

Commandes publiques artistiques : quels outils pour les acheteurs ?



Guillaume Gauch, Samuel Couvreur et Romain Millard, avocats - Seban & Associés

Le 6 mai dernier, le président de la République a annoncé sa volonté de lancer « un grand programme de commandes publiques [...] que ce soit d'ailleurs pour les métiers d'art, le spectacle vivant, la littérature, les arts plastiques », en visant plus particulièrement « les jeunes créateurs de moins de 30 ans » qui terminent leurs études⁽¹⁾.

À ce stade, ni le calendrier, ni le montant et ni les modalités de ce plan ne sont définis. On ignore également quelles entités seront amenées à endosser le rôle de commanditaire.

Pour autant et sur le plan juridique, on peut raisonnablement penser que ce plan donnera lieu à la conclusion de contrats par des entités soumises au Code de la commande publique (CCP), à savoir les personnes morales de droit public (l'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements publics), ainsi que les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et qui sont contrôlées par des personnes publiques.

La question des modalités d'attribution de ces contrats, qualifiés de marchés publics, se posera alors avec acuité.

En effet, les procédures de passation sont susceptibles de varier selon que la commande porte sur une réalisation artistique existante ou à créer, selon qu'il s'agit d'un marché de travaux, de fourniture ou de service, ou encore selon qu'il s'agit ou non d'un marché de décoration de construction publique s'inscrivant dans le cadre du dispositif du « 1 % artistique ».

La bonne identification des règles de publicité et de mise en concurrence devant être appliquées est dès lors un enjeu majeur pour les acheteurs car leur méconnaissance peut entraîner l'annulation du contrat, ouvrir droit à indemnisation au bénéfice des artistes irrégulièrement évincés, voire conduire à des condamnations pénales dans les cas où cette méconnaissance révélerait des faits de corruption, de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts.

Les acheteurs qui seront chargés de mettre en œuvre le plan de commandes publiques artistiques annoncé par le Chef de l'État devront donc être particulièrement vigilants, *a fortiori* lorsqu'ils sont peu coutumiers des achats dans les domaines culturels.

C'est dans cette perspective que le présent article se propose de distinguer les cas dans lesquels une commande artistique peut être passée sans publicité ni mise en concurrence, ceux dans lesquels l'acheteur doit mettre en place une procédure dont il choisit lui-même les modalités et, enfin, les cas dans lesquels il sera tenu d'appliquer une procédure formalisée dont le processus est strictement encadré par le Code de la commande publique (CCP).

* Les cas dans lesquels une commande publique artistique peut être conclue sans publicité ni mise en concurrence préalable

Les marchés de création ou d'acquisition d'œuvres ou de performances artistiques « uniques »

Tout d'abord, le Code de la commande publique (CCP) prévoit, en son article R. 2122-3, la possibilité pour les acheteurs qui y sont soumis de conclure sans publicité ni mise en concurrence des marchés publics lorsque ceux-ci ont pour objet « la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique », et ce, quelle qu'en soit la valeur.

Sur le fondement de cette disposition, un acheteur soumis au droit de la commande publique peut conclure de gré à gré un marché public pour acquérir une réalisation artistique qu'un seul opérateur peut fournir, ce qui est notamment le cas lorsque l'œuvre ou la performance en question existe déjà.

En revanche, lorsque l'acheteur souhaite commander une réalisation artistique qui n'existe pas encore ou qui n'est qu'à l'état de maquette (par exemple, une sculpture ayant vocation à être exposée sur le domaine public), il ne peut recourir à une procédure sans publicité ni mise en concurrence qu'à la condition qu'il soit en mesure de démontrer – ce qui peut s'avérer délicat en pratique – que les prestations artistiques souhaitées ne peuvent être exécutées que par un seul opérateur déterminé pour des raisons artistiques particulières et qu'aucun autre opérateur ne pourrait atteindre des résultats comparables avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents⁽²⁾.

L'attribution de gré à gré peut également se justifier par des raisons techniques tenant à la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique⁽³⁾ ou encore par l'existence de droits d'exclusivité, notamment des droits de propriété intellectuelle⁽⁴⁾.

Dans le cas où aucune des justifications précitées ne peut être utilement invoquée, l'acheteur doit alors mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, dont le degré de formalisme varie en fonction de son objet et de son montant.

Les marchés d'un montant inférieur à 40 000 € HT

Un marché public ayant pour objet d'acquérir ou de faire créer une réalisation artistique peut également être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable lorsque sa valeur est inférieure à un certain seuil, actuellement fixé à 40 000 € HT⁽⁵⁾.

Dans ce cas de figure, l'acheteur n'est tenu de démontrer ni que l'œuvre ou la performance en question est unique, ni que la commande ne peut être honorée que par un opérateur déterminé.

Pour autant, il doit veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre à ses besoins.

* Les cas dans lesquels une commande publique artistique peut être conclue à la suite d'une procédure adaptée

Les marchés de services culturels, quel que soit leur montant

Certains marchés publics de services peuvent être passés dans le cadre d'une procédure adaptée quel que soit leur montant, en raison de leur objet⁽⁶⁾.

Tel est le cas des marchés ayant pour objet des services récréatifs, culturels et sportifs, d'organisation d'expositions, de foires, de congrès, de séminaires, d'événements, de festivals, de fêtes ou de défilés de mode, de gestion de bibliothèque, d'archivage et de catalogue ainsi que des services d'enseignement et de formation⁽⁷⁾.

L'acheteur détermine alors librement les règles de publicité et de mise en concurrence, notamment le choix du support de publication de l'avis d'appel public à la concurrence, les délais de réception des candidatures et des offres ainsi que les modalités des éventuelles négociations.

Toutefois, il doit s'assurer que ces règles sont adaptées à la nature et aux caractéristiques du besoin à satisfaire, au nombre ou à la localisation des opérateurs susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances de l'achat⁽⁸⁾.

En outre, l'acheteur doit tenir compte des spécificités des services faisant l'objet de sa commande et doit veiller notamment à leur qualité, leur continuité, leur accessibilité, leur caractère abordable, leur disponibilité et leur exhaustivité, aux besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, à la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi qu'à l'innovation⁽⁹⁾.

Enfin, il convient de préciser que lorsque la valeur des services considérés est supérieure à 750 000 € HT⁽¹⁰⁾, l'acheteur doit publier un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)⁽¹¹⁾.

Les marchés de travaux ou de fournitures dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens de procédure formalisée

Lorsqu'un acheteur soumis au droit de la commande publique entend conclure un marché de travaux en vue de créer une œuvre ou bien un marché de fourniture en vue d'acquérir une œuvre existante et que les conditions requises pour recourir à une procédure sans publicité ni mise en concurrence ne sont pas remplies, il peut mettre en œuvre une procédure adaptée, sous réserve que la valeur estimée de ce marché soit inférieure aux seuils européens de procédure formalisée.

Pour les marchés de travaux, ce seuil est aujourd'hui fixé à 5 350 000 € HT ; quant aux marchés de fournitures, il est fixé à 1 390 000 € HT pour les autorités publiques centrales et à 214 000 € HT pour les autres acheteurs⁽¹²⁾.

Attention : pour ces marchés, les règles de publicité sont plus strictes que celles applicables aux marchés de services culturels, même en procédure adaptée. En effet, dès lors que les marchés de travaux ou de fournitures passés par l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements sont d'une valeur supérieure à 90 000 € HT, un avis de marché doit être publié soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

* Les cas dans lesquels une commande publique artistique doit être conclue à la suite d'une procédure formalisée

Lorsque la commande consiste en un marché de travaux ou de fournitures portant sur une œuvre à créer ou existante d'une valeur estimée supérieure au seuil européen applicable (cf. point précédent) et qui peut être exécuté par une pluralité d'opérateurs, elle doit faire l'objet d'une procédure formalisée (appel d'offres⁽¹³⁾, procédure négociée⁽¹⁴⁾ ou dialogue compétitif⁽¹⁵⁾).

Dans cette hypothèse, l'acheteur n'est pas libre du choix de ses supports de publicité ni de ses délais et modalités de procédure. Il doit au contraire faire une stricte application des dispositions prescrites par le CCP sur ces points⁽¹⁶⁾.

* Focus sur les marchés de décoration des constructions publiques dans le cadre du « 1 % artistique »

En application du décret n°2002-677 du 29 avril 2002, lorsque l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les établissements de santé, les collectivités territoriales et leurs groupements engagent des opérations de construction ou d'extension de bâtiments publics ou de réhabilitation dans le cas d'un changement d'affectation,

Commandes publiques artistiques : quels outils pour les acheteurs ? (suite)

d'usage ou de destination de ces bâtiments, ils sont tenus d'acheter ou de commander une ou plusieurs réalisations artistiques destinées à être intégrées dans l'ouvrage ou ses abords.

Le montant devant être consacré à ces achats ou commandes doit être égal à 1 % du montant HT du coût prévisionnel des travaux, tel qu'il est établi par le maître d'œuvre à la remise de l'avant-projet définitif, dans la limite de 2 millions d'euros⁽¹⁷⁾.

C'est cela qu'on appelle communément le « 1 % artistique ».

Il peut porter sur des œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie, des œuvres graphiques et typographiques, des œuvres photographiques ainsi que des œuvres des arts appliqués. Il peut également porter sur des œuvres utilisant de nouvelles technologies ou faisant appel à d'autres interventions artistiques, notamment pour l'aménagement d'espaces paysagers, la conception d'un mobilier original ou la mise au point d'une signalétique particulière.

Lorsque l'acheteur entend acquérir, dans le cadre de ce dispositif légal, des œuvres existantes d'un montant inférieur à 30 000 euros HT, la procédure de passation est relativement simple : le marché peut être attribué de gré à gré à un ou plusieurs artistes vivants. Néanmoins, l'acheteur doit recueillir au préalable les avis du maître d'œuvre, de l'utilisateur de l'ouvrage et du directeur régional des affaires culturelles (DRAC)⁽¹⁸⁾.

En revanche, lorsque le marché porte sur des œuvres existantes d'un montant supérieur à 30 000 euros HT ou sur des œuvres à créer, la procédure est plus complexe.

En effet, l'acheteur doit, dans un premier temps et dès l'approbation de l'avant-projet sommaire, constituer un comité artistique où sont représentés le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre, la DRAC et trois personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques désignées par le DRAC⁽¹⁹⁾. Lorsque l'opération est située hors du territoire national, ce comité artistique doit inclure des représentants du maître d'ouvrage, de l'ambassadeur, du directeur général de la création artistique, le maître d'œuvre, et deux personnalités qualifiées dans le domaine des arts plastiques, dont l'une est désignée par le maître de l'ouvrage et l'autre par l'ambassadeur⁽²⁰⁾.

Dans un deuxième temps, ce comité artistique doit élaborer le programme de la commande artistique précisant notamment la nature et l'emplacement de la réalisation envisagée puis le soumettre à l'approbation de l'acheteur.

Dans un troisième temps, l'acheteur doit mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence spécifique dont les étapes sont décrites aux articles R. 2172-8 à R. 2172-14 du CCP (avis de publicité permettant une information suffisante des artistes en fonction de la nature et du montant de la commande, sélection des artistes admis à remettre un projet, auditions par le comité artistique, choix de l'acheteur après avis du comité artistique, information à l'ensemble des candidats)⁽²¹⁾. L'acheteur ne peut se dispenser d'une procédure de mise en concurrence que lorsque

la commande ne peut être confiée qu'à un opérateur déterminé (cf. article R. 2122-3 du CCP précité).

Par ailleurs, lorsque le marché porte sur des œuvres existantes ou des œuvres à créer d'un montant supérieur aux seuils européens de procédures formalisées, l'acheteur doit mettre en œuvre une procédure formalisée classique tout en faisant intervenir le comité artistique⁽²²⁾.

Reste que ces dispositifs sont assez classiques et il n'est pas certain qu'ils garantissent une relance de l'économie de la culture. Des précisions à la suite des annonces du Président de la République seront donc les bienvenues et il faut espérer que de nouveaux outils facilitateurs soient offerts aux acheteurs publics.

(1) Déclaration de M. Emmanuel Macron, Président de la République, sur les premières orientations du plan de soutien pour la culture, secteur durement touché par la crise sanitaire provoquée par le Covid-19, en visioconférence, à Paris le 6 mai 2020, vie-publique.fr.

(2) CE, 8 décembre 1995, Préfet du département de la Haute Corse, n°168253 ; CAA Marseille, 30 septembre 2013, Commune du Barcarès, req. n°11MA00299 ; TA Melun, 1^{er} décembre 2006, Préfet de Seine et Marne, req. n°065188.

(3) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, cons. 50.

(4) Code de la commande publique (CCP), art. R. 2122-3.

(5) CCP, art. R. 2122-8.

(6) CCP, art. R. 2123-1.

(7) CCP, Annexe 3.

(8) CCP, art. R. 2123-4 à 2123-6.

(9) CCP, art. R. 2123-7.

(10) CCP, Annexe 3. A noter que ce seuil est réhaussé à 1 000 000 € HT lorsque l'acheteur est une entité adjudicatrice, c'est-à-dire qu'il exerce des activités d'opérateur de réseaux.

(11) CCP, art. R. 2131-14 et R. 2131-15.

(12) CCP, Annexe 2.

(13) CCP, art. L. 2124-2 et R. 2124-2.

(14) CCP, art. L. 2124-3, R. 2124-3 et R. 2124-4.

(15) CCP, art. L. 2124-4 et R. 2124-5 et 2124-6.

(16) CCP, art. R. 2131-16 à R. 2131-17.

(17) Précisons toutefois que le 1 % artistique ne s'applique pas aux opérations immobilières concernant certains bâtiments des ministères de l'Intérieur (cf. arrêté du 30 septembre 2003) et des Armées (cf. arrêté du 22 mars 2005) qui, en raison de leur nature, ne justifient pas la présence d'une réalisation artistique.

(18) CCP, art. R. 2172-15.

(19) CCP, art. R. 2172-18.

(20) CCP, art. R. 2172-19.

(21) CCP, art. R. R2172-8 à R. 2172-14.

(22) CCP, R. 2172-17.