

# Comment diffuser sous licence libre des contenus développés dans le cadre de marchés publics

Les administrations développent de nombreux projets qui participent, dans le cadre de marchés publics, à la création de biens immatériels (codes sources logiciels, bases de données, contenus rédactionnels, images) généralement protégés par des droits de propriété intellectuelle. Pour pouvoir diffuser ces contenus sous un standard de licence libre en toute sécurité, il convient de prévoir au sein des marchés publics les clauses de cession de droits adaptées.

En effet, une rédaction imprécise ou inadaptée des clauses de cession de droits de propriété intellectuelle peut priver les administrations de la possibilité d'exploiter dans de bonnes conditions ce qu'elles ont acheté et donc, a fortiori, les empêcher de diffuser les contenus sous licence libre.

Ces clauses de propriété intellectuelle devront être introduites en particulier pour ouvrir « en open data », des contenus livrés dans le cadre d'un marché public.



# 1► Les droits de propriété intellectuelle protégeant les contenus

## A. Principe de la protection

### 1. La protection des contenus par le droit d'auteur

L'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

Ce droit de propriété incorporelle exclusif est composé de droits moraux et de droits patrimoniaux, ces derniers étant les seuls cessibles. Il s'agit d'un mécanisme de protection juridique qui permet aux seuls auteurs d'autoriser l'utilisation, la diffusion et l'exploitation de leurs œuvres.

Ainsi, pour qu'une œuvre soit protégeable, elle doit être originale et porter « l'empreinte de la personnalité » de l'auteur<sup>1</sup> : la protection s'applique dès la création de l'œuvre sans qu'un dépôt spécifique ne soit nécessaire pour établir la protection au profit de l'auteur. L'appréciation du caractère original de l'œuvre relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

### 2. La protection des bases de données par le droit *sui generis* du producteur de base de données

En parallèle de la protection par le droit d'auteur, lorsque les contenus sont organisés et structurés dans une base de données, ils sont susceptibles d'être protégés par le droit *sui generis* du producteur de base de données défini à l'article L341-1 du CPI qui protège le contenu de la base et non son architecture.

Sous réserve de leur originalité, les contenus suivants développés dans le cadre de marchés publics sont protégés par le droit d'auteur :

- études, logiciels, logos, développements informatiques, photographies...
- architecture des bases de données : l'originalité réside dans les règles d'organisation de la base, la disposition des matières (plan, composition, forme, structure, ventilation du contenu dans les différents fichiers). Toutefois, si la présentation et l'organisation de la base ne sont dictées que par des logiques fonctionnelles contraignantes imposées par le contenu des données, l'originalité sera difficile à prouver.

Ces droits d'auteur peuvent être détenus, soit par le titulaire du marché, soit par des tiers (éditeurs de briques logicielles incorporées dans le livrable du marché, graphistes...).

Cette protection *sui generis* du producteur de base de données, est accordée à l'entité qui a pris « l'initiative et le risque des investissements » liés à la création de la base dont « la constitution, la vérification ou la présentation » atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.

L'administration étant généralement l'investisseur, elle doit être considérée comme producteur de la base.

1. Cass., Ass. Plén. 7 mars 1986 : GAPI, 1ère édition. N°9

D'une manière générale, la loi reconnaît au producteur, la faculté d'interdire ou de soumettre à des conditions particulières, les extractions substantielles (quantitativement ou qualitativement) et certaines formes d'utilisation de la base de données.

Dans le cas de l'administration, le droit *sui generis* du producteur ne fait pas obstacle à la liberté de réutilisation des informations publiques organisées dans des bases de données entrant dans le champ d'application de l'article L321-3 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

## **B. Une nécessaire autorisation des titulaires de droits de propriété intellectuelle pour toute réutilisation des contenus protégés**

Hormis les cas où l'administration peut être considérée comme auteur dès l'origine de la création, conformément à l'article L113-5 du CPI<sup>2</sup>, l'autorisation expresse des titulaires des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour assurer la mise à disposition de ces contenus au profit de tiers. Cette autorisation prend nécessairement la forme d'une clause de cession de droits.

Ainsi, lorsque les contenus ont été conçus par un prestataire de l'administration dans le cadre d'un marché public sauf si l'absence d'originalité ou la qualification d'œuvre collective<sup>3</sup> est certaine, l'APIE recommande, pour des raisons de sécurité juridique, d'obtenir les autorisations d'exploitation nécessaires auprès du prestataire dans le cadre du marché public conformément aux stipulations de l'article L131-3 du CPI.

Afin de mettre sous licence libre des contenus protégés par le droit d'auteur, l'administration doit en acquérir les droits patrimoniaux conformément aux dispositions de l'article L131-3 du CPI qui dispose: « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* » (cf. infra 3).

---

2. les droits de propriété intellectuelle sur les œuvres collectives naissent sur la tête de la personne physique ou morale ayant pris l'initiative et la direction de l'élaboration de l'œuvre.

3. Article L113-2 alinéa 3 du CPI : est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à l'élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé.

## 2► Les licences libres<sup>4</sup>

### A. Le mécanisme des licences libres

Les licences libres sont des dispositifs par lesquels l'auteur donne l'autorisation, à tous et par avance, d'utiliser son œuvre dans les conditions fixées dans la licence.

Il existe plusieurs standards de licences libres dont certains sont spécifiques à des œuvres créatives (licences Creative Commons, licence Art libre) et d'autres plutôt dédiés aux logiciels (exemple : Apache, CeCILL-B, MIT License) ou aux bases de données (ODbl). Chacun de ces standards est susceptible d'évolutions au fil du temps, il convient donc de préciser le numéro de version du standard choisi lorsque l'on s'y réfère.

Les licences sont dites permissives lorsqu'elles permettent aux utilisateurs une totale liberté de réutilisation, y compris à des fins commerciales, des contenus.

Les licences sont dites « contaminantes » (ou avec obligation de réciprocité) lorsqu'elles imposent à leurs réutilisateurs, et notamment ceux qui produisent des œuvres dérivées du contenu initial, l'obligation de maintenir une licence équivalente à celle de l'œuvre initiale sur ces œuvres dérivées.

### B. Les précautions en matière de diffusion sous licence libre

#### 1. Précautions relatives à la nature des contenus objets de la diffusion envisagée

Pour diffuser sous licence libre des contenus réalisés dans le cadre d'un marché public, l'administration doit veiller à exclure du périmètre de ces contenus :

- les apports antérieurs grevés de droits de propriété intellectuelle de tiers non cessibles,
- les données à caractère personnel,
- les contenus protégés par le secret<sup>5</sup>,
- les contenus sur lesquels figurent des personnes reconnaissables et pour lesquels le droit à l'image des personnes empêche qu'ils soient diffusés et réutilisés sans restriction.

#### 2. La question du régime des apports antérieurs incorporés dans les contenus créés dans le cadre du marché

Souvent, les contenus livrés par les prestataires incorporent des connaissances antérieures qui sont des éléments qui ne résultent pas de l'exécution du marché mais qui sont incorporés dans les résultats et dont les droits appartiennent au titulaire ou à un tiers.

#### Exemples

- Musique originale utilisée par le prestataire pour sonoriser une campagne de communication
- Un logiciel peut incorporer des briques logicielles préexistantes appartenant au prestataire ou à un tiers

4. Par souci de pédagogie, la terminologie « licence libre » utilisée dans le présent document comprend l'ensemble des standards de licences par lesquelles les auteurs et/ou titulaires de droits de propriété intellectuelle accordent préalablement tout ou partie de leurs droits d'auteurs sur leurs contenus, y compris les licences de libre diffusion.

5. Articles L311-5 et L311-6 du CRPA.

La diffusion d'un contenu sous un standard de licence libre nécessite que les connaissances antérieures incorporées dans le contenu soient compatibles avec la licence libre choisie : c'est-à-dire qu'il est possible

d'acquérir les droits nécessaires ou qu'elles sont elles-mêmes placées sous une licence libre compatible avec la licence choisie.

### Exemples

- Des affiches qui reprennent des illustrations diffusées sous licence Creative Commons CC-BY-NC-ND ne peuvent pas être rediffusées sous une licence plus permissive (notamment la licence CC-BY)
- Si un logiciel incorpore des briques préexistantes placées sous licence CeCILL, ses évolutions devront être placées sous la même licence CeCILL ou sous une licence compatible (c'est-à-dire, accordant les mêmes droits aux tiers utilisateurs que la licence CeCILL – notamment les licences GNU GPL et Mozilla Public License)

De manière plus générale, les licences « contaminantes » imposent que tout logiciel qui intègre – même faiblement – un élément de code couvert par leur standard est considéré dans son ensemble comme couvert par la même licence. Dans ce cas, le logiciel dérivé d'un code source diffusé sous licence contaminante devra obligatoirement être placé sous une licence contaminante identique ou équivalente.

## 3► Les clauses de propriété intellectuelle à introduire dans les marchés

### A. Cadre général

#### 1. Le choix de l'option B

Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) sont des canevas qui constituent une base indispensable pour rédiger les documents contractuels (et plus particulièrement le CCAP) des marchés publics. L'APIE conseille de s'y référer et, selon l'objet du marché, de viser le CCAG prestations intellectuelles (PI) ou le CCAG techniques de l'information et de la communication (TIC).

Les CCAG PI et TIC prévoient deux principales options d'acquisition des droits de propriété intellectuelle au profit de la personne publique :

- L'option A, applicable par défaut, qui prévoit que le titulaire du marché autorise le pouvoir adjudicateur à utiliser, à titre non-exclusif, les résultats du marché pour les besoins que ce dernier aura définis ou qui découlent de l'objet du marché.

- L'option B, qui prévoit une cession à titre exclusif des droits de propriété intellectuelle portant sur les résultats au pouvoir adjudicateur. Celui-ci peut, dès lors, les exploiter pour les modes d'exploitation qu'il aura au préalable définis dans les documents particuliers du marché.

**Dans la perspective de placer les contenus sous licence libre, l'option B des CCAG PI ou CCAG TIC apparaît comme l'option la plus adaptée, en dérogeant à l'exclusivité des droits, en mentionnant explicitement la licence libre sous laquelle les contenus seront diffusés et en apportant les autres compléments indispensables.**

L'option B du CCAG PI ou TIC, pour être valable, doit en effet être complétée et un soin particulier doit être porté à la précision des éléments suivants :

- le périmètre d'acquisition des droits d'utilisation et de diffusion des contenus doit impérativement être conforme aux possibilités d'utilisation prévues par les licences libres choisies. Généralement, les modes d'utilisation doivent être très larges et couvrir tout support physique de reproduction et tout réseau de diffusion ;
- la finalité de diffusion des contenus sous licence libre doit être mentionnée ;
- le choix de la licence libre et son numéro de version sous laquelle seront diffusés les contenus. Pour pallier toute difficulté, l'APIE recommande d'annexer la totalité de la version de la licence libre choisie au CCAP ;

- la durée de cession des droits : les licences libres supposent généralement une acquisition de droits pour la durée de la propriété intellectuelle (toute la durée des droits de l'auteur et 70 ans après sa mort) ;

- le territoire géographique : la plupart des licences libres s'inscrivent dans un cadre d'échange de contenus numériques non-délimité géographiquement et supposent donc que l'acquisition des droits de propriété intellectuelle couvre le périmètre géographique le plus large (le monde entier).

## **2. Les droits à acquérir sur les connaissances antérieures**

En principe, lorsque des connaissances antérieures sont incorporées à l'initiative du prestataire et que les droits de propriété intellectuelle lui appartiennent ou appartiennent à des tiers, l'option B des CCAG-PI et TIC prévoient que celui-ci n'en concède les droits d'exploitation à l'administration que pour les besoins découlant de l'objet du marché.

Lorsque ces connaissances antérieures sont indissociables des contenus que l'administration souhaite diffuser sous licence libre, il convient alors de déroger explicitement aux dispositions du CCAG-PI ou du CCAG-TIC afin d'assurer la compatibilité des droits acquis sur les connaissances antérieures avec la diffusion des contenus sous le standard de licence libre choisi. Cela suppose que les connaissances antérieures indissociables utilisées le permettent.

## B. Ouverture des contenus en « open data »

Pour ouvrir en « open data » un contenu commandé dans le cadre d'un marché, il est recommandé de prévoir dans le CCAP :

- la cession des droits patrimoniaux la plus étendue dans le cadre de l'option B sans exclusivité ;

- la référence à l'un des standards de licence figurant à l'article D. 323-2-1 du CRPA. Si la licence choisie ne figure pas dans la liste mentionnée à l'article D. 323-2-1 du CRPA, l'administration devra préalablement en demander l'homologation auprès de la Direction interministérielle des systèmes d'information et de communication de l'Etat. L'homologation sera dès lors prononcée par décision du Premier ministre.

Les licences listées à l'article D323-2-1 du CRPA sont les suivantes :

- Concernant les informations publiques/bases de données : la licence ouverte d'utilisation d'informations publiques (licence ouverte Etalab) et la licence Open Database License.
- Concernant les logiciels :
  - Les licences permissives suivantes : Berkeley Software Distribution License, Apache, CeCILL-B, Massachusetts Institute of Technology License.
  - Les licences avec obligation de réciprocité suivantes : Mozilla Public License, GNU General Public License, CeCILL.

Publication : juin 2018

**Les publications de l'APIE, sous licence CC BY NC, sont accessibles sur :**

[www.economie.gouv.fr/apie](http://www.economie.gouv.fr/apie)



@APIE\_gouv

**LinkedIn** TM APIE

Directeur de la publication : Danielle Bourlange

Rédactrice : Muy Lim

**MARQUES PUBLIQUES ■ PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ■ SAVOIR-FAIRE  
MÉCÉNAT ■ LIEUX PUBLICS ■ CONTENUS ET IMAGES ■ PILOTAGE**

AGENCE DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL DE L'ÉTAT - 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