

## **9. MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?**

**Maxime Vanderstraeten**

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Saint-Louis

<b>Introduction</b>	<b>238</b>
<b>SECTION 1. Définitions</b>	<b>239</b>
<b>SECTION 2. Critères distinctifs traditionnels</b>	<b>240</b>
<b>SECTION 3. Tentative de synthèse et perspectives</b>	<b>251</b>

## Introduction

1. Il est un jeu universel auquel tout enfant s'adonne sans qu'on lui ait enseigné : se promener sur le trottoir en évitant les marques du sol, en posant le pied au milieu des pavés ou des plaques formées par le bitume<sup>1</sup>.

Un exercice plus périlleux consiste à cheminer uniquement sur les lignes du trottoir, tel un funambule entre deux précipices.

La recherche de la distinction entre le marché public et la subvention s'apparente davantage à cette seconde variante, à réserver aux lecteurs téméraires et consentants de la présente contribution.

2. Certes, à en croire la Cour des comptes, un amalgame entre les marchés publics et les subventions « n'a pas lieu d'être » et il serait non seulement possible, mais nécessaire, de « maintenir une stricte séparation entre ces deux procédures et leurs modalités propres »<sup>2</sup>.

L'on enseigne en effet qu'en accordant une subvention, l'autorité publique entend promouvoir une activité utile à l'intérêt général, tandis qu'en concluant un marché public, elle confie au prestataire une tâche qu'elle juge nécessaire pour ses propres activités.

Cette différence de finalité impliquerait à son tour l'application de régimes distincts en termes de modalités financières, de régime fiscal, de contrôles (notamment celui des aides d'État) et d'imputation budgétaire de la dépense<sup>3</sup>.

Le quatrième considérant de la directive 2014/24/UE confirme également que « le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics »<sup>4</sup>.

---

1. Cette réflexion est inspirée par l'éditorial d'A. LACROIX, « Le monde à hauteur d'enfant », *Philosophie Magazine*, août 2020, p. 3.

2. Voy. not. le 18<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., 2006-2007, n° 482/1, p. 37 ; 21<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., 2009-2010, n° 27/1, p. 31 ; 25<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., 2013-2014, n° 922/1, p. 81.

3. *Id.*

4. Quatrième considérant de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Voy. égal. le douzième considérant de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

3. L'usage de l'adverbe « habituellement » dans ce dernier extrait tend néanmoins à démontrer que l'étanchéité des compartiments « marché public » et « subvention<sup>5</sup> » n'est pas parfaite.

La présente contribution propose de s'en convaincre en explorant les confins de ces deux matières.

Nous commencerons par rappeler les définitions classiques des notions de « marché public » et de « subvention » (Section 1), avant d'examiner les critères qui fondent traditionnellement la distinction entre ces deux catégories (Section 2). Nous achèverons par une tentative de synthèse et quelques perspectives (Section 3).

## Section 1. Définitions

4. La loi belge<sup>6</sup>, à la suite des directives européennes<sup>7</sup>, définit le marché public comme le contrat à titre onéreux conclu entre un opérateur économique et un adjudicateur, et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Une abondante jurisprudence et de multiples ouvrages abordent les différentes composantes de cette définition<sup>8</sup>.

Ne retenons à ce stade que les deux éléments suivants, que nous mobiliserons plus loin dans la contribution :

- le marché public est un *contrat* : il suppose en principe une convention écrite attestant un concours de volonté entre deux ou plusieurs personnes<sup>9</sup> ;
- il s'agit d'un contrat à *titre onéreux* : chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre<sup>10</sup>.

5. Le terme « subvention » est quelque fois utilisé pour désigner un soutien financier récurrent, à l'inverse du « subside », qui serait plus ponctuel (D. BATSELÉ et A. YERNA, *Manuel des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 151). En pratique, ces expressions sont souvent confondues, et nous les utiliserons de façon indifférenciée.

6. Art. 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

7. Voy. not. l'art. 2, § 1<sup>er</sup>, 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

8. Voy. par ex. G. DEREAU *et al.*, *Le droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2019 spéc. pp. 20-30 et les renvois aux autres parties de l'ouvrage ; B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (dir.), *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 47-127.

9. B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », *op. cit.*, pp. 97 et s.

10. e.a. C.J.U.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Auroux* ; 18 octobre 2018, aff. C-606/17, *IBA Molecular Italy*. Sur le caractère onéreux du contrat de marché public, voy. Y. MUSSCHEBROECK,

Rappelons que les composantes de la notion de « marché public » procèdent d'une définition autonome en droit de l'Union, qui s'affranchit des concepts nationaux<sup>11</sup>.

5. S'agissant de la subvention, il n'existe pas de définition unique<sup>12</sup>.

La Cour des comptes s'est à l'occasion référée à la définition établie par l'article 2 de la loi du 14 novembre 1983 relative au contrôle de l'octroi et de l'emploi de certaines subventions<sup>13</sup> : « toute contribution, avantage ou aide, quelles qu'en soient la forme ou la dénomination, en ce compris les avances de fonds récupérables consenties sans intérêts, octroyées en vue de promouvoir des activités utiles à l'intérêt général ».

D. Renders et consorts ont proposé une définition plus précise. Il s'agit à leur yeux d'une « aide financière publique, qui prend la forme d'un décaissement accompli de manière définitive si le bénéficiaire – personne publique ou privée – exécute les obligations qui lui sont imposées en contrepartie, lesquelles prennent, au premier chef, la forme d'une action, généralement à venir, initiée par la personne subsidiée, jugée digne d'intérêt public, et dont le résultat n'entre pas dans le patrimoine propre de la personne subsidiante, ne participe pas à l'accomplissement du service public dont cette personne a la charge ou n'est pas nécessaire à son fonctionnement »<sup>14</sup>.

Cette définition met déjà en lumière plusieurs critères distinctifs sur lesquels nous allons revenir (Section 2).

## Section 2. Critères distinctifs traditionnels

6. À partir des définitions précitées, la doctrine a tenté d'identifier plusieurs critères distinctifs<sup>15</sup>. Nous les avons regroupés comme suit :

- la finalité de l'opération (§ 1) ;

« Een overheidsopdracht, een overeenkomst onder bezwarende titel », *Chronique des marchés publics 2015-2016*, EBP, 2016, pp. 731-751 ; S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 162-168.

11. S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, op. cit., p. 161 ; C.J.U.E., 4 juin 2020, aff. C-429/19, *Remondis*, pt 24 et la jurisprudence citée.

12. G. DEREAU *et al.*, *Le droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, pp. 25-27.

13. Cour des comptes, *Le subventionnement régional des investissements communaux*, rapport transmis au Parlement wallon, août 2011, www.ccrek.be, p. 22.

14. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 12.

15. D. BATSELÉ et A. YERNA, *Manuel des marchés publics*, op. cit., pp. 149-150 ; G. DEREAU *et al.*, *Le droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, op. cit., pp. 27-30 ; C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, pp. 518-524.

- l'initiative de l'activité (§ 2) ;
- la nature contractuelle ou non de l'acte (§ 3) ;
- la valeur de la contrepartie (§ 4).

## §1. La finalité de l'opération

7. La subvention se distingue du marché public par son but : il s'agit pour la collectivité publique d'apporter une contribution financière à un bénéficiaire afin de soutenir une activité que cette collectivité juge utile à l'intérêt général.

À l'inverse, les marchés publics sont utilisés pour satisfaire les « besoins propres »<sup>16</sup> de l'adjudicateur, ou contribue à tout le moins à l'accomplissement des services publics dont il a la charge<sup>17</sup>. En d'autres termes, les prestations présentent un « intérêt économique direct » pour l'adjudicateur<sup>18</sup>.

8. Doit par exemple être requalifiée en marché public l'aide apportée à la production de matériel audiovisuel destiné à sensibiliser l'opinion publique à l'oeuvre de coopération au développement, dès lors que la direction générale de la Coopération internationale « paie une somme forfaitaire et obtient, en contrepartie, la diffusion du film et du reportage demandés ainsi qu'un certain nombre de copies vidéo ». La Cour des comptes note que ces activités sont nécessaires au fonctionnement de la direction générale concernée, de sorte qu'un marché public est plus indiqué qu'un subsidie<sup>19</sup>.

Sont également des marchés publics les missions de recherche confiées par exemple à des institutions universitaires, lorsque l'autorité requiert la production des rapports d'études et en acquiert la propriété intellectuelle<sup>20</sup>.

16. P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 62.

17. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, pp. 80-81.

18. B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », *op. cit.*, pp. 104-106 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, p. 82 ; C.J.U.E., 18 juin 2020, aff. C-328/19, *Porin kaupunki*, pt 47.

19. 159<sup>e</sup> cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants, *Doc. parl.*, sess. ord. 2002-2003, doc. n° 482/1, p. 152.

20. Philippe Flamme et consorts rapportent l'exemple d'un refus de visa de la Cour des comptes sur une ordonnance octroyant une subvention à l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles en vue de la réalisation d'une recherche sur l'identité culturelle des membres de la Communauté française de Belgique. Plusieurs clauses de la convention permettaient en effet de conclure à l'existence d'un marché de services tendant à rencontrer les besoins de la Direction générale de la Culture, « plutôt que d'une aide ou encore d'une participation dans le coût d'une recherche dont le résultat pouvait servir l'intérêt général » (P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, *op. cit.*, pp. 64-64 et les réf. citées).

À l'inverse, ne constitue pas un marché public le versement d'un subside à la rénovation d'une façade d'une propriété privée classée comme monument<sup>21</sup>. L'opération satisfait l'intérêt général, mais ne présente aucun intérêt économique direct pour l'autorité subsidiaire.

9. Le critère de la finalité n'est néanmoins pas toujours aussi simple à manier.

10. Tout d'abord, l'intérêt économique direct dans le chef de l'adjudicateur n'exclut pas que les bénéficiaires finaux des prestations soient des tiers au contrat, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait l'obligation – légale ou contractuelle – d'organiser ou de prendre en charge les prestations concernées<sup>22</sup>.

La Cour des comptes a par exemple sanctionné l'octroi de subventions à une société privée sans respecter le droit des marchés publics, alors que ces missions concrétisaient des obligations que l'autorité subsidiaire avait contractées à l'égard de l'Union européenne. La Cour note que l'usage du régime des subventions a eu pour effet de soustraire la société concernée du jeu de la concurrence pour la réalisation de prestations qui ressortissent d'un marché public de services<sup>23</sup>.

11. L'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur ne se confond néanmoins pas purement et simplement avec la poursuite de l'intérêt général.

La Cour de justice a en effet jugé que le fait pour un adjudicateur d'imposer des exigences visant à satisfaire des besoins d'intérêt général ne suffit pas à conclure à l'application de la législation sur les marchés publics<sup>24</sup>.

Dans le même sens, D. Renders et consorts exhortent à ne pas confondre les notions d'« intérêt public » et de « service public ». L'intérêt public couvre selon eux un champ de préoccupations plus étendu que le service public, à savoir « toutes les activités qui – aux yeux du pouvoir public institutionnalisant la subvention ou de la personne allouant celle-ci – présentent un effet avantageux à être promue »<sup>25</sup>.

12. Ce distinguo nous paraît néanmoins subtil, surtout dans les domaines artistique, culturel et sportif<sup>26</sup>, où un même objectif peut souvent être ren-

21. G. DEREAU *et al.*, *Le droit des marchés publics en Belgique. De l'article à la pratique*, p. 28.

22. B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », *op. cit.*, p. 105 ; C.E., 20 août 2019, n° 245.313, *Teralis*.

23. 22<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., 2010-2011, n° 314/1, pp. 110-111.

24. C.J.U.E., 25 novembre 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller*.

25. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, pp. 72.

26. P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », in G. KEUTGEN (dir.), *L'art et le droit*, coll. Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 183-185.

contré indifféremment au moyen d'une subvention ou d'un marché public (ou d'une concession)<sup>27</sup>.

Considérons par exemple la programmation d'un festival de musique. Un projet privé de festival peut bénéficier d'une subvention, l'autorité subsidiaire considérant que cet événement relève de l'intérêt général. L'organisation d'un tel festival peut néanmoins tout aussi bien s'inscrire dans le cadre d'un marché public (de services) commandé par une collectivité intéressée à l'accomplissement du service public de la culture<sup>28</sup>.

Dans la concrétude des faits, les deux situations sont sensiblement identiques : une personne privée organise un festival de musique et bénéficie pour ce faire de deniers publics.

Cet exemple illustre la difficulté de discerner l'action d'intérêt général qui bénéficie à l'autorité (parce qu'elle est nécessaire à son propre fonctionnement ou assure l'accomplissement du service public dont elle a la charge) de l'action d'intérêt général qui satisfait l'autorité, sans toutefois présenter d'intérêt économique direct pour celle-ci<sup>29</sup>.

13. En outre, la tendance au niveau européen, suivie au niveau national, consiste à utiliser les marchés publics en tant qu'instrument de politiques publiques ciblées (favoriser les PME, l'innovation, le développement durable, la relance économique, etc.)<sup>30</sup>.

27. S.L.C.E., avis n° 44.520/4 du 4 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'octroi aux opérateurs immobiliers d'une aide en vue de favoriser le montage, le développement et l'exécution d'opérations de partenariat, p. 5 : « Le fait que les marchés publics et les subventions permettent de poursuivre des objectifs similaires et répondent au respect des mêmes principes fondamentaux ne permet pas que leurs régimes juridiques puissent se substituer réciproquement » (références omises).

28. Voy. égal. le jugement du Tribunal administratif de Melun cité par P. NIHOUL, « Les marchés publics et les oeuvres d'art », *op. cit.*, p. 184 : le subventionnement d'un festival constitue un marché public dès lors que les conventions ont pour objet de confier aux associations concernées la promotion du département de Seine-et-Marne.

29. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, p. 81.

30. S. WAUTHIER, « La réforme des marchés publics : une éternelle procession d'Echternach ? », in *Marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 40 ; B. SJÄFJELL et A. WIESBROCK, « Why should public procurement be about sustainability ? », in B. SJÄFJELL et A. WIESBROCK (dir.), *Sustainable public procurement under EU law*, Cambridge, CUP, 2016, pp. 16 et s. ; P. KUNZLIK, « The 2014 Public Procurement Package. One-step forward and two back for Green and Social Procurement ? », in K. WAUTERS et I. MARIQUE (dir.), *EU Directive 2014/24 on public procurement*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 139-196.

Ces objectifs, auparavant qualifiés de « secondaires »<sup>31</sup>, renvoient aux fonctions dites « instrumentales »<sup>32</sup> ou « stratégiques » des marchés publics.

La poursuite de ces objectifs par le biais des marchés publics rend donc d'autant plus floue la distinction entre les activités privées d'intérêt général (en principe encouragées au moyen de subventions) et les besoins propres du pouvoir adjudicateur (rencontrés par la passation de marchés publics).

14. Dans les exemples qui précèdent, l'on pourrait nous opposer que la ligne de démarcation tient au fait que le marché public, contrairement à la subvention, tend à « rencontrer un besoin d'un pouvoir public dont il a pris l'initiative et moyennant un prix qui représente la contrepartie exacte du service rendu »<sup>33</sup>.

Ceci renvoie notamment au critère de l'initiative de l'activité (§ 2).

## §2. L'initiative de l'activité

15. Le critère de l'initiative de l'activité suppose d'examiner qui, de l'autorité publique ou de l'entité bénéficiaire du financement, a défini le projet ou l'activité en cause<sup>34</sup>.

Lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, le financement dont elle jouit est une subvention<sup>35</sup>.

À l'inverse, le droit des marchés publics (de même que celui des concessions<sup>36</sup>) implique la définition préalable des besoins par l'administration

31. Notamment par la Commission européenne dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (COM(2001) 566 final) et sa communication interprétative du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et la possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés (COM(2001) 274 final).

32. A. L. DURVIAUX, « Marchés publics et environnement : mise en perspective », in C. VERDURE (dir.), *Entreprises et protection de l'environnement*, Colloque de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2012, p. 45.

33. P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », *op. cit.*, p. 184.

34. C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », *op. cit.*, pp. 519-520 ; M.-A. FLAMME, « Subvention ou marché public, Compétence du juge judiciaire ou du Conseil d'État ? L'acte détachable arbitre du débat ? », *Entr. et Dr.*, 2006, p. 265.

35. Voy. C.E. fr., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1020 (à propos de subventions versées par la commune d'Aix-en-Provence à l'association du festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence).

36. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, pp. 63-64.

MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

elle-même. Le flux financier qui s'ensuit est alors la contrepartie de la réponse au besoin ainsi exprimé<sup>37</sup>.

16. Quelques exemples permettent d'illustrer cette distinction.

La subvention d'une commune à une association « Comité des fêtes » en vue de l'organisation d'une fête du livre n'est pas un marché public, car cette fête procède d'une initiative autonome dudit comité<sup>38</sup>.

Il en allait autrement dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du Conseil d'État de France du 26 mars 2008<sup>39</sup>. La région de La Réunion avait passé des conventions avec une société en vue de mener des actions de formations au profit de jeunes adultes. La haute juridiction a requalifié la subvention en marché public, en relevant que la région faisait réaliser ces prestations après avoir défini ses propres besoins au moyen d'un cahier des charges précis (objectifs, méthodes, contenus et évaluation des formations).

17. Il est fréquent que les collectivités publiques stimulent le développement d'initiatives privées d'intérêt général pour lesquelles elles accordent ensuite des subventions<sup>40</sup>.

Il devient alors malaisé de distinguer le simple incitant à agir d'une façon déterminée (qui conditionne l'octroi d'une subvention) de la définition d'un besoin au moyen d'un cahier spécial des charges (au sens où on l'entend en droit des marchés publics).

Ainsi, dans un récent avis à propos d'un avant-projet de décret qui autorisait le Gouvernement wallon à confier des missions de promotion de la santé à des instances agréées, la section de législation du Conseil d'État a rappelé que « la frontière qui existe entre un mécanisme de subvention et un mécanisme de marché public ou de concession de service est parfois ténue ». En particulier, « selon la nature de la mission confiée au centre et le degré de précision apportée par le Gouvernement dans la définition de celle-ci », la mise en œuvre du décret pourrait aboutir à une requalification de l'opération<sup>41</sup>.

18. En outre, les personnes publiques utilisent souvent l'appel à projets afin d'attribuer des subventions sur la base d'un processus de sélection plus transparent et moins discrétionnaire<sup>42</sup>.

37. O. GUÉZOU et S. MANSON, *Droit public et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 239.

38. C.A.A. Marseille, 20 juillet 1999, *A.J.D.A.*, 2000, pp. 226 et 222, cité par P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, *op. cit.*, pp. 63-64.

39. C.E. fr., 26 mars 2008, Région de La Réunion, n° 284412, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1152.

40. D. BATSELÉ et A. YERNA, *Manuel des marchés publics*, *op. cit.*, p. 150.

41. S.L.C.E., avis n° 64.879/4 du 4 février 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne modifiant le Code wallon de l'action sociale et de la santé en ce qui concerne la prévention et la promotion de la santé, p. 9.

42. O. GUÉZOU et S. MANSON, *Droit public et culture*, *op. cit.*, p. 240.

Dans certains cas, une telle sélection transparente pourrait même s'imposer en vertu des principes d'égalité et de non-discrimination<sup>43</sup>.

Au cours d'un tel processus d'appel d'offres en vue de l'octroi de subventions, le risque existe que la collectivité publique ne se contente pas de définir des orientations générales, mais fixe précisément le contenu des projets à lui soumettre. Ce faisant, elle acquiert en réalité des travaux, des services ou des fournitures qui répondent aux besoins qu'elle a elle-même définis<sup>44</sup>.

Ce risque de requalification est d'autant plus prégnant si la procédure d'octroi se conclut par la signature d'une convention (§ 3).

### §3. La nature contractuelle ou non de l'acte

19. La subvention trouve son fondement dans un acte législatif, qu'il s'agisse d'une loi ordinaire ou d'une loi budgétaire. Les conditions de cette subvention peuvent être complétées par arrêté. Ensuite, la décision d'octroi est en principe une décision unilatérale, sous la forme d'un arrêté<sup>45</sup>. Il s'agit de désigner le bénéficiaire, de mentionner le montant de l'intervention et les modalités de paiement, ainsi que les fins et les modalités de justification pour

43. En effet, si plusieurs candidats s'affrontent pour des fonds publics, une entité publique ne peut pas choisir arbitrairement l'un d'eux. Voy. C.C., 5 mars 1996, n° 13/96, B.3.5 : « C'est au législateur qu'il revient d'apprécier si et dans quelle mesure il est opportun d'accorder des subventions facultatives à certaines initiatives ou organisations privées qui présentent un intérêt social. Lorsque le législateur accorde pareilles subventions facultatives, il doit tenir compte à la fois de la qualité des personnes physiques ou morales qui en seront bénéficiaires et de la nature des subventions.

Le législateur violerait cependant les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination s'il choisissait arbitrairement le ou les bénéficiaires de ces subventions ».

Dans le même sens, voy. l'avis de la S.L.C.E. n° 44.520/4 du 4 juin 2008 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'octroi aux opérateurs immobiliers d'une aide en vue de favoriser le montage, le développement et l'exécution d'opérations de partenariat, p. 5.

Aux Pays-Bas, la jurisprudence administrative a dégagé une obligation d'utiliser un tel dispositif à chaque fois que les subventions à octroyer sont « rares » (voy. la jurisprudence citée par J.E. VAN DEN BRINK et L.W. VERBOEKET, note sous C.J.U.E., 18 octobre 2018, aff. C-606/17, *IBA Molecular Italy*, *AB Rechtspraak Bestuursrecht*, 2019/319, p. 2198).

À l'inverse, dans l'affaire T-356/15 abordée plus loin dans cette contribution, le Tribunal a jugé que « les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence n'exigent pas nécessairement qu'un appel d'offres pour un projet déterminé soit lancé (...). Ils ne limitent donc pas le droit d'un État membre de choisir entre un marché public et l'octroi d'une subvention visant à inciter des entreprises à réaliser un objectif d'intérêt public déterminé (T.U.E., 12 juillet 2018, aff. T-356/15, *Autriche c. Commission européenne*, pt 687).

44. C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », *op. cit.*, p. 524.

45. D. BATSELÉ et A. YERNA, *Manuel des marchés publics*, *op. cit.*, p. 150 ; J. DE BEYS, B. GORS et C. THIEBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 274 et s.

MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

lesquelles la subvention est accordée<sup>46</sup>. Une prestation doit certes est réalisée en vue d'obtenir le subside, mais cette prestation n'est pas juridiquement contraignante : si le subside n'est pas utilisé aux fins promises, alors ce subside doit seulement être remboursé par le bénéficiaire<sup>47</sup>.

Un marché public n'est quant à lui pas un acte unilatéral : c'est un contrat conclu au terme d'une procédure étroitement codifiée par la loi sur les marchés publics et ses arrêtés d'exécution.

20. La mise en œuvre du critère distinctif « contrat/acte unilatéral » est néanmoins devenue plus confuse ces dernières années, de plus en plus de subventions donnant lieu à la conclusion de conventions qui précisent, voire remplacent l'arrêté d'octroi<sup>48</sup>.

Ces contrats de subventionnement définissent l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation du financement. Ils doivent donc en principe être compris comme le mode d'exécution de la décision unilatérale, et n'en réduisent pas la portée initiale<sup>49</sup>.

Néanmoins, l'autorité subsidiaire peut à cette occasion être tentée de fixer des obligations précises en termes de contenu de l'activité attendue, ce qui pourrait être considéré comme la définition d'un besoin propre aux marchés publics.

La Cour des comptes préconise par conséquent d'abandonner, pour l'octroi des subventions, la forme de la convention et de généraliser celle de l'arrêté d'octroi<sup>50</sup>.

21. La forme contractuelle conférée à la dépense ne permet néanmoins pas de conclure d'office à l'existence d'un marché public.

Ainsi, la Cour des comptes a observé que lorsque la Région wallonne offre un soutien financier à l'organisation de rallyes automobiles internationaux, avec apposition du logo de la Région sur les supports de l'événement, cette

46. C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », *op. cit.*, p. 521.

47. D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, p. 73.

48. O. GUÉZOU et S. MANSON, *Droit public et culture*, *op. cit.*, p. 240 ; D. BATSELÉ et A. YERNA, *Manuel des marchés publics*, *op. cit.*, p. 150 ; J. DE BEYS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, pp. 290 et s. (ces derniers auteurs estimant qu'une subvention est par nature un acte unilatéral et ne peut pas être directement octroyée par le biais d'une convention ; le recours au contrat devrait par conséquent demeurer accessoire à la décision unilatérale d'octroi).

49. G. DEREAU *et al.*, *op. cit.*, p. 30 et la jurisprudence citée.

50. 25<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., sess. ord. 2013-2014, n° 922/1, p. 81.

intervention ne constitue pas un marché mais une aide, en dépit de la forme contractuelle donnée à la dépense<sup>51</sup>.

22. Il semble donc qu'il faille s'intéresser non seulement à l'existence d'un contrat, mais surtout à son caractère onéreux (§ 4).

#### §4. La valeur de la contrepartie

23. Un marché public est un contrat à titre onéreux : le prix payé est la contrepartie directe des prestations dont bénéficie l'adjudicateur<sup>52</sup>.

La subvention, quant à elle, ne couvre en général pas l'intégralité du coût des prestations ou des activités financées. La collectivité publique ne profite pas directement de la prestation qu'elle finance, de sorte que la subvention est versée « à fonds perdus »<sup>53</sup>.

24. Ainsi, dans l'arrêt du Conseil d'État de France du 26 mars 2008 déjà cité<sup>54</sup>, la requalification en marché public reposait également sur la circonstance que la contribution financière versée par la région prenait en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations.

De la même façon, la section de législation du Conseil d'État a constaté que l'auteur d'un avant-projet de décret entendait charger un organisme de droit privé d'accomplir des missions au profit de la Région wallonne contre une rémunération prenant notamment la forme d'une « subvention » dont le montant sera en définitive déterminé par le « besoin en subvention » que l'organisme privé prestataire du service aura identifié dans sa candidature. La section de législation estime qu'une telle figure juridique correspond à l'attribution déguisée d'un marché public<sup>55</sup>.

25. Pour emporter la qualification de marché public, le montant versé par l'adjudicateur doit-il néanmoins être la « contrepartie exacte »<sup>56</sup> du service rendu ?

51. 21<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., sess. ord. 2009-2010, n° 27/1, p. 108.

52. Y. MUSSCHEBROECK, *op. cit.*, pp. 731-751 ; D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, pp. 81-82 ; P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, *op. cit.*, p. 62

53. J. SALMON, *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 1976, cité par C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », *op. cit.*, p. 518 ; G. DEREAU *et al.*, *op. cit.*, p. 28.

54. C.E. fr., 26 mars 2008, Région de La Réunion, n° 284412, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1152.

55. S.L.C.E., avis n° 43.526/4 du 30 janvier 2008 sur un avant-projet de décret portant diverses mesures relatives aux établissements d'hébergement touristique, aux attractions touristiques et aux itinéraires touristiques balisés, p. 14.

56. P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », *op. cit.*, p. 184 ; P. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, *op. cit.*, pp. 50-51.

MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

La jurisprudence européenne semble répondre par la négative.

Ainsi, la Cour a jugé qu'un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu<sup>57</sup>.

Certains auteurs en avaient déjà déduit que l'ampleur de la contreprestation n'a pas d'incidence sur le caractère onéreux du contrat<sup>58</sup>.

26. La Cour l'a récemment confirmé dans une affaire *IBA Molecular Italy*<sup>59</sup>. Les faits peuvent en être résumés comme suit.

Le service de santé de la région italienne de Vénétie et l'hôpital Dell'Angelo avaient attribué directement et sans mise en concurrence préalable un marché public de fourniture du médicament « 18-FDG » à l'hôpital privé Sacro Cuore, pour trois ans. Le contrat prévoit que le Sacro Cuore doit fournir le médicament gratuitement aux neuf hôpitaux publics régionaux, ces derniers ne devant rembourser que les frais de livraison.

La région de Vénétie verse au Sacro Cuore une subvention de 700.000 euros intégralement affectée à la production du médicament.

IBA, le concessionnaire exclusif du médicament 18-FDG en Italie, s'est opposé au contrat et au subside ainsi octroyés à l'hôpital Sacro Cuore. Débouté en première instance, IBA a porté le litige devant le Conseil d'État italien, qui a interrogé la Cour à titre préjudiciel quant au caractère onéreux du contrat.

Nonobstant sa qualification de « subvention », la Cour note que le caractère onéreux du contrat « ne fait aucun doute »<sup>60</sup>.

Il ressort selon elle du sens juridique habituel des termes « à titre onéreux » que ceux-ci désignent un « contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre »<sup>61</sup>.

Par conséquent, un contrat prévoyant un échange de prestations relève de la notion de marché public « même lorsque la rémunération prévue est limitée au remboursement partiel des frais encourus pour fournir le service convenu »<sup>62</sup>.

Dans l'affaire considérée, l'appréciation du caractère onéreux du contrat de fourniture du médicament doit donc tenir compte de la contrepartie

57. C.J.U.E., 19 décembre 2012, aff. C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, pt 29 ; C.J.U.E., 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock*, pt 31.

58. B. CAMBIER, P. LAGASSE et A. PATERNOSTRE, « Le champ d'application personnel et matériel de la nouvelle loi sur les marchés publics », *op. cit.*, p. 108.

59. C.J.U.E., 18 octobre 2018, aff. C-606/17, *IBA Molecular Italy*.

60. Pt 26.

61. Pt 28.

62. Pt 29.

versée au moyen d'une subvention<sup>63</sup>. Un tel contrat est conclu à titre onéreux « quand bien même les coûts de fabrication et de distribution dudit produit ne seraient pas entièrement compensés par cette même subvention ou par les frais de livraison susceptibles d'être facturés auxdites administrations »<sup>64</sup>.

27. S'appuyant sur la jurisprudence précitée, l'avocat général Bobek a récemment résumé comme suit le courant dominant d'interprétation du critère d'onérosité<sup>65</sup> :

« 54. Premièrement, la nature de la contrepartie, inhérente à la condition d'onérosité, qui est octroyée par le pouvoir adjudicateur peut emprunter des formes autres qu'un prix payé en argent. Il n'y a donc pas nécessairement besoin d'un transfert d'une somme d'argent. D'autres types de paiements, y compris de nature non monétaire, sont envisageables.

55. Deuxièmement, la contrepartie doit *présenter une certaine valeur économique sans devoir toutefois exactement correspondre à la valeur des biens ou services fournis*. Dès lors, le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire peuvent se mettre d'accord sur la possibilité d'effectuer le paiement sous différentes formes, à condition que celles-ci aient une valeur économique claire.

56. Troisièmement, la nature et le contenu de la contrepartie dont doit s'acquitter le pouvoir adjudicateur doivent ressortir du contrat en tant qu'obligation juridique directe et exécutoire découlant de ce contrat. C'est dans ce cadre-là que je comprends la référence de la Cour ainsi que celle de l'avocat général Mengozzi à la nature synallagmatique du marché public se traduisant dans la *création d'obligations juridiquement contraignantes pour les deux parties au contrat*<sup>66</sup>.

57. Aussi, afin de déterminer si le contrat comporte une contrepartie (et, par la suite, si la condition d'onérosité prévue à l'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 est satisfaite), je suis d'avis que *le point focal de l'analyse n'est pas la somme exacte d'argent inscrite au contrat*. Il s'agit plutôt de savoir si, sur la base de ce contrat, les deux parties contractantes se trouvent enfermées dans un rapport d'obligations juridiques réciproques que chacune peut faire exécuter à l'égard de l'autre et dans le cadre desquelles *le pouvoir adjudicateur fournit au moins une contrepartie claire et précise de nature économique*. »

63. Pt 30.

64. Pt 31.

65. Concl. av. gén. BOBEK du 28 mai 2020 dans l'affaire C-367/19, *Tax-Fin-Lex* (nous soulignons). La Cour n'a pas encore rendu son arrêt dans cette affaire.

66. Note originelle : « Voir arrêt du 21 décembre 2016, *Remondis* (C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985, pt 43), qui a lui-même suivi les conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Remondis* (C-51/15, ECLI:EU:C:2016:504, pt 36). Voy. note en bas de page 16 des présentes conclusions ».

## MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

L'avocat général en conclut que l'onérosité du contrat ne découle pas de la nature exacte de la contrepartie, mais de l'existence d'un contrat synallagmatique, c'est-à-dire d'obligations réciproques précises et exécutoires.

Déjà en 2016<sup>67</sup>, puis plus récemment en 2020<sup>68</sup>, la Cour a confirmé que le caractère synallagmatique du contrat est une caractéristique essentielle d'un marché public.

**28.** Une récente affaire tranchée par le Tribunal de l'Union européenne mérite également d'être mentionnée en lien avec ce critère synallagmatique.

Cet arrêt a trait au projet britannique visant à subventionner la construction et l'exploitation d'une nouvelle centrale nucléaire à Hinkley Point dans le Somerset. Le Tribunal de l'Union européenne a dû se prononcer sur l'argument de la République d'Autriche qui soutenait que l'opération constituait en réalité un marché public ou une concession<sup>69</sup>.

Le Tribunal a rejeté cet argumentaire après avoir constaté que le contrat en cause ne permet pas au Royaume-Uni d'exiger de l'entreprise concernée ni qu'elle construise la nouvelle centrale, ni qu'elle fournisse de l'électricité. Le contrat n'établit aucune exigence spécifique, ni en ce qui concerne les travaux à effectuer, ni en ce qui concerne l'électricité à fournir. Le Tribunal en déduit que le contrat ne vise pas à couvrir un besoin concret du Royaume-Uni en tant que pouvoir adjudicateur. Au contraire, le Royaume-Uni se contente, par cette subvention, d'inciter l'entreprise et ses investisseurs à réaliser l'objectif d'intérêt public visé par cet État membre, à savoir la création de nouvelles capacités de production d'énergie nucléaire.

### Section 3. Tentative de synthèse et perspectives

**29.** Le processus de catégorisation juridique s'appuie sur la réalité, mais s'en détache par une nécessaire abstraction<sup>70</sup>.

Ce mécanisme d'abstraction est par essence imparfait, ce dont atteste la distinction entre les subventions et les marchés publics.

67. C.J.U.E., 21 décembre 2016, aff. C-51/15, *Remondis*, pt 43.

68. C.J.U.E., 28 mai 2020, aff. C-796/18, *ISE*, pt 40 ; C.J.U.E., 18 juin 2020, aff. C-328/19, *Porin kaupunki*, pt 47.

69. T.U.E., 12 juillet 2018, aff. T-356/15, *Autriche c. Commission européenne*, pts 636-676. Cette affaire fait l'objet d'un pourvoi dans le Cour (aff. C-594/18 P).

70. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, p. 167.

En effet, à bien y réfléchir, aucun des critères distinctifs présentés ci-avant n'est entièrement satisfaisant :

- un marché public et une subvention peuvent en pratique rencontrer des objectifs similaires d'intérêt général, qui présentent un intérêt économique plus ou moins marqué pour la collectivité publique concernée ;
- l'autorité subsidiaire détermine de façon plus ou moins précise l'objet de la subvention, et organise le cas échéant un appel à projets, de sorte qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier qui, de l'autorité ou du bénéficiaire, en a pris l'initiative et en a défini les contours ;
- la circonstance que le montant versé par l'autorité ne corresponde pas à la valeur du service rendu n'est, au regard de la jurisprudence récente, pas déterminante ;
- le fondement législatif de la subvention n'est pas exclusif de la qualification de marché public, surtout lorsque l'octroi de la subvention s'accompagne de la conclusion d'une convention.

30. Il ne faudrait certes pas en déduire que toutes les subventions se trouvent dans une zone grise.

Il s'agit davantage d'un *continuum* entre les opérations qui sont à coup sûr des marchés publics, et celles qui n'en sont certainement pas<sup>71</sup>.

Du côté des marchés publics, l'on peut à cet égard placer :

- les travaux, services ou fournitures qui entrent dans le patrimoine propre de la personne publique, de telle sorte que l'intérêt économique direct de celle-ci est évident ;
- les actions qui, sans entrer dans le patrimoine de l'auteur du paiement, correspondent néanmoins à une obligation contractuelle ou légale qui lui incombe ;
- les projets mis en oeuvre sur l'initiative de l'auteur du paiement, sans marge d'appréciation du bénéficiaire quant aux modalités d'action, et moyennant une somme d'argent qui couvre l'essentiel, voire l'intégralité du coût des prestations.

Il est au contraire des hypothèses où la subvention n'entretient aucune affinité particulière avec les marchés publics, en particulier lorsque la somme d'argent est versée par l'autorité subsidiaire à un bénéficiaire qui

71. Voy. égal. la grille d'analyse en deux tests proposée par D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », *op. cit.*, pp. 82-83. Le premier test préconisé par ces auteurs demeure à notre sens pertinent. En revanche, le second test, qui repose notamment sur le degré de correspondance entre la somme payée et le coût de l'action, est sujet à caution au vu de la jurisprudence *IBA Molecular Italy*.

MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

est l'initiateur du projet et qui en définit librement les modalités de mise en oeuvre en dehors de toute relation contractuelle.

31. Entre ces deux extrêmes, les critères distinctifs rappelés *supra* peuvent être appliqués, en espérant qu'il s'en dégage un faisceau d'indices en faveur de l'une ou l'autre qualification.

À la lecture de l'arrêt *IBA Molecular Italy*, il est fort à parier que la balance penche de plus en plus souvent en faveur de la qualification de marché public. En effet, à suivre cette jurisprudence, est un marché public toute subvention formalisée par un contrat par lequel le bénéficiaire s'engage vis-à-vis de l'autorité à réaliser des prestations déterminées, quelle que soit la hauteur de la compensation versée en contrepartie par cette autorité, et même si les services prestés bénéficient *in fine* à des tiers<sup>72</sup>.

Ce faisant, le droit belge des subventions apparaît comme phagocyté par le droit européen des marchés publics, dont le pouvoir d'attraction sur tous les contrats publics n'est plus à démontrer<sup>73</sup>.

32. Invités par la Cour des comptes à lever toute ambiguïté quant à la nature exacte de leur intervention<sup>74</sup>, les pouvoirs publics seraient bien inspirés d'octroyer leurs subventions de façon totalement unilatérale, en laissant autant que possible l'entité subsidiée déterminer les contours des tâches d'intérêt général à réaliser.

À l'inverse, lorsque les missions à accomplir sont étroitement liées aux compétences dont l'autorité est investie, il est logique que celle-ci définisse un cahier des charges précis et formalise les engagements des parties dans un contrat qui, vraisemblablement, sera qualifié de marché public.

33. En cas de doute sur la nature de son intervention, l'autorité subsidiante pourrait être tentée, par prudence, d'octroyer les subsides suivant un appel à projets ou une autre procédure concurrentielle proche de celle applicable à un marché public.

Une telle démarche serait certainement louable en termes de transparence et d'égalité entre les porteurs de projet intéressés.

72. J.E. VAN DEN BRINK et L.W. VERBOEKET, *op. cit.*, p. 2201.

73. M. VANDERSTRAETEN, « Le nouveau régime des concessions de travaux et de services », in *Chronique des marchés publics 2017-2018*, Bruxelles, EBP, 2018, p. 356.

74. 21<sup>e</sup> cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc. parl.*, Parl. w., sess. ord. 2009-2010, doc. n° 27/1, p. 108 : « de telles ambiguïtés doivent être levées par des éléments objectifs, précis et vérifiables permettant de déterminer la nature exacte de l'intervention, afin de respecter les caractères logiques des catégories juridiques de subventions et de marchés publics et d'appliquer la législation y afférente ».

Il n'est néanmoins pas certain qu'elle suffise à désamorcer le risque « marché public »<sup>75</sup>. La réglementation des marchés publics organise en effet des procédures d'attribution détaillées, reposant sur de multiples formalités de publicité, de délais, de sélection qualitative, de contrôle des prix, d'annonce des critères d'attribution, etc. Des règles uniformes spécifiques encadrent également l'exécution des marchés publics. Un simple appel à projets est donc nécessairement moins formaliste<sup>76</sup>.

En Belgique, la jurisprudence n'a à notre connaissance jamais été saisie de cette question. Il semble néanmoins inévitable qu'un demandeur de subside évincé fasse tôt ou tard l'argument que la subvention octroyée à un projet concurrent constitue un marché public déguisé. Il sera d'autant plus tenté de saisir le juge de cette polémique que le droit des marchés publics, au contraire de celui des subventions, offre un régime de protection juridictionnelle rapide et efficace. Il pourra en particulier actionner un recours en suspension dont l'extrême urgence sera – si son argumentaire « marché public » est accueilli<sup>77</sup> – légalement présumée<sup>78</sup>. Plus en aval, il pourrait tenter d'obtenir l'annulation – ou la « déclaration d'absence d'effets » si l'on est

75. J.E. VAN DEN BRINK et L.W. VERBOEKET, *op. cit.*, p. 2201.

76. Notons cependant que le droit des marchés publics organise un régime sensiblement plus souple à l'égard des « services sociaux et autres services spécifiques », parmi lesquels on retrouve les services éducatifs, culturels, religieux, communautaires, etc. (art. 88 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et annexe III). Dans ces domaines, il est permis de recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 750.000 euros (art. 89, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 17 juin 2016). Dans une telle hypothèse, la différence est moins marquée entre une procédure formalisée de marché public et une procédure d'appel à projets en vue de l'octroi de subventions.

77. La recevabilité du recours est donc liée au fond. Par analogie, il peut être renvoyé aux affaires où des requérants estiment qu'une opération a indûment été qualifiée de concession de services, alors qu'il s'agissait selon eux d'un marché public : C.E., 14 février 2017, n° 237.379 et notre commentaire « Le Conseil d'État précise la ligne de démarcation entre la notion de concession de services et celle de marché public de services », *A.P.T.*, 2017/1-2, pp. 95-97. Pour une autre tentative (manquée) de requalification d'une concession, voy. C.E., 20 août 2019, n° 245.313, *Teralis*. À l'inverse, dans l'affaire *Fedimmo* (C.E., 23 octobre 2018, n° 242.755), le requérant a obtenu la requalification d'un contrat de bail en marché public, de sorte que l'extrême urgence de son recours a pu être présumée sur la base de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (*Entr. et dr.*, 2019/2, pp. 129-159 et note M. SCHOUPS, K. LEMMENS et J. ADRIAENSSENS, « De huur van bestaande of nog te richten gebouwen... Risico op herkwalificatie als overheidsopdracht voor werken ? » ; *T.B.O.*, 2019/3, pp. 233-239 et note N. KIEKENS et L. BEVERNAEGE, « Wanneer wordt de delicate grens van de kwalificatie als overheidsopdracht overschreden in het kader van een vastgoed-PPS ? »).

78. Art. 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

## MARCHÉS PUBLICS ET SUBVENTIONS : LA *MINIMA DIVISIO* ?

---

au-dessus des seuils de publicité européenne<sup>79</sup> – de la convention de subventionnement conclue en violation du droit des marchés publics<sup>80</sup>.

Sur le fond, le plaideur ne manquera pas de souligner, par référence à la jurisprudence européenne, le caractère toujours moins *summa* de la *divisio* entre marché public et subvention.

La question n'est donc plus de savoir si le funambule chutera, mais quand.

---

79. Art. 17 à 21 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

80. Voy. J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, « Les régimes de nullité des marchés publics », in P.-O. DE BROUX, B. LOMBAERT, T. LÉONARD et J. VAN MEERBEECK (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 363-406.