



HAL
open science

NATURE JURIDIQUE ET REGIME CONTENTIEUX DE LA SUBVENTION À PROPOS DE QUELQUES DECISIONS RECENTES

Carole Gallo

► **To cite this version:**

Carole Gallo. NATURE JURIDIQUE ET REGIME CONTENTIEUX DE LA SUBVENTION À PROPOS DE QUELQUES DECISIONS RECENTES. Revue française de droit administratif, A paraître. hal-04308793

HAL Id: hal-04308793

<https://hal.science/hal-04308793v1>

Submitted on 27 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

NATURE JURIDIQUE ET REGIME CONTENTIEUX DE LA SUBVENTION *À PROPOS DE QUELQUES DECISIONS RECENTES*

Carole Gallo

*Professeure à l'Université de Lille
ERDP-CRDP*

Qu'est-ce qu'une subvention ? La question, ainsi posée, peut sembler surprenante. Surprenante, compte tenu de l'importance et de l'ancienneté de cet instrument d'action publique, particulièrement en matière d'interventionnisme économique. Surprenante aussi compte tenu de l'idée que sous-tend la question posée, laissant entendre qu'à ce jour, aucune réponse satisfaisante n'y aurait été donnée.

Pareil étonnement ne saurait plus être de mise à l'égard d'un état du droit aujourd'hui révolu. Car si pendant longtemps ni la doctrine, ni le juge administratif, ne sont parvenus à donner à l'acte de subvention un habit juridique tel qu'il puisse s'intégrer parfaitement dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux ou des contrats, le Conseil d'État est venu, par une série de décisions récentes, mettre à jour sa nature juridique, dont il en a déduit, en retour, un régime juridique unifié. Ce sera désormais à l'intérieur des frontières de l'acte administratif unilatéral, et plus précisément, des décisions conditionnelles, que le juge administratif examinera la légalité des subventions accordées par l'administration.

Avant d'exposer les données du problème sur ce point, ainsi que les solutions récemment apportées, quelques précisions s'imposent au préalable. Il est d'abord nécessaire d'indiquer ce que l'on entend par subvention, parce que cette notion peut être entendue dans des sens différents. La question, logiquement, se dédouble : il s'agit de définir et donc, de limiter.

La notion de subvention sera ici entendue dans un sens étroit, comme désignant une mesure par laquelle une personne publique accorde à une personne privée ou, le cas échéant, à une autre personne publique, un avantage pécuniaire, prélevé sur le budget public, en contrepartie duquel le bénéficiaire s'engage à utiliser les fonds de manière plus moins déterminée dans l'intérêt général. Il ressort de cette définition que la subvention est une mesure qui se définit à la fois par son contenu (un avantage pécuniaire), son motif de fait ou sa condition légale (les contreparties imposées ou négociées avec le bénéficiaire), et par son but, à la fois direct (soutenir une activité ou un projet) mais également indirect (les contreparties étant mises au service de l'intérêt général). Par exemple, l'aide publique accordée à une entreprise en vue de la création ou du maintien d'emplois vise bien à soutenir l'activité de l'entreprise mais aussi, par là-même, à associer le secteur privé à la mise en œuvre de politiques publiques de lutte contre le chômage et la désertification de certaines zones territoriales.

Une précision supplémentaire concerne le caractère discrétionnaire de la subvention. Dans un sens étroit toujours, celle-ci est comprise comme résultant d'un choix de la personne publique d'accorder ou non l'aide financière en fonction de l'intérêt et de la faisabilité du projet ou du

programme, puis d'en déterminer le montant en fonction de la valeur des contreparties, imposées ou négociées avec le demandeur. En ce sens, ne sauraient être regardées comme des subventions les versements automatiques de sommes dues, comme par exemple l'allocation de plein droit d'aides sociales versées sur la base de critères objectifs et préétablis par un texte. Notons que si elle demeure libre de choisir, parmi les bénéficiaires potentiels de la subvention, celui qui est le mieux à même de répondre à l'objectif qu'elle se fixe, l'autorité administrative doit néanmoins veiller à rester dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et l'exercer conformément au but pour lequel la loi lui a confié.

Ainsi définie, la subvention est à isoler d'autres notions voisines. Dans un sens plus large, on englobe parfois dans la notion de subvention le prix d'une prestation ou la compensation d'obligations de service public ou de charges. L'avantage se confond alors avec la rémunération, ce qui entraîne l'application d'un régime juridique autre que celui de la subvention. L'enjeu principal de la distinction se situe ici au niveau de la passation de l'acte de subvention : la requalification de l'acte dénommé subvention en un marché public ou en une délégation de service public est fréquente, et donc susceptible de conduire à son annulation pour méconnaissance du droit de la commande publique, voire à des sanctions pénales pour délit de favoritisme¹. Enfin, dans un sens encore plus large, on désigne parfois sous le terme « subvention » non seulement les prestations positives, telles que l'attribution d'un avantage financier, mais encore l'ensemble des interventions publiques qui, sous des formes diverses (mesures juridiques, tels que des droits exclusifs ; matérielles, telle que la fourniture de mobilier ; fiscales, telle qu'une exonération...), allègent les charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise. Ce sens large correspond à celui de l'aide publique au sens du droit de l'Union européenne et s'inscrit essentiellement dans une perspective concurrentielle. Sans être des subventions à proprement parler, ces aides publiques en partagent la nature et s'accompagnent, en principe, de mesures correctrices, dont la visée est de remédier aux atteintes potentielles à la concurrence suscitées par l'avantage sélectif, sous peine de tomber sous le coup de la qualification d'aide d'État incompatible avec le Traité². Pour ces raisons, c'est la première acception de la notion de subvention, la plus étroite, qui sera retenue dans cette étude.

Sur cette base, une difficulté se présente : parce qu'elle fait participer le bénéficiaire à la décision, la subvention laisse place à une certaine confusion des genres, que la doctrine a le plus grand mal à résorber. Déjà dans leur *Traité des contrats administratifs*, André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé pointaient du doigt l'« assez grand embarras » de la doctrine pour qualifier juridiquement ces décisions assorties d'engagements de la part du bénéficiaire et « l'obligation à laquelle elles ont conduit la jurisprudence française de recourir à des constructions parfois très subtiles pour définir la nature juridique de l'accord en question »³. De même, l'aptitude du bénéficiaire à agir, au cours de l'exécution de l'acte de subvention, dans un sens favorable à son maintien ou à la cessation de ses effets de droits, en remplissant les contreparties prescrites, démontre combien il demeure libre de « mettre en branle ou non le dispositif inscrit dans l'acte »⁴.

¹ Sur cette distinction, v. notamment P. Idoux, « Les dons et subventions des personnes publiques aux personnes privées », in N. Jacquinet (dir.), *Le don en droit public*, 2013, pp. 157-179.

² TFUE, art. 107 §1.

³ A. de Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 2^e éd., 1983, p. 60.

⁴ Desrameaux, « L'acte administratif unilatéral à condition : étude sur la structure et les ressorts de l'acte administratif unilatéral », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2012, n°4, p. 1851.

Témoin de la qualité remarquable qu'ont de tels actes à relativiser la *summa divisio* des actes unilatéraux et des contrats, la doctrine se heurte aux classifications binaires du droit administratif. Plutôt que de classer en bloc la subvention dans l'une ou l'autre de ces catégories, son classement s'opère soit au prix de la découverte d'une catégorie *sui generis* – la subvention serait alors à ranger dans la catégorie intermédiaire de l'« acte incitatif »⁵ ou du « pseudo-contrat »⁶ – soit au moyen d'une reconfiguration interne à la catégorie de l'acte unilatéral – elle relèverait alors d'un type nouveau d'acte administratif unilatéral, dont la théorie resterait à faire : l'« acte administratif unilatéral négocié »⁷, la « décision administrative consensuelle »⁸ ou encore « à fondement contractuel »⁹. Quoique diverses, les solutions apportées par la doctrine à l'apparente similitude de la subvention assortie de contreparties au contrat ont toutes en commun de souligner la part d'artifice qu'il y a à opposer, en deux catégories rigides, l'« unilatéral » et le « conventionnel ».

Sans doute le caractère exigü des classifications n'a-t-elle pas échappé au juge lui-même. Conscient du visage inhabituel que présente la subvention, il ne renonce pas pour autant à ses catégories binaires. Pour des raisons d'opportunité évidente, il regroupe, depuis la décision *Chambre du commerce et d'industrie de l'Indre* de 2010, l'ensemble des subventions dans la catégorie des décisions unilatérales, y compris lorsqu'elles ont été adoptées en forme de convention. De ce fait, il met en œuvre les règles contentieuses et de fond propres à la décision administrative.

Une question se posait alors inévitablement : comment construire une catégorie de décision unilatérale dont l'adoption, mais également les conditions d'exécution, se trouvent sous la dépendance de la volonté du bénéficiaire ?

Plusieurs décisions rendues en 2021, et qui seront ici étudiées, s'inscrivent dans la veine de l'avis contentieux *SAS Royal Cinéma* de 2019 par lequel le Conseil d'État a entendu résoudre la question, des plus délicates, de la nature juridique de l'acte de subvention et réexaminer, par la même occasion, le régime de sortie de vigueur de la subvention, dont la traduction, dans les termes du contentieux, n'était pas exempt de critiques.

L'enseignement de la jurisprudence récente, sur ce terrain, est donc double. D'une part, le Conseil d'État clôt définitivement le débat relatif à la nature juridique de la subvention. En refusant de se laisser abuser par ces « conventions » de subvention, qui ont seulement l'apparence du contrat, il intègre désormais ces actes élaborés conjointement avec leur bénéficiaire dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux, et non des contrats (I). D'autre part, on peut se féliciter de ce que le Conseil d'État ait entendu tirer toutes les conséquences logiques de cette clarification au niveau du régime juridique de retrait de la subvention. Des aménagements ont ainsi été apportés, qui touchent autant aux modalités de récupération ou de refus de versement de l'aide, qu'à la question du rapport entre la condition et le caractère créateur de droit de l'acte de subvention

⁵ *Ibid.*

⁶ A. Cartier-Bresson, M. Fromont, « Aides économiques. Notion. Typologie », *Jcl. Adm.*, fasc. 256, janv. 2015 ; J.-M. Pontier, « Qu'est-ce qu'une aide économique locale ? », in O. Renaudie (dir.), *Les aides économiques locales : de quel droit ?*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2020, p. 19. Sur cette question des « procédés d'incitation pseudo-contractuels », v. plus généralement : P. Idoux, J. Colson, *Droit public économique*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2018, n° 785 et s.

⁷ R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *AJDA* 1989. 9, spéc. p. 13 : « la nature de ces actes négociés relève à la fois des actes unilatéraux et des conventions incorporées par un acte d'autorité qui, dès lors, « dénature » la « convention », qui, de toute manière, ne saurait en être une si elle touche à la police économique » ; V ; également, R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. Domat, Droit public, 15^e éd., 2001, n° 657, p. 493 ; M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », 2003, pp. 73 et s.

⁸ F. Rolin, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, th. Paris, 1997, spéc. pp. 80-191.

⁹ *Ibid.*

et à l'exigence de motivation et de procédure contradictoire préalable à l'acte dénommé « retrait ». Si ces évolutions marquent des progrès incontestables, qui vont dans le sens d'une meilleure protection des droits des bénéficiaires de subventions, certaines zones d'ombres subsistent qui seront relevées (II).

I. Une clarification de la nature juridique de la subvention

Par une série de décisions récentes, le Conseil d'État est venu apporter des réponses bienvenues au sujet de la nature juridique de la subvention. Il prend à présent le parti de considérer que la subvention n'est ni un contrat, ni un don en droit public (A), mais bien une décision unilatérale assortie de conditions, qui crée des droits au profit de son bénéficiaire (B).

A. Ce que n'est pas la subvention

En premier lieu, la subvention n'est pas un contrat. Le Conseil d'État a consacré cette solution dans son avis contentieux *Société Royal Cinéma* rendu le 29 mai 2019 : « indépendamment 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 »¹⁰. Ce faisant, il démontre, sans le dire explicitement, que la subvention constitue, en toute hypothèse, un acte administratif unilatéral. L'apport de cet avis contentieux, ne nous y trompons pas, est d'importance : il s'agit moins ici de rappeler une évidence que de clore plusieurs décennies de controverses relatives à la nature juridique de l'acte attribuant une subvention.

Jusqu'à récemment en effet, le droit français ne connaissait pas de forme spécifique pour l'octroi de la subvention. Celle-ci pouvait être aussi bien être consentie par le biais d'un contrat que d'un acte administratif unilatéral. En cas de contentieux, la pratique administrative conduisait le juge administratif à procéder à une « analyse fouillée »¹¹ de l'acte en question afin de lui conférer un régime approprié. Il était en effet nécessaire de s'assurer de la nature unilatérale ou contractuelle du procédé utilisé, dès lors que la qualification retenue en commande dans une large mesure le régime contentieux et juridique, notamment s'agissant des modalités de restitution de la subvention. La subvention contractuelle se trouve ainsi soumise aux principes généraux du droit des contrats, et le cas échéant, à celui des contrats administratifs¹². L'inexécution de ses obligations par l'entreprise bénéficiaire constitue alors une faute de nature contractuelle susceptible de donner lieu au remboursement de l'aide, voire à la résiliation du contrat, sous le contrôle du juge du contrat¹³. Si le contrat est administratif, une résiliation pour motif d'intérêt général est au demeurant possible.

¹⁰ CE, avis, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, Rec. p. 172 ; *BJCP* 2019. 350, concl. Cortot-Boucher ; *AJDA* 2019. 1193, obs. E. Maupin ; *JCP Adm.* 2019. actu. 388, obs. C. Friedrich ; *JCP. Adm.* 2019, n° 2236, note H. Pauliat ; *JCP Adm.* 2019, n° 2265, chron. O. Le Bot, n° 1 ; *Rev. CMP* 2019, n° 284, obs. H. Hoepffner ; *AJCT* 2019. 410, obs. Rouault.

¹¹ A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, « Droit fondamental », 1^{ère} éd., 1994, n° 148, p. 146.

¹² P. Idoux, J. Colson, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 634 et s., p. 337.

¹³ Ph. TERNEYRE, « La stabilité juridique des aides financières publiques aux entreprises privées », *JCP E Droit adm. de l'ent.*, 1989, p. 28.

Au contraire, la subvention octroyée unilatéralement bénéficie d'une certaine stabilité du fait de son caractère créateur de droit¹⁴. Hormis le cas où la subvention a été obtenue par fraude¹⁵, l'autorité administrative ne pourra donc retirer la décision d'octroi que dans les limites posées par la jurisprudence *Ternon*, c'est-à-dire si elle est illégale et dans le délai de quatre mois à compter de son édicton, ce qui n'est pas le cas pour l'aide contractuelle. L'intangibilité de la situation juridique se heurte toutefois à une exception, aussi notable que fréquente en pratique : l'inobservation des conditions mises au maintien d'une subvention constitue un motif de disparition de la décision en cours d'exécution, et cela sans condition de délai¹⁶.

Cet aspect hybride de la subvention, maintes fois souligné en doctrine¹⁷, a soulevé un certain nombre de difficultés tenant à la qualification de l'acte en cause¹⁸. La complication était introduite par le fait que l'aide accordée en contrepartie de certaines prestations de nature sociale, économique (création ou préservation d'emplois, maintien d'un certain type d'activités, etc.), voire désormais « républicaines »¹⁹, et auxquelles le bénéficiaire s'engage, n'était pas nécessairement porteuse d'un procédé contractuel.

La loi du 12 avril 2000 est venue accentuer la porosité des frontières entre le subventionnement unilatéral conditionnel et le subventionnement contractuel, en énonçant en son article 10 que : « L'autorité administrative (...) qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret, conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée »²⁰. Ainsi, lorsqu'elles excèdent le seuil de 23 000 euros prévu par décret²¹, les subventions accordées par les collectivités publiques doivent donner lieu à l'établissement d'un acte que la loi dénomme « convention ». De cette intervention du législateur, en a résulté une forte volatilité des solutions jurisprudentielles, le juge administratif ne parvenant pas à se fixer définitivement sur une qualification juridique. Les cas de requalifications d'une subvention unilatérale en un contrat de subventionnement, voire de délégation de service public²² ou de marché

¹⁴ CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, Rec. p. 369 ; *AJDA* 2002. 1436, chron. F. Donnat et D. Casas ; *DA* 2002, n° 12 ; *Revue Lamy droit des affaires*, 2003, n° 56, comm. 3563, obs. L. Costes.

¹⁵ CE, Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, Rec. p. 63 ; *AJDA* 2003. 276, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RFD.A* 2003. 234, concl. G. Bachelier et 240, note P. Delvolvé ; *RTD civ.* 2003. 268, obs. J. Hauser. Rappelons que la fraude ne constitue pas, à proprement parler, un motif de retrait d'une décision créatrice de droit, mais fait plus fondamentalement obstacle à la reconnaissance du caractère créateur de droit de la décision qui en est entachée.

¹⁶ CRPA, art. L. 242-2 al. 2°.

¹⁷ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, « Cours », 2016, n° 248, p. 212 ; J.-M. Pontier, « Subventions, délégations de service public et marchés publics », *Mélanges L. Richer*, LGDJ, 2013, pp. 263 et s. ; A. Cartier-Bresson, M. Fromont, « Aides économiques. Notion. Typologie », *Jcl. Adm.*, fasc. 256, janv. 2015 ; J.-M. Pontier, « Qu'est-ce qu'une aide économique locale ? », in O. Renaudie (dir.), *Les aides économiques locales : de quel droit ?*, *op.cit.*, p. 19.

¹⁸ A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique*, 2^e éd., 1996, spéc. pp. 149 et s. ; J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 7^e éd., 2014, pp. 313 et s. ; P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Précis, Dalloz, 1998, pp. 414 et s. ; D. Moreau, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de services publics », *AJDA* 2002, pp. 902-907 ; S. Nicinski, « Les associations et le droit administratif : plaidoyer pour la convention d'objectifs et de moyens », *DA* n° 6, juin 2006, étude 11, pp. 7-13.

¹⁹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, art. 10-1, issu de l'article 12 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, et prévoyant la souscription d'un « contrat d'engagement républicain » pour toute association ou fondation qui sollicite l'octroi d'une subvention au sens de l'article 9-1 de la même loi.

²⁰ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

²¹ Décret n° 2011-495 du 6 juin 2011 pris pour l'application de l'article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à la transparence financière des aides octroyées par les personnes publiques, art. 1^{er} : « L'obligation de conclure une convention, prévue par le troisième alinéa de l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 susvisée, s'applique aux subventions dont le montant annuel dépasse la somme de 23000 euros ».

²² F. Linditch, « L'évolution du droit des subventions ne menace-t-elle pas à terme les délégations de service public ? », *JCP.A* 2007, étude 2125.

public²³ n'étaient pas rares²⁴. La solution inverse prévalait également au gré des décisions d'espèce²⁵. Ces errements quant à la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte de subvention présentaient des inconvénients évidents, puisqu'ils aboutissaient à faire coexister deux régimes contentieux et juridiques distincts, reposant sur des logiques différentes, et ne permettaient pas de sortir de l'impasse.

Le souci de simplifier les règles de contentieux et de fond applicables aux subventions a finalement conduit le Conseil d'État à en unifier le régime juridique. Par une importante décision du 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*²⁶, il franchit une étape décisive vers l'assimilation des subventions à des décisions unilatérales et non à des contrats. En affirmant que l'attribution d'une subvention crée des droits au profit de son bénéficiaire, le Conseil d'État applique aux subventions un régime de protection des droits qui, en tout état de cause, est celui des actes unilatéraux. Cette ligne sera confortée par une décision du 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet* dans laquelle le Conseil d'État, retenant le caractère unilatéral d'un « contrat d'agriculture durable », en a logiquement déduit que le titulaire de la subvention ne pouvait rechercher la responsabilité contractuelle de l'État à raison de la non-exécution de l'acte dénommé « contrat », mais uniquement sa responsabilité quasi-délictuelle en mettant en évidence l'existence d'une faute²⁷. Il faudra toutefois attendre l'avis contentieux du 29 mai 2019, *SAS Royal Cinéma*, précité, pour que le Conseil d'État lève les derniers obstacles qui s'opposaient encore à l'assimilation des subventions à des décisions unilatérales. En considérant que les conventions et engagements pris par le bénéficiaire s'analysent comme des éléments de la demande, et non comme des contrats à proprement parler, il leur dénie toute existence autonome ou indépendante de l'acte de subvention, dont ils sont en quelque sorte un accessoire. Peu importe donc que l'octroi de la subvention soit précédé d'un mode d'élaboration concerté, qu'un acte dénommé « convention » ait été signé ou non : « la décision qui a pour objet l'attribution d'une subvention constitue un acte unilatéral »²⁸. Partant, n'ayant pas la nature d'un acte détachable d'un contrat, elle échappe à l'application du régime contentieux défini par la décision *Tarn-et-Garonne*²⁹ et ne peut, à ce titre, faire l'objet que d'un recours pour excès de pouvoir. Par cette opération de (dis)qualification, le juge administratif peut désormais appliquer à l'ensemble des subventions un régime contentieux et juridique unique, celui des décisions unilatérales.

En second lieu, la subvention n'est pas un don. Elle ne saurait à plus forte raison constituer une libéralité de la nature de celles interdites aux personnes publiques. Pour en rendre compte, il faut prendre la juste mesure de ce qui distingue, en droit public, ces deux actes à titre gratuit. Si les

²³ CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, req. n° 284412, *AJDA* 2008. 1152, note J.-D. Dreyfus ; TA Melun, 1^{er} décembre 2006, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 06-5188, *AJDA* 2007, concl. S. Dewailly ; TA Amiens, 9 novembre 2006, *Préfecture de l'Oise*, req. n° 0601004, *AJDA* 2007. 808, note J.-D. Dreyfus ; CE, 23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-Les Plages*, Rec. p. 255 ; *AJDA* 2011. 1515, note J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2011.467, obs. D. Fausser ; Cour de discipline budgétaire et financière, 2^e section, 22 février 2019, req. n° 231.770.

²⁴ J.-Ph. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, 7^e éd., n° 623, p. 312 ; J.-M. Pontier, « Subventions, délégations de service public et marchés publics », *Mélanges L. Richer*, LGDJ, 2013, pp. 263 et s., spéc. pp. 272 et s.

²⁵ V. par exemple, CAA Bordeaux, 21 juin 2011, *Région du Limousin*, req. n° 10BX01717 ; CCC, n° 10, oct. 2011, comm. 220, C. Prebissy-Schnall.

²⁶ CE, 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, Rec. p. 673 ; *JCP A*, n° 38, 20 septembre 2010, p. 2285, note J.-P. Markus ; *CMP* octobre 2010, n° 353, note P. Devilliers.

²⁷ CE, 26 juillet 2011, *EARL Le Patis Maillet*, Rec. p. 419 ; *RJEP* 2011. comm. 24, n° 697, concl. E. Cortot-Boucher.

²⁸ CE, avis contentieux, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, préc.

²⁹ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, Rec. p. 70 ; *Contrats-marchés pub.*, 2014, n° 5, p. 7, note Rees ; *RLCT*, 2014, n° 101, p. 25, note Glaser ; *CP-ACCP*, 2014, n° 143, p. 12, note Jouguelet ; *BJCP*, 2014, n° 94, p. 205, concl. Dacosta ; *RFDA*, 2014, n° 3, p. 425, concl. Dacosta et note Delvolvé ; *Dr. adm.*, n° 6, p. 26, note Brenet ; *Petites affiches*, 2014, n° 123, p. 13, note Douteaud ; *RJEP*, 2014, n° 721, p. 14, note Lafaix ; *RLC*, 2014, n° 40, p. 81, note Bardoux ; *Cont. conc. cons.*, 2014, n° 7, p. 28, note Prebissy-Schnall.

libéralités se définissent par l'intention du donateur de faire œuvre de bienfaisance, les subventions, en revanche, restent marquées par leur origine : elles constituent invariablement des décisions unilatérales soumises et dominées par des contreparties dans l'intérêt général, dont le non-respect entraîne le refus de versement ou le reversement de l'aide. Conformément à la jurisprudence *Commune de Fougerolles*, les personnes publiques ne sont ainsi fondées à octroyer des avantages sélectifs d'ordre financier, fiscal ou matériel, aux personnes privées, voire publiques, que si elles ont pris le soin d'assortir leur décision de « contreparties suffisantes » dans « l'intérêt général »³⁰. Cette obligation d'assortir les aides publiques discrétionnaires d'une condition, serait-elle implicite, connaît par ailleurs une importante évolution sous l'influence du droit de l'Union européenne. Les pratiques discrétionnaires par lesquelles les autorités publiques allouent un avantage en vue de soutenir un secteur d'activité – soutien financier, subventions, allègements fiscaux, garanties d'emprunts, etc. – présentent un haut potentiel d'incompatibilité avec le Traité³¹. Aussi les institutions européennes ont-elles envisagé la mise en place de mesures correctives destinées à éliminer les risques de pratiques anticoncurrentielles qu'elles suscitent. Le procédé des conditions et des charges, bien connu du droit de l'Union européenne, est régulièrement utilisé au moment de l'attribution d'une aide économique et y joue alors le rôle de mesure correctrice. Les textes et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne présentent d'ailleurs la relation de dépendance qui unit une subvention à la condition comme une garantie de compatibilité de l'aide – nationale comme européenne – avec le Traité³². L'obligation, ainsi faite aux autorités publiques, d'assortir les aides de contreparties suffisantes dans l'intérêt général ou d'une mesure correctrice des atteintes à la concurrence, concourt à transformer la catégorie des subventions en autant de décisions assorties de conditions ou de charges, ce qui interdit, par conséquent, de les regarder comme des dons en droit public³³. Le droit positif confirme tout à fait cette conclusion³⁴.

B. Ce qu'est la subvention

Pour des raisons d'opportunité évidentes, le juge administratif regroupe ainsi les subventions, seraient-elles adoptées en forme de convention, dans la catégorie des actes administratifs unilatéraux. De fait, il met en œuvre les règles contentieuses et juridiques propres à la décision administrative. Pourtant, même émancipée du contrat dans lequel la loi du 12 avril 2000 semblait l'avoir enfermée, la subvention conserve une irréductible singularité : parce que sa conformité au droit dépend de l'existence de contreparties dans l'intérêt général, elle est invariablement une décision conditionnelle ; parce qu'elle a un objet pécuniaire, elle constitue une décision créatrice de droit, bien qu'elle présente de ce point de vue un visage inhabituel. Voyons pourquoi.

En premier lieu, la subvention est une décision conditionnelle. L'existence d'une condition suspensive ou résolutoire – au sens du Code civil – en assortissant le contenu fait même désormais

³⁰ CE, sect., 3 nov. 1997, *Commune de Fougerolles*, Rec. p. 391.

³¹ D. Berlin, « Agrément fiscal et droit communautaire », *EDCE*, n° 59, 2008, pp. 287 et s. ; P.-M. Sabbadini, *Les aides d'État. Aspects juridiques et économiques*, Larcier, 2015, pp. 47 et s.

³² D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, « Droit des affaires », 2004, p. 111 ; O. Péjout, *La conditionnalité en droit des aides d'État*, Dalloz, coll. « NBT », 2019 ; C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, op. cit., spé. n° 445 et s., pp. 316 et s.

³³ *Contra*, v. C. Blanchon, *Recherche sur la subvention. Contribution à l'étude du don en droit public*, LGDJ, 2019.

³⁴ S'agissant du droit interne, cf. not. CRPA, art. L. 242-2 ; CE, 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, Rec., p. 238, préc. ; s'agissant du droit de l'Union européenne, cf. not., CE 28 octobre 2009, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes, des vins et de l'horticulture (VINIFLOR)*, Rec. p. 400 ; *AJDA* 2009. 2437, obs. S. Nicinski.

figure de présomption quasi irréfragable pour le juge administratif³⁵. Il y trouve plus d'un intérêt. L'inscription de la subvention dans la catégorie des décisions conditionnelles aboutit, tout d'abord, à conférer un régime juridique et contentieux unique à des actes dont, *a priori*, rien ne prouve qu'ils sont vraiment des actes administratifs unilatéraux. La reconnaissance du caractère conditionnel est, ensuite, conforme à la logique même de la subvention, et en conditionne sa conformité au droit. Tantôt conçue comme une aide financière grevée d'une affectation, la subvention se distingue de la libéralité, en droit français, par le fait qu'elle suppose une certaine contrepartie d'intérêt général que le bénéficiaire a la charge d'assumer. Tantôt regardée comme un avantage sélectif assorti d'une mesure correctrice, elle se distingue également de l'aide d'État au sens du droit de l'Union européenne, en raison de l'obligation faite à l'autorité administrative d'assortir, dans un certain nombre de cas, son aide économique d'une condition, dont la visée est de compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération. Ces contreparties et mesures correctrices, qu'elles aient été prévues dans des engagements et conventions préalables à l'octroi de la subvention, fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi ou déduites de la réglementation applicable, doivent obligatoirement assortir le contenu de la subvention, sous peine d'irrégularité de cette dernière. Aussi s'incorporent-elles à l'acte unilatéral de subvention sous forme de disposition complémentaire, qui peut être soit une condition – suspensive ou résolutoire – soit une charge. À la différence de la charge toutefois, la condition ne prend pas la forme d'une obligation de faire pour l'administré³⁶. Le bénéficiaire de la subvention conditionnelle reste libre de ne pas observer la condition et, par conséquent, peut toujours renoncer au bénéfice de son accomplissement ou de sa défaillance. Pour ainsi dire, il dispose d'un choix discrétionnaire entre observer la condition ou demeurer passif, par exemple en ne créant pas les emplois prévus par la condition³⁷ ou en procédant à un important plan de licenciement, alors que l'objectif du dispositif d'aides était au contraire, grâce à l'allègement des coûts, le maintien des effectifs locaux³⁸. Cette absence d'obligation d'exécuter la condition ne signifie pas que l'inaction du bénéficiaire de l'acte soit sans conséquences. La décision administrative ayant été subordonnée à l'observation d'une condition, il est nécessaire d'en organiser la disparition lorsque son bénéficiaire ne l'a pas exécutée. C'est ainsi que, n'étant pas *obligé* de respecter les conditions, le bénéficiaire de la subvention a tout intérêt à s'y conformer. Par son action ou inaction, il se trouve en situation de faire produire à l'acte tous ses effets, puisque la survenance de l'événement conditionnel mis *in conditione* (création d'emplois, maintiens d'effectifs, etc.) en dépend. En cas d'inaction, le mécanisme conditionnel a ainsi pour fonction, non de sanctionner le comportement du bénéficiaire, mais plutôt de permettre l'extinction d'un droit qui a cessé d'être en adéquation avec la situation de fait ayant motivé l'édition de l'acte³⁹. Par définition, la subvention est donc toujours une décision unilatérale assortie de conditions ou de charges.

En second lieu, la subvention, bien que conditionnelle, est une décision créatrice de droit. Cette affirmation est loin d'être évidente, car la question reste dominée par la conception que la doctrine, loin d'être unanime, se fait de la notion de décision créatrice de droit et du rapport qu'elle entretient

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Sur la différence entre la charge et la condition, cf. C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, 2018,

³⁷ CE, 8 juillet 1988, *Premier ministre c/ SABDEC*, Rec. p. 28 ; CAA Bordeaux, 2 mai 2006, *SA Ferro Couleur France*, req. n° 03BX00115.

³⁸ TA Réunion, 11 juin 2020, *Arcelor Mittal construction Réunion*, req. n° 1800752.

³⁹ Le caractère instrumental de la condition assure cette fonction : elle se borne à déclencher l'entrée en vigueur ou la sortie de vigueur, éventuellement rétroactive, de la subvention au moment où l'événement conditionnel se réalise. Concrètement, la survenance de l'événement conditionnel provoque soit la caducité, et donc le refus de versement, de la subvention – condition suspensive – soit la cessation de plein droit, et donc la demande de remboursement – condition résolutoire – de la décision d'octroi de la subvention.

avec la condition. Quant à la jurisprudence, elle a longtemps cultivé l’ambiguïté sur ce point, comme en témoigne la formule rituellement utilisée par le Conseil d’État à partir de 2010, selon laquelle « une décision qui a pour objet l’attribution d’une subvention constitue un acte unilatéral qui crée des droits au profit de son bénéficiaire. Cependant, de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu’elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d’octroi, qu’elles aient fait l’objet d’une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu’elles découlent implicitement mais nécessairement de l’objet même de la subvention »⁴⁰. La formule, si elle ne brille pas par sa clarté, entretient au demeurant l’équivoque sur le point de savoir si l’existence d’une condition prive la subvention de sa qualité de décision créatrice de droit, ou si au contraire ce caractère est préservé, malgré le fait qu’une cause de précarité pèse sur le maintien de l’avantage initialement alloué.

Malgré une jurisprudence longtemps « chaotique »⁴¹ en la matière, le Conseil d’État a, semble-t-il, pris la direction d’une clarification du rapport entre l’existence d’une condition mise au maintien d’une subvention et les droits créés par l’acte qui en est porteur. À la lumière de la jurisprudence la plus récente, et en particulier de la décision *FranceAgrimer* rendue le 9 décembre 2021⁴², il nous paraît possible de maintenir la conclusion à laquelle nous sommes parvenus en d’autres occasions⁴³, selon laquelle la subvention, bien que conditionnelle, constitue une décision créatrice de droit, et cela, pour deux raisons principales.

La première raison provient du fait que, pour qualifier une décision conditionnelle de créatrice de droit, le juge administratif procède à un examen de son objet principal avant de s’interroger sur l’incidence de la condition sur le régime du retrait et de l’abrogation. Il reconnaît ainsi, depuis la décision *Soulier*⁴⁴, que les décisions à objet pécuniaire – comme ici la subvention – sont créatrices de droit. La clarté du principe se trouvait atténuée par les hésitations profondes suscitées par la formule : « que toutefois, de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi »⁴⁵. Pourtant, il ressort d’une série de décisions récentes que l’établissement d’un lien entre la condition et le droit au maintien de l’acte ne doit pas faire illusion : celle-là n’est pas la raison de celui-ci. La décision du 4 octobre 2021, *Agence de l’eau Rhône Méditerranée et Corse*, est en ce sens, qui énonce que « les décisions accordant une subvention publique à une personne morale constituent des décisions individuelles créatrices de droit »⁴⁶. Citons, plus fondamentalement, l’importante décision *FranceAgriMer* du 9 décembre 2021 qui vérifie tout à fait cette démarcation entre la condition et la création d’un droit au maintien de l’acte de subvention : « la décision du 25 août 2014 par laquelle FranceAgriMer a octroyé à la société Brocard Pierre une aide d’un montant de 20 230 euros constituait une décision créatrice de droits, *quand bien même* ces droits étaient subordonnés au respect de diverses conditions »⁴⁷. Cette

⁴⁰ CE 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre*, préc. ; CE, avis contentieux, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, préc.

⁴¹ A. Bretonneau, concl. sur CE 19 déc. 2014, *Ministre des Finances et des comptes publics c/ Société H&M Hennes et Mauritz*, AJDA 2015. 346.

⁴² CE, 9 décembre 2021, *FranceAgriMer*, à paraître aux Tables du recueil Lebon.

⁴³ C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, op. cit., spé. n° 471 et s., pp. 341 et s.

⁴⁴ CE, sect., 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, Rec. p. 369 ; AJDA 2002. 1436, chron. F. Donnat et D. Casas ; DA 2002, n° 12 ; *Revue Lamy droit des affaires*, 2003, n° 56, comm. 3563, obs. L. Costes.

⁴⁵ CE 5 juillet 2010, *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre*, préc. ; CE, avis contentieux, 29 mai 2019, *Société par actions simplifiée Royal Cinéma*, préc.

⁴⁶ CE, 4 octobre 2021, *Agence de l’eau Rhône Méditerranée et Corse*, à paraître aux Tables du recueil Lebon.

⁴⁷ CE, 9 décembre 2021, *FranceAgriMer*, préc.

formule, inédite à notre connaissance, a le grand mérite de résoudre l'ambiguïté qui résultait jusqu'à présent d'une assimilation, trompeuse, entre le régime dérogatoire de sortie de vigueur de la subvention lorsque la condition joue et son caractère créateur de droit. La chose semble à présent clarifiée : le droit au maintien de la décision, serait-elle conditionnelle, dépend avant tout de son objet principal. Dit autrement, la qualité d'acte créateur de droit de la subvention est indépendante de l'existence d'une condition mise à son application.

La seconde raison est précisément à rechercher dans la définition, complexe et évolutive, de l'acte créateur de droit et du rapport qu'il entretient avec la condition. Certains auteurs se sont élevés contre l'idée que la décision assortie d'une condition puisse être qualifiée de décision créatrice de droit acquis, à partir du moment où sa réalisation autorise, à toute époque, la remise en cause de la situation juridique établie, ou à naître, au cours de la période intermédiaire⁴⁸. D'autres reconnaissent toutefois que, *pendente conditione*, la décision ne peut être abrogée ou retirée au-delà du délai de quatre mois suivant son édicton pour un motif autre que la réalisation de la condition. De là leurs diverses tentatives pour trouver un fondement au régime protecteur dont bénéficie la décision lorsque la condition est encore pendante. Faisant écho aux formules équivoques du Conseil d'État, la doctrine considère, dans sa grande majorité, que certaines décisions conditionnelles, notamment les décisions accordant une subvention, sont créatrices de droit mais seulement dans la mesure où la condition n'a pas jouée. Apparemment du moins, la subvention ne créerait donc, avant l'arrivée de l'événement conditionnel, qu'un droit au bénéfice d'une situation future. Ce droit ne serait que provisoirement acquis. Ce n'est qu'à l'arrivée de l'événement conditionnel que les droits « précaires »⁴⁹ seront consolidés ou, à l'inverse, remis en cause pour le passé ou pour l'avenir. Cette incertitude relative à l'acquisition définitive des droits conduit la plupart des auteurs à ranger la subvention dont la condition est toujours pendante dans la catégorie intermédiaire des actes créateurs de droits dit *précaires*⁵⁰ ou *susceptibles d'être acquis*⁵¹.

Cette opinion se heurte, à notre sens, à deux objections principales. Tout d'abord, dire que la subvention crée des droits précaires ou susceptibles d'être acquis revient à opérer une disjonction entre deux instants créateurs : le premier situe le moment de la création de droits précaires ou susceptibles d'être acquis au jour de l'édicton de l'acte de subvention ; le second situe le moment de l'acquisition ou de l'extinction définitive de ces droits au jour de la réalisation de la condition. Or, partant de cette logique, on ne voit pas bien ce que le terme « acquis » vient ajouter à celui de « droit créé ». Ensuite, si la doctrine cherche à expliquer, au moyen de cette catégorie intermédiaire, le régime dérogatoire de retrait de la subvention une fois la condition réalisée, elle ne parvient pas à justifier, à l'inverse, le régime protecteur dont bénéficie la décision lorsque la condition est encore pendante. En effet, hormis le cas d'une demande du bénéficiaire, de l'acte contraire, ou de l'arrivée à échéance d'un terme ou d'un délai, la subvention ne peut être remise en cause, passé le délai de quatre mois suivant son édicton, pour un autre motif que la réalisation de la condition. Le problème reste donc intégralement posé.

Puisqu'il s'agit d'éclairer le droit positif, c'est donc par les procédés mêmes qui ont servi à identifier la décision créatrice de droit que peut être étudié le rapport entre condition et acquisition

⁴⁸ J. Puisoye, « Le retrait des actes administratifs », *AJDA* 1960. 117 ; R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 3, 1970, p. 870 ; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif. Droit administratif général*, t. 1, LGDJ, 2001, n° 1385, p. 657 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, coll. Domat, Droit public, 15^e éd., 2001, n° 1348, p. 1167.

⁴⁹ N. Boulouis, concl. sur CE, 14 mars 2008, *M. André Portalis*, *RFDA* 2008, p. 484.

⁵⁰ A. Le Brun, *Les décisions créatrices de droit*, thèse dact., Rennes, 2021, spé. pp. 154 et s., n° 207 et s.

⁵¹ B. Seiller, « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2020, §473.

des droits. Outre la considération de l'objet de la décision, que l'on sait décisif pour l'identification d'un acte créateur de droit, c'est surtout l'existence d'un droit au maintien de l'acte contre sa remise en cause pour un motif de légalité ou d'opportunité, passé le délai de quatre mois suivant son édicition, qui fournit la base de la distinction entre la décision créatrice et non créatrice de droit. En cela, la reconnaissance du caractère créateur de droit de la subvention garantit une protection de la situation juridique du bénéficiaire avant la survenance de l'événement conditionnel, mais il ne peut remédier aux conséquences défavorables qu'implique sa survenance, une fois la condition réalisée. Le Code des relations entre le public et l'administration entérine en partie cet acquis. Il résout l'ambiguïté qui résulte d'une assimilation trompeuse entre le régime dérogatoire du « retrait » de la subvention lorsque la condition joue et son caractère non créateur de droit. Aux termes de l'article L. 242-2 alinéa 2 du CRPA, l'inobservation de la condition permet à l'administration de « retirer » à toute époque la subvention, sans que cette spécificité ne compromette son caractère créateur de droit. Quant à la jurisprudence récente, elle est sur ce point sans équivoque : la subvention constitue « une décision créatrice de droits, quand bien même ces droits étaient subordonnés au respect de diverses conditions »⁵².

Ainsi, bien qu'elle soit étrangère à la *qualité* de décision créatrice de droit, la condition n'en demeure pas moins un *motif* de disparition, à toute époque, de la décision dont elle relève. Elle intègre en cela les exceptions prévues par le CRPA, comme la demande du bénéficiaire ou l'acte contraire, entendus comme motifs de retrait ou d'abrogation de la décision, et rejoint le terme extinctif, ou l'arrivée à échéance d'un délai, dans sa capacité à mettre fin, de plein droit, aux effets juridiques de la décision, qu'elle soit ou non créatrice de droit, à l'arrivée de l'événement conditionnel. Conforme à la logique même de la subvention, le « retrait » – pour employer provisoirement les termes du CRPA⁵³ – trouve ainsi sa cause exclusive dans le non-respect des conditions mises à son octroi. Cette logique est confortée, dans le champ du droit de l'Union européenne, par la décision *VINIFLHOR* de 2009, par laquelle le Conseil d'État estime qu'une « décision individuelle peut, notamment lorsqu'elle correspond au versement d'une aide, être assortie de conditions résolutoires, dont la réalisation permet le retrait de l'aide en cause sans condition de délai »⁵⁴. Le droit positif – interne comme de l'Union – appuie donc cette conclusion.

II. Des conséquences sur le régime dérogatoire de « retrait »

La détermination de la nature juridique de la subvention s'est avérée une étape essentielle pour expliquer, et tenter de comprendre, le régime auquel elle obéit. C'est donc à ce stade qu'il devient possible de formuler quelques observations relatives au régime juridique de l'acte dénommé « retrait » de la subvention. À titre liminaire, le terme de « retrait » de la subvention, employé par l'article L. 242-2 alinéa 2 du CRPA, appellera quelques commentaires et précisions. Une clarification terminologique est d'autant plus nécessaire qu'il ressort de la jurisprudence récente du Conseil d'État que, aux termes de cette même disposition du Code, le terme « retrait » ne désigne pas, à proprement parler, une nouvelle décision, mais plus certainement une simple mesure déclarative (A). Ces précisions sont d'autant plus importantes que la nature purement déclarative

⁵² CE, 9 décembre 2021, *FranceAgriMer*, *préc.*

⁵³ V. *infra*, « Précisions sur les termes du droit positif ».

⁵⁴ CE, 28 octobre 2009, *Office national interprofessionnel des fruits, des légumes, des vins et de l'horticulture*, *Rec.* p. 400 ; *AJDA* 2009. 2437, note S. Nicinski ; *JCP A* 2010, n° 2087, note Martin.

de l'acte emporte avec elle des conséquences considérables, aussi bien au regard des règles gouvernant la disparition des décisions créatrices de droit (B), que des exigences tirées de l'application des droits de la défense (C) au moment où la condition joue. Or sur ce dernier point, et malgré des aménagements récents en jurisprudence, les solutions positives sont encore en décalage avec les conclusions logiques, bien que certaines avancées soient à saluer.

A. Précisions sur les termes du droit positif

Aux termes de l'article L. 242-2 du Code des relations entre le public et l'administration, « l'administration peut, sans condition de délai : (...) 2° retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées ». Apparemment du moins, le « retrait » constitue la structure d'accueil de la défaillance de la condition suspensive ou de l'accomplissement de la condition résolutoire mise à l'octroi de l'acte de subvention.

Pourtant, bien que cette qualification trouve des appuis en jurisprudence, ainsi que dans le CRPA⁵⁵, le « retrait » cadre mal avec le principe – admis par le Conseil d'État – selon lequel la condition se réalise de plein droit⁵⁶. En effet, le retrait possède une dimension sanctionnatrice que ne recouvre par le jeu de la condition réalisée. Or, lorsque l'administration constate la réalisation d'une condition suspensive ou résolutoire, elle ne décrète rien, ne prononce rien. Elle se borne à enregistrer la survenance de l'événement conditionnel, c'est-à-dire à prendre acte d'une situation de fait qui préexiste à son intervention. Tout au plus la réalisation de la condition peut-elle trouver une traduction formelle dans un acte déclaratif, dont l'émission reste facultative. La situation est alors fort éloignée de celle d'une décision portant retrait d'une décision administrative. La distinction tient au fait que, dans le premier cas, l'autorité compétente se contente de *constater* la caducité ou la rétroactivité résultant de la survenance de l'événement conditionnel, alors que dans le second, elle intervient pour *prononcer* le retrait de la décision. Plutôt donc de parler de retrait de la décision de subvention au moment où la condition joue, il serait plus juste théoriquement, et plus sage en pratique, de considérer la survenance de l'événement conditionnel comme un fait juridique qui se constate, se qualifie, qualification à laquelle sont ensuite attachées des conséquences de droit.

Déjà en 2008, le Conseil d'État avait énoncé le principe de l'automatisme du jeu de la condition réalisée dans sa décision *Crédit coopératif*, à propos précisément d'une subvention assortie d'une condition suspensive. Après avoir rappelé la règle selon laquelle le caractère créateur de droit de l'acte de subvention ne fait pas obstacle « à ce que l'autorité chargée de son exécution, *constatant* que ces conditions ne sont plus remplies, mettent fin à cette exécution en ne versant pas le solde de la subvention », il ajoutait que l'inobservation de la condition suspensive autorise l'administration « à *refuser de verser* la somme demandée, *sans qu'il fût nécessaire pour elle d'abroger expressément la délibération* décidant de l'attribution de la subvention »⁵⁷. Conforme à la logique de la condition suspensive, le contenu de cette solution ne trouvera toutefois pas d'écho décisif dans la jurisprudence ultérieure du Conseil d'État, qui continuera à raisonner à partir de la notion plus familière de « retrait », plutôt que d'« effet de plein droit » de la réalisation de la condition. De

⁵⁵ CRPA, art. L. 242-2.

⁵⁶ Cf. en ce sens, CE, 7 août 2008, *Crédit coopératif*, Rec. p. 316 ; CE, 9 décembre 2021, *France Agrimer*, préc.

⁵⁷ CE, 7 août 2008, *Crédit coopératif*, préc.

même, parce qu'elle touche au régime juridique des actes créateurs de droit, ni la doctrine, ni le codificateur, n'ont par la suite renoncé, en cette matière, à un minimum de formalisme.

Alors que l'on pouvait le croire enterré, le principe de l'automatisme de la condition réalisée a pourtant été réintroduit par le Conseil d'État dans sa décision du 9 décembre 2021, *France AgriMer*⁵⁸. Le Conseil d'État avance, dans une terminologie choisie, que : « la décision du 9 octobre 2015 par laquelle FranceAgriMer a refusé de verser cette aide à la société Brocard Pierre, qui était motivée par le *constat*, ressortant des justificatifs produits par la société à l'appui de sa demande de paiement de l'aide, que la condition concernant la date de commencement autorisé des travaux n'avait pas été respectée, se bornait à exécuter cette décision d'octroi en tirant les conséquences du non-respect des conditions posées par cette dernière et n'en constituait donc pas le retrait »⁵⁹. L'impression qui se dégage de cette formulation laisse peu de place au doute quant à la reconnaissance du caractère authentiquement déclaratif de l'acte jusqu'alors dénommé « retrait ». Elle confirme que lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'administration constate que la condition n'a pas été remplie, elle ne décide de rien. Elle se borne à rendre compte de la survenance de l'événement mis sous condition par la décision initiale d'octroi, sans imposer aucune obligation, ni d'ailleurs provoquer la caducité ou la rétroactivité issue du jeu de la condition réalisée, puisque celles-ci préexistent à ce constat. Tout au plus lui est-il loisible de dissiper le doute entourant la réalisation de la condition en adoptant, de son propre fait ou en application d'une règle de droit, un acte déclaratif – improprement dénommé « retrait » – en vue d'informer le bénéficiaire de l'acte de subvention des conséquences qu'emportent, en sa défaveur, la réalisation de la condition et qui justifient, en l'occurrence, le refus de versement. De cette salutaire clarification sur le plan des principes, il ne faudrait pas en conclure qu'en pratique, l'acte déclaratif soit sans conséquences. Car bien que non décisive, la mesure déclarative par laquelle l'administration constate le non-respect des conditions fait le plus souvent grief⁶⁰, ce qui ouvre au particulier le droit de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, l'appréciation portée par l'administration sur la réalité de la réalisation de la condition.

L'exclusion, ainsi opérée par le Conseil d'État dans la décision *FranceAgriMer*, des mesures constatant la réalisation de la condition de la catégorie des actes retirant une subvention, présente le grand mérite de ramener la caducité et la rétroactivité, issues de la réalisation de la condition, à leur juste mesure. Cette clarification devrait, au demeurant, dissuader d'employer le terme de « retrait » de la décision de subvention, là où l'administration ne fait qu'appliquer ce même acte qui prévoyait le refus de versement ou la récupération des fonds en cas de non-respect des conditions. Mais cette expression reste malheureusement encore usitée pour désigner le mode de sortie de vigueur de la subvention au moment où la condition joue. Or, ce qui semble être une commodité de langage compromet la perception et, à plus forte raison, la compréhension du mécanisme conditionnel, notamment en matière de refus de versement de la subvention ou de demande de restitution des sommes indûment versées pour non-respect des conditions. Dans les développements qui suivent, nous attribuerons donc au terme « retrait » de la subvention le sens d'une mesure constatant la réalisation de plein droit de la condition. La jurisprudence récente, confortée en des termes explicites par la décision *FranceAgriMer*, soutient cette position, bien qu'elle n'en tire pas encore toutes les conséquences.

⁵⁸ CE, 9 décembre 2021, *France Agrimer*, préc.

⁵⁹ Nous soulignons.

⁶⁰ Pour des développements sur ce point, v. C. Gallo, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, op. cit., n° 509 et s., pp. 366 et s.

B. Une dérogation justifiée par la réalisation de la condition

Acte unilatéral, la subvention reste marquée par son origine : elle constitue invariablement une décision soumise et dominée par des conditions, dont le non-respect entraîne le refus de versement – condition suspensive – ou commande le reversement de l'aide – condition résolutoire. Acte à objet pécuniaire, elle n'en constitue pas moins une décision créatrice de droit. Deux conséquences principales s'attachent à ces caractéristiques. D'une part, le régime protecteur de l'article L. 242-1 du CRPA est applicable à la décision de subvention tant que la condition est encore pendante. D'autre part, le régime dérogatoire de « retrait » prévu par l'article L. 242-2 alinéa 2 du CRPA est applicable à la subvention une fois la condition réalisée.

« Par dérogation à l'article L. 242-1 », l'article L. 242-2 du CRPA dispose en effet que l'administration peut, sans condition de délai, « abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie » ou « retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées ». Notons que l'article L. 242-2 alinéa 2 isole l'hypothèse du « retrait » de la subvention. L'explication à cela réside, à notre sens, dans le fait qu'à la différence des décisions administratives en général, les subventions sont présumées être assorties de conditions, de sorte que leur « retrait » répond à un régime juridique certes dérogatoire, mais unifié⁶¹. Cette dérogation est relative à l'exigence d'un délai limité de « retrait » de la subvention. Dit autrement, la condition proroge le délai légal de droit commun à l'expiration duquel la décision créatrice de droit emporte l'intangibilité de la situation juridique. En revanche, lorsque les conditions ne sont plus ou pas remplies, l'autorité administrative en tirera les conséquences juridiques en refusant de verser l'aide – condition suspensive – ou procédant à sa récupération – condition résolutoire –, sans être tenue de respecter le délai de quatre mois suivant l'octroi de décision prévu par l'article L. 242-1 du CRPA.

Le Code établit ainsi une distinction selon que la disparition de la décision créatrice de droit résulte d'un motif d'opportunité ou de légalité – article L. 242-1 – ou de la réalisation d'une condition – L. 242-2 alinéas 1 et 2. Dans le premier cas, la décision ne peut être remise en cause, dans le délai de quatre mois suivant son édicition, que si elle est illégale. Dans le second, la décision peut être remise en cause après ce délai, pour non-respect des conditions. À la lecture de l'article L. 242-2 du CRPA, il s'agit même là du *seul motif* permettant de déroger au régime du retrait et de l'abrogation des décisions créatrices de droit. Cette remarque est d'importance : le jeu de la condition suspensive ou résolutoire permet certes à l'administration de mettre fin à la décision créatrice de droit en cause ; mais elle ne peut y procéder si la condition n'a pas joué. Concrètement, et pour ce qui nous intéresse, cela signifie que, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, la subvention ne peut être « retirée » au-delà du délai de quatre mois suivant son édicition pour un motif autre que la réalisation de la condition. Son caractère créateur de droit assure ainsi, au cours de la période intermédiaire, le droit au maintien de la situation juridique jusqu'à la réalisation de la

⁶¹ Quant au choix du terme « retrait », plutôt qu'« abrogation », il s'explique à l'évidence par la dimension temporelle de la situation juridique régie par l'acte de subvention. Au contraire des actes uniques qui établissent une situation continue dans le temps – par exemple l'acte de nomination d'un fonctionnaire – ou une situation à effet successif – par exemple, une prime mensuelle –, la subvention institue une situation instantanée, dont l'effet s'épuise immédiatement. Il ne peut donc être question de consolider pour le passé, au moyen d'un acte d'abrogation, des effets qui, par définition, n'ont pas vocation à s'étendre dans le temps. La distinction entre « retrait » et « abrogation » n'est, de ce point de vue, d'aucune utilité.

condition, mais ne peut remédier aux conséquences défavorables qu'implique sa survenance, une fois la condition réalisée.

Le contenu de cette solution est fort bien illustré dans la décision *FranceAgriMer* du 9 décembre 2021. En l'espèce, la circonstance que la société Brocard Pierre n'a pas entrepris les travaux de construction dans le délai de deux mois prescrit dans la décision d'attribution de l'aide a pu, de bon droit, être regardée par FranceAgriMer, comme emportant la défaillance de la condition suspensive⁶² et justifier, par suite, le refus du versement de la subvention, sans condition de délai. Ce refus, qui constitue une opération matérielle et « donc pas le retrait » de la décision initiale, se trouve motivé, comme l'énonce le Conseil d'État, « par le constat que la condition concernant la date de commencement autorisé des travaux n'avait pas été respectée », et « se bornait (donc) à exécuter la décision d'octroi en tirant les conséquences du non-respect des conditions posées par cette dernière »⁶³. La jurisprudence confirme ainsi la différence qu'il y a entre, d'un côté, retirer une aide prévue par un acte, et de l'autre, appliquer ce même acte qui prévoyait la possibilité de ne pas verser l'aide ou de la récupérer en cas de non-respect des conditions.

Le contenu de cette solution satisfait la logique et est conforme à l'orthodoxie juridique. Une difficulté se présente néanmoins lorsque le bénéficiaire de la subvention ne pouvait être en mesure de deviner par avance l'événement conditionnel, et d'en déterminer le champ d'application. Il est par conséquent un point décisif à prendre en considération : celui qui permet au bénéficiaire de la subvention de déterminer par avance, au jour de l'octroi de la subvention, les éléments de fait correspondant aux conditions mises à la décision.

En effet, lorsqu'elle est formellement inscrite dans la décision d'attribution, ou déduite des engagements ou conventions préalables, la condition est toujours connue du bénéficiaire de la subvention, qui ne saurait prétexter de son ignorance pour s'opposer, une fois l'événement conditionnel survenu, aux conséquences qu'implique sa réalisation. Cette sécurité juridique fait en revanche cruellement défaut dans le cas où la condition n'est pas inscrite. En présence d'une condition dite « implicite », la stabilité de la situation juridique se trouve sérieusement compromise par la divulgation *a posteriori* de l'événement conditionnel : sa découverte confère un fondement juridique au « retrait » de la décision, serait-elle créatrice de droit, et ce, passé le délai imparti par l'article L. 242-1 du CRPA.

La décision *M. A. c/ Inserm* du 27 mai 2021, rendue par le Conseil d'État en qualité de juge de cassation, présente, sur cette question de la condition implicite, un double intérêt. Elle fournit, d'une part, un exemple topique des possibles déviations auxquelles peut conduire la reconnaissance de conditions implicites en cours d'exécution de la décision de subvention. Elle démontre, d'autre part, le souci actuel du juge administratif de borner la faculté qu'a l'administration de s'en prévaloir. En l'espèce, un médecin hospitalier avait sollicité puis obtenu, en mai 2015, une subvention de 68 665 euros auprès de l'Inserm et de l'ITMO Cancer en vue de soutenir un projet de recherche post-doctoral. Peu de temps après, il s'est toutefois vu notifier une décision de retrait de la subvention par courrier du 22 octobre 2015 – soit plus de quatre mois après la décision d'attribution – au motif que ce financement n'était pas cumulable avec la bourse « Marie Curie » de l'Union européenne dont il est par ailleurs titulaire pour le même projet. C'est alors sur le fondement d'une

⁶² Lorsque la condition suspensive vient à défaillir, le bénéficiaire de la décision devenue caduque n'a aucun droit à l'allocation des sommes prévues au titre de la décision d'octroi de la subvention.

⁶³ CE, 9 décembre 2021, *France Agrimer*, préc.

condition implicite – de non-cumul de financements sur un même projet – que le médecin s’est vu retirer la subvention.

L’argumentation de l’intéressé concernant l’existence même de cette condition est intéressante. Le médecin fait valoir que cette condition de non-cumul ne pouvait lui être opposée une fois la subvention attribuée, dans la mesure où, ayant dûment informé le comité d’évaluation être lauréat de la bourse Marie Curie, cette circonstance, dont avait connaissance l’Inserm, n’avait jamais été mentionnée parmi les conditions de candidature à la bourse. Elle ne découlait donc pas d’une volonté extériorisée par l’Inserm au moment de la décision d’octroi. C’est donc logiquement sur le terrain de la condition implicite que se situe l’objet de la contestation. À cet égard, le requérant avance qu’aucun élément tangible ne permettait de supposer qu’il était tenu de renoncer, sous peine de retrait, au bénéfice de la bourse Marie Curie pour percevoir la subvention, cette condition implicite ne pouvant se déduire ni de l’économie générale du dispositif de soutien financier accordé par l’Inserm, ni de la décision d’octroi ou de l’objet même de la décision. C’est pourtant bien sur le fondement de la condition implicite que la Cour administrative d’appel a rejeté, par un arrêt du 25 juin 2019, les prétentions du requérant tendant à l’annulation de la décision de retrait de la subvention.

Dans cette espèce comme dans d’autres, la reconnaissance d’une condition implicite introduit chez l’administré un sentiment d’arbitraire. L’administration – quand ce n’est pas le juge – lui oppose, en même temps qu’elle la découvre, l’existence d’une condition « implicitement mais nécessairement » mise au maintien ou au versement de la subvention et partant, le régime dérogoire de « retrait » de la subvention. Alors qu’il se pensait être l’heureux titulaire d’une décision devenue définitive, la stabilité de sa situation se trouve compromise par la divulgation *a posteriori* d’une condition qui ne présentait aucune évidence à ses yeux, mais qui confère un fondement juridique au « retrait » de la décision, serait-elle créatrice de droit, passé le délai imparti par l’article L. 242-1 du Code des relations entre le public et l’administration.

Aussi, pour se prémunir contre les soupçons d’arbitraire, le juge administratif manifeste-t-il désormais le souci de ne révéler l’existence d’une condition implicite que dans le cas où la connaissance de l’événement conditionnel comporte une évidence suffisante pour l’administré. Reprenant sur ce point le considérant de principe de la décision *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre* de 2010, le Conseil d’État énonce, dans la décision *M. A. c/ Inserm*, qu’en dehors de toute disposition conditionnelle explicite, la décision est considérée comme subordonnée à certaines conditions implicites toutes les fois où elles « découlent des *normes qui la régissent*, qu’elles aient été fixées par la personne publique dans sa *décision d’octroi*, qu’elles aient fait l’objet d’une *convention* signée avec le bénéficiaire, ou encore qu’elles découlent implicitement mais nécessairement de *l’objet même* de la subvention »⁶⁴. Il ajoute toutefois une précision d’importance : « il en résulte que les conditions mises à l’octroi d’une subvention sont fixées par la personne publique *au plus tard à la date à laquelle cette subvention est octroyée* ».

Cette précision appelle deux remarques : l’une de méthode, l’autre de fond. Du point de vue de la méthode, la formule « les conditions (...) sont fixées par la personne publique au plus tard à la date [de la décision] » est porteuse d’une équivoque : elle laisse entendre que ne seront désormais opposables au bénéficiaire de la subvention que les conditions *explicitement* fixées par la personne publique à la date de la décision d’octroi. Or pareille lecture de la décision *M. A. c/ Inserm* reviendrait

⁶⁴ CE, 5 juill. 2010, *Chambre de commerce et d’industrie de l’Indre*, préc.

peu ou prou à interdire à l'avenir la reconnaissance de conditions implicites et, consécutivement, à vider de sa substance le considérant de principe de la décision *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, que le Conseil d'État prend pourtant soin de rappeler. Cette solution cadre au demeurant mal avec la locution « il en résulte », dont se déduit l'idée que les conditions en cause sont précisément celles qui, non inscrites dans la décision d'octroi, résultent implicitement mais nécessairement des paramètres préexistants au jour de son édicton. On ne croit donc pas trop s'avancer en estimant que l'ajout ainsi opéré au considérant de principe de la décision *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* vise bien les conditions implicites, et n'aboutit pas à en écarter l'existence. En dépit de l'équivoque suscitée par les termes, la précision apportée par la décision *M. A. c/ Inserm* n'en reste pas moins explicite sur le fond. De ce second point de vue, il est notable que pèse désormais sur l'administration une contrainte nouvelle au moment de prévoir une condition : d'ordre temporel, elle interdit l'énonciation de conditions qui ne résulteraient pas d'une volonté arrêtée par la personne publique au jour de la décision d'octroi. Qu'importe donc que la condition ressorte *explicitement* de la volonté de l'administration – qui aura usé de son pouvoir discrétionnaire pour imposer une condition non prévue par la réglementation applicable – ou qu'*implicitement*, la condition procède d'une reconstitution *a posteriori* de la volonté de l'auteur de l'acte – l'*Inserm* n'ayant pu rationnellement que vouloir conférer un effet utile à son financement en excluant de son champ ceux des candidats déjà titulaires d'une bourse pour le même projet. Du moment que la volonté publique s'arrête et se fixe sur une action à réaliser « au plus tard à la date à laquelle cette subvention est octroyée », la condition, serait-elle implicite, s'avère en accord avec le respect des droits acquis et l'exigence de sécurité juridique. En revanche, passé cette date, toute condition nouvelle ne pourra être valablement admise. À l'appui de ce raisonnement, le Conseil d'État juge qu'en l'espèce, la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en admettant l'existence d'une condition implicite de non cumul des financements, alors même qu'au jour de l'octroi de la subvention, le médecin ne pouvait raisonnablement déduire l'existence d'« une telle règle qui ne figurait pas comme condition légale dans la décision d'attribution de la subvention accordée par l'*Inserm*, ni ne découlerait de son objet même ».

La solution ainsi offerte est de bon sens. En encadrant dans le temps la possibilité, pour les personnes publiques, de se prévaloir de conditions implicites, le Conseil d'État rétablit un juste équilibre entre, d'une part, l'exigence de bonne gestion des deniers publics – qui appelle l'existence de conditions, seraient-elles implicites – et d'autre part, la stabilité des situations juridiques – qui requiert, au jour de la décision, l'aptitude de son bénéficiaire à en découvrir l'existence et, par suite, à être en mesure de l'observer. La compatibilité de la condition implicite avec les garanties de transparence et d'accessibilité ne saurait, en tout état de cause, être admise que si elle présente, aux yeux du bénéficiaire, une évidence suffisante. Car sans l'évidence de l'implicite, la connaissance du titulaire du droit est limitée, et donc facilement manipulable. En pareille situation, la condition devrait, en tout état de cause, être inopposable.

C. L'exigence de motivation et de procédure contradictoire préalable

Si les évolutions jurisprudentielles récentes relative au régime dérogatoire de « retrait » de la subvention s'affirment comme le résultat de la clarification de la nature juridique de l'acte d'attribution, celles touchant à la motivation et aux règles de procédure contradictoire préalable se révèlent, en revanche, plus contradictoires. Sur ce terrain, la position des juridictions administratives

est des plus volatiles, le juge de l'excès de pouvoir ne parvenant pas à se fixer sur un fondement unique pour déterminer si, et dans quelle mesure, ces exigences sont applicables au moment où la condition joue.

Pour saisir l'enjeu du problème, un bref rappel du cadre juridique relatif aux exigences de motivation et au caractère contradictoire de la procédure est nécessaire.

À lire le CRPA, le champ d'application de ces obligations recouvre non seulement les décisions administratives individuelles défavorables, visées à l'article L. 211-2 du CRPA et auquel renvoie l'article L. 122-1 du CRPA⁶⁵, mais également les mesures qui, sans être défavorables à proprement parler, sont néanmoins susceptibles d'être regardées comme « prises en considération de la personne » au sens de l'article L. 121-1 du CRPA et doivent, à ce titre, être précédées d'une procédure contradictoire, à moins qu'elles aient été prises sur demande.

Une question assez simple à formuler dans sa généralité se pose alors : le refus de versement ou la récupération des sommes indûment versées, résultant du non-respect des conditions, doivent-ils être soumis aux obligations de forme et/ou de procédure prévues par l'une ou l'autre de ces dispositions législatives ? La réponse à apporter est immédiatement sous la dépendance d'une alternative : soit l'acte en cause constitue une décision défavorable pour son destinataire – mais de quelle catégorie de décisions défavorables, énumérées à l'article L. 211-2 du CRPA, peut-il relever ? ; soit ces opérations sont de simples faits juridiques, qui se constatent et « ne constituent donc pas un retrait » comme l'énonce la décision *FranceAgrimer* – mais alors sur quel fondement peut-on justifier qu'un acte déclaratif soit motivé, voire précédé d'une procédure contradictoire ?

De deux choses l'une donc : soit la mesure présente un caractère défavorable pour le bénéficiaire de la subvention qui n'a pas respecté les conditions ; soit la mesure est réputée neutre, en tant qu'elle se borne à constater la réalisation d'une condition, dont l'existence comme les effets de droit étaient prévus par la décision d'octroi. Dans la première branche de l'alternative, la décision devra être motivée en vertu de l'article L. 211-2 du CRPA, mais également précédée d'une procédure contradictoire, par renvoi de l'article L. 122-1 du CRPA, sauf à ce qu'il soit statué sur une demande⁶⁶. Dans la seconde branche de l'alternative, en revanche, ces garanties, résultant de la lecture combinée des articles L. 211-1 et 122-1 du CRPA, devraient, en tout état de cause, être inopposables, en raison du caractère purement déclaratif de l'acte constatant la réalisation de la condition, à moins qu'un texte particulier en dispose autrement – comme ce peut être le cas de l'article L.121-1 du CRPA.

L'enjeu premier consiste alors à déterminer la nature juridique de ces mesures qui président au refus de versement ou à la récupération des sommes indûment versées en raison du non-respect des conditions. La question est dès lors la suivante : le refus de versement ou la récupération des sommes versées, résultant du jeu de la condition réalisée, se subsument-ils sous l'une des catégories limitativement mentionnées par l'article L. 211-1 du CRPA ?

⁶⁵ CRPA, art. L. 122-1 : « Les décisions mentionnées à l'article L. 211-2 n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix ».

⁶⁶ Reprenant en substance l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, l'article L. 122-1 du CRPA exempterait de procédure contradictoire les décisions ayant statué sur une demande, si bien qu'il n'est pas nécessaire de faire précéder un refus (CE, 4 octobre 2021, *Agence de l'eau Rhône Méditerranée et Corse*, préc.).

À cette question, la jurisprudence récente apporte des réponses divergentes et contradictoires. Une lecture comparée des décisions *Agence de l'eau Rhône Méditerranée et Corse* du 4 octobre 2021 et *FranceAgrimer* du 9 décembre 2021 en rend bien compte. Elle révèle que, de façon plus ou moins heureuse, le Conseil d'État alterne entre deux fondements possibles à ces exigences, alors que le problème est unique – les conditions n'ont pas été remplies, du moins selon l'administration.

Ainsi peut-on lire, dans la décision *Agence de l'eau Rhône Méditerranée et Corse*, que l'exigence de motivation s'impose sur le fondement de la lecture combinée des alinéas 3 et 4 de l'article L. 211-2 du CRPA, aux termes desquels « doivent être motivées les décisions qui : - (...) imposent des sujétions, (...) retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ». Dans ce premier système jurisprudentiel, le non-respect des conditions constitue, aux yeux du Conseil d'État, un motif de « retrait d'une décision créatrice de droit » qui imposait « des sujétions ». Il en tire donc la conclusion que le retrait, dont procède le refus de versement ou la demande de remboursement des sommes versées, devra être motivé mais également précédé d'une procédure contradictoire, et cela en vertu des dispositions combinées des articles L. 211-2 et L. 122-1 du CRPA.

Dans sa décision *FranceAgrimer*, en revanche, l'exigence de motivation s'impose sur le fondement d'une lecture combinée, cette fois, des alinéas 4 et 6 du même article, aux termes desquels « doivent être motivées les décisions qui : - (...) retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; (...) refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir (...) ». Dans ce second système jurisprudentiel, le refus de versement de la subvention ne s'analyse plus comme un retrait mais, « compte tenu des droits créés par la décision de subvention », comme une mesure « refusant un avantage dont l'attribution constitue un droit ». Il en résulte que l'exigence de motivation est ici maintenue sur le fondement de l'alinéa 6 de l'article L. 211-2, mais pas celle de faire précéder le refus de versement d'une procédure contradictoire, et cela en raison d'un paramètre supplémentaire : par exception au principe suivant lequel les décisions à motiver doivent être précédées d'une procédure contradictoire préalable, l'article L. 122-1 du CRPA exempte l'administration du respect d'une telle procédure dans les « cas où il est statué sur une demande »⁶⁷.

Or, l'exclusion ainsi opérée, sur le fondement d'une lecture constructive de l'article L. 122-1 du CRPA⁶⁸, soulève une difficulté sérieuse : selon que le refus de versement est regardé, par le juge administratif, comme résultant du retrait d'une décision créatrice de droit – premier système jurisprudentiel – ou au contraire comme constituant un refus d'un avantage dont l'attribution constitue un droit – second système jurisprudentiel –, l'exigence de procédure contradictoire préalable sera dès lors susceptible de varier en fonction d'un paramètre : a-t-il été « statué sur demande » ?

En pratique, cette exemption peut avoir un effet fâcheux pour le titulaire d'une subvention qui n'aurait pas respecté les conditions : dans ce second système jurisprudentiel en effet, la possibilité de présenter ses observations dépendra, concrètement, des cas où il n'est pas statué sur demande, sachant fort bien que le refus de versement de la subvention fait, en général, suite à une demande de paiement par le bénéficiaire. C'est, au demeurant, à cette occasion que l'administration vérifie généralement si les conditions ont bien été respectées. C'est ce que reconnaît le Conseil d'État dans

⁶⁷CE, 9 décembre 2021, *FranceAgrimer*, préc., point 2.

⁶⁸ Il est en effet notable que cette exemption ne procède pas directement de l'article L. 122-1 du CRPA, mais résulte de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 qui continue d'inspirer « en substance », aux dires du Conseil d'État, l'article L. 122-1 (CE, 9 décembre 2021, *FranceAgrimer*).

la décision *France Agrimer* en expliquant que le refus de versement de la subvention se trouvait, en l'espèce, « motivé par le constat, ressortant des justificatifs produits par le bénéficiaire à l'appui de sa demande de paiement de l'aide, que la condition concernant la date de commencement autorisé des travaux n'avait pas été respectée ».

On voit donc, par ce qui précède, que la question du champ d'application des exigences de forme et de procédure préalable, visées aux articles L. 211-2 et L. 122-1 du CRPA, est sous la dépendance, au premier chef, de la qualification à donner à la mesure qui prend acte du non-respect des conditions : est-ce un retrait d'une décision créatrice de droits, qui imposait des sujétions ? ou au contraire, est-ce une mesure refusant d'un avantage dont l'attribution constituait un droit, et si oui, est-elle prise à la suite d'une demande tendant au versement de l'aide en cause ? En vertu des textes, et suivant l'interprétation qu'en retient le Conseil d'État, si les deux mesures devront bien être motivées, en revanche, seule la qualification de retrait de la décision de subvention permettra de la faire précéder d'une procédure contradictoire préalable.

Or, tant au plan conceptuel que pratique, l'exclusion du principe du contradictoire aux cas où il est statué sur une demande de versement de la subvention aboutit, dans le second système jurisprudentiel, à attribuer une portée contestable à un fondement qui l'est tout autant.

Sur un plan conceptuel, subordonner la possibilité, pour le bénéficiaire de la subvention, de présenter ses observations aux seuls cas où il n'est pas statué sur demande revient à se méprendre sur la fonction même du contradictoire. En tout état de cause, ce dernier ne devrait pas s'imposer *mécaniquement*, au motif que la mesure est qualifiée tantôt de « retrait », tantôt de « refus » faisant suite à une demande de versement de la subvention. Ce dernier devrait s'imposer *logiquement*, au motif que le refus de versement trouve sa cause exclusive dans le constat, opéré par l'administration, que les conditions n'ont pas été respectées par le bénéficiaire de la subvention. Ainsi, ce ne devrait pas être dans le « retrait » ou dans le « refus d'un avantage » qu'il conviendrait de rechercher le fondement à l'exigence d'une procédure préalable contradictoire, mais dans le fait que ce refus soit directement imputable au comportement du bénéficiaire de la subvention qui, aux yeux de l'administration, n'a pas respecté les conditions. Or précisément, un tel constat ne saurait apparaître totalement neutre. Lorsque la lettre de la condition, comme c'est le cas dans l'affaire *France Agrimer*, est susceptible d'interprétation – les travaux autorisés ont-ils bien commencé dans les deux mois suivant l'octroi de la subvention ? – il paraît difficile de considérer que la mesure de constatation est totalement objective, dépourvue de tout jugement de valeur. Dans ce cas comme dans d'autres, la constatation du non-respect des conditions sollicite inéluctablement une appréciation subjective, et donc contestable, de l'autorité administrative. L'abondant contentieux relatif à la péremption du permis de construire montre combien la réalité du non-respect des conditions se cristallise inévitablement autour de l'interprétation qu'il convient de donner *raisonnablement* à la notion de « commencement » ou d'« interruption des travaux »⁶⁹. Il convient par conséquent de reconnaître que le non-respect des conditions, qu'elles soient techniques ou comportementales, libère le plus souvent une marge d'appréciation à l'administration chargée de ce constat, débouchant bien souvent sur un jugement de valeur, par nature subjectif. Si tel est bien le cas, comment justifier alors qu'une procédure contradictoire ne soit pas prescrite au seul motif qu'il a été statué sur une demande ?

⁶⁹ F. Polizzi, « Commencement de travaux dans les délais. Critères d'appréciation », *Répertoire de droit immobilier – Chapitre 4 : Urbanisme*, 2016, n° 246 et s.

Sur le plan pratique, ce second système jurisprudentiel aboutit, concrètement, à une situation de grave inéquité : en effet, selon que la condition mise à la décision de subvention est suspensive ou résolutoire, l'étendue des droits de la défense ne seront pas les mêmes. Que l'on en juge. La condition suspensive subordonne le *versement* de l'aide au respect des conditions posées initialement par la décision ; il en résulte qu'en pratique, le titulaire de la subvention, estimant avoir rempli ladite condition, aura pour réflexe naturel de demander à l'administration le versement de l'aide. Il apprendra alors à ses dépens qu'ayant fait une telle demande, il ne sera pas en mesure de faire valoir ses arguments devant l'autorité administrative si celle-ci estime que les conditions n'ont pas été remplies, et lui oppose en conséquence un refus de paiement. C'est d'ailleurs aux termes d'un tel raisonnement que le Conseil d'État a jugé non applicable le principe du contradictoire dans la décision *FranceAgrimer* de 2021, sur le fondement de l'exemption résultant de l'article L. 122-1 du CRPA. En revanche, si la subvention avait été assortie d'une condition résolutoire, les garanties d'une procédure contradictoire auraient été applicables, sachant que, par définition, la subvention a déjà été versée à son titulaire et que si demande il y a, elle ne provient en tout état de cause pas du bénéficiaire de la subvention, mais de l'administration qui exigera le *remboursement* de la subvention en conséquence du non-respect des conditions. Aussi, n'étant pas ici statué sur une demande, la récupération des sommes indûment versées, commandée par l'accomplissement de la condition résolutoire, devra cette fois, sur le fondement du même article L. 121-1 du CRPA, être précédée d'une procédure contradictoire.

Les raisons précédemment exposées militent en faveur d'un réexamen des conditions de mise en œuvre de la procédure contradictoire préalable au moment où la condition joue. Plutôt donc qu'une position de principe, consistant à rattacher à telle catégorie d'acte des garanties de formes et de procédures, il serait plus juste en théorie, et plus sage en pratique, de considérer que le contradictoire s'impose, en toute hypothèse, au motif que la fin de la décision administrative trouve sa cause dans le non-respect des conditions mises à son application. Il deviendrait alors possible de conférer un fondement unique à un problème qui l'est tout autant. Le fondement de l'article L. 121-1 du CRPA nous paraît possible à cet égard. Cette disposition vise, en effet, les mesures individuelles qui, bien que n'entrant pas dans le champ des décisions défavorables devant être motivées en application de l'article L. 211-2, sont néanmoins soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable lorsqu'il ressort des pièces du dossier qu'elles ont été « prises en considération de la personne ». Or, comme nous l'exposons précédemment, la prise en considération de la personne peut facilement être établie lorsque l'administration manifeste un certain jugement de valeur à l'égard du titulaire de la subvention qui, selon elle, n'aurait pas respecté la condition. La question de l'applicabilité des garanties procédurales aux actes constatant la réalisation de la condition se trouveraient ainsi résolue au moyen d'un critère unique, ouvrant droit au bénéficiaire de contester l'appréciation portée par l'administration sur son comportement, et dont il a résulté le refus de versement ou la demande de récupération des sommes versées. Encore faudrait-il pour cela que le juge administratif accepte de s'affranchir de l'obstacle textuel de la « demande »⁷⁰.

Une évolution de la jurisprudence dans ce sens aurait le double mérite de l'équité et de la cohérence : équitable, en raison de la généralisation des garanties de procédure contradictoire

⁷⁰ CRPA, article L. 121-1 : « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application de l'article L. 211-2, ainsi que les décisions qui, bien que non mentionnées à cet article, sont prises en considération de la personne, sont soumises au respect d'une procédure contradictoire préalable ».

lorsque la condition joue ; cohérente, en cela qu'elle viendrait parachever l'édifice jurisprudentiel ayant consisté, ces dernières années, à aligner le régime juridique du « retrait » de la subvention sur sa nature juridique, désormais tirée au clair.