« Marchés publics et subventions : un risque de plus en plus grand de requalification : CAA Bordeaux, 21 juin 2011, Région du Limousin, req. n° 10BX01717 », *Contrats Concurrence Consommation* n° 10, octobre 2011, comm. 220.

Catherine Prebissy-Schnall

Parce que la frontière entre une convention de subventionnement et un marché public est ténue, le juge utilise des critères de distinction : il est tout d'abord nécessaire que la région décide des prestations et que les contributions versées soient la contrepartie directe du service rendu pour le compte du pouvoir adjudicateur. Pour autant, cette solution n'est pas satisfaisante et assombrit l'avenir des subventions.

CAA Bordeaux, 21 juin 2011, n° 10BX01717 , Région du Limousin : JurisData n° 2011-014462

Note :

Par une délibération du 19 décembre 2008, la région Limousin a décidé la mise en place d'un dispositif permanent de formation professionnelle (intitulé « Portail formation Limousin » qui regroupe les actions de formations professionnelles) et l'attribution de subventions aux opérateurs mettant en place le dispositif. Cette décision a été prise dans le cadre de son plan de développement de la formation professionnelle et vise à offrir aux demandeurs d'emploi un accès à un réseau établi sur l'ensemble du territoire régional. Le Portail propose des formations allant des savoirs de base jusqu'aux premiers niveaux de qualification pour un accès ou un retour rapide à l'emploi, ou pour acquérir les pré-requis préalables à une entrée en formation qualifiante. Il s'agit donc d'une mission de service public régional de formation pour les besoins de laquelle la région a alloué des subventions pour un montant total de 2,25 millions d'euros à différents organismes de formation. Quatre organismes, non bénéficiaires de ces subventions, ont demandé l'annulation de la délibération du 19 décembre 2008 pour non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le Code des marchés publics. Le tribunal administratif de Limoges a considéré que l'opération relevait, en effet, du champ du Code des marchés publics et que la délibération était entachée d'illégalité (*TA Limoges, 6 mai 2010, req. n° 0900512, 0900517, 0901112, AFORMAC et autres c/ Région Limousin et autres : JurisData n° 2010-009140*). La cour administrative d'appel de Bordeaux confirme cette analyse tout en rappelant le raisonnement à adopter pour identifier les subventions déguisées (**I**). La solution n'est toutefois pas satisfaisante car si on place les subventions et les marchés publics sur chaque plateau de la balance, celle-ci a trop tendance à pencher du côté de l'application nécessaire des règles fixées par le Code des marchés publics (**II**).

1. Application des deux critères d'identification des subventions déguisées

Pour distinguer entre subvention et marché public, il faut appliquer deux critères déjà mis en œuvre par le Conseil d'État *(CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412)* : Qui est à l'origine du projet ? La région est-elle dans l'attente d'une contrepartie directe ?

A. - Qui est à l'origine du projet ?

La distinction entre les différentes initiatives (collectivité, association, organisme) n'est pas si facile. En témoigne l'existence de nombreuses conventions de partenariat d'objectifs et de moyens. Ces conventions sont conclues lorsqu'une action initiée par exemple par une association, qui serait à elle seule d'une efficacité limitée, trouve toute sa justification car elle est complémentaire d'une initiative publique réalisée par la collectivité elle-même. Cette convention définit notamment l'objet, le montant des subventions allouées, les modalités de contrôle de l'association ainsi que les obligations des deux parties. Par cette convention, l'association s'oblige à utiliser l'aide perçue pour la réalisation de l'objectif défini (V. *Circ. 18 janv. 2010, relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément : JO 20 janv. 2010, p. 1138).*

Si on rapproche notre affaire de celle tranchée par le Conseil d'État le 26 mars 2008 et qui portait sur le même secteur d'activité, le Conseil d'État a conclu que le contrat de subventionnement devait être requalifié en marché public parce que la Région de la Réunion avait décidé, dans le cadre de ses compétences et après avoir défini ses propres besoins, de faire réaliser des prestations de formation afin de contribuer à la mise en œuvre du plan régional de formation professionnelle des jeunes. La convention sollicitait une prestation précisément définie. Peut-on considérer qu'il en est de même pour la région Limousin ? Est-elle l'initiateur de l'activité ou existe-t-il une ambiguïté sur l'identité de la personne à l'origine du projet ? Le tribunal de Limoges a considéré que la région ne fournissait pas d'éléments « permettant de la regarder comme s'étant bornée à y définir non des actions mais seulement des objectifs ou un cadre général qui pourrait être qualifié de simple appel à projet ; qu'elle doit être regardée comme ayant eu l'initiative du projet dont elle a confié la mise en œuvre aux organismes attributaires des sommes allouées ». La cour administrative d'appel de Bordeaux partage cette analyse et indique que « les conventions signées entre la région Limousin et différents organismes de formation engagent ces derniers à proposer une offre de formation ». En faisant ainsi apparaître une obligation pour les organismes, celle-ci est implicitement interprétée comme une prestation répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur. La région a donc passé commande auprès des organismes de formation et est à l'initiative du versement. La subvention est, quant à elle, sinon sollicitée par celui qui en bénéficie, du moins suscitée par l'activité qu'il exerce spontanément *(CAA Marseille, 20 juill. 1999, Cne de Toulon, req. n° 98MA01735. – J.-D. Dreyfus, Le service public régional de formation professionnelle face au Code des marchés publics : AJDA 2010, p. 1323).* Si tel n'est pas le cas et que la collectivité attend de celui qui bénéficie de la subvention une prestation précise pour laquelle elle la rémunère, il convient de respecter la procédure du Code des marchés publics. Le Conseil d'État a ainsi sanctionné la commune de Six-Fours-les-Plages qui pensait pouvoir s'exonérer des procédures du Code des marchés publics pour l'organisation du festival de musique *(CE, 23 mai 2011, n° 342520, Cne de Six-Fours-Les-Plages).* La Haute juridiction a considéré que la rémunération d'une entreprise de spectacle pour l'organisation d'un festival de musique réalisé à la seule initiative de la commune constituait le prix d'un marché public. En l'espèce, la convention de subvention indiquait clairement que le festival constituait « une des facettes de la politique culturelle développée par la commune ». Pour le reste, la convention était vaguement définie, détaillant « *a minima* » les prestations. Stratégie épistolaire pour échapper aux contraintes de la commande publique ? Le juge n'hésite pas à requalifier en appliquant également un autre critère qui est celui du lien direct entre la subvention et la prestation rendue par son bénéficiaire, la subvention étant dans ce cas appréhendée comme une contrepartie de cette prestation rendue en fonction des besoins de la collectivité.

B. - Les sommes attribuées peuvent-elles être qualifiées de subventions ou d'un prix versé en contrepartie de prestations ?

Le recours à la subvention ne s'inscrit pas dans un schéma de commande publique car, en accordant une subvention, la collectivité n'attend aucune contrepartie directe de la part du bénéficiaire. Elle peut simplement subordonner son octroi à une utilisation déterminée des fonds, le principe étant que les initiatives des tiers rencontrent les objectifs d'intérêt général de la personne publique. En l'espèce, les articles 3, 4 et 5 de la convention prévoyaient le versement par la région Limousin d'aides financières qui prenaient en compte les frais exposés par les organismes de formation (aide prévisionnelle en fonction de l'état de fréquentation des stagiaires ; dépenses de personnel engagées). La convention prévoyait un ajustement du prix à payer pour que l'argent soit utilisé conformément à ce qui était prévu à l'origine. Le conseil de la région Limousin, Maître Lise Leeman, explique que le fait de prévoir un mécanisme de rétrocession afin de s'assurer d'une utilisation conforme des deniers par rapport au projet subvention est une clause type qui figure dans tous les contrats de subventionnement : « Il s'agissait d'un filet de sécurité et non d'une contrepartie directe de la part du bénéficiaire ». Cette démonstration ne suffit pas à convaincre le juge qui estime que, même si ces aides ne prennent pas en compte l'intégralité des frais exposés par les organismes, dont la couverture pourrait être assurée par d'autres ressources pour organiser ces formations, le montant des subventions n'était pas dépourvu de tout lien avec le coût des prestations à réaliser et les sommes allouées constituaient la contrepartie de l'offre permanente de formation répondant aux besoins de la région à laquelle il incombe d'organiser de telles actions. Dès lors, « les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur en a été donnée, doivent être regardées non comme des subventions mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le Code des marchés publics ». La Cour précise que ces marchés publics ne peuvent se voir appliquer les dispositions de l'article 35 du Code des marchés publics qui permettent de passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

2. Une solution critiquable qui interroge sur l'avenir des subventions

Si on examine de plus près notre affaire, on s'aperçoit que la région Limousin a financé le « Portail formation Limousin » par le biais de marchés publics. Seule la formation *infra* qualifiante a fait l'objet d'un appel à projet. L'appel à projet n'entre pas dans le champ de la commande publique. Il permet d'annoncer la disposition de budgets destinés à être distribués sous forme de subventions. C'est dans ce cadre que les opérateurs retenus ont sollicité de la région des subventions. Celle-ci estime que, contrairement à la passation de marchés publics où ses besoins sont clairement définis, l'appel à projet en litige n'avait pas de contour défini. Établie conformément à l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, la convention de subvention ne détaillait pas le contenu ou les méthodes d'évaluation des formations, ni le nombre de participants ou encore le volume horaire. La région ne pensait donc pas s'adresser à des opérateurs économiques évoluant sur un marché concurrentiel.

Toutefois, si on regarde la palette des modes de gestion du service public régional de formation en cas d'appel à un tiers, le principe est le recours à un contrat qui est soit une délégation de service public, soit un marché public de services (si les modalités de rémunération du cocontractant ne sont pas substantiellement liées à l'exploitation du service). La collectivité ne peut se passer des obligations de publicité et de mise en concurrence que si eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles il l'exerce, le tiers

auquel elle s'adresse ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (*CE, 6 avr. 2007, req. n° 284736, Cne d'Aix-en-Provence* ,). Or, au sens du droit communautaire, la formation professionnelle est considérée comme une activité économique, plus précisément un « service d'intérêt économique général », soumise à ce titre au droit de la concurrence. Depuis l'entrée en vigueur de la Directive « Services » n° 2006/123/CE et dans le contexte actuel de précarité économique, la question de cette soumission des services sociaux à la libre concurrence fait débat. La seule possibilité de déroger aux procédures de passation du Code des marchés publics ou de la loi Sapin est d'envisager une procédure complexe de mandatement des organismes se voyant alors octroyer un droit exclusif ou spécial (cf. la convention-cadre de mandatement rédigée par la Région Poitou-Charentes et relative à la mise en œuvre du service public régional de formation professionnelle par le SIEG, disponible sur la toile à partir de l'adresse suivante : *http://www.union-habitat.org/)*. Dans le cadre d'un service d'intérêt économique général, la subvention peut constituer un mode de financement légal. La collectivité doit simplement définir, dans son acte unilatéral ou contractuel de mandat, la mission de service d'intérêt économique général ainsi que les paramètres pour le calcul de la compensation et les sauvegardes associées.

On vient bien que le mécanisme même de la subvention est en danger. Il devient compliqué à enclencher compte tenu des risques administratifs de requalification en marché public, des risques de délit de favoritisme et de la multiplication des points de vigilance qui pèsent sur la collectivité. Plutôt que de faire usage, bien trop souvent, des dispositifs contraignants régissant la commande publique, il conviendrait de mieux outiller les collectivités et de clarifier la nature juridique du contrat passé entre les collectivités et les organismes de formation. Michel Thierry, inspecteur général des affaires sociales, propose de créer un nouvel outil juridique : des conventions de partenariat d'intérêt général, un mode de contractualisation réservé aux services sociaux actuellement non explicitement chargés de la gestion d'un service d'intérêt économique général *(Rapp. M. Thierry sur la prise en compte des spécificités des SIG dans la transposition de la directive Services et l'application du droit communautaire des aides d'État : IGAS, janv. 2009)*. Peut-être que la réflexion actuellement engagée autour du rapport sur l'avenir des services sociaux d'intérêt général apportera des réponses concrètes (Commission de l'emploi et des affaires sociales, Rapporteur *Proinsias De Rossa, Rapp. concernant l'avenir des services sociaux d'intérêt général, 22 juin 2011).*

Mots clés : Marchés publics. - Région. - Convention de subventionnement. – Distinction