



LES FINANCEMENTS CROISÉS PUBLIC/PRIVÉ HORS COMMANDE PUBLIQUE

Par Marianne Hauton et Marion Terraux, avocates au cabinet Seban & Associés

■ Comment sécuriser l'attribution d'une subvention au regard du droit de la commande publique ?

La subvention est l'attribution d'une contribution facultative, financière ou en nature (mise à disposition de biens, de locaux) pour contribuer à la réalisation d'un projet ou d'une activité présentant un intérêt général. Elle se distingue de la commande publique en particulier par les éléments suivants :

- l'initiative, la définition et la mise en œuvre de l'activité ou du projet relèvent du seul bénéficiaire de l'aide ;
- l'activité ou le projet n'a pas vocation à répondre à un besoin de la personne publique (ledit besoin pouvant correspondre à des prestations destinées à des tiers). À partir de 23000 €, l'octroi d'une subvention donne lieu à la conclusion d'une convention. La convention ne doit cependant pas organiser un contrôle trop étroit de la personne publique, qui renverrait à une commande publique. Selon le montant de la subvention, l'activité et l'opérateur concernés, la conformité du versement avec la réglementation des aides d'État doit également être vérifiée.

■ Quelle est l'utilité d'un appel à projets ?

Une subvention publique peut être attribuée en dehors de toute forme de procédure, ou alors au terme d'un appel à projets, organisé par la personne publique. Certains appels à projets sont également organisés non pas en préalable à l'attribution de subventions, mais en vue de la conclusion d'une convention non soumise à une procédure précisément encadrée par les textes ou encore à l'attribution d'un label. L'organisation d'un appel à projets par la personne publique permet d'atténuer le caractère discrétionnaire de l'attribution de subventions,

dès lors qu'il assure une publicité préalable et garantit donc un accès transparent aux aides publiques. L'appel à projets stimule les initiatives privées et élargit la liste des bénéficiaires potentiels.

Cependant, le risque de requalification en contrat de la commande publique est prégnant dans un appel à projets car la personne publique est amenée à préciser, en amont de l'attribution de la subvention, ses attentes.

■ Quels sont les écueils à éviter en cas d'organisation d'un appel à projets ?

Pour se prémunir contre le risque de requalification en contrat de la commande publique, deux écueils principaux doivent être évités :

- entrer de manière trop importante dans le détail des prestations attendues, ce qui révélerait l'existence d'un besoin à satisfaire et l'initiative publique du projet. La personne publique doit uniquement décrire un cadre général, mais pas la solution attendue ;
- calculer le montant de la subvention versée au regard des coûts supportés par le prestataire ou des coûts de l'activité mise en œuvre, afin d'éviter l'assimilation à un prix rémunérant une prestation.

Comme pour les subventions « simples », les clauses de la convention conclue ne doivent pas prévoir un mécanisme de contrôle trop précis, afin de ne pas être apparentée à un contrat de la commande publique. Enfin, l'ensemble des règles procédurales fixées par la personne publique doivent être respectées sauf à méconnaître le principe de transparence et risquer de fragiliser la procédure.

■ Une personne publique peut-elle bénéficier d'un don ou d'un legs ?

Même s'il est plus fréquent d'envisager l'hypothèse inverse dans laquelle c'est la personne publique

qui subventionne une activité, les personnes publiques sont effectivement susceptibles de recevoir des libéralités telles que des dons et des legs (les legs correspondant à une gratification consentie par testament). Les dons et legs figurent d'ailleurs parmi les recettes non fiscales susceptibles de figurer dans la section de fonctionnement du budget des collectivités. C'est à l'organe délibérant de la collectivité qu'il incombe de se prononcer sur l'acceptation des dons et legs, laquelle n'est pas obligatoire. L'exécutif a néanmoins la faculté de les accepter à titre conservatoire. Conformément aux principes applicables en droit privé, une personne publique peut être bénéficiaire d'une donation, grevée de certaines conditions et charges. Dans cette hypothèse, le non-respect des conditions posées engage la responsabilité de la personne publique.

■ Quels sont les points de vigilance à observer en cas de perception d'un don ou d'un legs par une personne publique ?

Une personne publique ne devrait accepter de dons ou de legs lorsqu'ils sont en nature et/ou grevés de conditions et charges, que s'ils se rattachent à l'exercice d'une compétence qu'elle détient. Par exemple, elle ne devrait pas accepter de recevoir un bien que ses compétences ne lui permettent pas d'utiliser ou un don grevé de conditions ou de charges dont la réalisation la conduirait à se livrer à des activités ne relevant pas de ses compétences. Par ailleurs, une personne publique percevant un don de la part d'une entreprise susceptible de candidater, ensuite, à l'attribution d'un contrat de la commande publique, devra veiller à ce qu'en aucun cas cette entreprise ne puisse être regardée comme ayant été favorisée en raison du versement de dons.

■ Qu'est-ce qu'une offre de concours ?

L'offre de concours est « un contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir, gratuitement, une participation à l'exécution de ces travaux » (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics). L'offrant est intéressé à l'opération de travaux à laquelle il décide de contribuer, financièrement ou en nature, afin d'en obtenir la réalisation. L'offre peut notamment avoir pour but de financer la réalisation de travaux d'extension des divers réseaux publics à destination de la propriété de l'offrant. La personne publique n'est pas obligée d'accepter l'offre de concours. Mais, une fois celle-ci acceptée, l'offrant est irrévocablement engagé. Les modalités d'acceptation ou de refus de l'offre de concours ne sont pas réglementées. Une vigilance particulière doit être observée lorsque l'offre de concours est concomitante à la délivrance d'une autorisation d'occupation des sols, dont elle pourrait apparaître comme une contrepartie illégale.

■ Les collectivités peuvent-elles intervenir dans le cadre de mécanismes de financement participatif ou « crowdfunding » ?

Le financement participatif ou « crowdfunding » offre la possibilité d'obtenir des financements, par l'intermédiaire d'une plateforme de financement participatif, pour financer des projets donnés. Les personnes publiques peuvent recourir à ce mode de financement pour leurs projets, mais uniquement dans les domaines limitativement énumérés par l'article D. 1611-39-2 du CGCT, à savoir « au profit d'un service public culturel, éducatif, social ou solidaire ». D'autres mécanismes de financement participatif associant per-

sonnes publiques et privées (et notamment les personnes physiques) existent également dans des domaines spécifiques tels que les projets de production d'énergies renouvelables (art. L. 314-28 C. énergie).

■ Quelle est la différence entre le mécénat et le parrainage ?

Le mécénat et le parrainage consistent à apporter un soutien matériel à un projet ou une activité. Cependant, le mécène ne bénéficie d'aucune contrepartie directe de la part du mécène, à la différence du parrain qui vise à retirer un bénéfice direct de l'opération. Celui-ci a en effet pour but d'effectuer sa promotion par son rattachement dans l'esprit du public à un évènement ou un projet.

Les deux notions emportent des incidences fiscales puisqu'elles ouvrent droit à des réductions d'impôt. Les personnes publiques peuvent bénéficier de mécénat et de parrainage, mais également être mécène ou parrain. Toutefois, là encore la vigilance est de mise s'agissant des risques de requalification en commande publique, en particulier dans l'hypothèse d'un parrainage dans la mesure où une contrepartie est retirée par le parrain. ●

Pluralité de mécanismes

Les financements croisés entre personnes publiques et privées recouvrent une pluralité de mécanismes, des plus anciens (offre de concours, par exemple) aux plus novateurs (comme le financement participatif). Si le maniement de ces outils appelle à une vigilance particulière pour prévenir tout risque de requalification, en particulier en contrat de la commande publique ou en aide d'État, les financements croisés conservent tout leur intérêt.