allait de soi, ou comme s'il y avait un tabou que nul n'ose briser.

[6] Caractères qui s'affrontent, mésentente, vindicte, le plus souvent injustifiée, « mise au placard », etc.

[7] Il faut distinguer loyauté et loyalisme : la loyauté est le fait de servir honnêtement et avec dévouement la collectivité dans laquelle on se trouve, et cela vaut tant à l'échelon national que local. Le loyalisme est le fait de partager les convictions des autorités en place, sur le plan principalement politique.

culturelle ». Il faut relever que la mise en place de cette filière a été des plus laborieuses[8], parce que des intérêts très divergents s'opposaient, y compris parmi les professionnels de la musique, et ceci explique – en partie – le contentieux non négligeable qui s'est développé ensuite.

Cette filière comporte deux composantes. La première est celle du patrimoine, ce qui ne saurait surprendre, la France ayant un patrimoine extrêmement important, l'un des plus riches au monde. La seconde est celle des enseignements artistiques, ces derniers recouvrant, d'une part, les écoles de musique, d'autre part, les écoles d'art, qui ont une importance bien moindre que les précédentes à la fois quantitativement et quant aux réglementations applicables.

B – Le contentieux relatif à la filière culturelle de la fonction publique territoriale

Observons, de manière liminaire, que le contentieux relatif aux fonctions publiques (celle de l'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière) est abondant. Cela s'explique facilement par le nombre d'agents dans ces différentes fonctions publiques, notamment, en ce qui nous concerne, dans la fonction publique territoriale, selon un facteur purement mécanique : plus le nombre d'actes augmente, plus la probabilité de contentieux s'accroît[9]. La filière culturelle n'échappe pas à cette « loi » arithmétique et l'on retrouve dans ce contentieux à peu près toutes les questions que l'on rencontre dans la filière générale.

La fonction publique territoriale est organisée en « cadres d'emplois », qui correspondent aux corps de la fonction publique nationale. Il existe deux grandes catégories de cadres d'emplois, la première relative au secteur du patrimoine et des bibliothèques, la seconde aux enseignements artistiques. Dans la première on trouve les cadres d'emplois de conservateur territorial du patrimoine, de conservateur territorial de bibliothèque, d'attaché territorial de conservation du patrimoine, de bibliothécaire territorial, d'assistant territorial de conservation et d'adjoint territorial du patrimoine. Dans la seconde on trouve le cadre d'emplois des directeurs territoriaux d'établissement d'enseignement artistique, de professeurs territoriaux d'enseignement artistique et des assistants territoriaux d'enseignement artistique.

Le contentieux porte principalement sur deux points. Le premier est le procédé de recrutement. Dans toutes les fonctions publiques, le principe est celui du recrutement par concours. La justification en est dans le respect du principe d'égalité : le concours est le procédé qui apparaît – tout au moins en théorie – comme étant le plus respectueux du principe d'égalité car tous les candidats sont supposés se trouver dans la même situation, avec l'identité des épreuves subies, l'anonymat des corrections, le jury par définition collégial. Toutefois ces principes sont mis à rude épreuve dans la réalité, car la situation d'égalité devant les épreuves est rarement assurée, nonobstant tous les principes, et quel que soit le concours.

Dans le cas des enseignements artistiques la difficulté est redoublée : que signifie l'anonymat, dans le domaine par exemple du chant, même si un rideau sépare le jury du candidat, sachant que les membres du jury sauront immédiatement reconnaître le professeur de chant ? Cela vaut tout autant pour l'enseignement du piano ou de tout autre instrument de musique. Le principe d'égalité n'est qu'un paravent – au sens propre parfois, au sens figuré toujours – qui permet de donner des

[8] V. E. Le Borgne, Le recrutement de la filière culturelle de la fonction publique territoriale, PUAM 1999.

[9] Cela tient simplement au fait que l'augmentation du nombre d'actes pris par les autorités locales s'accompagne inéluctablement d'une augmentation de la probabilité de commettre des illégalités.

apparences d'égalité au recrutement. Le problème est que si le concours ne présente pas toutes les qualités que l'on pourrait en attendre, il est un peu comme la démocratie, le pire des systèmes à l'exception des autres …

Une question qui arrive souvent au contentieux est celle de l'équivalence des diplômes pour pouvoir se présenter à un concours de recrutement. Fréquemment, des candidats à des postes d'enseignants dans les enseignements artistiques qui ont été refusés parce que leurs diplômes n'étaient pas considérés comme équivalents intentent un recours.

Voici quelques exemples. La commission d'assimilation des diplômes européens pour l'accès à la fonction publique territoriale n'a pas assimilé un titre de professeur diplômé d'Etat de violon et alto délivré par la conservatoire national de musique de Fribourg-en-Brissau aux diplômes requis pour l'accès au concours de professeur territorial d'enseignements artistiques (qui doit être regardée comme une profession réglementée au sens de la directive du 18 juin 1992[10]). La même commission a refusé d'assimiler son diplôme de fin d'études supérieures en violon délivrée par l'académie royale de musique de Londres aux diplômes requis pour l'accès au concours de professeur territorial d'enseignements artistiques (spécialité musique)[11]. La commission de recevabilité qui se prononce sur la recevabilité des diplômes d'un niveau équivalent ou supérieur à quatre années d'études universitaires après le baccalauréat a pu refuser la demande d'admission à concourir au concours externe de professeur territorial d'enseignements artistiques d'une personne qui avait obtenu un diplôme universitaire (DU) de « psychiatrie, psychothérapies médiatisées et créativité », lequel n'est pas, selon le juge, un diplôme d'un niveau équivalent ou supérieur à quatre années d'études supérieures après le baccalauréat[12].

Les incidents pouvant survenir à l'occasion des fonctions sont essentiellement de deux sortes, ceux relatifs à des questions de paiement, notamment des heures supplémentaires, et ceux relatifs aux sanctions éventuellement prises à l'encontre du fonctionnaire.

2 – Le contentieux contractuel

Le contentieux contractuel est plus important, à la fois quantitativement et du point de vue de son intérêt, que le contentieux statutaire. Cela n'est pas surprenant car la situation la plus normale d'un musicien à l'égard d'une collectivité est tout de même la situation contractuelle et non pas statutaire. Les surprises viennent des interrogations suscitées par le contrat passé par le musicien avec la collectivité.

Car à partir du moment où il y a contrat, il faut se demander s'il s'agit d'un contrat de droit privé ou d'un contrat de droit public. Et là les choses se compliquent parce que l'application des critères du contrat, en droit administratif, ne va pas de soi. On peut s'en rendre compte à travers deux problèmes, la nature du lien entre un musicien et une collectivité publique et la nature des prestations hors des obligations de service.

A – La nature du lien entre un musicien et une collectivité publique

[10] CE 27 juillet 2005, *Mme R.,* req. n° 267979
[11] CE 31 mars 2006, *Mlle Valérie A.* req. n° 254575
[12] CE 15 novembre 2006, *M. Didier A.* req. n° 286802

Même si dans le développement qui suit il est principalement question des collectivités territoriales, le problème n'est pas propre à ces dernières, il est plus général. Mais les collectivités territoriales sont particulièrement concernées pour les raisons qui vont être exposées.

a) – Un problème général : le lien avec le service public

Il convient ici de rappeler trois points. Le premier est relatif au contrat administratif. Puisqu'il existe en France une dualité d'ordres juridictionnels, et de droits applicables, il faut savoir quand l'on se trouve dans le cadre du droit privé et quand doit s'appliquer le droit administratif, étant rappelé que le droit privé peut s'appliquer à des personnes publiques de même que le droit public peut s'appliquer à des personnes privées.

En d'autres termes il n'existe pas, sauf rares cas, de réponse toute faite à la question de savoir quelle est le droit applicable. Cette question se pose particulièrement en matière de contrats : lorsqu'un contrat est passé par une personne publique, est-ce un contrat de droit privé ou un contrat administratif ? S'il existe des contrats administratifs par détermination de la loi, ce n'est pas le cas – ce n'était pas le cas jusqu'à une date très récente – dans notre domaine. Dès lors la question de la nature juridique du contrat ne reçoit souvent sa réponse que devant le juge, ce dernier ayant défini au fil du temps des critères du contrat administratif.

Ces critères sont désormais bien établis, même si leur interprétation peut toujours donner lieu à discussion. Le premier critère, qui ne souffre pratiquement pas d'exceptions, qui n'en sont d'ailleurs pas vraiment, est la présence d'une personne publique au contrat. Ce premier critère est facilement satisfait dans notre domaine puisque la personne qui va passer le contrat est la collectivité territoriale, dont la nature de personne publique n'appelle aujourd'hui aucune remarque[13]. Le second critère est alternatif, ou bien l'existence d'une ou plusieurs clauses exorbitantes dans le contrat, ou bien la participation du cocontractant à l'exécution même du service public, selon la formule de la jurisprudence. S'agissant de musiciens, il est peu probable que l'on puisse trouver dans un contrat qui le lie à une collectivité publique une clause exorbitante, c'est donc la seconde branche de l'alternative qui va presque toujours jouer, la présence ou l'absence de participation à un service public.

Mais puisqu'il s'agit de musiciens, le service public auquel ces derniers peuvent participer peut soulever question. Il n'y a évidemment aucune difficulté – tout au moins sur ce point – lorsqu'il s'agit d'un contrat avec l'éducation nationale, parce que la nature de service public de cette activité et de cette fonction ne fait aucun doute. En revanche s'il ne s'agit pas du service public de l'éducation nationale, la question peut se poser, elle s'est effectivement posée. En d'autres termes, il s'est agi de savoir s'il pouvait exister un service public culturel.

Une précision doit ici être donnée : lorsque l'on parle de la qualification d'un service public, il s'agit de la qualification contentieuse, puisque c'est le juge qui est appelé à dire s'il y a ou non service public. Autrement dit, le fait qu'il existe des services publics culturels au sens administratif et politique du terme est admis depuis longtemps. En revanche le juge avait manifesté une réticence certaine à reconnaître l'existence d'un tel service public, et l'on évoque toujours en ce sens la célèbre décision *Astruc*, de 1916, dans laquelle le Conseil d'Etat a refusé d'admettre qu'il puisse y avoir

[13] Cela paraît évident, mais il faut rappeler que jusqu'au début du XIXème siècle certains ont soutenu la thèse de la nature privée des communes, celles-ci étant considérées comme des groupements de familles.

service public à propos de la construction d'un « palais philarmonique » sur les Champs Elysées. Cette position du juge n'a pas duré longtemps (avec la décision *Gheusi* de 1923), mais il a fallu cependant attendre 1983 pour que le juge utilise l'expression seule de « service public culturel »[14]. Cette question est aujourd'hui réglée.

b) – La nature du contrat liant un professionnel à une collectivité publique

Mais une autre difficulté pouvait se présenter, à laquelle la réponse à apporter ne s'imposait pas d'emblée, malgré la reconnaissance de la possibilité du service public culturel, c'était celle tenant à l'hésitation que l'on pouvait éprouver quant à la nature du contrat liant un professionnel du domaine musical à la collectivité qui l'emploie. La question s'est posée concrètement à propos de danseuses du corps de ballet du théâtre municipal du Capitole, à Toulouse qui furent licenciées. Ces danseuses allèrent tout « naturellement » devant les prud'hommes pour avoir gain de cause. Sans entrer dans les détails de la procédure, le préfet éleva le conflit et ce fut le Tribunal des conflits qui fut appelé à trancher la difficulté : le contrat liant ces danseuses à la ville de Toulouse était-il un contrat de droit privé ou un contrat de droit public ?

Le juge constate que « par l'organisation et la gestion du théâtre municipal et de l'orchestre régional du Capitole », la ville de Toulouse « assume une mission de service public », le commissaire du gouvernement ayant affirmé sans hésiter, dans ses conclusions, qu'il s'agissait d'un service public culturel. Il observe ensuite que le personnel artistique engagé par la ville pour assurer les activités de ces théâtre et orchestre « participe directement à l'exécution dudit service », ce qui rend le contrat administratif. Il est remarquable qu'ici ce soit le service public culturel qui détermine la nature du contrat, alors que nous avons vu qu'il était en partie déterminé dans plusieurs décisions du juge administratif par d'autres considérations, comme la domanialité publique.

La même solution a été retenue dans des décisions ultérieures, par exemple dans la décision *Commune des Ponts-de-Cé c/ Sieur Poisson*, où une commune avait créé un poste d'animateur au Foyer culturel de celle-ci, avait engagé à ce poste une personne qui avait été licenciée ensuite par le maire pour faute grave. La personne en question avait saisi la juridiction prud'homale, la Cour de cassation avait renvoyé devant le Tribunal des conflits, en application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849.

B – La nature juridique des prestations accomplies hors des obligations de service

a) – L'affaire devant les juridictions administratives

Les professeurs des écoles de musique sont sollicités parfois par la collectivité dont dépend l'établissement d'enseignement pour participer à des concerts ou des manifestations culturelles organisées par ladite collectivité. Ces enseignants sont libres d'accepter ou de refuser, puisqu'il s'agit de prestations accomplies en dehors de leur temps de travail. Ils sont portés à accepter, car la charge n'est, le plus souvent, pas très lourde, et la prestation apporte un complément de revenu auquel les intéressés ne sont pas insensibles. Mais c'est précisément sur la nature de la rémunération versée que des litiges se sont élevés. Pour les résoudre il a fallu aller (une nouvelle fois) jusqu'au Tribunal

[14] Sur l'histoire du service public culturel, V. J.-M. Pontier, Réflexions discursives sur une catégorie juridique spéculative : les services publics culturels, *in* Les services publics culturels, sous la dir. de J.-M. Pontier et J. Léger, PUAM 2012, p. 9 et s.

des conflits et, nous allons le voir, cette intervention n'a pas mis fin au questionnement sur lesdites rémunérations, le dernier mot étant revenu récemment au législateur.

Les faits sont d'une très grande simplicité, pour ne pas dire banals, car une telle situation est fréquente. Le requérant est professeur territorial d'enseignement musical à l'école nationale de musique de Belfort. Rappelons au passage, d'une part que, malgré leur dénomination trompeuse qui tient à des considérations historiques[15], ces écoles de musique sont communales ou intercommunales (comme c'est le cas en l'espèce), d'autre part, que le décret n° 2006-1248 du 12 octobre 2006 a modifié ces dénominations qui ne correspondaient pas à la réalité juridique en les qualifiant, selon les cas, de conservatoires à rayonnement départemental ou de conservatoires à rayonnement communal ou intercommunal (les conservatoires nationaux de région étant devenus des conservatoires à rayonnement régional). L'employeur de ce professeur est la communauté de l'agglomération belfortaine. M. Bussière-Meyer a participé, en tant que musicien, et à la demande de son employeur, à plusieurs concerts publics dans le cadre d'un festival intitulé « Musique Passion » d'abord géré par la commune puis transféré par elle, conformément à la loi (art. L. 5216-5 du CGCT), à la communauté d'agglomération qui était donc la collectivité organisatrice.

Un litige est apparu entre le professeur de musique et l'agglomération, portant, comme c'est bien souvent le cas, sur la rémunération. La communauté d'agglomération a effectué cette dernière sous forme de vacations s'ajoutant naturellement à la rémunération normale des enseignants, avec un tarif forfaitaire, très modique d'ailleurs puisque l'intéressé a touché 150 euros pour différents concerts donnés entre 2002 et 2006. Jugeant cette rémunération insuffisante, M. Bussière-Meyer a saisi le juge administratif de première instance pour lui demander de condamner la communauté de l'agglomération belfortaine à lui payer, à titre principal, la somme de 3145,84 euros en rémunération des heures exécutées lors des concerts donnés dans le cadre de ce festival de musique, et, à titre subsidiaire, la somme de 3855,84 euros en rémunération des heures de service effectuées sur la même période, ainsi que la somme de 1500 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral qu'il estime avoir subi.

Le tribunal administratif a rejeté sa demande et, les indemnités demandées étant inférieures au montant fixé par l'article R. 222-14 du code de justice administrative, a statué en premier et dernier ressort. L'intéressé a donc fait un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Celui-ci a considéré que le tribunal administratif avait commis une erreur de droit en jugeant que les heures consacrées par l'intéressé aux concerts organisés par la communauté d'agglomération belfortaine dans le cadre du festival Musique Passion étaient au nombre des obligations de service incombant aux professeurs territoriaux d'enseignement artistique dans la spécialité musique. Statuant sur le fond, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, il a considéré que le litige présentait à juger « une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires » et a renvoyé au Tribunal des conflits le soin de trancher le litige en question.

Pour comprendre la portée de cette procédure il faut rappeler que le Conseil d'Etat a établi en 1996 une présomption jurisprudentielle pour mettre fin à des situations juridiques qui, si elles faisaient les délices de quelques juristes et permettaient aux enseignants de faire des cas pratiques

[15] V. pour l'explication de cette dénomination J.-M. Pontier, Les interventions culturelles des collectivités territoriales, Encyclopédie Dalloz des collectivités territoriales, p. 4172-67 et s., § 294 et s

pour leurs étudiants, ne pouvaient que désespérer les citoyens de leur justice. « L'intérêt d'une bonne administration de la justice » commandait d'unifier le contentieux que l'application stricte des règles de compétence juridictionnelle conduisait à partager entre le juge administratif et le juge judiciaire, parfois pour un même litige, comme dans la célèbre affaire *Dame veuve Mazerand*. Metttant fin, croyait-t-on, à des atermoiements[16], le Tribunal des conflits a donc posé en 1996 comme principe que : « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi »[17].

La jurisprudence Berkani aurait donc dû conduire à considérer que le contrat liant le sieur Bussière-Meyer à la personne publique constituée par la communauté d'agglomération était un contrat de droit public, étant donné que toutes les conditions étaient réunies pour que s'applique cette présomption jurisprudentielle estimée bienvenue et simplificatrice par les auteurs et juristes en général.

En effet, les manifestations culturelles telles que les spectacles et les autres activités musicales, d'une part peuvent être considérées comme des services publics, d'autre part, lorsque tel est le cas, sont analysées par le juge comme des services publics administratifs. On ne reviendra pas sur la qualification de service public pouvant être attribuée à de telles activités, tant cela est entré dans les mœurs et dans la jurisprudence, le juge n'éprouvant plus de méfiance ou/et de réticence à qualifier ainsi de telles activités.

Pour autant, tout ne peut être service public et, par exemple, le contrat par lequel un maire loue les services d'un orchestre pour une durée de trois heures, à l'occasion de la fête locale, est un contrat de droit privé dès lors qu'il ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun et que ni le représentant des musiciens signataires du contrat, ni les musiciens eux-mêmes, ne participaient directement au service public dont la commune s'était réservée l'organisation[18]. Dans ce dernier exemple, toutefois, la situation était différente de celle ayant fait l'objet de la présente décision, car il s'agissait incontestablement d'un contrat, seule sa qualification posait problème, tandis que dans notre affaire on part de l'activité culturelle avec des agents publics participant à celle-ci.

La jurisprudence a tendance à considérer ces activités culturelles qualifiées de services publics comme des services publics administratifs. Non que la qualification de service public à caractère industriel et commercial ne puisse s'appliquer : d'une part il n'existe aucune raison théorique excluant qu'il puisse en être ainsi, d'autre part, quelques exemples jurisprudentiels montrent qu'une telle qualification n'est pas seulement théorique[19]. Cependant la jurisprudence reconnaît plus volontiers la qualification de service public administratif que celle de service public à caractère industriel et commercial, parce que, concrètement, les collectivités publiques gèrent plus souvent ces manifestations culturelles sous une forme administrative que sous une forme industrielle et

[16] V. pour une récapitulation de cette évolution J.-M. Pontier, J.-C. Rici, J. Bourdon, Droit de la culture, Dalloz, 2ème éd., p. 61 et s., § 64 et s. ; J.-M. Pontier, Le service public culturel existe-t-il ?, in Culture et service public, AJDA sept. 2000, n° spécial, p. 50 et s.

[17] TC 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône, plus connu sous le nom de Berkani, Rec. Lebon p. 535, concl. P. Martin, AJDA 1996, p. 355, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, D 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours, DA 1996, n° 319, obs. J.-B. A., Droit social 1996, p. 735, obs. X. Prétot, JCP 1996, n° 22664, note P. Moudoudou

[18] Tribunal des conflits 20 juin 2007, Le Lorrain, Rec. Lebon, T., p. 630

[19] V. J.-M. Pontier, La gestion industrielle et commerciale des services publics culturels, JCP A 18 juin 2007, n° 2160

commerciale, et parce qu'il subsiste, quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur ce point de vue, une tendance du juge, comme de bien d'autres catégories, à considérer la culture comme exclusive de considérations commerciales.

Quoi qu'il en soit, les applications jurisprudentielles sont allées dans le sens de la jurisprudence Berkani. Ainsi, par exemple, dans une décision de 1993, le Conseil d'Etat considère implicitement, en se prononçant sur le fond, qu'un contrat par lequel un syndicat intercommunal constitué pour la gestion d'un théâtre lyrique a recruté une personne en qualité d'artiste de la danse du « Ballet du Rhin » pour une période déterminée, est un contrat de droit public[20]. De même, l'organisation du spectacle musical dénommé « Grande parade du jazz », se déroulant à Nice pendant au moins neuf jours par an, présente, « eu égard à l'intérêt général d'ordre culturel et touristique que présente cette manifestation, aux conditions de son financement et à son mode de fonctionnement, le caractère d'une activité de service public administratif »[21].

b) – L'affaire devant le Tribunal des conflits et ses suites

La jurisprudence est une chose, la volonté du législateur en est une autre, qui l'emporte évidemment sur la première. Or il se trouve que le législateur adopté plusieurs dispositions qui interfèrent, dans notre domaine, avec la jurisprudence conduisant à reconnaître le caractère administratif du contrat en vertu de la jurisprudence Berkani. Trois dispositions législatives peuvent être invoquées, et l'ont été par le requérant.

La première est l'article L. 762-1 du code du travail alors en vigueur[22], La liste, on le voit, est fort longue, mais ce qui est clair c'est qu'un musicien est considéré par ce texte comme étant soumis dans son activité à un régime de droit privé.

Le deuxième texte invocable est l'article 1-1 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles dont la révision a présenté des difficultés que l'on s'explique mal, n'étant pas, a priori, un texte sensible, mais qui n'est intervenue qu'en 1999. L'ordonnance modifiée définit la notion d'entrepreneur de spectacle (V. cette définition infra) et déclare que « Les entrepreneurs de spectacles vivants sont classés en trois catégories ; / 1° Les exploitants de spectacles de lieux de spectacles aménagés pour les représentations publiques ; / 2° Les producteurs de spectacles ou entrepreneurs de tournées qui ont la responsabilité d'un spectacle et notamment celle d'un employeur à l'égard du plateau artistique ; / 3° Les diffuseurs de spectacles qui ont la charge, dans le

[20] Conseil d'Etat 8 janvier 1993, Syndicat intercommunal « Opéra du Rhin », req. n° 102345

[21] Conseil d'Etat 2 juin 1995, Ville de Nice, req. n° 123647 ; le commissaire du gouvernement M. Lasvignes avait cependant évoqué, dans ses conclusions, la possibilité, dans d'autres conditions, d'un service public à caractère industriel et commercial

[22] Selon cet article : « Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce. / Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération, ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties. Elle n'est pas non plus détruite par la preuve que l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, qu'il est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé ou qu'il emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle. / Sont considérés comme artistes du spectacle, notamment l'artiste lyrique, l'artiste dramatique, l'artiste chorégraphique, l'artiste de variétés, le musicien, le chansonnier, l'artiste de complément, le chef d'orchestre, l'arrangeur-orchestrateur et, pour l'exécution matérielle de sa conception artistique, le metteur en scène ».

cadre d'un contrat, de l'accueil du public, de la billetterie et de la sécurité des spectacles, et les entrepreneurs de tournées, qui n'ont pas la responsabilité d'employeur à l'égard du plateau artistique ».

Enfin, une troisième disposition législative est le I de l'article L. 620-9 du code du travail alors en vigueur et selon lequel : « Les groupements d'artistes, mentionnés à l'article 10 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 modifiée relative aux spectacles, et les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui n'ont pour activité principale ou pour objet ni l'exploitation de lieux de spectacles, de parcs de loisirs ou d'attraction, ni la production ou la diffusion de spectacles sont tenus, lorsqu'ils exercent l'activité d'entrepreneurs de spectacles vivants, de procéder, dans les conditions fixées au II, auprès d'un organisme habilité de l'Etat : / 1° Aux déclarations obligatoires liées à l'embauche et à l'emploi sous contrat à durée déterminée d'artistes du spectacle mentionnés à l'article L. 762-1 ainsi que des ouvriers et des techniciens concourant au spectacle engagés pour pourvoir l'un des emplois figurant sur une liste fixée par voie réglementaire ; / 2° Au versement de l'ensemble des cotisations et contributions sociales, d'origine légale ou conventionnelle, prévues par la loi et se rapportant uniquement à leur activité de spectacle ».

Que déduire de ces dispositions ? Elles instituent incontestablement – le terme est utilisé par la loi – une présomption de droit privé pour les contrats liant une collectivité publique aux artistes qu'elle recrute. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, dans un arrêt malheureusement non publié[23]. C'est également en ce sens que s'est prononcé le Tribunal des conflits dans sa décision du 6 juin 2011.

Deux présomptions s'opposent donc au lieu de coïncider, la présomption jurisprudentielle du juge administratif en faveur de la nature publique du contrat liant un agent non titulaire à la collectivité publique qui l'emploie, et la présomption législative en faveur de la nature privée de tels contrats dans le domaine artistique. Le tribunal a consacré dans la présente affaire la présomption législative, ce qui ne peut étonner mais soulève des interrogations.

L'affaire n'était pas compliquée, mais la question soulevée était, elle, complexe, ce qui explique le renvoi par le Conseil d'Etat de cette question au Tribunal des conflits. Dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 26 mai 2010 le rapporteur public, E. Geffray, faisait valoir en effet que la reconnaissance de la nature privée du contrat aboutissait à remettre en cause la jurisprudence *Berkani* : « la question est de savoir si la décision Cabanel et les dispositions du code du travail constituent une exception à la jurisprudence *Berkani* et à votre jurisprudence traditionnelle sur les services publics administratifs, qui sans remettre en cause la qualification du service, admettrait dans cette hypothèse l'existence de contrats de droit privé »[24].

Le Tribunal des conflits avait lui-même eu l'occasion de se prononcer sur la nature d'un contrat liant une personne à un rectorat (à l'Etat donc) pour une prestation artistique, dans l'affaire *Cabanel* citée par le rapporteur public E. Geffray. Dans cette affaire le sieur Cabanel, recruté par le rectorat de Grenoble pour contribuer à la réalisation de chansons par les élèves d'une classe, avait saisi le conseil des prud'hommes d'un litige l'opposant au rectorat. Le préfet a présenté un déclinatoire de

[23] Cass. soc. 17 février 1999, n° 97-15.095 ; cet arrêt est cité à la suite de la décision du Conseil d'Etat précitée du 26 mai 2010

[24] Conclusions citées par E. Glaser dans son commentaire sous la décision du Conseil d'Etat du 26 mai 2010, Revue Lamy des collectivités territoriales, octobre 2010, p. 25, n° 1732

compétence, rejeté par le tribunal et a pris un arrêté de conflit, se désistant de l'appel qu'il avait formé devant la cour d'appel.

Le Tribunal des conflits commence par rappeler les principes de la jurisprudence *Berkani*, déclarant que « sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'une personne publique gérant un service public administratif sont soumis à un régime de droit public, quel que soit leur emploi ».

Puis, dans un deuxième temps, le Tribunal des conflits analyse l'article L. 351-12 du code du travail. Le dernier alinéa de cet article dispose que relèvent des juridictions judiciaires les litiges résultant de l' « adhésion » des employeurs au régime d'assurance-chômage. Le Tribunal des conflits considère que cette disposition ne concerne que les litiges susceptibles de s'élever entre l'employeur et les organismes gestionnaires de ce régime « et n'a pas pour effet de soumettre à la compétence judiciaire un différend qui oppose un agent public non titulaire à l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public administratif au sujet de la possibilité pour cet agent de revendiquer le bénéfice de l'allocation d'assurance-chômage sur le fondement du 1° ou du 2° de l'article L. 351-12 du code du travail, quand bien même l'employeur a adhéré au régime d'assurance-chômage ou serait tenu d'y adhérer ».

Ces principes étant posés, le Tribunal des conflits constate que le sieur Cabanel a été recruté par le recteur d'académie « non pour effectuer au sein d'établissements d'enseignement du second degré des prestations d'artistes du spectacle de la nature de celles visées à l'article L. 762-1 du code du travail, mais pour apporter son concours (…) aux enseignements artistiques de ces établissements sous la forme de réalisation de chansons par les élèves d'une classe » et que par conséquent l'intéressé était soumis, au titre de sa participation à une mission de service public administratif géré par une collectivité publique, à un régime de droit public[25].

Ainsi, dans cette affaire *Cabanel* le Tribunal des conflits reconnaît la nature de contrat de droit public au contrat liant l'intéressé à l'Etat, ce qui paraît aller dans le sens de la jurisprudence *Berkani*. Cependant, il est possible également de voir dans cette décision la reconnaissance, *a contrario*, de la possibilité de contrats de droit privé : ce n'est « que » parce que l'intéressé apporte son concours aux enseignements artistiques (prévus et organisés en application de la loi n° 88-20 du 6 janvier 1988 et du décret n° 88-709 du 6 mai 1988) que le régime applicable est un régime de droit public, dans les autres cas, le régime est un régime de droit privé.

Ce droit privé est celui qui s'applique aux prestations artistiques, et c'est ce que déclare le tribunal des conflits dans sa décision du 6 juin 2011 qui s'inscrit donc dans la logique de la décision *Cabanel*, mais en rendant explicite ce qui était implicite dans cette dernière décision. Le tribunal des conflits affirme donc, dans une formule de principe qui est en quelque sorte le pendant de la formule utilisée dans les décisions *Berkani* et *Cabanel*, que « le contrat par lequel une collectivité publique gérant un service public administratif et agissant en qualité d'entrepreneur de spectacle vivant, engage un artiste du spectacle en vue de sa participation à un tel spectacle, est présumé être un contrat de travail soumis aux dispositions du code du travail ».

[25] Tribunal des conflits 22 octobre 2001, *Cabanel c/ Recteur de l'académie de Grenoble*, Rec. Lebon p. 751

La décision du tribunal des conflits se comprend, elle est logique par rapport à sa jurisprudence antérieure, mais il faut voir, également, qu'elle a pour conséquence de consacrer officiellement une complexification de la jurisprudence sur la nature des relations contractuelles entre un agent et une collectivité publique.

Un nouveau rebondissement est intervenu – et l'on peut penser qu'il est définitif – avec la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, l'architecture et le patrimoine[26]. Le projet de loi, légèrement modifié par le Parlement, a prévu une qualification légale pour ces contrats, pour deux raisons[27] : d'une part, la requalification des contrats en contrats de droit public était susceptible d'engendrer un surcoût lié à l'application de règles auxquelles ne sont pas soumises les collectivités territoriales[28] ; d'autre part, les collectivités territoriales, n'étant pas associées à la négociation des conventions collectives, auraient perdu la maîtrise des conditions d'emploi.

La loi dispose donc, dans son article 47 : « I – Lorsque les collectivités territoriales ou leurs groupements, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales, agissent en qualité d'entrepreneurs de spectacles vivants, les artistes du spectacle vivant qu'ils engagent pour une mission répondant à un besoin permanent sont soumis aux dispositions applicables aux agents contractuels de la fonction publique territoriale. II – Ces artistes sont soumis au code du travail lorsqu'ils sont employés dans les conditions prévues au 3° de l'article 1242-2[29] du même code ».

II – LES QUESTIONS DE FOND

Le contentieux des professions musicales devant le juge administratif est important mais, si la question de compétence s'est avérée capitale, comme nous l'avons vu, sur le fond en quoi consiste ce contentieux ? Que demandent les requérants ? Pour répondre à ces questions, il convient de distinguer le contentieux de l'annulation du contentieux de pleine juridiction.

1 – Le contentieux de l'annulation

Le contentieux de l'annulation est le plus traditionnel qui soit, c'est celui qui a été d'abord mis en œuvre par le Conseil d'Etat au début du XIXème siècle. Il est donc normal qu'on le retrouve dans le contentieux des professions musicales. Ce qui est plus original, s'agissant de ces dernières, est la distinction que l'on peut établir, au sein de ce contentieux, entre le contentieux général à l'ensemble des musiciens, et un contentieux beaucoup plus spécifique, qui concerne les chefs d'orchestre.

A – Caractéristiques générales du contentieux en annulation

a) – Explication des recours

[26] Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, JO 8 juillet 2016.

[27] V. notamment l'explication donnée par J.-P. Leleux et F. Férat, Rapport sur le projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, sur la proposition de loi de M. A. Fouché, sur la proposition de loi de Mme C. Morin-Desailly et sur la proposition de loi de M. A. Lefèvre, Doc Sénat 27 janvier 2016, n° 340, p. 170 et s.

[28] Règles relatives au salaire minimum, aux cotisations d'assurance chômage, aux indemnités obligatoires des frais de déplacement, aux indemnités de licenciement, de départ à la retraite, au régime de prévoyance des intermittents.

[29] Cet article du code du travail énumère les cas dans lesquels peut être conclu un contrat à durée déterminée.

Tout ne commence certes pas par une décision mais, dans notre domaine, c'est le plus souvent le cas : l'initiative, si l'on peut dire, provient de l'administration concernée, l'autorité compétente prenant une décision défavorable à un musicien et ce dernier contestant ladite décision. On remarque, d'ailleurs, que le contentieux de l'annulation porte, de manière écrasante, sur des décisions prises par des autorités locales et non par des autorités de l'Etat, ce qui peut avoir plusieurs explications, non exclusives l'une de l'autre : le nombre de situations pouvant devenir conflictuelles est plus important à l'échelon local qu'à l'échelon national ; la liberté (relative) dont dispose ces autorités locales favorise également les situations de conflits ; les autorités locales ne disposent pas toujours des connaissances juridiques et administratives suffisantes pour bien rédiger les contrats ; enfin, la proximité (le local) joue un rôle d'amplificateur alors que, à l'inverse, la distance, qui n'est pas seulement kilométrique, lorsque l'Etat intervient, joue aussi un rôle d'apaisement ou de plus grande sérénité.

Ce sont donc les décisions d'autorités exécutives locales ou d'assemblées délibérantes, selon les cas, qui sont à la source de contentieux d'annulation. Le plus souvent, la décision contestée modifie le statut d'un musicien ou de l'ensemble des musiciens d'un orchestre, ou encore constitue une sanction, et le non renouvellement du contrat, ou le licenciement, sont des mesures relativement fréquentes en ce domaine, sans que l'on puisse véritablement prendre la mesure de la situation, mais avec le sentiment que l'on retire d'un certain échec des politiques musicales menées par les autorités locales, quelles qu'en soient les raisons.

b) – Les chefs d'orchestre

Il est quelque peu étonnant que l'on puisse consacrer un développement spécifique aux chefs d'orchestre. Si cela est possible, c'est parce que l'on trouve un nombre significatif de jugements – au regard, naturellement, du nombre de recours intentés par des musiciens – relatifs à des demandes introduites par des chefs d'orchestre ou par des musiciens mais qui portent sur ces derniers : notamment, certains musiciens écartés par un chef d'orchestre ont cherché à faire valoir que celui-ci était leur employeur, le juge du fond ayant porté des appréciations différentes selon les situations[30] et portant sur des questions concernant cette qualité.

Les affaires concernant les chefs d'orchestre sont assez variées, et très significatives des questions qui peuvent se poser entre un chef d'orchestre et une administration, soit locale, soit d'Etat.

L'une des situations que l'on peut imaginer le plus facilement est, comme pour les musiciens, celle dans laquelle une collectivité publique décide de ne pas renouveler le contrat avec la personne qui était jusque-là le chef d'orchestre de l'orchestre de la collectivité, l'intéressé contestant le non renouvellement du contrat. Les arrêts intervenus ne permettent pas toujours de se faire une idée précise des raisons d'un non renouvellement. Ainsi, par exemple, dans un arrêt assez laconique, la

[30] Il faut que l'artiste-interprète démontre qu'il est juridiquement subordonné au chef d'orchestre. Le juge a retenu le contrat de travail entre un musicien et un chef d'orchestre lorsque ce dernier traitait personnellement avec les organisateurs de bals pour une somme globale et fixait lui-même le cachet de ses musiciens alors que dans le cas d'un mandat ce n'était pas au mandataire de fixer le montant du cachet du mandant (Cass. Soc. 7 juin 1979, Bull. Civ. V, n° 490, p. 362 ; Cass. Soc. 8 juillet 1980, *Dame Ribeiro c/Reyn*, Bull. civ. V, n° 615, p. 460). V., pour plus de précisions, S. Pessina Dassonville, L'artiste-interprète salarié (entre création intellectuelle et protection sociale, PUAM 2006).

cour de Nancy déclare que le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur en écartant les moyens invoqués par le requérant[31].

D'autres arrêts sont relativement explicites. Ainsi, à propos du recours d'un chef d'orchestre à raison de la rupture anticipée du contrat le liant à la ville de Bordeaux, le juge relève des manquements de l'intéressé à ses obligations contractuelles : le contrat prévoyait l'obligation pour l'intéressé, en tant que chef en résidence, d'être présent à Bordeaux au moins trois jours ouvrés par mois à raison de huit par saison en dehors des concerts en vue de participer au jury de recrutement des musiciens, à la programmation et à la consultation avec la direction de l'Opéra et les musiciens de l'orchestre. Or, entre le 1er janvier 1997 et le 17 février 1998 l'intéressé n'avait assuré qu'une présence, au total, de six jours et avait refusé d'assister au concours organisé pour le recrutement du premier violon solo de l'orchestre. Le juge estime le licenciement disciplinaire justifié et qu'il n'y a pas lieu d'accorder à l'intéressé d'indemnité au titre des pertes de salaires résultant de la rupture anticipée du contrat[32].

Le motif disciplinaire est également retenu dans une autre affaire de licenciement sans indemnité ni préavis : un contrat avait été signé entre un syndicat intercommunal à vocation culturelle et un musicien confiant à ce dernier les fonctions de directeur musical et de chef d'orchestre. Comparant deux saisons musicales, le juge relève que les activités de chef et de directeur musical de l'intéressé à la tête de l'orchestre (dénommé « Mouvement 12) avaient considérablement diminué d'une année sur l'autre (durant la seconde saison son nom n'apparaît que deux fois contre treize durant la saison précédente) et qu'il n'apparaît pas que les quatre-vingt-dix heures d'activité mensuelle que l'intéressé devait consacrer à l'orchestre en vertu de son contrat auraient été accomplies sous d'autres formes. Le licenciement est donc jugé légal[33].

Dans une autre affaire, encore, le directeur titulaire du conservatoire du centre de Paris fait l'objet d'une révocation disciplinaire pour des motifs relatifs à un comportement contraire à la probité et à l'honneur de l'intéressé, des pratiques comptables frauduleuses et des pratiques injustes et vexatoires à l'égard de certains élèves, la sanction étant jugée légale[34].

Ou encore, dans un arrêt de 2002, la Cour administrative d'appel de Bordeaux se prononce sur le licenciement d'un chef d'orchestre, considéré, lorsqu'il était jeune, comme un génie (deux films lui furent consacrés). L'intéressé ne contestait pas le licenciement mais sollicitait le versement d'indemnités de rupture de contrat plus élevées que celles que lui avait versées la ville de Bordeaux. Le juge estime que l'indemnité versée par la ville était suffisante. Quant au « préjudice artistique, professionnel et moral causé par cette rupture » dont se prévalait le requérant, le juge estime que son licenciement « a été rendu nécessaire par la dégradation des relations entre ce dernier et les musiciens de l'orchestre qui a abouti (…) à une situation gravement conflictuelle mettant en péril la continuité du service public assuré par l'orchestre » et « qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette situation soit imputable à l'orchestre, ni qu'elle soit due, comme l'affirme le requérant, à des manœuvres destinées à le remplacer », la décision de le licencier étant dès lors justifiée[35].

[31] CAA Nancy 22 avril 2004, *M. Jérôme X*, req. n° 00NC01398.
[32] CAA Bordeaux 31 juillet 2003, *M.John X*, req. n° 00BX03002.
[33] Conseil d'Etat 27 septembre 1996, *M. Hubert Borgel*, req. n° 148334.
[34] CAA 11 juillet 2007, *M. Bruno X*, req. n° 05PA02319.
[35] CAA Bordeaux 28 mai 2002, *M. Roberto Benzi*, req. n° 99BX01424.

2 – Les recours de plein contentieux

Parmi les recours de plein contentieux il faut d'abord mettre à part le contentieux fiscal, auquel on ne songe pas spontanément et qui, cependant, est très important dans notre domaine. Les recours de plein contentieux suivent aussi souvent les recours en annulation, celle-ci, lorsqu'elle est prononcée, entraînant un recours en indemnité de la part des musiciens concernés. Cela vaut naturellement particulièrement dans le cas de licenciements. Les contentieux montrent à la fois la persévérance des intéressés, qui poursuivent jusqu'au bout lorsqu'ils n'obtiennent pas satisfaction, et les querelles âpres sur le montant des indemnités qu'ils estiment devoir leur être dues.

A – Le contentieux fiscal

Un type fréquent de recours de plein contentieux est représenté par le contentieux fiscal, qui est loin d'être négligeable. Parmi les recours, on peut relever les demandes de musiciens pour refus de leur demande en décharge en droits et pénalités des suppléments d'impôt sur le revenu auxquels ils ont été assujettis, c'est-à-dire du refus de prise en compte de déduction de frais professionnels, et il faut mettre à part, de nouveau, le cas des chefs d'orchestre.

a) – Les instrumentistes

L'instruction administrative 5 F-1-99, en date du 30 décembre 1998, relative aux traitements et salaires prévoit, en ce qui concerne les frais spécifiques des artistes musiciens, que ces frais sont les « frais liés à l'acquisition des instruments de musique et des frais accessoires à ces instruments », l'instruction ajoutant que « le montant de la dépense déductible au titre de l'acquisition de biens, comme les instruments de musique, dont la durée d'utilisation est supérieure à un an s'entend de la dépréciation effectivement subie par le bien concerné au cours de l'année d'imposition considérée (…). La déduction accordée au titre de l'amortissement des instruments de musique et des frais accessoires, ainsi que des matériels techniques à usage professionnel, est fixée à 14% du montant total de la rémunération nette annuelle déclarée ès qualité à l'impôt sur le revenu, y compris, le cas échéant, les rémunérations perçues au titre d'une activité d'enseignement artistique, exercée notamment dans les conservatoires ».

Mais le bénéfice de cette déduction de 14% est réservé – ainsi que le bon sens peut l'induire facilement – aux artistes musiciens qui ont exposé des frais pour l'acquisition d'un instrument de musique ou de matériels techniques à usage professionnel, « il suit de là que peuvent seuls revendiquer le bénéfice de cette déduction les artistes musiciens qui sont propriétaires de leur instrument de musique ou de matériels techniques qu'ils utilisent dans le cadre de leur activité professionnelle ». Une personne qui n'est pas propriétaire du piano qu'elle utilise pour l'exercice de son activité au sein d'un conservatoire national de région[36] n'entre pas dans les prévisions de la doctrine administrative qu'elle invoque[37].

[36] Le décret n° 2006-1248 du 12 octobre 2006 relatif au classement des établissements d'enseignement public de la musique, de la danse et de l'art dramatique a substitué au classement antérieur qui distinguait les conservatoires nationaux de région (CNR), les écoles nationales de musique, de danse et de théâtre (ENMDT)

Un requérant se prévalant de l'instruction administrative précitée du 30 décembre 1998 et ayant appliqué à son revenu correspondant à son activité artistique deux déductions forfaitaires de 14% et de 5%[38], s'était vu ultérieurement refuser, suite à une sollicitation de sa part, ces deux déductions forfaitaires aux rémunérations perçues en qualité de professeur, le juge a déclaré que les dispositions de l'article 80 du CGI[39], dès lors qu'elles n'autorisaient pas le contribuable à déduire, au titre des frais réels, des sommes calculées forfaitairement, n'ouvraient pas droit à l'intéressé le droit d'appliquer à ses rémunérations de professeur les déductions forfaitaires de 14% et 5%[40].

Par ailleurs, si, en vertu des dispositions de l'article 83 du CGI que les contribuables sont admis à justifier du montant de leurs frais réels à déduire de leur revenu, ils doivent fournir des justifications suffisamment précises qui permettent d'apprécier le montant des frais effectivement exposés par eux à l'occasion de l'exercice de leur profession. Dans ces conditions, si, pour justifier d'une résidence éloignée à Saint-Martin-de-Ré, distante de 493 kilomètres de son lieu de travail, l'intéressée, professeur de piano dans un conservatoire de la ville de Paris, fait valoir que sa santé l'avait conduite à quitter la région parisienne, elle ne l'établit pas en se bornant à produire un certificat médical faisant étant de l'amélioration de son état depuis qu'elle réside à l'île de Ré, elle n'allègue pas avoir été dans l'impossibilité de se loger dans une localité plus proche de Paris située au bord de la mer, elle dont être regardée comme ayant fixé son domicile à Saint-Martin-de-Ré pour des raisons de convenance personnelle, elle ne justifie pas, dès lors, du caractère professionnel des frais de transport d'un second piano[41].

En revanche, il résulte de la même instruction du 30 décembre 1998 que si le bénéfice des déductions en cause est réservé aux artistes musiciens percevant une rémunération ès qualité et exerçant, le cas échéant, une activité d'enseignement artistique, cette disposition ne subordonne pas l'application des déductions à la rémunération de l'activité d'enseignement artistique à la condition que l'exercice de cette activité par le contribuable présente un caractère d'accessoire par rapport à celle d'artiste musicien. Le ministre ne peut donc utilement se prévaloir, pour opposer ce caractère accessoire, des règles d'application de l'ancien article 5 de l'annexe IV au CGI relatif aux déductions supplémentaires pour frais professionnels.

De ce fait, et alors même que l'intéressée a tiré l'essentiel de ses revenus de son activité professionnelle de professeur de musique, les sommes perçues à raison de son activité artistique ne revêtant qu'un caractère accessoire, le ministre n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif a accordé à l'intéressée une réduction des cotisations d'impôt sur le revenu

---

et les écoles municipales de musique (EMM) une nouvelle classification avec les conservatoires à rayonnement communal ou intercommunal, les conservatoires à rayonnement départemental et les conservatoires à rayonnement régional.

[37] CAA Bordeaux 30 juin 2008, *M. et Mme Michel X*, req. n° 06BX02395.

[38] Cette déduction de 5%, qui s'ajoute à celle des 14%, bénéficie, selon l'instruction administrative du 30 décembre 1998, « aux artistes dramatiques, lyriques, cinématographiques ou chorégraphiques, aux artistes musiciens, aux choristes, aux chefs d'orchestre ainsi qu'aux régisseurs de théâtre ».

[39] Selon cet article : « Le montant net du revenu imposable est déterminé en déduisant du montant brut des sommes payées et des avantages en argent ou en nature accordés (…) 3° Les frais inhérents à la fonction ou à l'emploi lorsqu'ils ne sont pas couverts par des allocations spéciales. La déduction à effectuer du chef des frais professionnels est calculée forfaitairement en fonction du revenu brut (…) Les bénéficiaires de traitements et salaires sont également admis à justifier du montant de leurs frais réels ».

[40] CAA Nantes 3 mars 2008, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, req. n° 07NT00836.

[41] CAA Bordeaux 3 juillet 2008, *Mlle X*, req. n° 07BX00553.

auxquelles elle a été assujettie au motif que l'interprétation de la loi fiscale donnée par l'administration dans son instruction du 30 décembre 1998 autorisait le contribuable à bénéficier des déductions forfaitaires, sans distinction des rémunérations acquises au titre d'une activité d'artiste musicien et de celles acquises au titre d'une activité d'enseignement de la musique[42].

b) – Le cas des chefs d'orchestre

Les intéressés contestent des redressements ou des vérifications de comptabilité effectués par l'administration fiscale.

Ainsi, à la suite d'un contrôle sur pièces, le service fiscal concerné ayant redressé les revenus déclarés, dans la catégorie des traitements et salaires, par un musicien qui, en sa qualité de chef d'orchestre, passait les contrats et percevait la totalité des cachets qu'il reversait ensuite à chacun des musiciens pour le compte des organisateurs des manifestations au cours desquelles sa formation musicale se produisait, ce dernier soutient qu'il a effectué des rétrocessions de salaires plus importantes que celles retenues par le tribunal et que le montant de ses frais réels est plus important que celui qui a été admis en déduction. L'intéressé ne donnant pas de précisons suffisantes sur les dépenses qui auraient été écartées à tort, et ne justifiant pas de certaines dépenses, son recours est rejeté[43].

Dans une autre affaire, suite à un redressement, et à la contestation du rejet de la demande en décharge des impositions résiduelles (le service ayant prononcé le dégrèvement de la totalité des impositions issues de la vérification de comptabilité et des impositions correspondant aux revenus taxés d'office), portant sur ses salaires et frais réels déclarés, ainsi que sur ses revenus de capitaux mobiliers, le juge rejette sa demande[44].

Dans une autre affaire encore où l'intéressé avait fait l'objet d'une vérification approfondie de sa situation fiscale suivant la procédure de taxation d'office et ou la CAA de Paris avait fait droit à ses conclusions au titre du complément d'impôt sur le revenu pour l'année 1980, mais avait écarté ses conclusions relatives aux années 1981 et 1982, le Conseil d'Etat relève que le requérant se bornait à faire état du caractère forfaitaire de l'évaluation de ses dépenses privées en espèces et ne justifiait pas du caractère exagéré retenu par le vérificateur, son recours étant donc rejeté[45].

B – Le contentieux de la responsabilité

Le contentieux de la responsabilité sans faute, qui a pris une extension considérable dans bien des domaines, est quasiment absent du contentieux relatif aux professions musicales, ce qui se comprend aisément, car on ne voit pas très bien comment les hypothèses de la responsabilité sans faute pourraient s'appliquer. La responsabilité administrative éventuelle est donc la responsabilité pour illégalité fautive. En général, c'est à la suite d'un licenciement, quel qu'en soit le motif, que des actions en responsabilité sont engagées.

Parmi les illustrations que l'on peut donner, celle des « avatars », plus exactement des déconvenues, des musiciens de ce qui était à l'époque appelé « orchestre philharmonique des pays

[42] CAA Nantes 3 mars 2008, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, req. n° 07NT00838.
[43] CAA Bordeaux 18 mars 1997, *M. Gérard Sabatier*, req. n° 95BX00726.
[44] CAA Paris, 2 novembre 2001, *M. Jean-Claude X*, req. n° 98PA00489.
[45] Conseil d'Etat Section 27 juillet 2001, req. n° 213091.

de la Loire » (OPPL) est particulièrement caractéristique, ou emblématique, en même temps qu'étonnant par le nombre de recours auxquels la transformation de ledit orchestre a donné lieu et qui traduit, à tout le moins, un climat assez délétère entre le syndicat gestionnaire et un certain nombre de musiciens de l'orchestre.

Cet orchestre philharmonique des pays de la Loire (OPPL), qui devait être la fierté de la région, était géré par un syndicat mixte, compte tenu des diverses participations. Par une délibération du 8 avril 1993 le comité du syndicat mixte de l'OPPL décida de réduire la structure de l'orchestre à 99 musiciens à temps complet, cet effectif de base étant complété, chaque fois que cela était nécessaire, par des musiciens associés. Le comité avait décidé d'adopter des mesures transitoires invitant les musiciens professeurs à faire valoir leurs droits à la retraite dès l'âge de 60 ans ou à occuper un temps plein dans les cordes, les musiciens professeurs des autres pupitres et ceux refusant cette option étant astreints à une dégressivité de leur temps de travail jusqu'à ce que les emplois restant à temps incomplet soient définitivement supprimés en septembre 1996.

Le juge administratif a considéré que cette délibération présentait, même si elle conduisait à des suppressions d'emplois, et si elle répondait au souci de d'effectuer des économies, le caractère d'une mesure relative à l'organisation de l'orchestre et à ses conditions générales de fonctionnement au sens de la loi du 26 janvier 1984, et cette délibération devait ainsi être soumise à l'avis préalable du comité technique paritaire ; en ne procédant pas à cette consultation, et même si ledit comité n'avait pas été constitué (aucune circonstance n'ayant rendu impossible sa mise en place), le syndicat mixte entachait sa délibération d'un vice de procédure, et cela alors même que l'orchestre ne comportait pas d'agents titulaires et que certains des agents concernés par la réorganisation en cause n'auraient pas eu vocation à être titularisés. A la suite de cela, des musiciens ont engagé des actions en responsabilité[46].

Le nombre de recours intentés par des professionnels de la musique ne manque pas d'impressionner l'observateur, qui ne s'attendait sans doute guère à un tel contentieux devant le juge administratif. Il est une question à laquelle il n'est pas possible de répondre : la proportion de recours contentieux est-elle plus élevée chez les musiciens que chez d'autres catégories de population ? Faut-il incriminer – s'il est possible de s'exprimer ainsi, s'agissant de recours – une sensibilité particulière des intéressés, ou bien est-ce au contraire une situation objectivement particulière qui serait à mettre en cause et provoquerait tant de recours ? Il est certain, en tout état de cause, que ce contentieux prend place dans un contentieux administratif qui, en France, ne cesse de croître, laissant les observateurs étrangers souvent étonnés par la fibre contentieuse des Français.

[46] V. les détails donnés dans J.-M. Pontier, La musique adoucit (peut-être) les mœurs, mais pas l'envie de contentieux, Mél. Darcy, Bruylant 2012 p. 657.