

trophées de la commande publique 2020 LE CONCOURS EST OUVERT JUSQU'AU 15 OCTOBRE !

Accueil > Actualités > Info du jour > Dons et commande publique : ...

Dons et commande publique : deux régimes parallèles ?

le 20/03/2020 0 Commenter | Ajouter aux favoris

Cet article fait partie du dossier : La commande publique à l'épreuve du Covid-19

A propos de l'auteur



M. Joannès Jean-Marc Rédacteur en chef

Voir les articles de cet auteur

Le 15 mars, le groupe LVMH annonce qu'il va fabriquer du gel hydro alcoolique pour le distribuer gracieusement aux hôpitaux, notamment aux établissements de l'AP-HP. Le 18 mars, Le laboratoire Sanofi se dit prêt à offrir aux autorités françaises des millions de doses d'un anti-paludique qui pourrait s'avérer utile. Des dons, en situation de crise sanitaire, certainement à saluer. L'occasion, aussi, de s'interroger sur l'articulation entre don et commande publique.



A situation exceptionnelle, pratique exceptionnelle ? Selon Jérôme Michon (Professeur en droit des marchés publics et privés à l'ESTP et Président de l'Institut de la commande publique), on ne peut que se réjouir de toute initiative prise par de grands groupes pour contribuer à la lutte contre la propagation du Coronavirus. Il note cependant que la réglementation impose le respect d'un certain cadre, que le contexte actuel semble faire oublier. « Mais ce n'est pas nouveau : l'incendie de Notre-Dame a permis à différentes sociétés de faire des dons importants (supposés désintéressés) pour sa reconstruction ; la rénovation de la Galerie des glaces du château de Versailles a été financée en 2004 pour plus de 10 millions d'euros par un groupe français (Vinci), sans la moindre mise en concurrence, alors que d'autres sociétés auraient pu être intéressées ; la rénovation du Salon de la Paix, également du Château de Versailles, a elle été financée en 2016 par une société, dont nul ne doute de la sensibilité à la pérennité du patrimoine Français, à savoir le groupe Renault... sans la moindre mise en concurrence. »

Un mécénat d'urgence ?



Le don n'est pas inconnu du droit public. Les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent recevoir des dons de la part d'entreprises, par exemple pour soutenir une activité culturelle ou sportive. C'est ce que l'on appelle le mécénat. Il implique par nature l'absence de contrepartie.

« A priori, le don de produits ou l'exécution gracieuse de prestations devrait échapper à la qualification de contrat de la commande publique »

La possibilité de dons à des personnes publiques existe bien, témoigne Arnaud Latrèche (adjoint au directeur commande publique du département de la Côte-d'Or et vice-président de l'Association des acheteurs Publics) : « nous le constatons parfois en matière immobilière : des propriétaires, particuliers ou personnes publiques, proposent de nous céder gratuitement des terrains ou des ouvrages ». Car la gratuité, c'est LE critère, rappelle Arnaud Latrèche : « La définition des contrats de la commande publique reposant, pour partie, sur la contrepartie financière que retire l'opérateur de l'exécution des prestations, a priori, le don de produits (à titre gratuit) ou l'exécution gracieuse de prestations devrait échapper à la qualification de contrat de la commande publique ».

Selon Jérôme Michon, cependant, « dans des situations d'urgence, au sens du Code, un établissement de santé étant soumis à celui-ci, peut parfaitement acheter de tels gels, sans la moindre mise en concurrence, même si... le prix est de zéro euro ».

« Sans onérosité, c'est la générosité »



Pour l'avocat Nicolas Charrel (Charrel Associés), « l'articulation entre don et commande publique est simple : il n'y a pas de rémunération, donc le critère d'onérosité n'est pas rempli. Il n'y a aucun frottement ». Cela est notamment vrai pour l'AP-HP « qui, assez souvent, passe par des fonds de dotation, éligibles aux dispositifs sur le mécénat » explique l'avocat. Hors le cas de fonds de dotation, le don peut aussi se faire par le truchement d'autres structures éligibles. L'encadrement n'est pas nécessaire : « sans onérosité, c'est la générosité qui joue » explique l'avocat.

« Le risque de se repositionner en vue d'un futur marché n'est pas réel ne serait-ce qu'en raison de l'objectif majeur de tels dons : la visibilité du donateur »

Pierre-Ange Zalberg (Directeur juridique adjoint de l'Établissement français du sang - EFS) précise la notion de "caractère onéreux" : « Pour la qualification, le point majeur à retenir est que ce prix peut se traduire évidemment par la remise d'une somme d'argent, mais peut aussi prendre d'autres formes équivalentes (contrepartie non financière comme la publicité, le renoncement à une somme due, un prêt de locaux, etc.). Ainsi, seul un don désintéressé, sans aucune contrepartie directe ou indirecte demandée ou attendue, ne peut jamais recevoir la qualification de marché public. Il est ainsi exclu des règles de la commande publique ».

Le don est donc en principe désintéressé... même si la valorisation de l'image de marque ou la recherche d'avantages fiscaux sous-tendent toujours les dons. Mais le risque de se repositionner ainsi en vue d'un futur marché n'est pas réel, selon Nicolas Charrel, ne serait-ce qu'en raison de l'objectif majeur de tels dons (et surtout en période de crise) : la visibilité du donateur : « Des contreparties occultes ? C'est alors qu'on rentrerait certainement dans le délit de favoritisme ».

Le don réalisé par une personne privée est susceptible d'entrer sous le coup des dispositions du code de la commande publique si certaines conditions sont réunies. Rodolphe Raysaac (Raysaac Avocats) explique que dans l'hypothèse d'un avantage en contrepartie à un don, l'octroi d'un tel avantage pourrait être requalifié suivant sa nature, en concession de service, en marché public ou en convention d'occupation du domaine public. « La jurisprudence "Decaux" a pu en fournir de célèbres exemples lorsque le juge administratif a dû se prononcer sur les prestations "offertes" par le prestataire » rappelle l'avocat. « Si la contrepartie conduit à permettre l'occupation privative du domaine public ou l'exploitation d'un service sans mise en concurrence, alors elle est également susceptible de tomber sous le coup de la commande publique ou de l'ordonnance relative à la propriété des personnes publiques ».

La "froide réalité juridique"



« Le candide affirmera toujours que le donateur est totalement désintéressé ; le juriste se contentera de constater la froide réalité » tempère Jérôme Michon. Il rappelle, premièrement, que le droit des sociétés impose que la société donatrice fasse ce don dans l'intérêt de l'activité de ladite société : « Il faut, au regard du droit commercial et du droit fiscal, justifier que ce don matériel ou financier, ne débouchant sur aucun paiement de la part du bénéficiaire, répond bien aux intérêts commerciaux de la société, sinon... le fisc est en droit de contester la prise en compte du coût financier lié au don, comme charges affectées à l'entreprise ».

« Une structure publique ne peut pas recevoir des dons aussi importants sans que la question de la contrepartie immatérielle se pose »

En second lieu, une structure publique ne peut pas recevoir des dons aussi importants sans que la question de la contrepartie immatérielle se pose. Très souvent, il s'agit d'une opération de communication... ou d'une pure action commerciale. Jérôme Michon évoque les fournisseurs qui offrent un trousseau pour les femmes venant d'accoucher, espérant ainsi qu'elles commanderont ensuite les produits de manière payante ; ou encore, des laboratoires qui donnent des médicaments à des hôpitaux, comme "produit d'appel", car ils espèrent que lorsque le patient sortira de l'hôpital, son médecin lui ordonnera de continuer son traitement avec les mêmes médicaments.

Or, rappelle Jérôme Michon, les hôpitaux ont été souvent rappelés à l'ordre concernant leur propension à accepter de tels cadeaux. « Même au prix de zéro euro, un établissement de santé, soumis à la réglementation des marchés publics, doit mettre en concurrence ! Il est difficile juridiquement de dire l'inverse. »

Cela étant, tempère Jérôme Michon, « ce cas précis n'a rien à voir avec une opération de mécénat et donc ne devrait pas souffrir des rappels formulés ci-dessus, concernant le droit concurrentiel. Il faudra cependant veiller à ce que le groupe LVMH, via notamment ses marques, n'en profite pas pour engager une action commerciale auprès des futurs utilisateurs du gel. Un don doit être désintéressé et pour le bien commun. Sinon, il entre dans le champ commercial et suppose le respect de certaines règles de la commande publique. »

« Un don doit être désintéressé et pour le bien commun. Sinon, il entre dans le champ commercial et suppose le respect de certaines règles de la commande publique. »

Quelques précautions utiles



« Par définition, le don est désintéressé. La prudence s'impose donc lorsque le donateur propose de conditionner son don à une contrepartie financière ou en nature dont il pourrait tirer profit » confirme Arnaud Latrèche. Ceci n'exclut pas toutefois que le don puisse être assorti de conditions contractuelles (par exemple, cession d'un terrain sous réserve d'y aménager un jardin public ou autre ouvrage d'intérêt général) ajoute-t-il.

« Une entreprise ne doit pas conditionner son don à l'obtention d'un marché public ; l'administration ne peut pas choisir un futur titulaire de marché parce qu'il aurait été donateur ou proposerait de le devenir »

Le risque, c'est qu'un mécène devienne par la suite un prestataire ; et, en ce cas, dans quelles conditions ?

Clairement, une entreprise ne doit pas conditionner son don à l'obtention d'un marché public et, parallèlement, l'administration ne peut pas choisir un futur titulaire de marché parce qu'il aurait été donateur ou proposerait de le devenir. Personne publique et donateur doivent se montrer attentifs à ce qu'aucun élément ne puisse conduire à mettre en cause le caractère désintéressé du don dans le cadre de l'opération elle-même ; et s'assurer de la réalité de la mise en concurrence dans le cadre d'un marché public ultérieur. En quelque sorte, décorrèler don et éventuelles candidatures ultérieures.

Pour Rodolphe Raysaac, « le pouvoir adjudicateur doit être, en toutes circonstances, vigilant lorsqu'il reçoit les dons d'un prestataire avec lequel il est en marché ou bien encore durant dans la période précédant une remise en concurrence, avec un concurrent potentiel. Des risques de qualifications pénales peuvent alors exister ». L'avocat s'appuie notamment sur la littérature de la Mission Appui au patrimoine immatériel de l'État de la Direction des Affaires Juridiques de Bercy (DAJ) : "la personne publique et le mécène doivent être attentifs à ce qu'aucun élément ne puisse conduire à mettre en cause soit le caractère désintéressé du don dans le cadre de l'opération de mécénat, soit la réalité de la mise en concurrence dans le cadre d'un marché public".

Pierre-Ange Zalberg recommande à la personne publique de prendre toutes précautions afin qu'aucun élément de l'opération de don ne puisse jamais conduire à mettre en cause son caractère désintéressé et ainsi éviter sa requalification en marché public. Une requalification qui induirait de possibles poursuites pénales au titre du délit de favoritisme. « Pour éviter toute mise en cause, certaines administrations établissent par exemple des chartes éthiques du mécénat interdisant de conclure avec une entreprise une opération qui serait de nature à fausser une procédure d'appel d'offres en cours. »

« Pour éviter toute mise en cause, certaines administrations établissent par exemple des chartes éthiques du mécénat interdisant de conclure avec une entreprise une opération qui serait de nature à fausser une procédure d'appel d'offres en cours. »

Une charte éthique qui pourrait notamment contenir une disposition de type : « L'Administration s'interdit de conclure avec une entreprise une convention de mécénat qui serait de nature à fausser une procédure d'appel d'offres en cours. »

A noter également ce rappel de maître Raysaac : les obligations sont parfois réciproques : « le donateur doit être particulièrement vigilant lorsque le don est assorti d'une charge, c'est-à-dire que le donateur précise la destination de son don (par exemple, à une œuvre particulière) : dans cette hypothèse le pouvoir adjudicateur doit respecter son affectation ; il doit donc veiller à ce que cette œuvre soit conforme à ses statuts. »

Apprendre de la crise

La crise du covid-19 est susceptible de modifier le droit de la commande publique d'exception, selon Nicolas Charrel, « un peu à l'image de ce qui s'est produit après la crise des subprimes ». La crise sanitaire actuelle appellera nécessairement la gestion de la crise économique qui en sera la résultante, explique-t-il. S'agissant des marchés publics, il pourrait s'agir de mettre en place des régimes d'exception, par exemple en prévoyant des mesures de réquisition, ou en prévoyant des exonérations de responsabilité pour des prestataires contraints par ailleurs d'instaurer un service minimum. « Les obligations de confinement ne peuvent constituer des injonctions contradictoires pour certains prestataires dans l'exécution de leur marchés ».

« Dans une situation anormale sans précédent, il faut accepter de décrocher des textes des textes quand ils ne sont pas faits pour répondre à de telles situations. »

On devrait aussi observer des "pratiques bienveillantes" : « en matière d'avenant, développe l'avocat, l'interdiction absolue de passer la barre des 10 % n'est pas tenable, notamment en ce qui concerne les équipements sanitaires ». De même, le cadre des modifications limitées de contrats de fournitures suite à circonstance imprévue devrait connaître une acceptation souple.

Selon l'avocat, « dans une situation anormale sans précédent, il faut accepter de décrocher des textes quand ils ne sont pas faits pour répondre à de telles situations. A toute chose, malheur est bon. La crise du Covid-19 permet d'éprouver les procédures juridiques et de compensation ».

A consulter : APIE " De l'intérêt d'une charte éthique pour les opérations de mécénat"

© achatpublic.info Par : M. Joannès Jean-Marc

0 Commenter | Ajouter aux favoris | Partager | Tweeter | Email

- Lire d'autres articles
Pénurie de médicaments : acheter... (Jean-François Gazon) 16/07/2019
L'émotion nationale, un nouveau... (Rédaction) 19/04/2019
La distribution de médicaments... (Sandrine Dyckmans) 05/03/2015

pôle emploi Rattaché(e) au Pôle Marchés de services, du Département Marchés et Fournisseurs, de la Direction adjointe Achats, de la Direction de la Performance Economique :
ACHETEUR(EUSE) PRESTATIONS INTELLECTUELLES IT (H/F) En savoir plus

Vous cherchez un profil marchés publics ? DÉPOSEZ VOTRE OFFRE

- Offres d'emploi
[22/09] - Directeur(trice) du pôle juridique et commande publique (h/f)
[22/09] - Gestionnaire de marchés publics (h/f)
[21/09] - Assistant(e) des marchés publics (h/f)

- Les plus lus
1 - Le Conseil national des...
2 - Groupement de commandes ...
3 - Seuils des marchés publics...
4 - Les chambres régionales des...
5 - Valorisation des déchets au...

- Nouveaux documents
Les derniers documents de la documentation :
[04/09] - CE 10 juillet 2020 Société Lacroix Signalisation
[03/09] - CAA Marseille 20 août 2020, Commune de Cazouls-les-Béziers, req. n° 20MA01950
[31/08] - CAA Lyon 25 août 2020, Commune de Bourg-Saint-Andéol, req. n° 19LY00297

- Info du jour - Offres d'emploi - Sourcing - Textes officiels - Recherche
- Brèves - CVthèque - Panorama - Jurisprudence - Mon compte
- Edits - Forum - Boîte à outils - Nos newsletters
- Tribune - Annuaire
- L'Europe - Associations
- Jurisprudence