

Une approche PRD (Projet de Recherche et Développement) comme moyen d'accélérer la concrétisation du Plan Numérique Wallon.

Le Plan Numérique Wallon, annoncé depuis un an attend au niveau des Villes Intelligentes ses premières réalisations.

Il est évident qu'une approche Marché Public, avec ses cahiers de charges, ses procédures d'évaluation et d'attribution prend beaucoup de temps et ne permettrait pas de voir les premières concrétisations mi- voir fin 2017.

La Commission Européenne, comprenant les difficultés d'accélérer la mise en place de projets « Smarter Cities » a défini une solution que les états membres peuvent traduire en législation nationale.

Le développement de services innovants suppose des phases de tests et d'expérimentation. La Commission européenne considère que toute communauté urbaine peut développer une politique proactive en la matière en donnant accès à son territoire et à ses données pour favoriser les phases de recherche et de développement portées par le secteur privé. Lorsque c'est justifié, la communauté urbaine participe à leur financement puisqu'elle est la première à bénéficier durablement des résultats de ces développements et que ceux-ci soutiennent l'activité économique sur son territoire.

Par ailleurs, l'Europe attire l'attention des États membres sur les possibilités existantes, mais inexploitées, d'achats publics avant commercialisation à travers des contrats de type PRD.

1. L'exception « R&D » en matière de marchés publics trouve son fondement dans le droit européen des marchés publics mis en place par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après « **la directive 2004/18** ») (2.1).
2. Il faut néanmoins souligner que cette directive 2004/18 a été abrogée au 18 avril 2016 au profit de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés publics abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après « **la directive 2014/24** ») (2.2).
3. En droit belge, l'exception « R&D » trouve sa base légale dans les mesures de transposition de la directive 2004/18 contenues dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après « **la loi du 15 juin 2006** ») (2.3). Si la nouvelle loi belge n'est pas encore en vigueur, elle a néanmoins été adoptée le 17 juin 2016 (ci- après « **la loi du 17 juin 2016** ») et comprend également une disposition relative à l'exception « R&D » (2.4.).

En synthèse, on relèvera que cette exception « R&D » s'applique lorsque les conditions suivantes soient réunies :

- **il faut que l'on soit en présence d'un « marché de services » ;**
- **les services doivent porter sur de la « recherche et du développement » ;**
- **il faut que les fruits de la recherche ou du développement n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur ;**
- **il faut que les services ne soient pas entièrement payés par le pouvoir adjudicateur (il convient qu'il y ait un cofinancement entre « l'industrie » et le pouvoir adjudicateur).**

(voir Question Reponses / Annexe pour l'analyse détaillée)

Les avantages du contrat PRD :

- rapidité de mise en route du fait de l'absence de certaines contraintes des marchés publics qui ne sont pas (toujours) d'application pour les marchés du type PRD ;
- la combinaison d'un nombre de partenaires industriels privés, le monde universitaire, des start-ups, et un centre de recherche assure une approche ancrée dans le tissu technologique local
- permet aux partenaires privés de faire valoir leurs compétences et d'investir dans le transfert de know how, dans le domaine des Smart Cities sans être exclus de la participation de futurs marchés publics
- accès direct à un modèle avec gouvernance et comité de suivi ;
- l'expérimentation permettra de valider la solution technique et prouver sa pertinence, sans engagement sur son déploiement
- le fait de lancer, en même temps, un nombre d'initiatives qui de par leurs conceptions seront adaptées à l'échelle de la Région Wallonne, mutualisables et horizontalement intégrées
- utilisation par un PPP (Partenariat Public Privé) existant (Futurocité) permet :
 - concrétisation rapide sur le terrain de la volonté de la Région wallonne de devenir une « Smart Region » attractive et un haut lieu d'innovation et d'excellence
 - en se positionnant comme un centre d'affaires et de décision
 - et en offrant un cadre de vie et de travail amélioré ainsi que de nouveaux services aux citoyens et aux entreprises pour favoriser la création de richesse et d'emplois.

Quelques aspects centraux d'un PRD « Smart Cities »

Un PRD débute par un « living lab » (laboratoire urbain/régional) afin de définir les domaines de la vie urbaine où les technologies nouvelles peuvent apporter un renouveau, par exemple

- collaboration citoyenne
- mobilité
- ressources et performances énergétiques
- sécurité et sûreté
- analyse, prévention et détection des fraudes et des anomalies
- analyse des documents administratifs et/ou juridiques par l'intelligence artificielle et le 'machine learning'
- Mettre en œuvre l'internet des objets au service de la société
- Développer, avec l'aide des universités, un centre de compétence wallon
- Accélérer les recherches notamment en matière d'oncologie et autres
- nouvelles formes de distribution commerciale
- relations intergénérationnelles...

Un PRD se base sur le partage de l'information et de la stimulation numérique afin

- d'optimiser et de rationaliser l'utilisation des ressources naturelles et énergétiques ;
- d'enrichir la gamme des services délivrés aux citoyens, aux administrations et aux entreprises ;
- de mesurer et contrôler la réalité et la consistance de ces services ;
- de réagir en temps réel aux situations opérationnelles d'urgence ;
- de mettre en place une gouvernance adaptée à l'évolution des systèmes intelligents.

Voici la marche à suivre que nous proposons :

- identifier les partenaires qui sont prêts à collaborer et à participer au projet de recherche et développement (PRD) Une université, un centre de recherche, des entreprises technologiques importantes, des start-ups, chaque fois ensemble ou séparément ;
- établir une gouvernance mise en place et gérée par l'Agence du numérique (ADN) et FuturoCité ;
- sélectionner, lors d'un living lab, un nombre de projets prioritaires en collaboration avec les partenaires identifiés, sous la gouvernance de l'ADN et en impliquant la Région, les villes et les communes ;
- Déterminer les démonstrateurs à mettre en oeuvre
- Etablir un plan de réalisation, sur, par exemple trois années
- suivre, encadrer, coacher chacun de ces projets ;
- après un délai convenu d'avance (trois ans, par exemple), établir une première mesure (basée sur des indicateurs de performance) de l'avancée du travail et en tirer les conclusions ;
- poursuivre les projets jusqu'à l'échéance en les adaptant sur la base des premières mesures (méthode « agile ») ;
- après un autre délai convenu d'avance, établir une seconde mesure et
 - déterminer la situation pour chacun des projets sélectionnés, puis

- en déduire
 - ce qui fonctionne
 - ce qui « marche » partiellement et peut être corrigé
 - et ce qui ne fonctionne pas ;
- procéder à une nouvelle sélection d'un nombre de projets incluant ceux qui faisaient partie de la première sélection et qui n'ont pu être terminés (parce qu'ils ont dû être corrigés), sans reprendre évidemment les projets qui n'ont pas fonctionné ;
- et ainsi de suite...

FuturoCité

Etapes essentielles

Identification des partenaires

Définition de l'écosystème

Préparation du programme

Identification des projets

Définition du programme et de la forme contractuelle

Définition du « roadmap »

Finalisation de la gouvernance

Approbation et signatures

Démarrage de la gouvernance

Démarrage du premier projet

Gestion du programme

Futuro Cité

Questions et Réponses fournies par CMS DeBacker

En synthèse, on relèvera que cette exception « R&D » s'applique lorsque les conditions suivantes soient réunies :

- il faut que l'on soit en présence d'un « marché de services » ;
- les services doivent porter sur de la « recherche et du développement » ;
- il faut que les fruits de la recherche ou du développement n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur ;
- il faut que les services ne soient pas entièrement payés par le pouvoir adjudicateur (il convient qu'il y ait un cofinancement entre « l'industrie » et le pouvoir adjudicateur).

il est marqué .. "il faut que les services ne soient pas entièrement payés par le pouvoir adjudicateur"

Est-ce qu'il y a un ratio défini ? Si non quel est selon vous un ratio acceptable ?

Est que la contribution des partenaires privés peut être réalisé à travers des valorisations ou est ce qu'il faut réellement un Transfer de cash ?

La réglementation ne définit pas un tel ratio. Nous n'avons pas non plus trouvé de jurisprudence nous permettant de déterminer plus précisément en quoi consiste un ratio « acceptable ».

Cela étant dit, le cofinancement ne doit pas être symbolique. En effet conformément au considérant 35 de la directive 2014/24 :

*« Le cofinancement de programmes de recherche et développement (R&D) provenant de sources industrielles devrait être encouragé. Par conséquent, il y a lieu de préciser que la présente directive ne s'applique qu'en l'absence d'un tel cofinancement et lorsque les résultats des activités de R&D reviennent au pouvoir adjudicateur concerné. Cela ne devrait pas exclure la possibilité pour le prestataire de service ayant réalisé ces activités d'en publier un compte rendu, tant que le pouvoir adjudicateur conserve le droit exclusif d'utiliser les résultats de la R&D dans l'exercice de ses propres activités. Toutefois, **un partage fictif des résultats de la R&D ou une participation purement symbolique** à la rémunération du prestataire de service ne devrait pas empêcher l'application de la présente directive. »*

En tout état de cause, il conviendrait d'appréhender cette condition par rapport aux données factuelles du marché en question. A cet égard, et en lien avec votre question relative à la forme que peut revêtir le cofinancement (valorisation ou sortie de cash),

la rémunération partagée de la recherche et du développement entre le pouvoir adjudicateur et le prestataire de service pourrait être qualifiée de cofinancement ouvrant les possibilités de l'exception « R&D » s'il est démontré que le cofinancement n'est pas seulement symbolique mais qu'il couvre bien la rémunération des services à prester. Une sortie de « cash » n'est pas en principe absolument nécessaire.

il est marqué.” Il faut que l'on soit en présence d'un 'marché de services' “

Est-ce que ceci permet de définir des projets ou il y a combinaison de personnes (conseils), de matériel (hardware) et de logiciel applicative (software) ?

Nous comprenons que vous envisagez d'appliquer l'exception R&D pour des marchés « mixtes » portant en partie sur des services et en partie sur des fournitures.

En principe, l'exception « R&D » ne peut s'appliquer qu'à des marchés de services – au contraire d'un marché public de fournitures.

Toutefois, la directive 2014/24 précise en son article 3 que :

« En ce qui concerne les marchés mixtes [...] portant en partie sur des services et en partie sur des fournitures, l'objet principal est déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services. »

Ceci est également le cas dans la loi belge.

Dès lors, si la valeur des fournitures liées à l'objet du marché est plus importante que celle des services de recherche et développement, le marché public doit être considéré comme un marché de fourniture qui ne relève pas de l'exception « R&D. Au contraire, si la valeur des services est la plus importante, l'exception peut s'appliquer.

Afin de déterminer la possible application de l'exception « R&D » dans le cadre d'un marché mixte, le pouvoir adjudicateur doit donc évaluer a priori – soit en amont du marché – la valeur respective des éventuels produits et des services de recherche et développement.

il est marqué..” Il faut que les fruits de la recherche ou du développement n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur”

Est-ce que on peut considérer que si le projet apporte

des avantages pour les citoyens cette condition est satisfaite ?

Cette condition dépend aussi essentiellement d'une situation de fait qu'il convient d'examiner au cas par cas.

Comme indiqué dans notre mémo, la doctrine indique que si le marché de services de recherche et développement n'est pas poursuivi dans l'unique intérêt du pouvoir adjudicateur mais qu'il **s'inscrit dans un souci d'intérêt général**, il faut considérer que les fruits du marché n'appartiennent pas au pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, l'attention doit aussi se porter sur le futur des services de recherche et développement visés par le contrat et **la volonté de les partager ou non avec des tiers**. Dès lors, une indication importante reste la question de savoir si les résultats de la recherche seront librement accessibles au monde scientifique : cela crée une présomption que le pouvoir adjudicateur ne se réserve pas exclusivement les fruits du marché.

En d'autres termes, il conviendrait de définir en quoi le marché s'inscrit dans un souci d'intérêt général et de prévoir le cas échéant que le pouvoir adjudicateur consent au partage avec des tiers des services de recherches visés par le marché.

MEMO

CMS DeBacker
Avocats – Advocaten

Chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles
Belgique

A Frank Butstraen et Julie Roger

Copie

De V. Dor & Gilles Bataille

Date 24 août 2016

Vos réf.

Nos réf. 47127 – Futurocité – projet Smart Region

T +32 2 743 69 00

T direct +32 2 743 69 72

F +32 2 743 69 01

E virginie.dor@cms-db.com

www.cms-db.com

Le présent mémo examine les conditions d'application de la réglementation sur les marchés publics au regard de l'exception relative aux marchés de services de recherche et développement dans le cadre du projet « Smart Region » de la Région wallonne.

En synthèse, on relèvera que cette exception « R&D » s'applique lorsque les conditions suivantes soient réunies :

- **il faut que l'on soit en présence d'un « marché de services » ;**
- **les services doivent porter sur de la « recherche et du développement » ;**
- **il faut que les fruits de la recherche ou du développement n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur ;**
- **il faut que les services ne soient pas entièrement payés par le pouvoir adjudicateur (il convient qu'il y ait un cofinancement entre « l'industrie » et le pouvoir adjudicateur).**

Ces conditions sont examinées plus en détails ci-dessous.

CMS DeBacker SCRL - RPM Bruxelles - TVA: BE 0430.408.301 - IBAN: BE98 6300 2257 5393 - BIC: BBRUBEBB

CMS DeBacker is a member of CMS, the organisation of European law firms. In certain circumstances, CMS is used as a brand or business name of some or all of the member firms. Further information can be found at www.cmslegal.com.

CMS offices and associated offices: Amsterdam, Berlin, Brussels, Lisbon, London, Madrid, Paris, Rome, Vienna, Zurich, Aberdeen, Algiers, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dresden, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kyiv, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Milan, Moscow, Munich, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warsaw and Zagreb.

TABLE DES MATIÈRES

1. CONTEXTE	2
2. CADRE LÉGAL DE L'EXCEPTION « R&D »	3
2.1 L'exception « R&D » dans la directive 2004/18.....	3
2.2 L'exception « R&D » dans la directive 2014/24.....	5
2.3 L'exception « R&D » dans la loi du 15 juin 2006	6
2.4 L'exception « R&D » dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics	6
2.5 Conclusion quant aux conditions de l'exception « R&D »	7
3. EXAMEN DES NOTIONS ET CONDITIONS DE L'EXCEPTION « R&D »	8
3.1 Analyse théorique des conditions.....	8
3.1.1 Notion de « marché de services ».....	8
3.1.2 Notion de « services de recherche et développement »	9
3.1.3 Notion de « pouvoir adjudicateur » du point de vue de l'association.....	11
3.1.4 Condition liée à « l'appartenance exclusive » des fruits du marché	12
3.1.5 Condition liée au « cofinancement »	13

*

1. CONTEXTE

1. Futurocité souhaite participer au projet « Smart Region » en Wallonie et ce, en poursuivant son objectif de « stimuler et supporter la croissance/reliance économique et l'innovation technologique en accélérant le développement des villes et communes intelligentes ».

Plus particulièrement, Futurocité entend favoriser le développement de services innovants en soutenant diverses phases de tests et d'expérimentation qui restent encore à définir (p.ex. réalisation d'un cadastre énergétique, suivi de la qualité de l'air/des bâtiments publics)

2. Dans ce contexte, Futurocité se pose la question de l'application de la réglementation des marchés publics à la relation qui la lierait aux entreprises qui devraient réaliser ces tests et expérimentations, spécifiquement au regard de l'exception dite « R&D » qui prévoit que sont exclus de la réglementation des marchés publics de services, certains marchés publics de recherche et développement (ci-après « **l'exception « R&D »** »).

Ce mémo trace une première analyse théorique de l'exception « R&D » telle que prévue dans la réglementation sur les marchés publics.

2. CADRE LÉGAL DE L'EXCEPTION « R&D »

3. L'exception « R&D » en matière de marchés publics trouve son fondement dans le droit européen des marchés publics mis en place par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après « **la directive 2004/18** ») (2.1).

Il faut néanmoins souligner que cette directive 2004/18 a été abrogée au 18 avril 2016 au profit de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés publics abrogeant la directive 2004/18/CE (ci-après « **la directive 2014/24** ») (2.2).

4. En droit belge, l'exception « R&D » trouve sa base légale dans les mesures de transposition de la directive 2004/18 contenues dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après « **la loi du 15 juin 2006** ») (2.3). Si la nouvelle loi belge n'est pas encore en vigueur, elle a néanmoins été adoptée le 17 juin 2016 (ci-après « **la loi du 17 juin 2016** ») et comprend également une disposition relative à l'exception « R&D » (2.4).

2.1 L'exception « R&D » dans la directive 2004/18

5. Aux termes de l'article 16, F), de la directive 2004/18, cette directive – comprenant la réglementation européenne en matière de marchés publics – « *ne s'applique pas aux marchés de services : (...) e) concernant des services de recherches et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation du service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur* ».

Autrement dit, la directive 2004/18 s'applique aux services de recherche et développement si (i) les fruits de cette recherche ou de ce développement appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, et (ii) si la prestation du service – à savoir la recherche et le développement – est entièrement rémunérée par le pouvoir

adjudicateur. Ces conditions sont cumulatives : si une des conditions fait défaut, le marché public de services de recherche et développement échappe à la réglementation sur les marchés publics.

6. Le terme « services de recherche et développement » n'est pas défini dans la directive 2004/18.

Tout au plus, l'annexe IIA de la directive identifie les « *services de recherche et développement* » en fonction des numéros de référence « CPV » visés par le règlement (CE) n° 2013/2008 qui met en place un vocabulaire commun pour les marchés publics ⁽¹⁾.

Ainsi, sont visés sous le terme « services de recherche et développement » au sens de la directive 2004/18, les services suivants :

- 73000000-2 Services de recherche et développement et services de conseil connexes
- 73100000-3 Services de recherche et développement expérimental
- 73110000-6 Services de recherche
- 73111000-3 Services de laboratoire de recherche
- 73112000-0 Services de recherche marine
- 73120000-9 Services de développement expérimental
- 73300000-5 Conception et exécution dans le domaine de la recherche et du développement
- 73420000-2 Etude de pré faisabilité et démonstration technique
- 73430000-5 Test et évaluation

Sont par contre explicitement exclus des termes « services de recherche et développement » au sens de la directive 2004/18, les services suivants :

- 73200000-4 Services de conseil en recherche et développement
- 73210000-7 Services de conseil en recherche
- 73220000-0 Services de conseil en développement

Il faut également souligner qu'il existe, dans le CPV, toute une catégorie de « services informatiques et services connexes » en dehors des « services de recherche et développement ». Ces services informatiques ne sont donc pas visés par l'exception « R&D ».

7. Pour le surplus, la directive 2004/18 n'apporte aucune précision quant aux conditions visées par l'article 16, f), à savoir l'appartenance exclusive des fruits au pouvoir adjudicateur et la rémunération entière des services par le pouvoir adjudicateur.

Le considérant 23 de la directive 2004/18 développe néanmoins que « *en vertu de l'article 163 du traité, l'encouragement de la recherche et du développement technologique constitue un des moyens de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté, et l'ouverture des marchés publics de services aide à la réalisation de cet objectif.* Le

1 Règlement (CE) n° 2013/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV.

cofinancement de programmes de recherche ne devrait pas être visé par la présente directive; ne sont dès lors pas visés les marchés de services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de services soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur » (nous soulignons).

Un accent particulier semble être mis sur le cofinancement des programmes de recherches.

2.2 L'exception « R&D » dans la directive 2014/24

8. La nouvelle directive 2014/24 reprend l'exception « R&D » de manière semblable à la directive 2004/18.

Ainsi, l'article 14 de la directive 2014/24 dispose que cette directive « *ne s'applique qu'aux marchés de services de recherche et de développement relevant des codes CPV 73000000-2 à 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 et 73430000-5, pour autant que les deux conditions suivantes soient réunies :*

- a) leurs fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité; et*
- b) la prestation de services est entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur ».*

A contrario, si ces deux conditions ne sont pas remplies, la directive ne s'applique pas.

Les codes « CPV » visés par l'article 14 de la directive 2014/24 sont les mêmes que ceux visés par la directive 2004/18. Les conditions sont également exactement les mêmes.

9. Aucune autre indication n'est apportée dans les différentes dispositions de la directive 2004/24.

Toutefois, le considérant 35 de la directive 2004/24 apporte encore quelques précisions intéressantes. Ainsi, « le cofinancement de programmes de recherche et développement (R&D) provenant de sources industrielles devrait être encouragé. Par conséquent, il y a lieu de préciser que la présente directive ne s'applique qu'en l'absence d'un tel cofinancement et lorsque les résultats des activités de R&D reviennent au pouvoir adjudicateur concerné. Cela ne devrait pas exclure la possibilité pour le prestataire de service ayant réalisé ces activités d'en publier un compte rendu, tant que le pouvoir adjudicateur conserve le droit exclusif d'utiliser les résultats de la R&D dans l'exercice de ses propres activités. Toutefois, un partage fictif des résultats de la R&D ou une participation purement symbolique à la rémunération du prestataire de service ne devrait pas empêcher l'application de la présente directive » (nous soulignons).

Trois éléments principaux ressortent de ce considérant :

- lorsqu'il y a cofinancement par l'industrie et le pouvoir adjudicateur, la directive ne s'applique pas ;
- un marché public de services de recherche et développement reste soumis à la réglementation des marchés publics si le partage des résultats est purement fictif – c'est-à-dire que les fruits appartiennent *in fine* exclusivement au pouvoir adjudicateur **ou** si le cofinancement est purement symbolique – et que le donc la prestation de services doit être considérée *in fine* comme étant payée entièrement par le pouvoir adjudicateur ;
- lorsqu'un marché de public de services de recherche et développement est soumis à la réglementation des marchés publics – en raison notamment d'une utilisation exclusive des résultats – cela ne devrait pas empêcher le prestataire de services de publier un compte rendu de la recherche (alors même que les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur).

2.3 L'exception « R&D » dans la loi du 15 juin 2006

10. L'article 16, 40° de la loi du 15 juin 2006 dispose que ne sont pas soumis à l'application de la présente loi, à l'exception de l'article 44/1 : « *les marchés publics relatifs aux services de recherche et développement. La loi est par contre applicable aux marchés publics dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur, pour son usage dans l'exercice de sa propre activité et dont la prestation du service est entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur* ».

Ce faisant, le législateur belge a repris telle quelle l'exception « R&D » érigée au niveau européen. Pour le surplus, aucune précision n'est apportée par la loi du 15 juin 2006 ni dans ses travaux préparatoires.

2.4 L'exception « R&D » dans la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

11. Bien que non encore entrée en vigueur, il peut être utile de se référer à la notion de l'exclusion « R&D » dans la nouvelle loi relative aux marchés publics, du 17 juin 2016. L'article 32 de la loi reprend l'exception « R&D » telle que prévue dans la loi du 15 juin 2006 en l'adaptant – légistiquement – à la nouvelle directive européenne.

Ainsi, selon cette disposition, « *ne sont pas soumis à l'application de la présente loi, les marchés de services de recherche et de développement. La loi est par contre applicable aux marchés de services de recherche et de développement relevant des codes CPV 73000000-2 à 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 et 73430000-5, pour autant que les deux conditions suivante soient réunies:*

- 1° leurs fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité; et*

2° *la prestation de services est entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur* »⁽²⁾.

12. Le commentaire de l'article 32 du projet de loi précise ainsi que « *tout comme l'article 18, 4°, de la loi du 15 juin 2006, l'article 32, qui transpose l'article 14 de la directive 2014/24/UE, exclut les marchés publics de recherche et de développement du champ d'application de la législation relative aux marchés publics. Il précise à nouveau que cette législation leur est applicable lorsque les conditions visées aux 1° et 2° sont remplies en ajoutant toutefois, et c'est une nouveauté, que ces marchés doivent relever des codes CPV 73000000-2 à 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 et 73430000-5. Ces codes CPV, dont la liste est exhaustive, correspondent uniquement à la catégorie 8 de l'Annexe II, A, de la loi du 15 juin 2006. Ils ne visent dès lors pas les services informatiques et services connexes (catégorie 7 de l'annexe II, A, de la loi précitée) ou encore les services d'études de marché et de sondage (catégorie 10 de l'annexe II, A, précitée). Il convient en outre de rappeler qu'en vertu de la loi défense et sécurité, les services de recherche et de développement en matière de défense et de sécurité, qui figuraient autrefois dans la liste des codes CPV de la catégorie 8 de l'Annexe II, A, de la loi du 15 juin 2006, ne relèvent plus du champ d'application du présent projet* »⁽³⁾ ⁽⁴⁾.

Pour le surplus, aucune autre précision n'est apportée par le nouveau projet de loi relatif aux marchés publics. Les conditions de l'exception « R&D » restent inchangées.

2.5 Conclusion quant aux conditions de l'exception « R&D »

13. **Pour que l'on se trouve dans le cadre de l'exception « R&D » (et que la loi relative aux marchés publics ne s'applique pas), il convient donc que les conditions suivantes soient réunies :**

- il faut que l'on soit en présence d'un « marché de services » ;
- les services doivent porter sur de la « recherche et du développement » ;
- il faut que les fruits de la recherche ou du développement n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur ;
- il faut que les services ne soient pas entièrement payés par le pouvoir adjudicateur (il convient qu'il y ait un cofinancement entre « l'industrie » et le pouvoir adjudicateur).

2 Voy. article 32 du projet de loi relatif aux marchés publics : Doc. Parl., Chambre, session 2015/2016, n° 1541/001, p. 241.

3 Doc. Parl., Chambre, session 2015/2016, n° 1541/001, p. 67.

4 En ce qui concerne une application à des codes CPV, il faut relever que l'exception « R&D » de la loi du 15 janvier 2006 visait déjà les mêmes codes CPV que ceux prévus dans la directive 2004/17 et 2004/18 puis 2014/24 et 2014/25. Ainsi, l'annexe II de la loi du 15 juin 2006 reprend déjà les codes CPV particuliers applicables à la catégorie « services de recherche et développement ».

3. EXAMEN DES NOTIONS ET CONDITIONS DE L'EXCEPTION « R&D »

3.1 Analyse théorique des conditions

14. Le cadre légal de l'exception « R&D » est donc sensiblement le même au niveau européen et au niveau belge, spécifiquement en ce qui concerne les conditions de son application.

En résumé, les marchés publics de services de recherche et développement – visés par des codes CPV identifiés – échappent à la réglementation des marchés publics à condition que les fruits de la recherche n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur et que cette dernière ne finance pas entièrement les services de recherche et de développement.

Dans ce contexte, nous examinons ci-dessous les notions et conditions suivantes :

- la notion de « marché de services » (4.1.1.) ;
 - la notion de « services de recherche et développement » (4.1.2.) ;
 - la notion de « pouvoir adjudicateur » du point de vue de l'association (4.1.3.) ;
 - la condition liée à « l'appartenance exclusive » des fruits du marché public (4.1.4.) ;
 - et la condition liée au « cofinancement » (4.1.5).
15. A titre préliminaire, il faut souligner qu'aucune jurisprudence spécifique ne semble exister sur les conditions d'application de l'exception « R&D ». Dès lors, les éléments d'appréciation relèvent d'une interprétation de la réglementation eu égard à ses objectifs – notamment décrits dans les considérants des directives européennes.

En outre, la satisfaction aux conditions d'application de l'exception « R&D » semble relever d'une approche casuistique, en fonction des circonstances du marché public en l'espèce.

Par ailleurs, si le marché envisagé ne devait pas répondre à ces conditions, en vertu de l'article 105 §1 1^o et 32 al 1^e, 3^o de l'AR du 15 juillet 2011 et l'article 26 § 1^{er} 1^o, a, de la loi du 15 juin 2006, l'on pourrait opter pour une procédure négocier sans publicité si la dépense à approuver ne dépasse pas 209.000 €

3.1.1 Notion de « marché de services »

16. Dans le cadre de l'examen de l'exception « R&D », il faut souligner que l'exception ne peut s'appliquer qu'à des marchés de services – au contraire d'un marché public de fournitures. Ainsi, la fourniture industrielle d'un projet à développer n'est pas visée par l'exception « R&D » (5).
17. A cet égard, la directive précise que :

5 Voy. égal. infra (3.2.) le considérant 13 de la directive 2009/81.

« Les marchés qui ont pour objet plusieurs types d'achats (travaux, services ou fournitures) sont passés conformément aux dispositions applicables au type d'achat qui constitue l'objet principal du marché en question.

En ce qui concerne les marchés mixtes portant à la fois sur des services au sens du titre III, chapitre I, et en partie sur d'autres services, ou les marchés mixtes portant en partie sur des services et en partie sur des fournitures, l'objet principal est déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services. »⁽⁶⁾.

Dès lors, si la valeur des fournitures liées à l'objet du marché est plus importante que celle des services de recherche et développement, le marché public doit être considéré comme un marché de fourniture qui ne relève pas de l'exception « R&D ».

Afin de déterminer la possible application de l'exception « R&D » dans le cadre d'un marché mixte, le pouvoir adjudicateur doit donc évaluer *a priori* – soit en amont du marché – la valeur des éventuels produits et des services de recherche et développement. La Commission européenne souligne néanmoins que, dans la plupart des cas, les marchés publics relatifs à de la recherche et développement ressortent à la qualification de marché de services⁽⁷⁾.

3.1.2 Notion de « services de recherche et développement »

18. Outre ce qui a déjà été relevé *supra* en ce qui concerne les codes CVP, il convient de relever que l'application de l'exception « R&D » nécessite que le marché ait trait à des services « de recherche et développement ».

Cette notion n'est pas définie par la réglementation générale des marchés publics rappelée ci-avant.

Néanmoins, la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité (...) (ci-après « **la directive 2009/81** ») définit la recherche et développement comme :

« l'ensemble d'activités regroupant la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental, ce dernier pouvant comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif »⁽⁸⁾.

6 Art. 3 de la directive 2014/24.

7 Voy. l'appréciation faite par la Commission européenne à propos de l'exception « R&D » dans le cadre de la directive 2009/81 : Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security – Guidance note Research and Development, Directorate General Internal Market and Services, disponible en ligne, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/defence/guide-research_en.pdf.

8 Art. 1er, point 27, de la directive 2009/81.

Cette définition est précisée dans le considérant 13 de la directive 2009/81 qui dispose qu' :

« aux fins de la présente directive, le terme «recherche et développement» devrait couvrir la recherche fondamentale, la recherche appliquée et le développement expérimental. La recherche fondamentale consiste en des travaux expérimentaux ou théoriques entrepris principalement en vue d'acquérir de nouvelles connaissances sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans envisager une application ou une utilisation particulière. La recherche appliquée consiste également en des travaux originaux entrepris en vue d'acquérir des connaissances nouvelles. Cependant, elle est surtout dirigée vers un but ou un objectif pratique déterminé. Le développement expérimental consiste en des travaux fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà. Le développement expérimental peut comprendre la réalisation de démonstrateurs technologiques, c'est-à-dire de dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif.

Les termes « recherche et développement » ne comprennent pas la réalisation et la qualification des prototypes de pré-production, l'outillage et l'ingénierie industrielle, la conception industrielle ou la fabrication » (nous soulignons).

19. Cette définition et ce considérant de la directive 2009/81 permettent de mieux appréhender la notion de « recherche et développement » – notamment en ce qu'elle peut viser le développement de nouveaux procédés, systèmes et services sur la base de connaissances existantes, à savoir la recherche expérimentale. Par contre, l'exception « R&D » ne vise pas la conception industrielle d'un produit connu.
20. La doctrine souligne que la notion de « nouveauté » doit occuper une place centrale dans le marché public en question, sans pour autant impliquer de nouvelles connaissances ⁽⁹⁾. Comme souligné dans le considérant 13 de la directive 2009/81, la recherche ou le développement peut aussi porter sur le développement de nouveaux procédés au départ de connaissances existantes.

Il faut néanmoins relever que le marché de recherche et de développement est à différencier du marché d'étude. En effet, dans un marché d'étude, il est attendu qu'une proposition d'analyse et une solution à un problème spécifique sur la base des connaissances existantes soit fournie au pouvoir adjudicateur dans un délai relativement court ⁽¹⁰⁾. Ainsi, les marchés de recherche et de développement devraient aussi être caractérisés par du long terme et la possibilité de l'échec – sans que l'utilité pratique du marché ne constitue un élément essentiel ⁽¹¹⁾. Dans ce contexte, une application ciblée de la recherche n'est pas essentielle ⁽¹²⁾.

9 A. DELVAUX (e.a.), Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, tome 1A, Confédération Construction, 2014, p. 238.

10 F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, « Toepassingsgebied » in D. D'HOOGHE et N. KIEKENS, De gunning van overheidsopdrachten, die Keure, Brugge, 2016, p.154.F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, op. cit., p. 154.

11 A. DELVAUX (e.a.), op. cit., p. 238.

12 F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, op. cit., p. 154.

On retient donc les éléments suivants constitutifs du marché de services de « R&D » :

- L'élément de nouveauté, pouvant consister en la mise au point d'un procédé nouveau, au départ de connaissances existantes ;
- La recherche peut viser le développement expérimental, qui consiste en des travaux fondés sur des connaissances existantes obtenues par la recherche et/ou l'expérience pratique, en vue de lancer la fabrication de nouveaux matériaux, produits ou dispositifs, d'établir de nouveaux procédés, systèmes et services ou d'améliorer considérablement ceux qui existent déjà ;
- La possibilité d'échec ; l'absence à cet égard d'une obligation de résultat (l'utilité pratique du résultat de la recherche ne constitue pas l'élément essentiel du marché) ;
- La réalisation sur le long terme.

3.1.3 Notion de « pouvoir adjudicateur » du point de vue de l'association

21. Dans le cadre de l'exception « R&D », il paraît important de souligner que la notion de pouvoir adjudicateur vise également les « *associations formées* » entre pouvoirs adjudicateurs.

Par conséquent, les conditions de l'exception « R&D » – en tant qu'elles s'appliquent à un pouvoir adjudicateur – s'appliquent également à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs le cas échéant impliqués dans le marché public de services de recherche et développement.

En d'autres termes, si deux pouvoirs adjudicateurs s'associent pour passer un marché de service de recherche et développement et se réservent chacun les fruits exclusifs du marché – y compris à parts égales : 50 % pour l'un et 50 % pour l'autre – et cofinancent le marché, il faut partir du principe que l'exception « R&D » n'est pas satisfaite dès lors que les deux pouvoirs adjudicateurs sont considérés comme une seule entité, à savoir « le » pouvoir adjudicateur au sens du cadre légal de l'exception « R&D ». A deux, elles financent à 100% du projet et en détiennent les fruits.

Dès lors, *a priori*, dans le chef du pouvoir adjudicateur, les conditions de l'exception « R&D » doivent être appréhendées avec la notion de « tiers » au marché : des tiers financent-ils les services de recherche et développement et des tiers peuvent-ils bénéficier des fruits du marché ? Toutefois, il n'est pas exclu que le prestataire de services lui-même, qui financerait les services de recherche et développement et/ou qui bénéficierait des fruits de la recherche puisse être considéré comme un tiers du pouvoir adjudicateur permettant de rencontrer l'exception « R&D » (voy. égal. *infra* les développements quant aux conditions de l'exception « R&D »). C'est ce que laisse entendre le considérant précité de la directive 2014/24 en ce qu'il indique que la directive vise à encourager le cofinancement entre l'industrie et les entités adjudicatrices.

3.1.4 Condition liée à « l'appartenance exclusive » des fruits du marché

22. La première condition de l'exception « R&D » prévoit que pour que le marché de services de recherche et développement ne soit pas soumis à la réglementation des marchés publics, les fruits du marché ne doivent pas appartenir exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité.

Cette condition n'est pas aisée à appréhender et dépend essentiellement d'une situation de fait.

23. La doctrine souligne ainsi que si le marché de services de recherche et développement n'est pas poursuivi dans l'unique intérêt du pouvoir adjudicateur mais qu'il s'inscrit dans un souci d'intérêt général (par exemple, le but académique d'une université), il faut considérer que les fruits du marché n'appartiennent pas au pouvoir adjudicateur ⁽¹³⁾. Ce marché public échappe donc à la réglementation des marchés publics s'il est cofinancé.

Ainsi, l'attention doit se porter sur le futur des services de recherche et développement visés par le contrat et la volonté de les partager ou non avec des tiers. Pour autant, le fait que le pouvoir adjudicateur puisse également tirer avantage des résultats de la recherche avec des tiers ne s'oppose pas à l'application de l'exception « R&D » et donc à la non-soumission du marché à la réglementation des marchés publics si ce marché est cofinancé. Dès lors, une indication importante reste la question de savoir si les résultats de la recherche seront librement accessibles au monde scientifique : cela crée une présomption que le pouvoir adjudicateur ne se réserve pas exclusivement les fruits du marché ⁽¹⁴⁾.

24. A titre d'exemple, la doctrine renvoie à un marché par lequel un pouvoir adjudicateur passe un marché avec un bureau d'études afin de vérifier les possibilités de développement d'un nouveau système de lutte contre le terrorisme. Ce type de marché public ne rentre pas dans l'exception « R&D » ⁽¹⁵⁾. Par contre, il n'est pas facile de déterminer si l'exception « R&D » peut s'appliquer alors même que le bureau d'études est autorisé à conserver les droits de propriété intellectuelle sur le système développé ainsi que la possibilité de le commercialiser. La question reste ouverte et semble dépendre des circonstances de faits entourant le marché.

Toujours à titre d'exemple, l'exception « R&D » est rencontrée lorsqu'un marché est passé entre un pouvoir adjudicateur et un bureau d'études en vue de développer des produits ou technologies en faveur du marché sans qu'aucune condition ne soit posée par le pouvoir adjudicateur. Dans ce cas-là, les fruits du marché public n'appartiennent pas exclusivement au pouvoir adjudicateur et ne sont pas utilisés par ce dernier dans l'exercice de sa propre activité ⁽¹⁶⁾.

13 F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, op. cit., p. 155.

14 F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, op. cit., p. 155.

15 A. DELVAUX (e.a.), op. cit., p. 239.

16 A. DELVAUX (e.a.), op. cit., p. 239 ; voy. égal. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 320, n° 6.57.

25. Il faut enfin rappeler qu'au regard des considérants de la directive 2014/25 rappelés ci-avant, le partage des fruits du marché ne peut pas être fictif.

3.1.5 Condition liée au « cofinancement »

26. La seconde condition de l'exception « R&D » impose que la prestation des services de recherche et développement ne soit pas entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.
27. Il a déjà été souligné que le cofinancement apparaît comme essentiel dans les objectifs de l'exception « R&D » telle qu'instituée au niveau européen.

Ainsi, même si les fruits du marché de services de recherche et développement appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur, ce marché public est exclu de la réglementation du marché public si un tiers contribue au financement de la prestation de service.

Néanmoins, le cofinancement ne doit pas être seulement symbolique ⁽¹⁷⁾.

28. Au final, cette condition doit également être appréhendée par rapport aux données factuelles du marché en question. Dans ce contexte, la rémunération partagée de la recherche et du développement entre le pouvoir adjudicateur et le prestataire de service pourrait être qualifiée de cofinancement ouvrant les possibilités de l'exception « R&D » s'il est démontré que le cofinancement n'est pas seulement symbolique mais qu'il couvre bien la rémunération des services à prester.

La présente analyse constitue comme demandé une première analyse théorique. Afin d'examiner si l'exception est ou non applicable, il conviendra de confronter les critères mis en lumière ci-dessus aux projets concrets envisagés.

Nous restons bien entendu à votre disposition pour effectuer cette analyse concrète ou pour répondre aux questions que vous vous poseriez à cet égard.

Nous vous prions d'agréer, chère Madame, l'expression de nos salutations distinguées,

Gilles Bataille

Virginie Dor

17 Voy. le considérant 35 de la directive 2014/24 .