

Marchés publics et droits de propriété intellectuelle (foire aux questions)

En bref...

Pendant combien d'années souhaitez-vous exploiter le logiciel spécifique ou le logo réalisé par votre prestataire dans le cadre d'un marché ? Souhaitez-vous, à l'échéance du marché, permettre à un nouveau prestataire sélectionné de réaliser des opérations de tierce maintenance sur votre logiciel ou adapter votre charte graphique ? Souhaitez-vous pouvoir transmettre la solution livrée à d'autres administrations ? Voulez-vous la diffuser sous licence libre ? Toutes ces questions ont une incidence directe sur la manière dont les clauses de propriété intellectuelle doivent être rédigées dans le marché.

Cette foire aux questions propose des repères et conseils pour une meilleure prise en compte des enjeux stratégiques liés aux droits de propriété intellectuelle dans les marchés publics pour permettre d'exploiter les prestations réalisées dans le cadre du marché, selon les besoins des administrations et dans des conditions économiques équilibrées.

Elle traite plus spécifiquement de **droits d'auteur** dans les marchés ayant pour objet la commande de prestations intellectuelles ou de technologies de l'information.

SOMMAIRE

1. Droits de propriété intellectuelle et marchés publics.....	p. 3
2. Marchés de prestations intellectuelles, marchés informatiques - les dispositions communes.....	p. 6
A/ Connaissances antérieures.....	p. 6
B/ Utilisation des résultats.....	p. 8
3. Spécificités des marchés informatiques.....	p. 14
4. Comment rédiger les clauses de cession de droit dans les documents particuliers du marché.....	p. 17

1. DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET MARCHÉS PUBLICS

1.1 Pourquoi les clauses de propriété intellectuelle (PI) sont-elles nécessaires pour certains marchés ?

Les résultats de certains marchés tels que les marchés de communication, d'informatique, de photographies, de formations, d'études, de conseil ou d'architecture peuvent être grevés de droits de propriété intellectuelle, de droits d'auteur notamment. Les résultats de ces marchés (rapports, supports de formation, photographies, logiciels, logos, chartes graphiques, etc.) peuvent en effet recevoir, dans un grand nombre de cas, la qualification d'œuvres de l'esprit au sens du code de la propriété intellectuelle et donc être protégés par le droit d'auteur.

L'autorisation de l'auteur de ces créations est dès lors nécessaire pour les exploiter. La seule signature du marché n'emporte en effet pas transfert des droits de propriété intellectuelle au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

Il est donc nécessaire d'organiser dans le marché, les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur pourra exploiter les résultats qui lui sont livrés. Toutes les exploitations qui ne seront pas expressément autorisées seront interdites.

Dans certains cas, les résultats des marchés sont susceptibles d'être protégés par des droits de propriété industrielle, par des brevets ou des marques notamment. Dans un tel cas, il sera nécessaire de prévoir dans le marché qui sera titulaire des droits portant sur les brevets qui pourraient être déposés au cours de l'exécution du marché.

Des clauses de propriété intellectuelle organisant le régime juridique des résultats susceptibles de protection par un droit de propriété intellectuelle doivent donc être prévues dans les documents particuliers du marché. A défaut, le pouvoir adjudicateur pourrait ne pas être en mesure d'exploiter les résultats de ces marchés selon ses besoins.

1.2 Pourquoi les clauses de PI sont-elles stratégiques ?

Les clauses de propriété intellectuelle sont stratégiques dans les marchés car :

- elles conditionnent ce que le pouvoir adjudicateur pourra faire des résultats du marché (utilisations/exploitations autorisées) à court terme, moyen terme et long terme ;
- elles influencent le prix du marché. Plus les droits cédés sont importants, plus le prix du marché peut avoir tendance à être élevé.

Les clauses de PI permettent d'organiser la concession ou la cession des droits sur les résultats, en définissant :

- qui peut exploiter les résultats du marché ;
- pendant quelle durée (il peut s'agir de la durée du marché ou d'une durée plus longue) ;
- sur quels territoires ;
- sur quels supports ou par quels modes de diffusion ;
- pour quels types d'utilisation/exploitation.

Il s'agit des finalités précises d'utilisation des résultats. L'autorisation d'exploiter ne vaut en effet que pour l'usage stipulé dans le marché. Il convient donc de lister dans le marché les différentes utilisations qui seront faites des résultats. Pour un marché portant sur des photographies par exemple, il faudra indiquer dans le marché toutes les exploitations qui pourraient être faites des photographies : à des fins de communication, d'édition d'ouvrages, pour réaliser des produits dérivés, des cartes postales, etc.

Ces clauses sont structurantes pour les marchés car, sauf exception, tout ce qui n'aura pas été prévu dans les documents particuliers du marché ne sera pas autorisé.

1.3 Quelles sont les étapes incontournables et préalables à la rédaction de clauses de PI ?

- **Un travail en amont entre le prescripteur** (directeur de la communication directeur informatique, directeur achat, etc.), **l'acheteur et le juriste** pour définir les besoins, dès la préparation de la mise en concurrence.

- **S'informer sur les usages pour le type de prestation concernée**

Pour rédiger des clauses de propriété intellectuelle conformes aux usages des secteurs d'activités concernés par le marché, il est vivement conseillé avant de rédiger les clauses de propriété intellectuelle de s'informer sur les pratiques contractuelles des prestataires éventuels. Ainsi, si le marché a pour objet des licences de logiciels standards, la remise des codes sources n'est généralement pas une pratique. Prévoir dans son marché, la fourniture de ces codes pourrait avoir pour effet de rendre l'appel d'offre infructueux.

Le « sourçage », également appelé « sourcing », qui consiste à analyser le fonctionnement du marché fournisseur dans l'optique de répondre à un besoin, peut à cet égard permettre de s'informer, sous réserve que les résultats de ce « sourçage » n'aient pas pour objet de fausser la concurrence et qu'ils ne méconnaissent pas les principes de la commande publique.

- **Une définition précise des résultats du marché**

La définition des résultats du marché est essentielle car les clauses de propriété intellectuelle organisent le régime juridique afférent aux résultats. Il est donc essentiel de bien les définir dans le marché.

- **L'identification des besoins du pouvoir adjudicateur quant aux utilisations/exploitations envisagées des résultats à court, moyen et long terme**

Une fois le résultat ou les résultats du marché identifiés, il **conviendra de définir précisément le besoin de l'administration et ses objectifs quant à l'utilisation des résultats du marché en prenant en compte le cas échéant l'évolution des besoins dans le temps**. Ainsi, si le marché porte par exemple sur le développement d'un site Internet, il conviendra de se demander si une application mobile de ce site pourrait être envisagée à l'avenir. Si tel est le cas, les documents particuliers du marché devront l'indiquer.

La rédaction d'un préambule dans les marchés publics est à cet égard vivement conseillée pour décrire, en des termes non juridiques, ce que le pouvoir adjudicateur souhaite faire des résultats du marché.

En cas de difficultés d'interprétation des clauses de cession de droits, le juge judiciaire désormais compétent (tribunal des conflits M.M.c/ Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle du 7 juillet 2014) pour trancher les litiges ayant trait aux droits de propriété intellectuelle dans la sphère publique, pourra se référer au préambule du marché pour rechercher **la commune intention des parties**.

1.4 Quel CCAG propose des modèles de clauses de propriété intellectuelle ?

Le chapitre V du CCAG prestations intellectuelles (CCAG PI) et le chapitre VII du CCAG technologies de l'information et de la communication (TIC) consacrés à l'utilisation des résultats proposent des cadres de références qui doivent être adaptés, complétés ou modifiés en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur.

1.5 Quel CCAG viser pour les marchés de prestations intellectuelles ?

Pour un marché ayant pour objet principal une prestation intellectuelle (conseil, formation, communication, prises de vues, etc.), le CCAG PI est la référence adaptée.

Si le marché a pour objet la fourniture de produits (exemple marché d'achat de caméras de surveillance) qui s'accompagne de prestations de formation réalisées par le titulaire du marché, le pouvoir adjudicateur peut se référer au CCAG FCS mais doit inclure dans son marché des clauses de propriété intellectuelle pour ce qui concerne les supports de formation réalisés par le prestataire. Il peut en effet être opportun que le pouvoir adjudicateur, à l'échéance du marché par exemple, puisse continuer à exploiter ces supports de formation. Pour cela, il conviendra de le prévoir expressément dans les documents particuliers du marché.

1.6 Quel CCAG viser pour les marchés informatiques, de maintenance ou plus généralement de technologies de l'information ?

Le CCAG TIC est le cadre de référence adapté dès lors que les résultats du marché mettent en œuvre des logiciels (marchés ayant pour objet des développements spécifiques, marchés de maintenance de logiciels, création de site Internet, de bases de données, etc.). Il comporte des dispositions spécifiques pour le régime juridique des droits d'auteur afférents aux logiciels, aux opérations de maintenance, etc.

1.7 Que visent les options A et B des CCAG PI et TIC ?

Les CCAG PI et TIC proposent deux régimes juridiques distincts pour définir l'exploitation des résultats.

Il s'agit des options A et B qui peuvent trouver à s'appliquer aux résultats de marchés de prestations intellectuelles ou informatiques, à l'exclusion des marchés ayant pour objet des licences d'utilisation des logiciels standards (progiciels) pour lesquels le CCAG TIC propose en son article 37 un régime spécifique (cf. 3.2).

- Dans l'option A, applicable par défaut, le titulaire du marché concède un droit d'usage au pouvoir adjudicateur pour les besoins que ce dernier aura définis ou qui découlent de l'objet du marché. Il s'agit d'un mécanisme de licence par lequel le prestataire reste titulaire des droits portant sur le résultat et concède une licence d'utilisation à l'administration (cf. 2.8). Cette option pourra être adaptée, si besoin, dans les documents particuliers du marché pour préciser notamment les utilisations envisagées des résultats (cf. 2.9).
- Dans l'option B, qui doit obligatoirement être complétée, le titulaire cède, à titre exclusif, les droits d'exploitation des résultats au pouvoir adjudicateur qui peut dès lors les exploiter et les rétrocéder à des tiers, pour les seuls modes d'exploitation prévus dans le marché. Le titulaire, en raison de l'exclusivité attachée à la cession, ne peut plus exploiter le résultat du marché, sauf dérogation au caractère exclusif de cette cession (cf. 2.18).

2. MARCHES DE PRESTATIONS INTELLECTUELLES, MARCHES INFORMATIQUES – LES DISPOSITIONS COMMUNES

A/ CONNAISSANCES ANTÉRIEURES

2.1 Que recouvre la notion de connaissances antérieures ?

Les CCAG PI et TIC définissent un régime juridique autonome à celui des résultats pour les connaissances antérieures (cf. 2.3).

Les connaissances antérieures sont définies comme étant tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support, qui ne résultent pas de l'exécution du marché et qui appartiennent, au jour de la notification du marché, au titulaire du marché ou à des tiers, ou qui leur sont concédés en licence. Il peut également s'agir des éléments qui appartiennent au pouvoir adjudicateur au jour de la notification du marché.

Il s'agit d'éléments préexistants au marché qui sont utilisés par le prestataire pour réaliser le résultat du marché.

Dans les marchés informatiques, ces éléments préexistants peuvent être des logiciels ou des briques logicielles que le prestataire va utiliser pour développer le résultat. Dans certains cas, les connaissances antérieures qui seront incorporées dans le résultat du marché seront indissociables de ce dernier.

Dans les marchés de communication, les connaissances antérieures sont généralement qualifiées d'achat d'art et recouvrent la musique, les photographies ou autres contenus qui appartiennent à des tiers et qui sont utilisés dans les campagnes de communication.

2.2 Faut-il dans le CCAP identifier les connaissances antérieures ?

Il convient d'identifier dans le marché les éléments (connaissances antérieures) que le pouvoir adjudicateur ou le titulaire vont utiliser pour réaliser le résultat.

Il peut s'agir de briques logicielles, de photographies, ou d'autres éléments qu'il est important de lister dans le marché en tant que connaissances antérieures apportées par le pouvoir adjudicateur ou par le titulaire.

Lorsqu'il n'est pas possible d'identifier, au stade de l'appel d'offre, les connaissances antérieures qui seront utilisées par le prestataire pour réaliser le résultat du marché, il est important de faire obligation à ce dernier de fournir au pouvoir adjudicateur au fur et à mesure de l'exécution du marché une liste des connaissances antérieures précisant leur régime juridique.

2.3 Le régime juridique des connaissances antérieures est-il identique à celui des résultats ?

Le régime des connaissances antérieures, proposé par les CCAG PI et TIC, est le même quelle que soit l'option A ou B choisie pour définir le régime juridique des résultats.

Les CCAG PI et TIC prévoient, au bénéfice du pouvoir adjudicateur, une **concession** des droits afférents aux connaissances antérieures qui sont strictement nécessaires pour utiliser le résultat.

Il est ici à noter que le pouvoir adjudicateur reste titulaire des droits portant sur les connaissances antérieures qu'il apporte. Le titulaire ne peut donc pas les exploiter dans un autre contexte sans autorisation préalable du pouvoir adjudicateur.

Le régime posé par les CCAG PI et TIC pour les connaissances antérieures mérite une attention particulière si le pouvoir adjudicateur retient pour les résultats le régime posé par l'option B (cf. le cahier pratique [Mettre en œuvre le CCAG TIC](#)).

2.4 Point de vigilance : articulation du régime des connaissances antérieures avec l'option B des CCAG PI et TIC

Lorsque l'option B a été retenue dans le CCAP pour par exemple :

- permettre à d'autres administrations d'exploiter le résultat du marché (cf. 2.20)
- pour diffuser le résultat du marché sous un régime de licence libre (cf. 2.21),

une attention particulière devra être portée au régime des connaissances antérieures dans le CCAP.

En effet, lorsque le résultat du marché incorpore des connaissances antérieures qui appartiennent à des tiers et qui sont **indissociables** du résultat, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas techniquement séparables du résultat, il conviendra de déroger au régime des connaissances antérieures posé par les CCAG PI et TIC (cf. 2.3).

Les articles des CCAG PI et TIC prévoient en effet une concession, à titre non exclusif, au bénéfice du pouvoir adjudicateur et des tiers désignés dans le marché du droit d'utiliser les connaissances antérieures strictement nécessaires pour utiliser les résultats. Ces articles n'autorisent donc pas le pouvoir adjudicateur à rétrocéder les droits afférents aux connaissances antérieures à des tiers.

Pour les connaissances antérieures qui sont **indissociables** du résultat, les documents particuliers du marché devront donc prévoir une **cession** des droits afférents aux connaissances antérieures compatible avec celle prévue pour les résultats du marché (cf. B/). À défaut, le pouvoir adjudicateur se trouvera dans l'impossibilité de mutualiser les résultats du marché ou de les diffuser en libre en raison du régime juridique afférent aux connaissances antérieures indissociables. Dans ce cas, dans la majorité des cas, **une cession à titre non exclusif** des droits portant sur les connaissances antérieures, sera suffisante.

Lors de la rédaction du préambule du marché, il pourra être utilement précisé que le pouvoir adjudicateur souhaite diffuser à des tiers les résultats du marché et donc que le prestataire s'engage à incorporer aux résultats du marché des connaissances antérieures qui peuvent être mises à disposition de tiers, dès lors que ces connaissances antérieures sont indissociables des résultats du marché.

De plus, dans les documents particuliers du marché, le pouvoir adjudicateur imposera au titulaire la communication au fur et à mesure de l'exécution du marché des connaissances antérieures incorporées dans le résultat accompagnée du régime juridique afférent à ces connaissances antérieures.

B/ UTILISATION DES RÉSULTATS

2.6 Comment faut-il décrire dans le CCAP les résultats attendus ?

La définition des résultats du marché est essentielle car les clauses de propriété intellectuelle organisent le régime juridique afférent aux résultats.

Le résultat du marché est généralement le livrable attendu. Mais celui-ci doit être entendu comme l'ensemble des éléments fournis par le prestataire y compris les plans, la documentation associée, les instructions de mise en œuvre du livrable, les plans, les études préalables, etc. Le livrable peut aussi comporter des contenus réalisés en dehors du cadre du marché, appelés "connaissances antérieures".

De plus, dans certains cas le résultat peut être composite et comporter des éléments que le pouvoir adjudicateur peut souhaiter exploiter séparément et indépendamment du résultat global. Si le marché a par exemple pour objet une campagne de communication, le résultat du marché sera cette campagne. Le pouvoir adjudicateur peut souhaiter exploiter certains éléments de cette campagne indépendamment de la campagne elle-même. Il conviendra donc d'identifier ces composantes (chartes graphiques, logo, etc.) et prévoir dans le marché une cession des droits afférents à ces éléments qui corresponde précisément aux besoins du pouvoir adjudicateur, à

2.7 Comment assurer la confidentialité des résultats du marché ?

L'article 5 du CCAG PI et du CCAG TIC prévoit une clause de confidentialité. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur souhaiterait que les résultats du marché soient couverts par la confidentialité et donc qu'ils ne soient pas divulgués par le titulaire, cet article 5 devra être complété dans les documents particuliers du marché. Il conviendra de décrire précisément les résultats couverts par cette confidentialité.

Tel pourra être le cas par exemple d'une étude réalisée par un prestataire dont les conclusions ne doivent pas être divulguées par le titulaire du marché.

Si l'acheteur choisit l'option A, il devra soit compléter les obligations de confidentialité prévues à l'article 5 du CCAG PI soit déroger expressément à l'article A.25.5.3 du CCAG PI et prévoir des dispositions spécifiques. S'il effectue le choix de l'option B, il conviendra de déroger à l'article B. 25.2.3 du CCAG PI.

OPTION A DES CCAG PI ET TIC

2.8 Dans quel cas le pouvoir adjudicateur peut-il viser l'option A du CCAG PI ou TIC ?

L'option A du CCAG peut être suffisante dès lors que le pouvoir adjudicateur souhaite exploiter les résultats pour ses besoins propres et que ne sont envisagés notamment ni une mutualisation avec des administrations non identifiées au stade de l'appel d'offre ni une diffusion sous licence libre.

L'option A prévoit une concession des droits afférents aux résultats (qui s'apparente à une licence d'utilisation) pour les besoins qui découlent de l'objet du marché.

Si l'utilisation faite du résultat ne découle pas de l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur pourrait se trouver en situation de contrefacteur. L'objet du marché devra donc être clairement défini. Le CCAP pourra utilement rappeler quelles sont les utilisations que le pouvoir adjudicateur souhaite faire des résultats et qui découlent de l'objet du marché.

Le préambule pourra également utilement exposer les objectifs du pouvoir adjudicateur quant aux exploitations qu'il souhaite faire des résultats.

2.9 L'option A doit-elle être adaptée/complétée dans le CCAP ?

L'option A propose une clause de propriété intellectuelle de base qui trouvera à s'appliquer sans modification dans un certain nombre de marchés, à la condition que le CCAP définisse clairement l'objet du marché et les utilisations/exploitations envisagées des résultats.

Ainsi, la référence à l'option A dans un CCAP nécessite que les étapes préalables et incontournables à la rédaction de clauses de PI (cf. 1.3) aient été réalisées.

L'option A, en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur, peut être aménagée dans le CCAP et notamment :

- Pour étendre si besoin le territoire prévu pour la France à d'autres territoires. Il est à noter que l'option A prévoit le monde entier pour l'exploitation des résultats sur Internet.
- Pour prévoir une durée d'exploitation des résultats inférieure à la durée des droits d'auteur qui est de 70 ans à compter de la mort de l'auteur, ce qui peut avoir un impact sur le prix du marché.
- Si une exploitation commerciale des résultats est envisagée qui doit être dans ce cas explicitement prévue dans le CCAP

2.10 L'option A permet-elle une adaptation, modification des résultats du marché ?

L'option A prévoit la concession des droits d'incorporer, d'intégrer, d'adapter, d'arranger, de corriger, de traduire les résultats, en tout ou en partie, en l'état ou modifiés pour les besoins découlant de l'objet du marché.

L'exercice de ces droits doit toutefois se faire dans le respect des droits moraux et notamment du droit au respect de l'œuvre. Cela signifie que les modifications

et adaptations qui seront apportées par le pouvoir adjudicateur ne devront pas dénaturer l'œuvre.

Le CCAG PI recommande d'informer le titulaire du marché des adaptations ou modifications qui seront apportées.

En pratique, il est aussi conseillé de décrire dans le CCAP les adaptations ou modifications qui pourraient être apportées au résultat. Par exemple, si le marché a pour objet une campagne de communication qui comprend la conception d'un logo, le CCAP pourra utilement préciser que le logo pourra être adapté ou modifié dans ses couleurs, sa taille, son graphisme pour l'adapter aux différents supports sur lesquels il sera reproduit. Le logo pourra également être modifié dans son graphisme pour le faire évoluer et l'adapter aux chartes graphiques à venir du pouvoir adjudicateur.

2.11 Peut-on prévoir une durée d'exploitation des résultats plus longue que la durée du marché ?

La durée d'exploitation des résultats du marché peut être plus longue que la durée du marché. Dans un grand nombre de cas, le pouvoir adjudicateur souhaitera poursuivre l'exploitation des résultats à l'échéance du marché. Tel pourrait être le cas pour des supports de formation qui auraient été réalisés dans le cadre d'un marché. Il en est de même pour les campagnes de communication ou les logiciels qui auraient été développés.

L'option A du CCAG PI prévoit comme durée d'exploitation des résultats la durée légale des droits d'auteur, à savoir 70 ans après la mort de l'auteur. Cette durée peut être modifiée si nécessaire dans le cadre du marché pour tenir compte des besoins de l'administration.

Dans le cadre de l'option B, il est nécessaire de prévoir dans le CCAP la durée d'exploitation des résultats.

2.12 Le prix de la concession des droits de PI dans le cadre de l'option A peut-il être compris dans le prix du marché ?

Le prix de la concession des droits de PI est compris dans le prix du marché.

En revanche, si l'option A est complétée dans les documents particuliers du marché pour prévoir une exploitation commerciale des résultats, une rémunération par mode d'exploitation devra être prévue.

2.13 L'option A peut-elle être combinée avec l'option B ?

Les CCAG PI et TIC proposent des modèles de clauses de propriété intellectuelle qui peuvent être complétés et adaptés dans les documents particuliers du marché. Dans certains cas, le résultat du marché pourra être composite et comporter différents éléments dont le régime juridique pourra être différent.

Tel pourrait être le cas pour les marchés portant sur la création d'un site Internet pour lequel le prestataire fournit à la fois des prestations techniques et des prestations de création (charte graphique, textes, logos...).

Si l'option A peut être suffisante pour les aspects techniques du site Internet, l'option B pourrait être retenue pour les créations que l'administration souhaiterait exploiter dans d'autres contextes (charte graphiques, logo) ou pour lesquelles elle souhaiterait avoir une exclusivité (identité visuelle).

L'administration devra identifier le résultat attendu dans le cadre du marché et ses composantes. Pour chaque composante du résultat, elle devra s'interroger sur le régime juridique idoine et le prévoir dans les documents particuliers du marché.

OPTION B DES CCAG PI ET TIC

2.14 Dans quel cas le recours à l'option B est-il pertinent ?

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 et les rétrocéder à des tiers, **pour les seuls modes d'exploitation prévus dans le marché**.

Dans cette option le titulaire ne peut plus, en raison de l'exclusivité, exploiter les résultats. Si le pouvoir adjudicateur souhaite avoir une maîtrise totale quant à l'exploitation des résultats, l'option B est l'option la plus appropriée.

Il en est de même, si le pouvoir adjudicateur souhaite rétrocéder à des tiers, non identifiés au stade de l'appel d'offre, les droits d'exploitation afférents aux résultats du marché. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra s'interroger sur la pertinence d'une cession des droits à titre exclusif et déroger à ce caractère exclusif de la cession si celle-ci n'est pas nécessaire (cf. *infra* 2.18)

2.15 L'option B est-elle plus protectrice pour le pouvoir adjudicateur ?

L'option B n'est pas forcément plus protectrice pour le pouvoir adjudicateur. Celle-ci prévoit un transfert à titre exclusif des droits portant sur les résultats, pour la durée, le territoire et les modes d'exploitation définis dans le marché. Les exploitations des résultats possibles dépendront donc de ce que le pouvoir adjudicateur aura prévu dans son marché. Il est à noter que **l'option B doit obligatoirement être complétée dans le CCAP, à défaut la cession des droits est nulle**.

Si le résultat du marché est sensible et que le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas que ce résultat soit exploité par le titulaire du marché ou des tiers, alors l'option B est l'option la plus sécurisante pour le pouvoir adjudicateur.

2.16 La seule référence à l'option B dans le marché est-elle suffisante ?

La seule référence à l'option B, n'est pas suffisante. L'option B doit obligatoirement être complétée dans le CCAP. A défaut la cession des droits est nulle (cf. 2.17).

2.17 L'option B doit-elle être adaptée/complétée dans le CCAP ?

L'option B prévoit la cession à titre exclusif au pouvoir adjudicateur des droits patrimoniaux de reproduction et de représentation et notamment d'adaptation, d'arrangement, de correction, de traduction, d'incorporation afférents aux résultats ainsi que le droit de distribuer les résultats à des fins commerciales pour les modes d'exploitation prévus dans les documents particuliers du marché.

L'option B précise que le territoire, la durée, les modes d'exploitation des droits cédés et le prix doivent être définis dans les documents particuliers du marché.

L'option B doit donc obligatoirement être complétée dans le CCAP, à défaut la cession des droits est nulle.

Plus précisément, les documents particuliers du marché devront prévoir quels sont les besoins du pouvoir adjudicateur pour ce qui concerne :

- **La durée d'exploitation** des résultats : celle-ci peut être une durée définie telle que la durée du marché (cela signifie qu'à l'échéance du marché le pouvoir adjudicateur ne pourra plus exploiter les résultats) ou la durée des droits d'auteur, c'est-à-dire soixante-dix ans après la mort de l'auteur ou une durée précisée qui correspond aux besoins de l'administration quant à l'utilisation des résultats. La durée de la cession est susceptible d'avoir une incidence sur le prix, et ce d'autant plus si la cession est à titre exclusif.
- **Le territoire**, sauf cas particulier, il est conseillé de prévoir que le territoire

d'exploitation sera le monde entier. En effet, les modes de diffusion sont devenus mondiaux (par exemple Internet). Si toutefois, l'administration peut s'assurer d'une exploitation limitée géographiquement (un journal municipal qui ne sera jamais publié sur Internet par exemple), elle pourra alors le préciser.

- **Les modes d'exploitation/utilisation** doivent obligatoirement être précisés dans les documents du marché. Il est nécessaire de mentionner de façon exhaustive dans le marché public, les procédés et les modes d'exploitation qui pourraient être envisagés par le pouvoir adjudicateur.

Par « mode d'exploitation », on entend :

- les supports d'exploitation des résultats : le CCAP devra lister les supports physiques sur lesquels les résultats du marché vont être reproduits : supports papiers, supports numériques qu'il conviendra de détailler.

Les droits cédés peuvent l'être pour un support bien précis ou pour un usage déterminé. Par exemple, un auteur peut céder le droit de reproduire son roman sur un support papier. Cette cession ne vaut donc pas pour l'édition d'un livre numérique. Il est donc impératif d'indiquer si la cession du droit de reproduction couvre ou non tous les supports (présents et à venir), si la cession du droit de représentation vaut pour tous les procédés ou non. Il convient également d'indiquer la nature de l'usage qui peut être fait des droits cédés (usage privé, usage public, usage restreint à un nombre déterminé de personnes ou de supports, etc.).

Pour des photographies, il pourra s'agir du droit de reproduire les photographies sur des supports papier, dans le cadre d'édition d'ouvrages, sur des produits dérivés, sur des cartes postales, supports numériques etc.

- les modes de diffusion : Internet, extranet, télédiffusion, diffusion en salle, etc.

- la finalité des exploitations autorisées : par exemple formation, communication, information du public, etc.

Si des exploitations commerciales des résultats sont envisagées, il conviendra de le préciser et de décrire précisément toutes ces exploitations.

- La possibilité de rétrocéder les droits à des tiers : par exemple si l'objectif du pouvoir adjudicateur est de permettre à d'autres entités publiques d'exploiter le résultat du marché ou de diffuser les résultats sous licence libre, il conviendra de le dire expressément.

Les modes d'exploitation non prévus dans le marché ne sont pas autorisés. Il a ainsi été jugé que la cession du droit de reproduire des photographies en plusieurs exemplaires n'autorise pas la reproduction en vue d'autres utilisations (publicité ou promotion, édition d'ouvrages ou de cartes postales, etc.).

Ces différents paramètres sont susceptibles d'avoir une incidence sur le prix. Ils doivent donc être définis avec soin par l'acheteur et le prescripteur pour correspondre aux besoins de la personne publique.

2.18 Quelles sont les conséquences de l'exclusivité prévue par l'option B ?

L'exclusivité prive le prestataire de la possibilité d'exploiter le résultat du marché. Dans certains types de marché, l'exclusivité s'impose et n'a pas d'incidence sur le prix du marché (logos, charte graphique par exemple).

En revanche, dès lors que l'exclusivité prive le prestataire de la possibilité d'exploiter le résultat du marché concurremment au pouvoir adjudicateur et qu'il en résulte un manque à gagner pour lui, l'exclusivité est susceptible d'augmenter le prix du marché.

Il est donc vivement conseillé, dès lors que l'option B est choisie par le pouvoir adjudicateur pour définir le régime juridique applicable aux résultats du marché, de

s'interroger sur la pertinence d'une cession des droits à titre exclusif et envisager, le cas échéant, une dérogation au caractère exclusif de cette cession.

2.19 Faut-il prévoir, au titre de la cession des droits, un prix distinct du prix du marché dans le cadre de l'option B ?

Dans le cadre de l'option B, le CCAG précise que le prix de la cession doit être prévu dans les documents particuliers du marché.

Si aucune exploitation commerciale des résultats n'est envisagée, le prix de la cession pourra être forfaitaire et compris dans le prix du marché. Les documents particuliers du marché devront le prévoir expressément : « *Dans le cadre de ce marché, la cession des droits de propriété intellectuelle est comprise dans le prix du marché et ne donne pas lieu à un complément de prix.* »

Si une exploitation commerciale des résultats est prévue, les documents particuliers du marché devront précisément lister les différentes exploitations commerciales et prévoir un prix pour chacune d'entre elles.

Le CPI pose, en son article L. 131-4, le principe du caractère proportionnel de la rémunération qui doit être versée à l'auteur au titre de l'exploitation de son œuvre : « *la cession (...) doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ».

L'assiette de la rémunération proportionnelle doit être **le prix hors taxe payé par le public pour accéder à l'œuvre**. Les tribunaux ont donc annulé les rémunérations proportionnelles basées sur le chiffre d'affaire de l'éditeur ou le prix « distributeur ». Ce n'est que dans des cas limitativement énumérés par l'article L. 131-4 que le CPI autorise le versement d'une rémunération forfaitaire.

2.20 Quelle option viser pour mutualiser avec d'autres administrations l'exploitation des résultats du marché ?

Si plusieurs administrations ont un besoin commun, elles pourront mettre en œuvre une coordination ou un groupement de commande pour aboutir à une mutualisation des résultats. Les résultats du marché pourront donc être exploités par l'ensemble des administrations à la condition que ces résultats soient identifiés en amont.

Dans ce cas, l'option A ou l'option B peut être choisie, selon les objectifs poursuivis.

Si, au stade de la passation du marché, il n'est pas possible d'identifier les administrations potentiellement intéressées par les résultats du marché, mais qu'une mutualisation des résultats est envisagée ou envisageable, l'option B peut alors être privilégiée, en dérogeant si possible à l'exclusivité pour faire diminuer le coût de la cession et permettre au prestataire d'exploiter pour son compte, parallèlement à l'exploitation par l'administration.

Le pouvoir adjudicateur indiquera dans le préambule du marché et dans la clause de cession des droits, le fait qu'il envisage de rétrocéder à des tiers les droits d'exploitation afférents aux résultats.

Lorsque le résultat du marché incorpore des connaissances antérieures, il conviendra d'être attentif au régime juridique afférent à ces éléments antérieurs (cf. 2.3).

2.21 Quelle option viser pour diffuser sous une licence libre le résultat du marché ?

Pour pouvoir diffuser sous une licence libre, des contenus réalisés par des prestataires dans le cadre de marchés publics, il conviendra de préférence de viser l'**option B sans exclusivité** et de faire référence dans le marché à la licence libre sous laquelle les résultats seront diffusés.

Une attention particulière devra être portée à la compatibilité entre la licence choisie et le régime des connaissances antérieures (cf. 2.3).

3. SPÉCIFICITÉS DES MARCHÉS INFORMATIQUES

3.1 Quels sont les droits de propriété intellectuelle susceptibles de protéger un logiciel ?

1. Droit d'auteur

Un logiciel est une œuvre de l'esprit au sens du code de la propriété intellectuelle susceptible de protection par le droit d'auteur, sous certaines conditions.

2. Droit des marques

Le titre d'un logiciel peut faire l'objet d'une protection par le droit des marques.

3. Droit des brevets

En théorie, le logiciel est exclu de la brevetabilité.

Lorsque le logiciel est incorporé dans un ensemble plus vaste qui lui est brevetable, les tribunaux reconnaissent dans certains cas la possibilité de breveter un logiciel.

	Droit d'auteur spécial logiciel	Droit commun du droit d'auteur	Pas de protection au titre du droit d'auteur
Code source	X		
Code objet	X		
Algorithme			X
Langage de programmation			X
Interface graphique		X	
Fonctionnalités			X
Titres des logiciels		X	
Matériel de conception préparatoire	X		
Documentation		X	

Source : Agence pour la protection des programmes

3.2 Quelles dispositions du CCAG TIC viser lorsque l'objet du marché est la fourniture d'un logiciel standard (progiciel) ?

Le CCAG TIC prévoit un régime juridique spécifique lorsque le marché a pour objet des licences de logiciels standard.

L'article 37 du CCAG TIC prévoit une concession, à titre non exclusif, du droit d'utiliser le ou les logiciels standards et la documentation y afférente pour les besoins découlant de l'objet du marché, dans la limite des éventuelles conditions restrictives prévues.

Les conditions restrictives peuvent en effet résulter des conditions spécifiques imposées par les licences standards des éditeurs.

Il est essentiel dans le cadre de la procédure de mise en concurrence de bien définir l'objet du marché en indiquant le nombre d'utilisateurs du logiciel, les sites d'exploitation, la durée si elle doit être limitée, etc.

De ce point de vue, il est opportun de connaître les modalités pratiques des éditeurs afin de prévoir dans les documents particuliers du marché les éléments permettant de bénéficier des licences les plus adaptées au besoin.

3.3 Les codes sources sont-ils livrés avec le logiciel dans le cas de logiciels standards ?

Le CCAG TIC ne prévoit pas la remise des codes sources pour les logiciels standards. Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur souhaiterait avoir accès aux codes sources du prestataire, notamment en cas de défaillance de celui-ci, les documents particuliers devront prévoir les conditions d'accès aux codes sources. Toutefois, la faisabilité doit en être étudiée au préalable. Le pouvoir adjudicateur devra évaluer le risque éventuel d'un marché qui serait déclaré infructueux faute de candidats en capacité de fournir un accès aux codes sources.

3.4 Quelles dispositions du CCAG TIC viser lorsque l'objet du marché est la réalisation de développements spécifiques ?

L'article 38 du CCAG TIC offre aux administrations deux options pour définir le régime juridique applicable aux résultats autres que les logiciels standards. Cet article trouve à s'appliquer **aux développements spécifiques, bases de données ou autres projets informatiques réalisés pour l'administration ainsi qu'à la création de sites Internet.**

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, de composants préexistants (logiciels standards ou logiciels spécifiques).

3.5 L'accès aux codes sources pour les développements spécifiques est-il prévu dans le CCAG TIC ?

Les options A et B prévoient la remise au pouvoir adjudicateur des codes sources des logiciels spécifiques réalisés dans le cadre d'un marché public.

La remise des codes sources au pouvoir adjudicateur ne signifie pas que celui-ci peut exploiter librement ces codes.

Les codes pourront être exploités pour les seuls territoires, durées et utilisations définies dans l'option A éventuellement complétée dans le CCAP, et dans le CCAP pour ce qui est de l'option B (cf. 2.17).

3.6 Quelle option viser pour diffuser sous une licence libre le développement spécifique réalisé dans le cadre d'un marché ?

Si l'objet du marché est la réalisation d'un logiciel que l'administration souhaite diffuser sous une licence de logiciel libre, **l'option B sans exclusivité** peut être l'option appropriée.

Il est vivement conseillé à l'administration d'annexer au marché la licence de logiciel libre qui s'appliquera au logiciel, objet du marché, lors de sa mise à disposition auprès de tiers, de manière à ce que le titulaire du marché en ait connaissance.

Il est également conseillé d'indiquer dès le préambule du marché, l'objectif de l'administration de diffuser le logiciel développé dans le cadre du marché sous la licence de logiciel libre qui sera définie.

Le guide « [Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres](#) » propose des exemples de clauses.

3.7 Quelles dispositions spécifiques faut-il prévoir dans le CCAP pour pouvoir, à l'échéance du marché, confier la tierce maintenance à un prestataire autre que le titulaire du marché ?

Si le pouvoir adjudicateur souhaite confier à un tiers les prestations de maintenance sur un logiciel développé dans le cadre d'un marché, notamment lorsque le marché arrive à son terme, certaines dispositions particulières devront être prévues dans les documents particuliers du marché.

Les documents particuliers du marché devront ainsi indiquer que, par dérogation à l'article 32 du CCAG TIC, le pouvoir adjudicateur pourra, par exemple à l'expiration du marché, confier les opérations de tierce maintenance applicative à un tiers de son choix, sans avoir à obtenir l'autorisation préalable du titulaire du marché.

Les opérations de maintenance envisagées devront être définies avec soin. Si besoin, les définitions des opérations de maintenance préventive, corrective et évolutive posées par l'article 31 du CCAG TIC pourront être précisées dans les documents particuliers du marché.

Si la tierce maintenance applicative peut être confiée à un tiers notamment à l'échéance du marché, il conviendra de préciser dans le marché que la confidentialité des codes sources ne fait pas obstacle à la mise à disposition de tiers de ces codes pour réaliser les opérations de maintenance. En pratique, il conviendra de

déroger dans le CCAP aux dispositions des articles A.38.1.1 3° ou B 38.1.1 3. Dans le cadre de l'option A, il peut être indiqué que le pouvoir adjudicateur imposera au tiers chargé de réaliser les opérations de tierce maintenance applicative des obligations de confidentialité des codes sources du titulaire et de la documentation associée.

Les articles A. 38.1.1.1 et B.38.1.1.1 pourraient également être complétés avec les dispositions suivantes qui visent spécifiquement la tierce maintenance applicative :

- le droit d'adapter les résultats, entendu comme le droit de modifier, d'arranger les tout ou partie des résultats, d'en faire la maintenance préventive, corrective, adaptative et évolutive, d'en réaliser de nouvelles versions ou de nouveaux développements, de le traduire en toute langue, transcrire dans tout langage de programmation, porter sur toute configuration, interfacer avec tout logiciel, base de données, produit informatique, d'en réutiliser les algorithmes à toutes fins, d'en intégrer tout ou partie vers ou dans des œuvres existantes ou à venir, et ce sur tous supports connu ou inconnu à ce jour, de manière directe ou indirecte ;
- le droit de sous-licencier ou sous-traiter à tout tiers en tout ou partie, sous quelque forme que ce soit par tout type de contrat, et notamment par voie de licence, de contrat de prestation de service, sous toute forme, tout ou partie des droits concédés, à titre temporaire ou définitif, onéreux ou gratuit, et notamment le droit de faire réaliser la tierce maintenance applicative des résultats par tout tiers de son choix.

4. COMMENT RÉDIGER LES CLAUSES DE CESSION DE DROITS DANS LES DOCUMENTS PARTICULIERS DU MARCHÉ

Pour la rédaction des clauses de cession de droit qui définissent le régime juridique afférent à l'utilisation des résultats du marché, l'architecture suivante est recommandée :

1. Définitions :

- *Résultats du marché* : définition précise, y compris éventuellement de la documentation associée
- *Connaissances antérieures du titulaire du marché* : description précise des connaissances antérieures apportées par le titulaire du marché pour réaliser le livrable.
- *Connaissances antérieures non identifiées au stade de l'appel d'offre* : le titulaire du marché s'engage au fur et à mesure de l'exécution du marché à communiquer au pouvoir adjudicateur les connaissances antérieures utilisées accompagnées du régime juridique y afférent. Ces connaissances antérieures seront annexées au présent marché.
- *Connaissances antérieures du pouvoir adjudicateur* : description précise des connaissances antérieures apportées par le pouvoir adjudicateur pour réaliser le livrable.
- *Connaissances antérieures de tiers* : description précise des connaissances antérieures des tiers utilisées pour réaliser le livrable.

2. Régime juridique des connaissances antérieures

- Le pouvoir adjudicateur peut faire référence aux articles du CCAG PI ou du CCAG TIC
- Par dérogation aux articles du CCAG PI ou du CCAG TIC, le régime juridique des connaissances antérieures est défini comme suit : cf. par exemple 2.3.

3. Régime juridique des Résultats

Option A

L'option A du CCAG PI s'applique et est complétée comme suit :

- Tiers désignés : ...
- Modes d'exploitation des Résultats : ...

Par dérogation à l'article ... du CCAG PI

Option B

En complément des dispositions de l'article ... du CCAG PI

- Territoire : ...
- Durée : ...
- Supports d'exploitation : ...
- Modes d'exploitation : ...
- Dérogation éventuelle au caractère exclusif de la cession : par dérogation aux dispositions de l'article, les droits d'exploitation afférents aux Résultats du marché sont cédés au Pouvoir adjudicateur à **titre non exclusif**. Le titulaire du marché peut donc librement les exploiter.

POUR ALLER PLUS LOIN

- ▶ Cahier pratique « [Marché public et droits de propriété intellectuelle : mettre en œuvre le CCAG TIC](#) »
- ▶ Cahier pratique « [Marchés de prestations intellectuelles : les clauses de cession de droit d'auteur dans le CCAG-PI](#) »
- ▶ [Guide pratique de l'achat public innovant](#), publié par le ministère de l'Économie et des Finances
- ▶ [Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres \(format Libre Office\)](#)

■ Directeur de la publication :

Danielle Bourlange

■ Rédacteur :

Anne-Claire Viala

Licence : CC-BY-NC

Date de publication : mars 2016

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.economie.gouv.fr/apie

 [@APIE_gouv](https://twitter.com/APIE_gouv)