

# Ressources de l'immatériel

Cahier pratique



**APIE**

Agence du patrimoine immatériel de l'État

## Marchés publics et droits de propriété intellectuelle : mettre en œuvre le CCAG TIC

### En bref .....

Les marchés publics dans le domaine de l'informatique et des nouvelles technologies sont des contrats complexes et exigeants qui représentent des enjeux considérables pour les finances publiques et pour l'efficacité des services publics.

Les clauses de propriété intellectuelle sont essentielles et méritent une attention particulière pour permettre aux entités publiques d'exploiter les prestations réalisées dans le cadre du marché (les « résultats »), selon leurs besoins et dans des conditions économiques équilibrées.

La prise en compte de ces droits doit aussi s'inscrire dans le cadre de la politique du gouvernement pour favoriser l'accès des PME à la commande publique et faire de l'achat public un levier au soutien de la capacité d'innovation des entreprises.

La propriété intellectuelle occupe en effet une place centrale dans la création de valeur.

Une rédaction imprécise ou inadaptée des clauses de cession de droits de propriété intellectuelle dans les marchés publics peut priver les administrations de la possibilité d'exploiter ce qu'elles ont acheté dans de bonnes conditions ou peuvent faire obstacle à l'innovation.

Des licences non exclusives plus favorables à l'innovation peuvent ainsi être privilégiées dans certaines situations. Par exemple, dans le domaine informatique, l'administration peut avoir intérêt, dans certains cas, à diffuser sous licence libre les développements informatiques réalisés dans le cadre d'un marché.

L'objectif de ce cahier pratique est de favoriser de la part des administrations une meilleure prise en compte des enjeux attachés aux droits de propriété intellectuelle dans les marchés publics et de donner aux acheteurs publics des repères utiles pour le maniement de ces clauses stratégiques.

# MARCHÉS PUBLICS ET DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Depuis l'arrêté du 16 septembre 2009 - entré en vigueur le 17 octobre 2009, le CCAG consacré spécifiquement aux techniques de l'information et de la communication (le CCAG TIC) est à la disposition des acheteurs publics. Ce CCAG vise spécifiquement, dans son préambule, la fourniture de logiciels, de matériel informatique ou de télécommunication, la réalisation d'études et de mise 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.

Les clauses de propriété intellectuelle prévues dans le chapitre 7 du CCAG TIC, consacré au régime juridique des droits privatifs attachés aux résultats, peuvent donc trouver à s'appliquer à tous les marchés publics qui comportent une solution logicielle : licences de logiciels, développements de

logiciels spécifiques, création de sites Internet, création de bases de données, etc. Acheteurs publics et prescripteurs devront opérer un certain nombre de choix structurants pour déterminer le régime des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats du marché. Qui va exploiter le résultat du marché ? Le résultat peut-il intéresser d'autres entités publiques ? Une mutualisation du résultat est-elle envisagée ? L'administration envisage-t-elle de diffuser les résultats du marché sous une licence de logiciel libre ? L'administration a-t-elle besoin d'avoir une maîtrise exclusive pour l'exploitation du résultat ? Le besoin peut-il être satisfait en recourant à un logiciel libre ? Le résultat peut-il être exploité par le prestataire ? etc.

L'acheteur doit généralement étudier le marché fournisseur pour bien intégrer l'impact économique des choix réalisés.

## ZOOM

### Les enjeux attachés aux clauses de propriété intellectuelle sont stratégiques

► La rédaction des clauses de propriété intellectuelle implique un travail très en amont du marché, dès la préparation de la mise en concurrence, entre l'acheteur et son prescripteur (directeur informatique, directeur de la communication...).

## ZOOM

### Une nécessaire définition du besoin

► La définition du besoin de l'administration et de ses objectifs est un préalable indispensable à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle.

Une fois les besoins de l'administration clairement définis, pour le court terme et à plus long terme, l'acheteur public pourra se référer au CCAG TIC qui fournit pour les clauses de propriété intellectuelle un cadre qu'il conviendra si nécessaire d'adapter et/ou de compléter en fonction des besoins de la personne publique et des options retenues.

## LES RÉSULTATS DU MARCHÉ POTENTIELLEMENT GREVÉS DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Les résultats livrés à l'administration dans le cadre de marchés publics peuvent potentiellement être grevés de droits de propriété intellectuelle, de droit d'auteur notamment, ce qui est le cas des logiciels.

Si le marché a pour objet la réalisation d'un site Internet, ce site ainsi que les photographies, les textes, les logiciels, les vidéos, les bases de données incorporés dans le site Internet sont susceptibles de protection par le droit d'auteur.

La protection juridique du logiciel par le droit d'auteur, tout comme celle des autres œuvres de l'esprit, est acquise sous réserve que celui-ci soit original (cf. le cahier pratique "[Propriété intellectuelle - Faire aux questions](#)" sur le site Internet de l'APIE).

En pratique, il est recommandé de considérer ce critère comme étant rempli, tant l'appréciation du caractère original est subjective.

### Protection des logiciels par le droit d'auteur

 Sous réserve d'originalité sont susceptibles d'être protégés

- ▶ le matériel de conception préparatoire (cahier des charges fonctionnel, ébauches, maquettes, dossiers d'analyses fonctionnelles, les prototypes)
- ▶ l'architecture des programmes
- ▶ le codesource (instructions textuelles écrites d'un programme d'ordinateur compréhensible par l'homme)
- ▶ le code objet (résultat de la compilation du code source)
- ▶ la documentation liée à l'utilisation du logiciel

 En revanche, ne peuvent pas faire l'objet d'une protection

- ▶ les fonctionnalités
- ▶ les algorithmes
- ▶ les interfaces
- ▶ les langages de programmation

La protection du logiciel à l'instar des œuvres de l'esprit est automatique dès sa création. Aucun dépôt n'est nécessaire pour faire naître le droit.

Le dépôt du logiciel et de sa documentation auprès d'organismes habilités pour lui conférer date certaine (INPI, société des gens de lettre, agence pour la protection des programmes, etc.) a toutefois un intérêt évident pour prouver, en cas de contestations futures, la date de création du logiciel et la personne titulaire des droits.

**Les droits d'auteur naissent sur la tête de la personne à l'origine de la création.** Le code de la propriété intellectuelle (article L. 113-9) prévoit, par exception au principe de

titularité des droits, que pour les logiciels réalisés par des employés dans le cadre de leurs fonctions, les droits sont dévolus à l'employeur.

Si un logiciel, une base de données ou un site Internet sont réalisés dans le cadre d'un marché public, le prestataire est susceptible d'être titulaire de droits de propriété intellectuelle attachés aux résultats livrés au titre du marché.

#### ➔ En pratique...

Il est essentiel d'identifier les résultats du marché potentiellement concernés par des droits de propriété intellectuelle.

## ZOOM

### Logiciel libre et droit d'auteur

- Le logiciel libre est un logiciel protégé par le droit d'auteur mais qui, par la volonté de son auteur, peut être copié, diffusé et modifié librement, selon les termes d'une licence, qui peut obliger l'utilisateur à respecter un certain nombre d'obligations.
- Préalablement à toute exploitation d'un logiciel sous licence libre, il est recommandé de lire attentivement les termes de la licence pour préserver au mieux les intérêts de l'administration et tirer tous les avantages de l'exploitation du logiciel.
- L'administration qui souhaite diffuser un logiciel développé dans le cadre d'un marché sous licence libre de logiciel peut se référer au guide « Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres ». (sur le *site Internet* de l'APIE)

## LA SPÉCIFICITÉ DES RÉSULTATS PROTÉGÉS PAR DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : UNE AUTORISATION SPÉCIFIQUE EST REQUISE POUR QUE L'ADMINISTRATION PUISSE EXPLOITER CES RÉSULTATS

Les droits de propriété intellectuelle dont peuvent être grevés les résultats de marchés publics ne sont pas *de facto* transférés en même tant que le support matériel.

La détention du support matériel n'emporte en effet pas transfert des droits patrimoniaux de l'auteur. Exemple : l'achat du support physique d'installation d'un logiciel de bureautique n'entraîne aucun transfert des droits, c'est l'achat d'un droit d'usage du logiciel qui permet son utilisation.

De même, dans le cadre des marchés publics, la réception et le paiement par l'administration des résultats du marché, n'emportent pas pour autant le droit de les exploiter. Une autorisation spécifique au titre des droits de propriété intellectuelle devra être prévue dans le marché.

Le code de la propriété intellectuelle impose en son article L. 131-3 un formalisme strict : tout ce qui n'est pas explicitement prévu dans le marché est interdit : « *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* ».

### ZOOM

#### Droit de PI et marchés publics

- La propriété incorporelle est indépendante de la propriété ou de l'usage de l'objet matériel : la conclusion d'un contrat de commande n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle. Il en va de même dans un marché public.

### ZOOM

#### Droit d'auteur portant sur un logiciel

- La personne publique ne peut réaliser les opérations suivantes qu'avec l'autorisation expresse du titulaire du marché (article L. 122-6 du CPI) :

1- La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme. Dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction.

2- La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant.

3- La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé.

#### ► En pratique...

Les clauses de propriété intellectuelle devront décrire précisément sur quels **territoires** les résultats vont être exploités, pendant quelle **durée** ainsi que les **utilisations** des résultats qui vont être réalisées par l'administration (exploitation d'un logiciel pour les besoins du pouvoir adjudicateur, mise à disposition de ce logiciel auprès d'autres administrations, mise à disposition du logiciels auprès de tiers à titre onéreux, ou sous licence libre, etc.).

## LE CHAPITRE 7 DU CCAG TIC, UN CADRE POUR GÉRER LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Le chapitre 7 du CCAG TIC propose un cadre générique qui ne peut toutefois couvrir tous les 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.

### → En pratique...

La définition précise de l'objet du marché et des résultats attendus est un préalable indispensable à la rédaction des documents particuliers du marché.

Il sera en tout état de cause, dans la plupart des cas, nécessaire d'apporter dans le CCAP un certain nombre de précisions.

## DÉFINITION DES RÉSULTATS DU MARCHÉ ET DE SES ÉVENTUELLES COMPOSANTES

Pour appréhender utilement les dispositions du CCAG TIC et faire les bons choix, l'acheteur devra en premier lieu identifier le résultat final attendu dans le cadre du marché : licence de logiciel standard, développement d'un logiciel spécifique, création d'un site Internet, etc.

L'article 35.1 du CCAG TIC propose une définition englobante des résultats pour couvrir l'ensemble des éléments pouvant résulter de l'exécution d'un marché. Des exemples de résultats illustrent cette définition : les créations intellectuelles (photographies, vidéos, logos, écrits, etc.), les logiciels, les bases de données, les noms de domaine, les sites Internet, etc.

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.**

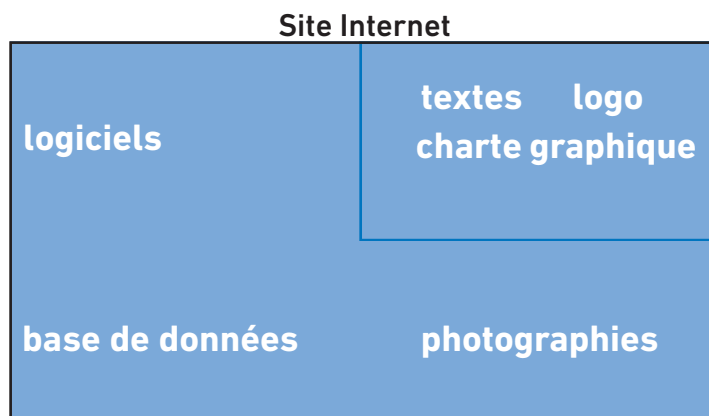
Les résultats correspondent en pratique aux livrables attendus par l'administration (logiciels spécifiques par exemple), mais pas seulement. Par exemple, si le CCAG TIC prévoit la livraison d'un logiciel accompagnée de la documentation technique associée, il est recommandé de prévoir avec précision cette composante documentaire en tant que résultat.

### → En pratique...

Il est conseillé de compléter, en fonction de la nature et de l'objet du marché, la définition des résultats proposés par le CCAG TIC.

Pour ce qui est des marchés informatiques, il peut être utile de préciser, qu'en complément de l'article 35-1 du CCAG TIC, les résultats désignent le(s) manuel de l'utilisateur, l'aide en ligne, les dossiers d'études techniques, de spécifications, de paramétrage, d'exploitation et éventuellement de maintenance.

Dans certains cas, le résultat du marché sera composite, comme par exemple lorsque l'objet du marché est la réalisation d'un site Internet.



Dans cet exemple, le résultat du marché est le site Internet. La charte graphique du site, les textes, les photographies, etc. peuvent également avoir été réalisés par le prestataire dans le cadre du marché.

Ces composantes sont susceptibles de protection par des droits de propriété intellectuelle. Il est donc indispensable de les lister précisément dans les documents particuliers du marché.

#### ➔ En pratique...

L'administration devra identifier chacune des composantes du résultat réalisé par le prestataire dans le cadre du marché et compléter la définition des résultats posée par l'article 35-1 du CCAG TIC.

L'identification des composantes du résultat est essentielle pour déterminer le régime des droits de propriété intellectuelle de ces éléments et donc les autorisations à obtenir (cf. Cahier pratique Site Internet et droits de propriété intellectuelle).

Dans notre exemple :

- l'administration peut souhaiter exploiter séparément du site Internet, la charte graphique et les photographies sur d'autres supports par exemple (supports papiers tels que des plaquettes de communication, etc.) ;

- l'administration peut également souhaiter avoir une exclusivité sur certains éléments du site (slogan, charte graphique, typographie, logos) qui définissent son identité visuelle, empêchant ainsi le prestataire de réutiliser ces éléments, alors que l'exclusivité ne se justifie pas par exemple pour les logiciels ou photographies.

#### ➔ En pratique...

Le régime des droits de propriété intellectuelle portant sur les composantes peut être ainsi différent de celui portant sur le résultat.

Dans ce cas, les options A et B pourront être mises en œuvre dans les documents particuliers du marché (cf. p. 10 - Combiner les options A et B).

Il est à noter que parmi les éléments qui vont composer le résultat, certains préexistent et sont la propriété du titulaire du marché, d'autres peuvent appartenir à des tiers (logiciels, bases de données, photographies existantes). Le CCAG TIC qualifie de connaissances antérieures (article 36) ces éléments qui concourent à l'élaboration du résultat.

La question des droits de propriété intellectuelle portant sur ces connaissances antérieures est majeure, car l'administration devra avoir également l'autorisation d'exploiter ces éléments, pour les finalités identifiées (cf. 11 ►).

## RÉGIME DES DROITS DE PI POUR LES LOGICIELS STANDARDS OBJET DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le régime juridique des résultats du marché, proposé par les articles 37 et 38 du CCAG TIC, diffère selon que le résultat attendu est un logiciel standard (progiciel) ou un logiciel non standard (développement spécifique, conception d'un site Internet, etc.).

Le logiciel standard est un logiciel conçu pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue de l'exécution d'une même fonction.

Les éditeurs de logiciels standards proposent en pratique des licences type d'utilisation de ces logiciels auxquelles il est souvent difficile de déroger. Seul le droit d'utiliser le logiciel standard est généralement prévu : le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de procéder à des adaptations ou modifications de ces logiciels standards et n'a pas non plus accès aux codes sources.

C'est la raison pour laquelle l'article 37-1 du CCAG TIC propose, pour définir le régime des droits de propriété intellectuelle afférent à des logiciels standards, un simple droit d'utilisation pour l'administration. L'administration n'a donc aucun droit spécifique sur le logiciel objet du marché et peut simplement l'exploiter dans le respect des dispositions figurant dans les documents particuliers du marché.

### → En pratique...

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 de vente de licences des éditeurs afin de prévoir dans les documents particuliers du marché les éléments permettant de bénéficier des licences les plus adaptées au besoin (exemple : certains éditeurs ont une métrique à l'utilisateur, d'autres au processeur ou au cœur, etc.).

L'accès aux codes sources n'est pas prévu dans le CCAG TIC et doit donc être, si nécessaire, stipulé dans les documents particuliers du marché, pour les cas où un tel accès est possible. L'acheteur devra toutefois évaluer le risque éventuel d'un marché qui serait déclaré infructueux faute de candidats en capacité de fournir un accès aux codes sources.

### → En pratique...

Le CCAP peut prévoir précisément dans quelles conditions le pouvoir adjudicateur pourra avoir accès aux codes sources, en cas de liquidation judiciaire par exemple du prestataire ou dans le cas où le prestataire cesserait d'assurer la maintenance du logiciel.

Le CCAP pourrait prévoir, si cela est possible, l'obligation pour le titulaire du marché de déposer le code source auprès d'un tiers séquestre (agence pour la protection des programmes par exemple) ou chez un officier ministériel (notaire).

## ZOOM

### Régime des codes sources pour les logiciels standards

- ▶ Si les besoins de l'administration le nécessitent, les documents particuliers devront le cas échéant prévoir :
  - l'accès aux codes sources (prévu dans le CPI dans certains cas seulement) et/ou leur dépôt ;
  - le droit de modifier les résultats.
- ▶ Toutefois, la faisabilité doit en être étudiée au préalable.



## RÉGIME DES DROITS DE PI RELATIFS AUX RÉSULTATS À L'EXCLUSION DES LOGICIELS STANDARDS

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).

**Les dispositions de l'article 38 du CCAG TIC concernent les seuls développements spécifiques réalisés par le prestataire pour le compte de l'administration.**

Le régime des composants préexistants ou dont le prestataire n'est pas l'auteur est différent de celui des développements directement réalisés par le prestataire dans le cadre du marché. **Pour ces composants, les droits de l'administration sont définis par l'article 36 portant sur les connaissances antérieures (cf. 11►).**

### LE CHOIX DE L'OPTION : UN CHOIX STRATÉGIQUE

S'agissant du régime des droits de PI portant sur des développements spécifiques réalisés par le prestataire, l'administration devra choisir entre deux options.

Le CCAG TIC propose en effet deux régimes bien distincts :

- 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 ou qui découlent de l'objet du marché. Si l'objectif du pouvoir adjudicateur est d'utiliser les résultats pour ses besoins propres ou ceux de tiers qu'il aura précisément désignés dans les documents particuliers du marché, l'option A est celle qui pourrait être la plus appropriée.

- 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 pourrait être l'option la plus appropriée.

## ZOOM

### Option B : possibilité de déroger au caractère exclusif de la cession

- Il est possible dans le cadre de cette option de déroger au caractère exclusif de la cession et d'autoriser le titulaire à exploiter les résultats.
- Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché pourront exploiter de manière concurrente les résultats.
- L'absence d'exclusivité a un impact sur le prix du marché dans la mesure où le titulaire du marché peut exploiter les résultats du marché.

Lorsque le choix de l'option B est envisagé, il est conseillé de s'interroger sur la réelle nécessité de l'exclusivité, qui a généralement un coût. Si l'administration ne souhaite pas avoir une maîtrise totale quant à l'exploitation des résultats, la dérogation au caractère exclusif de la cession peut être envisagée. L'utilisation des variantes peut permettre d'envisager l'exclusivité et l'absence d'exclusivité afin d'analyser le différentiel de prix afférent et le gain pour l'administration.

**L'option B sans exclusivité est recommandée, si le pouvoir adjudicateur souhaite autoriser des tiers, non identifiés au stade de l'appel d'offre, à exploiter le résultat tout en permettant au titulaire du marché d'exploiter le résultat.** Il en va de même si le pouvoir adjudicateur souhaite diffuser sous une licence de logiciel libre le résultat du marché. (cf. encadré page 14). Laisser la possibilité au titulaire d'exploiter les résultats peut aussi favoriser l'innovation.

**Pour choisir l'option appropriée,** il est essentiel, au stade de la préparation du marché, que les personnes publiques s'interrogent sur leurs objectifs, leurs besoins d'utilisation des résultats présents et à venir et sur les incidences des différents choix possibles en termes de prix.

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 dans le CCAP, le pouvoir adjudicateur liste de manière exhaustive l'ensemble des exploitations qu'il entend faire des résultats.

#### ➔ En pratique...

##### 3 options possibles :

Option A : concession pour les besoins qui découlent de l'objet du marché

Option B : cession des droits **sans** exclusivité

Option B : cession des droits **avec** exclusivité

#### COMBINER LES OPTIONS A ET B

Dans certains cas, les options A et B pourront être combinées.

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, etc.).

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).

#### ➔ En pratique...

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.

## ZOOM

### Choisir la bonne option : les questions à se poser

- ✓ **Définir les besoins de l'administration**
  - Pourquoi le marché est-il passé ?
- ✓ **Identifier les résultats**
  - Quels sont les résultats du marché ?
  - Penser à dissocier le résultat global (site Internet par exemple) et les diverses composantes du résultat (charte graphique, logo) ?
- ✓ **Quelles sont les exploitations des résultats qui sont envisagées ?**
  - Quels sont les objectifs immédiats (objectifs primaires) et à long terme (objectifs de second rang) ?
  - Que veut-on faire des résultats du marché (résultat global et diverses composantes) ? Quelles utilisations /exploitations ? Par qui ? Pour qui ? La diffusion sous licence libre est-elle envisagée ? La mutualisation entre acteurs publics est-elle à envisager ?
- ✓ **Choix de l'option**
  - Les besoins de l'administration pour exploiter le résultat final dans son ensemble et les diverses composantes de ce résultat ; une combinaison des deux options doit-elle être envisagée ?
  - Le prix

**LE BON RÉFLEXE : IDENTIFIER TOUS LES BESOINS DU PRESCRIPTEUR EN AMONT**

## OPTION A / OPTION B : QUELLES DIFFÉRENCES ?

	Option A - Concession (licence)	Option B - Cession à titre exclusif
<b>1► Qui peut exploiter les résultats ?</b> <a href="#">(cf. page 13)</a>	Le pouvoir adjudicateur (PA) qui doit être défini dans le marché Les tiers nommément désignés dans le marché Le titulaire du marché	Le PA qui doit être défini dans le marché Toute entité autorisée par le PA indépendamment du marché dans la limite des modes d'exploitation définis dans le CCAP Le titulaire du marché en cas de dérogation au caractère exclusif de la cession dans le marché
<b>2► Exclusivité pour le PA ?</b> <a href="#">(cf. page 14)</a>	Non, le titulaire peut exploiter le résultat concurremment au PA	Le PA est seul autorisé à exploiter les résultats (ainsi que les tiers à qui il peut rétrocéder les droits). L'exclusivité prive en revanche le titulaire de la possibilité d'exploiter le résultat Possibilité toutefois de déroger à l'exclusivité dans le CCAP et prévoir la possibilité pour le titulaire d'exploiter les résultats. Cette dérogation peut diminuer le prix de la cession
<b>3► Quels sont les droits du PA ?</b> <a href="#">(cf. page 15)</a>	Droit d'utiliser les résultats Droit de procéder à des modifications Pas d'exploitation commerciale	Droit d'utiliser les résultats Droit de procéder à des modifications Droit de céder à des tiers pour les modes d'exploitations définis
<b>4► Pour quelles finalités ?</b> <a href="#">(cf. page 16)</a>	Strictement pour les besoins découlant de l'objet du marché ou prévus dans le CCAP	Pour les modes d'exploitation précisément définis dans le CCAP. Par exemple : - mise à disposition de tiers à titre gratuit - mise à disposition de tiers sous une licence de logiciel libre - concession de licences d'exploitation payantes, etc.
<b>5► Pour quelle durée ?</b> <a href="#">(cf. page 17)</a>	Durée des droits d'auteur	A définir dans le CCAP
<b>6► Pour quels territoires ?</b> <a href="#">(cf. page 17)</a>	France, par défaut Si exploitation sur Internet, le monde entier	A définir dans le CCAP
<b>7► Pour quel prix ?</b> <a href="#">(cf. page 18)</a>	Prix compris dans le prix du marché	Doit être prévu dans le CCAP, le prix peut être compris dans le prix du marché sauf en cas d'exploitation commerciale des résultats
<b>8► Accès aux codes sources du résultat du marché</b> <a href="#">(cf. page 19)</a>	Prévu	Prévu
<b>9► Accès aux codes sources des connaissances antérieures</b> <a href="#">(cf. page 19)</a>	Non prévu dans le CCAG TIC	Non prévu dans le CCAG TIC
<b>10► Opérations de tierce maintenance applicative</b> <a href="#">(cf. page 20)</a>	L'article 31 du CCAG TIC définit les opérations de tierce maintenance préventive, corrective et évolutive.  L'article 32 ne permet pas au PA d'effectuer les opérations de maintenance non prévues au marché sauf accord du titulaire	L'article 31 du CCAG TIC définit les opérations de tierce maintenance préventive, corrective et évolutive  L'article 32 ne permet pas au PA d'effectuer les opérations de maintenance non prévues au marché sauf accord du titulaire
<b>11► Droits sur les connaissances antérieures</b> <a href="#">(cf. page 22)</a>	Concession à titre non exclusif limitée à l'utilisation des résultats pour les besoins découlant de l'objet du marché	Concession à titre non exclusif limitée à l'utilisation des résultats pour les besoins découlant de l'objet du marché

## OPTION A / OPTION B : COMMENT LES METTRE EN PRATIQUE ?

### 1 ► Qui peut exploiter les résultats ?

#### Option A

■ Le PA désigne la personne morale soumise au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, pour les besoins de laquelle le marché est conclu.

■ Le PA doit être défini avec précision dans le CCAP : services, directions ou ministères pour les besoins desquels le marché est passé.

■ Les tiers désignés dans le marché bénéficient des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations que le PA pour l'utilisation des résultats. Les tiers désignés peuvent être des services, des directions ou des ministères qui ont la même personnalité morale que le pouvoir adjudicateur.

#### ► En pratique...

La liste des tiers désignés doit figurer dans le CCAP. A défaut, ils ne pourront pas exploiter les résultats, sans l'autorisation préalable du titulaire du marché assortie d'une demande éventuelle de rétribution supplémentaire.

■ Le titulaire du marché : 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 de la confidentialité de certains éléments prévue dans les documents particuliers du marché.

#### Option B

■ Le PA devient seul titulaire des droits portant sur les résultats, sauf dérogation à l'exclusivité (cf. 2).

■ Toute entité autorisée par le PA indépendamment du marché peut exploiter les résultats, dès lors que les modes d'exploitation définis dans le marché le prévoient. En sa qualité de cessionnaire des droits, le PA peut en effet rétrocéder à tout tiers de son choix les droits objet de la cession, sans avoir à solliciter une autorisation auprès du titulaire du marché pour les développements spécifiques que celui-ci a réalisés. Il n'est donc pas nécessaire de mentionner des tiers désignés dans le marché.

#### ► En pratique...

L'option B peut être retenue lorsque le PA souhaite rétrocéder à des tiers, non identifiés au stade de la procédure, les droits d'exploitation afférents au résultat du marché (si le tiers est une administration, cette cession doit se faire dans le respect des règles de la commande publique).

■ Le titulaire du marché ne peut plus, quant à lui, exploiter les résultats, l'exclusivité étant posée par défaut. Le PA peut toutefois déroger à ce principe dans les documents particuliers du marché pour permettre au titulaire d'exploiter les résultats.

**ZOOM**

#### Mutualisation de logiciels au sein de l'administration

- Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage de mutualiser les résultats du marché avec d'autres administrations :
  - si ces administrations ont la même personnalité morale que le pouvoir adjudicateur et qu'elles peuvent être identifiées au stade de la préparation du marché, l'option A est possible en visant ces administrations en tant que tiers désignés ;
  - si le pouvoir adjudicateur ne peut précisément identifier ces administrations, il est recommandé de faire le choix de l'option B, en dérogeant si possible à l'exclusivité pour faire diminuer le coût de la cession. L'option B permet également de rétrocéder les droits à des personnes publiques qui n'ont pas la même personnalité morale que le pouvoir adjudicateur.
- Une attention particulière devra être portée au régime des connaissances antérieures notamment lorsqu'elles sont indissociables des résultats (cf. 11 ►).

## 2 ► Exclusivité pour le pouvoir adjudicateur ?

### Option A

- **Non**, le PA n'a pas d'exclusivité. Le titulaire du marché peut donc aussi exploiter les résultats, y compris à titre commercial. Dans ce dernier cas, le PA peut prévoir le versement par le titulaire du marché d'une redevance au titre de l'exploitation des développements spécifiques qu'il a financés.

### Option B

- **Oui**, l'option B prévoit une exclusivité au bénéfice de la personne publique, ce qui signifie que le PA peut exploiter les résultats, à l'exclusion du titulaire du marché.
- Dans le cas de développements informatiques portant sur des sujets **sensibles ou stratégiques**, l'acheteur public peut souhaiter avoir une exclusivité sur l'exploitation des résultats qui se traduit par une cession à titre exclusif des droits. L'exclusivité sur l'exploitation des résultats ne signifie pas pour autant que le prestataire ne puisse pas, dans un autre contexte, exploiter les composants qui ont permis le développement du résultat. Il appartient donc à l'acheteur public de bien distinguer le régime des droits de propriété intellectuelle portant sur le **résultat final de celui qui s'applique aux divers composants du résultat**. Pour favoriser l'innovation, les composants développés par le prestataire devraient pouvoir faire l'objet de nouvelles exploitations, ce qui se traduit par la possibilité laissée au prestataire de pouvoir exploiter ces composants. Les CCAP devront aménager ces cessions de droits.
- Il peut être dérogé au caractère exclusif de la cession pour permettre au titulaire du marché d'exploiter les résultats. Tel pourrait être le cas, lorsque l'administration envisage de mutualiser les résultats du marché (ex : marché portant sur la réalisation de logiciels spécifiques) en les mettant à disposition d'autres administrations (non identifiées), sous une licence de logiciel libre. Dans ce cas, l'option B sans exclusivité est l'option appropriée. **Déroger au caractère exclusif de la cession peut avoir un impact significatif à la baisse en termes de coût de la cession, dans la mesure où le titulaire du marché pourra exploiter les résultats.**

## ZOOM

### L'option à retenir pour diffuser les développements informatiques sous une licence de logiciel libre

- Si l'objet du marché est la réalisation d'un logiciel que l'administration souhaite mutualiser dans le cadre d'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.
- 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► Quels sont les droits du pouvoir adjudicateur ?

#### Option A

■ Le CCAG TIC définit de manière extensive les droits objet de la concession. Il s'agit des droits patrimoniaux « de reproduction et de représentation et notamment les droits de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, d'adapter, d'arranger, de corriger, de traduire, d'incorporer ainsi que le droit de communiquer à des tiers les résultats à des fins non commerciales, notamment à des fins d'information et de promotion ».

■ La concession de ces droits est toutefois limitée aux finalités définies dans les documents particuliers du marché (cf. 4►).

#### ► En pratique...

En fonction des besoins, il est possible de déroger au CCAG TIC en adaptant les droits patrimoniaux concédés.

#### Option B

■ Les droits cédés comprennent l'ensemble 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 » (cf. 4►).

## ZOOM

#### L'option B : une option qui doit obligatoirement être complétée dans le CCAP

- Les personnes publiques qui optent pour l'option B doivent obligatoirement indiquer dans le CCAP :
  - les modes d'exploitation des résultats (cf. 4►)
  - la durée d'exploitation (cf. 5►)
  - les territoires d'exploitation (cf. 6►)





## Pour quelles finalités (modes d'exploitation) ?

### Option A

■ Les droits concédés sont limités aux besoins découlant de l'objet du marché, à compter de la livraison des résultats et sous condition résolutoire de leur réception.

#### → En pratique...

Le PA veillera à bien définir ses besoins présents et à venir dans le cadre du marché.

■ Le PA ne peut, dans le cadre de cette option, exploiter commercialement les résultats. L'article A.38.6 du CCAG TIC ouvre toutefois cette possibilité si les documents particuliers du marché le prévoient.

#### → En pratique...

Les éventuelles exploitations commerciales des résultats doivent être clairement identifiées dans les documents particuliers du marché, si cela est nécessaire.

Le CCAP devra 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.

### Option B

■ Les finalités de la cession (modes d'exploitation) ne sont pas prévues par le CCAG TIC. Elles doivent être précisées dans les documents particuliers du marché.

■ Le prix de la cession tiendra compte des modes d'exploitation envisagés par le pouvoir adjudicateur.

#### → En pratique...

Les modes d'exploitation doivent être précisément énumérés dans les documents particuliers du marché.

Pour un marché ayant pour objet un développement spécifique, pourront par exemple être prévus en fonction des besoins :

- le droit d'usage comprenant le droit de faire usage et d'exploiter, pour ses besoins propres ;

- le droit de mettre à disposition le résultat sous un régime de licence libre de logiciel. Dans ce cas, il conviendrait de contractualiser la licence sous laquelle le pouvoir adjudicateur souhaite distribuer le logiciel en l'annexant au marché (cf. guide interministériel « Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres »)

- le droit de distribution à des tiers à titre [gratuit] [onéreux] notamment par une cession, licence ou tout type de contrat, sous toute forme tout ou partie des droits cédés.



## 5► Pour quelle durée ?

### Option A

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

#### ► En pratique...

Le CCAP peut 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.

La durée d'utilisation des résultats n'a pas forcément à correspondre à la durée d'exécution du marché. Ces deux durées sont distinctes. Si le marché a, par exemple, pour objet le développement d'un logiciel spécifique, une fois celui-ci réalisé et donc le marché arrivé à son terme, le PA doit pouvoir continuer à l'exploiter. De la même manière, l'exclusivité ou la confidentialité peuvent être prévues pour une durée différente de la durée d'utilisation des résultats.

En toute hypothèse, il ne faut pas inscrire dans les marchés que les droits sont concédés pour une durée illimitée, qui pourrait avoir pour effet d'entraîner la nullité de la concession.

### Option B

■ La durée doit être prévue dans les documents particuliers du marché. Elle peut être limitée ou prévue pour la durée des droits d'auteur (soixante dix ans après la mort de l'auteur).

#### ► En pratique...

Il ne faut pas inscrire dans les marchés que les droits sont cédés pour une durée illimitée, qui pourrait avoir pour effet d'entraîner la nullité de la cession. La durée de la cession doit être définie (2,5 ou 10 ans par exemple, ou la durée des droits d'auteur).

## 6► Pour quels territoires ?

### Option A

■ Les droits portant sur les résultats sont concédés pour la France sauf pour les exploitations réalisées sur Internet pour lesquelles le monde entier est visé.

#### ► 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 telle que prévue dans le CCAG TIC suffit. Dès lors qu'une utilisation des résultats au-delà des frontières est prévue, le CCAP doit le prévoir.

### Option B

■ Les territoires doivent être prévus dans le CCAP.

#### ► En pratique...

Le territoire peut être la France. En cas d'exploitation sur Internet, le monde entier devra être visé.

## 7 ► Pour quel prix ?

### Option A

■ 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, le montant de la redevance due au prestataire.

### Option B

■ Le prix devra être prévu dans les documents particuliers du marché.

■ En l'absence d'exploitation commerciale par le pouvoir adjudicateur, le prix pourra être compris dans le prix du marché.

#### ► En pratique...

Le CCAP devra prévoir que le prix de la cession est compris dans le prix du marché.

■ L'option B confère la titularité à titre exclusif des droits à l'administration, ce qui peut sembler **plus sécurisant**, mais **est potentiellement plus onéreux** dans la mesure où, sauf dérogation dans les documents particuliers du marché, le titulaire ne pourra pas exploiter les résultats.

#### ► En pratique...

En cas d'incertitudes sur l'opportunité de l'une ou de l'autre option, ou de l'option B avec ou sans exclusivité, il reste possible lors de la mise en concurrence, pour le PA, d'autoriser une variante invitant les candidats à présenter leur offre avec l'option non retenue a priori (article A. 38 du CCAG TIC).

■ En toute hypothèse, dès lors qu'une exploitation commerciale des résultats est prévue dans les documents particuliers du marché, il conviendra de prévoir une rémunération spécifique au titre de ces exploitations accompagnée de modalités de reddition des comptes.

## 8► L'accès au code sources du résultat du marché

### Option A

■ L'option A du CCAG TIC prévoit la remise au pouvoir adjudicateur des codes sources.

■ Cette option prévoit toutefois que les codes sources sont confidentiels.

### Option B

■ L'option B du CCAG TIC prévoit la remise au pouvoir adjudicateur des codes sources..

■ Cette option prévoit toutefois que les codes sources sont confidentiels.

#### ► En pratique...

Si des opérations de maintenance portant sur un logiciel développé dans le cadre d'un marché sont confiées à un tiers, il est conseillé de préciser l'étendue du caractère confidentiel des codes sources (cf. 10►).

La possibilité pour le titulaire du marché de fournir les codes sources est liée en effet aux conditions posées en amont par l'éditeur de modules ou briques préexistants intégrés dans sa solution (cf. 9►).

## 9► L'accès aux codes sources des connaissances antérieures

### Option A

■ L'accès aux codes sources des composants préexistants qui sont utilisés pour réaliser le résultat du marché n'est pas prévu par l'article 36 du CCAG TIC.

### Option B

■ L'accès aux codes sources des composants préexistants qui sont utilisés pour réaliser le résultat du marché n'est pas prévu par l'article 36 du CCAG TIC.

#### ► En pratique...

Si les connaissances antérieures sont indissociables des résultats du marché (cf. 11►) et que l'administration souhaite faire réaliser par un tiers les opérations de maintenance, elle devra veiller à prévoir dans le CCAP l'accès aux codes sources de ces composants.

**Option A**

- Le CCAG TIC contient des dispositions spécifiques à la maintenance, à la tierce maintenance applicative et à l'infogérance (chapitre 6).
- 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.

**Option B**

- Le CCAG TIC contient des dispositions spécifiques à la maintenance, à la tierce maintenance applicative et à l'infogérance (chapitre 6).
- 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.

**► En pratique...**

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.

Le guide « Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres » donne des conseils aux acheteurs qui souhaite passer un marché de maintenance corrective, adaptative ou évolutive portant sur un logiciel libre et propose des clauses " aide à la rédaction ".

## ZOOM

### Quelles dispositions pour pouvoir confier la maintenance à un tiers?

- ▶ 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 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.

# 11▶

## Un régime spécifique pour les connaissances antérieures quelle que soit l'option retenue

Les connaissances antérieures font l'objet d'une définition très large pour permettre aux personnes publiques d'exploiter en toute sécurité les éléments antérieurs qui ne résultent pas du marché, mais qui sont nécessaires à la mise en œuvre des résultats du marché. Il peut s'agir par exemple de progiciels, de bibliothèques, de cadres de développement, de bases de données, de logiciels libres, de procédés préexistants, de photographies ou de musique qui peuvent être protégés par des droits de propriété intellectuelle.

Ces connaissances antérieures peuvent être apportées par le pouvoir adjudicateur, être la propriété du titulaire du marché ou de tiers.

Quelle que soit l'option retenue, il est nécessaire que le titulaire du marché communique le régime juridique afférent aux connaissances antérieures.

### ► En pratique...

Pour un marché de logiciel, il est indispensable de prévoir que le titulaire du marché s'engagera à communiquer au pouvoir adjudicateur au fur-et-à mesure du développement du logiciel, objet du marché, la liste complète des composants logiciels utilisés pour constituer le logiciel objet du marché, en précisant pour chacun d'eux son régime juridique. Une liste finale devra être remise au pouvoir adjudicateur avec la livraison finale du logiciel, objet du marché.

## ZOOM

### Identification des connaissances antérieures

- ▶ L'identification des briques logicielles préexistantes est un pré requis nécessaire à toute opération portant sur des logiciels.
- ▶ L'article 36 prévoit un droit limité sur les connaissances antérieures.
- ▶ Une attention particulière devra être portée au régime des connaissances antérieures si l'administration souhaite mettre à disposition de tiers les développements spécifiques.

Pour sécuriser le marché, il est nécessaire de pouvoir lister les connaissances antérieures mises en œuvre pour exploiter les résultats.

Dans l'hypothèse où il s'agit de droits de tiers, il est 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.

Le CCAG TIC prévoit en son article 36 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 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 droits du pouvoir adjudicateur sur les connaissances antérieures sont donc limités, quelle que soit l'option retenue. Il ne peut, par exemple, apporter des modifications ou des adaptations aux connaissances antérieures, si cela n'est pas prévu spécifiquement dans les documents particuliers du marché, alors qu'il peut le faire sur les résultats du marché et ce quelle que soit l'option retenue. Le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de mettre à disposition de tiers les connaissances antérieures. Il ne dispose pas non plus des codes sources des connaissances antérieures.

Il est rare qu'un développement informatique spécifique soit développé ex nihilo. Dans la majorité des cas, il sera développé sur la base de briques logicielles préexistantes. L'administration devra, dans ce cas, être vigilante **sur le régime des droits portant sur ces connaissances antérieures.**

**Deux situations peuvent se présenter :**

### **1) LES BRIQUES PRÉEXISTANTES SONT DISSOCIABLES DU RÉSULTAT**

Dans de nombreux cas, les briques logicielles préexistantes pourront être techniquement détachables des développements spécifiques. Tel est le cas d'un logiciel spécifique développé sur un système de gestion de base de données standard.

L'administration, informée de l'existence de ces briques et du régime des droits de propriété intellectuelle y afférent pourra, en cas de besoin, solliciter l'autorisation des titulaires de droits pour exploiter ces briques au-delà de ce qui est prévu dans le CCAG TIC.

#### **→ Exemples :**

- Une administration qui souhaite mettre à disposition d'autres personnes publiques les développements spécifiques réalisés dans le cadre du marché, informera ces entités de la nécessité d'obtenir l'autorisation des titulaires de droits portants sur les logiciels préexistants.
- Une administration qui souhaite faire réaliser les opérations de maintenance sur un logiciel par un prestataire autre que le titulaire du marché, devra informer ce prestataire que les opérations de maintenance porteront uniquement sur le développement logiciel, à l'exclusion des briques préexistantes pour lesquelles elle n'a pas le droit d'adaptation. Les briques dissociables pourront quant à elles faire l'objet d'une maintenance spécifique.
- Le cas des bibliothèques, éléments logiciels qui s'exécutent indépendamment

du logiciel principal et qui sont appelés pour faire des opérations, souvent élémentaires et génériques, doit être examiné. Si elles sont spécifiques au prestataire, il faudra examiner les droits que l'administration a sur celles-ci, souvent sans accès au code. Certains prestataires considèrent en effet que ces bibliothèques relèvent de leur savoir faire et qu'à ce titre il convient de les protéger. Ils sont alors restrictifs dans la fourniture d'informations de contexte et se limitent juste à la fourniture des codes strictement liés au résultat livré. Ceci pourrait, le cas échéant, poser des problèmes si l'administration souhaite pouvoir confier la maintenance à un prestataire tiers, car même si les droits sont acquis sur le résultat, la connaissance et la compréhension du cadre de développement dans sa globalité s'avèrent nécessaires.

## 2) LES BRIQUES PRÉEXISTANTES SONT INDISSOCIABLES DU RÉSULTAT

Si les développements spécifiques réalisés dans le cadre du marché sont indissociables (dans les lignes de codes) des briques préexistantes, l'administration devra veiller à acquérir les droits portant sur les briques préexistantes notamment lorsqu'elle souhaite modifier le développement spécifique ou le mettre à disposition de tiers.

### ➔ Exemple :

- L'utilisation de cadres de développement (« frameworks ») est un cas, à la fois courant et complexe, d'usage de connaissances antérieures. Le prestataire utilise alors du code générique, riche et préexistant qu'il complète, ou surcharge, pour réaliser une part des fonctions attendues. Les principaux cadres de développement sont, soit mis à disposition par les éditeurs d'environnement de programmation, soit relèvent d'un régime de licence de logiciel libre. Dans ce dernier cas, les conditions d'usage de ces cadres sont définies dans la licence indépendamment de la prestation objet du marché. Mais il existe aussi des cadres de développement propres à certains prestataires. Dans ce dernier cas, l'administration doit en particulier s'assurer d'avoir les droits nécessaires portant sur ces éléments, si elle veut ensuite remettre en concurrence sur la maintenance.

## ZOOM

### Les briques préexistantes sous un régime de licence libre de logiciel

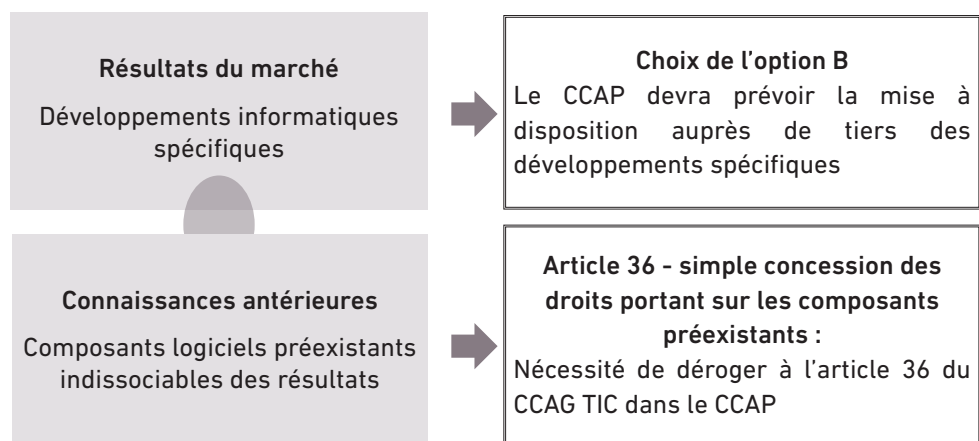
- Lorsque les développements spécifiques sont réalisés sur la base de briques logicielles préexistantes qui sont sous un régime de licence libre, l'administration devra veiller au régime juridique de ces licences.
- Certaines licences sont dites « héréditaire » avec un copyleft fort (GPL, EUPL, CeCILL) car elles imposent que le régime des développements spécifiques soit identique à celui de la brique préexistante.
- Une attention particulière devra être portée au régime des connaissances antérieures qui sont sous licence libre et qui ne sont pas dissociables des résultats, si l'objectif de l'administration n'est pas de mettre les développements sous licence libre. Dans ce cas, elle devra l'indiquer au prestataire de manière à ce qu'il utilise des briques qui n'ont pas un effet héréditaire.



## Articulation de l'option B avec le régime des connaissances antérieures

### ➔ Exemples :

#### ■ Mise à disposition de tiers de logiciels dans le cadre de l'option B du CCAG TIC



Si le PA souhaite mettre à disposition de tiers le logiciel objet du marché, il est indispensable de prévoir un régime juridique pour les connaissances antérieures indissociables des développements spécifiques, qui soit compatible avec l'option B.

L'administration devra ainsi déroger aux dispositions de l'article 36 du CCAG TIC et prévoir des dispositions particulières dans le CCAP (cf. exemple de clauses). A défaut, le pouvoir adjudicateur ne pourrait mettre à disposition de tiers le résultat du marché, car aux termes de l'article 36 du CCAG TIC, il n'est pas autorisé à mettre à disposition de tiers les connaissances antérieures.

### ➔ En pratique...

Lorsque l'option B est retenue, il est recommandé de prévoir dans les documents particuliers du marché :

- que le titulaire du marché doit faire en sorte que les connaissances antérieures soient parfaitement séparables techniquement du logiciel, objet du marché (c'est-à-dire qu'elles figurent dans des documents et fichiers sources distincts);
- à défaut, il conviendra de prévoir une clause de cession des droits portant sur les connaissances antérieures indissociables, compatible avec le régime juridique des résultats. Dans la majorité des cas, il s'agira d'une cession à titre exclusif.

### ► Exemple de clause portant sur les connaissances antérieures qui peut être insérée dans les documents particuliers du marché

*Cette clause devra être adaptée selon le régime juridique retenu (option A ou B) pour les résultats du marché (le Logiciel). Cette clause trouvera à s'appliquer si le PA souhaite confier à l'échéance du marché la maintenance à un tiers ou s'il souhaite mettre à disposition de tiers le logiciel.*

Si dans le cadre du marché, le titulaire du marché met en œuvre des logiciels qui peuvent recevoir la qualification de connaissances antérieures au sens de l'article 35-3 du CCAG TIC, il s'engage à ne pas utiliser de logiciels qui sont soumis à une licence ou à des conditions qui ne sont pas compatibles avec le régime des droits portant sur le Logiciel (le résultat du marché) tel que défini dans le CCAP.

Le titulaire du marché doit faire en sorte que les connaissances antérieures soient parfaitement séparables techniquement du Logiciel, (c'est-à-dire qu'elles figurent dans des documents et fichiers sources distincts).

Dans l'hypothèse où les connaissances antérieures seraient indissociables du Logiciel, par dérogation à l'article 36 du CCAG TIC, le titulaire du marché [con]cède [à titre non exclusif] (à adapter selon le régime des droits prévu pour les développements spécifiques) au pouvoir adjudicateur les droits mentionnés aux articles L.122-1 et suivants et L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle qui portent sur les connaissances antérieures à savoir notamment :

- le droit de reproduire et d'utiliser pour quelque usage que ce soit, par quelque procédé que ce soit, sur tout support actuel ou futur et ce sans limitation de nombre tel que notamment papier, magnétique, optique, vidéographique ou autre, pour toute exploitation, y compris en réseau ;
- le droit de représenter et de diffuser, de quelque façon que ce soit, sur quelque support, réseau que ce soit ;
- le droit d'adapter, entendu comme le droit de modifier, d'arranger tout ou partie des connaissances antérieures, [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 connus ou inconnus à ce jour, de manière directe ou indirecte ;
- [- le droit de distribution à des tiers à titre [gratuit] [onéreux] notamment par une cession, licence ou tout type de contrat, sous toute forme tout ou partie des droits cédés] (uniquement pour l'option B).

Cette cession des droits sur les connaissances antérieures est effective tant pour la France que pour l'étranger et pour toute la durée de protection desdits logiciels par le droit d'auteur.

Les codes sources des logiciels qui peuvent recevoir la qualification de connaissances antérieures indissociables ainsi que la documentation nécessaire à la mise en œuvre des droits sur ces logiciels (le cahier des charges tel que le document de présentation des besoins standards liés à l'utilisation du logiciel), la documentation d'utilisation (manuel de l'utilisateur, aide en ligne) sont livrés simultanément à la remise du code objet (code exécutable).

Le titulaire du marché s'engage à communiquer au pouvoir adjudicateur au fur et à mesure du développement du Logiciel un rapport constitué de la liste complète des composants logiciels utilisés pour faire évoluer le Logiciel en précisant pour chacun d'eux les informations suivantes : nom du composant, nom du ou des auteurs, source (site Internet par exemple) et licence. Ce rapport est remis au pouvoir adjudicateur avec la livraison finale du logiciel objet du marché. Le titulaire du marché est seul responsable de l'analyse et du respect des dispositions des licences [libres] couvrant les composants intégrés (connaissances antérieures).

► **Exemple de clause portant sur les connaissances antérieures qui peut être insérée dans les documents particuliers du marché (suite)**

**GARANTIE DU TITULAIRE DU MARCHÉ SUR LES CONNAISSANCES ANTÉRIEURES**

- En complément de l'article [A. 38] [B. 38], le titulaire du marché certifie détenir les droits d'exploitation afférents aux connaissances antérieures y compris les logiciels préexistants afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'exploiter le Logiciel dans les conditions définies dans le CCAP.
- Le titulaire du marché garantit le pouvoir adjudicateur contre tous recours de tiers du fait du non-respect des droits et obligations posés dans les licences qui gouvernent les connaissances antérieures. Il s'engage à ce que les composants intégrés au Logiciel soient couverts par des licences de logiciels libres compatibles avec les conditions définies dans le CCAP pour le Logiciel.
- Si les connaissances antérieures sont des logiciels libres, le titulaire du marché s'engage à ce que les licences qui gouvernent ces logiciels permettent au pouvoir adjudicateur d'exploiter le logiciel dans les conditions définies dans le CCAP.
- Sur simple demande, le titulaire de la marche s'engage, à ses frais, à remplacer la connaissance antérieure qui ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur d'exploiter le Logiciel dans les conditions définies dans le CCAP.

### ➔ Pour aller plus loin ...

- Guide pratique de l'achat innovant publié par le ministère de l'économie et des finances ([http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf))
- Conseils à la rédaction de clauses de propriété intellectuelle pour les marchés de développement et de maintenance de logiciels libres - Guide « marchés de développement et de maintenance de logiciels libres » :
  - . format Libre Office : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/apie/page-adm-et-PI/textes-et-temoignages/CCAG\\_TIC\\_2014.odt](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/page-adm-et-PI/textes-et-temoignages/CCAG_TIC_2014.odt)
  - . format pdf : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/apie/page-adm-et-PI/textes-et-temoignages/CCAG\\_TIC\\_2014.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/apie/page-adm-et-PI/textes-et-temoignages/CCAG_TIC_2014.pdf)
- Circulaire du premier ministre du 19 septembre 2012 « Orientations pour l'usage des logiciels libres dans l'administration » ([http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/09/cir\\_35837.pdf](http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/09/cir_35837.pdf))

### Contact :

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

Atrium - 5, place des Vins-de-France

75573 PARIS Cedex 12

Téléphone : +33 1 53 44 26 00

[apie@apie.gouv.fr](mailto:apie@apie.gouv.fr)

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

#### Directrice de la publication :

Danielle Bourlange

#### Rédactrice :

Anne-Claire Viala, cheffe de projet juridique

#### Date de publication :

juin 2014

 @APIE\_gouv