



ARTICLE

SÉCURISER VOS SUBVENTIONS



Immobilier et Construction Droit de l'environnement Droit public et commande publique Droit européen |
11/01/18 | Vincent Brenot Emmanuelle Mignon

En raison de la différence de nature parfois tenue entre marchés publics et subventions, ces dernières peuvent être exposées à un risque de requalification. Pour pallier cette difficulté, il convient d'être particulièrement attentif, préalablement à l'octroi d'une subvention, au respect des critères de qualification définis par la loi : le bénéficiaire de la subvention doit être à l'initiative du projet, l'avoir défini lui-même et être responsable de sa mise en œuvre, de façon à ce qu'il ne puisse, notamment, être considéré que le projet répond à un besoin préalablement défini par une entité soumise aux règles de la commande publique.

Un arrêt rendu le 22 décembre 2017 par la cour administrative d'appel de Nantes[1] offre un cas d'application intéressant de la distinction entre subvention et marché public[2] et invite à préciser les critères de cette distinction, d'un maniement souvent délicat en pratique.

Depuis l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, les textes définissant en droit interne le champ d'application du droit des marchés publics en excluent expressément les subventions répondant à la définition donnée par l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 issue de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014.

Selon cette définition, outre la nécessité qu'elles soient « *justifiées par un intérêt général* », les subventions doivent correspondre à des actions, projets ou activités « *initiés, définis et mis en œuvre* » par les organismes qui en bénéficient et ne peuvent « *constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* ».

Cette définition, conçue pour attacher aux subventions des caractéristiques incompatibles avec la qualification de marché public, insiste ainsi sur la maîtrise dont doit disposer originellement sur l'opération subventionnée l'organisme bénéficiaire, qu'il doit conserver tout au long de cette opération. Cette maîtrise est incompatible avec une immixtion significative de la personne publique au cours de l'une des phases de détermination ou d'exécution du projet subventionné qui serait de nature à révéler que l'opération répond en réalité à un besoin de celle-ci. Les conditions posées à l'octroi de la subvention peuvent toutefois influencer sur certaines modalités de l'opération (telle que son dimensionnement, qui peut varier en fonction des financements dont dispose *in fine* le bénéficiaire).

Le défaut de satisfaction de l'un de ces critères est susceptible, en lui-même, de remettre en cause la qualification de subvention et de conduire à présumer l'existence d'une relation de commande publique, qui devra néanmoins être caractérisée au regard de l'ensemble des critères de définition des marchés publics (ou des contrats de concession) et ne résultera pas simplement de l'absence de satisfaction de l'un des critères de la subvention.

On rappellera, en outre, qu'au regard du droit de l'Union européenne, si la notion d'acquisition (de travaux, services ou fournitures) par l'acheteur public, retenue par les directives Marchés publics comme un élément de définition des marchés publics, doit être « *entendue au sens large* »[3], les textes évoquent eux-mêmes expressément le « *simple financement d'une activité* [conduite par un tiers], *notamment par le biais de subventions* » comme n'entrant habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics. S'il retient une approche moins précise que le droit interne et invite, en revanche comme ce dernier, à une appréciation au cas par cas, le droit de l'Union européenne n'ignore ainsi évidemment pas cette distinction entre marchés publics et subventions.

L'application de ces critères, notamment de celui tenant à l'initiative du projet, procède toutefois souvent d'une appréciation délicate, qui peut être liée au contexte très précis d'une opération. Lorsque le bénéficiaire de la subvention organise un événement qui relevait auparavant directement de la personne publique octroyant la subvention[4] (ou, même si cette situation est moins problématique, d'une autre personne privée bénéficiant déjà du soutien financier de la même personne publique, comme dans le cas d'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2017), l'identité de l'entité à l'initiative du projet peut apparaître brouillée.

Le critère lié à l'absence de contrepartie directe pour la collectivité publique ayant octroyé la subvention s'avère également délicat à mettre en œuvre en pratique, dans la mesure où la légalité même de la subvention suppose qu'elle finance une opération d'intérêt général, ce qui intéresse en principe par nature les collectivités publiques, et qu'il est rare que ces collectivités financent des opérations dans lesquelles elles ne trouvent strictement aucun intérêt fût-il indirect. L'opération subventionnée concourt ainsi, par nature, à un intérêt dont la promotion ou la défense sont tout sauf indifférentes à la personne publique, mais elle ne doit pas se présenter de telle manière qu'elle réponde à un besoin formulé par celle-ci et qui ne résulterait pas simplement d'une coïncidence entre l'objet de l'opération et les intérêts de la personne publique.



Quant au critère d'autonomie dans la mise en œuvre, il peut se révéler lui aussi complexe dans la mesure où l'octroi de subventions à des organismes privés est souvent subordonné à certaines conditions et toujours soumis à certains contrôles de la collectivité publique.

En l'espèce, pour écarter la qualification de marché public, la CAA de Nantes relève que :

- > s'agissant du critère de l'initiative, l'association a été constituée spontanément à la suite de la liquidation de l'entité qui organisait auparavant l'événement considéré et que la collectivité n'a, à aucun moment, entendu prendre en charge l'organisation de celui-ci ;
- > l'association disposait d'une autonomie suffisante pour l'organisation de la manifestation ; et
- > si l'événement présentait un caractère d'intérêt général, la collectivité ne pouvait être regardée comme trouvant une contrepartie directe à l'octroi de la subvention.

La cour conclut que l'organisation de cet événement ne répond pas à un besoin de la collectivité, qui n'en était pas à l'initiative et n'influit pas sur les caractéristiques de la manifestation organisée de sorte à priver l'association de son autonomie à cet égard.

La méthode suivie par la cour rappelle le caractère cumulatif des critères – auparavant jurisprudentiels et dorénavant textuels – de qualification de la subvention et l'importance qu'il convient d'attacher à l'analyse de leur satisfaction avant d'octroyer ou d'accepter un financement public.

[1] CAA Nantes, 22 décembre 2017, *Société Public Evénements*, n°16NT04161.

[2] Cet arrêt a été rendu au regard des textes applicables à la date de la conclusion de la convention considérée, soit le 18 février 2013 et donc sous l'empire du code des marchés publics abrogé par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Mais la solution doit être regardée comme transposable sous l'emprise des nouveaux textes.

[3] Voir le second paragraphe du point 4 du préambule de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

[4] CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n°342520, publié au Recueil.
