

2 Les marchés publics de services de recherche et développement



Christophe FARINEAU,
avocat au barreau de Paris,
Seban & Associés



Antonin GRAS,
docteur en droit public,
élève-avocat,
Seban & Associés

Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement n'ont été que peu explorés. La présente contribution se propose d'examiner les règles applicables à ces marchés dont les contours exacts sont encore incertains.

1 - Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement (marchés de R&D) sont, en exagérant, un « angle mort » du droit de la commande publique. Peu d'études ont été consacrées à leur sujet¹, ce qui tranche avec la pratique des acheteurs qui le mobilisent ou souhaiteraient le faire. Ces marchés bénéficient en effet d'un attrait certain. Une fois passée la barrière des conditions de recours, ils permettent aux acheteurs de contracter avec un opérateur sans publicité ni mise en concurrence préalables en vue de mener conjointement un programme de R&D.

2 - Les raisons ayant conduit à leur consécration sont louables et toujours d'actualité. L'innovation est l'un des principaux moteurs de la croissance économique dans les économies post-industrielles, raison pour laquelle elle est soutenue. Au plan européen, l'article 130 F du Traité instituant la Communauté européenne² affirmait déjà l'« objectif de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté et de favoriser le développement de sa compétitivité internationale, ainsi que de promouvoir les actions de recherche [...] »³, ce qui implique notamment de « rendre le cadre réglementaire et économique [...] plus propice à l'innovation »⁴. La directive « services » de 1992⁵ excluait ainsi le cofinancement de programmes de recherche de son champ d'application. L'exclusion, confirmée par les directives de 2004⁶, a été précisée par les dernières directives de 2014⁷. Dans l'objectif d'encourager le cofinancement de programmes de R&D provenant de sources industrielles, elles ne s'appliquent qu'à certains marchés de services de R&D⁸ dont les « fruits appartiennent exclusivement » à l'acheteur « pour son usage dans l'exercice de sa propre activité » et si « la prestation de services est entièrement rémunérée par » lui⁹.

3 - Les marchés de R&D sont, par suite, consacrés de longue date en droit français¹⁰ et figurent désormais à l'article L. 2512-5, 2° du Code de la commande publique (CCP) qui soumet à certaines dispositions relatives à l'exécution et à la fin des contrats (V. CCP, art. L. 2521-1 à L. 2521-5) les « services relatifs à la recherche et

développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ». On perçoit d'emblée une différence d'approche avec les directives : alors que ces dernières identifient les seuls services de R&D soumis à elles, le CCP vise à l'inverse des services qui seront « exclus » de la quasi-intégralité de ses dispositions.

4 - Les marchés de R&D s'inscrivent désormais dans un droit de la commande publique innovante particulièrement foisonnant. Les partenariats d'innovation¹¹, d'abord, qui sont des marchés ayant pour objet la R&D « de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition ultérieure des produits, services ou travaux en résultant » (CCP, art. L. 2172-3). Ils impliquent un véritable effort de *sourcing* (V. CCP, art. R. 2111-1) de la part des acheteurs pour s'assurer de l'impossibilité de satisfaire leur besoin par des solutions disponibles sur le marché. À la différence des marchés de R&D, une mise en concurrence est nécessaire (CCP, art. R. 2172-26) ; en revanche, les partenariats d'innovation intègrent l'acquisition de la solution innovante sans remise en concurrence après la phase de R&D. C'est là tout leur intérêt comparativement aux marchés de R&D¹². Ensuite, une expérimentation en cours jusqu'au 27 décembre 2021¹³ permet de réaliser des achats publics innovants¹⁴, qui sont des marchés de fournitures, de travaux ou de services innovants (c'est-à-dire nouveaux ou sensiblement améliorés [V. CCP, art. R. 2124-3, 2°] d'un montant inférieur à 100 000 euros, sans publicité ni mise en concurrence, encore que l'achat doive être effectué en « bon gestionnaire »¹⁵). Néanmoins, ces contrats font encore l'objet d'une mise en œuvre modeste.

5 - Les acheteurs publics et les opérateurs économiques sont confrontés à des incertitudes quant à la définition à retenir des services de R&D, mais aussi sur le régime applicable à ces marchés. La difficulté de cerner les contours des marchés de R&D constitue de fait leur écueil principal.

6 - Certains éléments d'analyse permettent néanmoins d'éclaircir les conditions de recours aux marchés de R&D (1) ainsi que leur régime juridique (2).

1. V. J. Dabreteau, *Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement* : Contrats publ. – Le Moniteur 2019, n° 203.

2. Version consolidée en 1992.

3. V. désormais, TFUE, art. 179.

4. *Comm. de la Commission*, 13 sept. 2006, n° COM/2006/502.

5. *Dir. 92/50/CEE*, art. 1^{er}, a), ix).

6. *Dir. 2004/17/CE*, art. 24, e). – *Dir. 2004/18/CE*, art. 16, f).

7. *Dir. 2014/24/UE*, art. 14. – *Dir. 2014/25/UE*, art. 32.

8. Visés par la nomenclature CPV (vocabulaire commun pour les marchés publics) prévue par le règlement (CE) n° 213/2008.

9. *Dir. 2014/24/UE*, art. 14 et *dir. 2014/25/UE*, art. 32.

10. L. n° 91-3, 3 janv. 1991, art. 10-1, II, 7° (telle que modifiée par la L. n° 97-50, 22 janv. 1997).

11. CCP, art. L. 2172-3 et R. 2172-20 à R. 2172-32. – *Le partenariat d'innovation est issu de l'art. 31 de la dir. n° 2014/24/UE et de l'art. 49 de la dir. n° 2014/25/UE*.

12. *DAJ, Fiche pratique « Le partenariat d'innovation »*, 1^{er} avr. 2019.

13. V. C. Farineau, P. Guellier, *L'hypothèse des achats innovants* : Contrats publ. – Le Moniteur 2019, n° 203.

14. D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018.

15. V. D. n° 2018-1225, 24 déc. 2018, art. 1^{er}.

1. Les conditions de recours aux marchés de R&D

7 - Le CCP soumet le recours aux marchés de R&D à deux conditions. D'une part, la présence de services de R&D et, d'autre part, deux autres exigences alternatives tenant aux résultats ou aux coûts.

A. - La condition matérielle du marché : un service de R&D

1° Les services de R&D selon le CCP

8 - S'agissant de prestations de R&D, l'article L. 2512-5, 2° du CCP vise des marchés de services à l'exclusion des marchés de travaux et de fournitures¹⁶. Mais quel est, concrètement, le service rendu ? C'est tout l'enjeu de ces contrats.

9 - Le CCP définit la R&D selon trois éléments : « l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques » lesquels sont des « dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif » (CCP, art. L. 2512-5, al. 2). Sont exclus du champ de la R&D la réalisation et la qualification de prototypes de préproduction, l'outillage et l'ingénierie industrielle, la conception industrielle et la fabrication (CCP, art. L. 2512-5, al. 2).

10 - Il s'agit de faire émerger des connaissances nouvelles et de démontrer leur consistance par des prototypes. La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ) en a déduit qu'étaient visés les programmes « sans prolongement industriel direct »¹⁷. Cela reste toutefois vague. Peut-on soutenir qu'il résulte des textes une « définition relativement large de la R&D » et qu'il existe un véritable « potentiel d'utilisation »¹⁸ ? Cela est discutable. La jurisprudence française, bien que rare, confirme la rigueur des textes. Il en ressort notamment que l'utilisation directe des résultats de la R&D à des fins décisionnelles exclut la qualification de marché de R&D¹⁹. On peut regretter que soit créée, « ce faisant, ex nihilo une troisième condition non prévue par les textes »²⁰.

11 - Les sources européennes ne permettent pas d'avoir de certitudes. Les directives de 2014²¹ mentionnent, comme relevant de la R&D, certaines prestations mais leur désignation manque de précision²². À notre connaissance, la jurisprudence européenne n'apporte pas d'éléments²³. La Commission européenne a néanmoins indiqué que « la R&D peut recouvrir des activités telles que la recherche et l'élaboration de solutions, le prototypage et la mise au point initiale d'une quantité limitée de produits ou services nouveaux sous la forme de série expérimentale » sans aller jusqu'au développement commercial, à l'intégration ou la person-

nalisation²⁴. Pour rappel, le développement ne saurait comprendre des prototypes de préproduction²⁵. Ces éléments révèlent des incertitudes sur la notion de R&D : dans la chronologie de l'innovation, à quel moment prend-elle fin ? Certaines comparaisons apportent des éclaircissements.

2° La détermination de la R&D par comparaison

12 - Premièrement, la R&D se distingue de l'innovation²⁶. Alors que la R&D peut aboutir à des connaissances nouvelles puis une invention, l'innovation correspond davantage à une amélioration de l'existant ou une invention commercialisée (ou en voie de commercialisation) (V. CCP, art. L. 2172-3, al. 2). Une instruction fiscale confirme que l'innovation est une notion globale qui va au-delà de la seule R&D puisqu'elle intègre, à la carte, des éléments qui vont de la recherche à la commercialisation. Ainsi, certaines activités relèvent de l'innovation sans relever de la R&D, telles « l'acquisition de technologie [...] l'outillage et l'ingénierie industrielle, les études de conception industrielle [...], l'acquisition d'autres équipements, le démarrage de la production et la commercialisation »²⁷.

13 - Deuxièmement, il est indéniable que les dispositifs juridiques visant la R&D ont été consacrés sur le modèle du Manuel de Frascati²⁸. Il constitue en conséquence une source pertinente. Ce document, édité par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), indique en effet que la R&D englobe les trois types d'activité également identifiés par le CCP²⁹.

14 - Il précise que la recherche fondamentale « consiste en des travaux de recherche expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances » sans envisager une utilisation particulière, la « recherche appliquée consiste en des travaux de recherche originaux entrepris en vue d'acquérir de nouvelles connaissances et dirigés principalement vers un but » pratique déterminé et le « développement expérimental consiste en des travaux systématiques – fondés sur [...] de nouvelles connaissances techniques – visant à déboucher sur de nouveaux produits ou procédés ou à améliorer les produits ou procédés existants »³⁰. La réalisation de prototypes de mise au point relève de la R&D, laquelle ne prend fin que lorsque toutes les modifications nécessaires pour rendre valable la technologie ont été apportées ; en revanche n'en relève pas la construction de plusieurs exemplaires d'un prototype modifié dans un but commercial³¹. Cinq critères de la R&D sont proposés : « l'activité doit comporter un élément de nouveauté, de créativité et d'incertitude quant à son résultat et elle doit être systématique, transférable et/ou reproductible »³².

15 - Troisièmement, parmi les exceptions à l'interdiction des aides d'État, figurent certains mécanismes d'aides à la R&D³³. Ainsi, les définitions retenues dans ce cadre³⁴ sont aussi utiles pour cerner la notion de R&D³⁵.

16. V. toutefois CCP, art. R. 2122-10 et R. 2122-11, 1°.

17. DAJ, « Guide pratique, Achat public innovant », mai 2019, p. 30 : Contrats-Marchés publ. 2019, alerte 30, F. Linditch

18. J. Dabreteau, art. préc.

19. CAA Lyon, 28 avr. 2016, n° 14LY02974. – Ce qui conduit la DAJ à écrire que les simples marchés d'études ne relèvent pas de la R&D (« DAJ, Les exclusions de l'article 14 de l'ordonnance relative aux marchés publics applicables aux pouvoirs adjudicateurs », 24 juin 2016, p. 4). – V. aussi, CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 98BX02208 : JurisData n° 2002-178613.

20. J. Dabreteau, art. préc.

21. Dir. 2014/24/UE, art. 14 et dir. 2014/25/UE, art. 32.

22. Sont visés, par exemple, par renvoi à la nomenclature CPV : 73100000-3 : Services de recherche et développement expérimental ; 73111000-3 : Services de laboratoire de recherche ; 73112000-0 : Services de recherche marine ; 73420000-2 Étude de préaisabilité et démonstration technique ; 73430000-5 : Test et évaluation...

23. V. néanmoins, en matière de fournitures, TUE, 15 janv. 2013, aff. T-54/11, Royaume d'Espagne c/ Comm.

24. Comm. de la Commission n° COM/2007/799.

25. CCP, art. L. 2512-5, 2°. – V. également Dir. 2009/81/CE, art. 1, § 27.

26. Sur les détails de cette notion, V. OCDE/Eurostat, Manuel d'Oslo 2018 : Lignes directrices pour le recueil, la communication et l'utilisation des données sur l'innovation : Éditions OCDE, 4^e éd., 2019, 283 p.

27. Instr. fiscale n° BOI-BIC-RICI-10-10-10-20-20161102, 2 nov. 2016.

28. OCDE, Manuel de Frascati 2015 : Lignes directrices pour le recueil et la communication des données sur la recherche et le développement expérimental : OECD Publishing, 2016, 443 p.

29. Ibid., p. 47.

30. Ibid., p. 47.

31. Ibid., p. 65.

32. Ibid., p. 45.

33. Comm. de la Commission, 27 juin 2014, 2014/C/198/01, pt 4.

34. Ibid., pt 15. – V. au niveau national, régime cadre exempté de notification N° SA.40391 relatif aux aides à la recherche, au développement et à l'innovation (RDI) pour la période 2014-2020, lequel reprend les mêmes définitions.

35. L'unité des notions n'est toutefois pas exclusive d'une diversité dans leur application, sans doute plus restrictive en matière de commande publique qu'en matière d'aides d'État.

16 - D'abord, la recherche fondamentale y est définie de la même manière que dans le Manuel de Frascati. Ensuite, la recherche appliquée est définie comme « la recherche industrielle, le développement expérimental ou toute combinaison des deux ». La recherche industrielle implique la mise au point ou l'amélioration en profondeur de prestations. Enfin, le développement expérimental est défini comme « l'acquisition, l'association, la mise en forme et l'utilisation de connaissances et d'aptitudes scientifiques, technologiques, commerciales et autres pertinentes en vue de développer des produits, des procédés ou des services nouveaux ou améliorés ». Le développement expérimental a donc pour objet une connaissance qui pourrait aboutir, à terme, en une solution. Il peut aussi « comprendre la création de prototypes, la démonstration, l'élaboration de projets pilotes, les essais et la validation de produits, de procédés ou de services nouveaux ou améliorés dans des environnements représentatifs des conditions de la vie réelle ». Cette référence aux démonstrations dans des environnements représentatifs n'est pas anodine (elle figure aussi dans le CCP) : il s'agit du dernier stade de l'innovation rattachable à la R&D avant la démonstration dans un environnement opérationnel³⁶.

17 - Quatrièmement, le droit fiscal français peut aussi être mobilisé. Certaines activités de recherche sont en effet éligibles au crédit d'impôt recherche. À nouveau, la définition de la R&D comprend les mêmes composantes (*V. CGI, ann. III, art. 49 septies F, a), b) et c)*, une instruction de 2016³⁷ se fondant explicitement sur le Manuel de Frascati. Elle indique que l'« état des techniques existantes, ou état de l'art, constitue la référence pour déterminer si un projet est de la R&D »³⁸. L'état des techniques existantes résulte de toutes les connaissances accessibles au début de la R&D à partir de diverses sources (publications, brevets, etc. qu'elles soient gratuites ou payantes, du moment qu'elles ne sont pas secrètes) et constitue « la référence permettant d'identifier l'incertitude scientifique et/ou technique que l'activité de R&D se donne pour objectif de résoudre »³⁹. La R&D doit, à travers la dissipation d'une incertitude, potentiellement conduire à une technologie véritablement nouvelle par rapport aux connaissances existantes.

18 - L'intérêt de cette doctrine fiscale est également de donner, de même que le Manuel de Frascati⁴⁰, des exemples. Ainsi, dans le domaine des sciences exactes, naturelles et de l'ingénieur, l'« étude de la pénétration optimale des volumes dans l'air relève de la recherche fondamentale. La définition de formes sous de nouvelles contraintes, adaptée à une pénétration dans l'air prenant en compte les contraintes de fabrication et/ou de coût par exemple, constitue de la recherche appliquée. La vérification des résultats précédents ou le recueil de données sur un site expérimental, ou en vraie grandeur, relève du développement expérimental ».

19 - L'interprétation par le juge administratif de la notion de R&D est, comme en droit de la commande publique, assez exigeante. Il a ainsi dégagé un certain nombre d'indices sur la nature des incertitudes requises pour qu'un programme soit qualifié de R&D. S'agissant de la restructuration d'une base de données de gestion de la relation client, la cour administrative d'appel de Paris a considéré que les incertitudes identifiées étaient « classiques », a retenu que les travaux procédaient « d'une simple utilisation de l'état des techniques existantes » et se sont, au demeurant, « traduits par des améliorations non substantielles » des techniques en cause⁴¹. Ce

faisant, les travaux ne pouvaient être regardés comme des opérations de développement expérimental et relever de la R&D. Et le dépôt d'un brevet ne suffit pas, « à lui seul, à établir le caractère substantiel d'innovations techniques »⁴².

20 - Après ce tour d'horizon, une synthèse de la R&D peut être proposée. Derrière une multitude de sources, il y a en réalité une unité liée au Manuel de Frascati. La R&D peut être engagée soit pour l'acquisition de connaissances nouvelles sans autre but (recherche fondamentale), ce qui est peu probable sans être exclu pour certains acheteurs, soit en vue d'une prestation nouvelle ou fondamentalement améliorée (recherche appliquée et développement expérimental), ce qui est plus probable. En tout état de cause, la R&D doit potentiellement conduire à une véritable nouveauté par rapport à l'état des techniques existantes. En ce sens, elle doit présenter une incertitude quant à son résultat. Parce qu'elle comporte également du développement sans prolongement industriel direct (ou sans utilisation à des fins décisionnelles, encore que ce point mériterait d'être confirmé), la R&D est limitée au regard du processus plus large qu'est l'innovation. Elle ne s'étend pas à la commercialisation d'une solution et toute préoccupation commerciale, en particulier de rentabilité, en est exclue. Toutefois la R&D peut être effectuée en vue (stade ultérieur et éventuel non couvert par elle) de l'amélioration substantielle de prestations existantes ou de la création de nouvelles prestations. C'est là son intérêt principal. La R&D s'arrêtera donc à la démonstration d'un prototype dans un environnement représentatif (laboratoire reproduisant les conditions réelles). Autrement dit, la technologie doit être validée dans son fonctionnement et non dans son application. La R&D exclut toute opération de préproduction, d'intégration, de personnalisation de la prestation pour répondre aux besoins particuliers d'un acheteur, de design et de fabrication. De manière simplifiée, on peut dire que la R&D constitue la phase amont de l'émergence d'une innovation. C'est une invention « brute ». Si le flou des notions devrait parfois permettre une certaine marge de manœuvre dans leur application, il n'en permet pas une interprétation extensive.

B. - Deux conditions alternatives liées à l'exécution des prestations

21 - Le marché de R&D implique le partage des coûts ou des résultats⁴³. Si la logique partenariale résulte de ces conditions de recours, qui sont aussi des conditions d'exécution, leur interprétation est plus subtile qu'il n'y paraît.

1° L'absence d'acquisition de la propriété exclusive des résultats par l'acheteur

22 - Pour qu'un contrat soit qualifié de marché de R&D, l'acheteur peut décider de ne pas acquérir « la propriété exclusive des résultats » (*CCP, art. L. 2512-5, 2°*). Mais qu'est-ce qu'un résultat et comment doit s'organiser le partage ?

23 - Des droits de propriété intellectuelle (protégés par le brevet, la marque et le droit d'auteur) seront le plus souvent en jeu⁴⁴. Le marché peut organiser les modalités de répartition des droits de propriété intellectuelle et sceller le sort des connaissances antérieures apportées par le titulaire du marché, en faisant par exemple référence aux dispositions du CCAG-PI⁴⁵. Il est conseillé que les droits visés, les éléments sur lesquels ils portent et l'utilisation qui peut en être faite soient minutieusement prévus.

24 - Les droits de propriété intellectuelle ne devant pas devenir la propriété exclusive de l'acheteur, la directive 2014/24/UE

36. Selon le *Technology readiness level* imaginé par la NASA et repris dans des documents nationaux (www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/innovation/tc2015/technologies-cles-2015-annexes.pdf).

37. *Instr.*, 2 nov. 2016, préc.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. OCDE, *Manuel de Frascati 2015, préc., spéc. p. 64 s.*

41. CAA Paris, 31 mars 2015, n° 13PA04836, *Sté Triago Europe*. – Dans le même sens, V. CE, 9 févr. 2005, n° 250920, *SA Noirot-Manutention* : *JurisData* n° 2005-080634 ; Lebon T., p. 859 et 1043. – CAA Paris, 7 mars 2019, n° 18PA00532. – CAA Paris, 22 janv. 2004, n° 99PA1121.

42. CE, 13 nov. 2013, n° 341432, *Sté Cpt d'études matériels techniques* : *JurisData* n° 2013-026163 ; Lebon T., p. 575.

43. V. not. *Comm. de la Commission*, n° COM/2007/799.

44. V. en ce sens, *DAJ, Guide pratique, Achat public innovant, préc., spéc. p. 30.*

45. A. 16 sept. 2009, art. 24 et 25 portant approbation du CCAG applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles.

indique qu'un partage fictif des résultats de la R&D remettrait en cause la satisfaction de ce critère alternatif⁴⁶. En pratique, cela devrait pouvoir se traduire par un partage des droits entre les cocontractants mais également par l'octroi exclusif des droits à l'opérateur économique. Dans ce cas, l'acheteur peut néanmoins prévoir l'utilisation qui sera faite de ces droits en négociant une licence d'exploitation à son profit ou à des tiers, voire une cession des droits à des tiers. L'acheteur doit ainsi anticiper ce qu'il entend faire de l'invention à venir (permettre à un opérateur d'exploiter l'invention pour faire réaliser un bien dans le cadre d'un marché ultérieur ? Exploiter le brevet pour ses propres besoins ? À titre exclusif ou non ?, etc.). Cela aura nécessairement des conséquences sur le montant des prestations de l'opérateur.

25 - Si un partage des droits est envisagé entre l'acheteur et le titulaire du marché, le Code de la propriété intellectuelle (CPI) prévoit un régime de copropriété en matière de brevets. Les brevets confèrent normalement un titre de propriété industrielle pour une invention, qui consiste en un droit exclusif d'exploitation sur une période définie (CPI, art. L. 611-1). Mais la copropriété des brevets est possible lorsqu'il existe des co-inventeurs (CPI, art. L. 613-29 et s.), chacun des copropriétaires pouvant exploiter l'invention et agir en contrefaçon à son profit. Chacun peut concéder également une licence d'exploitation non exclusive, une licence d'exploitation exclusive exigeant que chacun des copropriétaires donne son accord. En outre, les dispositions en cause du CPI étant supplétives, les copropriétaires peuvent y déroger par un règlement de copropriété (CPI, art. L. 613-32).

2° Le cofinancement du programme par l'acheteur

26 - Pour qu'un contrat soit qualifié de marché de R&D, l'acheteur peut également décider de ne pas financer « entièrement la prestation » (CCP, art. L. 2512-5, 2°).

27 - Les financements en cause peuvent consister, par la force de l'évidence, en une dépense en numéraire. Il peut par exemple s'agir du « partage du coût financier des études à réaliser »⁴⁷. Mais la notion de financement s'entend-elle plus largement ? On peut tout à fait concevoir que le cofinancement consiste en « une variété d'apports par les parties, valorisés pour les besoins du projet » tels les apports « en industrie, sous forme de mise à disposition de moyens humains (savoir-faire, compétences professionnelles, expertise technique, etc.) » et « en nature, sous forme de mise disposition de moyens matériels (par exemple un démonstrateur technologique) »⁴⁸. Il conviendra alors de clairement identifier et évaluer les apports respectifs des parties et d'en préciser l'usage.

28 - La proportion du financement respectif des parties, qui n'est pas précisément imposée par les textes, devra faire l'objet d'une attention particulière. On peut à cet égard lire dans la directive 2014/24/UE qu'une participation « purement symbolique à la rémunération du prestataire de service ne devrait pas empêcher l'application de la présente directive »⁴⁹. Il en a été déduit qu'il « est préférable [...] qu'une forme d'équilibre soit observée [...] et qu'à tout le moins les apports de l'acheteur n'apparaissent pas disproportionnés »⁵⁰, ce qui ne semble cependant pas exigé.

29 - En définitive, les conditions de recours au contrat de R&D posées par l'article L. 2512-5, 2° du CCP sont strictes, ce qui n'étonne guère s'agissant d'une procédure de passation dérogatoire. Il est, en effet, de jurisprudence constante que les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le droit de l'Union, dans le secteur des marchés publics, doivent faire

l'objet d'une interprétation stricte⁵¹. Ces conditions ne doivent pas pour autant être entendues de manière excessivement étroite, l'objectif des textes étant également de favoriser la R&D.

2. Le régime des marchés de R&D

30 - Le régime des marchés publics de R&D présente des particularités qui portent tant sur leur nature juridique (ils se rattachent aux « autres marchés publics ») que sur leur passation (ils sont dispensés des procédures prévues par le CCP).

A. - La clarification de la nature juridique et des règles applicables aux marchés de R&D

1° La clarification de la nature juridique

31 - L'entrée en vigueur du CCP a clarifié la nature juridique des contrats de R&D comme, d'ailleurs, de l'ensemble de la catégorie des « autres marchés publics »⁵². L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ne permettait pas de déterminer si les marchés « exclus » de l'ordonnance, tels que l'étaient les marchés de R&D, étaient des contrats administratifs⁵³.

32 - L'article L. 6 du CCP dispose désormais que les contrats relevant de ce code sont des contrats publics sous réserve, notamment, « de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie ». Les contrats visés sont les « autres marchés publics » dont font partie les marchés publics de R&D. Ces contrats sont donc, en principe, de droit privé⁵⁴ à moins qu'ils constituent, comme le précise l'article L. 6, des « contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses ». En filigrane, ce sont les critères jurisprudentiels de qualification des contrats administratifs qui sont consacrés par le CCP⁵⁵. Ainsi, ce sont des règles jurisprudentielles anciennes qui permettent de déterminer la nature juridique d'un marché de R&D, ce qui est source de sécurité.

33 - Outre la détermination de l'ordre juridictionnel compétent en cas de litige, cette donnée déterminera s'il convient d'appliquer d'autres règles jurisprudentielles classiques. Le code mentionne en effet, toujours à l'article L. 6, des règles générales applicables aux « autres marchés publics » à la condition qu'ils soient administratifs. Il s'agit du pouvoir de contrôle⁵⁶ et de résiliation unilatérale⁵⁷ au profit de l'acheteur, du principe de continuité du service public⁵⁸ et de la théorie de l'imprévision⁵⁹.

34 - Malgré cette clarification sur la nature des contrats, des incertitudes demeurent toutefois sur le régime applicable aux « autres marchés publics », dont les marchés publics de R&D.

2° La clarification relative des règles applicables

35 - Le CCP consacre les règles applicables aux « autres marchés publics » plutôt que de déterminer les règles dont ils sont exclus.

36 - La nouveauté tient à ce que les marchés publics de R&D sont soumis, selon l'article L. 2512-4 du CCP auquel l'article L. 2512-5

51. V. en ce sens, CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-275/08, Comm. c/ Allemagne, pt 55 : *JurisData* n° 2009-016361.

52. V. C. Farineau, T. Rouveyran, *Les autres marchés publics ou le remodelage des marchés exclus* - *Contrats publ.* - *Le Moniteur* 2019, n° 195.

53. F. Linditch, *L'ordonnance relative aux marchés publics : champ d'application* : *JCP A* 2015, 2290.

54. Possibilité expressément prévue par l'article L. 2521-3 du CCP.

55. À savoir les critères du contrat ayant pour objet l'exécution du service public (CE, 20 avr. 1956, *Bertin* : *GAJA*, 2019, n° 66) et de la clause exorbitante de droit commun (CE, 31 juill. 1912, *Sté granits porphyroïdes Vosges* : *GAJA*, 2019, n° 23. - T. confil., 13 oct. 2014, n° 3963, *SA AXA France IARD* : *JurisData* n° 2014-025099 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 322, note G. Eckert).

56. CE, 31 mai 1907, n° 16324, *Deplanque* : *Lebon*, p. 513.

57. CE, 2 mai 1958, n° 32401, *Distillerie Magnac-Laval* : *Lebon*, p. 246.

58. Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC. - CE, 13 juin 1980, n° 17995, *Bonjean* : *Lebon*, p. 274.

59. CE, 30 mars 1916, n° 59928, *C^{ie} générale d'éclairage Bordeaux* : *Lebon*, p. 125 ; *GAJA*, 2019, n° 28.

46. Dir. 2014/24/UE, cons. 35.

47. DAI, « Guide pratique, Achat public innovant », préc., spéc. p. 30.

48. J. Dabreteau, art. préc.

49. Dir. 2014/24/UE, cons. 35.

50. J. Dabreteau, art. préc.

renvoie, « aux règles définies au titre II ». Ce titre porte sur les règles générales applicables aux « autres marchés publics » (à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer). S'agissant d'une codification à droit (quasi) constant, les dispositions du CCP (CCP, art. L. 2521-1 et s., R. 2521-1 à R. 2521-4, R. 2521-6 et D. 2521-5) s'en tiennent à soumettre ces contrats aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique (CCP, art. L. 2500-2), aux délais de paiement, au pouvoir de résiliation, à l'essentiel des règles sur le règlement amiable des différends et à la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (CCP, art. L. 2521-1 et s.). Malgré l'effort de regroupement des règles applicables aux « autres marchés publics », une déception se fait sentir à la lecture de ce qui est, finalement, une compilation de renvois à des blocs de règles applicables⁶⁰.

37 - Aucune mention n'étant, en outre, faite des règles de passation applicables aux contrats de R&D, ce point appelle des éclaircissements.

B. - La question de la mise en concurrence

1° L'absence de procédure de passation

38 - Comme sous l'empire de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, les marchés de R&D ne sont pas soumis aux règles de passation prévues par le CCP.

39 - En indiquant que sont applicables à ces marchés les règles figurant au « Titre II », le CCP exclut l'application d'autres règles, dont celles relatives à la procédure de passation. À nouveau, malgré l'effort entrepris de détermination des règles applicables, il reste que la rédaction aurait gagné à écarter expressément l'application des autres règles du code. En tout état de cause, aucune règle de passation ne vise spécialement les marchés de R&D ou la catégorie des « autres marchés publics ».

40 - Par ailleurs, s'agissant de l'application des principes fondamentaux de la commande publique, le Conseil d'État a jugé que, bien qu'exclus du champ de l'ordonnance de 2015, les « autres contrats publics » sont « régis par la loi française » et sont « soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, [...] d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle »⁶¹. Cette position a été confirmée lors de l'examen du CCP (le Conseil d'État semblant d'ailleurs retenir que les principes fondamentaux s'appliquent à certains « autres marchés publics » seulement⁶²). Le CCP pourrait opportunément préciser, à l'endroit des « autres marchés publics », si l'article L. 3 s'applique⁶³.

41 - Un autre point doit attirer la vigilance des acheteurs publics. Pour que le prix payé par l'acheteur ne soit pas considéré comme une aide d'État, il lui revient en effet de vérifier qu'il est celui du marché - une mise en concurrence pouvant être un moyen de s'en assurer⁶⁴. Une mise en concurrence peut être un moyen de s'assurer que le prix de la prestation de R&D correspond bien à celui du marché. À cet égard, le concept des achats publics avant commer-

cialisation (APAC)⁶⁵ peut être mobilisé puisqu'il consiste en une méthode de passation des marchés de R&D par phases selon laquelle certains opérateurs sont évincés entre chaque étape de R&D. Il convient également de rappeler que la Commission européenne considère que les aides en matière de R&D octroyées à un opérateur peuvent ne pas constituer, sous certaines conditions, des aides d'État prohibées⁶⁶.

2° Les suites du contrat

42 - Lorsque la phase de R&D est terminée, le marché public prend fin. Mais, pour que les résultats de la R&D se transforment en biens ou services commercialisables, il faut encore achever le travail d'innovation. La solution innovante issue de ce travail ne peut être acquise par l'acheteur qu'après une mise en concurrence⁶⁷. Cette mise en concurrence, qui constitue déjà un inconvénient pour l'acheteur, peut être en outre « difficile à justifier auprès du partenaire, qui a investi pour développer une solution [...] et qui peut craindre que le fruit de son travail soit porté à la connaissance de concurrents éventuels [...]. Il est donc primordial de s'interroger dès le démarrage du projet sur sa finalité : soutenir le développement d'une solution avec ou sans acquisition à l'issue ? »⁶⁸. En outre, il devra veiller à ce que le titulaire du marché de R&D ne soit pas avantagé ou en situation de conflit d'intérêts lors de la passation du marché de biens ou services tirés de la R&D⁶⁹. Le contrat d'achat public innovant (si la valeur estimée du besoin est inférieure à 100 000 euros), actuellement en expérimentation, peut également constituer une solution.

43 - Pour acheter le ou les services ou biens créés à partir des résultats de la R&D sans mise en concurrence à l'issue de la phase de R&D, l'acheteur devra préférer le partenariat d'innovation.■

Essentiel à retenir

- Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement permettent aux acheteurs de contracter avec un opérateur sans publicité ni mise en concurrence préalables en vue de mener conjointement un programme de R&D.
- La notion de services de R&D, délicate à appréhender, englobe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques. En est notamment exclue la réalisation de prototypes de préproduction.
- Deux autres conditions alternatives de recours aux marchés de R&D imposent soit l'absence d'appropriation exclusive des droits de propriété intellectuelle par l'acheteur, soit un cofinancement du programme entre les cocontractants qui peut consister en une participation en numéraire ou prendre une autre forme.
- Les marchés de R&D sont en principe de droit privé et font partie de la catégorie des « autres marchés publics » du Code de la commande publique. Ils sont exclus de la quasi-intégralité de ses dispositions.

Mots-Clés : Commande publique - Marchés de R&D

JurisClasseur : Contrats et marchés publics, fasc. 65-12

60. V. C. Farineau, T. Rouveyran, art. préc.

61. CE, 5 févr. 2018, n° 414846, Sté Peyrani et a. : *JurisData* n° 2018-001386 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 78, note M. Ubaud-Bergeron.

62. V. DAJ, « Fiche de présentation du Code de la commande publique », 8 janv. 2019, pt 2.5.

63. Après des débats liés à une décision récente (CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-285/18, Irgita : *Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 366, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2020, p. 118, note L. Richer), il semble qu'il faille considérer que la passation des marchés exclus au sens de la directive 2014/24/UE, dont les contrats *in house*, ne doit pas donner lieu à publicité sauf circonstances – très – particulières.

64. V. *Comm. de la Commission*, n° COM/2007/799. V. également *Régime cadre exempté de notification N° SA.40391 relatif aux aides à la RDI*, préc.

65. *Comm. de la Commission*, n° COM/2007/799, préc.

66. *Comm. de la Commission*, 27 juin 2014, n° 2014/C/198/01, préc., spéc. pt 31 à 34. – V. également *Les possibilités offertes par le régime cadre exempté de notification N° SA.40391 relatif aux aides à la RDI*, préc.

67. V. en ce sens, DAJ, « *Guide pratique, Achat public innovant* », préc., spéc. p. 30.

68. *Ibid.*

69. CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03 et C-34/03, *Fabricom SA c/ État belge*. – V. aussi les indications données par la *Comm. de la Commission*, n° COM/2007/799.