

PARTIE I
**Conception et régime juridique
du processus contractuel**

DEEL I
**Ontwerp en juridisch kader van
het contractuele proces**

La distinction entre subventions et marchés publics : enjeux, état des lieux et approche comparative

Norman VANDER PUTTEN

Kris WAUTERS

Mathilde VICTOR

Introduction

1. Les subventions et les marchés publics sont des instruments juridiques incontournables de la gestion publique. Par leurs aspects incitatifs, ils ont notamment en commun de pouvoir servir, à titre principal ou incident, des objectifs de soutien économique, de soutenabilité ou d'inclusion sociale.

L'un des éléments centraux dans la définition de ces instruments est la notion d'« intérêt général ». En effet, dans le cadre des marchés publics, l'une des parties contractantes est un pouvoir adjudicateur. Il s'agit dès lors généralement d'une entité qui gère des activités qui relèvent de l'intérêt général, lesquelles supposent l'exécution d'un certain nombre de prestations en matière de travaux, services et fournitures. Dans ce cadre, l'autorité choisit d'exécuter elle-même ces prestations ou d'en confier l'exécution à un tiers via la conclusion de marchés publics. En d'autres termes, l'octroi de marchés publics concourt à la réalisation de missions d'intérêt général au travers de relations contractuelles.

A contrario, les subventions visent traditionnellement plutôt des situations où l'initiative privée est pré-existante ou est en train d'émerger. L'autorité publique intervient en raison du fait que cette initiative peut servir l'intérêt général. Il y a, en ce sens, une certaine convergence entre intérêt général et intérêt privé : comme pour les marchés publics, l'objectif est, *in fine*, la réalisation de l'intérêt général. La différence réside toutefois dans le fait que dans la première situation, les pouvoirs publics utilisent un instrument de droit privé, à savoir la convention, alors que dans la seconde, l'instrument est en principe unilatéral et de droit public. Il en résulte que dans le cadre des marchés publics, le

droit privé trouve à s'appliquer¹, alors que dans le cas d'une subvention, la relation juridique est régie par le droit administratif, sauf à considérer cette dernière comme étant, elle aussi, contractuelle.

2. Nonobstant leur importance économique et sociétale, la distinction entre la subvention et le marché public est relativement peu discutée en doctrine. Pourtant, cette distinction est importante compte tenu du fait que le marché public fait l'objet d'une réglementation spécifique, alors que la subvention, en tout cas en Belgique, n'est pas encadrée par une législation à portée générale.

Les notions renvoient, intuitivement, à des réalités différentes : dans l'immense majorité des cas, la question de savoir si une opération doit être qualifiée de subvention ou de marché public ne suscitera pas de difficultés particulières. En effet, dans les mots de la Cour des comptes : « La finalité des subventions et des marchés est différente : par l'octroi d'une subvention, l'autorité publique intervient financièrement pour soutenir des activités qu'elle juge utiles à l'intérêt général ; par contre, lorsqu'elle conclut un marché, elle confie à un prestataire des tâches qu'elle juge nécessaires pour son propre fonctionnement »².

3. Une série de cas se situent cependant ~~sur~~ la frontière entre ces deux figures. D'un côté, des subventions visent régulièrement à générer certains comportements au travers d'un appel à projets, tout en étant conditionnées à des exigences relativement précises. De plus, la subvention a, par nature, un caractère hybride : elle se distingue de la libéralité par sa conditionnalité relative à la contribution à l'intérêt général, mais c'est précisément ce point qui la rapproche de la figure du marché public³. D'un autre côté, des marchés publics sont parfois passés par un pouvoir adjudicateur au bénéfice de tiers (locataires de logements sociaux, usagers de services de transport, bénéficiaires de formation professionnelles, etc.), et revêtent en réalité certaines des caractéristiques typiques de subventions. Ces éléments tendent à brouiller la ligne de démarcation entre ces deux opérations.

(1) Un des auteurs de la ~~présente contribution~~ démontre dans une autre **contribution** dans le **présent** ouvrage que l'importance du droit privé dans le cadre de l'exécution diminue : voy. S. RIXHON et K. WAUTERS, « L'exécution et la rupture des contrats conclus avec l'administration à l'aune de l'article 1^{er} du Livre premier du Code civil », pp. X. Voy. égal. K. WAUTERS, « De uitvoering en de beëindiging van overheidsovereenkomsten en artikel 1.1. NBW », in M. DELNOY, A. DETILLEUX, L. DONNAY, F. HAUMONT, M. VRANKEN et N. Van DAMME (coord.), *Liber amicorum Michel Pâques. Dire et faire le droit*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 739-754.

(2) COUR DES COMPTES, 25^e cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc.*, Parl. w., sess. ord. 2013-2014, n° 922/1, p. 81, cité par P. NIHOUL, « La notion de "marché public" : éléments transversaux et matériels », *Marchés et contrats publics*, 2011/1, p. 8.

(3) C. GALLO, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention. À propos de quelques décisions récentes », *R.F.D.A.*, 2022, pp. 477-489. Voy. égal. D. DE ROY, « Octroi d'aides et de subsides aux victimes économiques de la crise sanitaire et impact de la crise sanitaire sur les subventions octroyées », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19 : quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 626.

4. Au regard de ces cas limites, plusieurs auteurs ont récemment tenté de systématiser la maigre jurisprudence à ce sujet⁴. La présente contribution s'inscrit dans la droite ligne de ces analyses, en élargissant la focale. La première section réalise un état des lieux doctrinal et jurisprudentiel sur la question (I). La seconde section effectue ensuite une analyse de droit comparé de cette distinction entre subventions et marchés publics (II). À cette fin, elle examine successivement les définitions pertinentes, les enjeux et les critères distinctifs en droit français et néerlandais pour éventuellement en dégager quelques éléments utiles à la pratique belge.

I. La distinction subvention – marché public en droit belge : un état des lieux

5. La distinction entre marchés publics et subventions dépasse le simple exercice théorique : elle mérite d'être bien comprise au regard des enjeux qui la sous-tendent (A). La doctrine et la jurisprudence semblent retenir « l'intérêt économique direct » comme critère clé pour différencier les deux types de dépenses (B). Enfin, ~~une récente affaire~~ rendue par la Cour de justice, l'affaire *NFS*, a constitué une occasion manquée ~~afin~~ de clarifier ~~d'avantage~~ la distinction (C).

A. Enjeux pratiques de la distinction

6. Trois enjeux sous-tendent la ~~correcte qualification [intervenir l'ordre ?]~~ d'une opération en subvention ou en marché public. Ceux-ci sont brièvement décrits ci-dessous, notamment pour éviter une confusion, parfois présente en doctrine, entre le *régime applicable* aux deux figures et ~~les critères de différenciation~~ de celles-ci.

7. Premièrement, la requalification d'une subvention en marché public peut amener les juges à constater une violation de la procédure de passation des marchés publics⁵. L'hypothèse visée, qui correspond à l'essentiel des cas pour

(4) Voy. not. K. WAUTERS et T. VAN GAAL, « Toepassingsgebied wetgeving overheidsopdrachten: het mysterie verder ontsluit », *M.C.P.*, 2022/1, pp. 15-39 et M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 237-256.

(5) Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, *M.B.*, 14 juillet 2016. Voy. not. P. NIHOUL, « La notion de “marché public” : éléments transversaux et matériels », *Marchés et contrats publics*, 2011/1, p. 8. Quoi qu'il n'y ait à notre connaissance pas de jurisprudence sur ce point, une requalification pourrait également avoir un impact sur l'exécution de l'objet de la prestation

lesquels ces questions émergent, est la suivante : une subvention qui a été octroyée doit, en réalité, être conçue comme un marché public déguisé. Partant, la décision d'attribution n'a pas été prise dans le respect des exigences et selon les procédures imposées par la législation sur les marchés publics. En conséquence, l'opération peut être annulée à l'occasion d'un recours introduit par un soumissionnaire qui n'aurait pas été retenu⁶.

Cette pratique occasionnelle du recours à la fausse subvention pour s'éviter la procédure, plus lourde, de la passation d'un marché public a été dénoncée par la Cour des comptes dans le cadre de son contrôle de la légalité des dépenses publiques : elle a, dans certains cahiers d'observations, regretté « l'octroi de subventions facultatives basées sur des conventions avec un prestataire de services, là où la passation d'un marché public de services aurait dû intervenir »⁷. Relevons que l'octroi d'une subvention doit néanmoins respecter, de manière générale, le principe d'égalité et de non-discrimination⁸.

8. Deuxièmement, à l'inverse, la sortie du champ d'application matériel des marchés publics suite à une requalification en subvention peut faire échec à certains « avantages », procéduraux notamment, octroyés à l'une ou l'autre partie par la législation relative aux marchés publics. C'est notamment le cas concernant la procédure de suspension de l'exécution du marché.

En effet, la loi du 17 juin 2013 organise un régime contentieux spécifique pour le contentieux relatif aux marchés publics (et aux concessions), qui diffère du régime administratif de droit commun⁹. Ainsi, une instance de recours peut suspendre l'acte concerné en présence d'un « moyen sérieux ou d'une apparente illégalité », ceci « sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée »¹⁰. En d'autres termes, une requalification peut mener à écarter la présomption d'urgence¹¹. Dès lors, le Conseil d'État peut rejeter une demande en suspension au motif d'une absence

pour certains marchés (d'un montant supérieur à 30 000 euros) soumis aux règles générales d'exécution des marchés publics. Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, *M.B.*, 13 février 2013.

(6) Art. 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à l'information, à la motivation et aux voies de recours en matière de marchés publics, *M.B.*, 21 juin 2013.

(7) COUR DES COMPTES, 25^e cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc.*, Parl. w., sess. ord. 2013-2014, n° 922/1, p. 81. La critique n'a plus été émise par la Cour des comptes depuis lors à notre connaissance.

(8) Voy. not. S.L.C.E., avis n° 71.356/4 du 4 mai 2022, p. 4. Pour les subventions : voy. C.C., 5 mars 1996, 13/96 ; et S.L.C.E., avis n° 44.520/4 du 4 juin 2008.

(9) Voy. art. 14 à 27 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

(10) Art. 15, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 précitée. Comp. art. 17 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

(11) En ce sens, quoi que l'arrêt commenté ne concerne pas une subvention, voy. K. WAUTERS et J. EYLETEN, « L'intérêt économique direct : analyse du critère distinctif entre les opérations de cession de droits réels, des contrats qualifiés de marché public ou de concession de travaux », note

de démonstration d'une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation après avoir requalifié le marché public en subvention¹². De même, la loi du 17 juin 2013 permet à l'instance de recours de déclarer, dans certains cas, un marché « dépourvu d'effets »¹³, alors que ce mécanisme n'existe pas pour le contentieux relatif aux subventions.

Dans le même ordre d'idée, l'exécution d'un marché public est régie par des règles codifiées, qui ~~incluent~~ diverses sanctions spécifiques en cas de mauvaise exécution (notamment les mesures d'office). ~~Dans le cadre d'un marché public,~~ la prestation de l'~~opérateur économique~~ peut faire l'objet d'une exécution forcée, ~~par exemple~~. En cas de requalification, si le bénéficiaire d'une subvention ne respecte pas les conditions attachées à l'octroi de la subvention, seul un remboursement de la subvention est envisageable en principe¹⁴.

9. Troisièmement, toujours dans l'hypothèse, nettement plus rare, où un marché devrait être requalifié en subvention, la légalité de l'opération peut également être remise en cause au motif d'une absence de disposition législative qui l'autorise. En effet, contrairement aux marchés publics, les subventions doivent trouver leur fondement dans une législation¹⁵.

Cette exigence de légalité doit se concevoir comme une manière de donner corps au principe d'égalité : il s'agit notamment d'éviter une contractualisation des subventions¹⁶. La législation budgétaire et comptable consacre, du reste, cette exigence¹⁷. En outre, des législations budgétaires propres à chaque niveau de pouvoir prévoient des conditions de validité des décisions d'octroi

sous C.E. (6^e ch. réf.), 1^{er} juillet 2022, S.R.L. *Jambes Casernes Equilis*, *L'Entreprise et le Droit*, 2023/2, pp. 127-137.

(12) Sur ce point, voy. *ibid.*, p. 136.

(13) Art. 17 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

(14) N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 184, qui y voient un critère de distinction entre marché public et subvention, plutôt qu'un des enjeux guidant celle-ci. Voy. toutefois, pour l'hypothèse où un contrat d'exécution de la subvention serait signé, Cass., 13 novembre 2017, arrêt n° F-20171113-1 (R.G. n° C.16.0320), qui considère que « que le contrat éventuellement signé entre l'autorité publique et le bénéficiaire de fonds » n'est pas nul. Pour une critique de cet arrêt, voy. L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et N. VANDER PUTTEN, « La légalité des finances », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 256.

(15) Voy., sur ce point, L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et N. VANDER PUTTEN, « La légalité des finances », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 252-254. En pratique, ces fondements législatifs prennent la forme de cavaliers budgétaires (subventions facultatives), ou de lois organiques organisant de façon plus générale un régime de subventionnement (subvention réglementée).

(16) *Ibid.*, pp. 252-254.

(17) Voy. art. 3, al. 3, de 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 : « À défaut d'une

des subventions, conditions qui peuvent être applicables en cas de requalification¹⁸. En d'autres termes, face à une subvention, l'absence de principe d'un encadrement juridique étroit de la procédure d'octroi est contrebalancée par l'obligation de prévoir dans un instrument législatif la création d'un système de subventionnement.

B. Définitions et critères de distinction

10. La nature des définitions des marchés publics et des subventions varie : l'une provient du droit européen et détermine le champ d'application *ratione materiae* de la législation en matière de marchés publics. L'autre connaît de nombreuses variantes selon les législations et les auteurs (1). La présence d'un « intérêt économique direct » à la prestation semble cependant s'imposer comme pierre angulaire de la distinction entre les deux opérations, intérêt qui peut se révéler au travers de différents éléments (2).

I. Définitions

11. À la différence de la subvention, le marché public est une notion issue du droit européen. La directive 2014/24/UE, transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016, définit le marché public comme le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services¹⁹. Les éléments essentiels de cette définition sont la présence 1) d'un pouvoir adjudicateur et 2) d'un contrat, lequel doit être 3) conclu à titre onéreux, 4) et avoir pour objet l'un de ceux mentionnés dans la directive.

Cette définition détermine le champ d'application *ratione materiae*, autonome, de la législation relative aux marchés publics. À cet égard, le préambule de cette directive met en évidence que les subventions doivent être vues comme une forme *distincte* de dépense, non soumise à la réglementation sur les marchés publics :

disposition de loi organique, il faut prévoir, pour chaque allocation inscrite au budget des dépenses, une disposition spéciale qui précise la nature de ladite allocation ».

(18) Voy. p. ex., au niveau fédéral, art. 121, al. 2, de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral, *M.B.*, 3 juillet 2003 : « Sauf dans les cas où une disposition légale ou réglementaire y pourvoit, toute décision allouant une subvention précise la nature, l'étendue et les modalités de l'utilisation et des justifications à fournir par le bénéficiaire de la subvention ».

(19) Voy. art. 2, § 1^{er}, 5, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; voy. aussi art. 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 précitée.

« Les règles de l'Union relatives à la passation des marchés publics ne sont pas destinées à couvrir toutes les formes de dépenses de fonds publics, mais uniquement celles qui visent l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services à titre onéreux au moyen d'un marché public. [...] le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics »²⁰.

12. La subvention ne fait, quant à elle, pas l'objet d'une définition légale unique en droit belge²¹. Il est toutefois parfois fait référence à la définition très large apportée par la loi du 14 novembre 1983 relative au contrôle de l'octroi de certaines subventions²² :

« Par subvention, il y a lieu d'entendre, au sens de la présente loi, toute contribution, avantage ou aide, quelles qu'en soient la forme ou la dénomination, en ce compris les avances de fonds récupérables consenties sans intérêts, octroyées en vue de promouvoir des activités utiles à l'intérêt général, à l'exclusion toutefois des prix décernés aux savants et aux artistes pour leurs œuvres »²³.

Le professeur Pâques renvoie dans son *opus magnum* récent à un avis de la Section de législation du Conseil d'État afin de définir la notion de subvention :

« [T]oute contribution, tout avantage ou toute aide, quelles qu'en soient la forme ou la dénomination, en ce compris les avances de fonds récupérables consenties sans intérêts, octroyées en vue de promouvoir des activités utiles à l'intérêt général »²⁴.

En doctrine, enfin, Renders et consorts proposent la définition suivante, qui fait apparaître les différences avec le marché public :

« [A]ide financière publique, qui prend la forme d'un décaissement accompli de manière définitive si le bénéficiaire – personne publique ou privée – exécute les obligations qui lui sont imposées en contrepartie,

(20) Cons. n° 4 de la directive 2014/24/UE précitée.

(21) C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 517.

(22) P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP 2024*, t. I, Liège, Wolters Kluwer, 2023, p. 151.

(23) Art. 2 de la loi relative au contrôle de l'octroi et de l'emploi de certaines subventions du 14 novembre 1983, *M.B.*, 6 décembre 1983.

(24) S.L.C.E., avis n° 50.467 du 9 novembre 2011 repris par M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2024, p. 658, n° 897.

lesquelles prennent, au premier chef, la forme d'une action, généralement à venir, initiée par la personne subsidiaire, jugée d'intérêt public, et dont le résultat n'entre pas dans le patrimoine propre de la personne subsidiaire, ne participe pas à l'accomplissement du service public dont cette personne a la charge ou n'est pas nécessaire à son fonctionnement »²⁵.

Comme le reflètent ces définitions, la subvention se conçoit en partie par la négative : l'autonomie de la notion de marché public en droit de l'Union et son interprétation téléologique par le Cour de justice impliquent qu'en définitive, en cas de doute, il convient avant tout de vérifier si la dépense entre ou non dans le champ d'application *ratione materiae* de la législation relative aux marchés publics.

2. L'intérêt économique direct comme pierre angulaire de la distinction marchés publics – subventions et ses ramifications

13. Pour distinguer la subvention du marché public, c'est principalement le caractère « onéreux » de l'opération qui est discuté²⁶. La raison d'être de cet ~~adjectif~~ provient du fait que le risque d'atteinte à la libre concurrence est moindre lorsqu'il ne s'agit pas d'un contrat conclu à titre onéreux²⁷. À partir du moment où un pouvoir adjudicateur ou une autorité publique octroie un avantage économique à un tiers, le principe d'égalité doit être respecté²⁸.

14. La jurisprudence européenne définit le contrat à titre onéreux (« *ten bezwarende titel* », « *for consideration* ») par référence à son caractère synallagmatique²⁹, c'est-à-dire comme le contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation en contrepartie d'une autre³⁰. Selon les termes de la Cour de justice, « le caractère synallagmatique d'un contrat de marché public se traduit obligatoirement par la création d'obligations juridiquement contraignantes pour chacune des parties au contrat, dont l'exécution

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

(26) C'est là une caractéristique que doit revêtir aussi le contrat de concession : voy. art. 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, M.B., 14 juillet 2016.

(27) N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 152.

(28) C.J.C.E., 13 décembre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, p. 61 ; C.E., 8 novembre 2023, *s.a. Resa*, n° 257.819.

(29) C.J.U.E., 21 décembre 2016, *Remondis*, aff. C-51/15, EU:C:2016:985, pt 43 ; C.J.U.E., 28 mai 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, aff. C-796/18, EU:C:2020:395, pt 40, et C.J.U.E., 18 juin 2020, *Porin kaupunki*, aff. C-328/19, EU:C:2020:483, pt 47.

(30) C.J.U.E., 10 septembre 2020, ~~[à compléter]~~, pt 25 ; C.J.U.E., 18 octobre 2018, *IBA Molecular Italy*, aff. C-606/17, pt 28.

doit pouvoir être réclamée en justice »³¹. La réciprocité des obligations est primordiale. Il en découle que le caractère onéreux du contrat doit se matérialiser dans le chef du co-contractant comme dans celui de l'autorité. Outre la contrepartie³² dont doit bénéficier le co-contractant pour les prestations qu'il a réalisées en faveur de l'adjudicateur, ces prestations doivent également présenter un intérêt économique direct pour l'autorité³³. En d'autres termes, du côté de l'opérateur économique, le caractère onéreux de la prestation se définit selon la Cour de justice comme l'obtention, moyennant une contrepartie, d'une prestation procurant un « intérêt économique direct » pour le pouvoir adjudicateur³⁴.

15. Ce critère de l'intérêt économique direct permet de justifier, à notre estime, que l'on distingue dans la doctrine les marchés publics et les subventions au regard de la finalité poursuivie par l'opération³⁵. En octroyant une subvention, l'autorité entend encourager une activité considérée comme utile à l'intérêt général. Par contre, lorsqu'elle conclut un marché public, elle délègue à un tiers des prestations nécessaires soit à son propre fonctionnement, soit à l'accomplissement de ses activités ou missions propres³⁶. Une partie de la doctrine formule ce critère comme la « nature du besoin à satisfaire »³⁷ : la subvention satisfait un but qualifié d'intérêt général, alors que le marché public vise à répondre à un « besoin propre »³⁸ de l'autorité, de sorte qu'il

(31) C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, EU:C:2010:168, pts 60-62 ; C.J.U.E., 10 septembre 2020, *Tax-Fin-Lex d.o.o.*, aff. C-367/19, pt 25. Voy. égal., plus récemment, C.J.U.E., 17 octobre 2024, *NFŠ*, aff. C-28/23, pt 44.

(32) Le plus souvent, un prix, mais dans tous les cas une contrepartie évaluable en argent.

(33) D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 81-82.

(34) C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, EU:C:2010:168, pts 48-49 ; C.J.U.E., 21 décembre 2016, *Remondis*, aff. C-51/15, EU:C:2016:985, pt 43.

(35) Voy. not. M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 241.

(36) D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 80-81 ; M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 241.

(37) N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, pp. 181-182 ; C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'État », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 519.

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

présente un « intérêt économique direct »³⁹. Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que la poursuite de l'intérêt général ne se confond pas avec l'intérêt économique direct⁴⁰.

La jurisprudence du Conseil d'État s'inscrit progressivement dans la lignée de la jurisprudence européenne. La haute juridiction précise ainsi que les prestations qui font l'objet d'un marché public ont vocation à servir directement l'intérêt économique d'une autorité si elles sont « conçues à tout le moins au bénéfice du pouvoir adjudicateur »⁴¹, ou en d'autres termes, si elles « réponde[nt] aux besoins de l'autorité »⁴². Dans un arrêt récent du 1^{er} juillet 2022, le Conseil d'État caractérise plus précisément la nature des besoins que l'autorité vise à satisfaire dans le cadre d'un marché public, en examinant *in casu* si l'opération litigieuse a « été conçue pour répondre à un besoin lié au fonctionnement ou aux missions de la partie adverse »⁴³.

16. Sur la base de la jurisprudence, la doctrine a dégagé plusieurs critères de distinction⁴⁴. Ces critères ne nous paraissent pas déterminants et constituent, au mieux, un marqueur de la présence d'un intérêt économique direct.

17. ~~insi~~, premièrement, certains auteurs considèrent que l'initiative du projet est un critère distinctif important⁴⁵, voire déterminant⁴⁶. Ce critère revient à analyser qui, de l'autorité publique ou de la personne bénéficiant du financement, a défini l'activité ou le projet concerné⁴⁷. Dans le cas d'une subvention,

(39) M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 241.

(40) C.J.U.E., 25 novembre 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, pt 68.

(41) C.E., 20 août 2019, *A.S.B.L. Teralis*, n° 245.313.

(42) C.E., 12 octobre 2015, *S.P.R.L. M.M.D.*, n° 232.528. Cet arrêt et celui cité dans la note précédente ne concernaient pas spécifiquement la distinction entre subvention et marché public. L'arrêt constate simplement que la qualification de marché public ne peut être retenue. La question de la qualification définitive – une concession ou une autre forme de mise en concurrence – n'y a pas été tranchée.

(43) C.E., 1^{er} juillet 2022, *S.R.L. Jambes Casernes Equilis*, n° 254.209.

(44) M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 240 et la doctrine citée en note de bas page 15.

(45) C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 519 et D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'état », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 62-63.

(46) N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 183, sans nécessairement que ce critère soit rattaché à la question de l'intérêt économique direct.

(47) M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 244.

l'action est plutôt initiée et menée par – et sous la responsabilité de – la personne subsidiée, sans préjudice du fait que celle-ci s'inscrive dans les conditions d'octroi du subventionnement⁴⁸. À l'inverse, dans le cas d'un marché public, c'est « le pouvoir adjudicateur qui passe commande de l'action »⁴⁹.

Si ce critère de l'initiative du projet peut constituer un indice de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, il ne pourrait être décisif à lui seul⁵⁰. En particulier, son caractère parfois formel ne permet pas de détecter les marchés publics déguisés qui auraient été suscités par des appels à projets précis ou par des échanges informels. En pratique, en effet, « les pouvoirs adjudicateurs stimulent ou encouragent le développement d'initiatives privées d'intérêt général pour lesquelles ils accordent ultérieurement des subventions »⁵¹.

18. Deuxièmement, la doctrine ajoute parfois le fondement juridique de l'opération comme critère de distinction. En effet, l'une des caractéristiques essentielles du marché public est sa nature contractuelle. *A contrario*, un régime de subventions ne saurait, sous peine de violer le principe d'égalité et de non-discrimination, être fondé uniquement sur une base contractuelle. C'est en tout cas ce qui ressort de l'application de la jurisprudence constante du Conseil d'État⁵². La Cour des comptes suggère, elle aussi, d'éviter la voie contractuelle pour l'octroi de subventions dans certains de ses cahiers d'observations⁵³. La subvention doit en conséquence être octroyée par une décision unilatérale, prise sous la forme d'un arrêté⁵⁴. Par ailleurs, comme nous le

(48) D. RENDERS, T. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'État », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 62.

(49) *Ibid.*

(50) Voy. toutefois N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 183 : « Ce critère ne souffre pas de discussion ».

(51) A. YERNA et D. BATSELÉ, *Manuel des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 150, qui remettent en cause ce critère de distinction.

(52) S.L.C.E., avis n° 64.419/2 du 7 novembre 2018, cité not. dans S.L.C.E., avis n° 71.356/4 du 4 mai 2022, p. 4, et avis n° 70.428/4 du 1^{er} décembre 2021 et n° 70.424/4 du 1^{er} décembre 2021. Voy. égal. l'avis n° 50.467/2 du 9 novembre 2011, selon lequel « une juxtaposition de conventions au cours d'un même exercice budgétaire ou au cours d'une plus longue période ne satisfait pas au respect du principe d'égalité ».

(53) COUR DES COMPTES, 25^e cahier d'observations adressé au Parlement wallon, *Doc.*, Parl. w., sess. ord. 2013-2014, n° 922/1, cité par M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 81.

(54) Voy. not. M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 247.

verrons, les systèmes juridiques français et néerlandais considèrent la subvention comme un acte unilatéral.

Il convient toutefois de ne pas confondre les critères de distinction des deux types de dépenses, ~~d'une part, avec leurs régimes juridiques respectifs, d'autre part~~ : les premiers servent à qualifier l'opération, les seconds servent à déterminer le droit qui lui est applicable ~~[à reformuler]~~. La Cour de justice estime dès lors que la circonstance que l'opération soit prévue par une norme unilatérale ne suffit pas à exclure le caractère contractuel du rapport et, dès lors, une requalification en marché public⁵⁵. De plus, il ressort des définitions reproduites plus haut que la nature contractuelle ou unilatérale de l'opération n'est pas perçue par la doctrine comme étant une caractéristique essentielle des subventions.

19. Enfin, troisièmement, il est défendu que le marché public se distingue de la subvention parce que la condition attachée à la subvention (la réalisation de certains services ou de travaux) ne se réalise pas au profit du pouvoir adjudicateur. Traditionnellement, la doctrine, lorsqu'elle aborde cette question, évoque le critère de « l'investissement réalisé »⁵⁶ par l'autorité. Il s'agit d'analyser son « retour sur investissement »⁵⁷ dans le cadre de l'opération : la conclusion d'un marché public suppose l'enrichissement de l'administration, alors que la subvention consiste en une remise d'argent « à fonds perdus », c'est-à-dire sans que l'autorité reçoive directement, en échange, une prestation productive et équivalente du bénéficiaire de la subvention⁵⁸. En d'autres termes, la valeur de la contrepartie⁵⁹ due à l'autorité permettrait de distinguer subventions et marchés publics.

Au fil des ans, toutefois, la Cour de justice a affirmé que ce critère du bénéficiaire de la prestation n'était pas déterminant. En 2010, elle a indiqué que l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur est « clairement établi lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des

(55) C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Minalo e Lodi*, aff. C-399/98, pts 66-71.

(56) C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2008-2009 / Chronique des Marchés Publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP Consulting, 2009, p. 518 ; N. CARIAT, B. LOMBAERT et M. VRANCKEN, « Champ d'application », in B. LOMBAERT (dir.), *Droit des marchés publics. Passation, exécution, recours*, Bruxelles, la Charte, 2020, pp. 181-182.

(57) L. LEBOUTTE et R. SIMAR, « Le caractère onéreux des marchés publics : par ici la monnaie ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 78.

(58) J. SALMON, *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 1976, pp. 23-29.

(59) M. VANDERSTRAETEN, « Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? », in Ch.-H. DE LA VALLÉE POUSSIN et M. VILLAIN XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 248.

travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché »⁶⁰, mais que d'autres manières pouvaient être utilisées pour l'indiquer. Par ailleurs, on relèvera que les concessions peuvent, à l'instar des subventions, elles aussi profiter à des tiers en contribuant plus généralement à l'intérêt général, alors qu'il s'agit pourtant d'un contrat conclu « à titre onéreux »⁶¹.

20. Pris ensemble, ces développements confirment que la présence d'un intérêt économique direct constitue le critère de référence à l'aune duquel il convient de distinguer la subvention du marché public.

C. L'affaire NFŠ : vers un rappel de l'importance du caractère contraignant des obligations réciproques ?

21. Les juges de la Cour de justice ont récemment été amenés à clarifier plus avant la notion d'intérêt économique direct. La question de la distinction entre un marché public (de travaux) et une subvention (en l'espèce accompagnée d'une promesse d'achat) était en effet au cœur d'une affaire relative à une subvention pour la construction d'un stade en Slovaquie, l'affaire NFŠ.

22. Dans ses conclusions, l'avocat général Campo Sánchez-Bordona s'était prononcé sur la question de la distinction entre un marché public (de travaux) et une subvention⁶². Celui-ci partait des enseignements de l'arrêt *Helmut Müller* : l'intérêt économique direct peut se déduire du fait que (i) le pouvoir adjudicateur « deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché », (ii) « qu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique », ou que (iii) il existe des « avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage »⁶³.

23. Dans son raisonnement, l'avocat général examinait le caractère contraignant des obligations réciproques du pouvoir adjudicateur et de l'opérateur économique. Il s'agit d'une confirmation du principe de réciprocité des marchés publics, qui distingue d'ailleurs en droit belge le contrat synallagma-

(60) C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, pt 50.

(61) Art. 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, *M.B.*, 14 juillet 2016.

(62) Conclusions M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, NFŠ, aff. C-28/23, ECLI:EU:C:2024:306.

(63) C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, EU:C:2010:168, pts 50-52, cités dans Conclusions M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, NFŠ, aff. C-28/23, ECLI:EU:C:2024:306, p. 52.

tique du contrat unilatéral⁶⁴. En l'espèce, l'avocat général a utilisé cet élément ~~afin de faire une distinction entre un acte contractuel et un acte unilatéral~~ et, partant, entre la subvention et le marché public. En pratique, il s'agit en l'espèce de déterminer dans quelle mesure un tiers pourrait exiger du pouvoir adjudicateur d'acheter la construction.

En deuxième lieu, l'avocat général examine si le pouvoir adjudicateur obtient un bénéfice économique direct et constate que la prestation semble se limiter à servir un objectif d'intérêt général, le « développement du potentiel du sport national de manière générale »⁶⁵.

L'avocat général avait conclu qu'il n'y a pas de marché public lorsque l'opération en cause (un contrat de subvention accompagné d'une promesse d'achat) ne contient pas, pour le bénéficiaire de la subvention initiale, « une obligation dont l'exécution peut être réclamée en justice en vue de l'acquisition de l'infrastructure par l'État et si ce dernier ne retire pas un avantage économique direct »⁶⁶.

24. Dans son arrêt 17 octobre 2024, la Cour considère, ~~au contraire~~, sous réserve des vérifications à effectuer par la juridiction de renvoi, que l'ensemble contractuel constitue un marché public. Sur le caractère onéreux de l'ensemble contractuel, elle rappelle que, pour être synallagmatique, celui-ci doit présenter « un intérêt économique direct pour l'autorité »⁶⁷. La Cour rappelle que celui-ci *peut* être constaté non seulement lorsque l'autorité devient *in fine* propriétaire de l'objet concerné, mais également « dans d'autres situations, notamment lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité de ces ouvrages, en vue de leur affectation publique » (§ 47). En l'espèce, quoique le droit de l'autorité publique se limite à une obligation, pour le constructeur, de faire préalablement valider toute cession du stade à un tiers (et non une obligation de vendre à l'autorité), la Cour semble présumer un intérêt⁶⁸.

La Cour poursuit en indiquant que « l'intérêt économique peut encore résider dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en

(64) ~~P. Wéry, Droit des obligations~~, t. I, Bruxelles, Larcier, [DATE ?], p. 84, n° 49.

(65) Conclusions M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, NFŠ, aff. C-28/23, ECLI:EU:C:2024:306, pt 64.

(66) *Ibid.*, pt 81.

(67) C.J.U.E., 17 octobre 2024, NFŠ, aff. C-28/23. Pour un premier commentaire, voy. A. SANCHEZ-GRAELLIS, « A Missed Opportunity to Provide Meaningful clarification on State Aid Analysis of Procurement Compliance and Some Problematic “Obiter Dicta” (C-28/23) », *How to crack a nut*, 22 octobre 2024.

(68) En l'espèce, comme le relève la Cour, « il résulte du dossier dont dispose la Cour que, si le stade national de football slovaque appartient à NFŠ, le contrat de subvention limite le droit de transférer la propriété de ce stade à des tiers », § 48.

cas d'échec économique de l'ouvrage » (§ 49). La Cour relève à ce sujet que l'autorité a, en l'espèce, « assumé l'intégralité des risques en cas d'échec économique de l'ouvrage » (§ 50). Le professeur Sanchez-Graells estime que ce passage de l'arrêt est ambigu en ce qu'il donne l'impression qu'une prise en charge des risques économiques constitue un avantage économique, alors qu'il représente en réalité un poids (ou un signe de l'absence d'avantages économiques) : « Si le fait de prendre des risques devait être considéré en soi comme un avantage économique, l'assujettissement potentiel d'un nombre important de mesures d'aide d'État à la passation de marchés constituerait un risque évident »⁶⁹. On est d'accord que le considérant n'est pas clair. Cependant, on estime qu'il faut mettre ce passage en lien avec le fait que si le pouvoir adjudicateur lève l'option d'achat qu'il devient propriétaire de l'option. Ainsi, il y a un intérêt économique direct.

Deux enseignements s'en dégagent. Premièrement, les conclusions de l'avocat général et l'arrêt confirment l'importance du critère de l'« intérêt économique direct ». Deuxièmement, elles rappellent à juste titre que ce critère résulte plus généralement du caractère synallagmatique que doit revêtir le marché public : l'opération doit véritablement amener à mutuellement contraindre les deux parties, à défaut de quoi elle perd sa qualité de marché public et se rapproche de la notion de subvention lorsque l'absence de contrainte vise la personne subsidiée.

II. Perspectives comparées

25. Il ressort de l'état des lieux effectué ci-dessus que la notion d'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur à la prestation semble progressivement s'imposer comme élément clé de distinction entre la subvention et le marché public en droit belge, sous l'impulsion du droit européen. Les indices de la présence de cet intérêt sont à trouver dans la satisfaction d'un besoin propre de l'autorité, plus spécifique que l'intérêt général, l'identité des bénéficiaires de la prestation, dans l'initiative publique du projet et dans la précision de la définition préalable de l'objet du décaissement.

26. Ces constats sont à présent mis en perspective au travers d'une approche comparée. L'ordre juridique français ne semble pas encore recourir explicitement au critère européen de l'intérêt économique direct. La distinction entre la subvention, à présent conçue comme un acte unilatéral, et les marchés

(69) A. SANCHEZ-GRAELLS, « A Missed Opportunity to Provide Meaningful clarification on State Aid Analysis of Procurement Compliance and Some Problematic "Obtiner Dicta" (C-28/23) », *How to crack a nut*, 22 octobre 2024.

publics, repose en revanche sur des critères semblables aux critères employés en Belgique (A). Le droit néerlandais connaît quant à lui un droit général des subventions relativement codifié. Il fait appel à une liste de critères semblables, mais se caractérise par la prégnance d'une doctrine différenciant les financements selon que l'autorité octroie un droit (en l'espèce, pécuniaire) « rare » (*schaars*) ou non (B).

A. Le droit français

27. Dans la doctrine française, le caractère hybride de la subvention – entre marché public et libéralité – et les difficultés de sa qualification précise sont discutés depuis 40 ans au moins⁷⁰. Comme le relève Gallo, la doctrine française a usé de nombreux termes pour qualifier la subvention : « acte incitatif », « pseudo-contrat », « acte administratif unilatéral négocié », « décision administrative consensuelle » ou « à fondement contractuel »⁷¹. Nous cadrans ci-dessous la notion en droit français et ses enjeux (1) avant d'évoquer les critères de distinction jurisprudentiels et légaux (2).

1. Définition et enjeux

28. Le législateur français définit depuis 2014 les subventions comme :

« [L]es contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent »⁷².

(70) A. DE LAUBADÈRE, P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, p. 60. Voy. aussi D. MOREAU, « Les risques de requalifications des subventions aux associations en marchés ou en délégations de service public », *A.J.D.A.*, 2002, p. 902.

(71) C. GALLO, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention : à propos de quelques décisions récentes », *R.F.D.A.*, 2022, p. 478 et les références citées.

(72) Art. 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, inséré par l'article 59 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014.

Se trouvent dans cette définition tant le contenu de la subvention – les contributions de toute nature valorisées dans l’acte d’attribution – que sa finalité directe *et* indirecte – la subvention est destinée à la réalisation d’une action d’intérêt général initiée, définie et mise en œuvre par le bénéficiaire qui ne répond pas à un besoin de l’autorité⁷³. L’attribution de l’avantage doit se faire nécessairement en vue de la réalisation d’un objectif d’intérêt général⁷⁴. En cela, elle se différencie du don.

29. En droit français aussi, la distinction entre les subventions et les marchés publics est d’importance. La doctrine relève combien elle recèle d’enjeux « en raison des différences dans les règles de fond et de contentieux propres à chaque espèce d’acte administratif, notamment en matière de restitution de la subvention »⁷⁵. Les conséquences d’une qualification erronée sont similaires à la situation belge. De plus, l’existence de sanctions pénales pour délit de favoritisme dans la commande publique est fréquemment rappelée⁷⁶. Enfin, l’existence d’un intérêt, dans le chef de certains requérants, à tenter de faire requalifier une commande publique en subvention se reflète aussi dans certains cas français⁷⁷.

En outre, les cas de requalification de subventions en marchés publics sont d’autant plus fréquents que le droit français, au contraire du droit belge, a imposé l’établissement d’une convention lorsque l’aide financière allouée dépasse un seuil de 23 000 euros⁷⁸. Une telle convention, dite « d’objectifs et de moyens », est conclue par l’autorité et l’organisme bénéficiaire de la subvention et doit en reprendre « l’objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d’utilisation »⁷⁹.

(73) C. GALLO, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention : à propos de quelques décisions récentes », *R.F.D.A.*, 2022, p. 477.

(74) C.E. fr., 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve d’Ascq*, *A.J.D.A.*, 1995, p. 834, concl. R. SCHWARTZ.

(75) C. GALLO, « Note sous Tribunal administratif de La Réunion, 11 juin 2020, *Société Arcelor Mittal construction Réunion*, req. n° 1800752 », *Revue juridique de l’Océan Indien*, 2021, n° 30, pp. 91-105.

(76) *Ibid.* Voy., à cet égard, les travaux de S. DAMAREY. Voy. égal. l’article 432-14 du Code pénal français.

(77) Voy. l’arrêt rendu le 6 mai 2021 par la cour administrative d’appel (CAA) de Lyon, *A.J.D.A.*, 2021 p. 1925 cité par M. LAHOUAZI et C. MEURANT, « Les subventions déguisées », *A.J.D.A.*, 2021, p. 1925.

(78) M. GOUBINAT, D. SASSOLAS et E. VERGES, « Contrat de soutien financier à la recherche (Grant) », in *Contrats sur la recherche et l’innovation*, Paris, Dalloz, 2018-2019, voy. pt 121. Voy. égal. J. BENOIT, « Différence entre subvention et marché public ou délégation de service public », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 6, folio n° 320, 2015, § 79.

(79) Art. 10 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations précitée, *juncto* art. 1^{er} du décret du 6 juin 2001 pris pour l’application de l’article 10 de la loi du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques.

30. La subvention faisant ainsi, dans certains cas, l'objet d'un contrat, sa nature unilatérale ou bilatérale a longtemps été l'objet d'hésitations jurisprudentielles et doctrinales⁸⁰. La question semble avoir été tranchée par le Conseil d'État français dans son récent avis contentieux *Société Royal Cinéma* du 29 mai 2019, dans lequel ce dernier indique que :

« [I]ndépendamment des actions indemnitaires qui peuvent être engagées contre la personne publique, les recours relatifs à une subvention, qu'ils aient en particulier pour objet la décision même de l'octroyer, quelle qu'en soit la forme, les conditions mises à son octroi par cette décision ou par la convention conclue en application des dispositions précitées de la loi du 12 avril 2000 [...] ne peuvent être portés que devant le juge de l'excès de pouvoir »⁸¹.

La jurisprudence et la doctrine estiment à présent que la subvention est nécessairement unilatérale⁸², la convention de subvention constituant, le cas échéant, un contrat unilatéral « conditionné »⁸³. Il découle de ce qui précède qu'alors qu'une subvention pouvait auparavant être ou non un contrat administratif, selon les cas, elle est aujourd'hui nécessairement un acte unilatéral, « peu importe [...] que l'octroi de la subvention soit précédé d'un mode d'élaboration concerté, qu'une convention ait été signée ou non »⁸⁴.

2. Critères de distinction et jurisprudence récente

31. Cela a été dit, l'article 9-1 *in fine* de la loi du 12 avril 2000 précitée prévoit que des subventions « ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent » (nous soulignons).

Dans la lignée de cette définition, la doctrine identifie principalement deux indices utilisés par les juges pour distinguer une subvention d'un marché public : l'initiative du projet et l'absence d'une contrepartie directe⁸⁵. Ainsi,

(80) C. GALLO, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention : à propos de quelques décisions récentes », *R.F.D.A.*, 2022, p. 480.

(81) Auparavant, voy. not. C.E. fr., 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet*, n° 324523, *Lebon*, p. 419, concl. E. CORTOT-BOUCHER.

(82) C. GALLO, « Nature juridique et régime contentieux de la subvention : à propos de quelques décisions récentes », *R.F.D.A.*, 2022, p. 481.

(83) M. GOUBINAT, D. SASSOLAS et E. VERGES, « Contrat de soutien financier à la recherche (Grant) », in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris, Dalloz, 2018-2019, p. 172.

(84) C. GALLO, « Note sous Tribunal administratif de La Réunion, 11 juin 2020, *Société Arcelor Mittal construction Réunion*, req. n° 1800752 », *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2021, n° 30, p. 94.

(85) S. DAMAREY, « Étude 35. Marché public », in P.-H. DUTHEIL (dir.), *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, Paris, Juris Éditions, 2016, pp. 16-17 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 294-296.

« si l'association est à l'origine du projet, et si aucune contrepartie directe n'est attendue par l'administration du versement de la contribution financière, alors il y a subvention et contrat de subvention »⁸⁶. Un troisième élément distinctif, parfois relevé par la doctrine, correspond au critère de la finalité décrit par la doctrine belge : l'octroi d'une subvention traduit la poursuite de l'intérêt général⁸⁷.

32. Ces critères, issus de la jurisprudence et commentés par la doctrine, ont été codifiés – et assez précisément caractérisés – dans la circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015⁸⁸.

Concernant l'initiative, qui doit revenir au bénéficiaire d'une subvention, ce critère distinctif est considéré comme déterminant depuis l'arrêt de principe Commune d'Aix-en-Provence de 2007 du Conseil d'État français⁸⁹. La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet mais englobe aussi sa conception et sa définition⁹⁰. À cet égard, la circulaire du 29 septembre 2015 précise :

« La subvention est octroyée par une autorité administrative [...] aux organismes de droit privé porteurs d'une initiative propre qu'ils ont préalablement définie et qu'ils entendent mettre en œuvre. [...] L'attribution d'une subvention n'a pas pour objet de répondre à un besoin propre exprimé au préalable par une autorité publique »⁹¹.

Pour déterminer qui a eu l'initiative du projet, il convient, selon la doctrine, d'examiner *in concreto* « un ensemble de petits détails et d'éléments significatifs relatifs à la conception, à l'organisation, au fonctionnement et – justement – au financement de l'activité en cause »⁹².

(86) S. DAMAREY, « Étude 33. Relations avec les collectivités publiques : principes généraux », in P.-H. DUTHEIL (dir.), *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, Paris, Juris Éditions, 2016, p. 725.

(87) M. GOUBINAT, D. SASSOLAS et E. VERGES, « Contrat de soutien financier à la recherche (Grant) », in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris, Dalloz, 2018-2019, p. 172.

(88) Circulaire du Premier ministre n° 5811-SG du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations, voy. Annexe 1 – Rappels sur les règles encadrant les relations financières des collectivités publiques avec les associations.

(89) Voy. J.-B. VILA, « Contrat de délégation de service public : formes juridiques », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n° 3110, 2021/4, § 99, renvoyant vers C.E. fr., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 370169, req. n° 370169.

(90) M. GOUBINAT, D. SASSOLAS et E. VERGES, « Contrat de soutien financier à la recherche (Grant) », in *Contrats sur la recherche et l'innovation*, Paris, Dalloz, 2018-2019, p. 172.

(91) Voy. Annexe 1 de la circulaire du 29 septembre 2015 précitée, pp. 1-2.

(92) J.-B. VILA, « Contrat de délégation de service public : formes juridiques », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n° 3110, 2021/4, § 99.

33. Parmi ceux-ci se trouve « l'implication » de l'autorité publique⁹³. Ainsi, dans l'arrêt *Commune de Six-Fours-les-Plages* rendu en 2011, le Conseil d'État français a traité du financement pour trois ans d'un festival organisé par un organisme privé. Cet évènement avait la particularité d'avoir été, auparavant, organisé par la commune subsidiaire pendant dix ans. Dans son analyse, la juridiction a relevé des éléments comme « l'absence, notamment, de tout contrôle de la personne publique sur la programmation artistique et sur les tarifs des spectacles, de sorte que la commune ne pouvait être regardée comme faisant preuve d'une implication telle que les conditions d'organisation de ce festival permettent de caractériser une mission de service public »⁹⁴. Certains auteurs appellent ce critère « l'indépendance de l'activité de l'association »⁹⁵.

Ce critère suppose, selon la doctrine, que s'il y a un appel à projets qui précède la subvention, la collectivité doit définir « un cadre, une thématique, une problématique, des objectifs, mais pas de solution »⁹⁶. Une étude récente, en particulier, traite de la frontière entre la subvention par voie d'appel à projets et la commande publique⁹⁷. À l'exception d'une décision isolée⁹⁸, les juridictions françaises ne considèrent pas que les appels à projets doivent respecter les règles de passation des marchés publics. En pratique, les appels à projets organisés réglementairement sont toutefois soumis à des règles proches de celles propres aux marchés publics⁹⁹.

34. Le second critère de distinction réside dans l'absence de contrepartie directe à l'attribution de la subvention¹⁰⁰. *A contrario*, le juge considère qu'il y a un marché public lorsque le montant alloué correspond à la contre-

(93) C'est là, par ailleurs, un critère employé par la Cour de justice pour analyser le critère des « besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » en vue de distinguer un marché public de travaux d'une location de bâtiments non encore construits, voy. C.J.U.E., 22 avril 2021, [?], aff. C-537/19, pt 50.

(94) C.E. fr., 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, req. n° 342520.

(95) Voy. not. S. DAMAREY, « Étude 33. Relations avec les collectivités publiques : principes généraux », in P.-H. DUTHEIL (dir.), *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, Paris, Juris Éditions, 2016, pt 15.

(96) J.-B. VILA, « Contrat de délégation de service public : formes juridiques », *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n° 3110, 2021/4, § 101. Voy. égal. L. RICHER, « Appel à projets et commande publique », *Revue de droit immobilier*, 2022, p. 624 : « L'entité publique n'"achète" rien, elle demande, mais elle ne commande pas ».

(97) L. RICHER, « Appel à projets et commande publique », *Revue de droit immobilier*, 2022, p. 624.

(98) CAA Marseille, 25 février 2010, *Rognes (Cne)*, n° 07MA03620, A.J.D.A., 2010, 1200, concl. F. DIEU.

(99) L. RICHER, « Appel à projets et commande publique », *Revue de droit immobilier*, 2022, p. 624.

(100) C.E. fr., 6 juillet 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais*, n° 88224.

partie de prestations de services individualisées, commandées par l'autorité dans le cadre de ses compétences et selon ses besoins propres¹⁰¹. Bien que la doctrine et la jurisprudence ne semblent pas y faire explicitement référence, ce critère rejoint manifestement la notion de droit européen de contrat à titre onéreux.

Sur cette absence de contrepartie, la circulaire du 29 novembre 2015 précise également que :

« La subvention n'est pas constitutive d'une contrepartie économique constituée par un prix et peut prendre des formes variées [...]. La subvention en numéraire à la différence d'un prix versé dans le cadre d'un marché public ne correspond pas à la valeur économique du service rendu. Il n'y pas de lien direct entre la somme versée et l'action réalisée »¹⁰².

Ce lien entre somme allouée et prestation a été pris en compte par le Conseil d'État de France dans son arrêt du 26 mars 2008 pour requalifier en marché public des conventions de subventions conclues par la région de la Réunion avec un organisme privé portant sur des prestations de formations destinées aux jeunes. À ce titre, la haute juridiction a en effet notamment relevé que les aides financières prévues prenaient en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations¹⁰³.

35. Enfin, quant à la finalité de la subvention, la circulaire de 2015 prévoit que :

« La subvention concourt à la satisfaction d'un intérêt général, ou local. L'autorité publique qui l'attribue poursuit un but d'intérêt général ou local lorsque le projet relève de sa compétence et entre dans le champ d'une politique publique d'intérêt général, sans que l'autorité publique n'en tire une contrepartie directe »¹⁰⁴.

Comme en droit belge, l'autorité qui octroie une subvention le fait au bénéfice de l'intérêt général – qui ne peut se confondre avec son intérêt économique direct.

36. Comment se positionne la jurisprudence en pratique ? En matière culturelle par exemple, l'État, ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements et établissements publics peuvent subventionner les entreprises de spectacles vivants, sans pouvoir déroger au droit de la commande publique¹⁰⁵. Ainsi, il a été jugé que la commune de Marseille pouvait subventionner une

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

(102) Voy. Annexe 1 de la circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 précitée, p. 2.

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

(104) Voy. Annexe 1 de la circulaire du Premier ministre du 29 septembre 2015 précitée, p. 3.

(105) Voy. art. 1-2 de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles.

société de spectacles pour l'organisation d'un concert de Johnny Hallyday avec pour contrepartie la commercialisation de 30 000 places à prix réduit pour permettre l'accès au spectacle aux populations les plus modestes dans le cadre des festivités de l'an 2000¹⁰⁶. *A contrario*, la réalisation de projets culturels et l'organisation d'un festival ayant en réalité pour objectif la promotion d'un département ont été requalifiées en contrat de marché public¹⁰⁷.

Relevons encore, à titre d'exemple jurisprudentiel récent, que la Cour de discipline budgétaire et financière a requalifié des subventions annuelles octroyées par la chambre départementale d'agriculture de la Gironde en marchés publics de prestations de service¹⁰⁸. L'opération consistait en le versement annuel de 42 000 euros à une association pour qu'elle assiste et conseille les agriculteurs girondins « dans l'exercice de leur profession, en leur apportant toutes les informations et services nécessaires dans les difficultés qu'ils peuvent rencontrer » (§ 12). Des contrats annuels prévoyaient la communication d'un compte rendu détaillé des activités menées par l'association. Pour requalifier la subvention en marché, deux éléments ont notamment été pris en compte : l'exercice d'une mission légale au travers de l'octroi de fonds, d'une part¹⁰⁹, et le fait que l'association réponde « aux besoins propres de la chambre d'agriculture, qu'elle-même avait définis » comportant des « questions juridiques précises que la chambre n'est pas en mesure de traiter (droit fiscal, droit des sociétés, droit rural et droit social) » (§ 15), d'autre part.

B. Le droit néerlandais

37. Teneinde het juridisch begrip 'subsidie' te kaderen in de Nederlandse rechtsorde en meer specifiek binnen het Nederlandse bestuursrecht lijkt ons ten eerste een kort historisch overzicht op zijn plaats (1). Daarna komt het begrip 'subsidie' zelf aan bod, waarbij het ook wordt vergeleken met een aantal andere rechtsbegrippen (2). Ten slotte kan men bij een bespreking van het Nederlandse recht de problematiek van de verdeling van de subsidies niet achterwege laten (3).

(106) TA Marseille, 20 décembre 2002, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. n° 0004215, cité par J.-C. JOBART, *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n° 2270, Paris, Dalloz, 2023, pts 168-169.

(107) TA Melun, 22 décembre 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, req. n° 0605188, cité par J.-C. JOBART, *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n° 2270, Paris, Dalloz, 2023, pts 168-169.

(108) Cour de discipline budgétaire et financière, 2^e sect., arrêt du 22 mars 2019, *Chambre départementale d'agriculture de la Gironde*, n° 231-770.

(109) Il s'agissait en l'espèce de la réalisation des missions conférées aux chambres départementales d'agriculture par les articles L. 511-3 et L. 511-4 du Code rural et de la pêche maritime.

1. Historisch kader

38. De auteurs overlopen in dit eerste korter onderdeel een aantal momenten, die zij discretionair uitkozen en die volgens hen relevant zijn voor de totstandkoming van een meer algemeen leerstuk inzake de subsidie in het Nederlandse bestuursrecht.

39. De overheidssubsidie als rechtsfenomeen kwam voor de eerste maal op een algemene wijze aan bod in een studie van 1961 uitgaande van de Vereniging voor Administratief recht.¹¹⁰

Op dat moment is de vaststelling dat er geen algemene wettelijke regeling is, die alle vormen van subsidies een algemeen juridisch kader geeft. Het gaat op dat ogenblik om “*een begrip dat door de rechtswetenschap, en wellicht nog meer door de praktische bestuurswetenschappen en politica, a posteriori uit een bonte veelheid van materiaal is samengelezen en afgelezen*”.¹¹¹ Dergelijke vaststelling kan men trouwens nog altijd heden doen in België, waar er geen algemeen wettelijk kader is voor ‘subsidies’. Het is trouwens een gegeven dat vrij eigen is aan het bestuursrecht. Immers, het bestuursrecht is in verschillende landen van nature gebaseerd op rechtspraak en rechtsleer, waarbij sommige leerstukken wel naarmate de tijd vordert worden gesystematiseerd en gecodificeerd.

In 1961 was in Nederland het begrip ‘subsidie’ vooral nog een “bestuurskundige figuur”.¹¹² De desbetreffende auteur doet dan een poging om een aantal (essentiële) kenmerken van een subsidie te gaan zoeken en analyseren.¹¹³ Een subsidie zou een in geld waardeerbaar iets zijn wat wordt gegeven of verstrekt (eerste element) ~~door gezagsorganen~~, door overheden (tweede element) aan een derde, welke ook de aard is van die derde (derde element). Het vierde element is volgens de auteur misschien wel het meest essentiële. Bij een subsidie handelt de overheid niet als een ‘particuliere homo economicus’, waarbij zij geen belang hecht aan de belangen van de tegenpartij en enkel handelt in haar eigen belang. Er is bij een subsidie niet echt sprake van een betaling. De subsidie heeft geen synallagmatisch karakter. Subsidieren kan men eerder vergelijken met een schenking. Er zou een soort partnerschap ontstaan tussen ‘schenker’ en ‘begunstigde’. De begunstigde gaat wel het ontvangen geld gebruiken om er het openbaar belang mee te behartigen, wat de subsidie

(110) R.A.V. VAN HAERSOLTE, H.A. BRASZ en J.G. STEENBEEK, “De overheidssubsidie”, in *Geschriften van de Vereniging voor administratief recht*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1961, 114 p.

(111) R.A.V. VAN HAERSOLTE, “Inleidende beschouwingen”, in R.A.V. VAN HAERSOLTE, H.A. BRASZ en J.G. STEENBEEK, “De overheidssubsidie”, in *Geschriften van de Vereniging voor administratief recht*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1961, 5.

(112) *Ibid.*

(113) *Ibid.*, 6-17.

onderscheidt van de schenking. Er is ook geen sprake van een typisch contractueel karakter.

40. Een tweede moment, waarop de Vereniging voor Administratief recht het nodig vond om ‘geschriften’ te besteden aan het subsidierecht was in 1988.¹¹⁴

In 1988 stelt één van de auteurs nog steeds vast dat het subsidierecht gebrekkig ontwikkeld is met een grote variëteit aan regelgeving (ondoorzichtigheid), een diffuus begrippenkader en geen algemeen geldend wettelijk kader.¹¹⁵ De auteur pleit voor het creëren van algemene regels, die men zou kunnen opnemen in de Algemene wet bestuursrecht.¹¹⁶

Diezelfde auteur doet ook opnieuw een poging om het begrip ‘subsidie’ te definiëren.¹¹⁷ Volgens de auteur zou het niet eenvoudig zijn om dit begrip te omschrijven gezien de veelheid aan gedaantes waarin het voorkomt zonder dat er een algemeen bepaalde definitie is van het begrip. Daarbij overloopt hij een aantal omschrijvingen gegeven door rechtsgeleerden sinds 1952. Op grond van dit overzicht distilleert de auteur vier essentiële elementen: 1) overdracht van geld of in geld waardeerbare goederen of diensten, 2) geen directe, in economische zin gelijkwaardige, tegenprestatie jegens de overheid, 3) een overdracht ten laste van de openbare middelen en 4) het beïnvloeden van activiteiten van producenten of consumenten van bepaalde goederen of diensten in een bepaalde richting. Voor de tweede maal hecht men totaal geen belang aan het feit wie nu het initiatief neemt. De auteur gaat dan dieper in op elk van de volgens hem essentiële elementen.

We vatten hier voor het belang van huidige bijdrage een aantal overwegingen van de auteur inzake het tweede en vierde element samen. Het eerste en derde element lijken ook de overheidsopdracht te karakteriseren. Aangaande het tweede element stelt de auteur dat vergoedingen vanwege de overheid uit hoofde van normale, marktconforme transacties (commerciële vergoedingen) geen subsidies zijn. Daarbij zet hij de subsidie onder meer af ten aanzien van de “vergoeding wegens geleverde diensten” (overheidsopdracht). Een relevant criterium lijkt volgens de auteur of de prestatie gebeurt ten behoeve van de eigen taakuitoefening van de overheid. Krijgt de overheid beschikking over het resultaat? Betreffende het vierde element is het zo dat de subsidie wordt verleend om bepaalde beleidsdoelstellingen van de overheid te realiseren.

(114) E.M.H. HIRSCH BALLIN en J.H. VAN KREVELD, “Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen”, in *Geschriften van de Vereniging voor administratief recht*, Alphen aan den Rijn, Samson H.D. Tjeenk Willink, 1988, 239 p.

(115) J.H. VAN KREVELD, “Juridische ontwikkelingen van subsidieverhoudingen”, in E.M.H. HIRSCH BALLIN en J.H. VAN KREVELD, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, in *Geschriften van de Vereniging voor administratief recht*, Alphen aan den Rijn, Samson H.D. Tjeenk Willink, 1988, 82-83.

(116) *Ibid.*, 84, nr. 11.

(117) *Ibid.*, 99-120.

Ten slotte bevestigt voornoemde auteur dat een subsidie in beginsel een ‘beschikking’ is¹¹⁸, wat naar Belgisch recht dan een eenzijdige rechtshandeling uitmaakt. Hij gaat echter verder wel onderzoeken of een subsidieverlening altijd een beschikking is. De auteur herkent een zekere wederkerigheid in de rechtsverhouding, maar houdt wel vast aan het eenzijdig karakter van de rechtshandeling.

41. In 1998 creëerde de Nederlandse wetgever een algemeen wettelijk kader voor de subsidie. Het algemeen subsidierecht paste de wetgever in in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), wat de huidige titel 4.2 is.

Het gaat om een vrij omvangrijke en ingewikkelde titel, waarbij men heeft trachten rekening te houden met verschillende vormen van subsidies, men de rechtszekerheid heeft willen bevorderen en men ook de beheersing van de subsidie-uitgaven heeft willen in de hand houden.¹¹⁹

2. Het begrip ‘subsidie’

42. In de eerste plaats bevat artikel 4:21 Awb een definitie van het begrip ‘subsidie’. We analyseren deze definitie (a). Vervolgens vergelijken we het begrip met het begrip ‘overheidsopdracht’ en dit volgens Nederlands recht (b).

a. Definitie

43. Volgens artikel 4:21 Awb is een subsidie “*de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*”. De benaming van een steunverlening is niet belangrijk. Als de elementen uit voornoemde definitie aanwezig zijn, betreft de steunverlening een subsidie.¹²⁰ Het gaat bijgevolg om een definitie, die materieel van aard is.

We overlopen nu de essentiële elementen, teneinde een bepaalde situatie, een bepaalde rechtsverhouding als subsidie te kunnen kwalificeren. We opteren om te spreken over vijf elementen, vooral om een duidelijk onderscheid te kunnen maken met andere rechtsfiguren of feitelijke situaties: 1) financiële middelen, 2) aanspraak, 3) door een bestuursorgaan verstrekt, 4) met het oog op bepaalde activiteiten, 5) geen betaling.¹²¹

(118) *Ibid.*, 159.

(119) W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters, Kluwer, 2021, 7.

(120) Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, 30.

(121) Zie J.R. VAN ANGEREN en W. DEN OUDEN, “Subsidierecht en staatssteun”, in *Staatssteun op het grensulak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005, 85-90. Van den Brink en den Ouden herleiden de vijf elementen naar

44. Enkel het verlenen van financiële middelen valt onder het begrip ‘subsidie’. Het bestuursorgaan moet bijgevolg geld geven.¹²²

Sommige auteurs menen trouwens dat een subsidie ook in natura zou kunnen, hoewel dit niet de algemene opvatting lijkt te zijn. De overdracht hoeft niet definitief te zijn.¹²³

45. Via het begrip ‘aanspraak’ maakt de wetgever duidelijk dat het bestuursorgaan, de overheid een recht verleent. De aanvrager bekomt een juridisch afdwingbare titel.¹²⁴ Het gaat bijgevolg niet om iets vrijblijvend.

Daarnaast brengt het begrip ‘aanspraak’ tot uiting dat er geen sprake hoeft te zijn van een werkelijke uitkering van geld.¹²⁵ Een garantie- en kredietverlening vallen aldus ook onder het begrip ‘subsidie’.

46. Het is een bestuursorgaan dat de subsidie, de steun verleent. Men verwijst hier naar het begrip bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb.

Het handelt om organen van een rechtspersoon krachtens publiekrecht en personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed. De eerste categorie is door het publiekrecht ingesteld en het gaat concreet onder meer over de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen... De tweede categorie is belast met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten.¹²⁶ Deze ‘belasting’ moet bij wet gebeuren. Het kan daarbij ook gaan om privaatrechtelijke rechtspersonen.

47. Het bestuursorgaan, de overheid geeft het geld enkel om een bepaald doel te realiseren. Men wil bepaalde wenselijke activiteiten stimuleren.¹²⁷

De al dan niet reeds aanwezigheid van de activiteit is echter niet determinerend. De subsidie heeft niet noodzakelijkerwijze tot doel de voornoemde activiteit te creëren. Het kan zijn dat de gesubsidieerde reeds de activiteit had

vier elementen: 1) Aanspraak op financiële middelen, 2) door een bestuursorgaan verstrekt, 3) met het oog op bepaalde activiteiten en 4) anders dan als betaling – zie J. VAN DEN BRINK en W. DEN OUDEN, “De subsidie nieuwe stijl”, *Nederlands Juristenblad*, 2016, 2891-2892 ; zie ook W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, 17. In een recent proefschrift is sprake van 6 elementen, waarbij de aanvrager ook als element verschijnt: G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, p. 177.

(122) G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, p. 177.

(123) W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, p. 19.

(124) G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, p. 177.

(125) W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, p. 18.

(126) ABRvS, 17 september 2014, AB, 2015/129.

(127) CBb, 9 juli 2008, AB, 2008/340, m.nt. J.R. VAN ANGEREN.

aangevangen. Of nog anders gezegd, in beginsel hangt de aanwezigheid van de activiteit niet af van de subsidie. Dit is bijvoorbeeld wel het geval voor overheidsopdrachten of concessies. Een contractspartner gaat pas iets doen als de overheid er zich toe engageert te betalen.

Uit bepaalde rechtspraak vloeit voort dat ook de doelstelling van de geldverlening belangrijk is.¹²⁸ In dat kader moet het algemeen belang zijn gediend met de subsidieverlening.¹²⁹

48. In het raam van een subsidie mag er geen sprake zijn van een betaling. Bedoeling is om commerciële transacties uit te sluiten van het subsidiebegrip.¹³⁰ Wanneer een overheid geld geeft en daarvoor iets in de plaats krijgt dat voor haar een economisch belang heeft, dan spreekt men niet over een subsidie.¹³¹

Er is geen sprake van een rechtstreekse tegenprestatie ten voordele van de overheid. Een overheid geeft een subsidie los van enige tegensprestatie die haar eigen economisch belang dient. Dit onderscheidt de subsidie onder meer van de overheidsopdracht.¹³²

b. *Onderscheid met overheidsopdracht*

49. In het licht van het hoofdonderwerp van één van de twee tijdschriften, die het schrijven van de huidige collectie teksten heeft gestimuleerd, wensen de auteurs in huidige bijdrage iets dieper in te gaan op het onderscheid tussen een subsidie en een overheidsopdracht. Daarbij is er enkel gekeken naar hoe de Nederlandse rechtsleer dit onderscheid ziet en maakt.

50. Ook in Nederland definieert men het begrip ‘overheidsopdracht’ op grond van het Europees Unierecht. Zoals reeds hoger aangehaald is de karakteristiek ten bezwarende titel of de betaling het onderscheidend criterium met een subsidie.¹³³

Naar Nederlands recht is er een bijkomend gevolg van het onderscheid. Bij een betaling staan we voor een wederkerigheid in de prestaties, waarbij elke partij zich tot iets engageert en bijgevolg ook toestemt met de inhoud. We staan voor een overeenkomst, waarbij het privaatrecht van toepassing is. In geval van een subsidie zitten we met een eenzijdige rechtshandeling, waarop

(128) W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, p. 40.

(129) CBb, 9 juli 2008, AB, 2008/340, m.nt. J.R. VAN ANGEREN.

(130) W. DEN OUDEN, *De subsidieverplichting: wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 31.

(131) Vgl. ABRvS, 23 maart 2016, AB, 2016/286, m.nt. A. DRAHMANN.

(132) M.J. JACOBS, *Subsidieovereenkomsten*, Den Haag, Elsevier, 1999, 28.

(133) Zie o.a. L. VERBOEKET, “Tussen stimuleren en contracteren: over de concurrentie tussen subsidies en opdrachten, in het bijzonder bij prijsvragen”, *NTB*, 2020/202.

het bestuursrecht van toepassing is. Een apart rechtsregime is bijgevolg van toepassing.¹³⁴

Reeds uit de Memorie van Toelichting bij artikel 4.2.1 Awb blijkt dat de wetgever er zich van bewust was dat het onderscheid in Nederland tussen een subsidie en een overheidsopdracht niet altijd even duidelijk is¹³⁵, ondanks het schijnbaar klaar onderscheidingscriterium. Daarbij is het in elk geval zo dat de benaming door partijen niet doorslaggevend of zelfs relevant is.¹³⁶ Het feit dat bijvoorbeeld partijen een overeenkomst hebben gesloten, wil nog niet zeggen dat een rechter de rechtsverhouding als een subsidie kan kwalificeren.¹³⁷

De Jong – Bouwman wijst er in een recent proefschrift terecht op dat indicaties, die de Nederlandse rechtspraak hanteert op grond van de Memorie van Toelichting bij artikel 4.2.1. Awb, gevaarlijk zijn omdat zij geen rekening houden met de Europeesrechtelijke omschrijving van het begrip ‘overheidsopdracht’.¹³⁸

51. Op grond van de Memorie van Toelichting bij artikel 4.2.1. Awb hanteert men in de rechtsleer meestal een viertal elementen of aspecten om de subsidie te onderscheiden van de overheidsopdracht: 1) is er een verband tussen betaling en prestatie, 2) wie is de initiatiefnemer, 3) welk belang wordt met het doel van de activiteit gediend en 4) gaat het om een commerciële activiteit.¹³⁹

Sommigen verwijzen ook naar de hoogte van het te betalen bedrag in relatie tot de kostprijs, waarbij de subsidie een vergoeding van de kost dekt.¹⁴⁰ Zelfs een gedeeltelijke dekking van de kostprijs zou afdoende zijn.¹⁴¹

(134) P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, p. 391.

(135) Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 33.

(136) ABRvS, 23 maart 2016, AB, 2016/286, m.nt. A. DRAHMAN.

(137) A. DRAHMANN, *Transparantie en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlands bestuursrecht*, 2015, 152.

(138) G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, 174.

(139) L. VERBOEKET, “Tussen stimuleren en contracteren: over de concurrentie tussen subsidies en opdrachten, in het bijzonder bij prijsvragen”, *NTB*, 2020/202; A. DRAHMANN, *Transparantie en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlands bestuursrecht*, 2015, 153-156.

(140) P.J. HUISMAN en F.J. VAN OMMEREN, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 393.

(141) CBb, 24 februari 2005, AB, 2005/165, m.nt. J.H. VAN DER VEEN; ABRvS, 12 september 2001, AB, 2001/335, m.nt. N. VERHEIJ.

Gezien het rechtsvergelijkend karakter van huidige bijdrage leek het ons best te vertrekken vanuit het Europeesrechtelijk begrip ‘overheidsopdracht’, teneinde dit dan af te zetten ten aanzien van het Nederlandsrechtelijk begrip ‘subsidie’ en dit aan de hand van het proefschrift van de Jong-Bouwman.

Een eerste aanwijzing voor de aanwezigheid van een overheidsopdracht is het wederkerig karakter van de prestatie. Het EU-recht hanteert het begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’: do ut des. Volgens de Jong-Bouwman zou men in de rechtspraak van het Hof van Justitie drie subcriteria kunnen onderkennen, die uitdrukking geven aan dit begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’: 1) het bestaan van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende overheid, 2) een afdwingbare uitvoeringsverplichting en 3) enig economisch voordeel.¹⁴²

We gaan hierbij niet heel concreet in op het eerste subcriterium dat voortvloeit uit het Helmut Müller-arrest en dat reeds eerder werd besproken. Trouwens, in een andere bijdrage heeft één van de auteurs reeds verdedigd dat dit het hoofdcriterium is om een overheidsopdracht van een subsidie te onderscheiden.¹⁴³ Bij een subsidie is het in elk geval zo dat het rechtstreeks economisch belang er enkel is voor de subsidieontvanger en dat de prestatie van deze laatste het algemeen belang dient. Hier vindt men dan een ander aspect terug uit de Nederlandsrechtelijke definitie van het begrip ‘subsidie’, nl. de activiteit is ten voordele van het algemeen belang.

Het subcriterium van de afdwingbare uitvoeringsverplichting vinden we terug in de hoger besproken recente conclusie van advocaat generaal Campos Sánchez-Bordona. Dit element zal echter volgens ons slechts in een beperkt aantal gevallen doorslaggevend zijn om een subsidie te onderscheiden van een overheidsopdracht. Immers, de ‘betaling’ door de overheid is in beginsel in beide gevallen afdwingbaar. Het feit dat men de overheid niet kan verplichten om het gerealiseerde goed “in bezit te nemen” zal meestal voortvloeien uit het feit dat de overheid een rechtstreeks economisch belang nastreeft.

Ten slotte is er de vergoeding voor de verstrekker van de prestatie. Hier onderscheidt de overheidsopdracht en de subsidie zich juist niet. Immers, in beide gevallen ontvangt de derde een ‘betaling’.

De tweede aanwijzing, volgens de Jong-Bouwman, die een overheidsopdracht van een subsidie onderscheidt, is het feit dat bij een overheidsopdracht de

(142) G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, p. 202.

(143) K. WAUTERS et J. EYLETTE, « L'intérêt économique direct : analyse du critère distinctif entre les opérations de cession de droits réels, des contrats qualifiés de marché public ou de concession de travaux », noot onder RvS (6^e réf.), 1 juli 2022, S.R.L. *Jambes Casernes Equilis*, T.Aam., 2023/2, pp. 127-137.

overheid een opdrachtgever is.¹⁴⁴ In tegenstelling tot wat het geval is bij een subsidie, geeft een overheid bij een overheidsopdracht een opdracht tot de uitvoering van een activiteit die verplichtend is gesteld. Bij een subsidie zal de overheid een bepaalde activiteit stimuleren zonder dat er enige verplichting is. Eventueel kan men hiermee aansluiting vinden met een onderscheidingscriterium dat men in de Nederlandse literatuur leest om een subsidie te herkennen. Bij een subsidie gaat het initiatief uit van de derde, waaraan de overheid geld ‘geeft’ of ‘betaalt’. Dit houdt in dat de overheid niet zelf specifiek en gedetailleerd omschrijft wat hij verlangt van die derde.¹⁴⁵ Echter, ook in dat kader zal men in bepaalde gevallen dit aspect moeten combineren met het feit dat wat de overheid gedetailleerd omschrijft ook in zijn patrimonium terecht komt om te kunnen spreken van een overheidsopdracht. Dit toont nogmaals aan dat het criterium van het rechtstreeks economisch belang het meest relevant is.

3. De verdeling van subsidies

52. In Nederland tracht men de laatste 15 jaren in het bestuursrecht een nieuwe leer te introduceren en te ontwikkelen, namelijk de leer van de schaarse rechten.¹⁴⁶ Daarbij aanziet men vanaf het begin subsidies aan als een schaars recht.¹⁴⁷ De toepassing van het leerstuk op subsidies is blijkbaar echter niet altijd even evident.

Alvorens in te gaan op de specifieke problematiek van de toepassing van deze leer op subsidies, is het eerst noodzakelijk om iets over de leer zelf uiteen te zetten.

53. Schaarse publieke rechten zijn in de eerste plaats rechten verleend door een bestuursorgaan. In vele gevallen verleent het bestuursorgaan het recht op aanvraag. Meestal leidt het voldoen aan bepaalde toewijzingscriteria tot het verlenen van het recht.

(144) G. DE JONG-BOUWMAN, *Instrumenten voor het uitbesteden van diensten in het sociaal domein*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2022, p. 209.

(145) Vgl. A. DRAHMANN, *Transparantie en eerlijke verdeling van schaarse besluiten: een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een transparantieverplichting bij de verdeling van schaarse besluiten in het Nederlands bestuursrecht*, Universiteit Leiden, 2015, p. 155.

(146) F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN en C.J. WOLSWINKEL, “Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben”, *NJB*, 2011/1470, afl. 28, pp. 1858-1866, en F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN en C.J. WOLSWINKEL (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011. De oorsprong is volgende literatuur te vinden in een bijdrage van F. VAN OMMEREN: F. VAN OMMEREN, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 2004.

(147) F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN en C.J. WOLSWINKEL, “Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk”, in F.J. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN en C.J. WOLSWINKEL (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2011, p. 17.

Vervolgens zijn de rechten schaars. Ze zijn schaars omdat het aantal aanvragers groter is dan het aantal voor verlening beschikbare rechten.¹⁴⁸ Uit een bepaald gegeven vloeit er een bepaald plafond of een bepaalde maximum voort, waarboven de overheid geen rechten meer kan verstrekken. Er is een vooraf bestaande beperking op het aantal te verlenen rechten. In dat kader maken sommigen nog een onderscheid tussen potentiële, hypothetische schaarste en reële, actuele schade.¹⁴⁹ Bij een potentiële schaarste kan de som van het aantal potentiële aanvragen groter zijn dan het aantal beschikbare rechten, terwijl bij een reële schaarste staat het vast dat het aantal effectieve aanvragen hoger is dan de beschikbare rechten. De aanwezigheid van een dergelijk plafond of een maximum is voor de Raad van State afdoende om te spreken van een schaars recht.¹⁵⁰ Aldus is potentiële schaarste of het criterium van het aantal te verwachten gegadigden¹⁵¹ afdoende.

54. Van zodra er sprake is van een plafond, ging men er in Nederland van uit dat er een bepaalde verdelingsprocedure diende plaats te vinden. Een dergelijke verdelingsprocedure houdt in dat men aanvragen gaat vergelijken en dat de aanvrager met de hoogste score het haalt.¹⁵² Men was dus blijkbaar van oordeel dat als een recht schaars is er een soort van mededingsprocedure moet worden georganiseerd. Vraag rijst dan welke rechtsregel of welk beginsel deze plicht fundeert.

In een recente bijdrage zoekt Wolswinkel in de eerste plaats de grondslagen voor een verdelingsplicht bij schaarse rechten in het Unierecht, meer specifiek het overheidsopdrachtenrecht.¹⁵³ In dat laatste kader erkende het Hof van Justitie de toepassing van het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht¹⁵⁴, wat het Hof ook later doortrok naar concessies van diensten, vergunningen en domeinconcessies.¹⁵⁵ De evolutie in België was omgekeerd. In België had de Raad van State reeds een aantal arresten gevel

(148) C.J. WOLSWINKEL, “Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd”, *NTB*, 2014/7.

(149) F.J. VAN OMMEREN, “Schaarse publieke rechten en transparantie”, in T. BARKHUYSEN, J.E.M. POLAK, B.J. SCHUELER en R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *AB Klassiek*, Deventer, Wolters Kluwer, 2022, p. 697.

(150) ABRvS, 28 augustus 2019, *AB*, 2019/496, m.nt. C.J. WOLSWINKEL.

(151) HR, 26 november 2021, *AB*, 2022/11, m.nt. F.J. VAN OMMEREN.

(152) C.J. WOLSWINKEL, “Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd”, *NTB*, 2014/7.

(153) C.J. WOLSWINKEL, “Zeven jaar na Vlaardingen: is de cirkel van het verdelingsrecht rond?”, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2024/1.

(154) HvJ EG, 25 april 1996, *Commissie/België*, C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161, r.o. 53-54.

(155) HvJ EG, 7 december 2000, *Telaustria*, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, r.o. 60-62; HvJ EU, 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307, *AB*, 2011/17, m.nt. A. BUIJZE; “JB”, 2010/171, m.nt. C.J. WOLSWINKEL (Sporting Exchange), r.o. 47; HvJ EU, 14 juli 2016, *Promoinimpresa*, C-458/14 en C-67/15, ECLI:EU:C:2016:122, *AB*, 2016/320, m.nt. C.J. WOLSWINKEL, r.o. 54 en 71.

voorafgaand aan de rechtspraak van het Hof van Justitie, die vereisten dat overheden het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht naleefden wanneer zij overeenkomsten zoals concessies van diensten, overheidsopdrachten, domeinconcessies, verkoopsovereenkomsten sloten.¹⁵⁶

De hoogste Nederlandse rechtscolleges bevestigen pas heel recent een meer algemene plicht tot verdeling. In de eerste plaats bevestigt de Nederlandse Raad van State in een arrest Speelautomatenhal Vlaardingen het bestaan van een rechtsregel, die het bestuur ertoe verplicht bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan potentiële gegadigden ruimte te bieden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen.¹⁵⁷ Er is sprake van een mededingingsnorm. Grondslag voor deze plicht of norm is volgens de Raad van State het gelijkheidsbeginsel, waarbij het bestuur de plicht heeft om gelijke kansen te bieden. Uit deze plicht vloeit voort dat de toekenning slechts gebeurt voor een bepaalde termijn en dat voorafgaand aan de toekenning het bestuur een voorafgaande transparantie moet verzekeren. De uitspraak is beperkt tot vergunningen oftewel eenzijdige administratieve rechtshandelingen, die een bepaald recht toekennen.

In het arrest Didam heeft de Hoge Raad voornoemde rechtspraak ook doorgetrokken naar het sluiten van een verkoopsovereenkomst.¹⁵⁸ Eigenlijk combineert de Hoge Raad hier de rechtspraak Speelautomatenhal met haar eigen rechtspraak Amsterdam/Ikon, uit welk arrest voortvloeit dat zelf wanneer een overheid privaatrechtelijk handelt zij gebonden is door het beginsel van de gelijke behandeling.¹⁵⁹ Het arrest Amsterdam/Ikon werd gevelde in het kader van de uitvoering van een overheidsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt in het arrest Didam dat een bestuur bij het verkopen van een onroerend goed, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar dit goed voor zover er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Opnieuw is het gelijkheidsbeginsel die rechtsnorm die voornoemde plicht rechtvaardigt ditmaal bij de gunning van een overeenkomst.

Vraag rijst of de hoogste Nederlandse rechtscolleges verder gaan dan de Belgische Raad van State. Het lijkt ons zo te zijn dat de Nederlandse hoogste rechtscolleges uit het gelijkheidsbeginsel niet de plicht afleiden dat een overheid in alle gevallen een open procedure moet organiseren. Met open procedure bedoelen we dan een procedure waarbij er een officiële bekendmaking is

(156) Zie recent M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 976-980: hij begint met het Belgisch recht en daarna pas met het EU-recht.

(157) ABRvS, 2 november 2016, AB, 2016/426, m.nt. C.J. WOLSWINKEL, AB *Klassiek*, 2022/41, m.nt. F.J. VAN OMMEREN (speelautomatenhal Vlaardingen), r.o. 8.

(158) HR, 26 november 2021, *Didam*, AB, 2022/11, m.nt. F.J. VAN OMMEREN.

(159) HR, 27 maart 1987, nr. 12807, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, AB, 1987, nr. 273, m.nt. FHvdB.

en elke onderneming de kans krijgt om zich kandidaat te stellen. De hoogste rechtscollages in Nederland hebben het over mededingingsruimte creëren. Dit kan echter evengoed in bepaalde gevallen door het rechtstreeks raadplegen van meerdere potentiële gegadigden.

Volgens ons dient in dat kader inspiratie te worden gezocht in het Coname-arrest¹⁶⁰ van het Hof van Justitie. Het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht vereisen, volgens dit arrest, geen open procedure.¹⁶¹ Het is volgens ons onevenredig om voor elke verdeling van een schaars recht de overheid een verplichting tot het organiseren van een doorgedreven mededingingsprocedure op te leggen. Recent sprak David D’Hooghe over een casuïstische aanpak vanwege de Belgische Raad van State inzake de verplichtingen die voortvloeien uit de transparantieplicht en waarbij niet altijd een formele mededingingsprocedure vereist is.¹⁶² Persoonlijk menen wij dat de laatste belangrijke arresten *Immorocha*¹⁶³ en *Kinopolis*¹⁶⁴ aangeven dat een algemene bevraging het uitgangspunt is, maar dat men daar in wel omschreven situaties kan van afwijken.¹⁶⁵ We zouden in dat kader eerder spreken van een graduele aanpak. De mate van openheid van de procedure hangt af van het belang van het te gunnen recht.

55. Uiteindelijk heeft de Raad van State de uitspraak in het arrest *Speelautomatenhal Vlaardingen* ook van toepassing verklaard op schaarse subsidies.¹⁶⁶

Bij aanwezigheid van een schaarse subsidie dient het bestuur aan potentiële gegadigden de kans te bieden om in aanmerking te komen voor de subsidie. Opnieuw refereert de Raad naar het gelijkheidsbeginsel als fundament voor voornoemde verplichting tot het bieden van mededingingsruimte. Hieruit zou dan voortvloeien dat ook de transparantieplicht geldt en dat de subsidie slechts voor een bepaalde tijd kan worden verleend conform het arrest *Speelautomatenhal Vlaardingen*.¹⁶⁷

(160) HvJ, 21 juli 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname)*, nr. C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487.

(161) *Ibid.*, overw. 21. Men spreekt in de rechtspraak over ‘openbare aanbesteding’ of ‘appel d’offres’ daar waar men eigenlijk wil verwijzen naar de plicht om een officiële bekendmaking te doen en dus iedereen de kans te geven zich kandidaat te stellen.

(162) D. D’HOOGHE, L. DE VUYST en L. SCHELLEKENS, “Transparantie bij overheidscontracten en overheidsopdrachten”, in F. VANDENDRIESSCHE en C. CLEYNEN (eds), *Transparantie in het overheidsoptreden*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, 281, nr. 41.

(163) RvS, 30 januari 2015, *Immorocha*, nr. 230.062.

(164) RvS, 23 december 2015, *Kinopolis*, nr. 233.355.

(165) Zie ook K. WAUTERS en A.-S. VANWINSSEN, « Domeingoederen – Welke contractuele rechten? », in *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 346-350.

(166) ABRvS, 11 juli 2018, *Geobox*, AB, 2018/406, m.nt J.E. VAN DEN BRINK en A. DRAHMANN.

(167) E.M.J. HARDY, “De kunst van het verdelen: over mededinging en transparantie bij de verdeling van schaarse (tender)subsidies”, *NTB*, 2022, pp. 136-147.

In het arrest Geobox bevestigde de Raad van State de mededingingsplicht wanneer een subsidiesysteem een plafond voorziet. In dat geval is er sowieso sprake van een schaarse subsidie. Volgens de rechtsleer geldt voornoemde plicht echter niet alleen voor subsidiesystemen, die geen plafond voorzien maar waarbij wel een beperking volgt uit het systeem (“een gesloten afbakening van de kring van subsidieontvangers”¹⁶⁸). Ook wanneer een aanvrager een subsidie ontvangt rechtstreeks op grond van de begroting (een begrotings-subsidie), gaat het volgens bepaalde rechtsleer om een schaarse subsidie en speelt bijgevolg de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte.¹⁶⁹

56. Vraag rijst echter ook of een verdelingsplicht in alle gevallen noodzakelijk is. Talrijke subsidies in België fungeren als een open systeem, waarbij de gegadigde op grond van een aanvraag de subsidie bekomt als hij voldoet aan de voorwaarden.

In die situatie gelden volgens ons wel het beginsel van de gelijke behandeling en de transparantieplicht.¹⁷⁰ Persoonlijk denken wij dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen een open systeem en een ‘gesloten’ systeem van subsidies, waarbij het eerste systeem geen ‘verdelingsplicht’ noodzaakt, terwijl dit bij het tweede wel het geval is. Verdere rechtspraak en onderzoek zal echter duidelijkheid moeten brengen over de gevolgen, die moeten worden gekoppeld aan deze beginselen.¹⁷¹

Conclusie

57. Het begrip ‘subsidie’ is tot op heden in de onderzochte nationale rechtstelsels gedefinieerd vanuit een nationaal rechtskader. De invloed van het Europees Unierecht is in dat kader eigenlijk nihil. Verschillende cumulatieve elementen dienen echter aanwezig te zijn in elk van de rechtstelsels om te kunnen spreken van een subsidie. De rechtsvergelijking toont aan dat de fundamentele elementen vrij gelijklopend zijn: 1) de aanwezigheid van een financiële hulp, 2) de bevordering van het algemeen belang en 3) de afwezigheid van een concreet, rechtstreeks voordeel voor de ‘helpende’ overheid.

(168) C.J. WOLSWINKEL, “Begroten is verdelen”, in L.W. VERBOEKET, J.E. VAN DEN BRING, A. DRAHMANN, M.J. JACOBS en R. ORTLEP, *Bestuursrecht in het echt*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, pp. 52-53.

(169) W. DEN OUDEN, M.J. JACOBS en J.E. VAN DEN BRINK, *Subsidierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021, p. 309.

(170) Vgl. HvJ, 2 juni 2016, *Falk Pharma*, C-410/14 ; HvJ, 1 maart 2018, *Maria Tirkkonen/Maaseutuvirasto*, C-9/17.

(171) [Comp.](#)

In het licht van dit laatste punt wordt het duidelijk dat een subsidie grotendeels in negatieve termen wordt gedefinieerd: de definitie van het begrip ‘subsidie’ in de onderzochte nationale rechtstelsels is beïnvloed door de omschrijving en de uitlegging van het begrip ‘overheidsopdracht’ in het EU recht. De teleologisch uitlegging van dit laatste begrip door het Hof van Justitie maakt dat heel wat juridische constructies door het Hof onder het toepassingsgebied van de richtlijnen overheidsopdrachten zijn ondergebracht. Anderzijds heeft het onderzoek naar het toepassingsgebied van voornoemde richtlijnen het Hof van Justitie de gelegenheid gegeven om bepaalde intern administratiefrechtelijke rechtsfiguren of situaties te omschrijven, nader te definiëren.¹⁷²

Op grond van de onderzochte rechtspraak dienen volgens ons het element ‘ten bezwarende titel’ of de wederkerigheid bij de definiëring van het begrip ‘subsidie’ een prominente rol te krijgen. Daarbij is het criterium ‘rechtstreeks economisch belang’ doorslaggevend, doch bijkomend dient men ook aandacht te besteden aan het afdwingbaar karakter van de prestaties.

58. Verschillend in de onderzochte rechtstelsels is de omkadering. In Frankrijk en Nederland bestaat er een wettelijke definitie, waarbij er in Nederland een ruimere algemene wettelijke omkadering aanwezig is. Dergelijke algemene wettelijke omkadering zou in België zeker een pluspunt zijn. Krachtens artikel 50, § 2 van de bijzondere wet betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten is het het federale niveau dat de algemene principes moet vastleggen, terwijl het aan Gewesten en Gemeenschappen wordt overgelaten om de details te regelen: “De wet bepaalt de algemene bepalingen op de controle inzake het verlenen en het gebruik van subsidies”.¹⁷³

59. Aangaande de toekenning van het recht op een subsidie lijkt men in Nederland en in België het erover eens te zijn dat het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplicht toepasselijk zijn. In Frankrijk vindt men hierover weinig debat. Sommige rechtsleer in Frankrijk geeft echter aan dat de vrijheid van een overheid om een subsidie te vertrekken omkaderd is door de verplichting van een gelijke behandeling.¹⁷⁴ Dit lijkt echter niet de meerderheidsopvatting te zijn, wat vreemd is in het licht van het EU-recht.

De concrete gevolgen van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplicht zijn nog weinig behandeld in de rechtspraak. In Nederland

(172) Zie bvb. HvJ, 18 november 1999, *Teckal Srl/Comune di Viano*, nr. C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562; HvJ EU, 21 december 2016, *Remondis*, C-51/15.

(173) Art. 50 bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten. Over het begrip algemene bepalingen, zie L. DETROUX, D. PIRON et N. VANDER PUTTEN, « Les principes budgétaires et fiscaux », in M. EL BERHOUMI en S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 377.

(174) C. BLANCHON, *Recherche sur la subvention. Contribution à l'étude du don en droit public*, Paris, L.G.D.J., 2019, pp. 202-203, n° 37.

heeft de Raad van State inzake subsidies een verdelingsplicht afgeleid uit voornoemde beginselen. Dit is echter enkel het geval als de subsidie als een schaars recht moet worden beschouwd. Daarnaast is de mate waarin de overheid een doorgedreven mededingingsprocedure moet organiseren afhankelijk van het belang van het te verdelen schaars voordeel. Vraag rijst echter ook of een verdelingsplicht in alle gevallen noodzakelijk is. Verdere rechtspraak en onderzoek zal hier duidelijkheid moeten brengen over de gevolgen, die moeten worden gekoppeld aan deze beginselen.

60. In elk geval toont de vergelijkende analyse die we hebben uitgevoerd aan dat de kwestie van het onderscheid tussen overheidsopdrachten en subsidies, verre van een louter theoretische kwestie is en in de toekomst waarschijnlijk verder voorwerp zal zijn van onderzoek.