

**Circulaire relative aux règles et bonnes pratiques
en matière de marchés publics de design**

NOR : MCCD1514254C

Le 10 JUL. 2015

La ministre de la culture et de la communication
à
Monsieur le Secrétaire général,
Messieurs les Directeurs généraux,
Monsieur le Délégué général,
Mesdames et Messieurs les directeurs généraux des établissements publics,
Mesdames et Messieurs les directeurs régionaux des affaires culturelles,

Le recours à des professionnels du design, notamment dans les domaines du graphisme et du design d'objet, fait partie des pratiques habituelles du ministère de la Culture et de la Communication (MCC) et de ses établissements publics.

Ces dernières années, plusieurs marchés publics passés par le MCC ont fait l'objet de vives critiques par les professionnels du design graphique, qui en dénonçaient les conditions de passation (entre autres : travail non – ou mal – rémunéré, dans des délais trop courts, au détriment de la qualité artistique des commandes). Ces critiques ont été relayées dans la presse et sur des sites Internet humoristiques¹.

La protection du statut des créateurs et leur juste rémunération implique à la fois le respect du cadre juridique (Code de la propriété intellectuelle, Code des marchés publics), et la mise en avant de bonnes pratiques, telles qu'elles sont présentées dans la Charte des marchés publics de design², et le Guide de la commande publique de graphisme³.

Au-delà de ces initiatives qui ont vocation à être diffusées le plus largement possible, vous trouverez dans la présente circulaire un rappel des règles relatives au respect des droits d'auteurs et aux procédures de passation des marchés publics, à faire appliquer par vos services à toutes les étapes du déroulement de leurs marchés publics de design.

1 Article publié dans Télérama le 1^{er} juillet 2013 : « Graphistes en colère : pourquoi ils ne veulent plus “fermer leur gueule” » ; Tumblr « Mon maçon était illustrateur » : <http://monmacon.tumblr.com/>

2 <http://www.alliance-francaise-des-designers.org/media/24932/Charte-AFD-des-marches-publics-de-design-2E-EDITION.pdf>

3 http://www.cnap.fr/sites/default/files/publication/138360_commandedesigngraphique_web.pdf

I – RAPPEL DES DISPOSITIONS APPLICABLES AUX DROITS D'AUTEURS

1- La prestation de design et sa protection par le droit d'auteur

Le Code de la propriété intellectuelle (CPI) énumère les œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. L'article L.112-2 vise notamment dans ses 8° et 10° « les œuvres graphiques et typographiques » et les « œuvres des arts appliqués ».

En application de cet article, les commandes de design sont donc protégées par le droit d'auteur. Elles revêtent des formes très variées : il peut s'agir de la conception d'une identité visuelle et de ses déclinaisons (logo, charte graphique, formulaires), de la réalisation d'un site Internet, de la scénographie d'un stand d'accueil ou d'exposition, de l'aménagement d'espaces de travail, etc. Outre l'œuvre réalisée, les études et travaux préparatoires (plans, croquis, maquettes, etc.) relèvent également de la protection au titre du droit d'auteur.

2 – La prise en compte des droits d'auteurs dans la contractualisation avec le designer⁴

L'auteur dispose sur son œuvre de deux types de prérogatives : les droits moraux et les droits patrimoniaux dont le régime est fixé par les articles L.121-1 à L.122-12 du CPI.

2-1 Les droits moraux

S'agissant des droits moraux, il importe de porter une attention particulière au droit au respect de l'œuvre (article L.121-1 du CPI) qui, le cas échéant, permet à un auteur de s'opposer à une modification de l'œuvre qui lui a été commandée. Les prérogatives du propriétaire d'un objet matériel qui constitue le support d'une œuvre ou dans lequel elle s'incorpore doivent en effet être conciliées avec le respect dû à la création. Faute de pouvoir distinguer l'œuvre de son support, toute initiative du propriétaire peut mettre en cause le droit au respect de l'œuvre.

Le respect dû à l'œuvre passe non seulement par le maintien de son intégrité, mais aussi par la préservation de l'esprit qui a présidé à sa conception. La présentation d'une œuvre dans un contexte qui en altère le sens, notamment à la suite d'un changement d'emplacement, peut ainsi constituer une violation du droit moral.

La jurisprudence n'interdit pas au propriétaire du support matériel d'une œuvre d'user de la chose en la modifiant, mais la licéité d'une telle initiative, dès lors qu'elle risque de mettre en cause le respect dû à l'œuvre, est subordonnée à la démonstration par le propriétaire d'un motif juste et proportionné apprécié *in concreto*.

De manière générale, toute réutilisation d'une œuvre doit être explicitement prévue dans le contrat de commande passé avec l'auteur.

2-2 Les droits patrimoniaux

Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation (les projections au public, expositions, etc.) et le droit de reproduction (imprimerie, tirages sur papier, numérisation, etc.) (cf. L.122-1 et suivants du CPI). Contrairement aux prérogatives du droit moral, les droits d'exploitation sont cessibles.

Il existe en effet une distinction fondamentale entre l'œuvre en tant que support matériel et les droits patrimoniaux qui s'y rattachent et qui supposent, pour toute exploitation de l'œuvre, la cession écrite des droits de l'auteur. Le contrat de commande n'entraîne donc pas à lui seul de cession automatique des droits. Pour autant, le contrat peut prévoir que le prix de la cession des droits soit inclus dans la rémunération globale du marché.

Le commanditaire d'une œuvre doit négocier avec l'auteur la cession de ses droits patrimoniaux de reproduction et de représentation, en conformité avec les dispositions du CPI (cf. articles

4 http://www.cnapp.fr/sites/default/files/publication/138360_commandedesigngraphique_web.pdf

L.122-2 et L.122-3), dès le contrat de commande. Chacune des exploitations autorisées par l'auteur devra être explicitement mentionnée dans le contrat de cession des droits (droit cédé, étendue de la cession, destination, c'est-à-dire support, durée, étendue géographique). Le contrat doit donc prévoir les différents cas d'exploitation (publication dans des journaux, brochures, communiqués de presse, chaînes de télévision, Internet ou intranet). À titre d'exemple, un visuel réalisé pour un événement pourra être exploité dans le cadre des campagnes de communication du commanditaire.

Il convient toutefois de n'acquérir que les droits strictement nécessaires aux utilisations raisonnablement envisageables de l'œuvre – telle que la reproduction dans le cadre d'une communication institutionnelle. Dans le cas où le commanditaire envisagerait une utilisation de l'œuvre à titre commercial (produits dérivés par exemple), le contrat passé avec l'auteur devra en prévoir explicitement les conditions, notamment financières, ou renvoyer à un avenant ultérieur.

II – RÈGLES ET BONNES PRATIQUES RELATIVES AUX PROCÉDURES DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS DE DESIGN :

Les marchés publics passés par le MCC ou ses établissements publics administratifs sont soumis au Code des marchés publics (CMP). En ce qui concerne les prestations de design, des procédures adaptées sont prévues par le CMP. Ces procédures permettent plus de souplesse et de liberté dans l'organisation de la consultation (choix laissé au pouvoir adjudicateur pour fixer le délai de remise des candidatures et des offres ou dans le recours à la négociation). Elles doivent pour autant respecter les principes fondamentaux de la commande publique : liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures.

1- Les différents types de commandes

– Principe général :

Les marchés publics de design passés par le MCC ou ses établissements publics administratifs répondant à un besoin lié au fonctionnement de la structure (création d'un visuel, aménagement d'espaces de travail, conception d'un stand d'exposition, refonte d'une identité visuelle, etc.) relèvent de l'article 30 du CMP (catégorie de services dits « non prioritaires »). Ils peuvent donc être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée (article 28 du CMP).

Dans certains cas, une commande de design implique un marché de fabrication distinct (impression de documents, etc.). Il est important de noter que les services de publication et d'impression relèvent quant à eux de l'article 29 du CMP. Lorsqu'il est décidé de passer un marché alloti comportant un lot sur le design et un lot sur la fabrication, la procédure retenue dépendra d'une part du montant total des deux prestations (si cumulées elles sont inférieures à 134 000 € HT, s'appliquera la procédure adaptée) et, d'autre part, du montant de la prestation de service la plus élevée (article 30-III du CMP). Ainsi, si le montant du lot sur la fabrication est supérieur à celui du design et à 134 000 €, la procédure formalisée s'appliquera à l'ensemble du marché.

– Cas particuliers :

Dans le cadre des commandes d'œuvres d'art passées par le MCC (ex : commande d'œuvres dans le cadre d'une exposition thématique, conception de l'affiche d'un événement), certaines procédures, prévues au Code des marchés publics, font l'objet d'aménagements spécifiques, notamment pour le 1 % artistique.

2- L'élaboration du dossier de consultation des entreprises (DCE)

Le DCE est le dossier mis à disposition du candidat par la personne publique. Il comporte l'ensemble des documents élaborés par l'acheteur public destiné aux entreprises intéressées par

le marché et dans lequel elles doivent trouver des éléments utiles pour l'élaboration de leurs candidatures et de leurs offres.

Dans le cadre des procédures adaptées, le contenu du DCE ainsi que le formalisme contractuel sont liés aux caractéristiques du marché. Le choix, entre la rédaction d'une simple lettre de commande ou la rédaction d'un cahier des charges et ses pièces techniques, dépend de plusieurs paramètres et notamment du prix, de l'objet et de la nature des prestations envisagées.

À partir de 15 000 €, un écrit est obligatoire, sans forme imposée. Toutefois, il est utile de fournir aux candidats un acte d'engagement à compléter et signer.

La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais recommandée, et le renvoi au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI) est souhaitable. En tout état de cause, il convient de donner des éléments précis sur le contexte et les objectifs de la commande : un bon achat suppose une définition suffisamment précise du besoin. Le commanditaire doit par ailleurs s'engager à rédiger des marchés prévoyant toutes les conditions relatives à l'exploitation des droits d'auteurs.

Au stade de la rédaction du cahier des charges, il est souhaitable de s'entourer d'experts compétents afin de garantir le juste équilibre du marché. Le secrétariat général du MCC (mission achats et mission commande publique) est disponible pour cela. Le commanditaire peut également consulter la direction des affaires juridiques de Bercy (bureau du conseil aux acheteurs publics), et faire appel au Centre national des arts plastiques (CNAP) pour son expertise en design graphique.

3- Le prix du marché

– La fixation du prix global

Les métiers du design étant en constante évolution, l'estimation du prix du marché peut nécessiter de recourir à une expertise. Si les compétences internes ne peuvent pas être mobilisées, il peut être utile de consulter des organismes professionnels afin d'évaluer au mieux le montant de la prestation.

Le cahier des charges doit prévoir à la fois la rémunération liée à la réalisation de l'étude et de l'œuvre finale et la rémunération au titre de la cession des droits d'exploitation. La cession des droits d'auteurs doit être détaillée ainsi que les rémunérations correspondantes dans les documents contractuels, conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle. (art. L. 131-3 notamment).

– L'indemnisation des travaux d'études et de conception

L'article 49 du code des marchés publics, prévoit que les offres accompagnées d'échantillons, de maquettes et de prototypes et impliquant ainsi un investissement significatif pour les candidats, donnent lieu au versement d'une prime. Selon la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, un investissement est considéré comme significatif lorsque les charges provoquées par la présentation de l'offre sont sensiblement plus élevées que celles généralement supportées par les candidats aux marchés publics pour lesquels aucune précision du contenu de l'offre n'est demandée et que cette différence, si elle n'était compensée par le versement d'une prime, aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels de participer à la consultation.

Le concours prévu à l'article 38 du CMP qui permet au pouvoir adjudicateur de choisir un plan ou un projet, précise que les participants au concours sont indemnisés selon des modalités prévues dans le règlement de concours. Une telle indemnisation est également prévue dans le

cadre de la procédure du 1 % artistique (indemnisation des candidats non retenus dans la limite de 20 % du montant total du marché). Le pouvoir adjudicateur est libre de demander de telles prestations sous réserve qu'elles soient justifiées par l'objet du marché.

Dès lors qu'un travail d'étude et de conception a été engagé (esquisses, avant-projets sommaires), les candidats doivent être rémunérés en considération du travail effectué. La demande de telles prestations doit être précisée dans l'avis d'appel public à concurrence. Les modalités de remise ainsi que le montant de l'indemnisation doivent être prévus dans le règlement de consultation ou le règlement de concours.

Il s'agit d'abord de ne pas faire travailler les designers gratuitement. Mais c'est également l'intérêt du commanditaire qui est en jeu : cette rémunération lui permet de bénéficier d'une diversité de candidatures, puis de propositions et donc d'élargir la concurrence. Les graphistes indépendants, en particulier, s'écartent souvent d'eux-mêmes des appels d'offre pour lesquels ils ne peuvent pas compter, s'ils sont retenus pour remettre une proposition, sur une rémunération de leur travail de création.

Selon la configuration du projet il peut être recommandé de mettre en œuvre une procédure restreinte afin de rationaliser la sélection des candidats en fonction des besoins de pouvoir adjudicateur.

4- Le déroulement de la procédure

Le préalable à l'élaboration d'un marché est de cerner de façon précise les besoins et les attentes, de préciser le contexte dans lequel il est fait appel à un designer (éléments sur la structure commanditaire, description de l'événement, formalisation des attentes). Il pourra être utile de désigner un chef de projet, de mettre en place un comité de pilotage et éventuellement un groupe de travail interne.

En tout état de cause, il est utile de se référer aux fiches pratiques mises à disposition par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers⁵. Les services doivent également consulter la Plate-forme des achats de l'État (PLACE), obligatoire pour les services ministériels et auquel les EPA peuvent avoir accès gratuitement. L'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) met par ailleurs à disposition des conseils aux acheteurs en matière de droit de la propriété intellectuelle⁶.

Un schéma retraçant les grandes étapes du déroulement d'un marché en procédure adaptée est disponible à l'adresse suivante : <http://semaphore.culture.gouv.fr/web/culture-doc/instructions-ministerielles>.



Fleur PELLERIN

5 <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>

6 <http://www.economie.gouv.fr/apie/marches-publics-droits-propriete-intellectuelle-CCAG-TIC>

Le déroulement d'un marché en procédure adaptée pour le recours à une prestation de design

Rédaction du cahier des charges (formalisation des besoins)

Le cahier des charges doit préciser les différentes phases de travail et les spécifications techniques des livrables attendus (visuel, supports, autres déclinaisons, etc.). Il doit également définir les délais et le budget dévolu à la rémunération des répondants non retenus, ainsi que les critères de sélection.

Élaboration du DCE (art. 41 et 42 du CMP)

Règlement de consultation (facultatif si les informations nécessaires à l'information des candidats figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence),

CCAP, renvoi au CCAG, pièces complémentaires (facultatif)

Choix d'une publicité adaptée (devis, affichage, presse spécialisée)

En deçà de 15 000€, les marchés sont dispensés des obligations de publicité et de mise en concurrence. Une demande de devis est toutefois recommandée pour procéder à des comparaisons.

En procédure adaptée, les modalités de publicité ne sont pas imposées (mais elles sont toutefois réglementées pour les marchés dont le montant est supérieur à 90 000€ HT). La publicité doit être efficace et assurer une concurrence réelle. Il peut s'agir d'une publication sur les sites officiels (Plate-forme des achats de l'État : PLACE), BOAMP, sur les sites du MCC et du CNAP, sur le profil d'acheteur (site dématérialisé auquel le commanditaire a recours pour ses achats), ou d'une communication dans la presse spécialisée ou par le biais des organismes professionnels. Les plate-formes professionnelles gratuites suivantes sont fréquemment utilisées par les graphistes : <http://www.aws-france.com/accueil.htm>, www.e-marchespublics.com.

Par ailleurs, une attention particulière doit être portée au titre de l'annonce (choix des mots clés) pour en améliorer le référencement.

Mise à disposition du DCE (Conseillée sur le profil d'acheteur)

Examen des candidatures

Élimination des candidatures non recevables ou incomplètes (art. 52-1 du CMP)

Examen des offres (art.53 du CMP)

L'examen des offres se déroule dans une phase unique, selon les critères fixés dans le règlement de consultation. Les critères doivent être définis de manière à s'adapter aux spécificités des métiers du design. Ainsi, peuvent être retenus : la qualité des échantillons matériels ou immatériels, les descriptions ou notes d'intention, les cas pratiques prouvant que le candidat est en mesure de répondre à l'offre (capacité technique), les titres d'études et d'expérience et/ou une déclaration concernant les références sur les trois dernières années (pour la capacité professionnelle).

Dans le cas d'un appel d'offre restreint (art. 60 CMP), le commanditaire décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Cette décision doit être mentionnée dans le dossier de consultation. Des règles de délais doivent être respectées.

Dans ce cas, la procédure se déroule en deux temps :

- Phase de pré-sélection des candidats sur présentation d'un dossier de candidature (book, portfolio, références, qualifications, capacités financières, etc).

- À partir du cahier des charges adressé aux candidats pré-sélectionnés, sélection sur la base d'un avant-

projet sommaire ou d'une étude d'esquisse. Un « brief » (rendez-vous de présentation du cahier des charges) pourra être organisé de manière à préciser aux candidats les enjeux de la commande.

Exemples de critères de sélection pour une commande de design graphique : valeur technique (processus de création mis en œuvre et expliqué dans la note d'intention, utilisation de la typographie, composition, adaptabilité des créations graphiques pour le web), caractère innovant (nouveau des éléments graphiques créés et agencés), qualités esthétiques (cohérence de la création, lisibilité du message).

Phase de négociation

Le commanditaire peut introduire une phase de négociation (mais ce n'est pas une obligation). Le cas échéant, elle doit impérativement être prévue, dès le lancement de la procédure, dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation. Cette étape est fortement recommandée : les échanges avec le candidat sélectionné pendant toute la phase d'élaboration du projet permettent notamment de préciser les conditions d'exécution du cahier des charges. La négociation doit garantir l'égalité de traitement des candidats et assurer la transparence de la procédure, ses critères doivent donc être facilement traçables.

Sélection en fonction des critères mentionnés dans le cahier des charges et attribution du marché (art. 53 CMP)

Le candidat sélectionné doit alors prouver sa régularité fiscale et sociale (art. 46 du CMP)

Information des candidats non retenus (et indemnisation, le cas échéant)

Les modalités d'information des candidats sont détaillées aux articles 80 et suivants du CMP

L'acheteur public est tenu de communiquer à tout candidat qui en fait la demande par écrit, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Signature et notification du marché au titulaire

Tout marché à procédure adaptée dont le montant est supérieur à 15 000€ doit être notifié à son attributaire (art. 81 CMP).

Le choix du support et la forme de la notification est libre (lettre, télécopie, courriel). Lorsque plusieurs candidats sont sélectionnés (notamment dans le cadre d'une exposition thématique), le commanditaire a recours à un marché à bons de commande multi-attributaire.

Rédaction d'un rapport de présentation (facultatif) (art. 79 CMP)

Il est toutefois conseillé à l'acheteur de sauvegarder toutes les informations lui permettant de justifier de la régularité de la procédure et de son choix

Source : fiche technique « les marchés en procédure adaptée » élaborée par la Direction des affaires juridiques, consultable à l'adresse suivante :

<http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-a-procedure-adaptee-article-28-cmp>