



UCL Université catholique de Louvain  
Faculté de droit et de criminologie

## **Les marchés publics à l'aune des subventions**

Comparaison matérielle et procédurale de ces moyens d'action de l'administration

**Mémoire réalisé par :**

Laurent Montes-Ortega

**Promoteur :**

Kris Wauters

## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## **Introduction**

L'importance des marchés publics au sein de notre économie n'est plus à démontrer<sup>1</sup>. Cette importance explique en grande partie l'intérêt à agir de l'Union européenne dans cette matière et la vague propagation de règles européennes régissant notamment leur attribution au sein de notre ordre juridique belge. La réglementation n'a d'autres objectifs que d'assurer l'effectivité au moment de la passation des marchés publics de principes aussi fondamentaux que la concurrence, la transparence et l'égalité.

Face aux contraintes grandissantes au niveau de la passation des marchés publics, certaines autorités publiques peu scrupuleuses imaginèrent de déguiser les marchés publics en subventions, et plus précisément en raison de leurs similitudes matérielles avec les marchés publics, aux contrats de subvention au sens strict dont l'utilisation par les pouvoirs subsidiaires est de plus en plus fréquente.

La plus grande marge de liberté dans le choix du cocontractant est, sans nul doute, la première motivation de ce désir de déguiser leurs marchés publics en subvention. L'objectif de cette étude sera de démontrer que malgré leurs nombreuses ressemblances, il est possible de les distinguer aussi bien matériellement que procéduralement.

Pour ce faire, nous commencerons par analyser de façon autonome la subvention et le marché public afin de bien comprendre ce que recourent ces notions (**PARTIE I**)

Ensuite, nous nous consacrerons à une comparaison matérielle des subvention et marché public dans le but de mettre en exergue leurs principales différences et le critère de distinction décisif que constitue l'initiative du projet (**PARTIE II**)

Enfin, nous nous intéresserons à quelques règles procédurales d'octroi/ d'attribution de ces deux concepts dont nous soulignerons les ressemblances et divergences (**PARTIE III**).

---

<sup>1</sup> Les marchés publics constituent 16 % environ du PIB de l'UE. En Belgique, ils représentent plus de 14% du PIB.

## **Partie I : L'analyse des concepts de subvention et de marché public**

Aux fins de bien cerner l'étude comparative entre marché public et subvention, il est indispensable d'analyser ces deux notions de façon autonome. Dès lors, nous présenterons d'abord la subvention (**chapitre 1**) avant de nous attaquer au marché public (**chapitre 2**)

### **Chapitre 1: La subvention**

La subvention est une allocation d'argent à fonds perdus (**section I**), accordée par les personnes morales de droit public (**section II**) à des bénéficiaires- personne morales de droit public et privé ainsi que des particuliers- (**section III**) dans le but de stimuler l'expansion d'activités jugées utiles à l'intérêt général (**section IV**). Elle trouve sa source dans une disposition légale ou réglementaire qui en définit les conditions d'octroi<sup>2</sup> (**section V**).

#### **Section I. L'allocation d'argent à fonds perdus. L'objet de la subvention**

Le premier trait caractéristique de la subvention est d'être une remise d'une somme d'argent (§1) sous forme d'un décaissement définitif<sup>3</sup> (§2).

##### *§1. Une aide financière*

A suivre la Cour d'appel de Bruxelles confirmant le point de vue de la majorité des auteurs<sup>4</sup>, la subvention est une " somme d'argent versée à fonds perdus (...) "<sup>5</sup>. Sans doute, la Cour ne s'est-elle pas référée à l'étymologie du mot signifiant " fonds accordés pour subvenir" par hasard.

Le côté financier fait partie, d'après certains auteurs, de l'essence même de la subvention<sup>6</sup>. Cette affirmation a pour conséquence de ne pas inclure les aides en nature dans la définition de la

---

<sup>2</sup> N. VAN DER MAREN, "Les subventions des pouvoirs publics", in *Guide droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer DIMM 60 (octobre 2010), p. 17; J. SALMON, *Les subventions*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p.24; D.RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, " La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aides d'Etat", in *Les subventions* sous la dir. de D. RENDERS, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 12.

<sup>3</sup> D.RENDERS, T.BOMBOIS et L.VANSNICK, *op. cit.*, p. 12.

<sup>4</sup> Voy. la note infrapaginale n°1.

<sup>5</sup> Bruxelles, 14 avril 1994, R.G. 93KR548, [http:// www.juridat.be](http://www.juridat.be)

<sup>6</sup> M. DAERDEN et W. DUMAZY, *Les finances publiques de la nouvelle Belgique fédérale*, Bruxelles, Ed. Labor, 1992, p. 51.

subvention<sup>7</sup>.

Ainsi, la forme financière de la subvention a pour avantage certain de faciliter le fonctionnement du bénéficiaire ; l'argent étant l'intermédiaire d'échange qui procurera ce dont le subventionné a besoin pour mener à bien sa tâche d'intérêt général<sup>8</sup>.

## §2. Une allocation d'argent "à fonds perdus"

Si la subvention nécessite une intervention financière encore faut-il qu'elle adopte la forme d'un décaissement (A) définitif (B).

### A. Un décaissement

La notion de décaissement signifie que l'intervention pécuniaire devra provenir immédiatement des caisses du Pouvoir. Autrement dit, une inscription au budget des crédits nécessaires à la subvention sera requise et au moment de son octroi la comptabilité publique devra enregistrer la répercussion financière comme ayant fait l'objet d'un décaissement<sup>9</sup>.

### B. Un décaissement définitif

Le décaissement définitif de l'aide financière est mieux connu, auprès de la doctrine, sous l'appellation d'allocation d'argent "à fonds perdus"<sup>10</sup>. Cette expression insinue le côté irréversible de la contribution financière.

Notons, cependant qu'il existe des situations où l'allocataire d'une subvention se verra dans l'obligation de la rembourser immédiatement. En effet, le bénéficiaire de la subvention qui ne respecte pas les conditions d'octroi de la subvention ou n'utilise pas la subvention dans le but pour lequel elle a été accordée voire fait obstacle au contrôle de l'emploi des sommes allouées verra la

---

<sup>7</sup> V. CRABBE, "La journée administrative de Maestricht", *R.I.S.A.*, 1952, pp 284 et 287.

<sup>8</sup> B. KISTLER, *Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1956, cité par D.RENDERS, T.BOMBOIS et L.VANSNICK, *op. cit.*, p. 16.

<sup>9</sup> D.RENDERS, T.BOMBOIS et L.VANSNICK, *op. cit.*, p.21.

<sup>10</sup> J. SALMON, *Les subventions*, *op. cit.*, pp. 26-27; H. DESTERBECQ- FORBELETS, "Le contrôle externe de l'octroi des aides étatiques aux entreprises privées en Belgique", *A.P.T.*, 1978-1979, pp. 277-278; Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique. Interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 4ème éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 284; N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p.20.

subvention perdre son caractère "définitif" et , par conséquent, sera contraint de la restituer<sup>11</sup>.

## **Section II. Les pouvoirs subsidants**

Partie intégrante de la définition de la subvention, les pouvoirs subsidants (§.1) doivent à présent être abordés; nous verrons qu'à cette occasion ils ne peuvent octroyer de subventions que pour les activités qui ressortent de leurs compétences (§.2)

### *§1. Personne de droit public et de droit privé*

Moyennant le respect de la Constitution, des traités internationaux et de certains principes, chaque personne morale de droit public<sup>12</sup> peut, dans les limites de ses compétences, mettre en place des mécanismes de subventionnement et consentir des subventions<sup>13</sup>.

A l'inverse des personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public exercent uniquement des missions de service public et l'atteinte de l'intérêt général doit être leur seul leitmotiv<sup>14</sup>.

On notera, cependant, que certaines personnes morales de droit privé qui sont elles-mêmes subventionnées par les pouvoirs publics, peuvent également octroyer des subventions même si cela s'avère relativement rare<sup>15</sup>.

### *§2. Répartition des compétences*

Moyennant une intervention législative (cf. *infra*), chaque personne morale de droit public peut

---

<sup>11</sup> J. SALMON, *op. cit.*, p.26; Ph. QUERTAINMONT, "Les contrôles financiers", in *Les contrôles administratifs et financiers*, Rev. dr. ULB, 2008/ 37, pp. 30-31; N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 20.

<sup>12</sup> Selon le Conseil d'Etat, une personne de droit public est une personne – peu importe la forme (association, fondation,...) qu'elle emprunte- qui doit avoir été créée par les gouvernants, être placée sous leur haute direction et disposer de prérogatives dites de "puissance publique" aux fins de donner satisfaction à un intérêt public ( C.E., 11 février 1998, S.A. Travaux et crts, n° 71.154) Parmi les personnes de droit public, on trouve pour l'essentiel, au regard de la définition donnée, l'autorité fédérale, les communautés, les régions, mais aussi les collectivités décentralisées, les organismes d'intérêt public; et de façon plus exceptionnelle, il ne faudra pas oublier certaines A.S.B.L.

<sup>13</sup> S. BEN MESSAOUD, Ph. BOUVIER, L. GALLEZ et N. VAN DER MAREN, "Le régime d'institutionnalisation", in *Les subventions* sous la dir. de D. RENDERS, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 165.

<sup>14</sup> C.A., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, B.7.2.; C.A., arrêt n° 31/2007 du 21 février 2007.

<sup>15</sup> Voy. loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, M.B., 25 juin 2003, art.11 ( ci-après loi du 16 mai 2003) .

instituer un mécanisme de subventionnement et octroyer des subventions pour autant qu'elle respecte le système complexe de répartition des compétences qui prédomine en Belgique et reste dans sa sphère de compétences<sup>1617</sup>.

Cela implique que le pouvoir de consentir des subventions de l'État fédéral, des communautés et des régions, par exemple, est attaché à la compétence matérielle à laquelle ces moyens financiers sont affectés sous la réserve des dérogations possibles envisagées par la Constitution ou la loi spéciale<sup>18</sup>.

De cette façon, les régions sont compétentes pour accorder des subventions et en réglementer l'octroi pour des matières comme l'aménagement du territoire, le logement et l'urbanisme<sup>19</sup>, le patrimoine<sup>20</sup>, la protection de la nature et de l'environnement<sup>21</sup>, les travaux publics etc...

Pour leur part, les communautés sont compétentes pour attribuer des subventions en matière culturelle et d'enseignement principalement.

On ne négligera pas au passage l'apport aussi bien européen<sup>22</sup> que communal<sup>23</sup> et provincial qui sont des soutiens de premier ordre mais, faut-il le dire, n'égalant pas le subventionnement des communautés et des régions.

### **Section III. Le bénéficiaire de la subvention**

Mise à part le pouvoir dispensateur, le bénéficiaire d'une subvention peut être toute personne, qu'elle soit juridique ou physique. De son côté, la loi ne précise pas à qui une subvention peut être imputée<sup>24</sup>. La pratique nous enseigne que les bénéficiaires en puissance de subventions sont les personnes morales de droit public (§1) et les associations (§2)

---

<sup>16</sup> S. BEN MESSAOUD, Ph. BOUVIER, L. GALLEZ et N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 169.

<sup>17</sup> C.A., arrêt n° 63/2005 du 23 mars 2005.

<sup>18</sup> P. NIHOUL, M. JOASSART et E. WILLEMART, " Le Conseil d'Etat - Chronique de jurisprudence 2008", *Rev.b. d. const.*, 2009, p. 335.

<sup>19</sup> Voy., par exemple, le COBAT, art. 249.

<sup>20</sup> Voy., notamment, le CWATUPE, art 192 et suiv.

<sup>21</sup> Arrêté du Gouvernement wallon du 30 avril 2009 relatif aux indemnités et subventions dans les sites Natura 2000, *M.B.*, 14 juillet 2009.

<sup>22</sup> Règlement ( CE) n° 1080/ 2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif au Fonds européen de développement régional et abrogeant le règlement ( CE) n° 1783/ 1999, *J.O.U.E. L 210/1* du 31 juillet 2006.

<sup>23</sup> C.W.A.D.E.L., L. 3331-1 et suiv.

<sup>24</sup> Voy., par exemple, la loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, *M.B.*, 25 juin 2003.

## §1. *Bénéficiaire public*

Dans cette hypothèse-ci, les subventions sont allouées par les personnes morales de droit public supérieures( Etat et collectivités fédérées) aux personnes morales de droit public subordonnées (communes, provinces, intercommunales, CPAS, agglomération de communes ou encore commission communautaire en tant qu'entité décentralisée) qui, par conséquent, représentent l'idéal-type du bénéficiaire public. Dès lors, les pouvoirs locaux peuvent se voir consentir des subventions pour soutenir des projets particuliers, en plus des dotations<sup>25</sup> versées par l'entité dont ils dépendent.

Les subventions, à l'inverse des dotations, obligent leur bénéficiaire à les employer aux fins pour lesquelles elles sont attribuées et de motiver leur utilisation<sup>26</sup>.

## §2. *Bénéficiaire associatif*

Il existe essentiellement deux types de bénéficiaires associatifs d'une part les associations de droit public et d'autre part, les associations de droit privé.

Les associations de droit public c'est-à-dire les organismes de droit public sont celles où le pouvoir subsidiant est incorporé. Leur composition est majoritairement faite de personnes de droit public auxquelles s'ajoutent de temps à autre des personnes de droit privé et leur but est de gérer, en principe, en toute autonomie un service public déterminé.

A côté, il existe les associations de droit privé, c'est-à-dire le plus souvent les A.S.B.L. créées par la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif<sup>27</sup>.

## **Section IV. Action jugée utile pour la poursuite de l'intérêt public**

Si la subvention est la remise d'une somme d'argent à titre définitif, cela ne veut pas dire qu'elle se fait sans contrepartie pour le bénéficiaire. Ce dernier devra, en effet, s'acquitter d'une action initiée par lui (§1), en principe à venir (§2) et promouvant l'intérêt public (§3).

---

<sup>25</sup> Les dotations consistent en l'ensemble des transferts financiers non affectés.( A. BERTHOLOME et alii, «Fiche 6- Les finances communales - Les dotations », *Focus sur la commune. 100 fiches pour une bonne gestion communale*, <http://www.uvcw.be> (29 avril 2013).

<sup>26</sup> S. BEN MESSAOUD, Ph BOUVIER, L. GALLEZ et N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 175.

<sup>27</sup> M.B., 1er juillet 1921.

### §1. Une action initiée par la personne subsidiée

L'action attendue doit être comprise au sens large comme le ferait un dictionnaire c'est-à-dire tout ce que l'on fait et reflète la manifestation concrète de la volonté de quelqu'un<sup>28</sup>.

En guise d'exemple, une personne souhaitant des subventions peut proposer comme action : l'acquisition d'équipements collectifs, la création d'un enseignement ou une formation, la rénovation d'un quartier, ou encore l'encouragement d'action en faveur de jeunes issus de milieux défavorisés<sup>29</sup>.

Pour se distinguer des dotations, il importe que l'action s'identifie à une prestation bien déterminée et se répète le cas échéant.

### §2. Une action à venir

En principe, la subvention est octroyée ou demandée avant le début de l'action subventionnée<sup>30</sup>.

Néanmoins, un texte aussi bien législatif que réglementaire pourrait décider, à titre d'exception, d'accorder une subvention pour une action déjà accomplie<sup>31</sup>.

### § 3. Une action promouvant l'intérêt public

L'action doit être digne d'intérêt public. Le mot « public » a été préféré intentionnellement à celui de « général ». En effet, si l'intérêt général concerne « tous les membres d'une collectivité », pour sa part l'acception de l'« intérêt public » est beaucoup plus précise puisque se comprenant comme l'intérêt qui se contente « de transcender l'intérêt particulier de celui qui réalise l'action ou –ce qui revient à la même chose- de profiter à la collectivité »<sup>32</sup>.

Comme l'explique très clairement, la Cour constitutionnelle le « subventionnement ne vise pas

---

<sup>28</sup> *Le Petit Larousse illustré 2014*, Paris, Larousse, 2013, v° action.

<sup>29</sup> D. RENDERS, Th. BOMBOIS et L. VANSNICK, *op. cit.*, p.62.

<sup>30</sup> Voy. en ce sens, J. SALMON, *op. cit.*, p.27; D. DE KEUSTER, *op. cit.*, p. 133; N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 24.

<sup>31</sup> Voy, par exemple, Arrêté du Gouvernement wallon du 21 octobre 2010 visant à octroyer une prime pour l'installation d'un chauffe-eau solaire et abrogeant l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 novembre 2003 visant à octroyer une prime pour l'installation d'un chauffe-eau solaire, *M.B.*, 25 novembre 2010, art.6.

<sup>32</sup> Ph. QUERTAINMONT, *Problèmes actuels de l'administration publique. Chapitre II- Les subventions*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, P.U.B., 2008-2009/4, p.141.

seulement à financer une initiative privée mais à réaliser l'objectif social qui se trouve à la base de cette initiative ».<sup>33</sup> En s'exprimant de la sorte, la Cour veut souligner l'importance pour les prestations à fournir par le bénéficiaire de toujours profiter à la collectivité<sup>34</sup>. L'allocataire peut avoir un intérêt à la réalisation de l'activité mais celui-ci ne doit en aucun cas transcender l'intérêt public.

L'intérêt public dont il est question doit être entendue dans une acception transversale afin de permettre aux subventions de toucher le plus grand nombre de domaines. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer les domaines suivants : les travaux publics<sup>35</sup>, la culture<sup>36</sup>, l'enseignement<sup>37</sup>, la formation<sup>38</sup>, l'environnement, le logement, la revitalisation urbaine, etc.

Cependant l'intérêt public est fluctuant et force les autorités publiques à perpétuellement spécifier les enjeux qui en relèvent et à classer ceux-ci sur une échelle de priorité en constante évolution. De cette observation du lien indispensable entre "subvention" et "intérêt public", on peut en inférer sans trop de difficulté qu'aucun attributaire de subvention ne peut affirmer avoir droit indéfiniment et inconditionnellement à une subvention<sup>39</sup>.

## **Chapitre 2 : La notion de « marché public »**

Le marché public est généralement défini comme étant un contrat (**section I**) conclu à titre onéreux, entre un commanditaire – c'est-à-dire la plupart du temps un pouvoir adjudicateur – et un opérateur économique (**section II**) et dont l'objet porte sur des travaux, fournitures ou services visés par la loi<sup>40</sup> (**section III**).

---

<sup>33</sup> C. const., arrêt n° 42/ 2008 du 4 mars 2008, B.5.1.

<sup>34</sup> Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 284.

<sup>35</sup> J. SALMON, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>36</sup> Loi du 23 décembre 2009 contenant le Budget général des dépenses pour l'année budgétaire 2010, *M.B.*, 3 février 2010, art. 2.02.2.

<sup>37</sup> C.A., arrêt n° 35/ 98 du 1er avril 1998, <http://www.const-court.be>: Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a estimé que ressortait de "l'intérêt général", l'attente "d'un enseignement de qualité dispensé à des étudiants dont la capacité n'a pas été mise en cause par des échecs répétés dans l'enseignement supérieur".

<sup>38</sup> Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 relatif au développement des pratiques de lecture organisé par le réseau public de la lecture et les bibliothèques publiques, *M.B.*, 5 novembre 2009, art. 1.

<sup>39</sup> Cour des comptes, 159<sup>ème</sup> Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes à la Chambre des Représentants (fasc. Ier), session ordinaire 2002-2003, disponible sur <https://www.ccrek.be>, p.96.

<sup>40</sup> P. NIHOUL, «La notion de "marché public": éléments transversaux et matériels », *M.C.P.*, 2011, p.5 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2012*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 85; Ph. FLAMME, M-A FLAMME, C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 25.

Dans ce chapitre, nous allons passer en revue les différents éléments essentiels. Contrairement à la subvention, ceux-ci proviennent des directives européennes<sup>41</sup> et il n'appartient dès lors pas à un État membre de modifier ou de diminuer la portée du champ d'application de la réglementation des marchés publics.

## **Section I : Un contrat**

Dans le cadre de la définition du champ d'application de la directive 2004/18, la notion de contrat est fondamentale. L'effet de ce critère d'identification est d'exclure du droit des marchés publics toute une série d'actes.

### *§1. L'exercice d'une compétence émanant de la loi*

Le caractère contractuel du marché public a pour conséquence qu'un organisme public qui fournit des prestations en exerçant ses propres compétences, directement tirées de la loi et attribuées par celle-ci et non pas par l'intermédiaire d'un contrat conclu avec un pouvoir adjudicateur, sort du champ d'application de la réglementation des marchés publics, même s'il existe un mécanisme de financement de ces prestations. La Cour de justice de l'Union Européenne (ci-après la Cour de justice) arriva à cette conclusion à la suite d'une affaire datant de 2007 pour laquelle un organisme fournissait des services au public en exerçant ses propres compétences dévolues par voie législative même si pour ces services, il percevait une contribution destinée à couvrir leur coût<sup>42</sup>.

### *§.2. Un acte administratif unilatéral prescrivant des obligations à la seule charge de l'opérateur*

Il s'agit de se demander ici, si l'obligation de contracter dans le chef du prestataire exclut à tous les coups la qualification de « contrat » ?

Selon la Cour de justice, si l'opérateur économique « ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par les autorités compétentes en cause, ni quant au tarif applicable à ses prestations, (...) la condition d'applicabilité des directives concernées relatives à l'existence d'un

---

<sup>41</sup> Directive (C.E), n°2004/18, du Parlement européen et du Conseil du 30 avril 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E*, n° L 134/132 du 30 avril 2004, art. 1er, 2, a); Directive (C.E), n°2004/17, du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E*, n° L 134 du 31 mars 2004, art. 1er, 2, a).

<sup>42</sup> C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C- 532/03.

contrat ne serait pas remplie »<sup>43</sup>. Toutefois dans un second arrêt, le juge européen précisa qu'il n'y avait pas d'automatisme dans ce constat<sup>44</sup>.

La seule hypothèse où l'accord entre le prestataire et le pouvoir adjudicateur ne serait pas un marché ; mais plutôt un acte administratif unilatéral prescrivant des obligations à la seule charge de l'opérateur est l'acte qui s'écarterait sensiblement des conditions normales applicables à l'offre commerciale de cette société<sup>45</sup>. Ainsi, un contrat fait défaut et partant la réglementation des marchés publics ne s'applique pas.

## **Section II : Les parties au marché**

### *§1. Deux personnes distinctes*

La notion de contrat implique la rencontre de deux volontés distinctes et dès lors de deux personnes distinctes. Il faut mais il suffit, pour que la législation relative aux marchés publics s'applique, « un marché (...) conclut entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non<sup>46</sup> ». Le droit des marchés publics comprend donc les relations contractuelles non seulement entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur privé mais aussi entre des personnes de droit public.

Serait donc considéré comme non conforme aux directives relatives aux marchés publics, une législation nationale qui exclurait d'emblée de la législation sur les marchés publics les relations conventionnelles entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations<sup>47</sup>.

A ce principe s'ajoute 3 exceptions à savoir :

- a) les commandes de services à des pouvoirs adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs<sup>48</sup> ;

---

<sup>43</sup> C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05, pt 54.

<sup>44</sup> C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Empresas*, aff. C- 220/06, pt 53.

<sup>45</sup> C.J.C.E., *Empresas*, précité, pts 54 et 85.

<sup>46</sup> C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C- 107/98, pts 50-51. ; C.J.C.E., aff. 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, pt 47; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, pt 33.

<sup>47</sup> C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/ 03, pt 38.

<sup>48</sup> Voy. loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de

- b) les opérations internes au sens strict du pouvoir adjudicateur ;
- c) les opérations « in house »<sup>49</sup> ou intégrées.

## §2. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

L'État fédéral, les communautés, les régions ainsi que les provinces et les communes sont des pouvoirs publics « classiques » toujours visés par la notion de pouvoir adjudicateur. Sont regroupés sous la bannière État aussi bien le pouvoir législatif, exécutif que judiciaire. Les organes des collectivités fédérées revêtent également la qualité de pouvoir adjudicateur. La législation sur les marchés publics s'appliquera donc à un marché conclu, par exemple, par un Parlement.

D'après la Cour de justice, la notion de pouvoir adjudicateur doit recevoir une interprétation fonctionnelle ; et ne doit donc pas se restreindre à la notion, même élargie, de l'État<sup>50</sup>.

Abondant dans ce sens, la loi du 15 juin 2006, en son article 2, 1°, e) stipule que la loi s'applique aux associations d'un ou de plusieurs de ces pouvoirs publics. Les intercommunales de même que les agglomérations ou fédérations de communes faisant exécuter des travaux ou commandant à des tiers des services ou fournitures sont donc forcées de respecter le régime des marchés publics.

Auparavant, la loi du 24 décembre 1993 disposait expressément qu'elle était applicable notamment aux centres publics d'aide sociale, aux fabriques d'église, etc...; la loi du 15 juin 2006 ne les mentionne plus mais pour autant, elle ne semble pas exclure les entités de ce type dès lors qu'elles peuvent être désormais regroupées sous la notion soit de collectivités territoriales, soit d'organismes de droit public, soit encore de personnes visées à l'article 2, 1°, d) de la loi.

Enfin, les directives européennes, pour qualifier les personnes à qui s'applique la réglementation, parlent tantôt de « pouvoir adjudicateur » et tantôt d'« entités adjudicatrices » pour les entreprises privées jouissant de droits spéciaux ou exclusifs dans les secteurs spéciaux<sup>51</sup>. Cette différence terminologique permet de bien distinguer les pouvoirs adjudicateurs classiques, des entités qui bien que n'étant pas des pouvoirs adjudicateurs relèvent *rationae personae* du champ d'application de la loi dans les secteurs spéciaux. Cela explique pourquoi, cette notion d'« entités adjudicatrices » est

---

services, *M.B.*, 22 janvier 1994, art 3§2.; loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, art 17 §2.

<sup>49</sup> Le in house est « une relation entre deux pouvoirs publics qui n'est pas soumise à la réglementation des marchés publics parce que le commanditaire exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, et que le commanditaire exerce l'essentiel de son activité pour l'attributaire. » (P. THIEL, *op. cit.*, p. 46)

<sup>50</sup> C.J.C.E., 17 décembre 1998, *Connemara Machine Turf*, aff. C-306/97, p. 8761.

<sup>51</sup> P. SCHULTZ, *Éléments du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 48.

ancrée dans une partie des secteurs spéciaux<sup>52</sup>. Dans ces dernières, on trouve également les entreprises publiques.

### **Section III : L'objet du marché**

#### *§1. La définition de l'objet*

Dans le processus de la commande publique, la détermination de l'objet du marché est un point fondamental. En définissant ce qu'il désire obtenir, le pouvoir adjudicateur permettra aux opérateurs économiques d'avoir connaissance du besoin à satisfaire, et de remettre une offre. Si le besoin à combler est déterminé avec une grande précision, meilleures seront les offres. Le rapport sur l'activité des commissions spécialisées des marchés publié en 2001 insiste sur le fait que les offres sont plus intéressantes, d'un point de vue technique et financier, si le besoin est bien déterminé au départ par le pouvoir adjudicateur<sup>53</sup>. Dans le cas inverse, si les contours du marché ne sont pas correctement définis les offres seront plus chères, les soumissionnaires souhaitant s'assurer des risques liés aux incertitudes en augmentant leurs prix. La détermination de l'objet du marché représente donc une étape clé dans le cheminement de la commande.

L'objet du contrat permet de distinguer le champ d'application de la réglementation et d'exclure en principe les opérations de vente par un pouvoir adjudicateur<sup>54</sup>.

#### *§2. Les marchés de travaux*

Les marchés publics de travaux tel que définis par la loi du 15 juin 2006 en son article 3, 2° inclut 3 hypothèses :

La première consiste dans l'exécution, éventuellement accompagnée de la conception, de travaux de construction relevant de l'une des catégories énumérées à l'annexe I de la directive 2004/18/ CE ; la deuxième concerne l'exécution, éventuellement accompagnée de la conception d'un ouvrage et enfin la troisième porte sur la réalisation par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux

---

<sup>52</sup> P. THIEL, *op. cit.*, p. 127.

<sup>53</sup> X., << Le rapport sur l'activité des commissions spécialisées des marchés en 2001>>, *La revue de l'achat public – Marchés publics*, 2002/3, p. 28 cité par P. THIEL, *op. cit.*, p. 171.

<sup>54</sup> P. THIEL, *op. cit.*, p.171.

besoins spécifiés par le pouvoir adjudicateur<sup>55</sup>.

### §3. *Les marchés de fournitures*

Selon la loi, le marchés public de fournitures est « un marché public autre qu'un marché public de travaux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. » A titre accessoire, ce contrat peut comporter des travaux de pose et d'installation<sup>56</sup>.

Pour le dire autrement, les marchés de fournitures visent la mise à disposition au profit d'un pouvoir adjudicateur de biens meubles. Il n'est guère important que cette mise à disposition se réalise par l'acquisition, la location, le leasing, ou une autre formule juridique.

### §4. *Les marchés de services*

D'après la réglementation belge et européenne, les marchés de services sont définis comme « des marchés publics autre que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur les prestations visées à l'annexe II <sup>57</sup> ».

Tant la loi que la directive 2004/18/CE ne définissent donc pas la notion de marchés services mais renvoient à une annexe qui énonce exhaustivement les prestations de services qui sont considérées comme des marchés publics au sens de la loi.

L'arrêté-royal du 29 septembre 2009, remplaçant l'annexe II de la loi du 24 décembre 1993 énumère de façon limitative vingt-sept catégories de services et renvoie, pour chaque catégorie, à la nouvelle nomenclature CPV ( Vocabulaire commun pour les marchés publics) qui figure dans la circulaire du 27 août 2008<sup>58</sup>. Vu le caractère contraignant de cette nomenclature, le contenu des catégories de services ne pourrait être interprété en référence à d'autres nomenclatures<sup>59</sup>. Il est donc primordial, pour chaque marché, d'identifier les services qui sont l'objet du contrat et de vérifier leur concordance avec chacune des catégories énumérées à l'annexe et avec le contenu qu'en donne la nomenclature.

En outre l'annexe fait le départ entre les services « prioritaires » et les services « non prioritaires »

---

<sup>55</sup> P. NIHOUL, «La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels, *op. cit.*, p.23.

<sup>56</sup> Loi du 15 juin 2006, art. 3, 3°.

<sup>57</sup> Loi du 24 décembre 1994, art. 5, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> tiret ; loi du 15 juin 2006, art. 3, 4°, directive 2004/18/ CE, art. 1er, 2, d).

<sup>58</sup> M.B., 2 septembre 2008.

<sup>59</sup> C.J.C.E., 24 septembre 1998, *Tögel*, aff. C-76/ 97, pts 35- 37.

pour lesquels un régime juridique différent s'applique.

Dès lors, les services « prioritaires », c'est-à-dire seize catégories reprises sous le II A, sont obligés de respecter l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics ; les services « non prioritaires », c'est-à-dire onze catégories, reprises sous le II B ne doivent ainsi faire que l'objet d'un avis de marché passé<sup>60</sup> (ou avis d'attribution de marché)<sup>61</sup>, mais ne doivent donc pas au préalable avoir fait l'objet d'un avis de marché<sup>6263</sup>.

La passation des marchés de services « non prioritaires » devra toutefois respecter les règles fondamentales du droit communautaire primaire<sup>64</sup>. Ainsi, les principes de transparence, de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement régiront les modalités de passation de ces marchés ; et par conséquent, l'attribution d'un tel marché, sans transparence, à une entreprise établie dans l'État membre du pouvoir adjudicateur devra être motivée par des circonstances objectives. Néanmoins, d'après la Cour, les marchés relatifs à ces services devront présenter un « intérêt transfrontalier certain », puisque le législateur communautaire s'est basé sur « la présomption selon laquelle les marchés relatifs à de tels services ne présentent pas, *a priori*, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier »<sup>65</sup>.

## **Partie II : Comparaison matérielle entre marché public et subvention**

Subvention et marché public peuvent, sur le plan matériel, se distinguer par un ensemble de critères dont certains marquent avec plus de vigueur la différence qui séparent ces deux concepts. Ces critères de distinction s'axent autour :

- De la présence ou l'absence d'une contrepartie directe et immédiate pour la personne de droit public. Nous verrons qu'avec les marchés publics, l'autorité publique cherche à satisfaire ses besoins propres tandis qu'avec les subventions, elle cherche à apporter une aide à un projet, éventuellement privé,

---

<sup>60</sup> Également dénommé avis d'attribution, ce dernier est publié pour des commandes qui atteignent le seuil de publicité européenne.

<sup>61</sup> Arrêté-royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011, art. 38 §2.

<sup>62</sup> Arrêté-royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, art. 37 al. 2.

<sup>63</sup> Formulaire publié au *Bulletin des adjudications* voire au *Journal officiel de l'Union européenne* indiquant entre autre l'objet du marché, l'ampleur et la nature des prestations et qui permet aux opérateurs économiques de se joindre à la procédure de mise en concurrence (P. THIEL, *op. cit.*, p. 38)

<sup>64</sup> C.J.C.E., 27 octobre 2005, Contse e.a., aff. C-234/03, p. 9332, pt 49.

<sup>65</sup> C.J.C.E., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, pt 25.

jugé utile à l'intérêt public(**Chapitre 1**);

- de la différence entre les pouvoirs adjudicateurs et les pouvoirs subsidants (**Chapitre 2**)

- De l'initiative du projet (**Chapitre 3**);

- Du fondement juridique (**Chapitre 4**).

Avant de passer ces différents éléments en revue, il est intéressant de constater, *de lege lata*, que qualifier un acte de « marché public » ou de « subvention » comme le fait la Cour des comptes a des implications sur :

- les conditions financières :

Les subventions trouvent leurs modalités de paiement dans la loi qui les instituent ou à tout le moins dans l'arrêté qui les octroie. Pour leur part, les marchés publics, trouvent les informations relatives au paiement soit dans le cahier spécial des charges soit dans le cahier général des charges ;

- le régime fiscal :

Alors que les marchés se voient appliquer la T.V.A., les subventions ne seront pas concernées ;

- le type de contrôle exercé :

En matière de contrôle d'emploi et d'octroi des subventions, la compétence du législateur fédéral d'établir des normes en ce domaine est restée entière même pour les subventions accordées aux niveaux communautaire et régional en vertu de l'article 50, §2, alinéa 3 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et régions<sup>66</sup>. Cette particularité explique la raison pour laquelle nous ne trouvons pas de décret ou d'ordonnance à ce sujet ; les contrôles d'emploi et d'octroi des subventions accordées par les entités fédérées étant régis par les articles 11 à 14 de la loi du 16 mai 2003.

Pour ce qui les concerne, les marchés publics de travaux, fournitures et services feront l'objet d'un contrôle de leur exécution organisé par l'article 1er et 2 du cahier général des charges.

---

<sup>66</sup> M.B., 17 janvier 1989.

## **Chapitre 1. La présence ou l'absence d'une contrepartie directe et immédiate pour la personne de droit public**

Le marché public a pour objet, comme on le sait, la réalisation de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, dont le bénéficiaire est le commanditaire qui en paie le prix<sup>67</sup>.

La subvention mène, pour sa part, le pouvoir subsidiant à payer une somme d'argent sans obtenir un quelconque avantage direct de l'action menée grâce à son affectation. L'atteinte de l'intérêt public par l'action conduite suffit à satisfaire la personne subsidiaire qui n'accroît pas, dans ces circonstances, son patrimoine à concurrence du résultat de l'action ou n'a pas besoin du résultat de cette action pour assurer l'accomplissement du service public dont il est investi, ou pour garantir son propre fonctionnement.

La distinction entre marché public et subvention n'est pas toujours des plus aisés à effectuer comme en atteste la Cour des comptes<sup>68</sup>. L'élément perturbateur qui rend complexe le discernement entre les deux concepts est sans conteste l'intérêt public qui conduit à ne pas distinguer clairement ce qui profite directement au pouvoir public et, par voie de conséquence, entre dans son patrimoine de ce qui le contente mais qui n'entre pas dans son patrimoine.

Avoir égard à la question de savoir si l'action est ou non la contrepartie directe et immédiate de la somme payée n'est donc pas superflu.

A ce sujet, la Cour de justice. a estimé, à propos d'un marché public de travaux, qu'il n'était pas requis que la prestation exécutée en contrepartie du prix revête la forme de l'acquisition d'un objet physique ou matériel<sup>69</sup>. D'après la Cour, il faut mais il suffit pour que l'on soit en présence d'un marché que les travaux qui représentent l'objet du marché soient réalisés dans " l'intérêt économique direct" du "pouvoir adjudicateur"<sup>70</sup>. Et la Cour d'ajouter à ce sujet que le simple exercice de "compétences de régulation" en matière d'urbanisme, poursuivant l'atteinte de l'intérêt général, n'inclut pas comme objet la réception de prestation contractuelle ni l'accomplissement de l'intérêt

---

<sup>67</sup> Ch. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », *Chroniques des marchés publics 2008- 2009*, Bruxelles, E.B.P., 2008, p.518.

<sup>68</sup> Cour des comptes, 167<sup>ème</sup> (22<sup>e</sup>) Cahier d'observations (fasc.1<sup>er</sup>), *Doc. parl.*, Parl. wall., sess. ord. 2010-2011, n°314/1, p.112.

<sup>69</sup> C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, pt 54.

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 49.

économique direct du pouvoir adjudicateur<sup>71</sup>.

En tenant compte des enseignements de la Cour, il appert que l'on serait face à une subvention à chaque fois que le résultat qui émane de l'action exécutée en contrepartie du paiement ne présente qu'un intérêt économique indirect. Un petit bémol réside cependant dans l'incertitude des contours du caractère indirect. Le travail de la jurisprudence sera de dégager les grandes lignes de l'intérêt économique indirect.

On peut, néanmoins, se laisser tenter par l'élaboration d'une grille d'analyse comportant deux tests.

A la faveur du premier test, on chercherait à savoir si l'action à nommer correspond à une obligation incombant à l'auteur du paiement, soit qu'elle provient d'une règle unilatérale la lui ordonnant, soit qu'elle résulte d'un contrat auquel il aurait consenti. Si tel est le cas, l'action menée revêtirait un intérêt direct pour l'auteur du paiement consistant en l'exécution d'une obligation qui lui appartient et ne serait, en tout état de cause, pas une subvention. Si tel ne s'avouait pas être le cas, il resterait le deuxième test à mettre en oeuvre; ce dernier mesurerait le degré de liberté dont profiterait la personne subsidiaire pour moduler le contenu de l'action en question et les modalités d'exécution connexes. Parallèlement, il s'agirait d'évaluer le degré de similitude entre la somme payée et le coût de cette action. Si le degré de liberté relatif à l'appréciation du contenu et aux modalités de l'action est réduit à néant ou à une portion congrue et que la somme payée équivaut sinon à l'entièreté à tout le moins à l'essentiel du coût de cette action, il serait pertinent d'aboutir à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une subvention<sup>72</sup>. La justification de cette conclusion est à trouver dans le fait que ces indices prouveraient l'existence d'un intérêt assez direct dans le chef de l'auteur du paiement résidant dans la réalisation d'une action qui le touche à ce point qu'il veille à en tracer les limites et à prendre en charge une grande part de son financement<sup>73</sup>.

Pour illustrer ce propos, la Région qui octroierait une « fausse subvention » à une entreprise privée, dans le but de prester des services pour lesquels la Région s'était engagée à l'égard de l'Union européenne, se livre en réalité à l'attribution d'un marché de services bafouant les procédures exigées et en se détournant du "jeu de la concurrence"<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, §57.

<sup>72</sup> D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 523.

<sup>73</sup> D.RENDERS, T.BOMBOIS et L.VANSNICK, *op. cit.*, p. 83.

<sup>74</sup> Cour des comptes, 167<sup>ème</sup> (22<sup>e</sup>) Cahier d'observations (fasc.1<sup>er</sup>), *Doc. parl.*, Parl. wall., sess. ord. 2010-2011, n°314/1,

Autre exemple, tout aussi éloquent, est celui où la Cour des comptes a rejeté d'apposer son visa à une ordonnance d'un montant de 1.950.000 BEF en faveur de l'Institut de sociologie de l'Université de Bruxelles en vue de la liquidation d'une "subvention" allouée pour une recherche sur l'identité culturelle des membres de la Communauté française de Belgique. Les motivations de ce refus trouvent leur raison d'être dans plusieurs clauses de la convention<sup>75</sup> qui laissaient entrevoir l'existence d'un marché de service remis à un organisme spécialisé pour subvenir aux besoins de la Direction générale de la culture de la Communauté française.<sup>76</sup>

## **Chapitre 2. La comparaison entre les pouvoirs adjudicateurs et les pouvoirs subsidants**

De prime à bord, les deux notions ne s'opposent pas diamétralement, mais il serait erroné de les confondre totalement.

Si, en effet, les pouvoirs publics comme l'État, les communautés ou les régions sont tout aussi bien des pouvoirs adjudicateurs que des pouvoirs subsidants ; cependant, il est à noter que le concept de « pouvoir adjudicateur » est plus large que celui de « pouvoir subsidant » ; pour la simple et bonne raison qu'aussi bien les entreprises publiques que les entreprises privées jouissant de droits spéciaux et exclusifs sont bel et bien assimilées à des pouvoirs adjudicateurs, elles ne sont pas pour autant des pouvoirs subsidants. En effet, d'après la Cour de cassation<sup>77</sup>, les actes de disposition à titre gratuit accompli par une entreprise ne sont valides que s'ils sont accomplis en vue d'atteindre l'objet social, même indirectement. Est ainsi admis tout au plus l'octroi de subsides à des fêtes ou concours car le mobile à long terme est d'améliorer l'image de marque de la société mais non la promotion d'activités d'intérêt public<sup>78</sup>.

Toutefois, nous nous garderons de croire que les pouvoirs subsidants sont exclusivement des personnes morales de droit publics puisque certaines personnes morales de droit privé du type ASBL,

---

p.111.

<sup>75</sup> Dans le cas des relations avec des institutions universitaires ou des ASBL, il n'est pas rare de trouver une contre-partie directe prenant la forme de remise de rapport d'étude ou l'acquisition de la propriété intellectuelle des résultats de la recherche au profit du pouvoir "subsidant" ( C.E. fr., 6 juillet 1990, CODIAC, *Marchés publics*, n°4, 2001, p. 4).

<sup>76</sup> Ph. FLAMME, M-A FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>77</sup> Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, I, p. 825.

<sup>78</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, PH. LAMBRECHT, PH. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis. Droit européen. Droit belge*, 4<sup>e</sup> éd., Bibliothèque de la faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 259.

exercent des missions d'intérêt public et peuvent pour cette raison octroyer des subventions<sup>79</sup>.

### **Chapitre 3. L'initiative du projet**

Le versement d'une subvention par contrat (*infra*) est devenu, depuis tout récemment, une pratique de bonne gestion courante au point d'être considérée dans certaines législations comme une obligation<sup>80</sup>. Ces contrats qui ont essentiellement pour objet de régir les modalités d'octroi, s'exposent, en raison de leur ressemblance, à une requalification en marché public. Face à ce risque, le critère de l'initiative fait surface petit à petit dans la doctrine et la jurisprudence comme critère de distinction entre les contrats de subvention au sens large et les marchés publics ; et pourrait se révéler d'une importance cruciale mais ne saurait, cependant, devenir opérationnel en droit que s'il fait l'objet d'une détermination objective et incontestable, au moyen d'une série d'indices bien ciblés<sup>81</sup>.

La jurisprudence contient de temps à autre des cas où le critère de l'initiative est pris en considération afin de savoir si le contrat en question s'avère être un marché public ou une subvention. A titre d'exemple, nous pouvons citer cette affaire en France où le montant alloué en vue de l'organisation d'une foire au livre faisait débat. Cette controverse fut tranchée par le juge administratif qui estima que la somme attribuée ne constituait pas le prix d'un marché de prestation de service dès lors que l'association était " le seul organisateur de cette manifestation" et en avait été seule à l'initiative<sup>82</sup>.

En France, ce critère semble avoir pris tellement d'ampleur qu'il a été inséré dans l'instruction du code des marchés publics en date du 8 août 2001 ( commentaire sous l'article 1er du code) comme l'élément central de distinction entre les marchés publics conclus par les associations et les contrats de subvention:

" Il y a marché public lorsque l'administration exprime de son initiative un besoin qui lui est propre et qu'elle demande à un prestataire extérieur de lui fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. (...) En revanche, il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. (...) "

---

<sup>79</sup> S. BEN MESSAOUD, Ph. BOUVIER, L. GALLET et N. VAN DER MAREN, *op. cit.*, p. 166.

<sup>80</sup> Décret de la Région wallonne du 11 mars 2004 relatif aux incitants destinés à favoriser la protection de l'environnement et l'utilisation durable de l'énergie, *M.B.*, 8 avril 2004, art.3, alinéa 2.

<sup>81</sup> D. MOREAU, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *A.J.D.A.*, 2002, p. 902.

<sup>82</sup> C.A.A. fr., Marseille, 20 juillet 1999, *A.J.D.A.*, p. 226.

Ces illustrations démontrent l'ampleur prise par ce critère au point d'être vue par David Moreau comme " le critère salvateur de la subvention"<sup>83</sup>; s'il répond bien à la nécessité de soumettre aux règles de mise en concurrence prévus par les législations sur les marchés publics, les opérations qui concernent véritablement un besoin exprimé par le pouvoir public et de conserver simultanément le droit pour les autorités publiques de subventionner *intuitu personae* des activités initiées exclusivement par les bénéficiaires, ce critère se doit d'être affermi et précisé en droit en vue d'une réelle efficacité<sup>84</sup>.

Le reproche pouvant être fait à la doctrine et à la jurisprudence est, tout en ayant consacré l'initiative comme un critère phare de distinction entre subvention et marché public, d'avoir omis de le détailler en profondeur. Sans autre précision, ce critère est potentiellement en proie à des emplois dévoyés de la part des pouvoirs publics tentées de faire accomplir des missions d'intérêt public sans se soumettre aux procédures de mise en concurrence; ainsi elles pourraient demander à des bénéficiaires d'une subvention de leur faire des propositions de projet accompagnées de demande d'une subvention et de plaider, partant, l'absence d'une quelconque initiative de leur part. Définir objectivement ce critère pourrait également subvenir à la rescousse des pouvoirs subsidiaires soucieux d'établir un cadre contractuel sécurisé pour leurs relations avec les bénéficiaires, ou du juge, appelé à statuer sur la qualification d'un contrat de subvention, ou à déterminer de façon objective l'origine d'un projet subventionné.

Afin d'apprécier correctement ce critère de l'initiative, trois types d'indices pourraient nous être d'une aide précieuse :

La première catégorie d'indice tient au degré d'indépendance, organique et matérielle, de la personne subsidiée vis-à-vis de l'autorité subsidiaire:

- L'indépendance réelle de l'initiative du bénéficiaire par rapport aux besoins de la personne publique subsidiaire sera quelque peu ébranlée si la composition des organes dirigeants du bénéficiaire démontre la présence éventuelle de représentants de l'autorité subsidiaire, marque d'une certaine emprise du pouvoir subsidiant sur le projet de la personne subsidiée.

- De la même manière, la présomption d'une initiative du présumé pouvoir subsidiant sera

---

<sup>83</sup> D. MOREAU, *op. cit.*, p. 906.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 906.

accrédité si un nombre substantiel d'agents publics compose les effectifs du bénéficiaire. Cette situation démontre que le bénéficiaire n'était pas en mesure, avant l'intervention du pouvoir public subsidiant, de gérer l'activité subventionnée avec ses propres moyens en personnel<sup>85</sup>.

La deuxième catégorie d'indice porte sur l'activité subventionnée elle-même :

- Si l'activité à subsidier touche un domaine de compétence obligatoire pour le pouvoir subsidiant, il serait peu imaginable de croire que l'initiative provient du bénéficiaire; un pouvoir public ayant une obligation légale d'intervenir dans un domaine donné ( la formation, la reconversion et le recyclage professionnel des handicapés par exemple pour les communautés) et faisant preuve de diligence, commettrait une faute d'attendre patiemment qu'une association lui soumette un projet accompagné d'une demande de subvention pour exercer sa compétence. Il n'en reste pas moins que l'importance donnée à un tel indice devra être nuancée dans la mesure où le pouvoir public prend en charge une part suffisamment significative des missions imposées par la loi; il devient alors plausible qu'un bénéficiaire associatif ou public ait en pleine autonomie initié un projet qui complète, sans le remplacer, le service déjà assumée en grande majorité par l'autorité publique.

- De même, il serait pertinent de s'intéresser à l'antériorité de l'activité subventionnée car si une association ou un organisme d'intérêt public, par exemple, est créé pour gérer une activité nouvelle subsidiée par la personne de droit public, l'indépendance effective de l'initiative par la personne subsidiée pourra être remise en cause; alors que le doute sera moins permis si l'association ou l'organisme d'intérêt public avait déjà par elle-même déployé un projet, même à une échelle plus modeste, avant l'aide financière de l'autorité subsidiante<sup>86</sup>.

Enfin, la troisième et dernière catégorie touche aux actes entourant ou encadrant l'octroi de la subvention qui peuvent laisser transparaître l'origine de l'initiative:

Au niveau communal, il n'est pas rare que des membres du collège communal par presse interposée ou par communication au conseil communal annoncent la réalisation future de nouveaux projets. Dans l'hypothèse où ces projets seraient exécutés par des associations recevant en contrepartie des subventions, il ne serait pas totalement inconcevable qu'un juge, sur la base des annonces publiques antérieures, refuse de reconnaître la véracité de l'initiative associative et juge que

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.907.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 907.

le pouvoir public aurait dû procéder à un appel d'offres. De la même façon, des formules du genre “ le pouvoir subsidiant a voulu faire appel aux services de...” ou “ le pouvoir subsidiant charge l'association X de s'occuper de...” au sein de l'exposé des motifs justifiant l'attribution de la subvention, feront indubitablement douter de l'initiative du bénéficiaire à exécuter le projet.

En guise de conclusion, nous pouvons affirmer que ce critère est de nature à jouer un rôle de premier ordre afin de distinguer contrat de subvention au sens strict et marché public à travers les degrés d'indépendance du bénéficiaire de la subvention avec le pouvoir subsidiant, les caractéristiques de l'activité subventionnée et la présentation politique et administrative du partenariat. Il permet d'avoir une analyse dynamique de la relation contractuelle plutôt que de s'en tenir à une lecture “à plat” de ces conventions instaurant par nature des liens étroits de financement et de contrôle entre le pouvoir subsidiant et ses partenaires subventionnés, qui aboutirait à une absorption quasi-systématique de la liberté de subvention par le droit des marchés publics<sup>87</sup>.

#### **Chapitre 4. Le fondement juridique**

Les fondements juridiques du marché public et de la subvention sont radicalement différents comme en témoigne la Cour des comptes dans plusieurs de ses Cahiers d'observations<sup>88</sup>.

D'un côté, toute subvention doit être fondée par un législateur qui aura la tâche de fixer de manière essentiellement unilatérale les conditions d'octroi soit par une loi matérielle plus ou moins détaillée, soit par le biais d'une loi budgétaire; le pouvoir exécutif se verra de temps à autre confier la mission de préciser via des dispositions réglementaires générales ou spécifiques, ces mêmes conditions d'octroi<sup>89</sup>.

De l'autre côté, le marché public constitue un contrat qui lorsqu'il est conclu par un pouvoir adjudicateur est régi par les normes de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>90</sup> et celle du 15 juin 2006.

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 907.

<sup>88</sup> Cour des comptes, 162<sup>ème</sup> (17<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon ( fasc. Ier), *Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n° 293/1, pp. 48 et s.; Cour des comptes, 164<sup>ème</sup> (19<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon ( fasc. Ier), *Doc. parl.*, Parl. wall., 2007-2008, n° 667/1, p. 21.

<sup>89</sup> P. THIEL, *op. cit.*, p. 917.

<sup>90</sup> Ch. DUBOIS, *op. cit.*, p. 520.

### **Partie III : La comparaison des procédures d'attribution des marchés publics et des subventions**

Cette partie dédiée à la comparaison des procédures d'attribution des marchés publics et des subventions a pour but de mettre en évidence les raisons pour lesquelles, sur le plan procédural, certains pouvoirs adjudicateurs préféreraient avoir recours aux mécanismes de subventions pour satisfaire leurs besoins plutôt que de s'en tenir au respect de la réglementation des marchés publics.

Afin de bien comprendre dans quel cadre prennent place les procédures d'octroi d'une subvention, il est nécessaire de s'attarder quelques lignes sur la différence entre compétence discrétionnaire et compétence liée. Nous pouvons d'ores et déjà dire qu'il sera plus intéressant pour le pouvoir exécutif d'un pouvoir subsidiant de posséder une compétence discrétionnaire, sa marge de liberté d'octroyer ou non des subventions étant plus grande (**Chapitre 1**).

Nous entamerons alors notre comparaison par la façon dont se concrétise le principe d'égalité dans ces procédures d'attributions et nous verrons que le but de ce principe diverge selon la procédure abordée. Il sera également intéressant d'analyser l'impact du principe d'égalité sur les modifications apportées en cours de procédure (**Chapitre 2**).

Nous exposerons brièvement les différentes procédures par lesquelles les marchés publics ou subventions peuvent être attribuées et mettrons en évidence que leur choix est tout sauf libre (**Chapitre 3**).

Ensuite, nous comparerons la sélection qualitative d'un marché public avec l'agrément d'une subvention. La sélection qualitative étant une phase obligatoire quelque soit la procédure d'attribution d'un marché public (ouverte ou restreinte), il est tout à fait normal qu'elle fasse l'objet d'un régime relativement détaillé. A l'inverse, l'agrément étant une phase facultative dans l'octroi d'une subvention ne bénéficie pas d'un régime aussi élaboré (**Chapitre 4**).

Il sera alors temps d'aborder les modes de passation d'un marché public et d'une subvention. Dans le domaine des marchés publics, il existe deux procédures ordinaires de passation qui sont l'adjudication et l'appel d'offres. Par exception, le pouvoir adjudicateur pourra avoir recours à la procédure négociée dans les cas limitativement énumérés dans la loi. Au niveau des subsides, la

logique est inverse dans la mesure où il n'existe qu'une seule procédure ordinaire d'octroi – la décision unilatérale d'octroi - et deux procédures extraordinaires à savoir la convention modalisant l'octroi de subsides accessoire à l'acte administratif unilatéral et la convention de subvention au sens strict regroupées sous la dénomination de « contrat de subvention au sens large ». (**Chapitre 5 et 6**)

Enfin, nous analyserons les délais de procédures astreints à un marché public et à une subvention. (**Chapitre 7**)

## **Chapitre 1 : Une distinction nécessaire et préalable au sujet de la procédure d'octroi d'une subvention : Compétence discrétionnaire vs compétence liée**

Dans le domaine des subventions, se pose une question importante à savoir celle de déterminer la marge de manoeuvre dont profite le pouvoir subsidiant pour les octroyer. Une telle question ne se pose évidemment pas au niveau des marchés publics puisque quelque soit la procédure d'attribution, le pouvoir adjudicateur dispose de la liberté d'attribuer ou non un marché public (cf. *infra*). Nous pourrions dire qu'à ce sujet sa compétence est toujours discrétionnaire.

Pour les subventions, il en va autrement puisque nous distinguons compétence liée- c'est-à-dire celle qui ne réserve à son titulaire aucun pouvoir d'appréciation<sup>91</sup>- et compétence discrétionnaire- c'est-à-dire celle qui donne à son titulaire un pouvoir d'appréciation<sup>92</sup>.

Le caractère de la compétence est primordial car c'est lui qui déterminera si le pouvoir subsidiant pourra utiliser les procédures d'octroi que nous décrirons plus loin ou si le futur bénéficiaire pourra se prévaloir, sur le fondement du texte instituant la subvention, d'un droit subjectif à son obtention. Si la compétence de l'autorité subsidante est liée, alors le bénéficiaire pourra prétendre à un droit subjectif<sup>93</sup>. Mais, dans le cas où la compétence est discrétionnaire, c'est alors, comme nous l'avons précisé plus haut, la décision unilatérale d'octroi ou la convention de subvention au sens strict (*infra*) qui fera naître le droit subjectif aux subsides et permettra au pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant de fixer les conditions et les modalités d'octroi.

---

<sup>91</sup> D. DEOM, « Le pouvoir discrétionnaire vieillard chancelant ou force vive du droit administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 206.

<sup>92</sup> J. SALMON, *op. cit.*, p. 41.

<sup>93</sup> Dans cette situation, la décision d'octroi est reconnitive.

C'est le texte qui institue la subvention – qu'elle émane d'une loi organique ou d'une disposition budgétaire spéciale- et éventuellement ses arrêtés d'exécution qui doivent donner des indices quant à la nature liée ou discrétionnaire de la compétence.

Dès lors, si le montant de la subvention, ses conditions d'octroi et ses bénéficiaires y sont déterminés de façon suffisamment précise et objective, la compétence sera liée- on parle dans ce cas de subvention « obligatoire »-. A l'inverse, si la loi réserve au pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant une marge d'appréciation, la compétence sera qualifiée de discrétionnaire – ici, la subvention revêtira un caractère « facultatif »<sup>94</sup>. C'est dans ce dernier cas, qu'il sera loisible pour le pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant de mettre en oeuvre les procédures d'octroi que nous allons comparer avec les procédures d'attribution de marché public (*infra*).

## **Chapitre 2 : Le principe d'égalité au sein des procédures d'attribution d'un marché public et d'une subvention**

### **Section I. Contenu général du principe**

En matière de commande publique, le principe d'égalité de traitement a pour fonction d'affirmer et de réaliser la concurrence- principe prépondérant dans les marchés publics-. La Cour de justice estime, pour sa part, que « le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires correspond à l'essence et au texte même des directives<sup>95 96</sup> » mais, en outre, « constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics<sup>97</sup> » et « régit toutes les procédures de passation des marchés publics »<sup>98</sup>.

Plus concrètement, ce principe signifie que « les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur<sup>99</sup> ». En outre, il en découle principalement une obligation de transparence « afin de permettre de vérifier son respect, laquelle consiste notamment à garantir le contrôle de

---

<sup>94</sup> J. DE BEYS, B. GORS, C. THIEBAUT, « La procédure d'octroi des subventions », in *Les subventions*, sous la direction de D. RENDERS, Bruxelles, Larcier, 2011, p.309-311 ; J. SALMON, *op. cit.*, p. 41.

<sup>95</sup> C.J.C.E., 18 octobre 2001, *SI AC*, aff. C-19/00, pt 33; C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia Bus*, aff. C-513/99, pts 81 et 92. ; C.J.C.E., 3 mars 2005, *Fabricom*, aff. C- 21/03, et aff. C-34/03, pt. 26.

<sup>96</sup> Voy. notamment, directive (C.E.E.) 92/50, du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.U.E.*, n° L. 209 du 24 juillet 1992, art. 3§2; directive 2004/18/ CE ,art. 2.

<sup>97</sup> C.J.C.E., 18 juin 2002, *H.I.*, aff. C-92/00, pt 45; C.J.C.E., 19 juin 2003, *GAT*, aff. C-315/01, pt 73.

<sup>98</sup> C.J.C.E., 9 février 2006, *La Cascina*, aff. C-226/04.

<sup>99</sup> C.J.C.E., 4 décembre 2003, *E.V.N. et Wienstrom*, aff. C-448/01, pt 47.

l'impartialité des procédures d'adjudication<sup>100</sup> ». La procédure d'attribution d'un marché public « doit dès lors respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres<sup>101</sup> » et non pas à partir du moment où un candidat a déposé une offre. Ainsi ce principe ordonne également que « les conditions de fond et de procédure concernant la participation à un marché doivent être clairement définies d'avance<sup>102</sup> ».

En matière de subvention, le principe d'égalité n'a pas pour objectif d'assurer une concurrence entre les candidats potentiels à une subvention mais plutôt de leur garantir une publicité suffisante, au départ des dispositions législatives voire réglementaires, des conditions d'obtention de celles-ci.

Ainsi, une subvention sera, en principe, correctement octroyée si son montant et ses modalités d'octroi figurent dans des dispositions de nature législative ou réglementaire de nature générale. Un tel procédé est de nature à permettre aux candidats potentiels à une subvention, de savoir, au départ des dispositions législatives ou réglementaires qui la fondent, s'ils satisfont aux conditions d'obtention de celle-ci. Ils doivent même, en principe, être en mesure d'évaluer raisonnablement le montant dès la lecture de ces textes afin de pouvoir rechercher, le cas échéant, d'autres modes de financement, au lieu de s'interroger sur les arguments d'une négociation qui pourrait leur rapporter un montant lui-même objet de cette négociation<sup>103</sup>. Il s'en déduit dès lors qu'il sera impossible de fonder un régime de subvention sur une seule base contractuelle<sup>104</sup>.

Mais le principe d'égalité n'empêchera pas l'acte instituant la subvention de réserver des subventions à des bénéficiaires nommément identifiés et par conséquent de créer une différence de traitement si cela apparaît objectivement et raisonnablement justifié. Ainsi, il reviendra au législateur, ou au pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant dans le cadre d'une habilitation, d'évaluer si et dans quelle mesure il est utile d'accorder des subventions à certaines initiatives qui présentent un intérêt social et d'établir les conditions auxquelles ils entendent les subsidier au moyen de deniers publics. A

---

<sup>100</sup> C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Traunfellner*, aff. C-421/ 01, pt 29.

<sup>101</sup> C.J.C.E., 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, pt 24.

<sup>102</sup> C.J.C.E., 9 février 2006, *La Cascina*, précité, pt 32.

<sup>103</sup> P. NIHOUL, M. JOASSART et E. WILLEMART, « Le Conseil d'Etat- Chronique de jurisprudence 2008 », *Rev. b. dr. const.*, 2009, p. 335.

<sup>104</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n°33.745/4 du 30 octobre 2002 sur un avant-projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Doc., Parl. Comm. fr.*, sess. 2002-2003, n° 359/ 1, p. 48.

cet égard, lorsque le législateur ou le pouvoir exécutif accordent des subventions, ils doivent prendre en compte à la fois la qualité des personnes morales qui en seront bénéficiaires et la nature des subventions. Le législateur ou le pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant ne respecteraient pas le principe d'égalité et de non-discrimination s'ils choisissaient arbitrairement le ou les bénéficiaires de ces subventions<sup>105</sup>.

Nous pouvons citer en guise d'exemple l'arrêté royal du 27 octobre 2010 octroyant une subvention à APOPO<sup>106</sup> de 18.000 euros aux fins du projet de recherche et de développement « du training des rats géants pour détecter des mines explosives et la tuberculose dans les échanges de crachats ». Au vu de l'objectif d'intérêt général assez spécifique, APOPO dont l'acronyme signifie en néerlandais « Organisation pour le développement de produits contre les mines », semble être la plus apte à accomplir cette tâche spécifique ce qui a incité le Roi à ne pas ouvrir l'accès de cette subvention à toute personne remplissant les conditions d'octroi objectives.

## **Section II. L'égalité et ses répercussions sur les modifications en cours de procédure**

### *§1. Les documents du marché et l'acte instituant la subvention*

Dans le cadre des procédures ordinaires de passation de marché, qu'elles soient ouvertes ou restreintes, les documents de marchés, lorsqu'ils sont arrêtés et publiés, établissent définitivement les règles du jeu. Le pouvoir adjudicateur est alors, en principe, dans l'impossibilité de changer les critères de sélection, d'attribution ou les éléments fondamentaux du marché en cours de compétition, quelque soit le mode de passation choisi<sup>107</sup>.

Ainsi, à propos du mode de passation, s'il est vrai que le pouvoir adjudicateur, qui est tenu d'appliquer les procédures de passation, aura une certaine liberté dans le choix de la procédure à appliquer à un marché, il sera néanmoins tenu, dès qu'il a lancé un marché public selon une procédure particulière, de se conformer aux règles qui y sont applicables jusqu'à l'attribution définitive du marché. Ne pourra donc être retenu, l'argument selon lequel le pouvoir adjudicateur n'était pas obligé d'attribuer le marché selon une procédure ouverte mais aurait pu choisir une procédure négociée en

---

<sup>105</sup> P. NIHOUL, M. JOASSART et G. PIJCKE, «Le contrôle juridictionnel », in D. RENDERS (dir.) *Les subventions*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 805.

<sup>106</sup> *M.B.*, 22 novembre 2010.

<sup>107</sup> P. NIHOUL, « Le principe d'égalité dans les marchés publics et les contrats publics », in *Liber amicorum R. Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 511.

vertu de laquelle son comportement, c'est-à-dire des négociations entamées avec un des soumissionnaires, aurait été dans ce cas conforme<sup>108</sup>.

Pour ce qui est des subventions, il ne semble pas qu'une telle affirmation puisse s'appliquer en raison de la nature législative ou réglementaire de l'acte instituant les conditions d'octroi de la subvention. De prime à bord, rien n'empêchera un pouvoir subsidiant de modifier un texte normatif en vigueur afin d'adapter, notamment en raison des crédits budgétaires disponibles, la définition des bénéficiaires, l'objet, les activités subsidiées ou les règles essentielles d'octroi ; mais en raison du principe d'égalité, il ne sera possible, dans certains cas, de le faire qu'à des moments bien précis (voy. *infra*).

Quant aux critères d'attribution, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, pour ce qui est des marchés publics, ne prévoit pas que dans une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur puisse faire abstraction dans son appréciation des offres, de l'un ou l'autre critère d'attribution prévu par les documents du marché, même en le neutralisant pour toutes les offres. Le principe d'égalité entre les soumissionnaires suppose au contraire de mesurer toutes les offres déposées au regard de tous les critères d'attribution. Il appartient au pouvoir adjudicateur, au cas où il estime un des critères inadaptés ou redondant avec un autre, de modifier en temps voulu le cahier spécial des charges ou de recommencer la procédure d'attribution à partir d'un nouveau cahier spécial des charges<sup>109</sup>.

Dans le cas des subventions, deux situations sont à distinguer :

-Si les conditions d'octroi sont définies dans des dispositions de nature législative, alors conformément au principe général de droit de non-rétroactivité de la loi, une modification ultérieure de celles-ci n'aura d'effet que pour l'avenir c'est-à-dire pour les demandes de subvention introduites après l'entrée en vigueur de cette loi modificative. A l'inverse, les demandes de subvention antérieures seront toujours examinées à la lumière de l'ancienne loi.

-Par contre, si les conditions d'octroi sont définies dans des dispositions de nature réglementaire, la même conclusion concernant la modification des critères d'attribution pourra être tirée. A savoir qu'une modification ne pourra avoir lieu qu'en temps opportun, c'est-à-dire ici la fin de l'année budgétaire pour laquelle les crédits affectés à la subvention ont été accordés et pour autant que la

---

<sup>108</sup> C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94, pt 35.

<sup>109</sup> P. NIHOUL, « Le principe d'égalité dans les marchés publics et les contrats publics », *op. cit.*, p. 512.

subvention et l'habilitation à en réglementer les conditions d'octroi soient renouvelées pour l'année suivante. Cela découle du principe d'annualité du budget<sup>110</sup>.

## *§.2. Les offres et les demandes de subvention*

Pour ce qui est des offres émanant à la suite du lancement d'une procédure ouverte ou restreinte d'un marché public, les termes du marché sont établis dès l'expiration de la date limite de dépôt des offres. Dès cet instant, les soumissionnaires ne peuvent plus changer ou compléter le contenu de leurs offres. Si un pouvoir adjudicateur venait à prendre en compte, en cours d'examen des offres, une modification apportée à l'offre de base d'un seul soumissionnaire, ce dernier serait avantagé par rapport à ses concurrents, et une atteinte au principe d'égalité de traitement et à son corollaire à savoir l'obligation de transparence, s'en déduirait. De fait, la conformité des soumissions doit être évaluée sur la base des soumissions même et non pas à la lumière de déclarations supplémentaires, sous peine de transgresser le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement. De même, les documents accompagnant la soumission doivent, en principe, être joints simultanément au dépôt de celles-ci et ne peuvent être transmis après l'ouverture des offres<sup>111</sup>. Selon la Cour de justice, un État membre qui tiendrait compte, dans le cadre d'un marché public lancé par une entreprise publique exploitant un réseau de transport par autobus, de données fournies par un soumissionnaire, à propos de la consommation de carburant, après l'ouverture des offres, manque à ses obligations, dans le cas où ces données dépassent une limite que ce soumissionnaire s'était lui même engagée dans son offre initiale<sup>112</sup>.

Dans le même ordre d'idée, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas demander, conseiller ou obtenir des amendements aux offres déposées ; il pourra tout au plus « prendre contact » avec les soumissionnaires – et non pas discuter ou encore moins négocier avec eux- en vue de leur « faire préciser ou compléter la teneur de leur offre ». Cette prise de contact ne devra jamais être l'occasion pour un soumissionnaire de rectifier son offre dont les manquements au cahier spécial des charges seraient importants en termes tant quantitatifs que qualitatifs.

---

<sup>110</sup> Voy. C.E., 5 mai 2000, *A.S.B.L. CRASC*, n° 87.075. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat souligne que « l'octroi de subventions est dominé par le principe de l'annualité budgétaire comme prévu par l'article 174 de la Constitution. En l'absence de législation spécifique réglant l'octroi de subsides, chaque arrêté allouant une subvention apparaît, en droit, comme une décision autonome pourvoyant à l'exécution du budget de l'année en cours.

<sup>111</sup> C.E., 19 mars 2008, *S.A. Etablissement Deltenre*, n°181.352.

<sup>112</sup> C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c./ Belgique*, précité, pts 56 à 60.

*Mutatis mutandis*, les demandes de subvention devront être traitées de manière équitable ce qui implique, comme c'est le cas pour les offres en matière de marché public, qu'aucun des candidats à une subvention ne reçoive d'informations, de la part du pouvoir subsidiant, qui seraient de nature à le mettre en position favorable en vue de l'obtention de subvention. Remarquons que ce risque diminue avec le degré de précision du libellé des conditions d'octroi au sein du texte normatif qui autorise l'attribution d'une subvention. Plus les conditions d'octroi seront détaillées moins elles susciteront de problèmes d'interprétation, ce qui se traduira dans les faits par une concrétisation du principe d'égalité.

### **Chapitre 3 : La pluralité des procédures d'attribution face au choix du pouvoir public**

En matière de marché public, le pouvoir adjudicateur peut faire choix de trois techniques pour conclure un marché. Il s'agit de l'adjudication, de l'appel d'offres et de la procédure négociée. Si le pouvoir adjudicateur choisit librement entre les deux premiers modes d'attribution celui qu'il désire employer<sup>113</sup>, le troisième ne sera utilisable que dans les cas déterminés par la loi<sup>114</sup>. Le choix d'une procédure qui n'est pas assujettit à des conditions de déclenchement se fait de manière discrétionnaire.

Dans l'hypothèse des subventions, la liberté de choix entre les procédures d'octroi est moins grande. Et pour cause, dans la plupart des mécanismes de subvention, la procédure d'octroi prépondérante sera l'octroi par un acte administratif unilatéral. Par exception, il sera loisible pour l'autorité subsidante soit d'attribuer des subsides à l'aide d'une convention accessoire à la décision unilatérale d'attribution afin d'en modaliser l'octroi, dans les cas où les termes du texte instituant la subvention sont libellés de manière générale<sup>115</sup>; soit de recourir de manière plus exceptionnelle à la convention de subvention au sens strict dans les cas où il y est fait expressément référence dans le texte normatif<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Ph. QUERTAINMONT, «Le rôle économique et social des marchés publics », in *Les marchés publics à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp 91 et 92.

<sup>114</sup> A tout le moins dans les secteurs classiques.

<sup>115</sup> Ordonnance organique de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget à la comptabilité et au contrôle, *M.B.*, 23 mars 2006, art.2, 8°.

<sup>116</sup> Règlement (C.E.), n°1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *J.O.U.E.*, n° L 248 du 16 septembre 2002.

## **Chapitre 4 : La sélection qualitative des candidats à un marché public face à l'agrément en matière de subvention**

### **Section 1 : Considérations générales à propos de la sélection qualitative et de l'agrément**

La passation d'un marché public implique toujours deux opérations distinctes, même si elles sont étroitement indissociables.

En effet, la phase d'attribution du marché pendant laquelle a lieu l'examen des offres conduisant au choix du cocontractant est toujours<sup>117</sup> précédé d'une phase de sélection qualitative permettant au pouvoir adjudicateur de vérifier la recevabilité et la régularité des candidatures ainsi que la capacité des candidats à réaliser l'objet du marché.

L'objectif des deux phases n'est pas à confondre.

Pour sa part, la deuxième phase permet d'évaluer la valeur intrinsèque des offres déposées afin d'identifier le « mieux-disant » ou le « moins-disant » tandis que la première phase a pour objectif de contrôler la recevabilité et les qualités des candidatures.

Au sujet des subventions, l'équivalent à la sélection qualitative se nomme l'agrément. Mais contrairement à ce qui se passe dans les marchés publics, ce dernier n'est pas un préalable requis à l'octroi d'une subvention.

L'agrément, appelé parfois « agrégation » ou « reconnaissance »<sup>118</sup> s'analyse comme une décision unilatérale<sup>119</sup> – qu'elle provienne ou non du pouvoir subsidiant- qui va rendre son titulaire éligible, selon le cas, à solliciter une subvention- hypothèse dans laquelle la compétence du pouvoir subsidiant serait discrétionnaire- ou à en revendiquer l'octroi- hypothèse dans laquelle la compétence du pouvoir subsidiant serait liée-. En droit des marchés publics, le fait pour un candidat de répondre aux conditions de la sélection qualitative n'entraînera jamais un droit pour ce dernier de conclure le

<sup>117</sup> Peu importe le mode passation, c'est-à-dire même si la procédure est "ouverte", nous pourrions distinguer intellectuellement deux opérations même si dans ce cas elles auront lieu dans les faits simultanément.

<sup>118</sup> Voy., par exemple, Décret de la Communauté française du 28 avril 2004 relatif à la reconnaissance et au soutien des écoles de devoirs, *M.B.*, 19 juin 2004.

<sup>119</sup> M-A FLAMME, *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 1147.

marché.

L'agrément se présente concrètement comme un contrôle préventif des autorités sur la personne ou sur la structure en cause. Sur ce point, l'objectif de l'agrément est en tout point pareil à celui de la sélection qualitative en matière de marché public. Il s'agit, pour le pouvoir subsidiant d'examiner, *a priori*, si la structure désireuse de subventions répond à certaines conditions pour, ensuite, l'agréer. Mais contrairement à ce qui se passe pour les marchés publics, le contrôle n'est pas seulement préventif, il est également permanent. Pour le dire autrement, ce n'est pas parce qu'une structure a été agréée à un moment donné que, durant toute la durée de validité de l'agrément- ce dernier étant, dans la plupart des cas, limité dans le temps- elle pourra revendiquer un droit acquis à son maintien. L'agrément peut, sans aucun doute, être remis en cause lorsque les conditions dont il est assorti ne sont plus remplies, ce qui entraînera, *a fortiori*, le retrait de la subvention. Le contrôle lié à l'agrément, en d'autres termes ne s'arrête pas une fois celui-ci octroyé. En matière de marchés publics, tout porte à croire que le contrôle du respect des critères de sélection se déroule à un moment donné et ne se prolonge guère dans le temps. Cette affirmation se trouve exprimer implicitement dans le livre vert intitulé *les marchés publics dans l'Union européenne : piste de réflexion pour l'avenir* dans lequel la Commission y dénonçait la pratique de nombreux pouvoirs adjudicateurs qui continuaient à tenir compte d'éléments ayant trait aux critères de sélection dans la phase d'adjudication, ce qui pouvait amener, dans certaines hypothèses, à ce qu'un marché ne soit pas attribué à l'offre apparaissant comme la meilleure en relation au marché en question, mais à l'offre du candidat ayant plus d'expérience ou de poids financier que les autres<sup>120</sup>.

Une autre différence concerne, le choix des critères de sélection qualitative ou d'agrément. Ainsi, en matière d'agrément, le pouvoir subsidiant fixera, à sa guise, les conditions d'agrément, sa durée, la procédure à suivre ou encore les hypothèses dans lesquelles, il peut être renouvelé, suspendu ou retiré. Dans cette tâche, il ne sera pas possible pour le pouvoir exécutif d'être habilité à fixer les conditions d'agrément comme le souligne le Conseil d'État<sup>121</sup>.

Au niveau des marchés publics, le choix des critères de sélection sera un peu plus encadré pour le pouvoir adjudicateur puisqu'il sera tenu de respecter les articles 61 à 79 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011<sup>122</sup>. Tantôt, il sera contraint d'inclure dans les documents du marché certains critères de sélection

---

<sup>120</sup> Livre vert de la Commission du 27 novembre 1996, « Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », *Documents – COM (96) 583 final*, p.14.

<sup>121</sup> C.E., 31 août 1994, *A.S.B.L. Association protestante des volontaires de la coopération*, n° 48.839.

<sup>122</sup> relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011.

dit obligatoires tantôt il pourra inclure ou non d'autres critères de sélection dit facultatifs.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne sera pas tenu de réclamer l'ensemble des données indiquées dans les chapitres de la réglementation destinées à la sélection qualitative. Il devra adapter sa demande en fonction de ce qui lui semble nécessaire ou utile pour fonder sa décision sur le plan de la sélection. Cependant, même dans les cas où il dispose d'une marge d'appréciation discrétionnaire pour déterminer les critères de sélection qualitative qu'il juge opportun dans le cadre d'un marché, ceux-ci devront néanmoins être justifiés au regard de l'objet du marché<sup>123</sup>. Comme l'affirme la Cour des comptes, les critères permettant d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires doivent être pertinents afin de garantir tout à la fois le jeu normal de la concurrence et l'efficacité du mécanisme de sélection qualitative ; le pouvoir adjudicateur est alors tenu d'adapter ses exigences en fonction du marché en cause et s'abstiendra de demander systématiquement toutes les preuves énumérées dans la réglementation et devra être en mesure d'exploiter les documents et les attestations réclamées<sup>124</sup>.

## **Section 2. Les conditions d'accès aux marchés publics et exclusions comparées aux conditions d'agrément en matière de subvention**

Il appartiendra au pouvoir adjudicateur d'adopter dans les documents du marché, les conditions ou les exclusions de la sélection qualitative qui sont en rapport direct avec le marché. De son côté, le pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant vérifiera, sans pour autant avoir un pouvoir discrétionnaire pour le faire, si le candidat à la subvention répond ou non aux conditions d'agrément édictées par le texte normatif.

A suivre, la directive 2004/18, en ses articles 45 à 52, l'admission à un marché public est soumise à deux sortes d'exigences.

La première catégorie d'exigences touche aux conditions de recevabilité et donc d'accès à la commande publique, à propos de la situation personnelle du candidat au regard de multiples législations et se concrétisant par l'obligation prescrite aux soumissionnaires de prouver la régularité de leur situation par la production de documents *ad hoc*.

---

<sup>123</sup> F. OLIVIER, « Saint-Denis : décor d'un match singulier autour des critères de sélection ! », note sous Trib. adm. Cergy-Pontoise du 23 janvier 2001, *Contrats et marchés publics*, novembre 2001, pp. 10 et 11 cité par P. THIEL, *op. cit.*, p. 299.

<sup>124</sup> Cour des comptes, 158<sup>ème</sup> Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes à la Chambre des Représentants (fasc. Ier), sess. ord., 2001-2002, disponible sur <https://www.ccrek.be>, p.143.

Sera ainsi exclu, le soumissionnaire ayant été condamné par un jugement ayant un caractère définitif et revêtu de l'autorité de chose jugée<sup>125</sup> notamment pour diverses infractions ayant pour effet de remettre sa probité en cause tel que :

- La participation à une organisation criminelle telle que conçue à l'article 324bis du Code pénal<sup>126</sup>;
- La corruption telle que déterminée par l'article 246 du Code pénal;
- La fraude telle que définie par l'article 1<sup>er</sup> de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002<sup>127</sup> ;
- Le blanchiment de capitaux tel que défini par l'article 3 de la loi du 11 janvier 1993<sup>128</sup>.

Pourra également être exclu de l'accès à un marché public tout opérateur économique ayant fait l'objet d'un jugement ayant un caractère définitif et revêtu de l'autorité de chose jugée constatant :

- Un état de faillite ;
- un délit altérant sa « moralité professionnelle » ;
- le non-paiement de cotisations sociales, impôts et taxes ;
- une faute grave, en matière professionnelle.

La deuxième catégorie de conditions d'accès au marché concerne la capacité économique et financière ainsi que les capacités techniques et professionnelles des candidats et a pour objectif de contrôler leur aptitude à réaliser le marché projeté. Cette aptitude devra aussi être prouvée par l'intermédiaire de certains justificatifs.

Pour ce qui est de la preuve de la capacité économique et financière du candidats, l'article 67 de l'arrêté-royal du 15 juillet 2011 énumère les pièces justificatives qui pourront être demandées, le cas échéant, par le pouvoir adjudicateur; il s'agit de :

- déclarations bancaires
- comptes annuels
- déclarations concernant le chiffre d'affaire global et, le cas échéant, le chiffre d'affaire du domaine d'activités faisant l'objet du marché.

---

<sup>125</sup> Directive 2004/18/CE, considérant (43): il semble raisonnable de considérer que la directive vise une décision de justice coulée en force de chose jugée.

<sup>126</sup> *M.B.*, 15 octobre 1867.

<sup>127</sup> *M.B.*, 15 mai 2002.

<sup>128</sup> relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, *M.B.*, 9 février 1993.

Pour l'appréciation des capacités techniques, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que les références probantes énumérées à l'article 48, §2, de la directive 2004/18 et reprises dans l'arrêté-royal du 15 juillet 2011 aux articles 68, 69, 71 et 72.

Pour ce qui le concerne, l'agrément en matière de subventions s'avère être moins diversifié au niveau des critères d'agrément. En consultant la législation, nous trouvons dans la plupart des cas comme critère d'agrément le fait d'emprunter une forme sociétaire ou associative déterminée. A cet égard, la Cour constitutionnelle estime que l'article 27 de la Constitution – qui consacre la liberté d'association- ne s'oppose pas à ce qu'un législateur établisse des modalités de fonctionnement et de contrôle d'une structure pour qu'elle soit éligible à une subvention. Cet article ne s'oppose pas non plus à ce qu'un agrément préalable soit requis. Selon la Cour constitutionnelle, l'imposition en vertu de laquelle le futur bénéficiaire d'une subvention- en l'occurrence, l'entreprise de travail adapté- doit être constitué sous la forme d'une association sans but lucratif pour pouvoir être agréé- et donc pouvoir prétendre à l'octroi d'une subvention- n'apparaît pas déraisonnable au vu des objectifs de transparence et de contrôle poursuivis par le législateur<sup>129</sup>. Le but d'une telle condition est de rendre plus aisé le contrôle de la comptabilité afin de s'assurer que les deniers publics attribués ne seront pas détournés de leur destination à savoir promouvoir avant tout des activités d'intérêt public. En effet, un aspect important de la politique des subventions réside dans le contrôle de leur emploi<sup>130</sup>.

## **Chapitre 5 : Les modes de passation ordinaires des marchés publics comparés à l'acte administratif unilatéral d'octroi de subvention**

### **Section 1. L'adjudication et la décision unilatérale d'octroi**

L'adjudication peut se définir comme le mode de passation par lequel le pouvoir adjudicateur établit toutes les conditions auxquelles le marché doit répondre. Ce dernier est alors attribué au soumissionnaire qui a déposé l'offre régulière au prix le plus bas, c'est-à-dire au « moins-disant »<sup>131</sup>.

Afin de s'assurer que le marché soit attribué au moins-disant, la loi impose, qu'en adjudication

---

<sup>129</sup> C.A., 3 décembre 1998, n°121/98, <http://www.const-court.be>.

<sup>130</sup> Ph. QUERTAINMONT, *Les contrôles financiers*, op. cit., p. 27.

<sup>131</sup> P. THIEL, op. cit., p. 326.

ouverte ou restreinte, les prix soient proclamés lors de l'ouverture des offres<sup>132</sup>. Lors de cette cérémonie, il convient, de porter à la connaissance de tous les soumissionnaires les prix que chacun d'eux ont remis, de façon à garantir que le marché soit décerné au moins-disant.

Une telle procédure est différente de la décision unilatérale d'octroi en matière de subvention déjà pour la simple et bonne raison qu'il n'appartient pas à un futur bénéficiaire de subvention de fixer unilatéralement le montant qu'il aimerait percevoir pour mener l'activité d'intérêt public en fonction des conditions d'octroi. Cette tâche appartient au pouvoir subsidiant. En outre, même si le montant de la subvention était déterminé par le candidat à la subvention, l'octroi par un acte administratif unilatéral n'étant pas une procédure de mise en concurrence, il ne sera pas possible d'organiser une proclamation « des montants de subvention » afin d'y découvrir le « moins-disant ».

## **Section 2. L'appel d'offres et la décision unilatérale d'octroi**

L'appel d'offres et la décision unilatérale d'octroi sont des procédures très proches l'une de l'autre, dans les faits, malgré quelques petites divergences que nous verrons.

L'appel d'offres est classiquement défini comme un mode d'attribution par lequel l'adjudicateur conclut le marché avec le soumissionnaire qui a rendu l'offre régulière la plus intéressante<sup>133</sup>. Au terme de l'appel d'offre, le pouvoir adjudicateur est donc amené à prendre une décision d'attribution du marché qui comme la décision d'octroi de subvention adopte la forme d'un acte administratif unilatéral qui ne pourra être pris qu'après le respect de certaines règles. La différence entre les deux procédures résidera dans le fait qu'au niveau de la décision unilatérale d'octroi, le pouvoir subsidiant pourra désigner, dans la mesure des crédits disponibles et, au besoin, par l'intermédiaire d'un classement, différents bénéficiaires dont les projets auront été considérés comme étant les plus intéressants ; là où l'appel d'offres ne pourra attribuer le marché qu'au mieux disant, principe de concurrence oblige.

Ensuite, contrairement à l'adjudication, le caractère intéressant de l'offre ne dépend pas uniquement de son prix. D'autres critères sont pris en considération pour l'attribution tels que les garanties offertes, les délais de livraison, les types de matériaux, etc... Ici, il est possible de tirer un parallèle entre les deux procédures puisque concernant les subsides, le pouvoir subsidiant attribuera

---

<sup>132</sup> Loi du 24 décembre 1993, art. 14, alinéa 3.

<sup>133</sup> P. THIEL, *op. cit.*, p. 328

le plus souvent la somme d'argent à l'allocataire ou aux allocataires qui auront satisfait au mieux aux différentes conditions d'octroi et dont le(s) projet(s) aura/auront paru comme étant le(s) plus intéressant(s).

Il appartient à chaque pouvoir adjudicateur de déterminer les critères d'attribution de sa commande dans son cahier spécial des charges. Comme déjà dit précédemment, il arrive, en matière de subvention, que le pouvoir exécutif du pouvoir subsidiant qui est appelé à octroyer la subvention soit parfois habilité à définir, sous la forme d'un acte réglementaire, les conditions d'octroi de la subvention<sup>134</sup>. Les deux procédures peuvent donc être identiques également sur ce point.

Tout comme les conditions essentielles d'octroi des subsides doivent nécessairement apparaître dans un texte normatif publié au Moniteur belge et ce afin d'assurer l'égalité des demandeurs, les critères d'attribution devront nécessairement être précisés dans le cahier spécial des charges relatif au marché ou dans l'avis de marché. L'obligation de mention a ainsi pour but d'assurer un examen objectif des soumissions dans le respect de l'égalité des soumissionnaires et de leur donner l'occasion d'établir leur offre en pleine connaissance de cause<sup>135</sup>.

Il semble, dans la mesure où nous serions confrontés à des personnes de droit public, que le principe général de droit « *patere legem quem ipse fecisti* » s'imposerait aussi bien au pouvoir adjudicateur que subsidiant dans l'examen qu'ils font des offres ou demandes. Ce principe enjoint à une autorité administrative lorsqu'elle statue sur une décision – décision d'attribution d'un marché ou statuant sur une subvention- de se tenir au respect du règlement qu'elle a elle-même édicté. Ainsi, en matière de marché public, ce sont bien les seules conditions qui figurent dans le cahier spécial des charges qui serviront à attribuer le marché. Tout comme, en matière de subvention, seules les dispositions réglementaires devront être respectées à l'occasion de l'adoption de la décision d'octroi<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> J. DE BEYS, B. GORS, C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 319.

<sup>135</sup> C.E., 29 novembre 1990, *S.A. Edgard Halin & fils*, n° 35.913 cité par P. THIEL, *op. cit.*, p. 330.

<sup>136</sup> J. DE BEYS, B. GORS, C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 320.

## **Chapitre 6 : La procédure négociée des marchés publics et les contrats de subvention au sens large. Comparaison des procédures exceptionnelles d'attribution**

### **Section 1. Quelques explications préliminaires sur les contrats de subvention au sens large**

Avant de nous lancer, dans la comparaison entre les deux modes d'attribution, il nous a paru légitime de devoir préciser ce que nous entendions par contrat de subvention au sens large. En effet, cette catégorie de contrats n'ayant aucune reconnaissance doctrinale ou officielle, il serait difficile au lecteur de bien comprendre ce que ce concept recoupe.

Cette catégorie regroupe deux types de contrats.

Premièrement, dans les cas expressément prévus par le législateur, nous avons la convention accessoire à une décision unilatérale modalisant l'octroi d'une subvention par l'intermédiaire de laquelle il sera possible pour le subsidiant et le subsidiaire de préciser certaines conditions ou modalités d'octroi et de liquidation de la subvention<sup>137</sup>. Partant, la subvention resterait octroyée par un acte administratif unilatéral<sup>138</sup> mais les modalités « secondaires » d'octroi pourraient faire l'objet de discussions. Cette façon de procéder permet d'adapter au mieux certaines conditions ou modalités d'octroi ce qui rendra leur exécution plus optimale que si elles avaient été imposées par une simple décision unilatérale. (voy. *infra*). A l'inverse, il ne serait pas possible pour le pouvoir subsidiant et le candidat à la subvention de négocier le projet contenu dans la demande de subvention.

Le contrat de subvention au sens strict trouve son fondement dans ce qu'il convient d'appeler la théorie du choix de la voie contractuelle<sup>139</sup>. Selon les tenants de cette théorie, l'autorité administrative se verrait reconnaître, sauf disposition contraire, le choix des moyens entre l'action unilatérale et l'action contractuelle. Mais cette liberté n'est point absolue. En effet, l'autorité subsidiaire qui déciderait de recourir à la voie contractuelle serait contrainte de respecter les dispositions impératives telles que celles qui consacrent des garanties au profit des administrés et de ne pas violer les principes généraux du droit, comme le principe d'égalité qui suppose que le contrat soit, en principe, ouvert à la

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 285.

<sup>138</sup> M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 105.

<sup>139</sup> D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke-Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003, pp. 22 et suiv.

signature de tous les intéressés par la subvention<sup>140</sup>. Ainsi, dans le respect de toutes ces dispositions, la convention de subvention au sens strict permet à l'autorité subsidiaire de se mettre d'accord et de négocier aussi bien les conditions et modalités d'octroi que le projet contenu dans la demande de subvention. Cette façon de procéder, se rapproche, très fortement de la procédure négociée des marchés publics.

## **Section 2. Le recours limité à ces procédures d'attribution**

La procédure dite négociée se voit préférer logiquement par les pouvoirs adjudicateurs par rapport aux procédures ordinaires de passation qui sont laissées à leur libre choix mais très formalistes.

En vertu de l'article 1, § 11, d), de la directive 2004/18/CE, les procédures négociées sont définies comme « les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

Son caractère exceptionnel est régulièrement répété par la Cour de justice ce qui implique une interprétation stricte des hypothèses pour lesquelles elle est autorisée (cf. *infra*)<sup>141</sup>.

La liberté d'allouer des subventions par convention n'est également pas absolue. Tout dépendra de la manière dont est rédigé le texte établissant une subvention ou, selon le cas, de l'absence même de texte<sup>142</sup>. Si le texte instituant une subvention dispose que l'octroi se fera par une décision unilatérale, il faudra alors considérer que le recours à la convention est prohibé. Ainsi, il sera possible d'allouer la subvention par convention uniquement dans les cas où le texte ne détermine pas la nature de l'acte d'octroi ou lorsqu'il admet explicitement l'octroi par convention<sup>143</sup>. Cette façon de procéder est donc exceptionnelle et les hypothèses pour lesquelles elle est instaurée seront comme pour la procédure négociée de stricte interprétation.

---

<sup>140</sup> R. ANDERSEN, « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *Amén.*, 1997, p. 33.

<sup>141</sup> C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, pts 47 et 48.

<sup>142</sup> En ce sens voy. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 83 cité par J. DE BEYS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 296.

<sup>143</sup> Voy. p. ex. Besluit van de Vlaamse Regering tot toekenning van steun aan energieconsulentenprojecten, *M.B.*, 23 novembre 2010, art. 7§3, alinéa 1<sup>er</sup>.

### **Section 3. La réticence farouche des institutions européennes et du Conseil d'État à l'utilisation de ces procédures**

La Commission européenne, à l'instar de la section de législation du Conseil d'État pour les contrats de subvention au sens large, s'avère relativement méfiante quant à l'utilisation des procédures négociées. De manière constante, elle considère la procédure négociée comme étant une procédure exceptionnelle et peu concurrentielle<sup>144</sup>.

Paradoxalement, la Commission écrit dans son livre vert à propos des marchés publics que « dans les cas où elle est admise, la procédure négociée semble permettre d'aboutir à un résultat économiquement plus satisfaisant que la mise en concurrence traditionnelle, se révélant ainsi un moyen rationnel pour diminuer les coûts de l'acheteur public, tout en réalisant les objectifs poursuivis<sup>145</sup> ». Avant d'ajouter qu'« il n'en reste pas moins que la procédure en cause est moins favorable à l'objectif de transparence des marchés<sup>146</sup> ».

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, « les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le traité dans le secteur des marchés publics des travaux doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Sous peine de priver les directives en cause de leur effet utile, les États membres ne sauraient, dès lors, prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par les directives (...) ou assortir les hypothèses expressément prévues par ces directives de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé<sup>147</sup> ».

Du côté des subventions, la section de législation du Conseil d'État est loin d'accepter l'utilisation du contrat de subvention au sens strict puisque selon elle, l'octroi de subvention est, par nature, un acte unilatéral, interdisant de ce fait, le recours au contrat autre que simplement accessoire à la décision unilatérale. Ainsi, la section de législation du Conseil d'État fait sienne la thèse du caractère unilatéral de la décision d'octroi selon laquelle les pouvoirs publics et eux seuls seraient en mesure, dans le respect des conditions essentielles fixées par le texte instituant la subvention, de déterminer l'éligibilité de la demande et d'octroyer la subvention<sup>148</sup>. Néanmoins, elle tempère immédiatement ses propos en admettant que « la définition plus complète de son objet ou certaines modalités d'octroi

<sup>144</sup> A. MATTERA, "Vers un Code européen des marchés publics", *R.D.U.E.*, 2000, p. 542.

<sup>145</sup> Livre vert de la Commission du 27 novembre 1996, « Les marchés publics dans l'union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », *Documents – COM (96) 583 final*, p. 12.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>147</sup> C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. République italienne*, aff. C-337/05, pts 56-58.

<sup>148</sup> J. DE BEYS, B. GORS et C. THIEBAUT, *op. cit.*, p. 276.

(soient) précisées dans des actes accessoires en forme synallagmatique<sup>149</sup>. ». Comme nous le verrons plus bas, cette façon de procéder bien que plus consensuelle que la décision unilatérale d'octroi autorise une négociation moins large que la convention de subvention au sens strict puisque restant *in fine* formalisée dans une décision unilatérale.

#### **Section 4. L'objet et le but des négociations dans la procédure négociée et les conventions de subvention au sens large**

##### *§1. L'objet de la négociation en matière de procédure négociée*

Deux thèses s'opposent concernant l'objet de la négociation en matière de procédure négociée.

La première thèse soutenue notamment par Ann Lawrence Durviaux<sup>150</sup> s'appuyant sur l'article 30, 2 à 4 de la directive 2004/18 considère que les pouvoirs adjudicateurs engagent des tractations avec les soumissionnaires au sujet des offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont mentionnées dans l'avis de marché, dans le cahier spécial des charges et dans les documents complémentaires éventuels. Ainsi dans une interprétation littérale de la disposition, seules les offres pourraient être négociées.

La deuxième thèse portée notamment par Philippe Flamme<sup>151</sup> et David D'Hooghe<sup>152</sup> estime que la définition de la procédure négociée autorise le pouvoir adjudicateur à négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs soumissionnaires. Dès lors, il s'en déduirait que les documents du marché sont *a priori* susceptibles d'être adaptés en fonction du résultat des pourparlers.

En tenant compte de ces deux thèses, il faudrait alors imaginer que le pouvoir adjudicateur puisse adopter deux types d'attitudes :

- Soit il ne conçoit des négociations que sur les offres déposées comme cela est préconisé par la première thèse : dans ce cas, à aucun moment de la procédure, il ne sera question de discuter

---

<sup>149</sup> Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 43.143/ 4 du 16 mai 2007 sur un avant projet d'ordonnance visant à associer les communes dans le développement économique de la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc.*, Parl. RBC, sess.. 2006-2007, A-383/1, p. 16.

<sup>150</sup> A.-L. DURVIAUX, « La procédure négociée : spécificité, opportunités et contraintes », in *Actualités du droit des marchés publics*, sous la direction de D. RENDERS et K. WAUTERS, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109-110.

<sup>151</sup> Ph. FLAMME, M-A FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 214.

<sup>152</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, pp. 291-292.

un changement du cahier des charges ; les clauses du cahier spécial des charges seront considérées jusqu'à la conclusion du marché comme intangibles dans leur intégralité.

- Soit, il reconnaît que la négociation puisse l'amener à modifier, avant même la conclusion du marché, certaines des clauses du cahier spécial des charges : dans ce cas, il est préférable de l'indiquer en des termes exprès dans le cahier des charges lui-même. Il n'est pas impossible non plus que le pouvoir adjudicateur décide de faire le départ dans le cahier des charges entre les clauses négociables et les clauses intangibles, pour autant que la distinction apparaisse visiblement<sup>153</sup>.

## §2. L'objet des négociations dans les conventions de subvention au sens large

A propos des conventions de subvention au sens large, le contenu de la négociation devra être distingué selon que l'on se trouve tantôt devant une convention accessoire modalisant l'octroi (A.) tantôt devant une convention de subvention au sens strict (B.). Nous confronterons chacune de ces conventions aux thèses traitant de l'objet des négociations en matière de procédure négociée.

### A. La convention accessoire modalisant la décision unilatérale d'octroi de la subvention

Dans le cadre de la convention accessoire à une décision unilatérale d'octroi de la subvention, une sous-division doit être opérée en fonction de la souplesse autorisée par la norme instituant la subvention :

- Dans la première hypothèse, le pouvoir subsidiant joint à la décision individuelle d'octroi de la subvention qui est notifiée au bénéficiaire, un projet de convention<sup>154</sup> ; il incombe alors à ce dernier de le compléter et de le renvoyer.

Dans cette première situation, le contrat accessoire à la subvention prend la forme d'un contrat d'adhésion<sup>155</sup>. Dans de telles conditions, il paraît mal aisé de ne pas y voir un acte essentiellement unilatéral, même si formellement nous avons à faire à une convention signée par les deux parties. Ici contrairement à ce qu'il se passe avec la procédure négociée, la négociation n'est pas possible

---

<sup>153</sup> J-M VAN BOL, *Les particularités de la passation des marchés en procédure négociée*, séminaire du 5 novembre 2008, Formation en management communal, Erap-ULB cité par Ph. FLAMME, M-A FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 214.

<sup>154</sup> Voy. notamment, Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2008 relatif aux aides à l'encadrement et à la transmission du savoir, *M.B.*, 14 août 2008, art. 21, §1er, alinéa 1er.

<sup>155</sup> Dénomination doctrinale générique regroupant tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (ici le bénéficiaire de subvention) consiste à accepter une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion préalable, adhérant par la même occasion aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (ici l'autorité subsidiaire. (G. CORNU (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2007, p.26).

et dès lors nous nous écartons radicalement des deux thèses ayant cours en procédure négociée.

- Dans la seconde hypothèse, en fonction de la marge de manoeuvre offerte par le texte instituant la subvention, le subsidiant et le subsidiaire pourraient négocier le contenu de la convention mettant en oeuvre la décision unilatérale pour autant qu'ils respectent les conditions imposées notamment par l'acte d'octroi<sup>156</sup>. Nous pouvons tirer un parallèle partiel entre cette situation et la seconde thèse de la procédure négociée puisqu'ici, le pouvoir subsidiant, par l'adoption de son acte administratif unilatéral sur les conditions essentielles d'octroi, met en exergue dès le départ les conditions d'octroi qui seront intangibles- les conditions essentielles d'octroi- et celles qui seront négociables- les conditions d'octroi « secondaires »-. Cependant, il ne semble pas dans ce cas que les négociations porteront sur le projet contenu dans la demande.

Comme nous le verrons tout de suite avec la convention au sens strict, le contenu de la négociation, c'est-à-dire les éléments pouvant être négociés entre subsidiant et subsidiaire, est beaucoup moins large. En effet, bien souvent les éléments négociables dans les conventions accessoires à une décision unilatérale de subvention le seront également dans les conventions de subvention au sens strict. Sans prétendre à l'exhaustivité, pourront la plupart du temps être négociés les délais dans lesquels l'activité subsidiaire sera mise en route, les modalités de liquidation de la subvention, les modalités du contrôle de la correcte affectation de la subvention, les pièces justificatives à fournir.

## B. La convention de subvention au sens strict

La marge de négociation aboutissant à une convention de subvention au sens strict pourrait s'avérer très large dans la mesure où l'assemblée délibérante du pouvoir subsidiant ayant voté la loi organique de subvention décide d'habiliter le pouvoir exécutif à préciser les conditions et les modalités d'octroi de la subvention aussi bien essentielles qu'accessoires. Ainsi, rien n'empêcherait le pouvoir exécutif d'attribuer la subvention par convention et de négocier avec l'aspirant bénéficiaire des activités à subsidier, des éléments qui permettent de déterminer le montant, en plus des éléments qui peuvent déjà être négociés dans le cadre d'une convention accessoire modalisant l'octroi de subvention. Cette façon de négocier se rapproche, à notre estime, très fortement de la thèse défendue par Philippe Flamme et David D'Hooghe puisque aussi bien la demande de subvention que les

---

<sup>156</sup> Voy., par ex., Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 janvier 2010 portant exécution de l'ordonnance du 26 mars 2009 visant à promouvoir la recherche, le développement et l'innovation, *M.B.*, 2 février 2010, art. 15 et 17.

conditions d'octroi pourront être discutées. Et tout comme en matière de procédure négociée, l'invitation à négocier doit se trouver dans les documents de marchés à des fins de publicité, ici cette dernière se trouvera dans les dispositions de la loi organique qui habilite le pouvoir exécutif à préciser les conditions d'octroi et à pouvoir octroyer des subsides par voie conventionnelle.

Il y a donc une forte ressemblance entre convention de subvention au sens strict et procédure négociée.

## **Chapitre 7. Les délais dans les procédures d'octroi de subvention et d'attribution de marché public**

En matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'est pas forcé d'attribuer le marché dans un délai strict, dans la mesure où la réglementation ne contient pas de délai particulier endéans lequel une décision au sujet de l'attribution du marché doit être adoptée. Cependant, le pouvoir adjudicateur ne devra pas oublier que la validité des offres est limitée dans le temps. Par conséquent, si l'attribution du marché a lieu après le délai de validité des offres, certaines mesures particulières devront s'appliquer de façon à permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché, moyennant éventuellement une augmentation de prix ou une modification de l'offre justifiée<sup>157</sup>.

Dans le domaine des subventions, les textes peuvent prévoir des délais endéans lesquels l'autorité doit se prononcer sur la subvention. La question de la sanction de leur dépassement se pose alors nécessairement. A ce propos deux hypothèses sont à distinguer.

Soit les textes sanctionnent le dépassement du délai, celui-ci devra alors être qualifié de délai de rigueur. Autrement dit une fois le délai expiré, le pouvoir subsidiant n'est plus apte pour statuer et toute décision qui surviendrait au-delà de ce délai devrait être tenue pour illégale. Ainsi passé ce délai, la subvention est réputée refusée ou accordée.

L'application de délai de rigueur au marché public ne nous semble pas envisageable car il n'existe pas d'obligation d'attribuer un marché. En effet, il est acquis depuis la loi du 14 juillet 1976 et repris à l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993 que le pouvoir adjudicateur, quelque soit la procédure d'attribution adoptée, a la faculté de ne pas poursuivre une procédure qu'il a entamée. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, en suivant, au besoin, un

---

<sup>157</sup> C.E., 18 juin 2007, *S.A.R.L. de droit congolais Afrique-éditions*, n° 172.400.

autre mode. En outre, nous ne voyons pas vraiment comment un marché pourrait être attribué sans comparaison des offres.

Soit le délai n'est assorti d'aucune sanction. Il s'agit alors d'un délai d'ordre. Son écoulement n'a pas pour effet de rendre incompétente l'autorité subsidiaire. Mais même dans cette hypothèse, le pouvoir subsidiant ne peut laisser courir indéfiniment le temps concernant sa prise de décision si sa compétence est obligatoire. Il sera, alors, contraint de statuer dans un délai raisonnable.

Le pouvoir subsidiant veillera d'autant plus à respecter le délai d'ordre qu'il pourrait se voir réclamer par le bénéficiaire de la subvention, une fois celle-ci octroyée, une somme ayant pour objet de compenser le retard dans la prise de décision<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Pour un exemple, voy. Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2008 relatif à l'aide aux entreprises destinées à l'accueil de la petite enfance, *M.B.*, 14 août 2008, art. 10, §2, al.2.

## **Conclusion**

Le travail réalisé a eu pour objectif de démontrer que malgré les ressemblances frappantes entre marchés publics et subventions, il était possible de distinguer ces deux concepts.

Ainsi, sur le plan matériel, en décortiquant de façon plus approfondie, ces deux modes d'actions de l'administration, nous avons pu les différencier par le but poursuivi par la personne de droit public. Alors qu'un marché public cherche à satisfaire un besoin propre au pouvoir adjudicateur en payant un prix qui constitue la contrepartie d'une prestation ; la subvention cherche à encourager le développement d'une activité qui répond à une finalité d'intérêt public par la remise d'une somme d'argent sans contrepartie.

Une autre façon de bien distinguer ces deux concepts est de chercher la personne ayant pris l'initiative de lancer le projet. En l'occurrence, il s'agit de savoir si c'est la personne de droit public qui a déterminé les besoins à satisfaire- hypothèse du marché public-ou au contraire s'il s'agit d'un tiers qui espère pouvoir compter sur une intervention financière des pouvoirs publics afin de mener à bien son projet – hypothèse de la subvention.

Ensuite, l'approche procédurale de l'étude comparative nous a permis de mettre en exergue le fait que les procédures d'attribution ordinaires des marchés publics ne s'éloignaient pas tellement sur le plan des modalités de la procédure ordinaire d'octroi des subventions. Ainsi appel d'offres et décision unilatérale d'octroi ne s'opposent pas littéralement. Ensuite, nous avons vu la catégorie des procédures exceptionnelles d'attribution qui regroupe la procédure négociée des marchés publics et les contrats de subventions au sens large. Dans un premier temps, nous avons relativisé l'importance de leur utilisation puisque ces procédures ne peuvent être utilisées que dans des cas et des conditions bien circonscrites par la loi. Nous avons alors démontré que les procédures exceptionnelles présentant le plus de similarités au niveau de l'objet des négociations était la procédure négociée des marchés publics et le contrat de subventions au sens strict.

Dès lors, le seul avantage que nous voyons de renommer un marché public en subvention pour le pouvoir public est la possibilité qui lui est offerte de faire fi de la réglementation sur les marchés publics et d'ainsi attribuer discrétionnairement à quelques privilégiés des activités d'intérêt public.

# Bibliographie

## I. Législation et documents officiels

### Législation européenne

#### Document préparatoire

Livre vert de la Commission du 27 novembre 1996, « Les marchés publics dans l'union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir », *Documents* – COM (96) 583 final.

#### Règlements, directives

- Règlement (C.E.), n°1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *J.O.U.E.*, n° L 248 du 16 septembre 2002.

-Directive (C.E), n°2004/17, du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 31 mars 2004.

- Directive (C.E.), n°2004/18, du Parlement européen et du Conseil du 30 avril 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, n° L 134/132 du 30 avril 2004.

- Règlement (C.E.) n° 1080/ 2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relatif au Fonds européen de développement régional et abrogeant le règlement ( CE) n° 1783/ 1999, *J.O.U.E.*, n° L. 210/1 du 31 juillet 2006.

- Directive(C.E.E) 92/50, du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.U.E.*, n° L. 209 du 24 juillet 1992.

## **Législation belge**

### Lois, décrets, ordonnances et arrêtés réglementaires

- C. pén.
- Loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 1921.
- C.W.A.T.U.P.E.
- Loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et régions, *M.B.*, 17 janvier 1989.
- Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services , *M.B.*, 22 janvier 1994.
- Loi du 17 février 2002 approuvant la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *M.B.*, 15 mai 2002.
- Loi du 16 mai 2003 fixant les dispositions générales applicables aux budgets, au contrôle des subventions et à la comptabilité des communautés et des régions, ainsi qu'à l'organisation du contrôle de la Cour des comptes, *M.B.*, 25 juin 2003.
- Décret de la Région wallonne du 11 mars 2004 relatif aux incitants destinés à favoriser la protection de l'environnement et l'utilisation durable de l'énergie, *M.B.*, 8 avril 2004.
- C.O.B.A.T.
- C.W.A.D.E.L.
- Ordonnance organique de la Région de Bruxelles-Capitale du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle, *M.B.*, 23 mars 2006.
- Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et

de services, *M.B.*, 15 février 2007.

- Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2008 relatif aux aides à l'encadrement et à la transmission du savoir, *M.B.*, 14 août 2008.

- Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 juin 2008 relatif à l'aide aux entreprises destinées à l'accueil de la petite enfance, *M.B.*, 14 août 2008.

- Arrêté du Gouvernement wallon du 30 avril 2009 relatif aux indemnités et subventions dans les sites Natura 2000, *M.B.*, 14 juillet 2009.

- Décret de la Communauté française du 30 avril 2009 relatif au développement des pratiques de lecture organisé par le réseau public de la lecture et les bibliothèques publiques, *M.B.*, 5 novembre 2009.

- Loi du 23 décembre 2009 contenant le Budget général des dépenses pour l'année budgétaire 2010, *M.B.*, 3 février 2010.

- Arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 21 janvier 2010 portant exécution de l'ordonnance du 26 mars 2009 visant à promouvoir la recherche, le développement et l'innovation, *M.B.*, 2 février 2010.

- Arrêté du Gouvernement wallon du 21 octobre 2010 visant à octroyer une prime pour l'installation d'un chauffe-eau solaire et abrogeant l'arrêté du Gouvernement wallon du 27 novembre 2003 visant à octroyer une prime pour l'installation d'un chauffe-eau solaire, *M.B.*, 25 novembre 2010.

- Arrêté royal du 27 octobre 2010 octroyant une subvention à APOPO, *M.B.*, 22 novembre 2010.

- Besluit van 29 oktober 2010 van de Vlaamse Regering tot toekenning van steun aan energieconsulentenprojecten, *M.B.*, 23 novembre 2010.

- Arrêté-royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011.

## Travaux parlementaires

- Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n°33.745/4 du 30 octobre 2002 sur un avant-projet de décret cadre relatif à la reconnaissance et au subventionnement du secteur professionnel des arts de la scène, *Doc.*, Parl. Comm. fr., sess. 2002-2003, n° 359/ 1, p. 47 à 55.
- Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 43.143/ 4 du 16 mai 2007 sur un avant projet d'ordonnance visant à associer les communes dans le développement économique de la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc.*, Parl. RBC, sess.. 2006-2007, A-383/1, p. 12 à 18.

## Rapports de la Cour des comptes

- COUR DES COMPTES, 158<sup>ème</sup> Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes à la Chambre des Représentants (fasc. Ier), sess. ord., 2001-2002, disponible sur <https://www.ccrek.be>.
- COUR DES COMPTES, 159<sup>ème</sup> Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes à la Chambre des Représentants (fasc. Ier), sess ord. 2002-2003, disponible sur <https://www.ccrek.be>.
- COUR DES COMPTES, 162<sup>ème</sup> (17<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon (fasc. Ier), *Doc. parl.*, Parl. wall., sess. ord. 2005-2006, n° 293/1.
- COUR DES COMPTES, 164<sup>ème</sup> (19<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon ( fasc. Ier), *Doc. parl.*, Parl. wall., sess. ord. 2007-2008, n° 667/1.
- COUR DES COMPTES, 167<sup>ème</sup> (22<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon (fasc.1<sup>er</sup>), *Doc. parl.*, Parl. wall.,sess. ord. 2010-2011, n°314/1.

## **II. Doctrine**

### Ouvrages

BATSELE (D.), MORTIER (T.), SCARCEZ (M.), *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

BEN MESSAOUD (S.), BOUVIER (Ph.), GALLEZ (L.) et VAN DER MAREN (N.), « Le régime d'institutionnalisation », in *Les subventions*, RENDERS (D.) (sous la direction de), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 163- 214.

BERTHOLOME (A.) et alii, «Fiche 6- Les finances communales - Les dotations », *Focus sur la commune. 100 fiches pour une bonne gestion communale*, [http:// www.uvcw.be](http://www.uvcw.be) (29 avril 2013).

BRECHON- MOULENES (Ch.) et alii, *Droit des marchés publics*, vol. II ,Paris, Ed. Le Moniteur, 1993.

CORNU ( G.) ( sous la direction de ), *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 2007.

D'HOOGHE, (D.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009.

D'HOOGHE (D.) et VANDENDRIESSCHE (F.), *Publieke-Private Samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2003.

DAERDEN (M.) et DUMAZY (W.), *Les finances publiques de la nouvelle Belgique fédérale*, Bruxelles, Ed. Labor, 1992.

DE BEYS (J.), GORS (B.), THIEBAUT (C.), « La procédure d'octroi des subventions », in *Les subventions*, RENDERS (D.) (sous la direction de), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 215- 402.

DEOM (D.), « Le pouvoir discrétionnaire vieillard chancelant ou force vive du droit administratif », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 199- 218.

DUBOIS (Ch.), « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », *Chroniques des marchés publics 2008- 2009*, Bruxelles ,E.B.P., 2008, pp. 516-532.

DURVIAUX (A.-L.), « La procédure négociée : spécificité, opportunités et contraintes », in *Actualités du droit des marchés publics*, RENDERS (D.) et WAUTERS (K.) (sous la direction de), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 79-170.

FLAMME (M.-A.), *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989.

FLAMME (Ph.), M-A FLAMME (M-A), C. DARDENNE (C.), *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 2009.

KISTLER (B.), *Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales*, Lausanne, Nouvelle Bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1956.

MALHERBE (J.), DE CORDT (Y.), LAMBRECHT (Ph.), PH. MALHERBE (Ph.), *Droit des sociétés. Précis. Droit européen. Droit belge*, 4<sup>e</sup> éd., Bibliothèque de la faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Bruylant, 2011.

NIHOUL (P.), « Le principe d'égalité dans les marchés publics et les contrats publics », in *Liber amicorum R. Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 497-530.

NIHOUL (P.), JOASSART (M.) et PIJCKE (G.), «Le contrôle juridictionnel », in *Les subventions*, sous la direction de D. RENDERS, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 743- 826.

PAQUES (M.), *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991.

QUERTAINMONT (Ph.), «Le rôle économique et social des marchés publics », in *Les marchés publics à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

QUERTAINMONT (Ph.), *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Kluwer, 2007.

QUERTAINMONT (Ph.), *Droit public économique. Interventionnisme économique des pouvoirs publics*, 4ème éd., Waterloo, Kluwer, 2007.

QUERTAINMONT ( Ph.), *Problèmes actuels de l'administration publique. Chapitre II- Les subventions*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, P.U.B., 2008-2009/4.

RENDERS (D.), BOMBOIS (T.) et VANSNICK (L.), " La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aides d'Etat", in D. RENDERS (dir.) *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp.

11-162.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2006.

SALMON (J.), *Les subventions*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

SCHULTZ (P.), *Eléments du droit des marchés publics*, Paris, L.G.D.J., 1996.

THIEL (P.), *Mémento des marchés publics et des PPP 2012*, Waterloo, Kluwer, 2011.

VAN BOL (J-M), *Les particularités de la passation des marchés en procédure négociée*, séminaire du 5 novembre 2008, Formation en management communal, Erap-ULB.

X., *Environnement : Taxes et Subsidies*, Bruxelles, Kluwer, 2004.

X., *Le petit Larousse illustré 2014*, Paris, Larousse, 2013.

### **Revues**

ANDERSEN (R.), « Les conventions sectorielles en droit de l'environnement », *Amén.*, n° spécial, 1997, pp. 32-39.

CRABBE (V.), "La journée administrative de Maestricht", *R.I.S.A.*, 1952, pp. 283-320.

DESTERBECQ- FORBELETS (H.), "Le contrôle externe de l'octroi des aides étatiques aux entreprises privées en Belgique", *A.P.T.*, 1978-1979, pp. 277-299.

MATTERA (A.), "Vers un Code européen des marchés publics", *R.D.U.E.*, 2000, pp. 523-570.

MOREAU (D.), « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service publics », *A.J.D.A.*, 2002, pp 902-907.

NIHOUL (P.), JOASSART (M.) et WILLEMART (E.), « Le Conseil d'Etat- Chronique de jurisprudence 2008 », *Rev. b. dr. const.*, 2009, pp. 253-337.

NIHOUL (P.), «La notion de "marché public" : éléments transversaux et matériels », *M.C.P.*, 2011, pp. 5-36.

OLIVIER (F.), « Saint-Denis : décor d'un match singulier autour des critères de sélection ! », note sous Trib. adm. Cergy-Pontoise du 23 janvier 2001, *Contrats et marchés publics*, novembre 2001, <http://www.lexisnexis.fr>.

QUERTAINMONT (Ph.), "Les contrôles financiers", in *Les contrôles administratifs et financiers*, *Rev. dr. ULB*, 2008/ 37, pp. 13-50.

VAN DER MAREN (N.) , "Les subventions des pouvoirs publics", in *Guide droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 11-46.

X., "Le rapport sur l'activité des commissions spécialisées des marchés en 2001", *La revue de l'achat public – Marchés publics*, 2002/3, p. 28.

### **III. Jurisprudence**

#### **Jurisprudence belge**

Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, I, p. 825

Bruxelles, 14 avril 1994, R.G. 93KR548, [http:// www.juridat.be](http://www.juridat.be)

Tous les arrêts sont consultables sur <http://www.raadvst-consetat.be>

C.E., 29 novembre 1990, *S.A. Edgard Halin & fils*, n° 35.913.

C.E., 31 août 1994, *A.S.B.L. Association protestante des volontaires de la coopération*, n° 48.839.

C.E., 5 mai 2000, *A.S.B.L. CRASC*, n° 87.075.

C.E., 11 février 1998, *S.A. Travaux et crts*, n° 71.154.

C.E., 18 juin 2007, *S.A.R.L. de droit congolais Afrique-éditions*, n° 172.400.

C.E., 19 mars 2008, *S.A. Etablissement Deltenre*, n°181.352.

Tous les arrêts de la Cour constitutionnelle sont consultables sur <http://www.const-court.be/>

C.A., arrêt n° 35/ 98 du 1er avril 1998.

C.A., arrêt n° n°121/98 du 3 décembre 1998.

C.A., arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002.

C.A., arrêt n° 63/2005 du 23 mars 2005.

C.A., arrêt n° 31/2007 du 21 février 2007.

C. const., arrêt n° 42/ 2008 du 4 mars 2008.

### **Jurisprudence française**

C.A.A. fr., Marseille, 20 juillet 1999, *A.J.D.A.*, p. 226.

C.E. fr., 6 juillet 1990, CODIAC, *Marchés publics*, n°4, 2001, p. 4.

### **Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne**

Tous les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sont consultables sur <http://www.curia.eu/>

C.J.C.E., 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94.

C.J.C.E., 24 septembre 1998, *Tögel*, aff. C-76/ 97.

C.J.C.E., 17 décembre 1998, *Connemara Machine Turf*, aff. C-306/97.

C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

C.J.C.E., 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99.

C.J.C.E., 18 octobre 2001, *SI AC*, aff. C-19/00.

C.J.C.E., 18 juin 2002, *H.I.*, aff. C-92/00.

C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia Bus*, aff. C-513/99.

C.J.C.E., 19 juin 2003, *GAT*, aff. C-315/01.

C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Traunfellner*, aff. C-421/ 01.

C.J.C.E., 4 décembre 2003, *E.V.N. et Wienstrom*, aff. C-448/01.

C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/ 03.

C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, aff. C-84/ 03.

C.J.C.E., 3 mars 2005, *Fabricom*, aff. C- 21/03 et C-34/03.

C.J.C.E., 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, aff. C-234/03.

C.J.C.E., 9 février 2006, *La Cascina*, aff. C-226/04.  
C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04.  
C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo*, aff. C-295/05.  
C.J.C.E., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/ 03.  
C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Empresas*, aff. C- 220/06.  
C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C- 532/03.  
C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. République italienne*, aff. C-337/05.  
C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.

## Tables des matières

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| <b>Introduction.....</b> | <b>3</b> |
|--------------------------|----------|

|                                                                                        |          |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b><u>Partie I : L'analyse des concepts de subvention et de marché public.....</u></b> | <b>4</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----------|

|                                              |          |
|----------------------------------------------|----------|
| <b><u>Chapitre 1. La subvention.....</u></b> | <b>4</b> |
|----------------------------------------------|----------|

|                                                                                              |          |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b><u>Section I. L'allocation d'argent à fonds perdus. L'objet de la subvention.....</u></b> | <b>4</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------|

|                              |   |
|------------------------------|---|
| §1. Une aide financière..... | 4 |
|------------------------------|---|

|                                                   |   |
|---------------------------------------------------|---|
| §2. Une allocation d'argent "à fonds perdus"..... | 5 |
|---------------------------------------------------|---|

A. Un décaissement

B. Un décaissement définitif

|                                                          |          |
|----------------------------------------------------------|----------|
| <b><u>Section II. Les pouvoirs subsidiaires.....</u></b> | <b>6</b> |
|----------------------------------------------------------|----------|

|                                                                                  |   |
|----------------------------------------------------------------------------------|---|
| §1. Personnes de droit public et occasionnellement personnes de droit privé..... | 6 |
|----------------------------------------------------------------------------------|---|

|                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| §2. Répartition des compétences..... | 6 |
|--------------------------------------|---|

|                                                                  |          |
|------------------------------------------------------------------|----------|
| <b><u>Section III. Le bénéficiaire de la subvention.....</u></b> | <b>7</b> |
|------------------------------------------------------------------|----------|

|                              |   |
|------------------------------|---|
| §1. Bénéficiaire public..... | 8 |
|------------------------------|---|

|                                  |   |
|----------------------------------|---|
| §2. Bénéficiaire associatif..... | 8 |
|----------------------------------|---|

|                                                                                         |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b><u>Section IV. Action jugée utile pour la poursuite de l'intérêt public.....</u></b> | <b>8</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------|

|                                                       |   |
|-------------------------------------------------------|---|
| §1. Une action initiée par la personne subsidiée..... | 9 |
|-------------------------------------------------------|---|

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| §2. Une action à venir..... | 9 |
|-----------------------------|---|

|                                                 |   |
|-------------------------------------------------|---|
| §3. Une action promouvant l'intérêt public..... | 9 |
|-------------------------------------------------|---|

|                                                              |           |
|--------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Chapitre 2 : La notion de "marché public".....</u></b> | <b>10</b> |
|--------------------------------------------------------------|-----------|

**Section I : Un contrat.....11**

*§1. L'exercice d'une compétence émanant de la loi.....11*

*§2. Un acte administratif unilatéral prescrivant des obligations à la seule charge de l'opérateur.....11*

**Section II : Les parties au marché.....12**

*§1. Deux personnes distinctes.....12*

*§2. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.....13*

**Section III : L'objet du marché.....14**

*§1. La définition de l'objet.....14*

*§2. Les marchés de travaux.....14*

*§3. Les marchés de fournitures.....15*

*§4. Les marchés de services.....15*

**Partie II : Comparaison matérielle entre marché public et subvention .....16**

**Chapitre 1. La présence ou l'absence d'une contrepartie directe et immédiate pour la personne de droit public.....18**

**Chapitre 2. La comparaison entre les pouvoirs adjudicateurs et les pouvoirs subsidants .....20**

**Chapitre 3. L'initiative du projet.....21**

**Chapitre 4. Le fondement juridique.....24**

|                                                                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b><u>Partie III : La comparaison des procédures d’attribution des marchés publics et des subventions</u></b> .....                                                        | 25 |
| <b><u>Chapitre 1 : Une distinction nécessaire et préalable au sujet de la procédure d’octroi des subventions : Compétence discrétionnaire vs compétence liée</u></b> ..... | 26 |
| <b><u>Chapitre 2 : Le principe d’égalité au sein des procédures d’attribution de marché public et de subvention</u></b> .....                                              | 27 |
| <b><u>Section I. Contenu général du principe</u></b> .....                                                                                                                 | 27 |
| <b><u>Section II. L’égalité et ses répercussions sur les modifications en cours de procédure</u></b> .....                                                                 | 29 |
| <i>§1. Les documents du marché et l’acte instituant la subvention</i> .....                                                                                                | 29 |
| <i>§2. Les offres et les demandes de subvention</i> .....                                                                                                                  | 31 |
| <b><u>Chapitre 3 : La pluralité des procédures d’attribution face au choix du pouvoir public</u></b> .....                                                                 | 32 |
| <b><u>Chapitre 4 : La sélection qualitative des candidats à un marché public face à l’agrément en matière de subvention</u></b> .....                                      | 33 |
| <b><u>Section 1 : Considérations générales à propos de la sélection qualitative et de l’agrément</u></b> .....                                                             | 33 |

|                                                                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 2. Les conditions d'accès aux marchés publics et exclusions comparées aux conditions d'agrément en matière de subvention.....</u></b> | <b>35</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

## **Chapitre 5 : Les modes de passation ordinaires des marchés publics comparés à l'acte administratif unilatéral d'octroi de subvention.....**

|                                                                                  |           |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 1. L'adjudication et la décision unilatérale d'octroi.....</u></b> | <b>37</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                    |           |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 2. L'appel d'offres et la décision unilatérale d'octroi.....</u></b> | <b>38</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

## **Chapitre 6 : La procédure négociée des marchés publics et les contrats de subvention au sens large. Comparaison des procédures exceptionnelles d'attribution.....**

|                                                                                                                |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 1. Quelques explications préliminaires sur les contrats de subvention au sens large.....</u></b> | <b>40</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 2. Le recours limité à ces procédures d'attribution.....</u></b> | <b>41</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                                                                         |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 3. La réticence farouche des institutions européennes et du Conseil d'État à l'utilisation de ces procédures.....</u></b> | <b>42</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Section 4. L'objet et le but des négociations dans les procédures négociées et les conventions de subventions au sens large.....</u></b> | <b>43</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>§1. L'objet de la négociation en matière de procédure négociée.....</i> | <i>43</i> |
|----------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                            |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>§2. L'objet des négociations dans les conventions de subventions au sens large.....</i> | <i>44</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

- A. La convention accessoire modalisant la décision unilatérale d'octroi de la subvention
- B. La convention de subvention au sens strict

|                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><u>Chapitre 7. Les délais dans les procédures d’octroi de subvention et d’attribution de marchés public.....</u></b> | <b>46</b> |
| <b>Conclusion.....</b>                                                                                                  | <b>48</b> |
| <b>Bibliographie.....</b>                                                                                               | <b>49</b> |
| <b>Table des matières.....</b>                                                                                          | <b>59</b> |