

2228 Convention de mise à disposition d'un logiciel à titre gratuit conclue entre pouvoirs adjudicateurs : qualification de marché public et précisions sur le mécanisme de « coopération public-public »

Solution. – Par un arrêt du 28 mai 2020, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé sa jurisprudence extensive quant à la satisfaction du critère onéreux, en qualifiant un accord entre pouvoirs adjudicateurs tendant à la mise à disposition d'un logiciel « à titre gratuit » de marché public. Elle a également apporté des clarifications bienvenues quant au mécanisme de « coopération public-public » permettant d'être exempté de l'application des règles relatives aux marchés publics.

Impact. – La mise à disposition « à titre gratuit » de logiciels entre collectivités publiques doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas sur l'éventuelle soumission de l'opération aux règles de la commande publique. Les parties devront à cet égard être attentives à la rédaction des stipulations de telles conventions de mise à disposition.

CJUE, 28 mai 2020, aff. C-796-18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH c/ Stadt Köln*

NOTE

Le Land de Berlin a conclu en septembre 2017 avec la ville de Cologne une convention portant sur la mise à disposition à titre « gratuit » et permanent d'un logiciel de suivi des interventions des pompiers dans la lutte contre les incendies, l'assistance technique, le secours d'urgence et la protection civile. Une convention prévoyant une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs en vue de développer ledit logiciel a également été conclue le même jour.

Le Land avait préalablement lancé un marché public pour acquérir ce logiciel auprès d'un opérateur économique privé. Une société concurrente de cet opérateur a contesté la mise à disposition gratuite du logiciel par le Land auprès de la ville de Cologne, arguant de la qualification de l'opération en marché public et du non-respect des règles de passation afférentes.

Dans cet arrêt du 28 mai 2020, la Cour de justice va se prononcer sur la qualification de marché public de l'opération contractuelle, au regard du caractère onéreux de celle-ci en dépit de son apparente gratuité (1). Elle va ensuite apporter des précisions sur les critères permettant à un marché public conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs de bénéficier de l'exception dite de la « coopération public-public » (qualifiée aussi de « coopération horizontale ») permettant l'exonération des règles de publicité et de mise en concurrence (2).

1. L'appréciation du caractère onéreux par la Cour de justice au-delà de la gratuité apparente de la mise à disposition du logiciel

Fidèle à son interprétation extensive de la notion d'onérosité d'un marché public (A), la Cour de justice qualifie de tel la mise à disposition du logiciel en raison de l'intérêt du Land de Berlin dans cette mise à disposition (B).

A. - Un rappel de l'interprétation extensive de la Cour s'agissant du caractère onéreux d'un contrat

Le droit de l'Union européenne définit les marchés publics comme des « contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services » (PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 2 sur la passation des marchés publics). Le caractère onéreux du contrat est donc une condition indispensable de sa qualification en marché public et partant de sa soumission aux règles afférentes. Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que la seule circonstance que les deux parties à un accord soient elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics.

Selon la Cour, le caractère onéreux d'un marché public se réfère à « la contre-prestation » à laquelle procède le pouvoir adjudicateur concerné au regard de la réalisation des prestations par l'opérateur économique (CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, *Ordine degli Architetti* : *JurisData* n° 2001-300012 ; *Rec. CJCE* 2001, p. I-5409.). L'utilisation de la notion de contre-prestation permet de faire entrer dans le champ de la réglementation sur les marchés publics des contrats par lesquels l'opérateur économique bénéficie de tout avantage susceptible d'une évaluation économique, sans nécessairement percevoir un prix versé par le pouvoir adjudicateur (A.-L. Durviaux, *Chronique Droit européen des marchés et contrats publics – Notion de marché public – interprétation finaliste du caractère onéreux* : *RTD eur.* 2013, p. 339).

La jurisprudence de la Cour de justice est à cet égard extensive. La Cour a ainsi jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'existe une corrélation entre la prestation réalisée et la contrepartie accordée. L'onérosité est ainsi caractérisée même si « la rémunération prévue est limitée au remboursement partiel des frais encourus pour fournir le service rendu » (CJCE, 19 déc. 2012, aff. C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* : *JurisData* n° 2012-034242 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, *comm.* 64, *note W. Zimmer*). L'interprétation large du caractère onéreux des marchés publics est justifiée par la Cour au regard de la finalité et de l'efficacité des règles européennes en

la matière, consistant à ouvrir les marchés en vue de garantir une concurrence réelle et sans que les parties ne contournent de telles règles, par exemple en convenant d'autres formes de rétributions (*V. concl. av. gén. V. Trstenjak sur l'arrêt du 19 décembre 2012 cité ci-dessus*). La jurisprudence n'est d'ailleurs pas sans entretenir parfois un certain flou, notamment par l'arrêt Helmut Müller rendu en matière de marchés publics de travaux dans lequel la Cour de justice a semblé substituer la notion « d'intérêt économique direct » de la collectivité publique au critère de l'onérosité de l'opération, sans qu'aucune contrepartie de la part du pouvoir adjudicateur n'ait semblé avoir été prise en compte (*CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller GmbH : JurisData n° 2010-003820 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 164, note W. Zimmer ; AJDA 2012, p. 682, étude E. Fatôme et L. Richer. – CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordine degli Architetti : JurisData n° 2001-300012 ; Rec. CJCE 2001, p. I-5409*).

En l'espèce, le Land de Berlin avait mis à disposition de la ville de Cologne son logiciel de gestion des interventions de son service de sapeurs-pompiers « à titre gratuit ». La Cour va toutefois aller au-delà de l'apparente gratuité de cette mise à disposition.

B. - La détermination de l'onérosité de la mise à disposition du logiciel en raison de l'intérêt financier du Land au développement de ce logiciel

La Cour va d'abord rappeler que la qualification de marché public doit s'effectuer au regard de l'ensemble des actes participant au montage contractuel arrêté par les parties. En effet, lorsque l'attribution d'un marché public a lieu dans le cadre d'un montage juridique comportant plusieurs opérations, la qualification du marché doit être examinée en tenant compte de l'ensemble de ces phases ainsi que de leur finalité (*CJCE, 10 nov. 2005, aff. C-29/04, Comm. c/ Autriche : Rec. CJCE 2005, p. I-9705*).

En l'espèce, il convenait ainsi de tenir compte non seulement du contrat de mise à disposition (par lequel le logiciel était mis à la disposition de la ville de Cologne par le Land), mais également de la convention de coopération qui l'accompagnait. Cette dernière avait pour objet d'adapter ledit logiciel aux besoins du partenaire et de le mettre concrètement à sa disposition par l'ajout de nouvelles fonctionnalités techniques, proposées gratuitement aux deux partenaires de la coopération.

L'intérêt du Land de Berlin résidait ainsi dans le bénéfice des adaptations constantes du logiciel à venir par la ville de Cologne. Toutefois, cet intérêt ne saurait être purement éventuel et hypothétique, faute de quoi la contrepartie ne pourrait être caractérisée. Ainsi, la Cour va s'attacher à déterminer le caractère synallagmatique de la coopération instaurée entre les deux parties et partant, le caractère inévitable de l'adaptation de ce logiciel.

Elle relève que le contrat sera nécessairement amené à connaître des évolutions afin de tenir compte des adaptations imposées par de nouvelles réglementations, l'évolution de l'organisation du service de secours ou encore des progrès technologiques. D'ailleurs, selon la ville de Cologne, des modifications importantes dudit logiciel et l'ajout de modules complémentaires interviendraient trois ou quatre fois par an. En outre, la réglementation allemande oblige les collectivités territoriales en charge des missions liées à la protection contre les incendies à utiliser le système de gestion de la manière la plus optimale possible et en l'adaptant en permanence aux besoins. Enfin, l'adaptation du logiciel constitue une obligation pour les parties. Ces dernières peuvent même agir en justice afin de réclamer le bénéfice de l'adaptation apportée par l'autre partie si cette dernière omet de transmettre une telle adaptation dans les termes prévus par l'ensemble contractuel.

Au total, la contrepartie accordée au Land de Berlin résidant dans l'adaptation du logiciel revêtait un caractère certain. Il en résulte que le montage contractuel a été conclu à titre onéreux et la qualification de marché public s'imposait. La Cour devait ensuite se prononcer sur le mécanisme de la « coopération public-public » permettant, si certaines conditions sont remplies, d'être exonéré des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par les directives.

2. L'apport de clarifications utiles sur « la coopération public-public »

La présente affaire a amené la Cour à apporter des clarifications à la fois sur l'objet que devait revêtir une telle coopération (A) ainsi que sur la nécessité de ne pas placer un opérateur privé en situation privilégiée sur le marché concurrentiel (B).

A. - La souplesse de l'objet de la coopération horizontale : la satisfaction d'objectifs communs

L'article 12, § 4 de la directive 2014/24 (applicable en l'espèce) prévoit qu'un marché conclu entre deux pouvoirs adjudicateurs ne relève pas de son champ d'application lorsqu'il permet l'établissement ou la mise en œuvre d'une coopération dans le but de garantir que les services publics assurés par les pouvoirs adjudicateurs soient réalisés en vue d'atteindre des objectifs communs, sous réserve que certaines conditions supplémentaires soient remplies. Une telle hypothèse d'exemption aux règles de publicité et de mise en concurrence figure également au sein de la directive 2014/23 relatives aux contrats de concession. Le Code de la commande publique a transposé cette dérogation aux articles L. 2511-6 (pour les marchés publics) et L. 3211-6 (pour les concessions).

L'une des questions préjudicielles posées à la Cour portait sur le périmètre de la coopération horizontale. La Cour devait ainsi déterminer si la coopération pouvait avoir pour objet des activités accessoires aux services publics fournis par chaque membre de la coopération, sans que ces services publics ne soient fournis conjointement, mais seulement de manière individuelle par les membres de la coopération.

En premier lieu, la Cour juge qu'il n'est pas indispensable que « l'activité de service public soit assurée en commun par les personnes publiques participant à la coopération ». Une telle considération ressort de la rédaction même de l'article 12, § 4 de la directive 2014/24 se bornant à évoquer une communauté d'objectifs et non la fourniture conjointe d'un même service public. Le considérant 33 de cette directive est également éclairant, puisqu'il expose que « les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants [à une telle coopération] ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires ». En l'espèce, la fourniture du service public des sapeurs-pompiers qui incombe au Land et à la ville de Cologne n'est pas conjointe, chacune des parties l'assumant sur son propre territoire (à l'inverse de l'espèce de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission c/ Allemagne du 9 juin 2009 dans laquelle la mission de service public était assumée conjointement par l'ensemble des intervenants qui exploitaient en commun l'usine de traitement des déchets – *CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, Comm. c/ Allemagne : Rec. CJCE, p. I-4747 ; JCPA 2009, 2248, note F. Lichère et F. Linditch ; RJEP 2009, 54, note A. Santamaria Dacal ; Contrats-Marchés publ. 2009, 226, note H. Hœpffner ; Dr. adm. 2009, focus 46, note R. Noguellou ; AJDA 2009, p. 1540, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDI 2009, p. 469, obs. R. Noguellou ; ACCP sept. 2009, n° 91, p. 13, note S. Chavarochette-Bouffret*).

En second lieu, la Cour déduit des dispositions précitées de la directive 2014/24 la possibilité pour la coopération de porter sur une

activité accessoire à un service public et non nécessairement sur l'activité de service public elle-même « pour autant que cette activité accessoire contribue à la réalisation effective de la mission de service public qui fait l'objet de la coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants ». Selon l'Avocat général, l'activité accessoire doit nécessairement être liée à l'activité principale et ce lien doit « consister dans l'orientation fonctionnelle de l'activité vers l'exécution du service ». La coopération horizontale pourrait ainsi porter sur des activités « supports » de missions de service public (informatique, achat, etc.), voire encore sur des activités économiques regardées comme accessoires d'une mission de service public.

B. - Le rappel de l'interdiction de placer un tiers dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents

La dernière question préjudicielle portait sur l'interdiction, pour l'accord de coopération, de placer une entreprise privée dans une position plus favorable vis-à-vis de ses concurrents. Cette exigence figurait en effet dans la jurisprudence de la Cour antérieure aux directives du 26 février 2014 (*CJCE, 19 déc. 2012, aff. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento : JurisData n° 2012-034242 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 64, note W. Zimmer. – CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH c/ Kreis Düren : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 213, note W. Zimmer*). Elle n'a pas été reprise explicitement dans ces dernières et ne figure pas à l'article 12 de la directive 2014/24 dont le paragraphe 4 est relatif à la « coopération public-public ».

En l'espèce, la Cour considère que cette exigence est toutefois maintenue. En effet, l'article 18 de la directive 2014/24 concernant les règles générales à la passation des marchés prévoit que les opérateurs économiques doivent être traités « sur un pied d'égalité et sans discrimination ». En outre, le considérant 31 de la directive prévoit qu'il convient « de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exclue n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés dans la mesure où cela place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ». En tout état de cause, le principe de libre concurrence visé à l'article 106, § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ferait obstacle à ce qu'un accord de coopération fausse le libre jeu de la concurrence.

La coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut avoir un impact sur la libre concurrence entre les opérateurs intervenant sur le marché en privilégiant un opérateur au détriment d'un autre. Cela peut être le cas, comme le relève l'Avocat général dans ses conclusions, lorsque cette coopération nécessite, pour son développement futur, la partici-

pation d'opérateurs économiques autres que les pouvoirs adjudicateurs. Dans cette hypothèse, la coopération ne doit pas empêcher certains opérateurs économiques à s'intégrer dans le mécanisme de prestations futures. À défaut, ils seraient placés en situation désavantageuse.

Cette exigence revêt une importance particulière en matière de logiciels. En effet, l'éditeur d'un logiciel se situe naturellement dans une position « préférentielle » quant à l'adaptation, la maintenance et le développement à venir de son logiciel de base. Ainsi, si cet éditeur cède un logiciel à un pouvoir adjudicateur et que ce dernier le met à disposition gratuitement (et sans mise en concurrence) auprès d'autres pouvoirs adjudicateurs, cet éditeur pourrait bénéficier d'un avantage par rapport à ses concurrents au regard des informations dont il dispose et de son savoir-faire. Cela pourrait avoir pour effet (le cas échéant et sous réserve du cas d'espèce), de « verrouiller le marché » en faveur de cet éditeur.

En l'espèce, la ville de Cologne avait publié un avis d'appel d'offres pour l'adaptation, le déploiement et la maintenance du logiciel mis à disposition par le Land de Berlin. Un des concurrents de l'éditeur du logiciel considérait que ce dernier était avantagé en ce qu'il était le seul susceptible de répondre à cet appel d'offres, au regard de la complexité technique des prestations à réaliser. La Cour considère qu'il appartient à la juridiction de renvoi de s'assurer que la ville de Cologne a fait en sorte que tous les candidats potentiels ont bénéficié des informations nécessaires afin de pouvoir participer à la procédure, et notamment qu'ils aient eu accès au code source du logiciel.

Une telle exigence interroge également lorsqu'un seul opérateur, en raison de droits d'exclusivité qu'il détiendrait vis-à-vis du logiciel, se verrait attribuer des marchés de gré à gré concernant la maintenance ou l'adaptation du logiciel (*V. not. CCP, art. R. 2122-3. – Et la jurisprudence du Conseil d'État : CE, 2 oct. 2013, n° 368846, Dpt Oise : JurisData n° 2013-021358 ; Lebon, p. 702 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 280, note J.-P. Pietri ; BJCP 2014, p. 43, concl. B. Dacosta*). Dans cette hypothèse, l'acquisition initiale donnerait lieu à une situation d'exclusivité qui prédéterminerait l'ensemble des marchés ultérieurs passés par les pouvoirs adjudicateurs bénéficiant dudit logiciel dans le cadre notamment de conventions de mise à disposition conclues à titre gratuit avec le pouvoir adjudicateur « acheteur initial » du logiciel en question.

Thomas VASEUX,
avocat au barreau de Paris, De Gaulle Fleurance & Associés

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Convention de mise à disposition
Contrats / Commande publique - Coopération public-public