

Distinguer subventions et contrats de services

Source : La gazette des communes, 1^{er} avril 2013

Aurélie Aveline et Cyril Coupé - Avocats - Cabinet Goutal, Alibert et associés

A retenir

- **L'initiative du projet est le premier élément que contrôle le juge lors de son examen de la régularité d'une subvention, son bénéficiaire devant être à l'origine du projet.**
- **La liberté de subventionner est également appréciée par le juge, la collectivité devant se borner à un simple contrôle de l'utilisation de la subvention octroyée.**
- **L'absence de contrepartie directe et immédiate au profit de la collectivité en lien avec le versement de la subvention influencera le juge dans sa déclaration de régularité de la subvention.**

L'octroi d'une subvention, même accompagnée d'une convention dite « d'objectifs », n'est pas, en principe, assujéti à une mise en concurrence préalable. Prudence, cependant, car l'équilibre des relations est parfois très - trop - proche du marché public ou de la délégation de service public.

Distinguer les différentes conventions

Accorder une subvention à une association en concluant une convention d'objectifs peut apparaître beaucoup plus commode que de s'engager dans une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public (DSP), même allégée (voir notamment : pour les marchés publics, [l'article 30 du Code des marchés publics](#) ou encore l'article [L.1411-12](#) du Code général des collectivités territoriales pour les DSP de faible montant). Pourtant, ces trois modes de contractualisation ne sont en rien alternatifs les uns aux autres mais répondent, chacun, à des hypothèses différentes strictement définies. Pas plus, il faut insister sur ce point, n'existe-t-il au profit des associations à but non lucratif un droit privilégié à la subvention, en lieu et place d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Saisi, le juge administratif peut être amené à requalifier une convention de subventionnement – indépendamment du régime sous lequel les parties ont entendu se placer – en faisant application de la technique du faisceau d'indices : qui est à l'initiative du projet ? Quelle est l'autonomie de l'entité subventionnée dans la gestion de l'activité ? La subvention est-elle la contrepartie directe et immédiate d'un service individualisé au profit de la collectivité ?

C'est en fonction de la réponse à chacune de ces questions que le juge retiendra la qualification réelle du montage. En revanche, le risque de requalification en marché public ou en délégation de service public sera subordonné à la qualité « d'opérateur économique » de l'association ([art. 1er du Code des marchés publics](#) et [art. L.1411-1 du CGCT](#)), ce qui sera très souvent le cas. La nature de l'activité (hors marché, au sens économique du terme) en cause et les modalités de fonctionnement (« in house associatif ») de la structure seront, alors, au cœur du débat ⁽¹⁾.

Subventionner les projets à l'initiative des tiers

Afin de limiter le risque de requalification en marché public ou en délégation de service public, il y a lieu, d'abord, de s'assurer que c'est effectivement le bénéficiaire de la subvention qui est à l'origine du projet et notamment si ce projet était ou non préexistant à l'intervention de la collectivité ⁽²⁾. Il ne faut pas oublier qu'une subvention est sinon sollicitée par celui qui en bénéficie, du moins suscitée par l'activité qu'il exerce spontanément ⁽³⁾.

Concrètement, avant toute subvention, il est, d'une part, impératif de vérifier si l'activité subventionnée relève d'une compétence de la collectivité dont la gestion est, en réalité, confiée à un tiers, dans une logique de délégation de service public. Et, d'autre part, il convient de s'assurer que le subventionnement n'a pas, en fait, pour objectif de fournir à la personne publique, sur la base d'un besoin qu'elle a défini au préalable, dans une logique de marché public, les moyens de mettre en œuvre ladite compétence. S'il ne peut être démontré que

L'entité subventionnée est à l'initiative du projet, voire si l'inverse est établi, le juge pourra considérer cette situation comme un premier indice de nature à faire douter de la qualification de subvention ⁽⁴⁾.

Se méfier des appels à projets

Quid alors du critère de l'initiative privée dans le cadre de la pratique de plus en plus répandue des appels à projets, qui consiste à solliciter des contributions pour la mise en œuvre d'un projet susceptible de donner lieu au versement d'une subvention ?

Dans ce cas, l'initiative est donc publique ce qui tendrait, a priori, à exclure le recours à la subvention. Toutefois, si la collectivité fait preuve de réserve dans la définition du projet, se bornant à tracer un cadre général, alors le subventionnement paraît encore envisageable. En somme, il convient pour la collectivité d'être prudente : lancer l'idée, certes, mais ne pas être trop précise sur le contenu des réponses attendues.

Laisser l'organisme libre de gérer son projet

Le projet aura beau être à l'initiative d'un tiers, il deviendra celui de la collectivité si c'est elle qui prend la main sur les modalités de mise en œuvre et de fonctionnement. En principe, c'est à l'organisme subventionné de définir le contenu du projet qu'il entend mettre en œuvre. Aussi, lorsque la collectivité, au-delà d'un simple contrôle de l'utilisation de la subvention octroyée, s'engage dans une véritable appropriation du projet, la qualification de subvention est-elle susceptible d'être remise en cause. En effet, il appartient à la personne publique de définir, dans le cadre d'un marché public, son besoin propre, et dans l'hypothèse d'une délégation de service public, le besoin de ce service – donc celui des usagers – dont la gestion est déléguée ⁽⁵⁾. Par conséquent, plus la collectivité apporte des adaptations, façonne le projet subventionné en fonction de ses souhaits ou ceux des usagers, plus la qualification de subvention s'éloigne.

A l'inverse, cet aléa juridique s'estompe si la collectivité ne fait que prendre acte du projet apporté par un organisme local.

Bien considérer la subvention versée

Il est important de ne jamais envisager la subvention comme un prix versé ou comme une contribution à l'exploitation d'un service public. Cette problématique est directement liée à celle relative à la définition du besoin. Concrètement, le risque de requalification en marché public ou en délégation de service public est important lorsque la subvention versée est la compensation directe soit d'un service rendu à la collectivité en l'état d'un besoin qu'elle a défini au préalable, soit d'un service rendu aux usagers d'un service public relevant de la compétence de la personne publique.

L'hypothèse de la requalification de la subvention en un prix versé en contrepartie d'une prestation effectuée par l'organisme subventionné est, sans doute, celle la plus aisément identifiable. En effet, « on est en présence d'une rémunération de prestation et non d'une subvention lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées et qu'elles sont en relation avec les avantages immédiats que la collectivité peut retirer des actions qui ont donné lieu au paiement » ⁽⁶⁾.

Dans le cadre d'une délégation de service public, il n'est pas question d'un prix payé par la collectivité mais d'une « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » ⁽⁷⁾ de nature mixte : les contraintes de service public vont conduire l'administration à contribuer financièrement à la mise en œuvre du service pendant que le délégataire bénéficiera par ailleurs d'une rémunération directement issue de l'exploitation du service public.

En somme, une subvention qui viendrait directement compenser des contraintes de service public, par ailleurs définies au préalable par la personne publique, au soutien d'une rémunération tirée de l'activité même est susceptible de requalification en délégation de service public.

Rédiger correctement les conventions d'objectifs

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, toutes les subventions d'un montant supérieur à 23 000 euros doivent impérativement donner lieu à l'établissement d'une convention qui définit l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la somme attribuée.

C'est évidemment dans l'élaboration de ces conventions que le risque de dénaturation de la relation collectivité-entité subventionnée est le plus important. Dans ce cadre, une grande attention doit être portée à la rédaction du préambule, notamment sur la question de l'origine véritable du projet et le souhait de la collectivité de verser une subvention à l'association porteuse de ce projet d'intérêt général. Et c'est ensuite dans la définition des modalités du contrôle de l'utilisation de la subvention qu'il faudra faire preuve de mesure.

S'assurer de la bonne utilisation de la subvention accordée ne signifie pas contrôler l'activité mise en œuvre : modalités d'accès aux services proposés, impératifs de tarification, réglementation des heures d'ouvertures, définition d'une politique sociale d'accès aux services... sont autant d'éléments qui tendront à caractériser une appropriation de l'activité par la personne publique de nature à faire basculer l'activité concernée de la simple activité d'intérêt général à celle d'activité de service public.

A lui seul, ce basculement n'est pas de nature à conduire à un assujettissement aux règles de la commande publique car des exceptions existent, mais le périmètre exact de ces dernières reste encore à définir ⁽⁸⁾.

[Note 01:](#)

[CE, 26 avril 2007, « commune d'Aix-en-Provence », req. n° 284736.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 02:](#)

[Réponse ministérielle à la question de Michel Charasse n° 12009, JO Sénat, du 26 août 2004.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 03:](#)

Concl. Séners sur [CE, 26 mars 2008, « région Réunion », req. n° 284412.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 04:](#)

[CE, 23 mai 2011, « commune de Six-Fours-les-Plages », req. n° 342520](#) ; [CE, 26 mars 2008, « région Réunion », req. n° 284412](#) ; [CAA de Marseille, 1er mars 2004, « groupement agricole d'exploitation en commun l'Aurier », req. n° 99MA02079.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 05:](#)

Exemples récents de requalification en marché public : [CAA de Douai, 19 février 2009, « département de l'Oise », req. n° 07DA00027](#) ; [CAA de Bordeaux, 21 juin 2011, « région Limousin », req. n° 10BX01717](#) ; en matière de délégation de service public : [CE, 22 février 2007, « Aprei », req. n° 264541](#) ; [CE, 23 mai 2011, « commune de Six-Fours-les-Plages », req. n° 342520.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 06:](#)

Concl. Séners, préc. : [CE, 29 octobre 2003, « Courly », req. n° 241524](#) ; [CAA de Bordeaux, 21 juin 2011, « région Limousin », req. n° 10BX01717](#) ; [CAA de Douai, 19 février 2009, « département de l'Oise », req. n° 07DA00027.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 07:](#)

[CE, 30 juin 1999, « Smitom », req. n° 198147.](#) - [Retourner au texte](#)

[Note 08:](#)

[CE, 26 avril 2007, « commune d'Aix-en-Provence », req. n° 284736.](#)