

Notion - Coopération public-public : un marché public (presque) comme les autres - Commentaire par Marion UBAUD-BERGERON

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, comm. 219

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, comm. 219

Coopération public-public : un marché public (presque) comme les autres

Commentaire par Marion UBAUD-BERGERON

NOTION

[Accès au sommaire](#)

Solution. – Un ensemble contractuel par lequel un pouvoir adjudicateur met à disposition gratuite un logiciel au profit d'un autre pouvoir adjudicateur, avec pour obligation de ce dernier de participer au développement ultérieur de ce logiciel, présente un caractère synallagmatique et onéreux, et relève donc de la catégorie des marchés publics.

Impact. – Un tel marché public s'inscrit dans une logique de coopération public-public, ce qui suppose de vérifier qu'un prestataire privé n'est pas privilégié par une telle coopération.

CJUE, 28 mai 2020, aff. C-796/18, ISE mbH c/ Ville de Cologne et Land de Berlin : JurisData n° 2020-007471

Note :

Le Land de Berlin a acquis auprès d'une société un logiciel lui permettant de gérer les interventions des services de pompiers, par un contrat autorisant le Land à transmettre ce logiciel à d'autres autorités publiques en charge de la sécurité. En application de cette stipulation, et conformément au droit allemand qui permet la transmission gratuite de logiciel entre administrations publiques, le Land a conclu en 2017 un contrat avec la ville de Cologne permettant la mise à disposition gratuite du logiciel. Un contrat de coopération a par ailleurs été conclu afin d'adapter le logiciel aux besoins de la ville en intégrant de nouvelles fonctionnalités techniques : selon l'accord de coopération ainsi conclu, chaque partie est tenue de mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel qu'elle pourrait concevoir.

Une entreprise (ISE), spécialisée dans ce type de logiciel, a contesté la conclusion de ces contrats de mise à disposition et de coopération pour non-respect des règles applicables aux marchés publics, en estimant notamment que la participation de la ville de Cologne au développement du logiciel était un avantage financier au profit du Land, conférant aux contrats un caractère onéreux. Ce litige a conduit la juridiction allemande saisie à surseoir à statuer pour poser une série de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, tendant à déterminer la qualification à donner aux contrats de mise à disposition et coopération au regard de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics, puisque, d'une part, la qualification de marché public pour un tel contrat peut poser difficulté au regard du critère de l'onérosité, et que d'autre part, à supposer la qualification de marché public admise, sa soumission aux règles de mise en concurrence demeure incertaine dans le cas où un tel contrat serait qualifié de coopération public-public au sens des directives.

Partant de la nécessité d'apprécier la qualification juridique pour l'ensemble contractuel formé par les deux contrats, dont l'indissociabilité est en effet évidente, la Cour s'attache donc à déterminer le caractère onéreux et synallagmatique du contrat. La question est loin d'être évidente si on analyse l'équilibre économique général du contrat puisque si le Land met à disposition gratuitement le logiciel au profit de la ville de Cologne, ce qui constitue pour elle un avantage certain, celle-ci s'engage de façon contraignante, par l'accord de coopération, à faire évoluer ce logiciel, évolution qui va profiter réciproquement au Land : comme le résume la Cour, « bien que gratuite, la mise à disposition dudit logiciel n'apparaît pas désintéressée » (§ 46).

Est-ce pour autant suffisant pour y voir un contrat s'analysant comme une commande de prestations de service (l'amélioration du logiciel par la ville) comportant un caractère onéreux pour le Land (la mise à disposition gratuite) ? Telle est bien la solution de la Cour qui retient que « sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il ressort des considérations qui précèdent que le contrat de mise à disposition du logiciel et le contrat de coopération présentent un caractère synallagmatique dans la mesure où la mise à disposition gratuite du logiciel « IGNIS Plus » engendre une obligation réciproque de développement de ce logiciel lorsque l'utilisation la plus optimale possible du système de gestion des interventions et l'adaptation permanente de ce système aux besoins exigent une telle évolution, laquelle se concrétise par le financement de modules complémentaires qui devront par la suite être mis gratuitement à la disposition de l'autre partenaire » (§ 50) et que « dès lors que l'adaptation du logiciel en cause au principal par l'un des partenaires présente un intérêt financier évident pour l'autre partenaire, si la juridiction de renvoi concluait au caractère synallagmatique de l'ensemble contractuel constitué par le contrat de mise à disposition du logiciel et le contrat de coopération, il conviendrait de considérer que ces contrats ont été conclus à titre onéreux de sorte que les conditions d'identification d'un marché public [...] seraient satisfaites » (§ 52).

Si de prime abord cette solution peut paraître retenir une acception très extensive du marché public, elle reste dans la ligne tracée par une jurisprudence européenne antérieure admettant largement une telle qualification. On se rappelle ainsi que la Cour avait déjà jugé par le passé que le caractère onéreux du contrat ne repose pas nécessairement sur une contribution financière directe du pouvoir adjudicateur en position de demandeur mais que ce prix peut être aussi constitué par un abandon de recette (*CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordre des architectes de la Province de Milan : JurisData n° 2001-300012*), et que, corrélativement, la détermination de prestations au profit du pouvoir adjudicateur demandeur peut reposer sur l'identification d'un « intérêt économique direct » pour lui (*CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben : JurisData n° 2010-003820 ; Contrats-Marchés publ. 2010, repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 164, note W. Zimmer*).

En droit français, il n'est pas certain qu'une vision aussi extensive du marché public prévale. Si le juge administratif a déjà admis le caractère onéreux d'un marché public par l'abandon de recettes couplé à une exonération de redevance, qualifié par la doctrine de « prix négatif » (*CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298 et n° 247299, Sté Jean-Claude Decaux : JurisData n° 2005-069147 ; Lebon, p. 478 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 297, note J.-P. Pietri ; RFDA 2005, p. 1083, concl. D. Casas*), cette jurisprudence semble avoir été nettement infléchie, dans la mesure où elle a été forgée pour des contrats qui peuvent relever aujourd'hui de la catégorie des concessions de service (*CE, 25 mai 2018, n° 416825, Sté Philippe Védiaud Publicité : JurisData n° 2018-008653 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 165, note G. Eckert ; AJDA 2018, p. 1725, note M. Haulbert ; BJCP 2018, p. 320, concl. G. Pellissier*). De plus, le Conseil d'État semble attaché à une conception assez stricte du « besoin » du pouvoir adjudicateur, sans doute plus exigeante que le simple « intérêt économique direct » (*V. par ex. : CE, 7 juin 2018, n° 416664, Sté Géo France : JurisData n° 2018-010138 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 180, note M. U.-B.*).

En outre, une interrogation demeure à la lecture de la décision de la Cour, quant au caractère synallagmatique du contrat : une fois identifiés les engagements réciproques pris par les deux parties au contrat (l'abandon gratuit, et l'amélioration future du logiciel), il faut également vérifier l'équivalence de ces engagements pour s'assurer de l'existence de contreparties réciproques (V. ainsi, sur l'appréciation de l'équivalence : *CE*, 26 mars 2008, n° 284412, *Région de La Réunion : JurisData n° 2008-073312* ; *Lebon*, p. 114 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, *comm.* 90, *note G. Eckert* ; *BJCP* 2008, p. 245, *concl. F. Séners* ; *AJDA* 2008, p. 1152, *note J.-D. Dreyfus*). Pour ce faire, il faudrait donc évaluer d'une part la valeur représentée par l'abandon gratuit du logiciel (évaluation sans doute aisée à établir) et, d'autre part, la valeur que représente la plus-value apportée par l'amélioration du logiciel par la ville et l'avantage qu'en retire le Land, ce qui paraît particulièrement complexe à évaluer financièrement, même si des éléments sont apportés par les parties (V. *infra*) : sans doute une telle appréciation relèvera de l'office du juge national, mais la CJUE ne donne pas d'indications en ce sens dans sa réponse pour cadrer l'appréciation du caractère synallagmatique du contrat et le conditionner à la réciprocité et l'équivalence des obligations réciproques des parties.

Une fois admise la qualification potentielle de marché public, la Cour est amenée à se prononcer dans la dernière question sur l'existence d'une coopération public-public, et donc l'exclusion de ce contrat du champ de la directive, ce qui suppose de répondre cumulativement aux critères fixés par l'article 12 de la directive 2014/24/UE et par la jurisprudence de la Cour : le contrat doit instaurer une coopération entre des entités exclusivement publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à celles-ci, il ne doit pas placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents, et cette coopération doit uniquement être régie par des considérations propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. Le point de discussion portait ici sur la question de savoir si le fait de ne pas placer une entreprise en situation privilégiée était une condition pesant sur les contrats de coopération public-public, dès lors que cette condition découle de la jurisprudence de la Cour mais non de la directive 2014/24/UE la consacrant, et si, en l'espèce, une telle condition était vérifiée. Répondant positivement à la première question, la Cour relève ensuite que « l'adaptation de ce logiciel constitue un processus très complexe dont la valeur économique est nettement plus importante que celle correspondant à l'acquisition initiale du logiciel de base. Ainsi, d'après ISE, la ville de Cologne aurait, d'ores et déjà, estimé les frais d'adaptation dudit logiciel à deux millions d'euros, tandis que le Land de Berlin aurait publié un avis de pré-information au Journal officiel de l'Union européenne en vue de développer le logiciel « IGNIS Plus » pour un montant de 3,5 millions d'euros. Dès lors, selon ISE, l'intérêt économique ne se situe pas dans l'acquisition ou la vente du logiciel de base mais bien en aval, au stade de l'adaptation, de la maintenance, dont le coût s'élèverait à 100 000 euros par an, et du développement de ce logiciel. Or, ISE considère que, en pratique, les marchés de l'adaptation, de la maintenance et du développement du logiciel de base sont exclusivement réservés à l'éditeur de ce logiciel dans la mesure où son développement nécessite de disposer non seulement du code source dudit logiciel mais également d'autres connaissances concernant le développement de ce code source » (§ 72 et 73) ; « dès lors, afin d'assurer le respect des principes de la passation des marchés publics, tels qu'énoncés à l'article 18 de la directive 2014/24/UE, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, premièrement, que tant le Land de Berlin que la ville de Cologne disposent du code source du logiciel « IGNIS Plus », deuxièmement, que, dans l'hypothèse où ils organiseraient une procédure de passation de marchés publics destinée à assurer la maintenance, l'adaptation ou le développement de ce logiciel, ces pouvoirs adjudicateurs communiquent ce code source aux candidats et soumissionnaires potentiels et, troisièmement, que l'accès à ce seul code source suffit à garantir que les opérateurs économiques intéressés par la passation du marché concerné soient traités d'une manière transparente, égalitaire et non discriminatoire ».

Ce faisant, la CJUE vient prendre ici indirectement position sur une question importante : en décidant de ne pas se limiter à l'application de la seule directive, et en faisant donc application du critère jurisprudentiel lié à l'interdiction

de privilégier un prestataire privé, la Cour fait ici primer les exigences inhérentes aux principes fondamentaux de la commande publique consacrés par la Cour, et notamment celui de non-discrimination entre les opérateurs économiques. Dès lors, est ici actée la soumission des contrats exclus de la directive aux règles inhérentes au Traité, ce qui relève sans doute de l'évidence au regard de la hiérarchie des normes comme de la jurisprudence « Teleaustria » (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98 : *JurisData* n° 2000-300034), mais qui, paradoxalement, a pu susciter des interrogations en France au moment de la codification des principes fondamentaux de la commande publique dont on a pu douter, un temps, qu'ils s'appliquent à ces fameux contrats exclus, qualifiés aujourd'hui d'« autres marchés » par le Code (V. sur ce débat : M. Amilhat, *Le Code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique* : AJDA 2019, p. 793. – H. Hoepffner et Ph. Terneyre, *La place des principes dans le Code de la commande publique* : RFDA 2019, p. 206). D'une certaine façon, cette solution permet de soumettre la passation des contrats de coopération public-public à un standard minimum en terme de mise en concurrence, ce qui ne peut que susciter l'adhésion, dès lors que ces contrats sont avant tout des marchés publics, et que leur spécificité ne saurait conduire à les exclure d'exigences fondamentales découlant du « droit commun » des marchés publics.

Mots clés : Commande publique. - Coopération public-public

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 10

.. **Autres publications LexisNexis** : Fiche pratique n° 2834 : Coopération public-public et droit des marchés publics

© LexisNexis SA