

## [Jurisprudence] Quelques précisions sur les marchés passés dans le cadre d'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs

Réf. : CJUE, 28 mai 2020, aff. C-796/18 ([N° Lexbase : A23003M7](#))

N3883BYH



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie, le 29-06-2020

**Mots clés** : Notion de « contrat onéreux • Contrat entre deux pouvoirs adjudicateurs poursuivant un objectif commun d'intérêt public **L'accord par lequel, d'une part, un pouvoir adjudicateur met gratuitement à la disposition d'un autre pouvoir adjudicateur un logiciel et, d'autre part, est lié à un accord de coopération en vertu duquel chaque partie à cet accord est tenue de mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel qu'elle pourrait concevoir, constitue un « marché public »**

Dans un arrêt rendu le 28 mai 2020, la Cour de Justice de l'Union européenne se prononce, pour la première fois, à notre connaissance, depuis l'entrée en vigueur de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 ([N° Lexbase : L8592IZA](#)), sur les conditions d'application de l'exclusion du champ d'application de la Directive des marchés conclus exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs.

Les juges européens se prononcent sur trois questions préjudicielles, sur renvoi de l'Oberlandsgericht de Düsseldorf, relative, pour l'essentiel à l'interprétation de l'article 12, paragraphe 4 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014. Le litige au principal porte sur un recours de la société Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) contre un accord conclu entre la ville de Cologne et le Land de Berlin. En vertu de cet accord, le Land de Berlin mettait à disposition de la ville de Cologne, à titre gratuit, un logiciel de gestion des interventions des services de sapeurs-pompiers ; cet accord est adossé à un accord de coopération, par lequel les deux entités publiques convenaient de se faire bénéficier mutuellement et réciproquement, à titre gratuit, des développements et mises à jour ultérieures du logiciel.

L'affaire est l'occasion pour la Cour de Justice européenne de mettre à jour sa jurisprudence en matière de coopération, dite « horizontale », entre entités publiques. L'entrée en vigueur de la Directive 2014/24/UE, si elle n'a pas frappé d'obsolescence les précédentes décisions en la matière, que d'aucuns pourraient qualifier de classiques (CJUE, 9 juin 2009, aff. C-480/06 [N° Lexbase : A9625EHX](#) ; CJUE, 19 décembre 2012, aff. C-159/11 [N° Lexbase : A1300IZ8](#) ; CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13 [N° Lexbase : A9706MKP](#)), en a toute de même amoindri la portée, en ce que la Directive ne s'est pas bornée à une codification des principes jurisprudentiels existant. L'article 12, paragraphe 4 de la Directive 2014/24/UE « accueille la coopération horizontale de manière plus généreuse » que la jurisprudence antérieure, pour reprendre les termes de l'Avocat général Manuel Campos Sánchez-Bordona sur la décision rapportée.

**La première question portait sur la problématique de la qualification de l'accord entre les deux entités publiques en marché public.** Plus précisément était en cause la notion d'onérosité. Il résulte de la

définition du marché public posée à l'article 2, paragraphe 5 de la Directive 2014/24/UE que les marchés sont « des contrats à titre onéreux » [\[1\]](#).

L'exclusion des règles de passation des marchés publics prévue à l'article 12, paragraphe 4, n'a de sens et n'est applicable que si le contrat en cause mérite la qualification de marché public.

L'accord conclu entre la ville de Cologne et le Land de Berlin prévoyait que ce dernier mettait à disposition de la ville le logiciel de gestion des interventions des services de sapeurs-pompiers à titre gratuit ; un accord de coopération réciproque prévoyait en outre que les deux entités publiques s'obligeaient à mettre gratuitement à la disposition de l'autre partie les futurs développements de ce logiciel, qu'elle pourrait concevoir. La question consistait à déterminer si un tel groupe de contrats, instituant un jeu d'accords et d'obligations réciproques, devait être regardé comme étant réellement conclu à titre gratuit, ou instaurait une relation à titre onéreux entre les parties.

La Cour retient, classiquement, une interprétation extensive de la notion du caractère onéreux. L'onérosité implique que chaque partie reçoive une contrepartie à l'exécution de ses propres obligations, suivant une logique de « *do ut des* ». En d'autres termes, le caractère synallagmatique du contrat détermine la satisfaction de la condition d'onérosité [\[2\]](#).

Transposés au cas d'espèce, ces principes conduisent la Cour à considérer que « *le caractère onéreux du contrat de mise à disposition du logiciel et du contrat de coopération paraît subordonné au caractère synallagmatique de la coopération ainsi instauré* » (point n° 41 de la décision rapportée).

Or, la coopération instaurée entre la ville de Cologne et le Land de Berlin institue bel et bien une relation synallagmatique entre les deux entités publiques ; si bien qu'en dépit du fait que chacun des accords prévoit, individuellement, une mise à disposition à titre gratuit (« *engeltfrei* »), la relation, de manière globale, doit être regardée comme un rapport présentant un caractère onéreux (« *engeltlich* »). En effet, le caractère onéreux résulte, en l'espèce, de ce que les deux entités publiques se sont engagées réciproquement à mettre à disposition de l'autre partie, sans paiement, les développements ultérieurs du logiciel. La mise à disposition initiale du logiciel, du Land de Berlin à la ville de Cologne trouve sa contrepartie dans la mise à disposition par la ville de Cologne de futurs développements du logiciel, qu'elle ne manquera pas de faire réaliser, tôt ou tard, les exigences du service public réclamant au moins trois à quatre développements par an. La Cour s'attache également à relever le caractère contraignant de l'accord réciproque entre les parties : tout manquement pouvait donner lieu à une sanction.

Dans ce contexte, il est considéré que les accords liant les deux entités publiques étaient conclus à titre onéreux, et constituaient donc un marché public.

### **La deuxième question concernait plus directement les conditions d'application de l'exclusion prévue à l'article 12, paragraphe 4 de la Directive 2014/24/UE.**

Pour mémoire, les dispositions de l'article 12, paragraphe 4 de la Directive 2014/24/UE prévoient qu'« *un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente Directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies : a) le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ; b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération* », dispositions reprises en droit français à l'article L. 2511-6 du Code de la commande publique ([LXB=]).

La question soumise à la Cour portait sur la définition des activités de service public objets de la coopération : une coopération ne portant que sur des activités accessoires aux services publics, et non pas sur les services publics en eux-mêmes, peut-elle bénéficier de l'exclusion prévues par les dispositions du paragraphe 4 de l'article 12 de la Directive 2014/24/UE. La question portait également sur le fait de savoir si la mission de service public en cause doit être exercée de manière conjointe par les parties à l'accord de coopération.

Dans un premier temps, la Cour écarte toute interprétation restrictive du texte, qui conduirait à limiter l'exclusion aux services publics gérés en commun par les entités publiques coopérantes. L'exclusion prévue à l'article 12, paragraphe 4 de la Directive 2014/24/UE peut s'appliquer à une coopération portant sur des services publics qui ne sont pas fournis de manière conjointe par les parties à la coopération. En revanche, les services publics dont

les parties coopérantes doivent assurer la prestation doivent poursuivre la réalisation d'objectifs communs.

Il y a là un basculement par rapport au droit antérieur, qui cantonnait la coopération, à l'accomplissement d'une mission de service public relevant de la compétence de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs partie à l'accord. Le glissement d'une convergence des compétences pour l'exécution d'un même service public à la convergence d'intérêts communs découle de la rédaction des dispositions de l'article 12, paragraphe 4 de la Directive 2014/24/UE ; la référence à des intérêts communs devant « rendre la coopération plus flexible quant à son objet », ainsi que le relevait très justement l'avocat générale dans ses conclusions (points n°s 71 et 72).

Dans un second temps, la Cour précise que la coopération peut porter sur les activités annexes ou accessoires à un service public. La coopération peut donc viser des activités de support, et non pas uniquement la gestion ou la réalisation d'un service public en lui-même. Cette interprétation est relativement peu motivée par la Cour, mais procède des dispositions de l'article 12, paragraphe 4, interprétée à la lumière du considérant n° 33 figurant au préambule de la Directive 2014/24/UE, qui précise notamment que « cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux telles que des missions obligatoires ou volontaires [...] Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaire ».

**La troisième et dernière question portait sur les incidences de la coopération instaurées entre les deux entités publiques sur la concurrence.** Il s'agissait de déterminer si une coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne doit pas avoir pour effet, conformément au principe d'égalité de traitement, de placer une entreprise privée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

La Cour fait expressément survivre l'une des conditions de la coopération, dégagée par sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la Directive 2014/24/UE, à savoir que la coopération ne doit pas placer un opérateur privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents, alors même que celle-ci n'a pas été reprise par la lettre de l'article 12, paragraphe 4.

Pour justifier sa position et lui trouver un fondement textuel, la Cour se réfère, là encore, au considérant n°33 du préambule de la Directive 2014/24/UE, qui énonce dans son alinéa 2 que « les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente Directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ».

De manière plus intéressante, eu égard à la portée limitée que peut revêtir le considérant d'un préambule, la Cour justifie sa position en rappelant que l'accord de coopération, pour bénéficier de l'exclusion du champ d'application de la Directive 2014/24/UE prévue à l'article 12, paragraphe 4, doit pouvoir revêtir la qualification de marché public. Dès lors que l'accord est un marché public, les principes de la passation des marchés visés à l'article 18 de la Directive 2014/24/UE trouvent à s'appliquer, au nombre desquels figurent le principe de traitement des opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination, la transparence, la proportionnalité, l'interdiction de limiter artificiellement la concurrence, notamment en favorisant ou défavorisant certains opérateurs économiques. Le raisonnement, empreint d'un détour par la notion de marché public, souffre toutefois d'une certaine fragilité : le propre du marché public bénéficiant des conditions d'exclusion visées à l'article 12, paragraphe 4, est, précisément, d'être exclu du champ d'application des règles de passation posées par la Directive 2014/24/UE ; ce à quoi l'on pourra néanmoins rétorquer que les principes de passation des marchés convoqués par la Cour sont applicables de manière générale — et presque *urbi et orbi* — dès lors qu'ils revêtent une valeur fondamentale.

L'accord de coopération doit ainsi veiller à ne pas placer un opérateur économique privé dans une situation plus favorable que ses concurrents. Cela implique, par exemple, dans l'espèce concernée par la décision rapportée, que les marchés conclus par l'un ou l'autre des pouvoirs adjudicateurs coopérants pour les développements ultérieurs du logiciel puissent être passés avec un opérateur économique qui n'est pas l'auteur du logiciel initial. Une condition qu'il est aisée de poser dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle, mais qui sera souvent délicate à mettre en œuvre en pratique, selon les prestations et matières concernées.

### Quel impact dans ma pratique ?

La décision vient rappeler utilement que la condition d'onérosité, déterminante de la qualification de marché public, est appréciée de manière très large et englobante. Cette solution est valable, par-delà le cas d'espèce, dans le cadre de tout type de montage contractuel.

La coopération entre personnes publiques peut recouvrir un champ relativement large d'activités, et ne porter que sur des fonctions supports, accessoires à l'exercice d'une mission de service public, pour peu que les parties à la coopération poursuivent des objectifs communs.

La mise en place d'une coopération entre personnes publiques, qui échappe aux règles de passation des marchés publics, nécessite cependant une expertise et une réflexion approfondie au préalable, de manière à éviter toute requalification et toute atteinte au droit de la concurrence. Il convient ainsi d'être prudent sur l'utilisation de ce montage.

**[1]** Si les textes français ont abandonné l'expression « à titre onéreux », ils ont toutefois conservé l'idée, aux termes de l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique (**N° Lexbase : L4504LRA**) : « Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

**[2]** CJUE, 21 décembre 2016, aff. C-51/15 (**N° Lexbase : A7103SXD**), § 43 : *En effet, seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la Directive 2004/18, ce caractère onéreux impliquant que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché public reçoive en vertu de celui-ci, moyennant une contrepartie, une prestation devant comporter un intérêt économique direct pour ce pouvoir adjudicateur [...]. Le caractère synallagmatique du contrat est ainsi une caractéristique essentielle d'un marché public, comme l'a relevé M. l'Avocat général au point 36 de ses conclusions ».*

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable