

De plus en plus nombreux, les bénéficiaires publics du mécénat (collectivités locales, établissements publics,...) sont quotidiennement confrontés à la question de la compatibilité entre mécénat et règles des marchés publics. Le mécénat au profit d'une personne publique est-il régi par le Code des marchés publics ? Quels sont les écueils à éviter ? L'enjeu est de taille car pour tous les contrats soumis aux Codes des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit respecter des règles de publicité et de mise en concurrence, plus ou moins contraignantes en fonction du montant du marché¹.

Le mécénat n'est pas assimilable aux marchés publics

L'article 1 du Code des marchés publics définit les marchés publics comme des « **contrats conclus à titre onéreux** entre les pouvoirs adjudicateurs (i.e. les représentants de l'administration publique) (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »².

Si l'administration fiscale a reconnu la possibilité d'accorder des contreparties dans le cadre d'opérations de mécénat³, elle exige néanmoins

« qu'il existe une **disproportion marquée** entre les sommes données et la valorisation de la prestation rendue ». S'agissant donc d'un acte à titre gratuit, le mécénat, ne peut pas être assimilé à un marché public. Lorsqu'une personne publique fait appel au mécénat, elle n'est alors a priori soumise à aucune règle de mise en concurrence.

Dans certains cas, le mécénat peut néanmoins entrer en conflit avec les règles des marchés publics. Il faut donc rester vigilant.

Les risques d'entrave aux procédures des marchés publics

■ La requalification de l'opération de mécénat en marché public

Le caractère onéreux d'un contrat ne résulte pas nécessairement du versement d'une somme d'argent par la personne publique. Il faut également prendre en compte les contreparties non financières. La jurisprudence du Conseil d'Etat considère ainsi qu'un contrat où le cocontractant se rémunère, notamment, par la publicité, peut être considéré comme un marché public et qu'il ne faut pas entendre la publicité comme une redevance, mais comme le renoncement de la personne publique à une somme qui lui était due⁴. En conséquence, le non respect du principe de disproportion marquée entraîne pareillement un risque de requalification de la convention de mécénat en contrat de marché public, emportant l'obligation de respecter les règles de mise en concurrence qui y sont liées.

Quelles en sont les conséquences ? Toute requalification d'une opération de mécénat en marché public est susceptible de caractériser un délit de favoritisme. Le délit de favoritisme est constitutif du fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui, un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. Ce délit est puni d'une peine d'emprisonnement de 2 ans et/ou d'une amende de 30 000 euros.

■ Le contournement des règles d'attribution des marchés publics

L'entreprise peut-elle être à la fois prestataire et mécène d'une personne publique ?

A priori rien ne s'oppose à ce qu'une entreprise soit à la fois mécène et prestataire d'une institu-

tion. Il faut néanmoins respecter les règles d'égalité de traitement liées aux marchés publics :

- dans le cadre d'un appel d'offres, la personne publique ne peut pas choisir de donner la préférence à une entreprise parce qu'elle serait par ailleurs mécène ou parce qu'elle lui proposerait de le devenir ;
- parallèlement, l'entreprise ne peut conditionner son don à l'obtention d'un marché.

Pour se prémunir contre ces conflits d'intérêt, certaines grandes institutions comme le musée du Louvre ou le musée du Quai Branly ont rédigé des chartes éthiques régissant leurs relations avec les entreprises.

Extraits de la *Charte éthique du musée du Louvre en matière de mécénat, parrainage et autre relations avec les entreprises ou fondations* :

« (...) le musée du Louvre se réserverait la possibilité de ne pas accepter le mécénat ou le parrainage d'une entreprise qui participerait (ou aurait participé récemment) à une mise en concurrence préalable à la passation d'un marché public, que le sujet du parrainage ou du mécénat éventuel ait un lien direct ou non avec l'objet du marché.

De même, le musée du Louvre se réserverait la possibilité de ne pas recevoir du mécénat ou du parrainage de la part d'entreprises opératrices sur le marché des œuvres d'art, de telle sorte que ne puisse jamais être mise en doute l'intégrité des transactions qu'il pourrait être amené à conduire avec elles dans le cadre de sa politique d'acquisition d'œuvres d'art. »

Peut-on scinder une opération en une action de mécénat, d'une part, et une prestation de service, d'autre part ?

Une personne publique peut-elle demander à une entreprise d'abandonner une partie de la rémunération à laquelle elle aurait droit dans l'exécution de sa prestation et de l'exécuter en mécénat ? A l'inverse une entreprise peut-elle proposer dans sa réponse à un appel d'offre de scinder l'opération pour en réaliser une partie en mécénat ?

Cette pratique tend à se développer au sein des appels d'offres diffusés pour l'attribution de contrats de marchés publics, mais elle est juridiquement très risquée :

- Si le pouvoir adjudicateur est autorisé par le Code des marchés publics⁵ à rejeter une offre qui lui paraîtrait anormalement basse, la jurisprudence administrative interprète en fait systématiquement cette possibilité comme une obligation pesant sur la personne publique⁶. Dans le cas où

l'offre serait inférieure au coût réel de production, le mécénat pourrait-il justifier l'**anormalité de l'offre** ? Dans le cadre de la passation d'un marché, les critères de sélection des offres doivent être en rapport avec l'objet du marché⁷. Le juge peut-il néanmoins considérer le mécénat comme un critère pertinent au regard de cet objet ?

- La possibilité de prendre en compte le mécénat comme critère pour l'attribution d'un marché respecte-t-elle l'égalité de traitement des candidats ? Une entreprise mécène ne peut bénéficier des avantages fiscaux liés au mécénat que dans la limite de 0,5 % de son chiffre d'affaires hors taxe⁸. Ce plafond est rapidement atteint pour une PME et le dispositif fiscal du mécénat bénéficie mécaniquement plus aux grandes entreprises. Dans le cadre d'un appel d'offres les grandes entreprises auront donc plus de facilité à réaliser une part importante de leur prestation sous forme de mécénat en nature ou de mécénat de compétences. Cette **rupture d'égalité** pourrait à elle seule justifier aux yeux du juge administratif la non régularité de la procédure d'attribution du marché.

L'entreprise peut-elle retirer un avantage économique de son action de mécénat ?

Que penser par exemple de l'hypothèse dans laquelle une institution accepte le don d'un équipement par une entreprise qui serait ensuite la seule à pouvoir en assurer la maintenance (dans le cadre d'un contrat à titre onéreux) ?

L'opération de mécénat fournit alors à l'entreprise un avantage économique certain et la mise en concurrence opérée pour l'attribution de ce contrat de maintenance est en réalité faussée. Il vaut alors mieux éviter de recourir au mécénat dans un premier temps, à moins d'obtenir de l'entreprise mécène qu'elle fasse également don de ses compétences pour la maintenance de l'équipement.

■ Mécénat de compétences et monuments historiques : quelle éthique ?

Depuis quelques années, l'Etat encourage le recours au mécénat pour restaurer son patrimoine immobilier et notamment les monuments historiques.

Certaines de ces restaurations ont fait grand bruit, comme celles de la Galerie des glaces au château de Versailles et de l'hôtel de la Marine place de la Concorde. Dans les deux cas une grande entreprise du BTP s'est engagée à financer le chantier, obtenant en échange la maîtrise d'ouvrage de l'opération. L'éthique de ces mon-

tages a été largement mise en doute, notamment en ce qui concerne la passation des marchés de sous-traitance par le maître d'ouvrage. Dans le cas de la Galerie des glaces un recours a été déposé devant le juge administratif, reprochant au maître d'ouvrage de n'avoir pas respecté les règles des marchés publics. Le tribunal administratif de Versailles a considéré que le contrat de travaux conclu par le mécène, et maître d'ouvrage, n'entrait pas dans le champ d'application du Code des marchés publics car il s'agissait d'un contrat de droit privé. Cette jurisprudence a été très critiquée car beaucoup estiment qu'il y a un risque de dérapage lorsque le choix des professionnels intervenant sur le patrimoine protégé est délégué à une entreprise privée. Le recours à des conservateurs restaurateurs agréés reste alors au choix du mécène, mais des comités scientifiques ont à chaque fois été mis en place pour garantir l'éthique de l'opération.

La Cour des comptes a pointé les dérives pouvant exister au sein de ces grandes opérations de mécénat. Elle a notamment pris pour exemple les travaux de restauration de l'escalier à double hélice du château de Chambord effectués et pris

en charge par une entreprise qualifiée et connue dans le monde des monuments historiques :

« L'entreprise a remis une déclaration de la valeur des travaux effectués par elle, qui a été reprise par l'établissement public sous forme de reçu fiscal afin que son mécène bénéficie de la réduction de 60 % de son impôt sur les sociétés. Il s'agit là de la procédure normale prescrite par les circulaires fiscales. Mais en l'espèce, la Cour s'est étonnée qu'en l'espace d'un an, le montant total des travaux nécessaires évalué par l'architecte en chef des monuments historiques compétent ait été multiplié par cinq (de 192 000 euros à 1 million d'euros) après les études effectuées par l'entreprise elle-même. »

Fort de ses constatations, dans un rapport d'information intitulé *Les nouvelles formes de mécénat culturel*¹⁰, la Commission des affaires culturelles et de l'éducation à l'Assemblée nationale s'est jointe à la Cour des comptes pour demander de subordonner l'acceptation des mécénats de compétences, au-delà d'un certain seuil, à une évaluation contradictoire préalable de la valeur des apports et de soumettre la délivrance du reçu fiscal à la production d'un compte d'opération certifié.

Un risque pour l'éligibilité des associations

Les relations entre les associations et les collectivités publiques ont évolué ces dernières années, sous l'influence, notamment, du droit communautaire. En raison des difficultés qui entourent désormais la notion de subvention, les pouvoirs publics privilégient désormais les procédures de passation de marchés publics plutôt que de rester dans le cadre de conventions d'objectifs, gé-

nérant ainsi automatiquement une concurrence commerciale.

En augmentant les recettes commerciales des associations, le développement de ces contrats à titre onéreux avec les collectivités met en danger le caractère non lucratif des associations, condition pourtant essentielle à leur éligibilité au mécénat¹¹.



Pour aller plus loin

- (1) Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics
- (2) Art. 1 du Code des marchés publics
- (3) BOI 4 C-2-00 n°86 du 5 mai 2000 relative aux versements effectués au profit d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général
- (4) CE Ass., 4 novembre 2005, n° 247298
- (5) Art. 55 du Code des marchés publics
- (6) Notamment CAA Marseille 12 juin 2006, SARL Stand Azur, req. n°03MA02139
- (7) Art. 53 du Code des marchés publics
- (8) Art. 238 bis du Code général des impôts
- (9) *Les musées nationaux après une décennie de transformation*, rapport public thématique de la Cour des comptes, mars 2011
- (10) *Les nouvelles formes de mécénat culturel*, rapport d'information de la Commission des affaires culturelles et de l'éducation à l'Assemblée nationale, février 2012
- (11) Les Repères Admical n°1 - L'éligibilité au mécénat