



HAL
open science

Contrats de sponsoring sportif et droit de la commande publique

Jean-Michel Marmayou

► **To cite this version:**

Jean-Michel Marmayou. Contrats de sponsoring sportif et droit de la commande publique. Le sport au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de G. Simon, Lexis-Nexis, pp.127, 2021, 978-2-711-03493-2. hal-04406753

HAL Id: hal-04406753

<https://amu.hal.science/hal-04406753v1>

Submitted on 19 Jan 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Contrats de sponsoring sportif et droit de la commande publique

Publié in *Le sport au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de G. Simon*, Lexis-Nexis 2021, pp.127-155.

Jean-Michel MARMAYOU

I – Applicabilité du droit de la commande publique aux contrats de sponsoring	2
A – Condition organique : la notion de pouvoir adjudicateur	2
1) Capacité et fonctions d'un pouvoir adjudicateur	3
2) Lien étroit avec un pouvoir adjudicateur	8
B – Condition matérielle : le contrat d'achat	10
II – Inadéquation du régime de la commande publique aux contrats de sponsoring sportif	14
A – Régime de droit commun	14
1) Contraintes liées au principe de transparence	15
2) Contraintes sur le contenu du contrat	16
B – Les régimes dérogatoires	17
1) La soumission à une organisation internationale	18
2) Le contenu du régime dérogatoire	20

Le droit européen n'a pas d'égard pour la botanique juridique française. Pour des raisons tenant aux impératifs de concurrence, il a entraîné la modification en profondeur de règles de droit public et celles-ci, en retour, s'appliquent désormais à des situations et des personnes qui auparavant étaient traitées a priori sous le prisme du droit privé. Le droit du sport, qui n'est pas une branche autonome du droit mais un nœud transverse aux passages de différentes sèves, en est un excellent révélateur. Il aura suffi en effet que le droit français des marchés publics soit modifié¹ sous l'impulsion du droit européen² et qu'il devienne applicable non seulement aux personnes de droit public mais aussi à certaines personnes morales de droit privé³, qu'il devienne applicable à des contrats non administratifs⁴, pour que les fédérations sportives, les ligues professionnelles, certaines grandes associations omnisport ou le CNOSF, c'est-à-dire des entités à forme associative de droit privé, se posent la question de soumettre leurs contrats d'achats au Code de la commande publique (CCP). Mais s'il n'y avait que cela, le trouble serait négligeable. Le réel bouleversement se dévoile lorsque l'interrogation diffuse à d'autres contrats et notamment aux contrats de sponsoring. En effet, contrats d'affaires par excellence, les accords de sponsoring paraissaient totalement immunisés contre le droit de la commande

¹ Ord. n°2015-899, 23 juil. 2015, transposant la Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 et codifiée dans le Code de la commande publique par une Ord. n°2018-1074, 26 nov. 2018.

² Selon le droit UE, le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou aux candidats nationaux, créerait des entraves à la libre circulation des services et des marchandises.

³ M. Ubaud-Bergeron, « *Le champ d'application organique des nouvelles dispositions* », RFDA 2016, p.218.

⁴ V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « *Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé* », CMP n°2, 2018, repère 2. – G. Eckert, « *Faut-il « administrativiser » les contrats privés de la commande publique ?* », CMP n°1, 2020, repère 1.

publique, même et presque surtout lorsqu'ils étaient passés par des personnes de droit public⁵. Mais, les contrats de sponsoring sportif conclus par les personnes morales de droit privé peuvent être incroyablement complexes, tellement mêlés de prestations réciproques que leur appréhension par le nouveau droit de la commande publique n'est plus une extravagance.

Une rapide confrontation des contrats de sponsoring sportif au droit de la commande publique présente donc quelques utilités ne serait-ce que pour vérifier l'applicabilité et l'adéquation de ce corpus normatif aux contrats de sponsoring dans le domaine du sport.

Et puisque le suspense n'est pas un moteur de la recherche juridique, autant le dire immédiatement : le droit commun de la commande publique ne doit pas s'appliquer aux contrats de sponsoring sportif pour les raisons combinées que, s'il doit éventuellement s'appliquer « organiquement » à quelques acteurs du marché du sponsoring, il ne peut pas s'y appliquer « concrètement » car il est inadapté aux spécificités de ce type de contrats.

I – Applicabilité du droit de la commande publique aux contrats de sponsoring

Le droit de la commande publique tient pour principe qu'une entité revêtant la qualité de pouvoir adjudicateur (critère organique) doit être soumise aux règles de la commande publique lorsqu'elle conclut, à titre onéreux, un contrat ayant pour objet de répondre à l'un de ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (critère matériel). Il s'agit donc de passer en revue les instances sportives françaises pour déterminer si elles doivent ou non « souffrir » l'application des règles de la commande publique pour la conclusion des contrats de sponsoring qu'elles sont susceptibles de passer.

A – Condition organique : la notion de pouvoir adjudicateur

L'article L.1211-1 du CCP, transposant notamment l'article 2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, définit la condition organique d'application du droit de la commande publique en désignant les critères de reconnaissance des pouvoirs adjudicateurs. Selon cet article : « Les pouvoirs adjudicateurs sont : 1° Les personnes morales de droit public⁶ ; 2° 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, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».

Il résulte de ce texte, qu'à l'inverse des personnes de droit public, les personnes morales de droit privé ne sont pas, par principe, des pouvoirs adjudicateurs. Elles ne sauraient présenter cette qualité que par exception, et encore sous réserve de deux conditions cumulatives⁷. L'entité

⁵ Si l'entité publique est sponsor, c'est une subvention et non un marché et si l'entité publique est parrainée, elle n'est en principe pas considérée comme « acheteur ».

⁶ L'Agence nationale du sport est ici concernée car c'est un GIP et qu'elle a notamment pour mission de « développer l'accès à la pratique sportive pour toutes et tous » (art. L.112-10 et s., C. sport).

⁷ En l'absence d'un seul de ces critères, un organisme ne saurait être qualifié d'« organisme de droit public » et, partant, de pouvoir adjudicateur : CJCE 22 mai 2003, C-18/01, Rec. 2003 I-05321 AJDA 2003, p.1559, note T. Gliozzo ; Europe 2003, comm. n°247, p.17, obs. D. Ritleng ; AJDA 2004, p.526, note M. Karpenschif ; AJDA 2003, p.2153, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert. – CJCE 10 avr. 2008, C-393/06, § 36 ; Rec. 2008,

de droit privé doit avoir été créée pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Elle doit présenter par ailleurs un lien suffisant avec un pouvoir adjudicateur. Ces différents critères font l'objet d'une appréciation autonome de la part de la CJUE ce qui impose aux autorités nationales en charge de les appliquer de ne pas tenir compte de leurs propres prismes juridiques d'analyse.

1) Capacité et fonctions d'un pouvoir adjudicateur

La personnalité juridique. – Définie par une vision européenne autonome, la notion de personnalité juridique au sens du droit de la commande publique ignore les catégories et les spécificités statutaires nationales. Dès lors que l'entité a une capacité juridique suffisante pour conclure un contrat avec véritable effet obligatoire, elle peut être qualifiée de pouvoir adjudicateur. Qu'elle soit une fondation, une association ou une société ; qu'elle soit reconnue ou non par l'Etat, qu'elle dispose ou non de prérogatives de puissance publique ou d'une délégation quelconque, tous ces éléments n'importent pas⁸.

« **Entité créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général** ». – Soumise au contrôle harmonisateur de la CJUE, la notion de besoin d'intérêt général est entendue de manière extensive aussi bien par le Conseil d'Etat dans l'ordre interne que par la CJUE qui refuse en tout état de cause de la laisser à la détermination des Etats. Selon la CJUE, une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait à ce titre la prendre en charge⁹, peu importe à cet égard que l'entité en cause poursuive d'autres buts d'intérêt particulier¹⁰ ou que ses statuts ne prévoient pas spécifiquement la réalisation d'une mission d'intérêt général du moment qu'une de ses activités effectives et présentes réponde à la définition¹¹. Les fédérations françaises sportives délégataires, de même que les ligues de sport professionnel, revêtiront donc la qualification d'« entité créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général » de manière automatique. Le Conseil d'Etat leur ayant déjà reconnu cette qualité au moment d'encadrer la mise en œuvre de leur pouvoir réglementaire délégué¹², il n'y a aucune raison qu'il change d'avis dans le cadre du droit de la commande publique¹³.

Le Comité national olympique et sportif français, le Comité paralympique et sportif français et le COJO Paris 2024 méritent d'être traités à la même enseigne. Le CNOSF¹⁴ et le CPSF car ils

I-02339 ; AJDA 2008, p.1542, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; Europe 2008, comm. n°187, p.19, obs. E. Bernard ; Concurrences 2008, n°2, p.180, note J.-P. Kovar.

⁸ B. Clavagnier, « Associations pouvoirs adjudicateurs : définition et spécificités », Juris asso. 2018, n°576, p.24.

⁹ CJCE 15 janv. 1998, C-44/96, AJDA 1999, p.302, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; D. 1998. 55 ; RDI 1998, p.238, obs. F. Llorens et P. Terneyre. – CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, §37, Rec 2001, I-03605 ; AJDA 2001, p.941, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; RDI 2001, p.373, obs. J.-D. Dreyfus ; Europe 2001, comm. n°226, p.17, obs. Y. Gautier. – CJCE 27 févr. 2003, C-373/00, Rec 2003, I-01931 ; AJDA 2003, p.1228, note J.-D. Dreyfus ; D. 2003, p.1201 ; RDI 2003, p.273, obs. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus. – CJCE 22 mai 2003, C-18/01, *préc.* – CJCE 16 oct. 2003, C-283/00, Rec. 2003, I-11697 ; Europe 2003, comm. n°394, p.14, obs. H. Pongéard-Payet ; AJDA 2004, p.526, note M. Karpenschif.

¹⁰ CJCE 15 janv. 1998, C-44/96, *préc.*, spéc. §25. – CJCE 10 avr. 2008, C-393/06, *préc.* § 36. – CJUE, 5 oct. 2017, C-567/15, § 40 ; Europe 2017, n°12, p.30, obs. A. Bouveresse.

¹¹ CJCE 12 déc. 2002, C-470/99, Rec. 2002, I-11617 ; AJDA 2003, p.623, note T. Giozzo ; AJDA 2003, p.2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert, RDI 2003, p.81, obs. J.-D. Dreyfus.

¹² CE, 9 juill. 2015, n°375542 et n°375543, Cah. dr. sport n°41, 2015, p.59, note B. Valette ; *Ibid*, p.73, note F. Colin ; Cah. dr. sport n°42, 2016, p.135, note R. Bouniol ; Bull. Dict. perm. Dr. sport, n°225, p.1, obs. D. Remy ; LPA 2015, n°256, p.12, note M. Peltier ; LPA 2016, n°134, obs. F. Rizzo ; AJDA 2015, n°25, p.1391, obs. J.-M. Pastor.

¹³ Pouvoir régulateur de la concurrence sportive sont-elles pour autant bien placées pour être pouvoir régulateur d'une concurrence économique ? (sur ce sujet : G. Kalfèche, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », AJDA 2007, p.2420.

¹⁴ Selon ses statuts, le CNOSF doit « contribuer à assurer la transversalité des missions d'intérêt général du sport » (art 2).

mènent « des activités d'intérêt commun au nom des fédérations ou avec elles »¹⁵, qu'ils ont « compétence exclusive pour constituer, organiser et diriger » les délégations françaises aux JO et aux JP¹⁶. Le COJO Paris 2024 parce qu'il a été constitué « pour l'organisation et la promotion des Jeux Olympiques et Paralympiques 2024 »¹⁷ et que le législateur a clairement affirmé que cette mission relevait de l'intérêt général¹⁸.

D'autres entités sportives à forme associative pourraient être pareillement concernées par cette qualification : les instances déconcentrées des fédérations et celles du mouvement olympique et même certaines associations sportives fortement subventionnées par le public et remplissant des missions de service public local.

Caractère autre qu'industriel et commercial. – Ce critère négatif, somme toute logique, équivaut à une sorte de présomption (simple) d'intérêt général caractérisant l'action publique en opposition à l'intérêt particulier que poursuivent les opérateurs dans un marché concurrentiel de l'industrie ou du commerce. Il est en effet depuis longtemps admis qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché et poursuit un but lucratif en supportant les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un « organisme de droit public »¹⁹. C'est une autre façon de dire que les activités d'intérêt général sont justement celles qui ne peuvent être totalement satisfaites par l'offre d'opérateurs entièrement privés et en situation de pure concurrence. Comme le dit la CJUE, « il s'agit en général de besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché, et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante »²⁰.

Faisceau d'indices. – Déterminer si le besoin d'intérêt général présente ou non un caractère industriel ou commercial ne saurait être possible de manière abstraite et implique bien au contraire une approche casuistique. C'est ainsi que la CJUE prône l'utilisation de la méthode du faisceau d'indices : « l'appréciation de ce caractère doit être faite en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce les activités visant à satisfaire des besoins d'intérêt général, y compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence de poursuite d'un but lucratif, l'absence de prise en charge des risques liés à ces activités ainsi que le financement public éventuel des activités en cause »²¹. Parce que cette approche est logique, elle a été facilement reprise au niveau national par la Cour de cassation²².

L'existence d'une concurrence commerciale effective sur un marché ne constitue donc qu'un indice, même s'il est très pertinent, qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général suffisant au

¹⁵ Art. R.141-1 et R.141-26, C. sport.

¹⁶ Art. R.141-2 et R.141-27, C. sport.

¹⁷ Art. 1 des statuts du COJO.

¹⁸ Voir à ce propos l'exposé des motifs de la loi n°2018-202 du 26 mars 2018 aux termes duquel « Eu égard aux spécificités et à l'ampleur des jeux Olympiques et Paralympiques, compte tenu de l'intérêt général que revêtent leur accueil et leur organisation, fort de l'expérience de la France en matière d'organisation de grands événements, il convient, en lien avec cet intérêt général et en parfaite adéquation et proportionnalité avec les objectifs et engagements souscrits, d'adapter certaines dispositions de notre droit positif aux contraintes propres à la préparation et l'organisation d'un événement à tous égards exceptionnel ». La CADA a d'ailleurs considéré que le COJO devait « être regardé, au sens de l'article L.300-2 du code des relations entre le public et l'administration, comme chargé d'une mission de service public » (CADA, cons. 20191480, 5 sept. 2019 : www.cada.fr/20191480).

¹⁹ V. not. cons. n°10, Dir. 2014/24/UE.

²⁰ CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, §37, *préc.* – CJCE 10 nov. 1998, C-360/96, §52 ; Rec 1998, I-06821 ; Europe 1999, comm. n°28, p.17, obs. F. Gazin.

²¹ CJCE 27 févr. 2003, C-373/00, *préc.*, §66. – CJCE 16 oct. 2003, C-283/00, §81, Rec. 2003, I-11697 ; Europe 2003, comm. n°394, p.14, obs. H. Pongérard-Payet ; AJDA 2004, p.526, note M. Karpenschif. – CJUE, 5 oct. 2017, C-567/15, *préc.*, §43.

²² Cass. com., 8 mars 2016, n°14-13540.

point de déclencher l'application du droit de la commande publique²³. Inversement, lorsqu'il est satisfait dans des conditions qui ne suivent pas la logique du marché, il y a de fortes chances, mais sans garantie, que le besoin d'intérêt général soit regardé comme dépourvu de caractère industriel ou commercial. Encore faudra-t-il démontrer que l'acheteur restait susceptible de se laisser guider par des considérations autres qu'économiques²⁴. C'est dire qu'aucun indice ne permet à lui seul d'établir ou d'exclure le caractère industriel ou commercial d'un besoin d'intérêt général.

Le Parlement et le Conseil européens ont bien conscience que cette approche prétorienne casuistique est insécurisante pour les opérateurs et ont, dans le 10^e considérant de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, exprimé le souhait que certaines situations puissent être clarifiées et présumées entrer dans telle ou telle catégorie²⁵. Mais, les deux organes législatifs étant respectueux de la stabilité jurisprudentielle de la Cour, ce n'est pas pour autant que le texte de la directive a été modifié ou précisé.

A l'aune donc de ce faisceau d'indices, aucune affirmation définitive n'est possible pour aucun acteur institutionnel du sport français qui tous peuvent parfaitement être rangés dans l'une comme dans l'autre catégorie selon la réalité exacte de leurs activités. En effet, si incontestablement ils ont été créés sans but lucratif pour répondre à une mission de service public et disposent, pour certains d'entre eux (fédérations délégataires, CNOSF, COJO) d'un monopole accompagné de prérogatives de puissance publique, on ne saurait exclure a priori qu'ils puissent, pour une partie au moins de leurs activités agir dans une logique concurrentielle ordinaire²⁶.

Au regard des circonstances de leur création²⁷, les instances les plus importantes du sport français ne peuvent pas être traitées de la même manière. En effet, si la plupart des fédérations délégataires ont pour origine une initiative purement associative et privée, leur caractère amateur leur a permis de se couler ensuite dans un processus de reconnaissance étatique dont une des formes, la délégation, répond sans difficulté à la notion d'intérêt général non commercial. Il en va autrement des ligues professionnelles dont la forme associative ne masque pas le fait qu'elles ont été créées spécifiquement pour organiser des compétitions professionnelles génératrices de recettes commerciales très importantes et pour permettre une distribution sectorisée de ces recettes selon des critères de répartition où les intérêts particuliers²⁸ sont mieux servis que l'intérêt général²⁹. De même, si la création du CNOSF, et celle plus récente du CPSF, avaient pour objet de répondre à des besoins de coordination entre des entités poursuivant des buts d'intérêt général, la création du COJO Paris 2024 a pour but de

²³ CJUE, 5 oct. 2017, C-567/15, *préc.*, §45.

²⁴ V. les conclusions (§53) de l'avocat général sur CJUE, 5 oct. 2017, C-567/15, *préc.*

²⁵ « [...] À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un « organisme de droit public », étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial. [...] ».

²⁶ L'arrêt *Motoe* avait déjà permis de comprendre que les prérogatives de puissance publique n'immunisaient pas contre la qualification d'entreprise (CJCE, 1^{er} juil. 2008, C-49/07, Rec. I-4863 ; Europe 2008, comm. n°276, obs. L. Idot ; Cah. dr. sport n°13, 2008, p.122, note B. Grimonprez ; Concurrences n°4, 2008, n°22221, p.87, obs. A.-L. Sibony ; AJDA 2008, 1533, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RLC 2008, n°17, p.82, obs. S. Destours. ; LPA, 9 sept. 2008, 5, obs. P. Arhel ; RJDA 2008, n°1053 ; RLDA 2008/31, n° 1895, obs. Anadon ; Contrats, concur. consom., 2008, n°213 obs. D. Bosco ; RLC, 2008/ 17, n°1192, obs. L. Arcelin ; Gaz. Pal. 22-24 mars 2009, 22, obs. J. Zylberstein ; JDI 2009, chron. 4, 693 ; Gaz. Pal. 11-14 nov. 2009, num. spéc., 21 ; RTD eur. 2009, 796, obs. Blaise).

²⁷ Indice non dirimant puisque c'est l'activité effectivement exercée par la personne morale de droit privé qu'il convient de prendre en compte pour la qualifier ou non d'acheteur et non uniquement celle confiée à sa création (CJCE 12 déc. 2002, C-470/99, *préc.*).

²⁸ Des clubs et des joueurs professionnels.

²⁹ Contribution aux activités fédérales.

satisfaire un intérêt autrement plus économique. Il est vrai que sans l'aval des pouvoirs publics locaux (Ville de Paris, Etat, Région, etc.) sa création n'aurait pas eu lieu ; toutefois, c'est à l'initiative du CIO que le COJO existe et pour l'organisation d'une manifestation à dimension internationale dont le rapport à l'intérêt public non économique est discutable³⁰.

S'agissant plus précisément de leur forme juridique, on peut évidemment soutenir que la forme de la structure fait partie des indices à prendre en compte puisqu'elle donne un renseignement sur le but lucratif ou non. Ce critère est cependant à relativiser car son interprétation est autonome et sans égard aux spécificités des droits nationaux³¹. Une association (loi 1901) peut ainsi fort bien à cet égard être considérée comme poursuivant un but lucratif (logique commerciale, soumission à la TVA, dissolution programmée avec règles de partage du boni de liquidation fixées, importance des bénéfices déjà réalisés, etc.)³². Il en va de même pour un GIP dont la présence des pouvoirs publics dans les constituants et associés est un indice très fort de ce que la structure répond à un besoin d'intérêt général mais qui peut sans difficulté avoir des visées lucratives non accessoires. On peut à cet égard souligner qu'une circulaire ministérielle invite à tenir compte de l'approche fiscale des « 4P » pour déterminer si une association doit ou non être qualifiée de pouvoir adjudicateur³³.

S'agissant du contexte concurrentiel, toutes les fédérations ne sont pas confrontées à une même pression du marché relativement à leur monopole d'organisation des compétitions sportives à l'issue desquelles sont délivrés des titres protégés. En effet, quand certaines se contentent de leur rôle de régulateur en édictant les règles des compétitions, d'autres revêtent l'habit de l'organisateur matériel pour mettre en œuvre des manifestations sportives à leur profit et éventuellement à leur perte ; quand certaines sont absolument seules à organiser des événements dans leur discipline, d'autres doivent composer avec nombre d'organisateur privés, parfois économiquement plus puissants qu'elles. Si l'on songe à un comité d'organisation *ad hoc*, l'analyse dépendra en réalité de la délimitation du marché pertinent pour savoir si oui ou non il est en situation de concurrence. Il y a d'ailleurs ici un des points clefs de la question puisque toutes les juridictions n'ont pas les mêmes aptitudes pour juger à la fois des frontières d'un marché concurrentiel et de l'application du droit de la commande publique ; à cet égard la CJUE³⁴ est autrement mieux armée que le Conseil d'Etat³⁵. Prenons ainsi le COJO

³⁰ Poser la question de savoir si l'organisation d'une manifestation sportive internationale sur son territoire promeut efficacement la pratique sportive de tous n'est pas incongru et le juge ne doit pas se sentir tenu par la grandiloquence des principes de l'olympisme établis dans la Charte olympique (ex. : « *Le but de l'Olympisme est de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'humanité en vue de promouvoir une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine* ») ni par les déclarations politiques et marketing des actes de candidatures diffusés par les villes hôtes. Inversement, prévoir que 80% des éventuels excédents d'exploitation demeurant au jour de la dissolution du COJO seront utilisés pour promouvoir le sport en France ne suffit pas à teinter d'intérêt général non commercial une manifestation dont on ne sait pas si elle laissera des excédents.

³¹ CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, *préc.*, §40.

³² Sur ce point, la lecture des statuts du COJO Paris 2024 (art. 3) montre clairement qu'il poursuit un but commercial.

³³ Si la Circ. n°DGPAAT/SDDRC/C2010-3040, 19 avr. 2010 n'a pas été prise par le ministère des sports mais par celui en charge de l'agriculture, elle manifeste la position officielle de l'administration française.

³⁴ Elle a déjà considéré qu'une entité ayant pour « *objet d'exercer et de faciliter toute activité visant à l'organisation de foires et d'expositions, de congrès et de toute autre initiative qui, en favorisant les échanges, permet la présentation de la production de biens et de services et éventuellement leur vente [...], activité exercée au niveau international par différents opérateurs établis dans les grandes villes des différents États membres* » se trouvait dans une « *situation de concurrence* » (CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, *préc.*). La Commission européenne, autorité de concurrence, a aussi pu décider que le comité organisateur de la coupe du monde de football de 1990 en Italie avait des activités de nature économique et constituait de ce fait une entreprise (Décision de la Commission n°92/521/CEE, 27 oct. 1992, JO L 326, 12/11.1992, p.31).

³⁵ Il faut cependant souligner que la CJUE renvoie de manière systématique à la juridiction nationale le soin de vérifier la situation de marché de l'opérateur en cause (ex. : CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, *préc.*, §42. – CJCE 11 juil. 2002, C-18/01, *préc.*, § 59).

Paris 2024. Il est parfaitement légitime de penser, avec un prisme international, qu'il est l'organisateur d'un grand évènement sportif international en concurrence avec des manifestations sportives d'envergure similaire comme la coupe du monde de football ou celle de cricket, avec d'autres comités d'organisation des jeux pour les millésimes qui le précèdent et ceux qui le suivent immédiatement³⁶, et peut-être aussi en concurrence avec des manifestations culturelles d'envergure mondiale comme le festival du film de Cannes ou l'Exposition universelle. En concurrence pour traiter avec les prestataires spécialisés (infrastructures mobiles, sécurité, informatique, etc.) ; en concurrence pour la diffusion audiovisuelle ; en concurrence pour trouver des financements par parrainage, pour la fabrication et la vente de produits dérivés, pour le recrutement de collaborateurs aguerris. Sous un prisme plus national, plus resserré, il est tout aussi admissible de penser que le COJO Paris 2024 ne souffre d'aucune concurrence puisque le CIO lui a confié l'organisation des jeux d'été de 2024, que la loi française lui confère un monopole pour cette organisation³⁷ et que le contrat de Ville hôte contient des engagements spécifiques pour qu'« aucune grande manifestation, conférence ou autre réunion majeure qui pourrait avoir un impact sur le succès de la planification, de l'organisation, du financement et de la tenue des Jeux ou sur leur exposition au public et aux médias [...] » ne se tienne dans la Ville hôte lors de la période de la compétition³⁸. Choisir entre le marché international et le marché national pour dire quel est le plus pertinent des deux a donc forcément de grandes conséquences. A titre personnel, nous inclinons vers le prisme international³⁹, ne serait-ce que parce que le Gouvernement français, qui a créé une Délégation interministérielle aux grands événements sportifs, reconnaît lui-même que l'accueil des JO et autres grands événements sportifs « internationaux » est une priorité étatique⁴⁰.

Le fait que la structure en cause supporte ou non le risque économique de son activité constitue un autre indice important pour sa catégorisation en tant que pouvoir adjudicateur⁴¹. C'est plutôt logique lorsque l'on postule, comme le fait le droit européen, que la prise de risque économique laisse peu de place aux considérations d'intérêt général et qu'à l'inverse les considérations autres qu'économiques peuvent guider des décisions ayant un impact perturbateur sur le libre marché. Sans risque économique véritable, la prise de décision mérite donc d'être encadrée par les règles spécifiques des marchés publics, alors que la perspective d'un risque à assumer suffit à réguler le fonctionnement du marché⁴².

Appliqué aux fédérations sportives, ce critère conduit à remarquer qu'elles assument les risques de leurs éventuelles entreprises. Elles peuvent effectivement ne pas se financer autrement que par des subventions publiques, mais dès lors qu'elles ont une activité économique, rien, ni dans leurs statuts, ni dans l'agrément, ni dans la délégation, ni dans le Code du sport ne prévoit que leur passif soit garanti par l'argent public.

Pour le COJO Paris 2024 c'est différent puisqu'il ne supporte pas *in fine* la totalité des risques de son activité dans la mesure où l'article 81 de la loi n°2017-1775 du 28 décembre 2017 de

³⁶ Les pays sont dans un contexte de compétition « féroce » pour l'accueil des jeux et leur organisation (expression de F. Latty, « *Les jeux olympiques et le droit international. Rendez-vous manqué et rencontres du troisième type* », Ann. français des RI, Vol. X, 2009).

³⁷ Art. 1, L. n°2018-202, 26 mars 2018.

³⁸ Art. 14, Contrat de Ville hôte, Principes, Jeux de la 23^e olympiade en 2024. Voir aussi l'ancienne version (9 oct. 2018) de la Charte olympique (règle d'application de l'art. 34 : « *L'organisation, le déroulement et la couverture médiatique des Jeux Olympiques ne doivent pas être compromis de quelque façon que ce soit par la tenue d'une autre manifestation dans la ville hôte ou sa région ou dans d'autres lieux ou sites de compétition* »).

³⁹ La CJCE a déjà considéré que les entités organisatrices de compétitions sportives, notamment internationales, étaient « *des associations et organismes ne relevant pas du droit public* » (CJCE, 15 déc. 1995, C-413/93, *Bosman*, §83).

⁴⁰ www.gouvernement.fr/action/gesi-l-art-des-rencontres-sportives

⁴¹ CJCE 10 mai 2001, C-223/99 et C-260/99, *préc.*, §40.

⁴² Voir le § 51 de CJCE 11 juil. 2002, C-18/01, *préc.*

finances rectificative pour 2017 a autorisé le ministre de l'économie à accorder, « *au titre de l'organisation de l'édition 2024 des Jeux Olympiques et Paralympiques à Paris et dans le cadre du contrat 'Ville hôte 2024'* », une garantie de l'État au COJO « *en cas d'annulation totale ou partielle de l'édition 2024 des Jeux Olympiques et Paralympiques* » et une autre garantie s'agissant des « *emprunts bancaires contractés par le [COJO] et affectés au financement d'un décalage temporaire de trésorerie entre ses recettes et ses dépenses* ». On pourra certes objecter que cette double garantie ne comprend pas dans son assiette la totalité d'un éventuel déficit du COJO mais la couverture ainsi donnée à propos de quelques éléments de passif n'est pas neutre et mérite d'être considérée (surtout si on l'associe à la garantie donnée par la Ville de Paris au titre de l'article 4.1 du contrat de Ville-hôte) dans la qualification de pouvoir adjudicateur, voire dans la caractérisation d'un lien avec un pouvoir adjudicateur.

2) Lien étroit avec un pouvoir adjudicateur

L'attribution de la qualité de pouvoir adjudicateur à une personne morale de droit privé nécessite la preuve d'un lien suffisant entre elle et une entité ayant déjà cette qualité. Ce lien ne saurait être une simple proximité. Il doit être « étroit »⁴³, ce qui se caractérise soit par un financement majoritaire, soit par un contrôle de gestion, soit par une présence majoritaire dans les instances de gouvernance.

Financement majoritaire. – Selon la CJUE, cette notion « *visé un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée* »⁴⁴, ce qui englobe les « *modes de financement indirects* »⁴⁵.

Le terme « majoritairement » utilisé par la loi s'entend comme visant un financement couvert pour « plus de la moitié » par des ressources issues des pouvoirs publics sans que ces derniers n'en attendent une contrepartie directe⁴⁶. Autrement dit, si l'entité de droit privé veut éviter la qualité de pouvoir adjudicateur, elle doit se financer pour plus de la moitié par des ressources tirées de sa propre activité économique. Toute « subvention » publique, entendue comme une aide sans contrepartie devant être comptabilisée⁴⁷, nombre d'associations sportives (et donc de fédérations sportives même simplement agréées) peuvent être concernées d'autant que le calcul, s'effectue sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire⁴⁸, fussent-ils de nature prévisionnelle⁴⁹. Mais recevoir de l'argent public n'implique pas nécessairement un financement majoritaire par les pouvoirs publics puisque les sommes versées en contrepartie d'une prestation rendue par l'organisme bénéficiaire n'ont pas à être prises en compte.

Appliqués aux fédérations sportives, la vérification emportera des conclusions différentes entre des fédérations qui ne disposent que des concours publics et celles qui ont des sources de recettes propres pour des activités qu'elles développent en marge de leur délégation ou des services payants qu'elles rendent, même à des personnes morales de droit public. Au demeurant, la base annualisée d'analyse rend évolutive l'appréciation de ce critère dans la mesure où les recettes pour activités propres ne sont jamais garanties d'une année sur l'autre.

⁴³ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, §20, Europe 2013, comm. n°11, p.31, obs. M. Meister ; AJDA 2013, p.2312, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; RTD eur. 2014. 499, obs. A. L. Durviaux ; Rev. UE 2014. 641, chron. C. Bernard-Glanz, L. Levi et S. Rodrigues.

⁴⁴ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, § 22.

⁴⁵ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, § 23.

⁴⁶ V. Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. n°10.

⁴⁷ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*

⁴⁸ Selon la CJUE « *L'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée doit être considéré comme la période la plus appropriée pour le calcul du mode de financement de cet organisme* » (CJCE 3 oct. 2000, C-380/98, Rec. 2000 I-08035 ; RDI 2001, p.154, obs. F. Llorens) ce qui en pratique implique une annualisation. Mais rien n'interdit que la durée soit plus courte ou plus longue.

⁴⁹ CJCE 3 oct. 2000, C-380/98, *préc.*, §33, §36 et §44.

Appliqués au COJO Paris 2024, ces critères nécessitent que soit connu en détails le ratio des subventions et autres contributions de l'Etat, de la Région Ile-de-France et de la Ville de Paris pour l'organisation des jeux sur le budget total du COJO. Officiellement, « *les jeux financent les jeux* » et le budget du COJO n'est abondé par le secteur public que pour 3%, ces derniers étant d'ailleurs consacrés à l'organisation des Jeux paralympiques. Mais le budget de l'organisation des jeux n'est pas celui du COJO quand on tient compte de « *l'écosystème des Jeux* » où l'on trouve aussi et notamment, la SOLIDEO⁵⁰, la Ville de Paris, le CNOSF, la Région Ile de France, l'Etat garant. En outre, annualisés, les budgets du COJO ne seront pas nécessairement tous constitués sur ce ratio puisque, notamment, les recettes de sponsoring ne deviendront conséquentes qu'à l'approche de 2024.

La remarque vaut pour le CNOSF et le CPSF dans la mesure où leurs budgets respectifs diffèrent sensiblement selon qu'une édition des jeux est organisée sur le territoire. En effet, il y a de fortes chances que les ressources sur la période 2019-2024 de ces deux entités soient majoritairement constituées par des versements du COJO et du CIO calculés sur les programmes marketing liés à l'organisation des jeux. Après cette période, le ratio pourrait s'inverser.

Contrôle de la gestion. – La notion de contrôle de la gestion permet de laisser dans la sphère privée les entités profitant d'une liberté organisationnelle et budgétaire⁵¹. Elle a pour finalité de ne tenir sous le coup du droit de la commande publique que les organismes se trouvant dans un état de dépendance étroite vis-à-vis de la puissance publique qui dispose de la capacité concrète d'influencer leurs décisions⁵². L'appréciation de l'intensité d'un tel contrôle repose sur une analyse par faisceau d'indices ce qui entraîne une certaine subjectivité. Pour preuve, lorsque la CJUE exige que le contrôle soit « actif », elle admet qu'un simple contrôle *a posteriori*⁵³ ne suffise pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait⁵⁴ tout en considérant que, dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut à elle seule aboutir à conférer une emprise importante⁵⁵.

A l'aune de ce critère, certaines fédérations sportives agréées et délégataires verront leur indépendance contestée⁵⁶ dans la mesure où les soutiens⁵⁷ de l'Etat peuvent se « payer » d'un contrôle financier *a priori* et *a posteriori* plus ou moins intense. Avant la mise en place de l'ANS, les conventions pluriannuelles d'objectifs conclues avec le ministère des sports prévoyaient une série de contrôles de l'Administration susceptibles de contraindre la gestion financière des fédérations bénéficiaires⁵⁸. Aujourd'hui que les financements attribués par l'ANS le sont à partir de projets, le contrôle de ce financement public se fait *a priori* lors de la demande mais il se fait aussi *a posteriori* au titre de la convention conclue, étant précisé que l'ANS fait elle-même l'objet de contrôles économiques et financiers étatiques serrés⁵⁹.

La situation du COJO est plus claire car il est soumis à une batterie de contrôles de natures diverses, certes, mais d'une intensité suffisante pour établir un lien étroit avec la puissance publique propre à permettre à celle-ci d'influencer ses décisions notamment en matière de marchés. Il suffit de lire l'arrêté du 22 juin 2018 fixant les modalités spéciales d'exercice du

⁵⁰ Dont le budget est constitué à plus de 43% de fonds publics.

⁵¹ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, §30.

⁵² CJCE, 1^{er} févr. 2001, C-237/99, §59, Rec. 2001, I-00939 ; Dr. adm. 2001, n°86, note M.-Y. Benjamin ; AJDA 2001, p.946, obs. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert.

⁵³ Limité à une vérification de l'équilibre du budget (CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, §27).

⁵⁴ CJCE 27 févr. 2003, C-373/00, *préc.*, §70. – CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, §29.

⁵⁵ CJUE 12 sept. 2013, C-526/11, *préc.*, §30.

⁵⁶ La tutelle du ministère des sports sur les fédérations sportives au titre de l'article L.111-1 du Code du sport ne paraît pas suffisamment contraignante pour formaliser un lien propre à influencer une décision de gestion.

⁵⁷ Qui, s'ils sont majoritaires, constituent un indice supplémentaire du lien étroit.

⁵⁸ Circ. n°5811-SG, 29 sept. 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations.

⁵⁹ Art. L.112-11, C. sport.

contrôle économique et financier de l'Etat⁶⁰ sur le COJO⁶¹ pour comprendre que ce contrôle n'est ni simplement *a posteriori*, ni symbolique. Il suffit de lire l'article 29 de la loi du 26 mars 2018 prévoyant, dans les conditions et selon les procédures du Code des juridictions financières applicables aux personnes de droit public, le contrôle de la Cour des comptes sur les comptes et la gestion du COJO pour être certain que la publicité qui sera faite à cette analyse, certes *a posteriori*, ne peut qu'influencer l'action des dirigeants du comité. Méritent d'être associés à ces deux contrôles « *les droits renforcés des garants* »⁶² tels qu'ils sont prévus à l'article 20 des statuts du COJO et dans ses règlements intérieur et financier, qui ne peuvent être adoptés ni modifiés sans l'avis conforme de la Ville de Paris et de l'Etat⁶³ dont on trouve au demeurant des représentants dans le comité interne d'audit du COJO⁶⁴.

Le CNOSF n'est pas assujéti à un contrôle financier étroit des pouvoirs publics, tout juste doit-il conformément à l'article 29 de ses statuts, adresser ses comptes au ministère des sports pour justifier de l'emploi des subventions reçues. Reste qu'en 2010, il s'est de lui-même placé sous le régime de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics⁶⁵ et n'a cessé depuis de se conformer au droit de la commande publique⁶⁶ ; ce qui pose au demeurant la question de savoir si les entités contrôlées par le CNOSF doivent ou non être qualifiées d'entités sous lien étroit d'un pouvoir (autoproclamé) adjudicateur.

Présence majoritaire dans les instances de gouvernance. – Ce critère est a priori purement technique. Il suffit de savoir compter pour l'appliquer. En pratique, il peut poser quelques difficultés d'interprétation lorsque des personnes, sans être désignées par des pouvoirs adjudicateurs, sont cependant statutairement chargées d'en représenter les intérêts dans l'organe de direction. On songe ici par exemple au « *représentant des collectivités sites hors Ile-de-France* » à l'Assemblée générale du COJO Paris 2024 qui est « *désigné par le COJO après consultation de ces collectivités* »⁶⁷.

En tout état de cause, l'accumulation de tous ces critères ne suffit pas à l'application du droit de la commande publique si par ailleurs le contrat passé par le pouvoir adjudicateur n'est pas un contrat de la commande publique.

B – Condition matérielle : le contrat d'achat

Aux termes de l'article L.2 du CCP, ne sont soumis au code que les contrats conclus à titre onéreux par « un acheteur », pour répondre à ses besoins en matière de travaux, fournitures ou services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

A première vue, ne sont donc visés que les contrats dits d'achat, autrement dit, les contrats de vente, où le pouvoir adjudicateur est en situation juridique d'acheteur. Reste que cette notion n'est pas celle que le Code civil définit à son article 1582. C'est une notion autonome du droit des marchés publics dont la conception française doit correspondre à celle que s'en fait l'Union européenne au travers du mot « acquisition » maintes fois utilisé dans la directive. C'est une notion sous influence plus économique que juridique, la même qui fait parfois dire au législateur français que des prestataires peuvent « vendre des services »⁶⁸. Juridiquement floue, elle doit être entendue « *au sens large, en tant qu'obtention de la jouissance des travaux, fournitures ou services en question, ne nécessitant pas nécessairement de transfert de propriété aux pouvoirs*

⁶⁰ D. n°55-733, 26 mai 1955.

⁶¹ NOR : ECOU1813268A ; JORF n°0152 du 4 juillet 2018. *Adde* : D. n°2018-234, 30 mars 2018.

⁶² En application de l'article 81, L. n 2017-1175, 28 déc. 2017.

⁶³ Art. 11.2, statuts COJO.

⁶⁴ Art. 28, statuts COJO.

⁶⁵ V. C. comptes, Rapp. pub. annuel 2018, pp.409-439 : « *L'État et le mouvement sportif : mieux garantir l'intérêt général* » et spéc.pp.425-426.

⁶⁶ En témoigne son site : <https://cnosf.e-marchespublics.com/>

⁶⁷ Art. 7.1, statuts COJO.

⁶⁸ Ex. : L. n°92-645, 13 juil. 1992.

adjudicateurs » et englober ainsi les achats, les crédits-bails, « ou d'autres formes contractuelles »⁶⁹.

Le contrat de sponsoring peut-il être comptabilisé au titre de ces autres formes contractuelles ? C'est la question qui se posera inmanquablement si la qualité de pouvoir adjudicateur est conférée à une instance sportive. Les pistes de réponse ne sont pas évidentes, les contrats de sponsoring ne se laissant pas enfermer dans un carcan simplifié, même envisagé avec flou. Ce sont des contrats complexes, aux mille visages, construits sur mesures au plus près d'attentes toujours plus raffinées des parties.

Dans une vision simpliste, on peut facilement se convaincre que les contrats de sponsoring ne sont pas pour le parrainé des contrats d'acquisition. C'est pour le parrain qu'ils le sont car c'est lui qui paie pour un service que lui rend le parrainé. Sous cette vue, même conclu par un indiscutable pouvoir adjudicateur, il n'y a aucune raison de soumettre un contrat de sponsoring au droit de la commande publique du moment que ledit adjudicateur est le parrainé. C'est lui qui reçoit un soutien sous la forme d'un prix et qui en contrepartie fournit sa notoriété au parrain pour un service de promotion d'image, de publicité commerciale au bénéfice direct de l'entreprise, la marque, les produits ou services de ce dernier. Que l'on suive l'indication purement terminologique⁷⁰ ou bien les définitions privatiste⁷¹, publiciste⁷², fiscaliste⁷³ ou encore concurrentialiste⁷⁴, le contrat de sponsoring apparaît toujours comme un service rendu par le parrainé au parrain qui en contrepartie le « paie » de son soutien, d'un prix ou d'une dépense. C'est donc bien le parrain qui obtient la jouissance du service rendu par le parrainé. Sous la focale civiliste, on peut même être tenté d'affirmer que le but de ce type de contrat, son « économie générale » l'intérêt du sponsoring, la « cause » de sa conclusion, résident dans la volonté du parrain de profiter de la notoriété de la manifestation ou des activités du parrainé pour bénéficier d'une publicité. La mise à disposition de la notoriété est ainsi l'obligation fondamentale dans le contrat et c'est elle qui doit entraîner sa qualification juridique. Or, cette obligation fondamentale pèse sur le parrainé : il est le prestataire du service. Pèse corrélativement sur le parrain une « obligation au prix ». Obligation au prix qui ne participe jamais de la qualification juridique du contrat⁷⁵.

Mais à la lecture de l'article L.1111-1 du CCP, la modalité de paiement du prix pourrait changer les choses puisque relèvent de la commande publique les contrats conclus par un pouvoir adjudicateur pour répondre à ses besoins « en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

En outre, une étude plus fine permet de comprendre que la question se pose fréquemment de savoir si le parrainé, (pouvoir adjudicateur) « vendeur » de notoriété, n'est pas aussi, par l'effet du même contrat, un pouvoir adjudicateur « acheteur » de services ou de biens. Les contrats de sponsoring peuvent en effet être des contrats « *d'entreprise à deux faces* »⁷⁶ où, plutôt que de

⁶⁹ Cons. n°4, Dir. 2014/24/UE.

⁷⁰ Arrêté, 6 janv. 1989 (NOR : ECOZ8800041A), V° « Sponsoring ».

⁷¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, V° « Sponsorisme », PUF. – J.-M. Marmayou et F. Rizzo, *Les contrats de sponsoring sportif*, Lextenso éd., 2014, n°2 et s. – CA Paris, 16 janv. 2008, n°06/09503, JurisData n°2008-354834. – TGI Nanterre, 30 juin 2016, n°14/11185, Légipresse 2016, n°341, p.459.

⁷² Ex. : TA Lyon, 30 mars 1989, n°s 85-33543, 85-33999 et 85-35525.

⁷³ Ex multis : BOI-TCA-PJC-20-40, §340 (<https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/11748-PGP.html/identifiant=BOI-TCA-PJC-20-40-20190417>). – BOI-IS-CHAMP-10-50-10-40, §540 (<https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/4398-PGP.html/identifiant=BOI-IS-CHAMP-10-50-10-40-20130325>). – BOI-BIC-RICI-20-30-10-20, §150 (<https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6476-PGP.html/identifiant=BOI-BIC-RICI-20-30-10-20-20190807>). – BOI-BIC-CHG-40-20-40, §190 (<https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/6523-PGP.html/identifiant=BOI-BIC-CHG-40-20-40-20160830>).

⁷⁴ Autor., concurr., Déc. n°09-D-31, 30 sept. 2009 (www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/commitments/09d31.pdf).

⁷⁵ P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2019, p.36 et s. – F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, n°29 et s.

⁷⁶ F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *préc.*, n°796.

la régler par le versement d'une somme d'argent, le parrain exécute son obligation au prix, en totalité ou en partie, sous forme de contreparties en nature⁷⁷. Nombre de contrats de sponsoring réalisent par ailleurs ce que les spécialistes de marketing désignent sous l'appellation de « co-branding ». Dans cette hypothèse, l'activation du contrat permet aux deux parties de bénéficier d'une promotion de leurs activités, le parrainé tirant un bénéfice d'image à être soutenu par une grande marque tandis que cette dernière augmentera sa propre notoriété avec le parrainage. Autrement dit, le parrain est lui aussi un prestataire de services et le parrainé n'est pas qu'un « vendeur », c'est également un « acquéreur » ; la réciprocité des services permettant une croissance parallèle des deux notoriétés qui s'associent.

On peut certes croire qu'un parrainé préférera toujours un paiement en somme d'argent car il profitera d'une plus grande souplesse de gestion pour réagir à l'évolution de son organisation et parce que le numéraire a plus de valeur qu'une dotation en nature sujette à obsolescence et usure, voire mal adaptée aux besoins⁷⁸. Mais ce n'est pas toujours vrai et surtout il devra composer avec le parrain qui peut avoir la possibilité et la volonté de « payer le prix » de la notoriété acquise par des prestations en nature moins coûteuses pour lui et valorisables à l'égard du parrainé (matériel, équipements, services, moyens humains), d'autant plus si les matériels fournis constituent un des moyens concrets d'affichage et de communication. Au demeurant, un parrain, par ailleurs fournisseur de biens et services, exigera nécessairement, à côté de sa participation financière, d'être le fournisseur officiel exclusif desdits biens et services auprès du parrainé. Il en va justement de l'économie du contrat ; l'investissement de notoriété serait réduit à néant si le parrainé était équipé et servi concrètement en matériel provenant d'un tiers. Cette réciprocité des prestations est-elle suffisante pour transformer un contrat de sponsoring en un contrat d'achat de la commande publique ? La réponse dépendra de la mise en œuvre de deux notions propres au droit de la commande publique : la notion de besoin matériel direct et celle d'objet principal d'un contrat mixte.

La première en effet découle des articles L.2 et L.111-1 du CCP aux termes desquels sont des contrats de la commande publique ceux conclus par un acheteur pour répondre à ses besoins en matière de travaux, fournitures ou services. Or, dans sa version la plus simple, un contrat de sponsoring passé par une personne morale de droit privé, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, lui permettra de répondre à ses besoins mais ce ne sera que de manière indirecte car, à strictement parler, le contrat lui permettra d'obtenir les moyens financiers susceptibles d'être mobilisés pour répondre auxdits besoins matériels. Dans cette hypothèse, le droit de la commande publique n'a pas à s'appliquer. En revanche, dans sa version à deux faces, un contrat de sponsoring impliquant du parrain qu'il fournisse une prestation en nature pourrait être considéré comme satisfaisant directement un besoin du parrainé. Mais encore faudra-t-il que ce besoin soit effectivement déterminé lors de la conclusion du contrat de sponsoring, ce qui n'est pas toujours faisable, et, surtout, qu'il ne puisse être matériellement satisfait autrement que par ce contrat de sponsoring. En effet, lorsque le parrain revendique la qualité de fournisseur officiel exclusif, sa volonté première est d'être affiché comme parrain, pas nécessairement pour fournir des biens ou des services mais pour être « fournisseur exclusif ». Son soutien sera donc conditionné à l'obtention de cette exclusivité qui est un droit que le parrainé concède (« vend ») à son parrain. Autrement dit, la prestation en nature satisfait certes un besoin direct du parrainé mais elle n'existe qu'indirectement et accessoirement, comme simple déclencheur d'une opération de sponsoring où le parrainé reste un « vendeur » et ne devient pas un « acheteur ». Et c'est bien le deuxième point important à soulever : lorsque le parrain exécute son obligation au prix par une prestation en nature, il ne remet pas en cause la hiérarchie des prestations servies. Quelle que soit la valeur de la prestation en nature, l'intérêt principal du contrat est pour lui

⁷⁷ Certains diront, « échanges de services », « échanges marchandises », « dotations matérielles », etc. Les anglo-saxons disent « *value in kind* ».

⁷⁸ Des matériels surnuméraires et donc sous-consommés ne peuvent pas être réorientés : ils perdent leur valeur.

d'obtenir une part de la notoriété du parrainé et non pas d'être un fournisseur, d'autant que la fourniture peut justement porter sur des matériels permettant l'affichage consubstantiel au sponsoring.

Entre alors en jeu la deuxième notion, celle de contrat mixte, telle qu'elle est spécialement évoquée à l'article L.1312-1 du CCP selon lequel « Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal [...] ». Et il nous paraît évident qu'un contrat de sponsoring mettant à la charge du parrain des prestations en nature à côté de son obligation de somme d'argent correspond parfaitement à ce type de contrats mixtes où les besoins en numéraire et ceux en fournitures matérielles sont d'une part indissociables, et d'autre part hiérarchisés en ce sens que la fourniture matérielle n'aurait aucun sens sans l'objet principal du contrat qui est une mise à disposition de notoriété par le parrainé. A cet égard, la règle de qualification de l'article L.1312-1 du CCP, transposition de la norme européenne⁷⁹, est identique à la pratique privatiste de la théorie de l'accessoire lorsqu'elle est utilisée comme technique de catégorisation des contrats⁸⁰. Il faut que la dotation matérielle reste un accessoire affecté au service de l'obligation principale et caractéristique du contrat de sponsoring qui pèse sur le parrainé et qui fait de lui, non un « acheteur », mais un « vendeur ».

L'appréciation de cet accessoire ne saurait au demeurant se résumer en une mesure quantitative⁸¹, exclusivement focalisée sur les valeurs des différentes prestations échangées⁸², d'autant moins qu'il existe des clauses qui permettent en cours d'exécution du contrat de transformer une partie de l'obligation monétaire du parrain en obligation en nature⁸³. « *La détermination de l'objet principal du contrat s'opère dans son ensemble selon une analyse multicritères tant quantitative que finaliste, et non sur le seul montant respectif des prestations composant son objet. Son appréciation doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui caractérisent le contrat, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire* »⁸⁴.

Par ailleurs, l'appréciation du caractère indissociable des différentes prestations du contrat doit se faire au cas par cas, selon des critères techniques, économiques et juridiques permettant de justifier le recours à un contrat unique échappant au droit de la commande publique plutôt qu'à deux contrats dont l'un soumis à ce corpus formaliste. Pour éviter les contournements frauduleux, la simple volonté des parties ne suffit pas, il est exigé que la justification soit objective⁸⁵, ce qui, une subjectivité chassant l'autre, est en réalité une façon détournée d'exiger qu'elle soit convaincante aux yeux du juge.

Et cela n'est qu'une des multiples difficultés rencontrées lorsque l'on cherche à qualifier un contrat de sponsoring passé par une entité sportive. Elles ne sont pas sans conséquence car selon

⁷⁹ Cons. n°8 et n°11, Dir. 2014/24/UE. – Adde : CJUE, 29 oct. 2009, C-536/07, § 61, Rec. 2009 I-10355 ; AJDA 2010, p.257, obs. M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat ; Europe 2010, Comm. n°27, p.27, obs. M. Meister.

⁸⁰ V. G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ. 1969, préf. D. Tallon. – P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8^e éd., 2019, spéc. n°32 à 35.

⁸¹ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « *A la recherche de l'objet principal du contrat* », CMP n°3, 2015, repère 3.

⁸² CJCE, 19 avr. 1994, C-331/92, § 26, Rec. 1994 I-01329. – CJUE, 29 oct. 2009, C-536/07, préc., § 57, 58 et 61. – CE, ass., 10 juin 1994, n°141633. – CE, 3 juin 2009, n°311798.

⁸³ Sur le plan quantitatif un accessoire lors de la conclusion du contrat pourrait donc devenir principal au cours de son exécution.

⁸⁴ CJCE 21 févr. 2008, C-412-04, §49, Rec. 2008 I-00619. – Fiche DAJ, *Contrats de la commande publique et autres* (www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/contrats-cp-et-autres-contrats-2019.pdf).

⁸⁵ CJUE, 22 déc. 2010, C-215/09, §39, Rec. 2010 I-13749, AJDA 2011, n°5, p.274, obs. M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat ; Europe 2011, Comm. n°2, p.29, obs. D. Simon.

sa catégorisation, le contrat sera ou non soumis à un régime juridique dont on doit mesurer l'adéquation concrète.

II – Inadéquation du régime de la commande publique aux contrats de sponsoring sportif

Dès lors qu'une entité sportive de droit privé est considérée comme pouvoir adjudicateur, elle doit, comme une personne de droit public, respecter l'ensemble des dispositions du CCP pour ses achats de fournitures, services et travaux.

Au-delà du fait qu'une entité privée peut revêtir la qualité de pouvoir adjudicateur une année et la perdre l'année suivante, à raison par exemple d'un subventionnement public moins important ou d'une recette commerciale extraordinaire, il faut souligner que ce régime très particulier de mise en concurrence, malgré les dérogations qui en aménagent parfois le formalisme, n'est pas adapté aux spécificités du contrat de sponsoring. À certains égards, il en est même antithétique. On ne doit pas en effet se laisser abuser par les principes de mise en concurrence et de publicité qui peuvent paraître conformes aux intérêts d'un parrainé soucieux d'attirer et de mettre en compétition un maximum de prétendants afin de valoriser à l'encan ses droits de notoriété. La *mise* en concurrence organisée par le CCP, n'est pas la *libre* concurrence. C'est une véritable procédure, formaliste par principe, rigide à certains égards et, de ce fait, pas nécessairement performante d'un point de vue économique. Elle l'est d'autant moins qu'elle n'est pas organisée pour atteindre un objectif purement économique. Elle a pour but la moralisation de l'action administrative et la préservation des deniers publics. Elle peut même servir une politique étatique économique guidée par des choix sociétaux communs (favoriser les PME par exemple). La libre concurrence, objectif très accessoire, n'est pas encore élevée à la hauteur des principes généraux de la commande publique⁸⁶. La logique de marché n'est ainsi pas la logique des marchés publics. Or cette dernière n'est pas adaptée pour les contrats de sponsoring à deux faces que l'on voudrait soumettre au droit de la commande publique.

Il existe certes des régimes dérogatoires considérablement allégés par rapport au droit commun de la commande publique mais, parmi ces régimes, un seul voit son application envisageable au profit de rares entités sportives. Trop peu pour conclure à l'adéquation du droit de la commande publique dans son ensemble aux impératifs des contrats de sponsoring.

A – Régime de droit commun

En fonction notamment de seuils, établis règlementairement mais conformément aux prescriptions européennes, le pouvoir adjudicateur doit passer son marché soit sans publicité ni mise en concurrence préalables ; soit selon une procédure adaptée ; soit selon l'une des procédures formalisées définies au CCP : appels d'offres, procédure avec négociation, dialogue compétitif. En tout état de cause, il devra se conformer aux principes généraux des marchés publics : liberté d'accès aux procédures de commande publique, égalité de traitement, transparence.

Les différentes déclinaisons de ces principes, variant en fonction du degré de formalisme de la procédure applicable, impliquent pour beaucoup des exigences difficiles, voire impossibles à satisfaire s'agissant de la conclusion d'un contrat de sponsoring sportif.

La logique de la commande publique suppose par exemple une mise en concurrence établie selon des critères de transparence et de publicité inadéquats aux contrats de sponsoring. Elle

⁸⁶ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Précis Domat, 6^e éd.2018, n°976.

soumet par ailleurs la détermination du contenu contractuel proposé à des contraintes rédactionnelles bien trop lourdes pour optimiser l'opération.

1) Contraintes liées au principe de transparence

La mise en concurrence telle que l'entend le CCP oblige notamment l'acheteur à définir préalablement ses besoins et à informer les potentiels soumissionnaires des critères de comparaison qu'il appliquera pour choisir entre les diverses offres.

Détermination préalable des besoins. – Selon l'article L.2111-1 du CCP « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation »⁸⁷. Plus largement, le montant de la dépense publique doit être connu à l'avance ne serait-ce que pour déclencher la mise en application d'une des procédures fixées par le CCP. Cette chronologie n'est pas adaptée pour les contrats de sponsoring passés par les instances sportives.

Avant la conclusion du contrat, le parrainé ne pense pas à ses besoins en travaux, fournitures ou services mais aux recettes qu'il espère tirer de ses droits de notoriété. Il n'y a que si le candidat au parrainage lui propose de payer son « prix » au moyen de prestations en nature que la question de la satisfaction de ses besoins se posera. Les besoins peuvent naître des moyens proposés. La négociation doit donc s'engager avant que les besoins puissent se déterminer. La chronologie est inversée. Certes, l'article R.2111-1 du CCP prévoit que l'acheteur public puisse, afin de préparer la passation d'un marché, « effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences », mais cette consultation le dévoilerait à ses propres concurrents et aurait pour effet indésirable de faciliter une entente entre les candidats au parrainage. Surtout, le risque de fausser la concurrence entre les soumissionnaires si l'un a participé à la consultation préalable, alors que les autres non, est trop grand et pourrait avoir pour effet d'exclure de la procédure de passation le candidat le plus sérieux.

Il est fréquent par ailleurs qu'un organisateur d'évènement sportif ignore les détails des besoins qu'il aura à satisfaire pour son organisation avant que les premières étapes de celle-ci ne se mettent en place. Il sait évidemment qu'il lui faut des financements mais c'est en fonction de ces financements qu'il construira son évènement et que ses besoins s'établiront, à la hausse ou à la baisse par rapport à l'ébauche de son projet. Pour cette raison encore qui tient à l'économie principale de l'opération de sponsoring, la chronologie imposée par le CCP n'est pas adéquate, et, malheureusement, les formules correctrices de l'accord-cadre ou du marché public à tranches ne sont pas techniquement incorporables dans une convention de sponsoring.

Enfin, l'impossibilité pour le parrainé de déterminer par avance ses besoins a comme conséquence qu'il ne connaît pas leur valeur globale, difficile à calculer quand le contrat de sponsoring mêle « vente » et « achat » pour le pouvoir adjudicateur, et qu'il ne dispose donc pas des critères lui permettant d'opter entre les différentes procédures de passation de marché prévues par le CCP.

Publicité des critères d'attribution. – Qu'elle soit imposée au titre des principes généraux ou dans le cadre de la procédure formalisée spécialement applicable, l'exigence de publicité présente quelques défauts qui la rendent impraticable pour les contrats de sponsoring. En effet, si la publicité obligatoire implique de rendre publics à l'avance les critères d'attribution du marché et leur éventuelle hiérarchisation, leur connaissance par les différents candidats soumissionnaires avant le dépôt de leur offre peut inciter chez eux des comportements d'entente. Le paradoxe est connu et avait déjà été noté par le Conseil de la concurrence⁸⁸ : la transparence a parfois des effets négatifs sur la concurrence.

⁸⁷ N. Ricci, « La définition préalable des besoins : une étape clé conditionnant l'efficacité du processus d'achat », Contrats publics n°165, 2016, p.24.

⁸⁸ Cons. conc., avis n°97-A-11, 5 mars 1997. – Cons. conc., avis n°00-A-25, 20 nov. 2000.

De manière générale, « *les procédures trop formalistes entraînent une fâcheuse polarisation sur la sécurité juridique, aux dépens, parfois, de la performance économique* »⁸⁹. Appliquée aux contrats de sponsoring à deux faces, les mises en concurrence, les appels d'offres, facilitent certes la comparaison mais c'est au prix d'une absence de négociation⁹⁰. Or la négociation est le sel d'une relation contractuelle d'affaires profitable et équilibrée⁹¹. Et les éventuels deniers publics n'ont rien à perdre quand on obtient mieux et moins cher en négociant plutôt qu'en comparant. En outre, toute procédure formaliste se traduit par des délais ponctuant de manière obligatoire les opérations et qui dans certains cas s'avèrent trop longs, dans d'autres trop courts, en tous les cas trop rigides quand il faut pouvoir réagir à un environnement économique mondialisé très volatile et adapter le contenu de son contrat.

2) Contraintes sur le contenu du contrat

Règles d'allotissement. – L'article L.2113-1 du CCP pose comme principe que l'acheteur public « Procède à l'allotissement des prestations objet du marché », les marchés publics devant ainsi être « passés en lots séparés »⁹².

Le monde du sport et singulièrement les fédérations sportives et leurs ligues professionnelles ont l'habitude de l'allotissement. Elles le pratiquent en matière de droits audiovisuels dans la mesure où les autorités de concurrence, celles de l'UE comme l'autorité française⁹³, ainsi désormais que le Code du sport⁹⁴, conditionnent la validité de toute cession centralisée au respect d'un processus transparent et non discriminatoire d'attribution par lots⁹⁵.

Elles en connaissent justement les avantages et les inconvénients. Or, si s'agissant des droits audiovisuels, la structure du marché des opérateurs commande un allotissement parce qu'il aboutit généralement à une augmentation des revenus⁹⁶, il n'en va pas nécessairement de même avec les marchés des annonceurs généralistes, ni même avec celui des équipementiers sportifs. L'allotissement est en réalité contreproductif pour la conclusion d'un contrat de sponsoring et même radicalement incompatible. Au soutien de cette affirmation, plusieurs arguments peuvent être mobilisés.

Le premier est que le parrainé n'est quasiment jamais en situation de déterminer à l'avance ses besoins et donc de les allouer dans le cadre de contrats où par définition il est aussi « vendeur » de notoriété.

Le deuxième est que ce n'est qu'en fonction des offres qu'on lui fera qu'il pourra mesurer la valeur de ses droits de notoriété et l'utilité ou non d'une éventuelle décomposition en différentes

⁸⁹ L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 11^e éd., 2019, spéc. n°877.

⁹⁰ Ex. : Selon l'article L.2124-2 du CCP, « L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ».

⁹¹ La notion de « négociations » dans le cadre de la commande publique ne se caractérise pas comme en droit privé par l'idée de liberté. Bien au contraire, la négociation ne s'applique dans les marchés publics que restrictivement et tout recours à une procédure négociée doit être expressément motivé (A. Cabannes et A. Gesta, « *Négociation dans les marchés publics* », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fasc. 63-10. – R. Ducloyer, « *Commande publique et modalités de négociation* », J.-Cl. Contrats et marchés publics, fasc. 63-11.

⁹² Art. L.2113-10, CCP.

⁹³ Cons. conc., déc. n°03-MC-01, 23 janv. 2003, Comm. com. électr., avr. 2003, n°31, obs. G.Decocq ; Bull. avis et déc. Cons. conc., Lamy, juill. 2003, n°911, note F. Rizzo. – Comm. CE, déc. n° 2003/778/CE, *Vente centralisée des droits commerciaux sur la Ligue des champions de l'UEFA*, 23 juill. 2003, JOUE 8 nov. 2003, n° L. 291, p.25.

⁹⁴ Art. R.333-3, C. sport.

⁹⁵ F. Buy, J.-M. Marmayou, D. Poracchia et F. Rizzo, *Droit du sport*, Manuel, LGDJ, 6 éd. 2020, spéc. n°1461. – F. RIZZO, « *Les droits d'exploitation audiovisuelle des manifestations ou compétitions sportives* », Dr. et patr. 2005, n°139, p.69.

⁹⁶ Il suffit cela dit qu'un seul lot ne soit pas exécuté pour remettre en question l'attribution de tous les autres et donc le succès de l'allotissement (ex: affaire Médiapro).

exclusivités sectorielles. Comment peut-il savoir à l'avance par exemple que l'offre que lui ferait une banque, cumulée à celle d'une compagnie d'assurance, sera ou non plus intéressante que la proposition globale que pourrait lui adresser une société de bancassurance agissant dans les deux secteurs et désireuse d'une exclusivité pour le tout ? Peut-il même prévoir que la moindre banque se positionnera pour être seule à communiquer avec les droits du parrainé dans le secteur des services bancaires ? Il se peut qu'un candidat présente une offre globale plus intéressante que la somme d'offres alloties non seulement car la valorisation des prestations en nature aura été diminuée mais encore parce que la valeur du numéraire accordé aura été élevée. C'est finalement le rapport entre les deux qui compte lorsque le contrat en cause n'est pas un « achat unilatéral » mais un « contrat d'échanges ». Pour les contrats de sponsoring, l'allotissement ne définira pas les marchés ; ce sont les marchés, s'ils réagissent, qui définiront les lots. Seule la négociation de gré à gré permet donc une optimisation de l'opération de sponsoring.

Le troisième argument est que l'allotissement dans un contrat de parrainage peut avoir le défaut d'augmenter les charges du parrainé dans la mesure où il devra développer des stratégies de *co-branding* avec une multitude d'annonceurs ce qui fera exploser ses coûts de création et de design, ses coûts d'affichage, ses coûts de communication, etc. Il devra au demeurant tenir compte de tous les contrats et de la division des droits pour organiser sa propre communication et la coordonner avec celles de ses parrains.

Enfin, il peut arriver qu'un allotissement ait un effet anticoncurrentiel dans une opération de parrainage surtout si les différentes catégories alloties ne correspondent pas à l'objet de l'opération et ne combinent pas les exclusivités sectorielles accordées avec la volonté de chaque parrain alloti de lutter contre l'ambush marketing.

L'allotissement présente donc des défauts importants lorsqu'il s'applique au sponsoring car son bénéfice économique est compliqué à calculer au regard des échanges réciproques de valeurs. Bien sûr, le CCP prévoit justement qu'il soit possible de déroger à son exigence d'allotissement si sont remplies soit les conditions de l'article L.2171-1 (marchés globaux particuliers) soit celles de l'article L.2113-11 (motifs techniques). Mais pourquoi imposer un principe à des contrats qui, lorsqu'ils ne sont pas artificiels, devraient par leur économie générale rester en dehors du droit de la commande publique ? Exiger systématiquement des parrainés, sous le plein contrôle du juge administratif⁹⁷, qu'ils énoncent « les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de [leur] décision » de ne pas allotir nous paraît inutilement coûteux.

Pré-rédaction. – Même si le CCP est plutôt libéral quant au contenu des contrats de la commande publique, certaines des exigences qu'il pose seraient trop contraignantes appliquées aux contrats de sponsoring. Par exemple, les prescriptions de l'article L.2112-2 selon lequel « Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet », de même que celles des articles R.2112-8 et suivants régissant les clauses relatives au prix ne conviennent pas aux contrats de sponsoring dont l'objet même implique du sur-mesure et beaucoup plus d'adaptabilité. Surtout, les articles L.2194-1 et suivants enferment les possibilités de modifications par avenant en cours d'exécution du contrat par des conditions tellement serrées que l'adaptation du contrat aux modifications de son environnement serait quasiment impossible sans le respect d'une nouvelle procédure formaliste de passation de marché. L'exécution réactive d'un contrat de sponsoring ne saurait paisiblement se couler dans ce genre d'étreinte, qui ne se desserre vraiment que dans de trop rares situations dérogatoires.

B – Les régimes dérogatoires

Le CCP prévoit dans sa *Partie 2* consacrée aux marchés publics un *Livre premier* posant les règles générales des procédures de droit commun de préparation et d'exécution des marchés

⁹⁷ CE, 27 oct. 2001, n°350935, BJCP 2012, n°80, p.9, concl. N. Boulouis.

publics d'achat. Les livres qui suivent détaillent les règles propres aux procédures spéciales de certains marchés publics (partenariats, marchés de défense et de sécurité, maîtrises d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre privée) dont le cinquième concerne ce que l'on dénomme « les autres marchés publics ». Ces règles spécifiques du *Livre 5* sont tenues pour être non seulement dérogatoires mais surtout beaucoup plus souples que les règles issues des dispositions générales. Elles le seraient tellement d'ailleurs que ces marchés ont longtemps été désignés sous l'appellation de « marchés exclus » du droit de la commande publique. Parmi ces marchés, il en est une catégorie dont on peut légitimement se demander si elle concerne, pour quelques contrats, certaines des instances du sport français : c'est la catégorie des marchés publics conclus en application de règles internationales. On verra cependant qu'elle n'est en réalité pas préservée des exigences les plus inadéquates de la commande publique.

1) La soumission à une organisation internationale

Les dispositions en cause à ce titre sont les articles L.2512-1 et L.2512-2 du CCP qui établissent les règles propres aux marchés publics conclus en application de règles internationales. Aux termes du premier sont soumis à des règles dérogatoires « les marchés publics qui doivent être conclus selon des procédures prévues par : 1° Un accord international ou un arrangement administratif, relatif au stationnement de troupes ; 2° Un accord international ou un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etats tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux, des fournitures ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ; 3° Une organisation internationale ». Aux termes du second, profitent de la même dérogation les marchés qui sont conclus « 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ; 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale ».

Les deux dispositions relèvent d'une transposition conforme de l'article 9 de la Directive du 26 février 2014 et l'on doit s'interroger quant à leur application aux instances sportives françaises intégrées dans une hiérarchie associative internationale. Le CNOSF, le CPSF, le COJO Paris 2024 s'agissant de la pyramide du mouvement olympique ; les fédérations sportives agréées et délégataires s'agissant de la pyramide du mouvement fédéral. En effet, lorsque ces entités passent des contrats de sponsoring à deux faces, il n'est pas impossible qu'elles doivent tenir compte de prescriptions édictées et imposées par le CIO, le comité international paralympique (IPC) ou leur fédération sportive internationale, au titre de leur pouvoir normatif hiérarchique pour la régulation de ressources marketing, de droits de notoriété et de compétences d'organisation. On songe particulièrement aux répartitions opérées entre le CNOSF, le COJO Paris 2024 et le CIO dans le cadre du contrat de Ville-hôte et de ses annexes (accord sur le programme de marketing conjoint, accord sur le plan de marketing, accord de licence CNOSF/COJO, etc.). On songe encore plus précisément à ces stipulations du contrat de Ville-hôte restreignant la liberté contractuelle du COJO qui doit privilégier les partenaires commerciaux du CIO dont le souci est de leur garantir les exclusivités internationales chèrement acquises⁹⁸. Ces prescriptions sont difficilement conciliables avec les exigences communes du droit de la commande publique car on voit mal comment un appel d'offres pourrait stipuler que la meilleure des offres ne sera retenue qu'à la condition qu'aucun partenaire du CIO ne se manifeste. La logique de mise en concurrence des marchés publics ne peut supporter ce genre de droit préférentiel⁹⁹.

⁹⁸ Art. MPS 01, p.54 du Contrat de Ville hôte – Conditions opérationnelles, déc. 2016.

⁹⁹ L'exception du droit exclusif de l'article L.2512-4, CCP n'est pas applicable dans la mesure où le droit exclusif doit naître d'une « disposition légalement prise ».

A supposer donc que les contrats de sponsoring passés par le COJO soient des marchés publics, il faudrait leur accorder un régime dérogatoire. Mais pour cela, il faudrait considérer, et c'est tout le problème, que l'entité française proposant ses droits de notoriété dans un contrat de sponsoring à deux faces obéisse à une procédure prévue par une organisation internationale ou convenue avec elle. Ce qui revient à se demander si le CIO et plus largement les fédérations sportives internationales peuvent ou non être qualifiés d'organisations internationales au sens du droit de la commande publique.

Les secours textuels pour répondre à cette question sont rares. Le CCP est silencieux. Il n'impose pas que l'organisation internationale dispose de la personnalité juridique de droit international public, autrement dit qu'elle soit interétatique. Il ne permet pas non plus de manière expresse qu'elle puisse être de droit privé et par conséquent non-gouvernementale. Dans sa partie normative, la Directive européenne paraît tout aussi silencieuse. Reste que l'environnement de ses dispositions et les logiques qui les sous-tendent laissent penser que la dérogation au droit de la commande publique qu'elle emporte est justifiée non par le caractère international de la pression mais justement par son caractère interétatique. Ainsi, lorsque la directive parle de règles internationales, elle fait référence à des « instruments juridiques créant des obligations de droit international », à un « accord international », à une « institution financière internationale », autrement dit à des notions où la normativité est issue d'une source interétatique et cela nous paraît devoir colorer la notion d'organisation internationale qui ne saurait être autre que gouvernementale. Le sentiment se confirme à la lecture du considérant 22 de ladite Directive qui indique que « La présente directive ayant les États membres comme destinataires, elle ne s'applique pas aux marchés passés par des organisations internationales en leur nom et pour leur propre compte ».

La Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie signalait en 2016, avant la promulgation du code mais déjà sous l'empire de la Directive actuelle, qu'il convenait de faire attention que « *Les organisations internationales, dont la base juridique est un accord international, se distinguent des organisations non gouvernementales dont la base juridique est un acte de droit interne. Les contrats passés par ou avec des ONG demeurent, en conséquence, régis par les dispositions de l'ordonnance* »¹⁰⁰. Une telle analyse était légitime car quand une organisation supra étatique comme l'UE évoque une « organisation internationale » sans précision, elle ne pense certainement pas aux organisations non-gouvernementales : elle pense à ses semblables.

La jurisprudence contentieuse du Conseil d'État n'est pas significative dans la mesure où le seul cas traité par lui ne laissait aucun doute sur la qualité intergouvernementale de l'entité en cause¹⁰¹ et que, par conséquent, il est possible d'affirmer que la question ne lui a jamais été réellement posée¹⁰². En revanche, dans sa section administrative, le Conseil d'État a eu justement l'occasion de donner son avis, resté confidentiel, sur le cas du CIO dans sa relation avec le COJO Paris 2024¹⁰³ pour dire qu'il devait « être considéré comme une organisation internationale au sens et pour l'application du code de la commande publique ». Pour les conseillers du Gouvernement ni l'article 9 de la directive du 26 février 2014, ni l'article L.2512-2 du CCP qui en assure la transposition « n'exigent que l'organisation internationale à laquelle ils s'appliquent présente un caractère intergouvernemental ou interétatique ». *Ubi lex non distinguit...*

¹⁰⁰ Fiche DAJ, *Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics* (www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/champs-application/exclusions-article-14-2016.pdf).

¹⁰¹ CE, 5 févr. 2018, n°414846 (Centre national d'études spatiales – CNES).

¹⁰² La remarque vaut pour les TA (TA Strasbourg, ord. réf., 22 juin 2007, n° 0702786, Aéroport de Bâle-Mulhouse) et les CAA (CAA Nancy, 14 nov. 2018, n° 18NC02750 (EU-Lisa)).

¹⁰³ CE, avis n°397961, 2 juill. 2019, relatif aux contrats de partenariat marketing conclus par le Comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques (NOR : ECOX1916375X).

C'est une interprétation particulièrement dynamique de la notion et il n'est pas complètement certain que la CJUE l'adopte. Il n'est pas non plus exclu qu'elle la retienne, d'autant que le statut du CIO est suffisamment original pour en faire un « *sujet partiel de droit international* » selon l'expression de Franck Latty¹⁰⁴. En effet, si le CIO est une association de droit suisse dotée de la personnalité juridique, il est reconnu par le Conseil fédéral suisse¹⁰⁵, ce qui le rapproche de la Croix rouge. Et s'il n'a pas la personnalité juridique internationale, que seule une convention internationale pourrait lui conférer¹⁰⁶, il n'en a pas moins obtenu, en 2009, le statut d'observateur permanent auprès des Nations unies ce qu'a relevé le Conseil d'État dans son avis de même que la reconnaissance par l'État français de sa qualité d'organisation internationale non gouvernementale¹⁰⁷. Reste que ni la CJUE ni le Conseil d'État n'ont établi une liste de critères impératifs pour la reconnaissance de la qualité d'organisation internationale au sens du droit de la commande publique. C'est regrettable car on ne sait pas si une telle étiquette peut être étendue ou non aux fédérations sportives internationales qui ne bénéficient pas d'un statut onusien identique à celui du CIO. Devra-t-on par exemple tenir compte des conditions posées par la Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales du 24 avril 1986 ?¹⁰⁸ Celle-ci en effet a le mérite de qualifier d'ONG, les associations, fondations et autres institutions privées remplissant les conditions suivantes : « a) avoir un but non lucratif d'utilité internationale ; b) avoir été créées par un acte relevant du droit interne d'une Partie ; c) exercer une activité effective dans au moins deux États ; et d) avoir leur siège statutaire sur le territoire d'une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette Partie ou d'une autre Partie ». Encore faudra-t-il cependant s'entendre sur la notion, malheureusement indéfinie, de « but non lucratif d'utilité internationale » dont on ne sait trop s'il peut être caractérisé au titre des activités des fédérations sportives internationales¹⁰⁹.

Sans vider ce débat, il nous paraît en tout état de cause indispensable d'immuniser les contrats de sponsoring passés par les instances sportives des lourdeurs du droit commun de la commande publique, soit en les excluant de son champ d'application soit en leur faisant *a minima* profiter du régime dérogatoire du Titre II, du Livre 5, de la deuxième partie du CCP.

2) Le contenu du régime dérogatoire

À premier vue, le régime dérogatoire propre aux autres marchés publics n'a rien d'absolument incompatible avec les impératifs des contrats de sponsoring sportif. Bien au contraire puisque les quelques règles que l'on y trouve sont, soit celles du droit civil, soit sont analogues aux règles de droit commun des affaires. Les prescriptions relatives aux délais de paiement (art. L.2192-10 à L.2192-14, CCP) ne sortent pas de l'ordinaire. Il n'y a rien non plus de choquant à ce qu'un contrat de sponsoring contienne une stipulation indiquant que les parties auront recours à un tiers conciliateur ou un médiateur dans les conditions fixées par les dispositions

¹⁰⁴ F. Latty, *Le CIO et le droit international*, Montchrestien, coll. « Perspectives internationales », 2001. – F. Latty, « *Les nouveaux modes de coopération dans le domaine du sport, révélateurs d'une privatisation du droit international public* », in *L'émergence de la société civile internationale, Vers la privatisation du droit international ?* (dir. H. Gherari et S. Szurek), CEDIN Paris X, Cah. internat. n°18, Paris, Pédone, 2003, p.301. – F. Latty, « *Le statut juridique du Comité international olympique – brève incursion dans les lois de la physique juridique* », in *Droit et olympisme – Contribution à l'étude juridique d'un phénomène transnational* (dir. M. Maisonneuve), PUAM, 2015, p. 15.

¹⁰⁵ Accord n°0.192.122.415.1 entre le Conseil fédéral suisse et le CIO (RO 2001 845. – www.admin.ch).

¹⁰⁶ F. Latty, *articles précités.* – D.-J. Ettinger, « *The legal status of the International olympic committee* », Pace Yearbook of International Law 1992 (4 Pace Y.B. Int'l L. 97).

¹⁰⁷ Art. 81, L. n°2017-1775, 28 déc. 2017.

¹⁰⁸ Signée par la France le 4 juill. 1996, ratifiée le 21 nov. 1999 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000 au titre du Décret portant publication, n°2000-266, 17 mars 2000.

¹⁰⁹ Sur le sujet, V. : F. Latty, « *La gestion internationale du football, un service public international ?* », in *Droit(s) du football* (dir. M. Touzeil-Divina et M. Maisonneuve), Epitoge éd. 2014, p.21.

du Code de procédure civile (art. L.2521-4, CCP). Les règles relatives au règlement amiable des différends sont d'ailleurs d'autant moins incompatibles qu'elles sont supplétives. S'agissant par ailleurs des règles de sous-traitance, le CCP opère par renvoi vers la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 dont tous les privatistes connaissent le moindre des détails. Enfin, l'article L.2521-3 du CCP donne à l'acheteur la faculté de résilier son marché public dérogatoire lorsqu'il est conclu sous le vêtement d'un contrat de droit privé « dans les conditions prévues par le Code civil ». Autrement dit, il paraît pouvoir être tiré un profit non négligeable de la catégorisation des contrats de sponsoring à deux faces dans ce tiroir clairement à part des « autres marchés publics ».

Mais les apparences sont trompeuses. La difficulté vient en réalité du fait que les principes généraux de la commande publique sont applicables malgré tout à ces marchés dérogatoires qui ne peuvent plus être considérés comme « exclus » de la commande publique¹¹⁰. En effet, on sait depuis un arrêt du Conseil d'État du 5 février 2018¹¹¹, dont la substance a été consacrée par l'article L.3 du CCP, que les marchés publics conclus en application de règles internationales sont « *soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle* » et que pour assurer le respect de ces principes « *l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats* ». Il en résulte « *qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné* ».

Or, on l'a vu, ces principes généraux, même dans leur forme allégée, ne conviennent ni à la logique des contrats de sponsoring à deux faces ni à la chronologie de leur conclusion.

Les contrats de sponsoring à deux faces passés par les instances sportives françaises méritent d'être traités pour ce qu'ils sont vraiment : des contrats de financement et non pas des contrats d'acquisition ; des contrats de droit privé et non pas des contrats de la commande publique.

¹¹⁰ S. Nicinski, *Droit public des affaires*, préc., spéc. n°964 et s. – L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, préc., spéc. n°857 et s.

¹¹¹ CE, 5 févr. 2018, n°414846, *CNES*, Lebon, T. ; BJCP n°118, p.143, concl. O. Henrard ; AJDA 2018, p.252 ; JCPA 2018, 2317, note F. Linditch ; CMP 2018, comm. n°78, note M. Ubaud-Bergeron.