



GUIDE DE L'ACHAT PUBLIC DE PRESTATIONS DE COMMUNICATION

GRUPE D'ETUDE DES MARCHES DE PRESTATIONS DE COMMUNICATION

Version 1.0 - Décembre 2015

DIRECTION
DES AFFAIRES JURIDIQUES



**LE PILOTAGE DES GROUPES D'ÉTUDE DES MARCHÉS EST ASSURÉ PAR
LE SERVICE DES ACHATS DE L'ÉTAT**



Table des matières

| | |
|---|----|
| INTRODUCTION..... | 4 |
| I DÉFINIR AVEC PRÉCISION L’OBJET ET LE PÉRIMÈTRE DES PRESTATIONS – SE POSER LES BONNES QUESTIONS. | 6 |
| I.1 Connaître les métiers pour bien cibler l’offre attendue des professionnels de la communication | 6 |
| I.2 Définir précisément les besoins du service : construire le « brief »..... | 9 |
| I.3 Réfléchir à l’organisation de la consultation et au choix des critères de sélection.. | 10 |
| II BIEN CHOISIR SA PROCÉDURE ET LA FORME DU MARCHÉ..... | 11 |
| II.1 Certaines procédures sont plus adéquates que d'autres..... | 11 |
| II.2 Incidences des différentes formes de marchés et conditions d'efficacité..... | 22 |
| III RÉDIGER DES DOCUMENTS EN COHÉRENCE AVEC LES CHOIX EFFECTUÉS 28 | |
| III.1 Aide au choix du cahier des clauses administratives générales (CCAG) et droits de propriété intellectuelle..... | 28 |
| III.2 Aide à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) | 37 |
| III.3 Aide à la rédaction du cahier des clauses administratives particulières (CCAP)..... | 37 |
| IV ASSURER LA TRANSPARENCE DES OBJECTIFS ET DES DÉCISIONS..... | 47 |
| IV.1 Conseils pour la sélection des candidatures | 47 |
| IV.2 Conseils pour la sélection des offres | 48 |
| IV.3 Conseils pour l’information des candidats non retenus | 49 |
| V VEILLER À L’EFFICACITÉ GLOBALE..... | 50 |
| V.1 Le pilotage..... | 50 |
| V.2 L’évaluation | 51 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 53 |
| GLOSSAIRE..... | 56 |

ANNEXES à utiliser dans le cadre d’un marché à bons de commande¹ »

Exemple de **CCTP** (Cahier des Clauses Techniques Particulières)

Exemple de **BPU** (Bordereau des Prix Unitaires)

¹ Marché passé pour des types de prestations dont la personne publique pourra avoir besoin mais sans savoir a priori si elle aura besoin de tout.

AVERTISSEMENT

Le présent guide a été rédigé sur la base des textes en vigueur en 2015, et notamment du Code des marchés publics.

INTRODUCTION

Les prestations dites de communication couvrent un spectre extrêmement large de nature de prestations et de catégories de prestataires.

Pour simplifier, ce qui caractérise la notion de prestation de communication, c'est le besoin exprimé, à un moment donné, par un **prescripteur, de mettre en œuvre avec un prestataire extérieur des actions qui visent à **ECOUTER, PARLER, ECHANGER, INTERAGIR** ou **GERER UNE CRISE** avec une ou plusieurs catégories de public identifiées.**

ECOUTER : études et sondages, cartographies en ligne et hors ligne, revues de presse et analyses d'opinion.

PARLER : émission sous toutes ses formes, à savoir : édition papier ou digitale (rapports annuels, cartes de vœux, brochures, dépliants, etc.), campagnes publicitaires en ligne et hors ligne (presse, radio, TV, affichage, web), publipostage électronique, relations presse ou relations publiques, etc.

INTERAGIR : communication interactive, communication sur les réseaux sociaux, communication de fidélisation et gestion de la relation client (CRM : Customer Relationship Management), etc.

GERER UNE SITUATION DE CRISE : prévention et gestion de crise, mise en place de scénarii organisationnels et d'éléments de langage jusqu'à l'entraînement à la communication, etc...

Qu'est-ce qu'un acheteur public de prestation de communication ?

L'acheteur public achète, le plus souvent, pour le compte d'une collectivité publique appelée « **pouvoir adjudicateur** » (au sens du code des marchés publics).

Idéalement, l'acheteur public prend en compte la dimension économique de l'achat et s'appuie sur les compétences d'un **prescripteur** chargé de communication. En tant qu'expert des marchés publics, il doit être en mesure de choisir la procédure de mise en concurrence et la forme de marché la plus adaptée pour répondre au mieux aux besoins de communication exprimés.

Couramment et idéalement, la procédure d'achat est organisée et instruite par un binôme chargé de communication et expert marchés. Mais souvent, dans les petites structures, l'acheteur est un chargé de communication ou un collaborateur chargé des procédures de marchés publics.

Les parties II et III de ce guide s'adressent ainsi plus particulièrement aux acheteurs d'un **pouvoir adjudicateur** assujetti au code des marchés. Mais l'acheteur public peut tout aussi bien travailler pour une entité adjudicatrice, ou encore être soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 bénéficiant alors d'un cadre réglementaire différent.

Qu'est-ce qu'un prestataire de communication ?

C'est une entreprise capable de répondre aux besoins d'un **pouvoir adjudicateur** en matière de communication et qui intervient dans un ou plusieurs des grands domaines suivants : conseil stratégique, maîtrise d'œuvre de programmes de communication, média, marque, marketing, numérique, éditorial, production graphique ou audiovisuelle, relations presse et relations publiques, influence, gestion de crise, médias sociaux, marketing direct, relation client ou usager, e-réputation...

Les acheteurs publics de prestations de communication attendent avant tout : une bonne compréhension du besoin décrit dans le dossier de consultation. Ils souhaitent obtenir des réponses pertinentes, claires, adaptées et personnalisées. Ils attendent aussi des plannings précis et des annexes financières détaillées. Ils cherchent à trouver l'offre « la mieux disante », autrement dit « le juste prix pour répondre au juste besoin ».

Les professionnels de la communication attendent avant tout : une définition claire, précise et détaillée du besoin en communication, avec une hiérarchisation des objectifs et une estimation des moyens qui peuvent y être alloués. Ils attendent également des étapes et des critères de sélection précis en adéquation avec les objectifs de la consultation. Ils attendent, dans la formalisation de la consultation, que soit bien prise en considération la valeur économique (en temps homme et en production) que représente la constitution d'une offre.

Les développements qui suivent ont pour objectif, notamment, d'aider à la mise en place de consultations qui permettent de satisfaire les attentes des deux parties.

La satisfaction de ces attentes est le gage du bon déroulement de la consultation et de l'obtention, *in fine*, d'une prestation adaptée et pertinente.

I DÉFINIR AVEC PRÉCISION L'OBJET ET LE PÉRIMÈTRE DES PRESTATIONS – SE POSER LES BONNES QUESTIONS.

L'acheteur public doit tenir compte des contraintes liées à la réglementation des marchés publics et aux règles applicables aux différents types de procédures. Par exemple, l'appel d'offres ouvert ne permet pas de négocier tandis que la prestation de communication nécessite souvent un échange important entre le prestataire et l'acheteur.

ZOOM Appel d'offres ouvert

C'est pourquoi, dans le cadre de l'appel d'offres ouvert, il est impératif de très précisément définir les besoins du **pouvoir adjudicateur** en amont.

A ce stade, l'administration devra s'interroger sur ses besoins immédiats (campagne sur Internet par exemple) et ses besoins à plus long terme (possibilité de décliner la campagne Internet en une campagne télévisuelle). La définition précise des besoins de l'administration permet de garantir une clause de cession des droits de tiers bien dimensionnée (Cf. III-I).

Un travail étroit entre le **prescripteur** (directeur ou chargé de la communication) et l'acheteur est nécessaire, l'objectif étant de recevoir des offres comparables, pour sélectionner la meilleure prestation possible au juste prix.

L'acheteur public doit savoir quels types de prestations il peut recevoir pour bien définir son besoin et construire le « **brief** ».

I.1 Connaître les métiers pour bien cibler l'offre attendue des professionnels de la communication

I.1.1 Présentation de la segmentation des activités des professionnels de la communication

I.1.1.1 Les agences de communication

Pour simplifier, on peut retrouver les grandes catégories de prestataires suivantes :

Les agences généralistes : ce sont des chefs d'orchestre/ensemblers qui proposent d'abord ce qui s'appelle du **conseil stratégique**, c'est-à-dire qui élaborent ce qui leur semble être le meilleur chemin pour obtenir les résultats attendus et ceci quelles que soient les techniques. Le premier livrable est celui d'une recommandation stratégique sur les meilleurs moyens, les meilleures combinaisons, les meilleurs effets de levier, les meilleurs messages à actionner pour toucher les publics et agir sur eux en fonction des contraintes budgétaires et organisationnelles. Cette prestation correspond à du temps/hommes de consultants de haut niveau.

Ces agences sont multiformes. Il peut y avoir de petites agences spécialisées sur des types de problématiques particulières ou des agences de grande taille capables de traiter toutes les problématiques. Certaines agences ne produisent que du conseil, d'autres maîtrisent également toute la chaîne de production, des actions jusqu'aux campagnes de publicité.

Les agences spécialisées par technique : ce sont des **spécialistes de la mise en œuvre des techniques** : agence de relations presse, agence de Customer Relationship Management (CRM : gestion de la relation client), agence de design, agence de communication événementielle, agence interactive, agence digitale, agence d'édition, etc.

Quand on sélectionne ce type d'agence dans une consultation, c'est que l'on considère que sa spécialité sera majoritaire dans la mise en œuvre des actions pour atteindre les objectifs. Tout type d'agence est susceptible d'apporter aujourd'hui un conseil en communication global par-delà la technique qu'elle maîtrise en majeur.

Le statut de « généraliste » ou de « spécialiste », ne détermine pas la taille. Certaines agences spécialisées peuvent compter plus de 200 collaborateurs (notamment sur la publicité, l'éditorial, le digital), alors même que des agences généralistes peuvent ne compter qu'une vingtaine de collaborateurs.

Ce que le **donneur d'ordre** doit bien prendre en compte aujourd'hui, c'est qu'avec le développement du digital en particulier, toutes les techniques ont tendance à se combiner, se chevaucher. Les frontières sont extrêmement poreuses.

I.1.1.2 *Les agences média*

Les agences médias accompagnent les **annonceurs** dans la conception et la mise en place de l'ensemble de la stratégie des moyens au service de la cohérence et de l'efficacité de la communication.

Elles suivent et analysent les parcours de consommation et d'achat des consommateurs ainsi que tous leurs points de contacts avec les médias et tous les messages de l'annonceur.

Elles réalisent la stratégie médias, le **médiaplanning**, l'achat d'espace.

Au-delà des grands médias, leur domaine d'origine, les agences médias diversifient leurs activités et proposent une palette complète et sophistiquée de techniques de communication notamment digitales, de services et d'outils liés à d'autres vecteurs de communication ou à l'utilisation « non conventionnelle » des médias classiques qui peuvent être intégrés à la stratégie des moyens. Elles peuvent ainsi apporter une recommandation plus complète par rapport aux objectifs spécifiques de chacun, soit directement avec leurs propres équipes, soit au travers de leurs filiales ou de partenariats conclus avec des sociétés spécialisées.

I.1.2 Bien cibler l'offre des professionnels pour recevoir des offres comparables et garantir la qualité de l'exécution

I.1.2.1 *L'étendue des prestations proposées par les agences implique différents intervenants (partenaires et / ou sous-traitants) dans l'exécution de la prestation de communication.*

Pour différents besoins, de montants suffisamment conséquents, il est judicieux de définir des segmentations d'activité dès que c'est envisageable pour le cas échéant prévoir un allotissement.

En effet, les prestations des agences couvrent un spectre très large qui les amène de manière régulière et structurelle à mobiliser de multiples professionnels spécialisés en coordonnant différents corps de métier. Elles peuvent ainsi collaborer entre elles et/ou faire appel à des indépendants travaillant ou non en « **free-lance** », ou des prestataires comme par exemple des photographes, illustrateurs, stylistes, mannequins, réalisateurs, concepteurs rédacteurs, directeurs artistiques, consultants indépendants spécialisés ou autres fournisseurs (photographeurs, imprimeurs, développeurs spécialisés sur le digital ou le web, agences photos, téléopérateurs, gestionnaires de bases de données, etc.).

Cela leur permet d'adapter au mieux leur charge de travail et de s'associer des savoir-faire qu'elles n'auraient pas en interne. Cette relation entre l'agence et les partenaires et / ou sous-traitants (autre agence ou « **free-lance** ») se matérialise par un contrat sur l'exécution de la prestation de service et éventuellement une cession des droits de propriété intellectuelle lorsqu'elle est nécessaire.

L'agence titulaire du marché sera l'interlocuteur de l'acheteur public. C'est à elle de garantir que la prestation correspond à l'offre qu'elle a faite, même si elle est réalisée par des sous-traitants.

I.1.2.2 *Savoir ce que les agences facturent pour construire un BPU (Bordereau des Prix Unitaires) en concordance avec la prestation attendue dans l'objectif d'obtenir la meilleure comparaison possible des offres et in fine de réaliser le meilleur achat*

Le modèle économique des agences spécialisées ou généralistes répond aux mêmes équilibres. Les agences sont des entreprises de services qui vendent principalement de la prestation intellectuelle. De fait, l'élaboration de leur **devis** se fait le plus souvent en temps/homme passé. Ce temps/homme correspond à trois grands temps de travail :

- **du temps de conseil** (élaborer les stratégies, les plans d'action, c'est du temps « d'ingénierie ») ;
- **du temps de production** (rédaction, création, production des outils) ;
- **du temps de relation commerciale** (le temps passé avec le client pour le suivi des actions, y compris la gestion des prestataires, le suivi des budgets et des délais).

Dans les libellés des offres financières ou dans les **BPU**, le **donneur d'ordre** peut prendre en compte ces trois temps, le temps commercial étant par exemple souvent intégré dans les deux autres temps (conseil et réalisation).

A titre d'exemple, quand le **donneur d'ordre** demande le prix d'une brochure, il demande souvent un prix de création et un prix de réalisation. L'imputation du temps de suivi commercial n'étant pas précisé, les agences vont intégrer la valorisation de ce temps soit dans la création soit dans la production. Ceci amène parfois à des écarts significatifs apparents et complique donc les comparaisons quand le champ couvert est imprécis et n'est pas identique.

Au-delà du temps passé, le **BPU** doit par ailleurs prendre en compte les autres composantes du prix telles que la réalisation des supports de communication et la cession des droits de propriété intellectuelle de tiers (**achat d'art**).

Un éventuel manque de définition de ce qui est compris dans le prix occasionne un risque de déperdition de la qualité de la prestation. Ce manque peut alors induire une augmentation du budget de l'opération et le recours à un avenant.

Il appartient au prestataire de prévoir l'ensemble de ses coûts au moment de la rédaction de son offre et d'apporter les précisions utiles, au titre de son obligation de conseil, dans le cas où le **cahier des charges** n'est pas suffisamment précis selon lui.

Il conviendra donc de bien distinguer ce qui est du ressort des honoraires de l'agence (les honoraires permettent de couvrir les temps passés par les équipes et de rémunérer les idées) et les frais techniques (qui recouvrent les achats techniques faits par l'agence à l'extérieur pour fabriquer les campagnes, des sites, des supports d'édition...). Les agences, dans la plupart des cas, prévoient une commission sur les frais techniques pour couvrir les temps de sélection et de gestion administrative de ces prestataires.

I.2 Définir précisément les besoins du service : construire le « brief »

I.2.1.1 *La clé de la réussite réside dans la qualité de l'expression du besoin, dans la définition des finalités de l'action, des objectifs et des publics cibles.*

Zoom : Le facteur temps

Les meilleures actions de communication sont celles qui s'inscrivent dans la durée. Il faut par exemple plusieurs années pour faire évoluer des comportements. L'efficacité est souvent le résultat de la cohérence et de la détermination dans des programmes pensés sur le long terme. Le **donneur d'ordre** doit, autant que possible, clairement indiquer dans quelle fenêtre temporelle s'inscrit la demande de prestation. Même si la durée du marché est par exemple d'un an, il est intéressant d'informer le prestataire sur l'historique des actions de communication ainsi que sur la stratégie à 3 ans.

I.2.1.2 *Bien définir en amont la finalité de l'action. A titre d'exemples :*

- faire connaître un programme ou une mesure ;
- faire changer des comportements ;
- générer de nouveaux usages, inciter à l'acte ;
- créer de la notoriété, faire évoluer l'image ;
- générer de la préférence ;
- rendre compte d'actions menées ;
- chercher de l'adhésion et générer des énergies participatives ;
- fêter des succès ou gérer des échecs et des crises ;
- anticiper et préparer les aspects communication liés aux crises ;
- recruter des clients, des adhérents, des militants, des adeptes ;
- créer les conditions d'acceptation de nouvelles mesures ;
- inscrire une cause dans l'agenda social et médiatique.

Pour chacun de ces objectifs, toutes les techniques de communication peuvent être légitimes, seules ou combinées. Cette première classification peut permettre au **donneur d'ordre** de préciser l'expression de son besoin par rapport à des finalités tangibles, à priori mesurables et permettre ainsi au prestataire d'avoir une compréhension plus claire de ce qui est en jeu dans la consultation.

Compte tenu des enjeux d'organisation, la détermination des prestations de communication, doit partir d'une vision stratégique. Elle se traduit par la définition d'un ou plusieurs objectif(s) et de publics cibles.

I.2.1.3 *Hiérarchiser les objectifs*

S'il y a plusieurs objectifs, le **donneur d'ordre** doit s'efforcer de les hiérarchiser. Cette hiérarchisation est primordiale pour permettre aux prestataires d'identifier les priorités et de rechercher les meilleurs moyens pour les atteindre.

Mélanger dix objectifs différents sans hiérarchie aboutit à des réponses disparates, diluées et souvent décevantes.

De même, il faut rechercher les objectifs quantifiables et/ou mesurables.

I.2.1.4 *Les publics cibles*

La détermination des publics cibles passe par la bonne compréhension du problème à résoudre par la communication et des objectifs qui sont assignés au programme ainsi que des attentes, habitudes et comportements des publics concernés.

Connaître ses cibles permet de définir les bons messages en fonction des objectifs à atteindre, et donc des meilleures actions de communication à élaborer pour chaque cible.

L'organisation peut souhaiter s'adresser à des publics très différents. La cible peut être large (le grand public) ou très précise (un secteur professionnel, un groupe socioculturel,...)

Il convient, par ailleurs, dans toute action de communication, de hiérarchiser et déterminer ses cibles :

- définir la **cible principale** (les individus ou groupes d'individus les plus importants à toucher).
- définir les **cibles secondaires** (le grand public ?).
- définir les relais d'opinions (journalistes, blogueurs, ...).

Enfin, un public cible peut également être défini en fonction de différents critères clés :

- démographique : dans quelle(s) tranche(s) d'âge se situe-t-il ?
- géographique : où se situe-t-il ?
- socioprofessionnel : sa profession est-elle en accord avec le contenu de la communication ?
- comportemental : quelles sont ses attentes, ses besoins, ses objectifs, ses connaissances...?

I.3 Réfléchir à l'organisation de la consultation et au choix des critères de sélection :

Zoom : avant de lancer la consultation, quelques points sont à approfondir :

- Quelles sont les **contraintes** en matière de réglementation ou de délai ?
- Faut-il demander des **maquettes** ? Dans l'affirmative, il faudra prévoir un critère pour apprécier cette restitution ;
- Faut-il **indemniser** les offres non retenues ? Il faut tenir compte de l'impact économique des compétitions sur les agences (cf. II ci-dessous : II.1.1.5).
- Evaluer avec précision les **délais de réponse** nécessaires aux candidats ;
- Pour départager les agences, éviter les travaux excessifs.

I.3.1 Deux étapes de sélection vont être retenues :

- **Une étape liée aux candidatures** (niveaux de capacité juridique, professionnelle, technique et financière),
- **Une étape liée aux offres avec une analyse multicritères** (réponse aux besoins de la personne publique).

I.3.2 Pour déterminer les critères liés aux offres et la pondération de chaque sous-critère :

Il faut s'interroger sur la place faite à la créativité. La notion de créativité sera-t-elle contractualisée (par la réalisation d'une maquette par exemple), ou au contraire une marge de manœuvre et de réflexion sera-t-elle laissée à un certain stade du marché à l'entreprise de communication ?

Les priorités de la consultation sont la créativité et l'efficacité. Il faut essayer d'éviter de tomber dans l'obsession du quantifiable et dans la surpondération du critère prix en particulier.

La peur des recours entraîne une tentation de « rationalisation » des critères au résultat assez arbitraire alors que le travail est subjectif. Il faut être le plus précis possible et utiliser les termes précis qui renvoient au métier (cf. glossaire en annexe).

Les critères seront d'autant mieux adaptés que le besoin aura été bien défini en essayant de préciser au maximum les résultats escomptés. Les critères de notation doivent permettre d'apprécier l'offre par rapport aux véritables résultats attendus, et ils ne doivent pas être discriminants pour les petites agences. L'agence bâtit son offre en fonction de la pondération des critères. Si la stratégie globale de communication est importante, elle doit représenter un pourcentage élevé de l'appréciation.

Zoom : annoncer à titre indicatif le budget estimatif de l'opération

Les conditions des marchés n'obligent pas à faire apparaître dans l'appel d'offres les montants budgétaires prévus pour la prestation.

Cette information est pourtant essentielle pour le soumissionnaire, les moyens disponibles étant une composante de la stratégie.

- y-a-t-il par exemple la possibilité budgétaire d'acheter de l'espace publicitaire ou pas ?
- de faire appel à des photographes ou mannequins pour des images, etc... ?

Sans indication des moyens budgétaires, les réponses peuvent être très disparates, difficilement comparables et surtout le plus souvent irréalisables parce que hors budget.

II BIEN CHOISIR SA PROCÉDURE ET LA FORME DU MARCHÉ.

II.1 Certaines procédures sont plus adéquates que d'autres.

II.1.1 Généralités.

D'une manière générale, le mode de passation est lié aux seuils de procédure fixés par l'article 26 du CMP. Ils sont révisés tous les deux ans.

II.1.1.1 Un marché pour quels besoins ?

La pratique quotidienne des services de communication reflète deux logiques différentes souvent opposées :

- soit passer un marché pour une opération de communication unique et connue, (dit marché "spécifique") ;
- soit passer un marché pour un ensemble de prestations dont la personne publique peut avoir besoin mais sans savoir a priori si elle aura besoin de tout, **marché à bons de commande** (cf. annexes 1 et 2) **ou accord cadre**.

Dans le premier cas, le résultat de la mise en concurrence est la réponse à un **cahier des charges** le plus complet possible, normatif, mentionnant un calendrier prévisionnel de réalisation des prestations et le cas échéant, une enveloppe financière déterminée.

Il est ainsi possible de faire jouer pleinement le potentiel des agences et d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans cette hypothèse, l'acheteur peut également recourir à l'article 68 du code des marchés publics qui permet de bénéficier d'une souplesse certaine pour la réalisation d'une opération de communication découpée en **phases** temporelles et lorsque les marchés sont conclus après un **dialogue compétitif** ou une **procédure négociée**.

Zoom - Phases dans les marchés de prestations intellectuelles

Scinder en **phases** certaines prestations intellectuelles peut être opportun, si la certitude qu'elles seront réalisées en totalité n'est pas acquise.

Cette possibilité est prévue à l'article 20 du Cahier des Clauses Administratives Générales relatives aux Prestations Intellectuelles (**CCAG-PI**)

Lorsque les prestations sont scindées en plusieurs **phases** techniques, l'arrêt de leur exécution à l'issue de chacune des **phases** peut être décidé par la personne publique soit de sa propre initiative, soit à la demande du titulaire, aux deux conditions suivantes :

- le marché prévoit expressément cette possibilité,
- et chacune de ces **phases** est assortie d'un montant.

La décision d'arrêter l'exécution des prestations ne donne lieu à aucune indemnité, sauf stipulation différente du marché. L'arrêt de l'exécution de l'étude entraîne la résiliation du marché.

L'inconvénient majeur de cette approche par opération réside dans le lancement d'une consultation spécifique qui exige le temps nécessaire pour mener à bien la procédure de passation.

Dans le second cas, il s'agit de passer :

- soit un marché à bons de commande mono-attributaire,
- soit un accord-cadre mono ou multi-attributaires exécuté également, la plupart du temps, par bons de commande dans le cadre de **marchés subséquents**.

Dans cette hypothèse où le détail des besoins n'est pas connu, l'objectif est d'anticiper de futures opérations comprenant un ensemble de prestations faisant l'objet de prix unitaires.

Ce type de marché présente la difficulté de l'élaboration du *cahier des clauses techniques particulières* (**CCTP**) et du *bordereau des prix unitaires* (**BPU**). Des exemples de ces documents sont donc proposés en annexe.

La forfaitisation **des prix unitaires** doit se faire sur des bases claires ne devant pas donner lieu ultérieurement à des interprétations divergentes ou à des contestations avec les agences.

Par exemple : demander un **prix forfaitaire** pour la réalisation d'un spot publicitaire TV de 15 secondes sans autre précision n'a pas de sens. La déclinaison précise des prestations attendues est nécessaire.

Le choix du réalisateur, le nombre de comédiens, le lieu du tournage, les frais techniques, sont des variables susceptibles d'avoir un fort impact sur le prix réel de la prestation. Cependant, pour les marchés à BPU il est souvent difficile d'avoir ce niveau de précision.

Il est essentiel que l'acheteur public apprécie avec réalisme la faisabilité de son marché avant son lancement. Il ne doit pas chercher à couvrir tous les besoins si ceux-ci se révèlent impossibles à définir. En outre, l'ouverture d'un marché à des prestations de nature différente, par exemple à des prestations d'édition, de vidéo ou d'Internet, implique normalement d'allotir (cf. II.1.1.3).

II.1.1.2 L'urgence dans les marchés de communication.

Référence :

- Fiche de la DAJ des ministères économiques et financiers sur « l'urgence dans les marchés publics » (Cf. bibliographie p. 60)

Il y a lieu de distinguer l'urgence simple de l'urgence impérieuse (Cf. CMP).

L'urgence simple permet de réduire les délais de consultation. Elle ne se conçoit que si les délais normaux de réception des candidatures et des offres sont impossibles à respecter.

Comme le code le précise, elle ne saurait résulter du fait de l'acheteur public qui doit être en mesure de motiver ses raisons et sa nature **extérieures**. Toutefois, dans le domaine de la communication, les calendriers de réalisation souvent tendus ou tardifs ne sont pas recevables. De même, la décision d'une autorité politique de communiquer ne peut valoir, à elle seule, pour son service d'achat, urgence de passer un marché.

L'urgence simple ne s'applique qu'à l'appel d'offres restreint et à la **procédure négociée.**

L'exemple type est un acheteur public qui mène une opération de communication destinée à venir en aide aux victimes d'une catastrophe naturelle.

L'urgence impérieuse se définit comme résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur public et n'étant pas de son fait. Elle permet de passer un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence, lorsqu'est devenu impossible le respect des délais normaux ou des délais d'urgence simple applicables aux différentes procédures de passation.

En pratique, l'acheteur se trouve confronté à un cas de force majeure, c'est-à-dire à devoir faire face à un événement imprévisible, irrésistible et extérieur.

Ces circonstances exceptionnelles imposent l'action immédiate et il est souvent trop tard pour passer un marché de communication.

Les procédures d'urgence dans les marchés publics doivent être utilisées à bon escient. Elles ne peuvent être utilisées pour pallier les carences des services achats.

En règle générale l'élaboration d'un plan de communication et du budget correspondant est une nécessité. Leur mise en œuvre passe, très en amont, par le lancement des marchés nécessaires.

Une politique d'achat des prestations de communication réussie se juge à la disponibilité des supports juridiques nécessaires pour mener les actions dans les délais impartis, y compris dans le domaine de la gestion de crise quand c'est la vocation du service.

II.1.1.3 L'allotissement

Afin de susciter la plus large concurrence, le CMP affirme le principe de l'allotissement des prestations. Le découpage en **lots** doit tenir compte de la nature des prestations et de la structure du secteur économique.

Il est toutefois possible de passer un marché global si la situation nécessite ce choix. Il peut s'agir de raisons techniques, financières ou de difficultés pour l'acheteur à assurer, par lui-même, les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Les marchés à bons de commande devraient, dans la plupart des cas, être allotés, car il est rare qu'un titulaire puisse assurer par lui-même toutes les prestations prévues dans le **cahier des charges**.

Références :

- Article 10 et 112 à 117 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point "7.1.1. L'allotissement et le marché unique". (Cf. bibliographie p.60)

II.1.1.4 *Les modes de passation en matière de marché de communication.*

D'une façon plus générale, bien distinguer entre les procédures ouvertes et les procédures restreintes (terme employé dans l'ordonnance 2005-649) est fondamental.

Il faut privilégier :

- **en appel d'offres, les procédures restreintes** lorsque la remise d'une offre représente un travail important pour les agences, ce qui correspond d'ailleurs à la majeure partie des marchés de communication en évitant notamment de demander à trop d'agences un travail important;
- **les procédures négociées**, lorsque la réglementation le permet.

En matière de marché de communication, privilégier le dialogue avec les candidats. On peut les auditionner, sous réserve de respecter l'égalité de traitement entre les candidats, ce qui permet d'apprécier la pertinence du choix de l'agence et la qualité de son offre. Il s'agit d'une nécessité largement admise aussi bien par les agences que par les acheteurs publics.

II.1.1.5 *Le versement d'une prime.*

La participation des entreprises candidates à un appel public à la concurrence peut comporter pour celles-ci un coût important. Il n'y a généralement qu'un seul candidat retenu par consultation et les autres concurrents doivent supporter cette charge en pure perte. L'analyse de nombreuses offres peut aussi représenter un coût important d'analyse des dossiers pour le service acheteur.

Le choix d'un mode de passation adapté et le versement d'une prime peuvent inciter les agences de communication à répondre à une consultation.

Son montant doit être fixé de manière réaliste. La procédure de **dialogue compétitif** prévoit ce versement. Dans les autres cas, il est possible d'y recourir selon l'article 49 du Code des marchés publics.

II.1.2 Les procédures de consultation conseillées.

Les enchères inversées ne sont pas à pratiquer dans le domaine des prestations de communication car ce ne sont pas des fournitures ni des services courants.

II.1.2.1 *La procédure adaptée (MAPA): les conditions de son efficacité.*

Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de **procédure formalisée** définis à l'article 26 du Code des marchés publics (Cf. II.1.1), les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une **procédure adaptée**.

L'acheteur public peut s'inspirer des **procédures formalisées pour sa procédure adaptée**. Bien qu'elle rendrait plus sûre la passation, elle ne présente guère d'intérêt dans le domaine de la communication où l'exigence de dialogue et de négociation avec les agences est réelle.

L'acheteur public a plutôt intérêt à organiser sa consultation comme une **procédure négociée**. Il doit prévoir les modalités pratiques de cette négociation et non se contenter d'indiquer qu'il s'agit d'une simple éventualité. L'avis de publicité doit annoncer clairement ce recours à la négociation.

D'un point de vue « métier », cette possibilité de négociation est à exploiter pleinement, mais à condition de bien maîtriser les contraintes juridiques (et notamment le strict respect de l'égalité dans le traitement des candidatures) liées à cette procédure.

Les risques liés à une **procédure adaptée** peuvent porter sur :

- une mauvaise définition du périmètre du marché entraînant *a posteriori* un franchissement de seuil de publicité et de seuil de passation ;
- un **cahier des charges** inabouti ne permettant pas aux candidats de présenter une offre précise ;
- le choix d'un mauvais support de publication ;
- un règlement de la consultation incomplet en matière de critères de choix ou de notation ;
- une mauvaise maîtrise des règles de la négociation conduisant, par exemple, à une rupture d'égalité de traitement entre les candidats.

Non inéluctables, ces risques ne doivent pas conduire à écarter d'emblée cette procédure de passation qui permet, si elle est bien menée, de réaliser un véritable acte d'achat avec toute sa dimension économique.

Références :

- Article 28 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. (Cf. bibliographie p.60)

II.1.2.2 *Le choix entre un appel d'offres ouvert et un appel d'offres restreint est libre :*

L'appel d'offres se caractérise par le principe de la double intangibilité du **cahier des charges** et des offres.

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Assez rigide, cette procédure n'est pas toujours adaptée aux prestations de communication. En effet, la créativité est souvent l'un des tous premiers critères de choix d'une agence de communication. Or, en pratique, il est souvent difficile de demander aux agences de faire preuve de créativité à la simple lecture d'un **cahier des charges**. Echanger avec les agences lors de « **briefings** » s'avère souvent indispensable dès la phase de mise en concurrence, mais n'est pas permis par l'appel d'offres.

L'appel d'offres restreint permet de réduire le nombre final de participants à une consultation, non pas pour restreindre la concurrence mais, en quelque sorte, pour la stimuler. Il s'agit de permettre aux agences présélectionnées (*short list*) de concourir dans de bonnes conditions.

Quel est le nombre idéal de candidats à retenir pour un appel d'offres restreint ? Le code des marchés publics indique que l'acheteur public peut décider de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Il fixe dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre minimum de candidats. **Le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.**

Afin de limiter le nombre de candidats, il est nécessaire d'en déterminer un nombre maximum. Ce nombre peut être également fixé à cinq. En revanche, si la réponse demandée aux agences n'exige pas une charge de travail trop importante, il est conseillé de porter le maximum à huit, voire davantage si l'acheteur public le juge utile.

Si l'appel d'offres restreint présente certains avantages par rapport à l'appel d'offres ouvert, il présente aussi deux inconvénients :

1 : la procédure est sensiblement plus longue, de l'ordre de quatre ou cinq semaines supplémentaires.

2 : il apparaît toujours délicat de définir des critères pertinents et juridiquement incontestables de sélection des candidatures *En effet, il ne s'agit plus d'éliminer des candidatures manifestement* insuffisantes, mais de retenir les candidatures présentant les meilleures capacités professionnelles, techniques et financières et adaptées à l'objet du marché au regard des critères mentionnés dans l'avis de publicité.

Pour conclure, il est conseillé de réserver l'appel d'offres à des prestations courantes et assez standardisées, ne posant pas de problème particulier d'interprétation et n'imposant pas, de fait, un dialogue ou une négociation.

Références :

- Articles 33 et 60 à 64 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. (Cf. bibliographie p. 60)

II.1.3 Le recours au dialogue compétitif n'est autorisé que lorsque l'acheteur public n'est objectivement pas en mesure :

- de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- et / ou d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Selon la réglementation, le dialogue compétitif est réservé aux marchés complexes tels que, par exemple, la réalisation de campagnes globales de communication.

Toutefois, cette procédure n'est envisageable que lorsque l'acheteur public dispose du temps indispensable pour la mener et de la visibilité minimale de ses besoins pour élaborer un **programme fonctionnel** abouti.

Le **dialogue compétitif** est une procédure par laquelle l'acheteur public conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer. Mener un dialogue avec un grand nombre d'agences n'est pas recommandé. Cette procédure permet de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre aux besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

L'acheteur public doit donc être très vigilant dans le suivi de la procédure et sa traçabilité. Une démarche de gestion de projets et l'établissement de procès-verbaux exhaustifs et structurés des réunions de dialogue avec les candidats est conseillé. La procédure de **dialogue compétitif** exige au moins six mois et parfois même davantage pour être menée à son terme dans de bonnes conditions.

En pratique, un **dialogue compétitif** ne peut être mené que pour un projet spécifique, concret et présentant une complexité à laquelle l'acheteur public ne peut apporter seul une solution.

La participation des agences au dialogue compétitif représente pour celles-ci un travail important et un investissement significatif. En pratique, le versement d'une prime est indispensable dans le cadre de cette procédure.

Son utilisation n'est pas adaptée pour conclure un **marché à bons de commande** ou un accord-cadre, c'est-à-dire pour un ensemble de tâches à venir mais non déterminés au moment de la mise en concurrence.

D'ailleurs, l'intérêt pour l'acheteur est de bénéficier pleinement des dispositions du code des marchés publics en matière d'opération de communication, en associant le **dialogue compétitif** aux **phases** de l'article 68 du code des marchés public.

L'élaboration du programme fonctionnel ou le cas échéant d'un projet partiellement défini, est une étape essentielle à la réussite du dialogue compétitif.

Le **dialogue compétitif** est à privilégier pour des opérations importantes telles que de grandes campagnes de communication multicanaux ou la réalisation de sites Internet techniquement complexes.

Références :

- Articles 36, 67 et 68 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 13. Comment mener un **dialogue compétitif** ?" (Cf. bibliographie p. 60)
- Mémo du Service d'Information du Gouvernement (SIG) sur le **dialogue compétitif** (Cf. bibliographie p. 60)

II.1.4 Le marché négocié, lorsque les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres.

L'article 35-I-2° du code précise que peuvent être négociés, après publicité préalable et mise en concurrence, les marchés et les accords-cadres de services lorsque la prestation à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres.

L'article 68 relatif aux opérations de communication mentionne le cas de marchés passés conformément à la **procédure négociée**, sans préciser davantage les cas de négociation. Il est intéressant d'associer à la **procédure négociée** de l'article 35-I-2° un découpage en **phases** de réalisation qui permet un réexamen des moyens mis en œuvre à la fin de chaque étape. Le recours à la **procédure négociée** de l'article 35-I-2° constitue une délicate question d'interprétation.

Le **dialogue compétitif** et la **procédure négociée** de l'article 35-I-2° semblent être des procédures voisines, nettement adaptées à la problématique des marchés de communication bien qu'assez différentes.

Leur différence fondamentale est la suivante :

- **dans un dialogue compétitif**, les échanges avec les entreprises portent sur l'ensemble des solutions envisageables, sans remise initiale de prestations ou de chiffrage.
- **dans une procédure de marché négocié**, le **cahier des charges** plutôt fonctionnel doit permettre aux entreprises de déposer une offre technique et financière complète conforme au besoin, offre qui sert de base à la négociation.

Sans nul doute, ces deux procédures encadrent l'une et l'autre des opérations complexes.

Le dialogue compétitif est une confrontation de points de vue qui démarre très en amont d'un projet dans le but de développer une ou plusieurs solutions sur la base d'un **programme fonctionnel** ou d'un projet partiellement défini.

La négociation est une discussion plus en aval sur une amorce de **cahier des charges** en vue d'aboutir à un accord sur les conditions d'un marché.

Quand peut-on passer une **procédure négociée** de l'article 35-I-2° ?

Cette procédure est envisageable lorsque les besoins de l'acheteur correctement définis, forment une opération néanmoins complexe à décliner dans le domaine opérationnel, technique et financier.

Ainsi, l'objectif, le message et la cible d'une campagne de communication peuvent être clairement identifiés dans le projet de **cahier des charges**, mais la répartition entre les différents canaux de communication être laissée en suspens afin de permettre aux candidats de faire la proposition la plus efficace en terme de visibilité.

Un appel d'offres même avec l'autorisation de **variantes** ne permet pas de régler cette difficulté. Envisager toutes les possibilités et forfaitiser le prix des prestations qui restent, finalement, à ajuster aux exigences de l'acheteur public est impossible.

Une telle approche est de nature à compliquer la tâche d'élaboration des offres par les candidats et donc de dissuader les concurrents.

La logique d'établissement préalable d'un cahier des charges détaillé liée à l'appel d'offres est inadaptée. Et leur mise au point demanderait une plus grande latitude contractuelle aux parties.

Dans un tel contexte, la négociation avec les agences paraît être une solution pragmatique, autant pour des raisons techniques que par efficacité économique.

On peut considérer, qu'un acheteur public peut employer la **procédure négociée** de l'article 35-I-2° lorsque les conditions ne sont pas remplies pour recourir à un **dialogue compétitif, notamment en matière de délais** et que le résultat de la passation d'un appel d'offres est de nature à se révéler hasardeuse. L'acheteur décide généralement de limiter le nombre de candidats qui seront invités à négocier. Le nombre minimum ne peut être inférieur à trois. Il est également conseillé de fixer un nombre maximum de candidats, qui peut être utilement limité à cinq. Une sélection des candidatures les plus pertinentes est effectuée par l'acheteur public.

Une lettre de consultation envoyée aux candidats sélectionnés est accompagnée du règlement de la consultation et d'un **cahier des charges**.

Le délai de réception des offres, librement fixé par l'acheteur public, doit être assez long pour permettre aux candidats de répondre dans des conditions satisfaisantes. Les offres reçues font l'objet d'une analyse. Les offres inappropriées sont éliminées.

La négociation engagée avec les candidats retenus ne peut porter que sur la satisfaction de l'objet du marché et ne doit pas modifier substantiellement ses caractéristiques et ses conditions d'exécution. Elle est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement et de la confidentialité des solutions proposées par les candidats.

La procédure peut se dérouler en phases successives, si la consultation a prévu cette possibilité. L'acheteur public peut écarter à l'issue de chacune de ces phases, les offres des candidats dont la solution se révèle inadaptée à son besoin en fonction des critères de l'avis de publicité ou du règlement de la consultation. Après analyse des offres finales, le marché est attribué au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Toutes les opérations de communication ne peuvent être passées selon cette procédure, même si la négociation avec les agences présente un grand intérêt. L'appréciation doit se faire au cas par cas.

Le rapport de présentation du marché doit justifier très précisément les raisons du recours à cette procédure. Tout recours abusif à la **procédure négociée** est constitutif d'une irrégularité sanctionnée par le juge.

Dans l'état actuel du droit, la **procédure négociée** demeure dérogatoire et l'appel d'offres reste la procédure de droit commun.

Le recours à la négociation pour l'achat de prestations de communication

D) Les possibilités de recourir à la négociation sont celles que fixe le code des marchés publics (CMP), en dehors de la procédure de dialogue compétitif, bien adaptée aux prestations complexes et traitée par ailleurs au II.1.3 du présent guide, elles sont généralement possibles dans trois cas :

1- Les marchés passés selon une procédure adaptée ou MAPA (art. 28 du CMP).

Les MAPA sont des procédures dont les modalités sont librement fixées par l'acheteur public en fonction de la nature et des caractéristiques des besoins à satisfaire. Elles impliquent d'avoir une définition du besoin la plus précise possible et d'annoncer des critères de choix. Dans le cas contraire, la procédure pourrait se trouver fragilisée par des recours éventuels.

Ces procédures sont utilisables :

- Lorsque le besoin estimé est inférieur aux seuils des procédures formalisées (traitées au II.1.1 du guide). Il conviendra de veiller à ce que les achats passés ainsi séparément ne soient pas susceptibles d'être rattachés à une opération unique, par exemple : intervenants ou média identiques dans le cadre d'une même campagne de communication.

- Sans limitation de seuil, pour les marchés de services prévus par l'article 30 du CMP qui sont définis comme n'appartenant pas aux services listés à l'article 29 qui, eux, sont soumis aux procédures formalisées au-delà des seuils déjà cités.

Pour déterminer si une prestation précise appartient à l'une de ces catégories, il est recommandé de se référer à la nomenclature européenne d'achat public CPV (Common Procurement Vocabulary). Elle est d'utilisation obligatoire pour les avis d'appel public à concurrence publiés au Journal Officiel de l'Union Européenne.²

Par exemple, pour les marchés de communication, les marchés de services suivants mentionnés à l'article 29, ne relèvent pas de la procédure MAPA :

- services d'études de marché et de sondages – (CPV 79300000)
- services de publicité – (CPV 79340000)
- services de publication et d'impression - (CPV 79800000).

D'autres services peuvent cependant être concernés par une opération de communication complexe, tels que les services de communication électronique ou les services informatiques. Il est alors préférable de vérifier leur appartenance éventuelle à la liste de l'article 29 avant de déterminer une procédure.

A noter : Lorsque la prestation envisagée correspond à un ensemble de services, dont certains sont soumis aux procédures formalisées et d'autres ne le sont pas, il convient d'estimer la catégorie de services dont le montant est prépondérant en valeur pour déterminer la procédure.

2- Les marchés négociés après mise en concurrence et publicité.

Le marché négocié peut se combiner avec la forme du marché à phases relatif à des opérations de communication de l'article 68 du CMP. Dans ce dernier, chaque phase de réalisation peut être redéfinie en termes de moyens à employer en fonction des résultats de la phase précédente. Le montant global du marché est défini à l'avance et n'est pas modifié en cours d'exécution. Une campagne de communication récurrente ne relèverait pas de ce type de marché alors qu'une première année de campagne pourrait en relever.

² La nomenclature CPV est consultable sur la page d'accueil « OEAP » de l'espace DAJ/ marchés publics :

La procédure négociée ne dispense pas de conserver un certain formalisme pour maintenir une traçabilité de la procédure suivie : avis de publicité, règlement de consultation, cahier des charges, délais suffisants laissés aux candidats pour faire une proposition. Une fixation préalable, dans l'avis de publicité, du nombre de candidats invités à négocier peut être nécessaire dans le cas de prestations complexes.

3 – Les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

Référence :

Article 35-II du CMP

II) Comment négocier

Le recours à la négociation laisse une grande souplesse de procédure à l'acheteur public mais n'autorise pas tout dans la mesure où cette négociation est menée dans le cadre des principes fondamentaux de la commande publique³.

Des jurisprudences récentes⁴, il ressort que pour sécuriser les marchés, il est conseillé à l'acheteur public d'annoncer dans un règlement de consultation son intention de négocier et les points sur lesquels cette négociation pourra porter ou ne pas porter. Il convient notamment de veiller à ce que la négociation ne modifie pas substantiellement le marché défini dans le cahier des charges. Les critères de choix, annoncés dans le règlement de consultation, seront appliqués lors de la négociation⁵.

La négociation n'est pas non plus un simple marchandage et ne porte pas que sur le prix.

Le recours à la négociation dans le cadre d'un **MAPA** doit être indiqué dans l'avis d'appel à concurrence ou l'appel à candidatures. Pour la négociation en **MAPA** la DAJ recommande de négocier avec tous les candidats sauf si le règlement de consultation prévoit d'en limiter le nombre. La circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics procure des informations utiles pour le déroulement de la négociation. Voir également sur ce point la fiche technique DAJ consacrée aux **MAPA** sur l'espace marché public du site « economie.gouv.fr. »

Références :

- Articles 34, 35, 65 et 66 du Code des marchés publics.
- Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.
- Fiche DAJ sur l'urgence dans les marchés publics (Cf. bibliographie page 60)

³ CE, avis n°246921 du 29 juillet 2002 » société MAJ »

⁴ TA LILLE n°1003008, 5 avril 2011

⁵ CE n°344244 du 27 avril 2011, "Président du Sénat"

II.1.5 L'appel d'offres ouvert, une procédure qui suppose de très bien connaître son besoin.

L'appel d'offres est dit "ouvert" lorsque tout opérateur économique désirant répondre à un appel public à la concurrence peut déposer une offre. Les éléments de la candidature et les éléments de l'offre sont remis simultanément dans le cadre d'une transmission unique.

L'appel d'offres ouvert n'est pas la procédure de passation la plus adaptée au domaine particulier de la communication. À l'inverse de l'effet escompté, il ne permet pas d'obtenir un nombre important de réponses de qualité et de susciter une saine compétition entre les agences.

Les agences se détournent des marchés passés selon ce mode de passation, le rapport entre le coût de participation élevé et les chances de succès réduites, rend l'appel d'offres ouvert peu attractif pour elles.

Les seuls avantages de l'appel d'offres ouvert sont d'être la procédure formalisée la plus rapide et juridiquement la moins critiquable. Il est généralement conseillé pour les cas les plus simples qui ne nécessitent pas la mise en place d'un dispositif de primes. Ce qui serait onéreux pour l'acheteur public.

Références :

- Articles 33 et 57 à 59 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

II.2 Incidences des différentes formes de marchés et conditions d'efficacité.

II.2.1 Le marché à bons de commande (Cf. annexes).

Le marché à bons de commande, procédé très souple, est couramment utilisé par les acheteurs publics. Il peut être mono-attributaire ou, quelquefois, multi-attributaires. Il évite le recours à un avenant en cas de changement dans les quantités.

Par opposition à un marché simple et forfaitaire, le marché à bons de commande fait peser une incertitude sur le volume et la fréquence des commandes. En cas d'incertitude, il est parfois difficile pour les candidats de fixer des **prix unitaires** et d'associer un plan de charge à ce type de marché sauf s'il présente un minimum significatif.

D'un point de vue économique, il est essentiel de bien évaluer ses besoins. Les marchés à bons de commande peuvent être passés sans minimum, ni maximum. Mais, les marchés sans minimum sont à éviter. Ces derniers sont utilisés pour les opérations de maintenance curative, par exemple, lorsque la survenance même du besoin est aléatoire.

L'acheteur public doit atteindre le minimum de commandes sauf à devoir indemniser le titulaire pour la partie non réalisée de l'engagement.

Un candidat détermine ses prix, notamment, en fonction du volume (fourchette) des prestations à exécuter et du calendrier de réalisation de celles-ci. Un marché à bons de commande sans minimum ni maximum est facteur d'incertitude pour son titulaire. Il ne peut pas optimiser son plan de charge et déterminer les moyens humains à mettre en œuvre, pour répondre aux bons de commande.

L'idéal qui consiste à définir une fourchette assez restreinte entre un minimum et un maximum n'est toutefois pas toujours aisé.

La préparation d'un marché à bons de commande doit s'accompagner de:

- **l'élaboration d'un Bordereau des Prix Unitaires (BPU)** (Exemple en annexe)
- **la détermination des délais d'exécution associés à ces prestations.**

Certains marchés évoquent l'établissement de **devis** pour chiffrer les prestations nécessaires à une opération et définir une date de livraison. Il ne peut s'agir que d'un chiffrage des prestations sur la base du **bordereau des prix unitaires** et de l'application des délais contractuels.

A ce stade, une nouvelle négociation est interdite par le code. En revanche, les prix des prestations peuvent être déclinés par niveaux de complexité, à condition que ces derniers, définis de manière objective, ne puissent donner lieu à des interprétations divergentes entre l'acheteur public et le titulaire du marché.

Ceci multiplie les lignes composant le **bordereau des prix unitaires**, mais permet un chiffrage des prestations plus fin et plus réaliste.

Les délais d'exécution doivent normalement figurer dans le **Cahier des Clauses Techniques Particulières, (CCTP)** ou, le cas échéant, dans l'offre du candidat, si le délai est un critère d'attribution de l'offre.

De façon à aider l'acheteur public, un exemple de **bordereau des prix unitaires** et un modèle de **CCTP** sont proposés en annexe.

Dans tous les cas, il demeure souhaitable de conserver une certaine souplesse au dispositif contractuel. S'il est impossible de conclure un marché sur la base unique de coûts par journée-homme, il est généralement admis que le bordereau des prix mentionne accessoirement quelques prix de ce type si cela correspond à un besoin identifié.

Dans le cas de prestations nécessaires mais non précisément définies à l'avance dans le marché, l'utilisation du forfait jour permet de gérer des imprévus mais ne doit pas pouvoir modifier l'économie du marché.

En la matière, tout abus serait sanctionné par le juge. C'est pourquoi, il convient de prévoir une clause de limitation, par exemple, à 5 % du montant du marché.

Références :

- Article 77 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 7.2.1. Les marchés à bons de commande.

II.2.2 Les variantes.

A l'initiative des candidats, les **variantes** constituent des modifications, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation.

Elles permettent aux candidats de proposer à l'acheteur public une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le **cahier des charges** ou plus généralement dans le dossier de consultation, pour effectuer les prestations du marché.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les **variantes** doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Les propositions ne les respectant pas doivent être rejetées.

S'agissant des **procédures formalisées**, les variantes qui ne sont pas expressément autorisées dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation sont interdites. En revanche, les marchés à procédures adaptées, autorisent en principe les **variantes**, sauf si l'acheteur public les a expressément interdites. Les candidats peuvent aussi proposer des **variantes** sans proposer la solution de base.

Certains acheteurs publics ne permettent pas le recours aux **variantes**. Ils préfèrent figer leur **cahier des charges** limitant ainsi l'analyse des offres aux solutions de base. Cette position peut être de nature à limiter l'initiative des candidats en matière de création et d'innovation.

Pour les administrations concernées, acheter des produits ou services innovants est une opportunité pour renforcer leur efficacité et le service public rendu. Il ne s'agit pas de dépenser plus mais de dépenser mieux.

L'achat innovant dans le cadre des marchés publics permet non seulement de faire bénéficier les entreprises concernées du chiffre d'affaires apporté par le marché public, mais aussi de retombées favorisant leur développement puisqu'elles peuvent alors disposer de références utiles pour d'autres marchés, publics et privés.

Références :

- Article 50 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point "4.5. L'utilisation des **variantes**"

II.2.3 Le marché à tranches conditionnelles.

L'acheteur public peut fractionner son marché en **tranches** afin de rendre plus lisible son opération de communication. Le marché comporte alors obligatoirement une **tranche ferme** et une ou plusieurs **tranches conditionnelles**. Suivant l'évolution de l'opération, le projet peut, soit être mené à son terme après affermissement de chacune des **tranches conditionnelles**, soit être arrêté à l'issue de l'une des **tranches**. Le marché peut prévoir une indemnité d'attente ou une indemnité de dédit à verser au titulaire.

Le découpage en **tranches** doit être fonctionnel, c'est-à-dire que chaque tranche doit pouvoir satisfaire aux besoins du marché de manière autonome sans qu'il faille affermir les **tranches** suivantes. Les pièces du marché doivent définir la consistance, le prix ou les modalités de détermination et d'exécution des prestations de chacune des **tranches**.

C'est en cela qu'elles diffèrent des marchés à phases dont les moyens peuvent être réorientés au cours de l'exécution pour réaliser l'objet du marché.

Références :

- Article 72 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point "7.2.4. Les marchés à tranches conditionnelles".

II.2.4 L'accord-cadre.

L'accord-cadre multi-attributaires présente des avantages indéniables sur le marché mono-attributaire, et permet de préciser au niveau des marchés subséquents les besoins de l'acheteur et, à plusieurs titulaires, d'établir des offres créatives et concurrentielles.

Compliqué et long à mettre en œuvre, il ne peut concerner que des opérations d'un montant important. Il n'est pas une procédure de passation : c'est une méthode de référencement d'entreprises possiblement prestataires sur la base d'un cahier des charges initial normatif et évolutif.

II.2.4.1 Qu'est-ce qu'un accord cadre ?

Juridiquement, il n'est pas non plus un marché public, mais un contrat administratif passé en application du code des marchés publics. Il a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer ultérieurement, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Système fermé, il interdit à l'acheteur public de faire entrer de nouvelles entreprises dans le dispositif pendant toute la durée de l'accord.

L'utilisation de l'accord cadre multi attributaires pour la réalisation de prestations de communication ne présente d'intérêt qu'en présence de plusieurs agences remises périodiquement en concurrence pour leur créativité et leurs prix.

L'accord cadre mono attributaire permet d'attribuer des marchés subséquents pour différentes prestations en fonctions des besoins.

Sauf cas exceptionnels, la durée ne peut dépasser quatre ans.

En pratique, il est passé en deux temps :

- D'abord, sa passation, selon l'une des procédures du code des marchés publics, doit permettre une mise en concurrence effective et efficace des prestataires retenus à partir d'un cahier des charges générique mais suffisamment détaillé au regard des règles de la mise en concurrence.
- Ensuite, les marchés subséquents passés sur son fondement, sont le résultat d'une remise en concurrence sur la base d'un cahier des charges décrivant un besoin spécifique tel qu'une opération de communication. Les compléments et les précisions apportés au stade du marché subséquent ne sauraient modifier substantiellement l'économie générale de l'accord-cadre.

L'accord-cadre ne peut se limiter à une définition approximative des besoins.

Il a pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées. Tout comme le marché, l'accord-cadre est un contrat comportant des engagements pour chacune des parties. Il comporte au minimum obligatoirement un objet, une quantité, un prix, un délai des lieux d'exécution ou des conditions financières sans que ces termes soient obligatoirement figés au niveau de l'accord-cadre; Les **marchés subséquents** définissent les modalités d'exécution qui ne figurent pas dans l'accord-cadre.

II.2.4.2 *La passation de l'accord-cadre.*

La concurrence ne joue pleinement que si les besoins font l'objet au moins d'une estimation financière qui chiffre le plus précisément possible les prestations du **cahier des charges**.

Moins ce chiffrage développe cette estimation, plus il coûte cher à l'acheteur public. Des montants minimum et maximum ne sont réglementairement pas obligatoires ; cependant, indiquer un montant minimum réaliste est très fortement conseillé afin d'aider au mieux les candidats à se faire une idée de l'ampleur de ce qui est attendu et à s'organiser en conséquence.

Respecter à tous les stades de la procédure les principes de la commande publique, de la conclusion de l'accord-cadre à l'attribution des **marchés subséquents** est également essentiel.

En cas de multi-attribution, le nombre d'opérateurs économiques admis à présenter une offre doit être au moins égal à trois, sauf si le résultat de la concurrence ne le permet pas. L'accord-cadre est conclu après le lancement d'une des procédures de passation prévues par le code des marchés publics.

En cas d'appel d'offres, la procédure restreinte généralement plus adaptée aux prestations de communication sera privilégiée.

Un accord-cadre peut également être conclu après une **procédure négociée** avec mise en concurrence, notamment à la suite d'un appel d'offres infructueux.

En revanche, s'agissant des prestations de communication, recourir à l'article 35-I-2° autorisant la **procédure négociée** « *lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres* », semble hasardeux. Le juge administratif pourrait y voir un détournement de procédure. En effet, la raison d'être de la négociation étant d'apporter une réponse concrète et précise à un besoin spécifique, son approche se différencie de celle des marchés à bons de commande ou d'opérations de communication diverses et hétérogènes.

Un accord-cadre peut-il être conclu après un **dialogue compétitif** ?

Le recours à cette procédure est possible lorsqu'un marché est considéré comme complexe et que les conditions de l'article 36 du code sont remplies. La position de la commission européenne est plus tranchée : « *Aucune disposition n'interdit explicitement la possibilité de conclure des accords-cadres à l'issue d'un **dialogue compétitif** ; il est cependant difficile d'imaginer des cas où les conditions pour le recours à un dialogue compétitif seraient remplies et où un accord-cadre serait praticable.* »

Le mode de passation de l'accord-cadre détermine en partie les modalités de conclusion des **marchés subséquents**. En effet, il ne peut y avoir de négociation avec les titulaires de l'accord-cadre si celui-ci a été conclu selon une **procédure formalisée**. La négociation n'est possible que si l'accord-cadre a été conclu après une **procédure adaptée** ou une **procédure négociée**.

Selon le code des marchés, si l'accord-cadre ne peut faire l'impasse sur les prix ou les modalités de sa détermination, certains prix peuvent être précisés au moment de la conclusion des **marchés subséquents**. La commission européenne semble encore moins exigeante en matière de prix. Toutefois, l'acheteur a intérêt à veiller à sa sécurité juridique et à se prémunir de tout différend possible avec le comptable public.

II.2.4.3 *L'attribution des marchés subséquents.*

Les **marchés subséquents** précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées par l'accord-cadre. Lors de leur conclusion, les parties ne peuvent apporter de modifications aux termes de l'accord-cadre.

Les **marchés subséquents** conclus soit lors de la survenance des besoins, soit selon la périodicité prévue dans l'accord-cadre sont passés pendant la durée de validité de l'accord-cadre. La souplesse de l'émission successive de bons de commande est généralement nécessaire pour les marchés de communication.

Les règles concernant la durée des accords-cadres et de leurs **marchés subséquents** sont voisines de celles des marchés à bons de commande.

Les titulaires d'un accord-cadre ont l'obligation de répondre aux consultations et de déposer une offre par écrit pendant toute la durée du contrat. L'acheteur a l'obligation de fixer un délai de présentation des offres suffisant et adapté à la complexité de l'opération. Les offres sont présentées selon les règles définies dans l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au **marché subséquent**.

Le **marché subséquent** est attribué au titulaire de l'accord-cadre qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, à partir de critères non discriminatoires et préalablement portés à la connaissance des opérateurs signataires de l'accord-cadre. Ce dernier indiquant généralement que les prix du bordereau sont des prix plafonds, ses titulaires peuvent ainsi proposer des offres à prix inférieurs dans le cadre des **marchés subséquents**.

Références :

- Articles 1, 12 et 76 du Code des marchés publics.
- La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, point "7.2.2. L'accord-cadre".
- La fiche de la DAJ sur les accords-cadres.
- La fiche explicative de la Commission européenne sur les accords-cadres - Directive classique CC/2005/03_rev1 FR du 14.7.2005.

III RÉDIGER DES DOCUMENTS EN COHÉRENCE AVEC LES CHOIX EFFECTUÉS EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

III.1 Aide au choix du cahier des clauses administratives générales (CCAG) et droits de propriété intellectuelle

Au stade de la rédaction des documents du marché, l'acheteur public devra s'intéresser aux droits de propriété intellectuelle attachés à la campagne de communication.

Il est recommandé de prévoir dans le marché, le transfert de propriété de l'ensemble des supports matériels des prestations de communication que l'acheteur public acceptera au fur et à mesure de l'exécution du marché tels que les maquettes, esquisses, etc. réalisées par l'agence.

Les documents particuliers du marché devront également prévoir la cession, au bénéfice de l'acheteur public, des droits de propriété intellectuelle⁶ portant sur les prestations de communication qui lui seront fournies au cours de l'exécution du marché. La cession sera à titre exclusif, à tout le moins pour toutes les créations réalisées spécifiquement dans le cadre du marché et d'une manière générale pour tous les éléments d'identification substantiels ou faisant partie des composantes clés des actions de communication (ex. : identité visuelle, identité sonore, etc.). Dans certains cas cependant, la cession des droits devra être limitée. Tel pourrait être le cas du droit à l'image des mannequins par exemple. (A ce sujet voir également les conseils figurant en introduction de l'exemple de CCTP.)

Les droits de propriété intellectuelle présents dans les prestations de communication sont très nombreux.

Il peut s'agir principalement :

- des droits d'auteur portant sur des textes, photographies, films, musiques, affiches, logos, chartes et éléments graphiques, bases de données, etc. ;
- des droits voisins des droits d'auteur dont sont titulaires les artistes-interprètes, les producteurs de disques (phonogrammes) et de films (vidéogrammes) ;
- des droits de la personnalité tels que voix et image (ex : mannequins).

Certaines des créations livrées à l'acheteur public et couvertes par des droits de propriété intellectuelle sont créées par l'agence, d'autres sont acquises par l'agence auprès de tiers (œuvres de commande ou œuvres préexistantes).

Tel est le cas, lorsque les prestations de communication sont réalisées par des sous-traitants ou des prestataires de l'agence. L'agence devra alors négocier les droits de ces tiers au profit de l'acheteur public. On parle dans ce cas d'**achat d'art** ou de droits des tiers. Pour les développements suivants, nous parlerons de droits des tiers.

⁶ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE : FAQ : Droit d'auteur, droit à l'image à l'ère du numérique : « l'administration et les droits de propriété intellectuelle.

Zoom - achat d'art ou droits des tiers

Le secteur de la communication utilise une terminologie spécifique en distinguant **achat d'art** et droit des tiers.

Dans certains cas, la rémunération qui devra être versée au titre de cette cession des droits sera forfaitaire et définitive, on parle alors d'achat d'art.

Dans d'autres cas, notamment pour ce qui est des droits des artistes interprètes et des mannequins, **une redevance devra être versée au titulaire de droits par année d'exploitation. C'est dans ce cas que la terminologie « droit des tiers » est employée par les praticiens.**

Cette terminologie ne sera pas reprise dans la présente partie. Dans les deux cas, nous parlerons de droits des tiers.

Dans le secteur de la communication, les droits des tiers recouvrent :

- **les droits d'auteur sur les œuvres réalisées par des prestataires de l'agence** qui seront ensuite intégrées dans la prestation de communication (exemple : droits d'auteur sur les photographies ou les musiques) ;
- **les droits d'auteur portant sur des œuvres préexistantes intégrées dans la prestation** de communication livrée par l'agence dans le cadre du marché (exemple : droit d'auteur portant sur une photographie ou une musique préexistante) ;
- **les droits voisins** (droits des acteurs, chanteurs, musiciens, producteurs de phonogrammes et vidéogrammes),
- **les droits de la personnalité** (exemple : droit à l'image des mannequins, voix off)

La cession des droits de tiers ayant un coût, celle-ci devra faire l'objet d'une attention particulière des acheteurs publics.

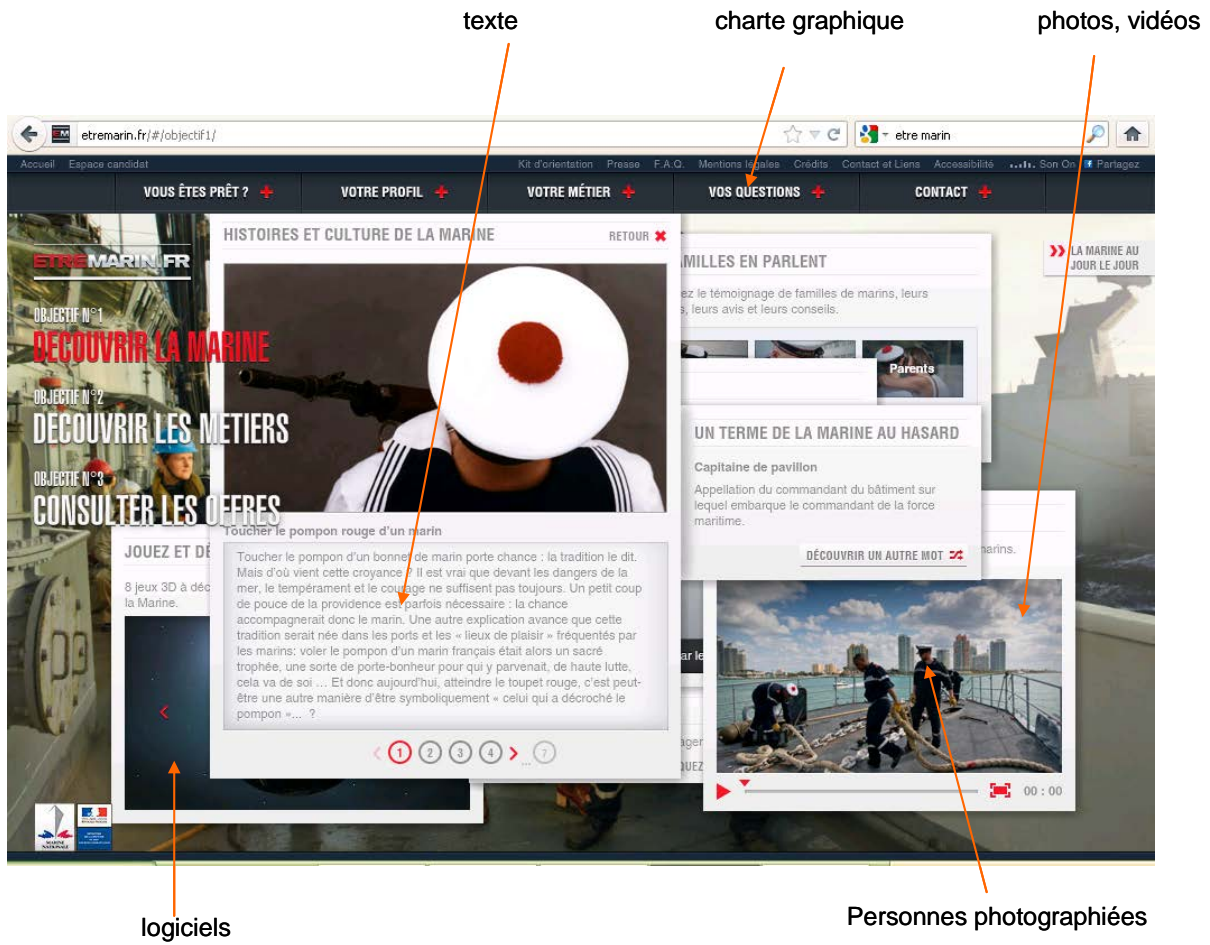
Zoom – marché public et droits de PI

Si la stratégie de l'acheteur public est claire et la définition de ses besoins précise et mature, l'acheteur pourra dans le cadre d'un appel d'offres ouvert anticiper l'étendue de la cession des droits facilement et sans risque.

En revanche, si le besoin n'est pas identifié précisément ou si une marge de manœuvre est laissée à l'agence, il est difficile d'anticiper l'étendue de la cession des droits dans le cadre d'un appel d'offres ouvert.

Dans ce cas, les procédures de **dialogue compétitif** ou de marché négocié seront à privilégier pour garantir la sécurité juridique et plus généralement la réussite du projet.

Exemple : création d'un site Internet par une agence :



Exemple : création d'une affiche :



Les développements ci-après tendent à donner des conseils à l'acheteur public pour traiter au mieux la cession des droits de propriété intellectuelle pour l'exploitation des prestations de communication qu'il a commandées à l'agence.

III.1.1 Lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en jeu, il faut choisir le CCAG PI ou le CCAG TIC.

Pour les marchés liés à la communication, les personnes publiques doivent se référer au CCAG « Prestations Intellectuelles » (CCAG PI) ou au CCAG consacré spécifiquement aux techniques de l'information et de la communication⁷ (CCAG TIC). **En aucun cas, il ne faut se référer au CCAG « Fournitures courantes et services » (CCAG FCS) qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques ayant trait à la propriété intellectuelle.**

Zoom - Quel CCAG choisir ?

Quand le marché comprend la mise en œuvre de logiciels (site Internet⁸ ou application pour téléphone mobile par exemple), il est recommandé de choisir le CCAG TIC.

Ce dernier vise spécifiquement, dans son préambule, la fourniture de logiciels commerciaux, de matériel informatique ou de télécommunication, la réalisation d'études et de mise au point de logiciels spécifiquement conçus et produits pour répondre aux besoins particuliers d'un acheteur public, l'élaboration de systèmes d'information, la réalisation de prestations de maintenance, de tierce maintenance applicative ou d'infogérance.

III.1.1.1 L'option B pour s'assurer de l'exclusivité sur les prestations de communication.

Dans le cadre des marchés de communication, il est recommandé dans la majorité des cas⁹, d'opter **pour l'option B du CCAG PI¹⁰**. Le choix de cette option se justifie par le fait que la personne publique, **pouvoir adjudicateur**, doit être la seule à pouvoir exploiter la campagne de communication.

⁷ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE « [Marchés publics et droits de propriété intellectuelle](#) : mettre en œuvre le CCAG-TIC ».

⁸ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE « [Sites Internet publics et droits de propriété intellectuelle](#) ».

⁹ Compte tenu de la diversité des prestations qui peuvent recevoir la qualification de « marchés de communication », d'autres choix pourront se justifier, Cf. chapitre 1 du présent guide.

¹⁰ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE « Marchés de prestations intellectuelles : les clauses de cession de droits d'auteur dans le CCAG-PI ».

En effet, l'**exclusivité**¹¹ des droits d'exploitation attachés à la campagne **dans son ensemble** est, dans un grand nombre de cas, un élément central du dispositif : l'objet et la nature même de la prestation de communication impliquent alors que l'acheteur public ait l'entière maîtrise du contenu du message et de son utilisation. C'est bien l'image de la personne publique qui est véhiculée par la prestation de communication.

Cette exclusivité doit toutefois être envisagée au regard de la nature des prestations objet du marché et sous réserve du droit des tiers pour lequel cela n'est pas toujours possible (photographies préexistantes, image des mannequins par exemple).

III.1.1.2 *Il faut compléter l'option B dans les documents particuliers du marché*

Le code de la propriété intellectuelle prévoit un formalisme contraignant pour les contrats de droit d'auteur qui est protecteur de l'auteur personne physique.

La Cour de cassation a plusieurs fois affirmé que les dispositions protectrices de l'auteur personne physique ne s'appliquent pas aux rapports entre l'annonceur et l'agence personne morale¹².

L'acheteur public passant dans la majorité des cas le marché de communication avec une agence-personne morale, le formalisme de la cession de droits imposé par le code de la propriété intellectuelle ne s'appliquerait donc pas.

Dans ce cas, la cession des droits peut donc être prouvée par tous moyens (exécution factuelle des prestations, livraison des résultats, etc.). Il est toujours préférable de prévoir dans le marché la cession des droits de propriété intellectuelle (Cf. III.1.2.1). Elle apporte la sécurité juridique nécessaire au bon déroulement des relations entre l'agence et l'acheteur public.

De plus, une attention toute particulière devra être portée à la cession des droits des tiers (cf. III.1.2.2).

L'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE) conseille les administrations dans la rédaction des clauses de propriété intellectuelle. Pour plus d'informations : www.economie.gouv.fr/apie.

III.1.2 Une cession de droits expresse pour compléter l'option B

III.1.2.1 *Une cession pleine et entière des droits portant sur les créations réalisées par l'agence*

Pour apporter la sécurité juridique, l'acheteur public devra réitérer dans les documents particuliers du marché la cession des droits afférents aux prestations de communication réalisées par l'agence.

L'acheteur rappellera que les droits afférents aux éléments créés par l'agence sont cédés pour tout média et tout support, dans tous pays et pour toute la durée de protection des droits. Il est recommandé à l'acheteur public de ne pas limiter dans le marché l'étendue des droits de propriété intellectuelle portant sur les créations réalisées par l'agence.

Le risque, pour l'acheteur public, d'une limitation de la cession serait de devoir payer à nouveau l'agence pour les exploitations exclues de la cession.

¹¹ L'exclusivité prive l'agence de la possibilité d'exploiter ce qui a été réalisé dans le cadre d'une campagne. Seule l'administration peut exploiter la campagne réalisée par l'agence.

¹² Cass. 1ère civ., 13 octobre 1993 : D. 1994, jurisp. P. 166, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1994, p272, obs. A. Françon ; Cass. 1ère civ., 8 décembre 2009, n° 08-18.360 Jurisdata n° 2009-050645, JCPE n°4, 28 janvier 2010 note C. Caron. – V. aussi, Cass.com., 5 nov. 2002 : Comm. Com. électr. 2003, note C. Caron ; Propr. Ind. 20036, comm. 5, note P. Kamina. – Cass. 1ère civ., 8 juin 1999 : Comm. com. électr. note C Caron).

Le prix de la cession des droits est généralement compris dans la rémunération de base versée à l'agence dans le cadre du marché, que l'exploitation de la prestation de l'agence par l'acheteur public soit à titre commercial ou non commercial.

III.1.2.2 Une cession portant sur les droits des tiers (*achat d'art*)

Pour les besoins des développements suivants, l'acquisition de droits des tiers vise l'acquisition des droits d'exploitation sur toutes les œuvres couvertes par des droits de propriété intellectuelle de tiers, à savoir les œuvres préexistantes et les œuvres de commande, mais également les droits voisins aux droits d'auteur (artistes-interprètes, producteur...), les droits de la personnalité (mannequins...).

Dans les **CCAG** PI et TIC, le régime des droits portant sur les droits des tiers relève du régime juridique des connaissances antérieures.

Compte tenu de l'importance des droits des tiers dans les prestations de communication, les dispositions du **CCAG** PI et TIC en matière de connaissances antérieures ne sont pas suffisantes.

Il est dès lors recommandé de définir un régime spécifique dans les documents particuliers qui déroge aux dispositions du **CCAG PI et TIC portant sur les connaissances antérieures.**

Zoom -Comment intégrer les redevances de droit d'auteur sur les œuvres de tiers dans le **BPU ? (cf. exemple de **BPU** en annexe)**

En principe, les redevances de droit d'auteur sont proportionnelles au prix public hors taxes de l'œuvre, cela implique que chaque année l'auteur perçoit un pourcentage sur les ventes de l'œuvre.

Dans les prestations de communication, le prix des cessions de droit d'auteur sur les œuvres de tiers peut être forfaitaire et définitif. En effet, les prestations de communication n'étant pas vendues au public, il n'y a pas d'assiette (prix public) pour calculer une redevance proportionnelle.

Dans ce cas, le Code de la propriété intellectuelle a prévu une dérogation au principe de la rémunération proportionnelle.

Le droit à l'image des mannequins et les droits voisins du droit d'auteur donnent lieu à une rémunération pour chaque année d'exploitation.

Cette rémunération est donc versée périodiquement pendant toute la durée d'exploitation de la prestation de communication. Ce cas spécifique devra également être prévu.

La cession de droits des tiers peut avoir une incidence sur le prix du marché. Lorsque c'est le cas, l'acheteur public peut donc souhaiter limiter l'étendue de la cession dans le marché. S'il décide de recourir à une telle limitation, il sera attentif à la cohérence de la cession avec la définition de ses besoins.

Il est essentiel que l'acheteur public identifie très en amont **ses besoins présents et à venir** au regard de la nature des prestations attendues dans le cadre du marché de communication (Cf. 1^{ère} partie du guide).

Une fois ses besoins clairement identifiés, il pourra décider de rechercher une cession pleine et entière des droits des tiers (III.1.2.3) ou bien considérer qu'une cession limitée des droits des tiers est suffisante (III.1.2.4). Tel pourrait être le cas lorsque des droits de la personnalité sont en jeu ou lorsque la prestation de communication incorpore des œuvres préexistantes (musique, photographies, etc.).

Zoom – Exclusivité et droits des tiers

L'exclusivité sur la cession de droits des tiers ne peut pas être systématique, lorsqu'il s'agit notamment de créations préexistantes à la réalisation de la prestation de communication.

Elle est toutefois vivement conseillée si la cession porte sur une photo, un dessin ou une musique constituant un élément central ou emblématique de la prestation de communication et si l'acheteur public ne souhaite pas qu'un tiers ou le titulaire du marché puisse l'exploiter.

Exemple : spot publicitaire sonorisé par une musique préexistante. La musique de ce spot est centrale, l'acheteur public demande donc l'exclusivité pour toutes les actions publicitaires et de communication, pour la durée envisagée d'exploitation de la campagne, et pour la France (si la campagne n'est pas diffusée sur Internet).

III.1.2.3 Une cession pleine et entière des droits des tiers selon les besoins identifiés par l'acheteur public.

Si l'acheteur public considère, au regard de ses besoins, qu'il est nécessaire d'avoir une cession pleine et entière des droits des tiers pour tout média et tout support, dans tous pays et pour toute la durée de protection des droits, le CCAP devra expressément le prévoir.

Il pourra par exemple s'agir d'éléments destinés à une utilisation pérenne liée à l'activité institutionnelle de la personne publique.

↳ *Exemple : marché ayant pour objet la création d'un logo¹³, d'un slogan ou d'une charte graphique.*

A défaut, l'acheteur peut limiter la cession sur différents éléments, en fonction de ses besoins.

Il est recommandé d'aborder la question des fichiers natifs ou fichiers sources : l'acheteur public doit se demander s'il convient, dans le cadre de la cession des droits, de se les faire remettre, notamment lorsqu'il s'agit d'un logo ou d'une charte graphique que l'acheteur public pourra être amené à décliner ou à faire évoluer.

¹³ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE « [Sécuriser la conception et l'exploitation de son logo](#) ».

III.1.2.4 Ou une délimitation de l'étendue de la cession de droits des tiers

En fonction de la nature des contenus et des besoins de l'acheteur public, la cession pourra être limitée dans différents domaines :

- **le territoire d'exploitation des droits** : France, monde entier.
 - ↳ *Exemple : Pour une campagne d'affichage, le territoire pourra être limité à la France, alors que pour l'exploitation de la même campagne sur Internet, le monde entier devra être visé.*
- **la durée de cession** peut être limitée lorsque l'acheteur public sait que la durée d'exploitation de la campagne est limitée dans le temps en liaison avec l'achat d'espace par exemple.
 - ↳ *Exemple : Si une campagne publicitaire est prévue pour un an, la cession des droits pourra être d'un an. L'acheteur public pourrait décider, du fait de la définition de ses besoins s'il anticipe de nouvelles exploitations de la campagne, d'acquérir les droits pour une durée plus longue.*
- **la destination** de la prestation de communication (supports de diffusion, médias sur lesquels sera exploitée la campagne) devra également être définie en fonction des besoins de l'acheteur.
 - ↳ *Exemple : campagne de publicité qui nécessite de l'achat d'espace, l'acheteur public connaît la durée (1 an), le territoire (France) et la destination (affichage) de sa campagne et sait qu'il n'étendra pas l'exploitation postérieurement.*

La cession peut être limitée sur un seul des trois éléments (cession pour 5 ans, pour le monde entier, pour tout support, à titre exclusif) ou sur plusieurs.

Zoom : Exploitation séparée des différents éléments contenus dans une prestation de communication.

S'il est nécessaire de prévoir, dans le CCAP, la cession des droits pour la prestation de communication commandée (spot TV, affiche,...), il est également utile de prévoir que l'acheteur public pourra exploiter séparément les différents éléments composant la prestation.

Exemple de photographies insérées dans des brochures¹⁴ : si l'acheteur public souhaite exploiter ces photographies sur d'autres supports ou sur son site Internet, il faut qu'il s'assure d'avoir l'autorisation préalable de l'agence.

Dans ce cas, il sera nécessaire de prévoir les modes d'exploitation envisagés et leur destination pour chaque élément pris séparément.

¹⁴ Voir dans la collection « Ressources de l'immatériel » de l'APIE « [Sécuriser la réalisation et la diffusion d'une brochure](#) ».

- **l'exclusivité** : lorsqu'il s'agit de créations préexistantes à la réalisation de la prestation de communication, l'exclusivité portant sur les créations réalisées par des tiers ne pourra pas être systématique.

L'exclusivité peut en revanche être imposée, en fonction des besoins, s'il s'agit d'une création nouvelle qui a été réalisée par un tiers pour être exploitée dans le cadre de la campagne de communication de l'acheteur public.

- **Prix pour une cession plus large que celle initialement prévue dans le marché**

Dans l'hypothèse où l'acheteur public souhaite limiter l'étendue de la cession des droits de tiers, le CCAP devra prévoir que l'agence cède à l'acheteur public les droits d'exploitation des tiers délimités dans la durée, les territoires et/ou la destination conformément aux besoins définis par l'acheteur public.

Il peut toutefois également prévoir dans le CCAP **l'accord de principe de l'agence pour une cession des droits plus large** que celle initialement convenue, sous réserve du paiement d'un prix.

Dans certains cas, le **BPU** pourra déterminer le prix correspondant à une extension de la cession qui interviendrait pendant la durée du marché.

- ➔ *Exemple : le CCAP prévoit que l'acheteur public pourra poursuivre l'exploitation des créations au-delà de la durée initiale, sous réserve du paiement du prix correspondant répercuté dans le **BPU**.*

*Dans ce cas, le **BPU** devra prévoir le prix de la cession pour l'exploitation de la campagne de publicité pour une année supplémentaire à la durée initialement fixée dans le CCAP. (Cf. exemple de **BPU** en annexe).*

III.1.3 Les clauses communes à la cession des droits portant sur les créations de l'agence et sur les droits de tiers.

III.1.3.1 Une cession du droit d'adaptation qui couvre les œuvres de l'agence et des tiers

Il est impératif de prévoir expressément dans le CCAP, que l'agence cède à l'acheteur public le droit de faire des adaptations ou modifications sur la prestation de communication, objet du marché.

Ce droit est essentiel si l'acheteur public souhaite après une première exploitation d'une prestation procéder à des adaptations.

- ➔ *Exemples : le marché passé avec une agence prend fin. Une nouvelle consultation est lancée et une autre agence sélectionnée pour la suite de la mise en œuvre de la campagne élargit les supports d'exploitation. Il pourrait s'agir également de la reprise d'une maquette ou de la modification du logo par une autre agence.*

III.1.3.2 Une clause de garantie renforcée

La loi prévoit que le vendeur doit garantir à l'acquéreur qu'il peut jouir de son bien en toute quiétude. C'est ce que l'on appelle la garantie d'éviction. Elle trouve à s'appliquer en propriété intellectuelle aux clauses de cession de droits¹⁵.

Il est d'usage de rappeler cette garantie dans les contrats et d'en prévoir les conditions de mise en œuvre.

¹⁵ **Cour de cassation**, 1ère chambre civile, 13 mars 2008 (pourvois n° 06-20.152 et 06-20.443), cassation partielle de cour d'appel de Paris, 22 mars 2006, Comm. Com. Electr., 2006, n° 5, mai, commentaire n° 64, p. 24

Le CCAP peut prévoir une clause de garantie renforcée qui vise tant les prestations réalisées par l'agence que les droits des tiers.

Lorsqu'elle réalise des achats d'art ou qu'elle incorpore des œuvres préexistantes dans sa prestation, l'agence doit s'assurer d'avoir les droits des tiers, qu'elle rétrocède dans le cadre du marché à l'acheteur public.

L'agence doit donc garantir que les créations qu'elle réalise, sont originales et qu'elles ne violent pas de droits des tiers. Elle doit aussi garantir qu'elle est cessionnaire des créations des tiers qui seront exploitées par l'acheteur public.

L'acheteur public doit s'assurer que, sur simple demande, l'agence lui communiquera copie des contrats passés avec les tiers.

En toute hypothèse il faut s'assurer que le prestataire ne limite pas la clause de garantie notamment dans le BPU (Cf. exemple de BPU en annexe).

III.2 Aide à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) – Exemple de CCTP pour un marché à bons de commande en annexe 1

➤ Insérer des clauses d'accessibilité dans les CCTP

En vertu de la réglementation applicable, toutes les agences concourant à des marchés publics sont tenues d'inclure dans leur offre une prise en compte précise de l'accessibilité.

En effet, le décret du 14 mai 2009 rend obligatoire l'accessibilité des sites Internet publics aux personnes handicapées, que le handicap soit visuel, auditif ou moteur. Le décret prévoit que les sites devront respecter le « référentiel général d'accessibilité des administrations » (RGAA).

Pour aider les acheteurs à remplir ces obligations, l'OEAP a publié une recommandation incluant des propositions de clauses spécifiques (Cf. bibliographie p 60)

III.3 Aide à la rédaction du cahier des clauses administratives particulières (CCAP)

III.3.1 Durée du marché ou de l'accord-cadre :

La durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises.

Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer.

Référence :

- Article 16 du CMP

Zoom - la limite des quatre ans concerne :

- **la durée des accords-cadres**, « sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet, ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans » ;
- **la durée des marchés à bons de commande**, ou des marchés comportant une partie à bons de commande, « sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par leur objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à quatre ans ».;
- **la durée des marchés relatifs à des opérations de communication mentionnés à l'article 68 du code des marchés publics.**

Ne pas confondre la durée du marché et sa durée d'exécution :

- Dans un marché à bons de commande, la durée d'exécution peut dépasser (un peu) la date d'expiration du marché. L'émission des bons de commande ne peut toutefois intervenir que pendant la durée de validité du marché.
- L'acheteur public ne peut cependant retenir une date d'émission et une durée d'exécution des bons de commande telles que l'exécution des marchés se prolonge au-delà de la date limite de validité du marché dans des conditions qui méconnaissent l'obligation d'une remise en concurrence périodique des opérateurs économiques.

La durée du marché n'a rien à voir avec la durée de cession des droits de propriété intellectuelle : ce sont des durées qui doivent être chacune précisées (Cf. III. 1 ci-dessus).

III.3.2 Caractéristiques de fonctionnement des marchés allotés et des marchés uniques :

Lorsqu'une personne publique prépare une consultation, elle doit choisir si celle-ci sera ou non divisée en **lots**. Si la mise en concurrence fait l'objet de plusieurs lots, on parlera alors **d'allotissement**. Sinon, il s'agit d'un **marché unique**.

Bien prendre en compte l'article 10 du code des marchés publics :

« Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, l'acheteur public passe le marché en plots séparés (...). A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. »

Si l'article 10 du code des marchés publics prévoit bien que l'acheteur public peut recourir à un marché global, cette possibilité est encadrée par le fait qu'il doit pouvoir justifier qu'il se trouve dans l'une des exceptions prévues à l'article 10 :

- S'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence ;
- Ou s'il estime que la dévolution en lots séparés risque de rendre la consultation techniquement difficile ou financièrement coûteuse, ainsi « ...la réduction significative du coût des prestations pour l'acheteur public, qui a pour corollaire une économie budgétaire pour celui-ci, constitue toutefois, lorsqu'elle démontrée au moment du choix entre des lots séparés ou un marché global, un motif légal de dévolution en marché global par application de l'article 10 du code des marchés publics... » (Conseil d'Etat, 9 décembre 2009, n°328803, Département de l'Eure). En conséquence, la « réduction significative » du coût doit donc pouvoir être démontrée et est fonction du montant du marché ;
- Ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Si la personne publique ne souhaite pas allouer sa consultation, elle fera alors un marché unique comprenant toutes les prestations dont elle a besoin.

Dans ce cas, les entreprises souhaitant répondre à la consultation devront proposer une offre pour l'ensemble des prestations composant le marché. Répondre à une partie seulement du marché n'est pas possible.

Si une entreprise n'a pas les moyens de réaliser l'ensemble des prestations du marché, elle pourra répondre avec d'autres entreprises sous la forme d'un groupement.

Avoir une approche « métier » pour allouer avec pertinence.

Un marché global portant sur plusieurs prestations au sens de « métier » (à la fois sur la conception d'une campagne, sa réalisation du graphisme à l'impression, le développement d'un site web, la réalisation d'un plan média, le routage, le tractage, l'achat d'espace par exemple) justifie la création de **lots** en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées.

L'impression ou le tractage n'ont pas à être regroupés a priori avec la conception et le graphisme au sein d'un marché unique.

Chaque **lot** composant une même consultation constitue un marché public. **Chaque lot est contractuellement indépendant des autres tant au niveau de l'attribution que de l'exécution.**

Référence :

- Article 10 du CMP

Comment ne pas multiplier les interlocuteurs ?

C'est à l'acheteur public de faire connaître ses desiderata. L'allotissement n'empêche pas l'acheteur public de prévoir un interlocuteur privilégié.

En cas de groupement d'entreprises décrits à l'article 51 du CMP, l'acheteur public peut le faire en collaboration avec le mandataire du groupement d'entreprises, désigné dans la convention parmi les membres organisant ce groupement. En effet, il peut exiger dans les documents de publicité que le groupement soit solidaire et qu'il soit représenté par un de ses membres, désigné comme mandataire. Ce dernier a le rôle de "chef d'orchestre" du groupement qu'il représente officiellement à l'égard de la personne publique. Il peut être désigné comme le responsable, entre autre choses, des délais.

Le groupement qui est titulaire d'un seul marché est donc à distinguer de l'allotissement qui conduit à un titulaire par lot.

Dans le cadre du marché unique, seule la sous-traitance est possible. Un groupement peut être titulaire d'un marché unique sans lots. C'est le titulaire unique qui estimera nécessaire le recours éventuel à la sous-traitance.

Le titulaire demeure responsable du travail de ses sous-traitants et est le seul interlocuteur pour la réalisation des prestations

Zoom : La sous-traitance ne doit pas être confondue avec le fait pour un titulaire de commander des prestations à des fournisseurs externes.

Un sous-traitant exécute directement une partie du marché par le moyen d'un contrat passé avec le titulaire qui demeure responsable des prestations fournies. Le sous-traitant doit être accepté par l'acheteur et bénéficie d'un droit à paiement direct sous certaines conditions. (Cf. art 112 à 117 du CMP).

Les prestations ont :

- soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées (en fonction du besoin de l'acheteur public),
- soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées.

Un marché peut être conclu à prix mixte, c'est-à-dire qu'il contient une partie des prestations à prix forfaitaire et une partie des prestations à prix unitaires. Les deux parties doivent être clairement identifiées.

Prévoir les échéances des différents règlements dans l'intérêt d'une relation contractuelle équilibrée.

Il est important que le titulaire d'un marché (surtout une PME) bénéficie de versements réguliers qui jalonnent l'avancée de l'exécution des prestations.

Références :

Le titulaire d'un marché peut bénéficier d'avances (articles 87 à 90 du code des marchés) et d'acomptes (article 91 du code des marchés).

Les précautions à prendre lorsque le marché est un marché à bons de commande et qu'il comporte nécessairement un BPU (Cf. annexe) :

Le BPU doit être établi en cohérence avec le besoin :

- Le BPU peut couvrir des prestations dont il n'est pas assuré qu'elles seront commandées. Le « cœur » de la prestation devrait être logiquement à prix global et forfaitaire.
- Un marché à bons de commande nécessitant d'établir un BPU doit prévoir au moins un montant maximum (si le marché est à prix mixte, le montant minimum porte sur la seule partie à bons de commande ou bien sur l'ensemble) pour donner une indication utile aux candidats.
- Rien n'interdit dans le cahier des charges lié au BPU de donner des indications budgétaires (indiquer une fourchette) pour éviter des réponses trop élevées ou trop basses sur un poste difficile à spécifier.

Clauses incitatives

Des clauses incitatives peuvent être prévues dans un marché public bien qu'elles soient peu utilisées.

Le code des marchés publics prévoit qu'elles peuvent être utilisées par l'acheteur public pour 3 raisons :

- améliorer les délais d'exécution ;
- rechercher une meilleure qualité des prestations ;
- réduire les coûts de production.

Plusieurs mécanismes d'incitation peuvent être prévus par l'acheteur public. Cela peut être des primes pour dépassement de performances, l'introduction d'une clause d'intéressement en fonction du niveau des résultats. Toutes ces méthodes conduisent à verser au titulaire du marché un prix de règlement supérieur au prix initial, même éventuellement révisé, fixé dans le contrat.

NB : Les clauses de pénalités permettent de gérer le cas des performances insuffisantes, à condition qu'elles aient été soigneusement étudiées dans cette perspective.

Il faut noter également que ce type de clauses incitatives est différent des marchés à prix provisoires prévus par l'article 19 du CMP qui ne concernent que des cas particuliers, limitativement énumérés par le code.

Compte tenu de ses incidences financières, l'utilisation d'une clause incitative doit être mûrement réfléchie.

Une clause incitative ne signifie toutefois pas toujours un surcoût pour l'acheteur. Ainsi, un marché achevé trois mois avant l'échéance normale permet de ne pas payer une éventuelle révision de prix due sur les trois derniers mois. Il est donc normal que la clause incitative soit au moins proportionnée à l'économie faite par l'acheteur.

- Prime pour dépassement des performances

Son insertion dans le **cahier des charges** se justifie pour des prestations non courantes, complexes dont les techniques de « fabrication » ou d'exécution sont délicates. L'acheteur public définit une performance à atteindre dans son **cahier des charges**, qui correspond à son besoin minimum et sur lequel va s'engager le titulaire pour un prix donné.

Si cela présente un réel avantage pour l'acheteur public, celui-ci prévoit également qu'un prix supplémentaire pourra être versé au titulaire si celui-ci améliore les objectifs de performance fixés dans le marché. Elle se traduit donc par une augmentation du prix du marché.

La rédaction de clauses incitatives doit être très précise.

La rédaction d'une clause incitative suppose qu'un objectif de performance soit défini et quantifié (ou daté). Il faudra également préciser de quelle manière, avec quel outil de mesure, et sur quels domaines et quelle période sera mesurée sa performance.

La définition d'une prime (en % notamment) devra être très précise quant à l'assiette de calcul à retenir par rapport aux prestations fournies. Elle ne pourra porter sur des prestations globales recouvrant éventuellement plusieurs marchés.

Dans le cas où le calcul de la prime résulterait de l'utilisation d'une formule combinant plusieurs paramètres, cette formule devra figurer au contrat, et elle ne sera plus modifiable par la suite.

Il peut être utile de prévoir une clause butoir pour éviter que les références utilisées ne conduisent à des primes mal anticipées et excessives.

Si la mesure des résultats servant de référence au fonctionnement de cette clause demande un délai significatif, il faudra prévoir que le marché se poursuive au-delà de la livraison des prestations.

Le cahier des clauses administratives particulières (ou cahier des clauses particulières quand il n'y en a qu'un) devra contenir un article relatif à l'ensemble des clauses incitatives, afin d'en préciser la nature et les modalités de mise en œuvre.

Les cahiers des clauses administratives générales (**CCAG**) précisent que, lorsque les pièces particulières du marché ont prévu un mécanisme de prime, leur versement est automatique (articles, 15 du **CCAG-FCS**, **CCAG-MI** et du **CCAG-PI** et 20.2 du **CCAG-Travaux**).

Intangibilité du prix

Les prix prévus dans un marché et leur mode de variation éventuel, sont des éléments de la mise en concurrence initiale et ne peuvent donc pas être modifiés à posteriori même par avenant.

Les documents du marché doivent donc fixer de manière précise le prix des prestations ainsi que le montant et le mode de calcul de la rémunération liés au niveau de satisfaction des objectifs de performance. Ce mode de calcul ne pourra être modifié au cours du marché sans remettre en cause l'économie du marché.

L'achat d'espace publicitaire

La diffusion de messages publicitaires mobilise un **annonceur** (administration pour le compte de laquelle la publicité est diffusée) et un **vendeur d'espace** (une **régie publicitaire**) sur un support de diffusion (publicité extérieure, presse, télévision, Internet, radio, cinéma, etc.).

Entre eux interviennent le plus souvent des intermédiaires, **les agences média**.

Leur mission comprend essentiellement : du conseil sur l'arbitrage des moyens à mettre en œuvre, de l'achat d'espace publicitaire et souvent de la création de contenu.

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite « loi Sapin ») relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (articles 20 et suivants) prévoit un certain nombre de dispositions qui régissent les conditions de l'achat d'espace publicitaire pour la diffusion de messages publicitaires (communication institutionnelle, événementielle...).

Les **annonceurs** bénéficient de plusieurs garanties qui s'appliquent **quel que soit le lieu d'établissement de l'intermédiaire, dès lors que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français**.

- Un mandat obligatoire entre l'annonceur et l'intermédiaire (l'agence s'il y en a une)

Tout achat d'espace publicitaire ou de prestation ayant pour objet l'édition ou la distribution d'imprimés publicitaires ne pourra être réalisé par un intermédiaire que pour le compte d'un **annonceur et dans le cadre d'un contrat écrit de mandat.**

Le marché doit :

- **fixer les conditions de la rémunération du mandataire** en détaillant, s'il y a lieu, les diverses prestations qui seront effectuées dans le cadre de ce contrat de mandat et le montant de leur rémunération respective ;
- **mentionner de manière distincte les autres prestations rendues en dehors du contrat de mandat mais précisées par le marché¹⁶ par l'intermédiaire en tant que « simple prestataire »** (ex. conseil en plan media, prestations de création...) et doit clairement faire apparaître le montant dans le montant global de la rémunération.

L'intermédiaire ne peut pas recevoir d'autre paiement que celui qui lui est versé par son mandant pour la rémunération de l'exercice de son mandat, ni aucune rémunération ou avantage quelconque de la part du vendeur.

Cependant la loi permet que les achats d'espaces publicitaires ne soient pas payés directement par l'annonceur** au vendeur, mais que le prix transite entre les mains de l'intermédiaire** (en l'occurrence, l'agence agissant en tant que mandataire-payeur).

¹⁶ Faute de quoi, l'intermédiaire ne pourra et ne voudra pas les effectuer et la personne publique ne pourra juridiquement pas les exiger.

Par ailleurs, si l'annonceur y consent, le **mandataire** peut conserver tout ou partie d'une remise accordée par le vendeur à deux conditions :

- le mandat doit expressément accorder ce droit au **mandataire** ;
- la remise doit figurer sur la facture communiquée par le vendeur à l'**annonceur**.

Le principe et le taux de cette remise sont fixés entre l'**annonceur** et son **mandataire**.

- Le rapport entre le vendeur d'espace publicitaire (**régie publicitaire**), l'intermédiaire et l'annonceur :

C'est l'intermédiaire-**mandataire** qui règle le vendeur d'espace publicitaire. Ce dernier rend compte directement à l'annonceur dans le mois qui suit la diffusion du message publicitaire des conditions dans lesquelles cela a été effectué. Le vendeur doit se conformer aux instructions de l'**annonceur**.

En cas de modification devant intervenir dans les conditions de diffusion du message publicitaire, le vendeur doit avertir l'annonceur et recueillir son accord sur les changements prévus. Il lui rendra compte des modifications intervenues.

Même s'il n'est pas directement payé par l'annonceur, le vendeur d'espace publicitaire (régie publicitaire) doit lui communiquer directement sa facture. La facture doit comporter toutes remises de quelque nature que ce soit. Le marché entre l'**annonceur** et l'intermédiaire (**agence média**) doit donc déterminer les responsabilités de chacun du point de vue du paiement.

- Le conseil en plan media :

Outre leur rôle d'intermédiaires, les **agences médias** sont souvent des prestataires directs de services tels que la conception de campagnes publicitaires, le conseil sur le choix des médias et des supports à utiliser pour la diffusion des messages et la réalisation des campagnes.

Au cours de l'élaboration d'une campagne intervient souvent une prestation de conseil en plan média (confiée à un « **média planner** ») : il s'agit de déterminer les médias les plus appropriés à l'atteinte de la cible.

Si cela devait se produire, toute personne qui fournit des services de conseil en plan média ou de préconisation de support d'espace publicitaire doit indiquer « dans ses conditions générales de vente » les liens financiers qu'elle entretiendrait ou que son groupe entretiendrait avec des vendeurs d'espace publicitaire (ainsi qu'avec des éditeurs ou distributeurs d'imprimés publicitaires), en précisant le montant de ces participations.

Le prestataire qui fournit des services de conseil en plan média ou de préconisations de support d'espace publicitaire ne peut recevoir aucune rémunération ni avantage quelconque de la part du vendeur d'espace.

- Achat d'espaces publicitaires et Internet

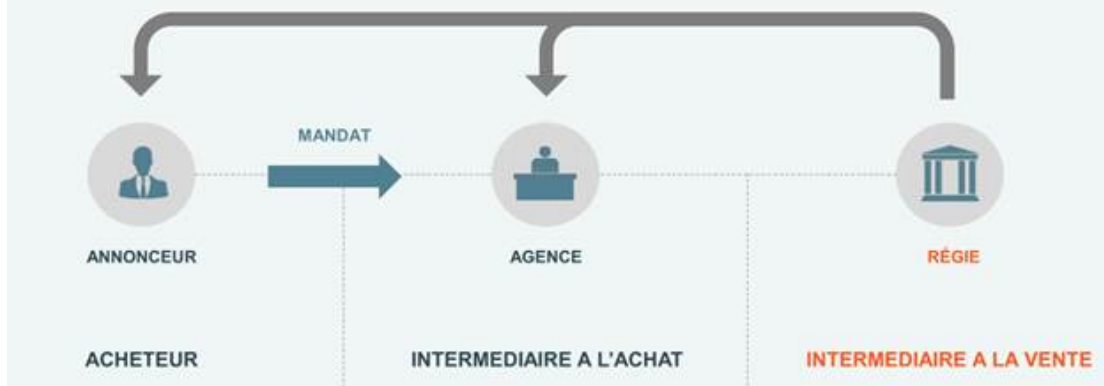
La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 est applicable à l'achat d'espaces sur Internet, « dès lors que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français. ».

LA FACTURATION D'UNE TRANSACTION HABITUELLE

L'annonceur mandate un intermédiaire à l'achat (mandataire) qui achète du media auprès d'un intermédiaire à la vente.

L'intermédiaire à la vente envoie :

- l'original de la facture à l'annonceur ;
- une copie à l'intermédiaire à l'achat (mandataire)



Source : LA PLACE MEDIA

Les modalités de paiement

Le délai global de paiement est de :

- 30 jours pour l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère économique et commercial, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ;
- 50 jours pour les établissements de santé et les établissements du service de santé des armées.

Les pénalités de retard

Le délai d'exécution des prestations court à compter de la date de notification du marché, sauf stipulations contraires. Le terme des délais d'exécution (réception partielle ou totale, décision d'ajournement, livraison...) est fixé par les stipulations du **cahier des clauses administratives générales (CCAG)** applicable, auquel il est possible de déroger dans les documents contractuels.

Il est conseillé aux acheteurs publics de déterminer avec précision le délai d'exécution, sa date de départ et son échéance, afin d'éviter tout litige sur ce point.

Il est possible de proroger les délais d'exécution d'un marché par voie d'avenant. L'acheteur public pourra également prolonger ces délais de manière unilatérale en cas, notamment, de difficultés d'exécution dues à une cause étrangère aux parties (y compris les éventuels sous-traitants). Le prolongement des délais ne doit, cependant, pas être excessif, afin de ne pas bouleverser les conditions de la mise en concurrence initiale.

A titre d'exemple, le **CCAG** applicable aux marchés publics de prestations intellectuelles prévoit la formule de pénalité suivante en cas de retard constaté dans la réalisation des prestations :

$\frac{V \times R}{3000}$

3000

Dans laquelle :

« V » représente la valeur des prestations sur laquelle est calculée la pénalité, cette valeur étant égale au montant du marché en prix de base, hors variations de prix et hors taxe, de la partie des prestations exécutées en retard.

« R » représente le nombre de jours de retard. Le **cahier des clauses administratives générales de prestations intellectuelles (CCAG PI)**, prévoit un décompte en jours calendaires.

Ainsi, si la livraison d'une prestation de 100 000 €HT a été effectuée avec 5 jours de retard, la pénalité applicable sera la suivante :

$\frac{100\,000 \times 5}{3000} = 166,67 \text{ €}$

3000

Une fois le montant des pénalités déterminé, il est procédé à leur révision. Elles sont ensuite déduites du montant du marché actualisé ou révisé TTC.

Le montant de la pénalité prévue par le **CCAG PI** est extrêmement faible. Il convient donc, dans la plupart des cas, de déroger au **CCAG PI** afin d'en prévoir une plus dissuasive. Il est également possible de lui substituer une pénalité forfaitaire de X €par jour de retard constaté. Le **CCAG** raisonne en jours calendaires, mais il est aussi possible de déroger pour asseoir le décompte des pénalités sur des jours ouvrés.

Le **CCAG PI** prévoit que le titulaire est exonéré des pénalités dont le montant total ne dépasse pas 1 000 euros HT pour l'ensemble du marché. Là aussi, il est possible de déroger et de durcir le dispositif.

Dans un esprit similaire, mais un peu moins avantageux pour le titulaire, il est enfin possible de prévoir des pénalités de retard à chaque **phase** du marché, qui se cumulent et ne seront pas appliquées si à la fin du marché, le titulaire a rattrapé son retard.

Les autres types de pénalités

Le **CCAG PI** ne prévoit que des pénalités de retard, il est tout à fait possible d'en prévoir d'autres : par exemple, une pénalité d'indisponibilité pour un site Internet, une pénalité pour un ou plusieurs manquements constatés en matière d'impression...

Peut-on exonérer le titulaire des pénalités ?

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières.

La jurisprudence invite, désormais, l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard.

Références :

Fiche technique sur les pénalités publiée par la DAJ. (Cf. bibliographie page 60).

IV – ASSURER LA TRANSPARENCE DES OBJECTIFS ET DES DÉCISIONS

IV.1 Conseils pour la sélection des candidatures

La commission qui jugera les candidatures doit être constituée conformément aux règles de composition prévues par le code des marchés publics mais il est nécessaire qu'elle accueille également les experts en communication de l'organisme public.

Les éléments d'analyse de la candidature

Les éléments de candidature doivent être compris comme ceux permettant d'apprécier la capacité générale de l'entreprise à exécuter des marchés de même nature.

- Capacité juridique :
- Capacité financière :
- Capacité technique et professionnelle :

Il est également important de vérifier si les talents qui ont travaillé sur les services effectués au cours des années précédentes sont encore dans l'agence ou pas.

En procédure ouverte, il est conseillé de limiter le nombre de documents demandés si ceux-ci ne sont pas analysés afin d'éviter d'alourdir inutilement le travail des candidats lors de la préparation de leur offre.

Des niveaux minimaux de capacité peuvent également être définis (exemple : chiffre d'affaires et surtout marge brute minimum afin de mesurer l'impact de l'arrivée du budget au sein de l'agence) mais ceux-ci doivent être maniés avec prudence au risque de devoir éliminer tous les candidats d'une consultation en cas de niveaux minimaux de capacité trop hauts.

Passer un marché en ayant recours à la procédure d'appel d'offres restreint consiste à sélectionner une *short-list* (3 ou 4 candidats en général) sur la base de critères de jugement des candidatures pondérés concernant par exemple l'expérience, les compétences attendues, ou les références¹⁷.

Cela permet par ailleurs de ne faire travailler qu'un nombre restreint de candidats sur l'offre et d'éviter un renoncement des candidats face à un travail conséquent et donc coûteux à remettre. De plus, l'acheteur public a également plus de latitude pour prévoir une indemnisation des candidats non retenus ce qui est difficilement faisable en procédure d'appel d'offres ouvert du fait de l'incertitude du nombre de candidats.

¹⁷ S'agissant des références, il peut être intéressant de laisser leur chance à des PME qui sont compétentes même si elles n'ont pas de références.

IV.2 Conseils pour la sélection des offres

Lors de l'analyse des offres d'un candidat, l'acheteur public doit se poser les questions suivantes :

- quelle est la pertinence de la proposition par rapport aux besoins exprimés ?
- quelle est la pérennité de la proposition par rapport aux besoins exprimés ?

Il est essentiel de limiter le nombre de critères et sous-critères aux éléments les plus significatifs pour être discriminant et pouvoir différencier les offres sur les éléments essentiels d'adéquation aux attentes.

o Apprécier la valeur technique

Définitions :

- Critère : élément ou caractéristique d'une prestation attendue permettant de différencier les offres des entreprises au regard de leur adéquation au besoin exprimé et de leur performance. Le critère doit ouvrir la possibilité d'une graduation dans l'appréciation.
- Sous-critère : niveau complémentaire de spécification d'un critère permettant d'affiner le jugement concernant les fonctions de services, les fonctions techniques du produit ainsi que les conditions de réalisation de la prestation. Il se décline obligatoirement d'un critère. Il peut s'exprimer sous la forme de moyens mis en œuvre.

Un critère est inintelligible à lui seul. Aussi, il faut définir des sous-critères et rattacher chaque sous-critère à une pièce ou une information demandée. Il faut par ailleurs permettre une bonne appropriation du projet par les candidats (détailler l'histoire du projet, les acteurs, les contraintes ; permettre une visite des lieux si nécessaire).

Enfin, il faut pouvoir juger la bonne compréhension du marché et du contexte par le candidat (note méthodologique sur la compréhension du sujet) et apprécier le délai d'exécution (planning détaillé, phasage, délais).

o Respecter les critères de sélection définis et élaborer une méthode de notation la plus objective possible.

Certaines notions sont indispensables pour ensuite pouvoir apprécier la méthode la plus opportune pour analyser les offres :

L'acheteur peut retenir une (ou plusieurs) valeur(s) de performance qui constitue l'optimum vers lequel les offres doivent tendre. Dans ce cas l'offre la plus proche se voit systématiquement attribuer la meilleure note (entre toutes les notes) mais pas nécessairement la note maximum.

Sous réserve de conformité au cahier des charges et aux normes en vigueur, l'offre paraissant la « moins acceptable » se voit attribuer la plus mauvaise note.

Afin d'éviter d'avoir à accepter une offre peu satisfaisante techniquement mais très peu chère, il peut être prévu un système de note éliminatoire sur tout ou partie des critères techniques.

Analyse du prix

Le prix demandé ne prend pas en compte uniquement le salaire des prestataires. Il peut être intéressant d'introduire un schéma de répartition des coûts spécifique aux prestations de communication. La réponse au marché lui-même représente un temps non productif qui a un coût. La transparence sur les prix permet la gestion dans le temps de la collaboration et l'évolution, si nécessaire, des intervenants.

La négociation

Dans le cas de marchés de prestations de communication, le recours à la négociation semble essentiel du fait de la subjectivité de la matière et de l'échange quasi indispensable permettant aux deux parties de s'entendre sur la compréhension du *brief* et des attentes de l'acheteur public.

Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permet d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du *cahier des charges*, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications.

IV.3 Conseils pour l'information des candidats non retenus :

Les courriers envoyés aux candidats non retenus doivent permettre à ces derniers de comprendre ce qui manquait dans leur offre pour l'emporter et ainsi de pouvoir s'améliorer dans le cadre d'une prochaine consultation.

D'une manière plus formelle, ces courriers doivent comporter à minima les éléments suivants :

- Motifs du rejet de l'offre ;
- Nom de l'attributaire, les motifs qui ont conduit au choix de son offre et son montant ;
- L'indication de la durée du *délai de suspension* avant la notification du marché.

Eléments de jurisprudence :

LE CRITÈRE ESTHÉTIQUE

CE, 5 novembre 2008, « Commune de Saint Nazaire et communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire », N°310484 :

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE, qui avaient retenu l'esthétique comme un des critères d'attribution du marché, avaient apporté à cet égard les indications suivantes dans le cahier des clauses techniques particulières du marché : les mobiliers urbains ...devront participer à l'embellissement de l'espace public par leurs qualités esthétiques. Ils devront de plus être en cohérence avec l'identité portuaire et maritime de cette dernière et s'inscrire dans le style nazairien alliant exigence fonctionnelle (solidité, résistance, confort d'usage, durabilité, facilité d'entretien et de remplacement) et esthétique. A cet égard, le mobilier retenu devra être d'esprit contemporain, de forme simple et épurée, de préférence en métal et d'une couleur dominante blanche. [...] en jugeant que, par de telles indications, la COMMUNE DE SAINT-NAZAIRE et la CARENE n'avaient pas défini leurs attentes avec une précision suffisante pour écarter l'éventualité d'une décision d'attribution discrétionnaire, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ».

CE, 28 avril 2006, « Commune de Toulouse », N°280197 :

« La COMMUNE DE TOULOUSE, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir le critère esthétique. [...] toutefois, en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la COMMUNE DE TOULOUSE, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait ».

Références :

Le guide des bonnes pratiques relatif à l'achat public, Cf. bibliographie page 60

V - VEILLER À L'EFFICACITÉ GLOBALE

Dans la partie I de ce guide, il a été souligné l'importance de la définition des besoins en termes de produits et services attendus du prestataire : la clé de la réussite du marché réside dans la qualité de l'expression des besoins et des exigences de qualité, dans la définition des finalités de l'action (livrables), des objectifs et des publics cibles.

Dans la phase préparatoire à la consultation, il est essentiel de bien prévoir les éléments qui permettront de s'assurer que la prestation correspond bien à ce qui est attendu: sur quoi va-ton s'appuyer pour juger le travail réalisé par le prestataire (indicateurs qualitatifs et quantitatifs, livrables, communication et reporting régulier, ...)

Tout en laissant une part de créativité à l'agence, il faut maintenir un lien étroit avec elle pour pouvoir lui demander de prendre en compte les modifications que l'on estime nécessaires (mauvaise compréhension du besoin, s'assurer que l'on s'adresse à la bonne cible, utiliser les bons outils).

L'efficacité d'une prestation de communication se mesure en deux temps : le pilotage et l'évaluation.

V.1 Le pilotage:

1. Il est conseillé de prévoir dès la notification du marché, une réunion de cadrage avec le prestataire. Cela sera l'occasion de préciser les attentes et de s'accorder sur les modalités pratiques d'exécution de la prestation et de bien identifier les différents interlocuteurs.

Le prestataire et la personne publique se mettront d'accord sur un tableau de suivi de l'exécution des prestations (partage sur un intranet dédié et sécurisé ...)

2. Ainsi, il est recommandé de prévoir des instances de pilotage de différents niveaux :
 - Niveau administratif : relations contractuelles, gestion administrative et financière
 - Niveau technique : modalités d'organisation (livrables attendus, moyens mis en œuvre, structure de dialogue technique ...), validation technique des prestations (livrables, outils ...) : assuré par le chef de projet (personne publique) et le responsable désigné par le prestataire.
 - Niveau de validation stratégique: validation des créations, validations des outils proposés, validation finale, règlement des litiges à l'amiable : assuré par le directeur de projet (personne publique) et le directeur associé représentant le prestataire.

L'objectif est de partager l'évaluation des prestations entre les parties et de mettre en place des actions correctives si besoin.

Il est important d'intégrer l'acheteur à tous les niveaux de ce processus afin de s'assurer que les dispositions du marché sont bien respectées et d'identifier et d'anticiper les éventuelles actions qui pourraient venir modifier le contrat initial (avenants, vérification d'aptitude, vérification de bon fonctionnement, pénalités, marché complémentaire ...).

V.2 L'évaluation:

Compte tenu des investissements consacrés et dans un contexte de rationalisation des coûts, l'évaluation de l'efficacité d'une action de communication apparaît indispensable afin d'opter pour une logique de « retour sur investissement ».

La mesure rigoureuse des retombées et de l'impact d'une action de communication permet d'aller au-delà des évaluations subjectives et également :

- de valoriser les effets réels d'une action de communication vis-à-vis de publics de plus en plus experts et exigeants.
- d'entrer dans une logique de progrès, de capitaliser sur les points positifs, améliorer ce qui doit l'être.

Ainsi l'évaluation est utilisée comme un outil de pilotage et d'aide à l'action.

L'évaluation s'effectue au regard des besoins et des exigences exprimés préalablement : on ne peut évaluer que ce qui a été spécifié.

Elle permet de détecter à temps les éventuels problèmes ou blocages (administratifs, techniques ou stratégiques) et de décider des actions à conduire.

Par une démarche d'analyse des risques adaptée au projet, les éventuels dysfonctionnements et leur niveau de gravité (bloquant ou non bloquant) auront été définis et préalablement assortis de mesures préventives, correctives ou des pénalités à appliquer en cas de dysfonctionnement bloquant (ex : pénalité de retard, non-conformité, ...).

Cette évaluation doit porter à la fois sur l'opération elle-même et les résultats obtenus (livrables) et sur la qualité de la prestation (déroulement du projet).

Elle permet de valider la qualité des livrables fournis par le prestataire selon les critères qualitatifs et quantitatifs définis au **cahier des charges**.

Dans la pratique les actions suivantes sont recommandées :

1. La mise en place de pré-test permet d'apporter des modifications sur les créations ou sur les produits (site internet, imprimé ...).

Cet outil peut-être mis en place à deux étapes :

- En début de création :
 - avantage : il permet de modifier plus de paramètres. Effet coût : le produit n'est encore passé en phase opérationnelle.
 - inconvénient = le pré-test s'opère sur des documents non finalisés.
 - Lorsque les produits sont créés :
 - avantage : il donne une vision plus claire des produits puisque finis.
 - Inconvénients : seules des modifications légères sont possibles sans entrainer des surcoûts.

2. L'évaluation du prestataire se mesure aussi selon plusieurs critères :

- Evaluation de l'équipe en charge du projet
- Compréhension de la demande
- Capacité à proposer des correctifs
- Capacité à proposer des solutions contractuelles et pratiques (arrangement avec le client dans le cadre globale du contrat)
- Force de proposition

3. L'évaluation de la prestation pourra se faire selon :

- La mise en place de post-tests pour mesurer la pertinence des outils (site internet, spot publicitaire ...)
- L'atteinte ou non des objectifs du **donneur d'ordre** (nombre de personnes recrutées, nombre de dépistage ...). Il est toutefois très difficile de mesurer l'effet réel d'une bonne campagne ce qui rend délicat le recours à l'intéressement aux résultats (Cf. « clause incitatives » page 43 ci-dessus).

En cas de non-conformité, il est essentiel de prévoir un processus interne de traitement (qui intervient chez le prestataire et chez l'acheteur public, au niveau technique, au niveau contractuel, au niveau stratégique).

Bibliographie

| Structure | Nom du document | Adresse de consultation |
|---|---|---|
| Médiation des relations interentreprises et de la sous-traitance | <ul style="list-style-type: none"> - Charte des bonnes pratiques de la médiation interentreprises - Guide pour la qualité des relations contractuelles clients-fournisseurs | <p>http://www.mediateur.industrie.gouv.fr/pratique/charte-bonne-pratique.php</p> <p>http://www.mediateur.industrie.gouv.fr/guides.php</p> |
| DAJ (Direction des affaires juridiques) – OEAP (Observatoire économique de l'achat public) | <ul style="list-style-type: none"> - Guide des bonnes pratiques en matière d'achat public : la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics - Guide dédié à la gestion des prix dans les marchés publics (traite notamment des variations de prix dans les marchés). - Recommandation sur l'accessibilité des sites Web publics : mise en conformité avec le référentiel général d'accessibilité pour l'administration (RGAA) Fiches techniques : - Les marchés à procédure adaptée (MAPA) - Le conseil aux acheteurs : Les procédures (notamment AOR et dialogue compétitif) - fiche sur « la résiliation unilatérale des marchés publics par l'administration ». - fiche sur « l'urgence dans les marchés publics » | <p>http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-bonnes-pratiques-mp.pdf</p> <p>http://www.economie.gouv.fr/daj/recommandation-sur-laccessibilite-des-sites-web-publics</p> <p>http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/marches-procedures-adaptees.pdf</p> <p>http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs</p> |

| | | |
|---|---|---|
| APIE (Agence du patrimoine immatériel de l'Etat) - Minéfi | <p>La collection "Ressources de l'immatériel" aide les décideurs publics dans la rédaction des clauses de propriété intellectuelle et dans leurs démarches de valorisation des actifs immatériels. Elle est composée des :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fiches pour comprendre (FPC), qui traitent des problématiques générales d'identification et de valorisation des actifs immatériels. - Fiches pour agir (FPA), qui guident les administrations dans leurs actions de valorisation de leurs actifs immatériels et proposent des repères opérationnels. - Cahiers pratiques (CP), qui apportent des réponses opérationnelles et des conseils concrets aux personnes publiques dans leurs démarches de valorisation des actifs immatériels. | http://www.economie.gouv.fr/apie/publications |
| UDA-AACC | <ul style="list-style-type: none"> - Guide de la relation entre l'annonceur et l'agence conseil en communication. - Compétitions d'agences – guide d'expériences réussies. | http://www.uda.fr/chiffres-et-documents/publications/relations-annonceursagences |
| UDA-UDECAM | Guide de la relation entre l'annonceur et l'agence médias. | http://www.uda.fr/chiffres-et-documents/publications/relations-annonceursagences |
| UDA-ANAE | Guide de la relation entre l'annonceur et l'agence-conseil en communication événementielle. | http://www.uda.fr/chiffres-et-documents/publications/relations-annonceursagences |
| AACC | La propriété intellectuelle avant, pendant, après la collaboration agence-annonceur | |

| | | |
|-----|--|--|
| UDA | Guide sur la propriété intellectuelle dans le cadre de la relation agence- annonceur. | |
| SIG | <ul style="list-style-type: none"> - Circulaire n° 5140 du 23 mars 2006 sur la coordination de la communication gouvernementale - Circulaire n° 5340 du 3 octobre 2008 sur les objectifs et l'organisation de la communication gouvernementale. - Mémo pratique sur la procédure du dialogue compétitif (édition septembre 2011). | |

GLOSSAIRE

Achat d'art : recouvre notamment l'acquisition d'œuvres préexistantes (musiques, photographies par exemple) ou des prestations réalisées spécifiquement par des tiers à l'agence telles que des prestations de comédiens, photographes, illustrateurs ou mannequins.

Accord cadre : Les accords-cadres sont des contrats administratifs passés suivant les procédures applicables aux marchés publics. Ils ont pour objet la fixation des caractéristiques principales des **marchés subséquents** à passer auprès d'un ou plusieurs attributaires de l'accord cadre. Leur durée maximale est de 4 ans.

Acte d'engagement : C'est la pièce signée par le candidat dans laquelle il présente son offre. Il mentionne dans la mesure du possible le montant maximum et le montant minimum du marché. Cette précision est fortement recommandée afin d'aider au mieux les candidats à se faire une idée de l'ampleur de ce qui est attendu et obtenir des offres et des prix correctement dimensionnés.

BPU (Bordereau des Prix Unitaires), principalement utilisé dans les marchés à bons de commande, est la pièce du marché la plus importante pour la détermination du prix : de nature contractuelle, il définit exhaustivement chaque prestation ou fourniture et le prix unitaire correspondant. Le bordereau des prix unitaires figure en annexe à l'**acte d'engagement**.

Agence de conseil en communication (agence de communication) : entreprises de conseil notamment en stratégie de communication et création publicitaire Cf. schéma « filière publicitaire » inclus dans ce glossaire.

Agence de conseil en achat média (agence média) : entreprises de conseil notamment dans le choix des médias et l'achat d'espaces. Cf. schéma « filière publicitaire » inclus dans ce glossaire.

Annonceurs : entreprises, ministères, collectivités territoriales, associations qui ont pour objectif de toucher des « cibles ». Cf. schéma « filière publicitaire » inclus dans ce glossaire.

Brief – briefing : Un brief est un document dans lequel sont présentés les enjeux et contraintes d'une campagne publicitaire en termes notamment de budget, de cible et d'objectifs.

Cahier des charges :

Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés ;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

La personne responsable du marché décide de faire ou non référence à ces documents.

Les documents particuliers sont :

1° Les cahiers des clauses administratives particulières, qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché;

2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché.

Si la personne responsable du marché décide de faire référence aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.

Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) : Les CCAG sont les documents généraux approuvés par arrêté ministériel auxquels un marché public peut se référer. Il s'agit de cahiers de clauses adaptées à une catégorie d'achat. Ces CCAG, disponibles aux journaux officiels, ne sont pas d'application obligatoire et on peut y déroger en mentionnant les dérogations au CCAP. Depuis l'année 2009, Il y a 5 CCAG :

CCAG-FCS : Fournitures courantes et services.

CCAG-PI : Prestations intellectuelles.

CCAG-TIC : Techniques de l'information et de la communication.

CCAG-Travaux

CCAG-Marchés industriels

CCAP – Cahier des Clauses Administratives Particulières : Document contractuel qui contient les clauses applicables à un marché donné. Le CCAP précise les conditions particulières qui viennent s'ajouter aux CCAG.

CCTP – Cahier des Clauses Techniques Particulières : Document contractuel qui contient les stipulations techniques propres à ce marché.

Délai de suspension : En procédure formalisée, il s'agit d'un délai obligatoire de 16 jours que doit respecter l'acheteur public entre la notification du choix de l'attributaire d'un marché, faite à l'ensemble des candidats, et la notification du marché au candidat retenu. Ce délai a pour objet d'ouvrir la possibilité d'un recours précontractuel auprès d'un juge administratif.

Devis descriptif et estimatif détaillé permet d'analyser les éléments composant le prix et donc de comparer les offres. Ce devis n'a pas de valeur contractuelle, sauf disposition contraire insérée dans le marché.

En cas de différence entre le prix global et forfaitaire mentionné dans l'acte d'engagement et celui indiqué au bas du DPGF, le prix figurant à l'acte d'engagement fait foi.

Dialogue compétitif : procédure dans laquelle la personne publique conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Donneur d'ordre : Le donneur d'ordre est la personne qui a recours à un sous-traitant pour l'exécution des prestations d'un marché. Le donneur d'ordre peut lui-même être déjà un sous-traitant.

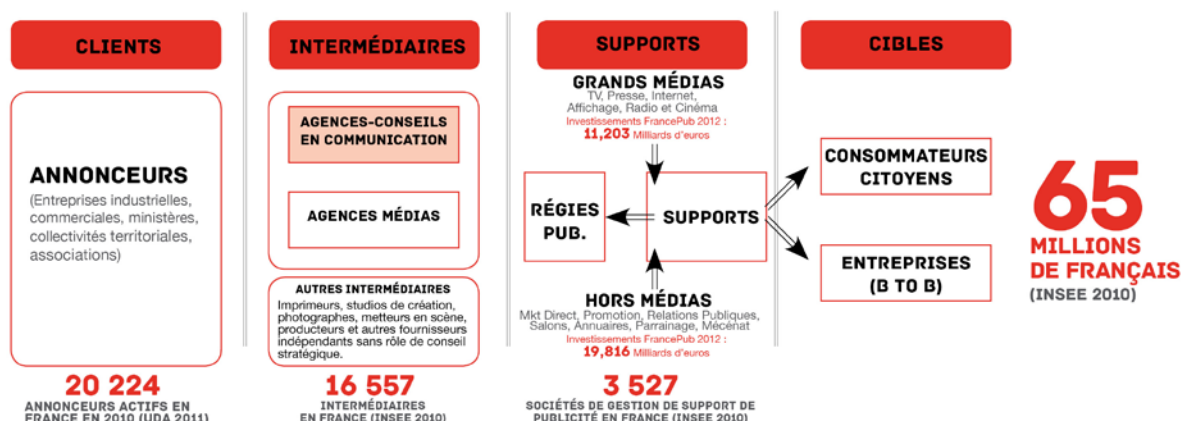
DPGF (Décomposition du Prix Global et Forfaitaire) est destinée à fournir le détail du **prix forfaitaire**. En prestations intellectuelles à prix global et forfaitaire, il est fortement recommandé de demander aux candidats une décomposition, pour chaque prestation, en jours / homme (combien de temps ?) et par profil (quel niveau de compétence ?). Il est même conseillé de la rendre contractuelle par le cahier des clauses administratives particulières (qui liste les pièces contractuelles).

DQE (Détail Quantitatif Estimatif) est une sorte de « commande –type » ou, autrement dit, de simulation financière. Ce document, en principe non contractuel, est utilisé dans les marchés à bons de commande pour comparer les offres lorsque les prix sont nombreux (dans un souci de clarification du besoin, le DQE porte sur les prix des produits et services le plus souvent commandés).

En cas d'incohérences entre les prix unitaires mentionnés dans le **BPU** et dans le DQE, le document qui fait foi est le **BPU**.

Entité adjudicatrice : Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité d'opérateur de réseau dans les domaines de l'énergie, de l'eau, du transport, des ports et aéroports ou des services postaux. Ces entités sont soumises à des procédures spécifiques issues d'une directive européenne relative aux secteurs dits « spéciaux », et fixées par le code des marchés ou l'ordonnance du 6 juin 2005.

Filière publicitaire : (Source AACC)



Free-Lance : Professionnel qui travaille de façon indépendante.

Lots-allotissement : Pour assurer une large concurrence et faciliter l'accès des PME à la commande publique, le code des marchés publics prévoit qu'un marché doit être découpé en lot chaque fois que des prestations distinctes sont identifiables. L'allotissement est la manière dont sont découpés les lots d'un marché. Ce découpage a pour conséquence que chaque lot peut donner lieu à un marché séparé à la fin de la procédure. Certains marchés, dits « globaux », peuvent ne pas être allotés si leur découpage rend la prestation techniquement plus difficile ou plus coûteuse à réaliser.

Mandataire du groupement d'entreprises : Lorsque plusieurs entreprises constituent un groupement d'opérateurs économiques pour répondre à un appel à concurrence, l'une d'elles est désignée, à l'acte d'engagement, comme mandataire représentant le groupement auprès du **pouvoir adjudicateur**.

MAPA (marchés à procédures adaptées) : En dessous des seuils de recours obligatoire aux **procédures formalisées**, les marchés sont passés suivant une procédure « adaptée », dont la publicité et le formalisme sont laissés à l'initiative du **pouvoir adjudicateurs** en fonction de la nature du marché, des circonstances de l'achat ou de l'état de la concurrence.

Marché spécifique : Marché passé pour une opération de communication unique et connue.

Marché boîte à outils : marché passé pour un ensemble de prestations dont la personne publique peut avoir besoin mais sans savoir a priori si elle aura besoin de tout, (par exemple marché à bons de commande).

Marchés subséquents : Les marchés subséquents sont passés sur le fondement d'un **accord cadre**. Ils précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations qui n'ont pas été fixées au niveau de l'accord-cadre. Leur attribution peut être l'objet d'une mise en concurrence lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire.

Media planneur : Le media planneur est un professionnel en charge de l'élaboration des plans média au sein d'une agence de communication ou d'une agence média.

Media planning : C'est l'action qui consiste à choisir, dans le cadre d'une campagne publicitaire, les médias et supports devant être utilisés, les moments de diffusion et à établir un calendrier de campagne.

Phases : les dialogues compétitifs ou les marchés négociés, relatifs à des opérations de communication, peuvent comporter une ou plusieurs phases de réalisation dont le montant global est fixé dans le marché. A l'issue de chaque phase, le **pouvoir adjudicateur** peut redéfinir en fonction des résultats obtenus, les moyens à mettre en œuvre pour la phase suivante.

Pouvoir adjudicateur : Les pouvoirs adjudicateurs sont les organismes considérés comme des acheteurs publics au sens des directives européennes relatives aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics sont essentiellement l'Etat et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

D'autres **pouvoirs adjudicateurs** relèvent de l'ordonnance du 6 juin 2006 relative aux personnes publiques ou privées non soumises au CMP : Il s'agit d'organismes chargés de missions d'intérêt général, dont la gouvernance, le financement ou le contrôle sont contrôlés par un autre pouvoir adjudicateur. Le présent guide emploie le terme acheteur pour désigner le représentant du pouvoir adjudicateur responsable du marché.

Prescripteur : Ajouter une définition

Prix forfaitaire : mentionné dans l'acte d'engagement, il rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations (et de fournitures associées) définies dans le marché. Le prix forfaitaire est recommandé pour toutes les prestations dont la consistance peut être bien définie avant la conclusion du marché.

Prix unitaire désigne le prix d'une prestation d'une fourniture déterminée à l'unité. Dans le marché, les quantités peuvent être soit contractuelles, soit indicatives. Les paiements seront effectués sur la base des quantités réellement livrées ou exécutées, selon les prix unitaires que l'entreprise aura indiqués dans le bordereau des prix unitaires.

Programme fonctionnel : le programme fonctionnel définit les exigences de l'acheteur en termes d'objectifs à atteindre et non en termes de spécification techniques précises. Cette définition présente l'avantage de pouvoir faire apparaître plusieurs solutions techniques lors d'une consultation.

Procédures formalisées : Les procédures formalisées sont les procédures limitativement énumérées qui peuvent être utilisées lorsque les seuils d'application de ces procédures sont dépassés.

Procédure négociée : Certains marchés peuvent être passés sous la forme de marchés négociés avec ou sans mise en concurrence, dans les cas limitativement prévus par le code des marchés publics. Les marchés à procédure adaptée sont une des formes du marché négocié. Le **pouvoir adjudicateur** peut négocier avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Régie Publicitaire : Structure en charge de la vente d'espace publicitaire pour le compte des médias. Cf. schéma « filière publicitaire » inclus dans ce glossaire.

Short list : correspond aux offres présélectionnées.

Sous-traitance : Le sous-traitant est un opérateur économique qui participe à l'exécution d'un marché public pour le compte d'un **donneur d'ordre** appelé entrepreneur principal. Le sous-traitant à un marché public a droit au paiement direct pour les prestations qu'il exécute au titre du marché à condition qu'il ait été agréé par le **pouvoir adjudicateur**.

Sous-traitant direct et indirect : Le sous-traitant indirect, ou de second rang, est le sous-traitant dont l'entrepreneur principal est déjà lui-même un sous-traitant. Le sous-traitant indirect doit être également agréé par le **pouvoir adjudicateur**.

Tranches (fermes et conditionnelles) : Un marché à tranches comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Les tranches sont des ensembles cohérents dont le marché définit la consistance, le mode de détermination des prix et les modalités d'exécution. L'exécution d'une tranche conditionnelle (affermisssement) est subordonnée à une décision du **pouvoir adjudicateur** notifiée au titulaire du marché. Une indemnité de dédit peut être prévue par le marché.

Variantes : Les variantes sont des propositions alternatives à la solution de base demandée par le cahier de charges technique d'un marché. Pour être acceptées, les variantes doivent être autorisées expressément dans les marchés à procédures formalisées. Elles sont autorisées, sauf mention contraire, dans les marchés à procédures adaptées.

Remerciements à ABC Netmarketing pour son autorisation d'utiliser certaines définitions de son glossaire marketing en ligne pour l'élaboration du glossaire de ce guide.

Groupe d'étude des marchés pour l'élaboration d'un guide de l'acheteur public de « prestations de communication »

Président : **Jo-Michel DAHAN**
Sous-directeur des entreprises de services et des professions libérales
Direction Générale des Entreprises
Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique
qui a succédé à **Sylvie Donne** sous-directrice du commerce, de l'artisanat et de la restauration

REMERCIEMENTS

Nous remercions les membres du groupe dont les noms suivent, pour le concours dévoué qu'ils ont apporté à la rédaction de ce guide.

| | |
|----------------------|---|
| Didier BEAUCLAIR | Union des Annonceurs - UDA |
| Jean-Claude BONNEVIE | Service des Achats de l'Etat - SAE |
| Laura BOULET | Union des Annonceurs - UDA |
| Marie-Pierre BORDET | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Hervé BRASSELET | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Françoise CHAMBRE | Union des Entreprises de Conseil et d'Achat Média UDECAM |
| Nathalie CHAVANON | Service d'Information du Gouvernement - SIG |
| Sandrine CHRISTON | Association des Agences de Communication Événementielle - ANAE |
| Blandine CORNEVIN | Agence du Patrimoine Immatériel de l'Etat - APIE |
| Elisabeth COUTUREAU | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Benoit CRISTIN | Direction générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes - DGCCRF |
| Benoit DE LAURENS | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Maxence DESCHARD | Secrétariat Général pour l'Administration – Ministère de la Défense |
| Serge DOUMAIN | Direction des Affaires Juridiques – DAJ |
| Sandrine DUCHÊNE | Direction Générale des Entreprises - DGE |
| Jean DULAC | Direction générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes - DGCCRF |

| | |
|---------------------------|---|
| Olivier FLORO | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Emilie GIMBERT | Service d'information du Gouvernement - SIG |
| Olivier IZERN | Mairie de Paris |
| Patrick LAHAY | Direction des Affaires Juridiques - DAJ |
| Ingrid LAMOUREUX-LOUËT | Institut National de la Propriété Industrielle - INPI |
| Philippe LEDUC | Mairie de Paris |
| Marie-Claire LEZY | Union des Entreprises de Conseil et d'Achat Média – UDECAM |
| Annick MAISONNEUVE | Direction générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes - DGCCRF |
| Philippe MARTIN | Service d'Information du Gouvernement - SIG |
| Françoise MERCIER | Service des Achats de l'État - SAE |
| Sylvie MONTAZ | Service des Achats de l'État - SAE |
| Sylvie NESTELHUT | Agence du Patrimoine Immatériel de l'État - APIE |
| Françoise ODOLANT | Médiation Inter- Entreprises |
| Ladan PEGAH | Cabinet CESYS – Conseil en stratégie et organisation |
| Isabelle ROTALIER-GUILLOU | Agence du Patrimoine Immatériel de l'État - APIE |
| Bertrand ROUZIER | Médiation Inter- Entreprises |
| Jacques SABATIER | Service d'Information du Gouvernement - SIG |
| Juan-Miguel SANTIAGO | Direction générale de la Concurrence, Consommation et de la Répression des Fraudes - DGCCRF |
| Arnaud SCHMITE | Union des Entreprises de Conseil et d'Achat Média – UDECAM |
| Gosienka SEVIN | Association des Agences-Conseil en Communication - AACC |
| Brigitte SICA-BARCELLA | Direction Générale des Entreprises - DGE |
| Fabrice VALMIER | VT SCAN – Cabinet de choix d'agences |
| Anne-Claire VIALA | Agence du Patrimoine Immatériel de l'État - APIE |