

Ressources de l'immatériel

Cahier pratique



APIE

Agence du patrimoine immatériel de l'État

Achats publics et propriété intellectuelle

En bref

Les marchés publics constituent des actes exigeants pour les administrations, pouvoirs adjudicateurs.

L'efficacité des achats publics dépend pour une large part de la connaissance précise des besoins à satisfaire et de leur description fidèle dans des cahiers des charges.

À cet effet, les administrations disposent d'un cadre de référence, les cahiers des clauses administratives générales, les « CCAG », qu'il leur appartient d'adapter et de compléter dans les documents par-

ticuliers du marché en prenant en compte les éléments spécifiques à chaque consultation.

Les CCAG ont été remaniés en 2009, après trente ans de stabilité. L'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) a contribué à cette actualisation en réécrivant les dispositions de référence relatives au régime des droits de propriété intellectuelle de l'administration dans les nouveaux CCAG PI et TIC.

Le présent *Cahier pratique* détaille la nature et la portée de ces documents à l'intention des praticiens des marchés publics.



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

INTRODUCTION

Après plus de trente ans, les CCAG ont fait l'objet d'une vaste réforme en 2009. Fruit d'une concertation avec l'ensemble des milieux intéressés, leur publication au journal officiel fin 2009, marque un tournant dans la pratique de la commande publique.

L'emprise croissante des droits de propriété intellectuelle dans la sphère administrative a fait l'objet d'une attention particulière à l'occasion de la révision du CCAG dédié aux prestations intellectuelles (le « CCAG PI ») pour les marchés qui comportent une part importante de services faisant appel exclusivement à des « activités de l'esprit », et de l'élaboration d'un nouveau CCAG consacré spécifiquement aux techniques de l'information et de la communication (le « CCAG TIC »). Ce dernier vise spécifiquement, dans son préambule, la fourniture de logiciels commerciaux, de matériel informatique ou de télécommunication, la réalisation d'études et de mises au point de logiciels spécifiquement conçus et produits pour répondre aux besoins particuliers d'un acheteur public, l'élaboration de systèmes d'information, la réalisation de prestations de maintenance, de tierce maintenance applicative ou d'infogérance.

Conformes aux dispositions du code de la propriété intellectuelle (CPI), les chapitres 5 du CCAG PI et 7 du CCAG TIC, consacrés au régime juridique des droits privatifs attachés aux résultats, ont été modernisés pour sécuriser l'exploitation des résultats du marché grevés de droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, le droit des marques, le droit des brevets ou le savoir-faire.

INFO PRATIQUE

Les CCAG sont :

- des documents de référence créés entre 1976 et 1980 pour faciliter l'élaboration et la mise en œuvre des marchés publics ;
- un cadre qui détermine les dispositions applicables à chaque catégorie de marché public et les droits et obligations des cocontractants ;
- des documents facultatifs qui ne sont applicables que si le marché s'y réfère expressément ;
- des instruments par défaut qui ont vocation à être complétés et/ou adaptés dans les documents particuliers du marché.

ZOOM INFO

La détention matérielle des résultats du marché, grevés de droits de propriété intellectuelle, n'emporte pas le droit de les utiliser. Il est donc nécessaire de prévoir dans les marchés des clauses permettant aux administrations d'exploiter licitement les résultats, conformément à leurs besoins. Dans ces domaines du droit, et plus particulièrement en droit d'auteur, les modes d'exploitation qui ne sont pas explicitement autorisés sont interdits.

Alors que les cocontractants avaient jusqu'alors le choix entre trois options pour déterminer le régime des droits de propriété intellectuelle des résultats, la réforme propose deux options :

- dans l'option A, applicable par défaut, le titulaire du marché concède les droits d'utilisation des résultats au pouvoir adjudicateur pour les besoins que ce dernier aura définis et découlant de l'objet du marché. Le titulaire du marché est, quant à lui, propriétaire des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats ;
- dans l'option B, le titulaire cède à titre exclusif les droits d'exploitation des résultats au pouvoir adjudicateur qui peut dès

lors les exploiter au-delà de ses besoins propres.

Il s'agit de deux modèles radicalement différents qui sont proposés aux pouvoirs adjudicateurs par ces deux options.

Les chapitres 5 du CCAG PI et 7 du CCAG TIC offrent un cadre générique qui ne peut toutefois couvrir toutes les hypothèses ou cas de figure. Il est donc, dans certains

cas, nécessaire d'adapter le CCAG dans les documents particuliers du marché pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur et lui permettre de pouvoir exploiter les résultats selon ses objectifs. Dans tous les cas, les documents particuliers du marché doivent apporter les précisions utiles pour compléter le cadre contractuel.

Comprendre le régime juridique des droits de propriété intellectuelle dans les nouveaux CCAG PI et TIC

Les dispositions des CCAG PI et TIC relatives à l'utilisation des résultats ont fait l'objet d'une structuration homogène.

L'IMPORTANCE DES DÉFINITIONS DANS LES CCAG PI ET TIC

Résultats Une définition englobante des résultats est proposée pour couvrir l'ensemble des éléments pouvant résulter de l'exécution du marché. Des exemples de résultats illustrent cette définition. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. Les documents particuliers du marché doivent précisément définir les résultats attendus dans le cadre de chaque marché, de la manière la plus détaillée possible, sans oublier de mentionner la documentation nécessaire à leur mise en œuvre.

Savoir-faire Une définition du savoir-faire figure désormais dans les CCAG. Le savoir-faire est défini par référence au règlement communautaire CE/772/2004 « Accords de transfert de technologies » du 27 avril 2004 pour l'application de l'article 81.3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie. L'objectif est d'inclure dans les résultats le savoir-faire spécifique identifiable à l'exclusion des connaissances générales de l'homme de l'art usuellement qualifiées de savoir-faire et qui ne peuvent faire l'objet d'une appropriation.

INFO PRATIQUE

Le régime des droits de propriété intellectuelle est défini :

- dans le chapitre 5 de l'annexe de l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles ;
- dans le chapitre 7 de l'annexe de l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication.

Connaissances antérieures Les connaissances antérieures font l'objet d'une définition la plus large possible pour permettre aux personnes publiques d'exploiter licitement les éléments antérieurs qui ne résultent pas du marché, mais qui sont nécessaires à leur mise en œuvre. Il peut s'agir par exemple de progiciels, de brevets ou de procédés préexistants qui peuvent être protégés par des droits de propriété intellectuelle. Pour sécuriser le marché, il est nécessaire de lister, dans les documents particuliers du marché, les connaissances antérieures mises en œuvre pour exploiter les résultats. Dans l'hypothèse où il s'agit de droits de tiers, il

peut être utile de s'assurer que le titulaire du marché a bien les droits permettant au pouvoir adjudicateur de les exploiter dans le cadre du marché en demandant des justificatifs.

Tiers désignés Les tiers désignés dans le marché bénéficient des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations que le pouvoir adjudicateur pour l'utilisation des résultats. La liste de ces tiers désignés doit figurer dans les documents particuliers du marché. À défaut, ils ne pourront exploiter les résultats sans l'autorisation préalable du titulaire du marché assortie d'une demande de rétribution supplémentaire.

LES DROITS COUVERTS PAR LES CCAG PI ET TIC

Les CCAG PI et TIC couvrent tous les régimes de protection susceptibles de concerner les résultats :

- les droits de propriété littéraire et artistique tels que le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur. On peut citer à titre d'exemple les droits d'auteur portant sur des photos, des supports de communication, des réalisations architecturales, des films, de la musique, des logiciels, des rapports ou des supports de cours.
- les droits de propriété industrielle tels que les marques, brevets, dessins et modèles. Exemples : invention développée dans le cadre d'un marché qui est protégée par un brevet et dont l'exploitation est concédée en licence au pouvoir adjudicateur.
- les droits relevant d'autres régimes de protection sont visés par l'article 25.1.3 du CCAG PI et A.38.1.3 du CCAG TIC. Il peut s'agir de la protection par le savoir-faire, le droit *sui generis* du producteur de bases de données, la protection des noms de domaine, le droit à l'image des biens ou des personnes.

ZOOM INFO

Les logiciels

Le CCAG TIC distingue, en son article premier relatif aux définitions, les logiciels standard des logiciels spécifiques. La définition du logiciel standard correspond en pratique à celle du progiciel, à savoir un logiciel conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue de l'exécution d'une même fonction.

Le logiciel spécifique est un logiciel spécialement développé par le titulaire du marché pour apporter une solution sur mesure aux besoins propres du pouvoir adjudicateur. Il peut s'agir d'une œuvre originale pouvant être créée *ex nihilo*, ou de l'adaptation, au moyen de développements spécifiques, d'œuvres préexistantes (logiciels standard ou logiciels spécifiques).

LE RÉGIME JURIDIQUE DES CONNAISSANCES ANTÉRIEURES DISSOCIÉ DE CELUI DES RÉSULTATS

Les nouveaux CCAG PI et TIC dissocient le régime juridique des résultats de celui des connaissances antérieures. Les droits portant sur les connaissances antérieures du titulaire du marché sont concédés uniquement pour permettre au pouvoir adjudicateur d'exploiter les résultats conformément à l'objet du marché.

Les CCAG PI et TIC prévoient que la concession des droits portant sur les connaissances antérieures strictement nécessaires à la mise en œuvre des résultats est comprise dans le prix du marché. Les droits du pouvoir adjudicateur sont toutefois limités. Il ne peut par exemple apporter des modifications ou adaptations aux connaissances antérieures si ce n'est pas prévu spécifiquement dans les documents particuliers du marché.

Comprendre et mettre en œuvre les deux nouvelles options des CCAG PI et TIC

OPTION A: UN SIMPLE DROIT D'UTILISATION DES RÉSULTATS

Dans cette option, **le titulaire du marché reste propriétaire des droits et titres afférents aux résultats**. Il concède au pouvoir adjudicateur le seul droit d'utiliser les résultats pour les besoins découlant de l'objet du marché et à l'exclusion de toute exploitation commerciale.

En pratique Le CCAG invite le pouvoir adjudicateur à définir précisément l'objet du marché.

Il est essentiel, au stade de la préparation du marché, que **les personnes publiques s'interrogent sur leurs besoins d'utilisation des résultats présents et à venir**.

C'est à l'aune de ce qui aura été défini dans le cadre de l'objet du marché que les droits d'utilisation portant sur les résultats seront délimités, à défaut de précision dans les documents particuliers du marché.

Par exemple, si le marché prévoit la commande d'une brochure de communication, sans autre précision, cette brochure ne pourra être exploitée que sur support papier à l'exclusion d'une diffusion sur internet. L'utilisation de cette brochure sur internet peut être explicitement prévue dans l'objet du marché ou, à défaut, précisée dans les documents particuliers. Si ce

n'est pas le cas, un tel mode d'exploitation ne pourra être envisagé qu'après avoir obtenu, postérieurement au marché, l'autorisation du titulaire du marché, moyennant, le plus souvent, le versement d'une rémunération supplémentaire.

À titre d'exemple encore, la réalisation d'un logo n'emporte pas la possibilité de le déposer à titre de marque si cette exploitation n'a pas été clairement prévue.

L'incidence économique des demandes d'autorisation, postérieurement à la date de signature du marché, doit être prise en compte par le pouvoir adjudicateur dès la procédure de passation. Pour éviter toutes dérives financières, il est essentiel que, dès le stade de l'expression des besoins, le pouvoir adjudicateur liste de manière exhaustive l'ensemble des exploitations qu'il entend faire des résultats.

Il est donc recommandé de détailler dans les documents particuliers l'ensemble des modes d'exploitation des résultats envisagés ainsi que les supports pour s'assurer d'une concession des droits qui corresponde à ses besoins précis, présents et futurs. Les droits mis en œuvre et les territoires, s'ils diffèrent de ceux prévus par le CCAG, devront être définis dans les documents particuliers.

INFO PRATIQUE

Pourquoi est-il nécessaire de compléter le CCAG ?

L'option A offre un cadre juridique suffisant pour le pouvoir adjudicateur qui souhaite utiliser les résultats pour ses besoins propres, à savoir ceux qui découlent de l'objet du marché. Si l'objet du marché est correctement défini, l'administration pourra utiliser les résultats en toute sécurité.

Il est toutefois nécessaire dans les documents particuliers du marché de :

- définir précisément les résultats attendus ;
- lister les connaissances antérieures mises en œuvre ;
- identifier les tiers bénéficiaires des droits et les sous-licenciés ;
- préciser les modalités techniques et financières de l'assistance à l'exercice des droits concédés (A.25.3.6 du CCAG PI et A.38.2.6 du CCAG TIC) ;
- fixer les modalités de calcul de la redevance (A.25.6 du CCAG PI et A.38.5 du CCAG TIC) ;
- définir l'étendue de l'obligation de confidentialité si nécessaire (A.25.3.4 du CCAG PI et A.38.2.4 du CCAG TIC).

Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage une exploitation plus large des résultats que celle découlant directement de l'objet du marché, une vigilance particulière s'impose sur les points suivants :

- les modes d'exploitation envisagés ;
- les modifications, adaptations susceptibles d'être apportées aux résultats ;
- les exploitations commerciales éventuellement envisagées ;
- la durée d'exploitation ;
- le territoire ;
- l'exclusivité ;
- le prix.

À défaut d'avoir précisé dans les documents particuliers du marché ces différents éléments, l'administration pourrait être confrontée à différents problèmes :

- certains modes d'exploitations envisagés par le pouvoir adjudicateur pourraient être interdits (blocage) ;
- le pouvoir adjudicateur pourrait être contraint d'obtenir une cession ou une concession de droits du titulaire du marché. Il s'expose alors :
 - au refus potentiel du titulaire des droits (blocage) ;
 - au paiement d'un supplément de prix ;
- à des risques de contentieux par méconnaissance des droits dont le pouvoir adjudicateur jouit effectivement.

Étendue des droits concédés

Cette option organise une concession des droits, dans la limite des besoins découlant de l'objet du marché, à compter de la livraison des résultats et sous condition résolutoire de leur réception.

Exclusivité Les droits d'utilisation portant sur les résultats sont concédés à titre non exclusif, ce qui signifie que le titulaire du marché peut également exploiter les résultats ou autoriser des tiers à les exploiter.

En pratique *Il est possible de prévoir, dans les documents particuliers du marché, une concession des droits à titre exclusif. Il sera nécessaire dans ce cas de préciser si la concession est exclusive tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du titulaire du marché ou si le titulaire peut néanmoins exploiter les résultats à titre personnel.*

Il conviendra de préciser les modes d'exploitation, le ou les territoires ainsi que la durée visés par l'exclusivité.

La concession d'un droit à titre exclusif a un coût qui se répercutera sur le prix du marché.

Exploitation commerciale Le pouvoir adjudicateur ne peut, dans le cadre de cette option, exploiter commercialement les résultats. L'article A.25.7 du CCAG PI et A.38.6 du CCAG TIC ouvre toutefois cette possibilité si les documents particuliers du marché le prévoient.

En pratique *Le(s) mode(s) d'exploitation des résultats envisagés à titre commercial doivent être clairement identifiés dans les documents particuliers du marché. Pour l'exploitation commerciale d'une photographie par exemple, il conviendra de préciser si la photographie va être exploitée dans la presse, pour l'édition de cartes postales, sous forme de calendriers, posters, pour la reproduction sur des produits dérivés. Les clauses de concession des droits doivent être très précises car, pour chaque*

mode d'exploitation d'œuvres de l'esprit protégées au titre du droit d'auteur une rémunération, par principe proportionnelle, doit être versée à l'auteur.

Les documents particuliers devront également prévoir précisément la durée, le territoire et le montant de la redevance qui devra être versée au titulaire du marché au titre de cette exploitation commerciale.

ZOOM INFO

CCAG TIC

Les articles 37 et 38 du CCAG TIC organisent le régime d'exploitation des droits des logiciels standard et spécifiques.

L'article 37-1 du CCAG TIC prévoit une concession, à titre non exclusif, pour la France et pour la durée légale des droits d'auteur, du droit d'utiliser ou de faire utiliser, au sens de l'article L.122-6 1° du code de la propriété intellectuelle, le ou les logiciels standard et la documentation afférente pour les besoins découlant de l'objet du marché. L'accès aux codes sources n'est pas prévu et doit donc être, si nécessaire, stipulé dans les documents particuliers du marché.

Pour les logiciels spécifiques, l'article 38 du CCAG TIC organise une licence d'exploitation des droits. Ce dispositif doit être impérativement complété dans les documents particuliers du marché. Il conviendra de préciser notamment le nombre d'exemplaires ou d'utilisateurs des logiciels ainsi que l'évolution future de ce nombre pour le pouvoir adjudicateur. Si le pouvoir adjudicateur envisage que les résultats puissent être exploités au-delà des seuls besoins découlant de l'objet du marché, l'option B, qui prévoit une cession des droits peut être utilement envisagée. Lors de la mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur peut autoriser une variante invitant les candidats à présenter leur offre avec l'option non retenue a priori de manière à évaluer le prix pour chacune des deux options.

ZOOM INFO

Régime des codes sources dans le CCAG TIC

■ Logiciels spécifiques

Ils sont délivrés au moment de la livraison des résultats. Ils sont confidentiels, sauf dérogation dans les documents particuliers du marché.

■ Logiciels standard

Tout doit être prévu dans les documents particuliers du marché, notamment :

- l'accès (prévu dans le CPI dans certains cas seulement) et/ou leur dépôt ;
- le droit de modifier les résultats.

Ces éléments doivent prendre en compte :

- les réels besoins du pouvoir adjudicateur ;
- la faisabilité : la possibilité pour le titulaire du marché de fournir les codes sources est liée aux conditions posées en amont par l'éditeur de modules ou briques préexistantes intégrées dans sa solution.

Les droits conférés au pouvoir adjudicateur

Les CCAG PI et TIC énumèrent les droits qui pourraient être nécessaires pour utiliser les résultats conformément à l'objet du marché.

Si les résultats sont protégés par le droit d'auteur, les droits patrimoniaux de reproduction, de représentation, de distribution et d'adaptation des résultats sont concédés dans les CCAG PI et TIC.

Pour les droits de propriété industrielle, la licence d'utilisation proposée dans les CCAG PI et TIC confère au pouvoir adju-

dicateur et aux tiers désignés dans le marché le droit d'importer, détenir, fabriquer, reproduire, utiliser, mettre en œuvre et modifier les résultats, en tout ou en partie, en l'état ou modifiés pour les besoins découlant de l'objet du marché.

Il est indispensable de vérifier si les droits mis en œuvre pour l'utilisation des résultats ont bien été concédés. À défaut, ils devront être prévus dans les documents particuliers du marché.

En pratique *Les documents particuliers du marché doivent compléter, si nécessaire, les droits définis par défaut dans le CCAG qui pourraient être mis en œuvre pour chaque mode d'exploitation des résultats.*

Pour permettre au pouvoir adjudicateur d'apporter des modifications aux résultats et de les adapter à ses besoins, l'article 25.1 du CCAG PI concède au pouvoir adjudicateur le droit d'utiliser les résultats, en l'état ou modifiés. La possibilité de modifier les résultats doit toutefois se faire dans le respect du droit moral.

En pratique *L'article L.121-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à la personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible (...) ».*

Les adaptations, modifications, arrangements apportés par le pouvoir adjudicateur aux œuvres de l'esprit sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité de l'œuvre et d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur.

Il est donc recommandé, dans les documents particuliers du marché, de préciser les adaptations, modifications ou arrangements qui pourraient être apportés à l'œuvre. Si le marché a par exemple pour objet la réalisation d'un logo, il conviendra de préciser que le pouvoir adjudicateur a la possibilité de modifier la taille, la couleur, la forme, le texte qui lui est associé mais également de l'adapter aux supports sur lequel il sera reproduit.

Territoire

Les droits portant sur les résultats sont concédés, pour la France, à compter de la livraison des résultats. Pour ce qui concerne les publications sur internet, les droits sont concédés pour le monde entier.

En pratique *Si aucune utilisation des résultats en dehors de la France n'est envisagée (sauf le cas d'une publication sur Internet par essence transnationale), l'option A suffit. Dès lors qu'une utilisation des résultats au-delà des frontières est prévue, les documents particuliers du marché doivent le prévoir.*

Durée

Les droits de propriété littéraire et artistique afférents aux résultats sont concédés pour la durée des droits à savoir soixante-dix ans après la mort de l'auteur. À l'expiration de ce délai, ils peuvent être exploités librement car ils sont dans le domaine public. Les droits moraux doivent toutefois être respectés car ils sont imprescriptibles.

Pour les droits de propriété industrielle, les CCAG PI et TIC concèdent les droits pour la durée de validité de la protection. Toutefois, si le titulaire du marché désire cesser l'entretien de l'un de ses titres, l'abandonner ou retirer une demande, il doit en informer au préalable le pouvoir adjudicateur et les tiers désignés dans le marché et, à sa requête, lui céder gratuitement ses droits.

La durée d'utilisation des résultats protégés par d'autres modes de protection tels que le savoir-faire devra être déterminée dans les documents particuliers du marché.

En pratique *Les documents particuliers du marché peuvent prévoir des durées d'utilisation des résultats plus courtes. Une réduction de la durée d'utilisation des résultats peut avoir une incidence sur le prix.*

L'exclusivité ou la confidentialité peuvent être prévues pour une durée différente de la durée d'utilisation des résultats.

Prix

Le prix de la licence d'utilisation des résultats est compris dans le prix du marché. Le caractère forfaitaire de la redevance versée au titulaire du marché au titre de la concession des droits portant sur les résultats se justifie par le fait qu'ils ne font pas l'objet d'une utilisation commerciale.

En pratique *Dans l'hypothèse d'une utilisation commerciale des résultats, il conviendra de prévoir, dans les documents particuliers du marché, comme le stipule d'ailleurs l'article A.25.7 du CCAG PI, le montant de la redevance. Pour les droits d'auteur, la redevance devra respecter les dispositions de l'article L. 131-4 du code de la propriété intellectuelle qui prévoit, par principe, le versement d'une rémunération proportionnelle. Ce n'est que dans certains cas, limitativement énumérés, que le recours au forfait est autorisé.*

Droit de sous-licencier

Les articles A.25.3.3 du CCAG PI et A.38.2.3 du CCAG TIC offrent la possibilité au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché au sens des CCAG-PI et TIC, de sous-traiter ou de sous-licencier la mise en œuvre des résultats, dans les limites des besoins découlant de l'objet du marché. Ce droit ne doit pas faire l'objet d'une rémunération supplémentaire.

Obligation d'information mutuelle des modifications

Une obligation d'information mutuelle est posée quant aux modifications qui seraient apportées aux résultats. Pour les modifications mineures apportées aux résultats, un droit de libre disposition est prévu.

Confidentialité

La confidentialité des résultats ou des connaissances antérieures peut être organisée dans les documents particuliers du marché, lesquels devront prévoir ses modalités pratiques : communicables à

tiers contractant sous confidentialité ou au contraire absolument non communicables.

L'obligation de confidentialité peut concerner les connaissances antérieures (notamment celles communiquées par le pouvoir adjudicateur) ainsi que les résultats.

En pratique *Il n'est pas nécessaire, pour assurer la confidentialité de certains éléments, qu'il s'agisse des résultats ou des connaissances antérieures, de recourir à l'option B du CCAG. Les clauses de confidentialité permettent notamment de s'assurer que les procédés mis en œuvre pour la réalisation des résultats ne seront pas divulgués à des tiers. La personne publique peut ainsi se prémunir contre toute divulgation de ses connaissances antérieures ou d'éléments mis en œuvre pour la réalisation des résultats.*

Obligation d'assistance limitée à deux ans

Les CCAG instaurent, pendant une période de deux ans, une assistance à l'exercice des droits concédés au bénéficiaire du pouvoir adjudicateur. Cette assistance recouvre la remise de plans ou tous autres documents qui seraient nécessaires à la mise en œuvre des droits cédés ou concédés.

En pratique *Les documents particuliers du marché doivent préciser les modalités techniques et financières d'exercice de cette assistance et le cas échéant son extension dans le temps.*

Garantie des droits

Le titulaire du marché garantit au pouvoir adjudicateur la jouissance paisible des droits cédés ou concédés. A ce titre, il s'engage à prendre à sa charge tous dommages et intérêts auxquels le pouvoir adjudicateur ou les tiers désignés dans le marché, en l'absence de faute qui leur serait directement imputable, seraient condamnés à raison d'un acte de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme, du fait de l'utilisation des résultats et des connaissances antérieures.

Les droits du titulaire du marché

Droit d'exploiter les résultats

En sa qualité de titulaire des droits portant sur les résultats, le titulaire du marché est libre de les exploiter ou de concéder à des tiers une licence d'exploitation, sous réserve des exclusivités accordées au pouvoir adjudicateur et de la confidentialité de certains éléments prévues dans les documents particuliers du marché.

Les CCAG PI et TIC prévoient, en cas d'exploitation commerciale par le titulaire du marché des résultats, le versement d'une redevance au pouvoir adjudicateur comme cela existait jusqu'à présent dans l'option C de l'ancienne version du CCAG PI ou du chapitre VII du CCAG MI.

La redevance

La redevance qui doit être versée au pouvoir adjudicateur est la contrepartie de l'investissement des personnes publiques dans l'obtention des résultats. La personne publique finance la réalisation des résultats qui sont exploités par le titulaire du marché. Il ne s'agit donc pas d'une redevance d'exploitation de droits de propriété intellectuelle.

Compte tenu de cette logique, l'assiette de la redevance est pondérée par la part des développements financés par le pouvoir adjudicateur. Son montant est également plafonné au montant financé par le pouvoir adjudicateur. Les frais de commercialisation et de production sont dans tous les cas soustraits de l'assiette.

La redevance est donc assise non pas sur le chiffre d'affaires brut mais sur une marge d'exploitation. La redevance est égale à 30 % de la marge pondérée par la part des développements financés par le pouvoir adjudicateur.

En pratique Il faut retenir que le CCAG fixe un principe général de redevance mais que les modalités de détermination de celle-ci devront être définies dans les documents particuliers du marché. Le cas d'une redevance purement forfaitaire est possible.

ZOOM INFO

Les « décrets intéressement »

Deux décrets du 10 février 2009 disposent d'une part que peuvent donner lieu à rémunération les services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel (décret n° 2009-151) et d'autre part que les produits financiers qui en résultent, sont attribués au budget de chaque ministère concerné (décret n° 2009-157 du 10 février 2009). Ce dispositif incitatif est communément appelé « décrets intéressement ». La redevance bénéficie donc bien au ministère et non au budget général de l'État.

L'article 2-2 du décret intéressement vise la redevance que pourrait percevoir le pouvoir adjudicateur au titre de « *la participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public* ».

OPTION B : UNE CESSION DES DROITS AFFÉRENTS AUX RÉSULTATS

Cette option prévoit la cession exclusive des droits portant sur les résultats au bénéfice du pouvoir adjudicateur. La stratégie économique proposée par cette option est radicalement différente de celle de l'option A. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devient titulaire des droits portant sur les résultats. Le titulaire du marché ne peut, quant à lui, plus exploiter les résultats.

La cession des droits d'exploitation afférents aux résultats au bénéfice du pouvoir adjudicateur trouve sa contrepartie dans le prix de la cession. Alors que dans l'option A, la concession des droits est comprise dans le prix du marché, dans cette option le prix de la cession des droits devra être explicitement prévu dans les documents particuliers du marché.

Cette option oblige le pouvoir adjudicateur à définir l'étendue de la cession et de ses modalités dans les documents particuliers du marché. **Les dispositions du CCAG ne sont pas suffisantes pour emporter la cession des droits au bénéfice du pouvoir adjudicateur.**

Le territoire, la durée, les droits cédés (reproduction, représentation, traduction, arrangement...), les modes d'exploitation (commerciale, non commerciale), les supports d'exploitation (papier, numérique, analogique), les modes de diffusion (cinématographique, télédiffusion par voie hertzienne terrestre, par satellite, par câble ou par les moyens de transmission en ligne tels que les réseaux), le montant de la redevance forfaitaire ou proportionnelle pour chaque mode d'exploitation, devront faire l'objet de dispositions particulières dans les documents particuliers du marché.

Les documents particuliers du marché peuvent autoriser le titulaire du marché à exploiter les résultats, moyennant le versement d'une redevance au pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur prévoira, dans les documents particuliers du marché, une concession de certains droits, pour certains modes d'exploitation au bénéfice du titulaire du marché.

Si des connaissances antérieures sont nécessaires à la mise en œuvre des résultats, il sera alors essentiel que le pouvoir adjudicateur s'assure, dans les documents particuliers du marché, d'avoir les droits nécessaires sur les connaissances antérieures pour exploiter par exemple à titre commercial les résultats ou les concéder en licence à des tiers.

Le choix de l'option : outil d'aide à la décision

La première étape consiste à choisir, entre l'option A et B, celle qui correspond aux besoins de l'administration.

Choisir l'option appropriée, c'est faire le choix d'un modèle économique. L'option A et l'option B proposent deux modèles radicalement différents.

Les besoins du pouvoir adjudicateur au jour de la conclusion du marché et à l'avenir

Si l'objectif du pouvoir adjudicateur est d'utiliser les résultats pour ses besoins propres qui seront définis dans l'objet du marché ou dans les documents particuliers du marché, l'option A est celle qui pourrait être la plus appropriée.

L'option B est destinée à autoriser le pouvoir adjudicateur à exploiter les résultats au-delà de ses seuls besoins propres. Dans l'hypothèse où les résultats développés dans le cadre du marché peuvent être exploités par d'autres personnes publiques au-delà des tiers désignés (exemple logiciel de cryptologie), le pouvoir adjudicateur peut utilement choisir l'option B pour pouvoir distribuer à tous ce nouvel outil.

De même, le pouvoir adjudicateur souhaite avoir une maîtrise totale quant à l'exploitation des résultats, et décider quels opérateurs publics et privés pourront exploiter les résultats, l'option B pourrait être plus appropriée. Dans ce cas, seul le pouvoir adjudicateur pourra choisir ses licenciés et décider des modes d'exploitation concé-

dés en licence. Dans des domaines sensibles ou stratégiques, il peut être utile que le choix des licenciés repose sur le pouvoir adjudicateur.

De même si le pouvoir adjudicateur ne peut déterminer à l'avance quels seront les bénéficiaires des droits d'exploitation portant sur les résultats, l'option B peut être utilement envisagée.

Le prix

Plus l'administration entend acquérir des droits étendus, plus le montant du marché sera élevé.

L'option B confère la titularité des droits à l'administration, ce qui peut sembler plus sécuritaire, mais elle sera en conséquence beaucoup plus onéreuse.

Le choix de l'option B suppose un réel questionnement interne sur l'intérêt d'une telle opération. Le choix de l'option B ne doit pas devenir la norme, notamment au vu du coût qu'elle induit.

De même, élargir outre mesure la concession des droits prévue dans l'option A (exclusivité, vaste territoire, etc.) entraînera des coûts importants, qui pourraient être disproportionnés par rapport aux besoins réels de l'administration.

En cas d'incertitudes sur l'opportunité de l'une ou de l'autre option, il reste possible de soumettre les deux options à la mise en concurrence.

INFO PRATIQUE

La démarche à adopter

1. Définir les besoins de l'administration

- Pourquoi le marché est-il passé ?
- Quels sont les objectifs immédiats (objectifs primaires) et à long terme (objectifs de second rang) ?
- Que veut-on faire des résultats du marché ? Quelle utilisation ? Quelle exploitation ? Par qui ? Pour qui ?

2. Choix de l'option

- Les besoins;
- Le prix.

3. Complément ou dérogation dans les documents particuliers du marché

- Option A : premier réflexe : définir minutieusement l'objet du marché. Examiner les besoins spécifiques non couverts par le CCAG. Prévoir les compléments ou les ajouts dans les documents particuliers du marché.
- Option B : prévoir dans les documents particuliers du marché tous les éléments de la cession. Compte tenu de la technicité de la matière, le recours à un service spécialisé en propriété intellectuelle est conseillé.

Le bon réflexe : identifier tous ses besoins en amont.

■ **Directeur de la publication :**
Claude Rubinowicz

■ **Rédacteur :** Anne-Claire Viala

Contact :

**Agence du patrimoine immatériel
de l'État (APIE)**

Atrium - 5, place des Vins-de-France

75573 PARIS Cedex 12

Téléphone : 01 53 44 26 00

Télécopie : 01 53 44 27 39

apie@apie.gouv.fr

www.apiefrance.fr