



**DECISION N° 019/18/ARMP/CRD DU 21 FEVRIER 2018
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION CONTRE L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP N° 288 DU 18 JANVIER 2018 ;**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU le Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

VU le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU le décret N° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

VU la résolution n°04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des différends (CRD) ;

VU le recours du Ministère de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation (MESRI) du 02 février 2018 ;

VU le rapport de Monsieur Moustapha DJITTE ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; madame Habibatou Babou WADE, messieurs Alioune Badara FALL, et Abdourahmane NDOYE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De monsieur Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision ;

Par requête reçue le 05 février 2018 au secrétariat de l'ARMP sous le numéro 243/CRD, le Ministre de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation (MESRI) a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) d'un recours contre l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) sur sa demande de passer, par entente

directe, le marché relatif à la fourniture d'une documentation scientifique technologique et de santé pour un montant annuel hors taxes de soixante mille quatre cent quarante-neuf (60.449) euros soit trente neuf millions six cent cinquante et un mille neuf cent quarante quatre (39.651.944) francs .

SUR LA RECEVABILITÉ

Considérant qu'au regard des dispositions de l'article 22 du Code des Marchés publics, le CRD connaît des litiges opposant les organes de l'administration qui interviennent dans le cadre de la procédure de passation des marchés ;

Considérant qu'en l'espèce, le requérant a déféré devant le CRD un avis défavorable de la DCMP donné en réponse à sa demande de recourir à la procédure d'entente directe pour la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé ;

Que le recours porte sur un litige entre deux organes de l'administration ;

Aucun délai n'étant prévu en la matière, il y a lieu de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Par lettre n°002 du 05 janvier 2018, le MESRI a saisi la DCPM d'une demande d'autorisation de passer, par entente directe, avec CAIRN.INFO, le marché relatif à la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé pour un montant annuel de soixante mille quatre cent quarante neuf (60.449) euros hors taxe soit trente neuf millions six cent cinquante et un mille neuf cent quarante quatre (39.651.944) francs.

La DCMP a rendu un avis défavorable par lettre n°288 du 18 janvier 2018.

Ainsi, le MESRI a porté sa demande devant le CRD.

LES MOTIFS A L'APPUI DU RECOURS

Le requérant soutient que conformément à la recommandation du Président de la République : « de donner un nouvel élan à la recherche et à l'innovation », il avait, sur autorisation de l'ARMP, établi un partenariat avec ELSEVIER et CAIRN.INFO, des entreprises spécialisées dans le domaine de l'accès à des informations scientifiques, technologiques et de santé, en 2015.

Qu'il entend reconduire le même type de partenariat avec CAIRN.INFO pour une durée de deux (02) ans suivant la procédure d'entente directe.

Pour justifier ce choix, il prétend que son partenaire dispose d'un droit d'exclusivité sur l'accès à ses bases de données scientifiques.

En réponse aux arguments développés par la DCMP, il précise qu'il n'existe pas un organe indépendant habilité à constater des droits de propriété intellectuelle.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Pour étayer son avis défavorable, la DCMP se fonde sur le caractère non justifié du droit d'exclusivité invoqué à la base de la demande de dérogation et l'absence de preuve de l'impossibilité d'acquérir de tels services par un appel à la concurrence.

Précisant son premier argument, la DCMP affirme que l'attestation d'exclusivité fournie par l'Administrateur de la société CAIRN.INFO ne présente pas la neutralité requise pour établir des certitudes. Elle réclame, en lieu et place, un acte produit par un organisme indépendant et compétent en la matière.

L'OBJET DU LITIGE

Au regard des termes de la demande, des faits et des arguments développés par les parties, le litige porte sur le bien-fondé de l'avis défavorable de la DCMP opposé à la demande d'autorisation de passer, par entente directe, le marché relatif à la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'au sens de l'article 4 du CMP, tout contrat passé, à titre onéreux, par l'administration pour satisfaire ses besoins en matière de travaux de fournitures ou de services, constitue un marché public ;

Considérant qu'en l'espèce, dans le cadre de la mise en place de son centre de documentation, le MESRI entend conclure, avec CAIRN.INFO, un contrat ayant pour objet la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé moyennant la somme de soixante mille quatre cent quarante neuf (60.449) euros hors taxe pour une durée de deux ans ;

Que la présence d'une personne publique à travers le MESRI, la fourniture de services avec la mise à disposition d'une documentation et le paiement d'un prix en contrepartie confèrent à cette relation contractuelle le caractère de marché public ;

Considérant que, par ailleurs, selon les dispositions de l'article 76 du CMP, l'autorisation de passer un marché par entente directe ne peut être donnée par la DCMP que dans deux hypothèses précises :

- lorsque le marché ne peut être réalisé que par une seule personne détentrice d'un droit d'exclusivité ;
- lorsqu'il s'agit d'un marché complémentaire portant sur des fournitures, services ou travaux devenus nécessaires du fait d'une circonstance extérieure et indissolublement liés à l'objet du marché principal passé par appel d'offres et ce, dans la limite du tiers de son montant ;

Considérant que pour prétendre à une autorisation de recourir à l'entente directe, le MESRI se prévaut d'une part, d'un droit d'exclusivité dont son partenaire CAIRN.INFO serait détenteur et, d'autre part, d'une autorisation antérieure ;

Que pour étayer le premier moyen de sa demande, il produit une lettre signée par l'administrateur de ladite société invoquant un droit d'exclusivité pour la distribution des bouquets de publications proposés sous format électronique ;

Que l'examen des termes de cette lettre montre que cet éditeur ne fait que rassembler les publications de différents auteurs et les organiser sous un format électronique pour procéder à leur distribution ;

Considérant que suivant les dispositions de l'art 36 de la loi 2008-09 du 25 janvier 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins, le droit exclusif d'autoriser la distribution d'une œuvre appartient à son auteur qui peut le céder par la vente ou tout autre transfert de propriété.

Que de ce point de vue, l'exclusivité en la matière ne peut résulter que d'accords formels passés entre cette société de distribution et les auteurs des productions intellectuelles concernées ;

Que l'analyse des pièces de la procédure ne laisse voir aucun document émanant des auteurs des œuvres proposées et conférant à CAIRN.INFO l'exclusivité de leur mise en circulation ;

Que cet argument tiré d'un droit d'exclusivité est d'autant plus contestable que dans le cadre du premier partenariat invoqué, le MESRI avait contracté avec deux éditeurs distincts pour réaliser le même objet ;

Qu'il y a lieu de dire que le droit d'exclusivité n'est pas prouvé ;

Considérant que, sur le second moyen de sa demande, qu'il convient de préciser que l'autorisation antérieure invoquée était accordée dans le cadre d'un contrat d'abonnement ; qu'ainsi, elle ne peut être valablement plaidée dans le cadre d'une demande d'autorisation de recourir à l'entente directe sous le fondement d'un droit d'exclusivité ;

Qu'ainsi, en émettant un avis défavorable, la DCMP a fait une stricte application de la loi ;

Qu'il convient, en conséquence, de rejeter la demande de recourir à une entente directe relativement au marché relatif à la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé d'un montant annuel de soixante mille quatre cent quarante neuf (60.449) euros hors taxe.

PAR CES MOTIFS

- 1) Constate que le contrat que le MESRI entend passer avec CAIRN.INFO correspond à un marché public ;
- 2) Constate que le droit d'exclusivité invoqué au profit de CARN.INFO n'est pas prouvé ;
- 3) Dit que la DCMP a fait une stricte application de la loi ;

- 4) Rejette la demande d'autorisation de recourir à l'entente directe pour conclure le marché relatif à la fourniture d'une documentation scientifique, technologique et de santé d'un montant annuel de soixante mille quatre cent quarante neuf (60.449) euros hors taxe ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Ministère de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.



Habibatou Babou WADE

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Le Président
Oumar SAKHO

Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général,
Rapporteur**

Saër NIANG



**Le Directeur
Général**