

Dossier - Nouveaux CCAG : points clés de la réforme

Emmanuel Perois
Avocat of Counsel Parme Avocats

La seule signature du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle au bénéfice du maître d'ouvrage. Il est donc nécessaire d'organiser dans le marché, les conditions dans lesquelles celui-ci pourra exploiter les résultats qui lui sont livrés. Ainsi, dans chacun des nouveaux CCAG est créé un chapitre dédié à l'« utilisation des résultats ».

Après la codification récente du Code de la commande publique entrée en vigueur au 1^{er} avril 2019, la Direction des affaires juridiques (ci-après « DAJ ») s'est attelée à un nouveau chantier avec la réforme de l'ensemble des cahiers des clauses administratives générales (ci-après « CCAG ») applicables aux marchés publics.

Pas moins de six CCAG sont ainsi concernés :

- le CCAG Prestations intellectuelles (ci-après « CCAG PI ») ;
- le CCAG Travaux ;
- le CCAG Marchés Industriels (ci-après « CCAG MI ») ;
- le CCAG Techniques de l'information et de la communication (ci-après « CCAG TIC ») ;
- le CCAG Fournitures courantes et services (ci-après « CCAG FCS »)
- enfin le nouveau CCAG maîtrise d'œuvre (ci-après « CCAG MOE »), lequel procède d'une création et non d'une évolution.

Ces nouveaux CCAG ont fait l'objet d'arrêtés du 30 mars 2021 portant approbation de ces nouveaux cahiers des clauses administratives générales, lesquels sont entrés en vigueur à compter du 1^{er} avril 2021.

Ces nouveaux CCAG auront vocation à s'appliquer aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter de cette date.

Les acheteurs bénéficient toutefois d'un délai pour leur permettre d'appréhender ces nouveaux CCAG puisque les arrêtés prévoient que jusqu'au 1^{er} octobre 2021, les acheteurs publics pourront encore faire référence au CCAG antérieur. Outre une nécessaire adaptation aux évolutions législatives et réglementaires rendue nécessaires notamment par l'entrée en vigueur au Code de la commande publique, ce travail poursuit également un souci d'harmonisation entre ces différents CCAG.

De plus, il s'avérait que l'ensemble des CCAG apparaissait obsolète au regard de l'évolution des nouvelles technologies ou des droits de propriété intellectuelle régissant l'exécution des marchés publics.

Il s'agit pourtant d'une thématique centrale, notamment au regard des droits d'utilisation des résultats procédant de l'exécution des marchés publics, tant pour le titulaire que pour le maître d'ouvrage.

En effet, la seule signature du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle au bénéfice du maître d'ouvrage. Il est donc nécessaire d'organiser dans le marché, les conditions dans lesquelles celui-ci pourra exploiter les résultats qui lui sont livrés dès lors que toutes les exploitations qui ne seront pas expressément autorisées seront interdites.

Jusqu'à présent, cette thématique était presque uniquement abordée au prisme de la fameuse dichotomie opérée par le CCAG PI lequel mettait en place un régime dit d'option prévu par l'article 25 du CCAG PI.

Cet article proposait ainsi aux acheteurs publics le choix entre deux régimes distincts (les fameuses Option A ou option B) pour définir le régime d'exploitation des résultats découlant de l'exécution du marché public :

- dans l'option A, applicable par défaut, le titulaire concédait simplement un droit d'usage au bénéfice de l'acheteur pour les besoins que ce dernier aura définis ou qui découlent de l'objet du marché.

Il s'agit donc simplement d'un mécanisme de licence dans lequel le titulaire du marché reste titulaire des droits portant sur le résultat et concède une licence d'utilisation à l'acheteur ;

- dans l'option B, le titulaire cède, à titre exclusif, les droits d'exploitation des résultats à l'acheteur qui peut ainsi les exploiter et les rétrocéder à des tiers, dans les conditions définies au marché.

La nouvelle version des CCAG, et de façon commune à l'ensemble des CCAG, vient modifier ce système en créant spécifiquement dans chacun des CCAG un chapitre dédié à l'« utilisation des résultats ».

Ainsi, et désormais, chacun des CCAG contient un chapitre spécifique dédié à l'utilisation des résultats et comportant quatre articles dédiés :

- la définition des résultats et des connaissances antérieures ;
- le régime général des connaissances antérieures et des connaissances antérieures dites standards ;
- les dispositions spécifiques aux connaissances antérieures et connaissances antérieures standards ;
- le régime des résultats.

La distinction entre résultats et connaissances antérieures

Tout d'abord la nouvelle version du CCAG vient définir trois régimes distincts selon qu'il s'agisse de résultats d'exploitation, de connaissances antérieures ou de connaissances antérieures dites standards.

S'agissant des définitions, la nouvelle mouture du CCAG PI n'opère pas de révolution dans la définition des « Résultats » ou des « connaissances antérieures », mais vient simplement apporter certaines précisions à la définition existante. À l'inverse elle consacre une nouvelle notion dite de « connaissance antérieures standards ».

La clarification et la définition de ces notions s'avèrent nécessaires dès lors que chaque notion se voit appliquer un régime juridique distinct.

S'agissant des résultats, et en synthèse, ceux-ci sont toujours définis comme les éléments « qui ont été réalisés » et non plus qui résultent comme dans l'ancienne définition, des prestations objets du marché.

En définitive, ces résultats désignent les éléments élaborés par le titulaire dans le cadre du marché, c'est-à-dire tout ce qui est livré dans le cadre du marché sauf les connaissances antérieures.

Les commentaires du CCAG, s'adaptant à l'évolution des technologies précisent ainsi que ces éléments sont susceptibles de couvrir des « paramétrages d'un logiciel, des développements spécifiques, d'un nouveau logo, d'une formation sur-mesure, d'un procédé nouveau issu d'une prestation de R&D etc ». Il est à noter que la nouvelle définition vise expressément désormais les « œuvres de l'esprit » et les logiciels comme faisant partie de cette catégorie.

Le nouveau CCAG apporte toutefois une précision en indiquant que les résultats ne résultent pas uniquement de l'exécution du marché à proprement parler, mais peut également résulter des éléments établis lors de la phase d'établissement des offres par le seul candidat retenu [\(1\)](#).

À l'inverse, les éléments des consultations visant les candidats évincés ne seront pas considérés comme des résultats et donc pouvant être utilisés par les pouvoirs adjudicateurs postérieurement sauf mention spécifique dans les documents de consultation.

Un tel ajout n'est pas en soi une nouveauté dès lors qu'il était déjà admis que les candidats à une procédure de mise en concurrence bénéficiaient d'une protection de leur droit de propriété intellectuelle et découlant du Code de propriété intellectuelle (ci-après « CPI ») au regard des articles L. 122-4 et L. 122-2 de ce code. Au demeurant, l'article L. 111-2 du CPI précisait également que l'œuvre d'un auteur est protégée du seul fait de sa réalisation, même si elle est « inachevée ». De même, le Conseil d'État s'est toujours attaché à faire respecter ce droit conféré aux candidats à l'attribution en jugeant, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre les dispositions du décret du 7 mars 2001 organisant l'appel d'offres sur performance, que celles-ci ne sauraient « avoir pour effet d'affranchir [l'acheteur public] du respect du secret des affaires et de la propriété intellectuelle » [\(2\)](#).

La logique d'un développement spécifique d'une solution pour les acheteurs dans le cadre de l'exécution du marché ou de l'établissement de son offre par le titulaire est différente s'agissant de la notion des connaissances antérieures, laquelle n'a pas pour autant pas fait l'objet d'une révolution majeure.

Si dans l'ancienne version des CCAG, la notion des connaissances antérieures faisait l'objet d'une définition par exclusion en précisant que cette notion couvrait les éléments « qui ne résultent pas de l'exécution des prestations objet du marché », la nouvelle définition se veut plus précise en indiquant que désormais ces connaissances antérieures désignent les éléments qui « sont incorporés aux résultats et/ou sont fournies pour répondre aux besoins du maître d'ouvrage dans le cadre d'une prestation intellectuelle et qui appartiennent au maître d'ouvrage, au titulaire ou à des tiers, ou qui leurs sont concédés en licence, mais qui ont été réalisés dans un cadre extérieur et indépendamment du marché » [\(3\)](#).

In fine, cette notion désigne l'ensemble des éléments qui ont été nécessaires à l'exécution du marché mais qui ne constituent pas des résultats de son exécution dès lors qu'ils ont été développés antérieurement et indépendamment du marché et qu'ils n'ont simplement été que nécessaires à l'exécution de celui-ci.

À titre d'exemple, la liste donnée n'étant pas limitative, cette notion désigne « les bases de données, les marques, noms de domaine et autres signes distinctifs, les dessins ou modèles, les inventions brevetables ou non au sens du code de la propriété intellectuelle, les données et les informations, et plus généralement tous les éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection, tels que le savoir-faire, le secret des affaires, le droit à l'image ou à la voix des personnes ou le droit à l'image des biens » [\(4\)](#).

Enfin, la nouvelle version des CCAG désigne une troisième catégorie, nouvelle cette fois-ci relative aux connaissances antérieures dites « standards ».

Cette notion désigne « les connaissances antérieures conçues pour être fournies à plusieurs clients en vue de l'exécution d'une même fonction, tels que les logiciels standards et les autres contenus proposés sous licence standard ».

Le commentaire du nouveau CCAG précise ainsi que cette notion désigne les logiciels standards ou progiciels sur étagère (sous licence dite « propriétaire » ou sous licence libre), d'accès à des bases de données, d'images provenant de banque d'images, etc.).

À chacune de ces notions trouve à s'appliquer un régime d'utilisation différent.

Le régime d'utilisation des connaissances antérieures standards et non standards

Le nouveau CCAG PI introduit un régime spécifique d'utilisation pour les connaissances antérieures standards et non standards.

Sur ce point, le nouveau CCAG PI opère une refonte des stipulations anciennement applicables qui ne prévoyaient finalement, par l'article 24.2 du CCAG PI, qu'une concession, à titre non exclusif, du droit d'utiliser de façon permanente ou temporaire les connaissances antérieures « strictement nécessaires à l'utilisation des résultats ».

S'agissant des connaissances antérieures standards et non standards, le tronc commun du régime mis en place par le CCAG PI s'apparente dans un premier temps au *statu quo* : chacun des propriétaires initiaux des connaissances antérieures (titulaire ou maître d'ouvrage) demeurent propriétaires des droits attachés à ces connaissances.

Ainsi, les nouveaux CCAG posent expressément le principe selon lequel « la conclusion du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures et aux connaissances antérieures standards » [\(5\)](#).

Le titulaire du marché recourant à des connaissances antérieures pour l'exécution de celui-ci restera donc propriétaire de ses droits, dont ceux d'exploitation, sur les connaissances antérieures standards ou non standards.

Toutefois, ce principe connaît désormais une limite. En effet, pour pouvoir conserver les droits attachés aux connaissances antérieures, dont le droit d'exploitation, encore faut-il que le titulaire du marché ait au préalable identifié dans son offre ou en cours d'exécution du marché « l'intégration ou l'utilisation d'une connaissance antérieure ou d'une connaissance antérieure standard non prévue dans l'offre ».

À défaut, le même article précise que « tout élément livré en exécution du marché est réputé être un résultat » [\(6\)](#).

Or, une telle qualification n'est pas neutre dès lors que comme on le verra *infra*, le régime juridique lié à l'utilisation des résultats est sensiblement différent de celui-ci des connaissances antérieures et emporte pour sa part un réel transfert de certains droits. Une telle méconnaissance peut être d'autant plus préjudiciable que ce régime trouve à s'appliquer au « savoir-faire » des opérateurs, entrant dans ce régime de connaissances antérieures.

Ensuite, le CCAG PI vient distinguer deux régimes distincts selon que les connaissances antérieures utilisées pour l'exécution du marché soient standards ou non standards.

Pour les connaissances antérieures non standards, les nouveaux CCAG stipulent que l'incorporation ou l'utilisation de ce type de connaissance pour l'exécution du marché et qui sont strictement nécessaires entraîne au profit de l'acheteur un droit « à utiliser les connaissances antérieures pour les mêmes droits, durée, territoire et finalités d'utilisation que ceux prévus dans le régime applicable aux résultats » [\(7\)](#).

In fine, l'utilisation ou l'incorporation de connaissances antérieures, dès lors qu'elles sont nécessaires à l'utilisation des résultats, entraîne la concession d'un droit à utilisation pour des finalités identiques à celles prévues dans le régime de l'utilisation des résultats. De même, l'acheteur ne pourra pas utiliser ces connaissances antérieures indépendamment de l'utilisation des résultats.

Il s'en infère deux conséquences pour l'acheteur :

- d'une part, ce dernier ne peut pas utiliser ces connaissances antérieures indépendamment de l'utilisation du résultat et donc sans lien avec l'objet du marché
- et, d'autre part, pour les logiciels, le droit de pouvoir les rétrocéder à tout tiers et de pouvoir les diffuser sous licence libre pour l'acheteur ne s'applique pas aux connaissances antérieures, sauf dispositions contraires dans le marché ou si elles sont placées sous un régime d'utilisation qui le permet.

Pour les connaissances antérieures dites standards, les nouveaux CCAG précisent que si, en cours d'exécution du marché, le titulaire souhaite recourir à ce type de données alors même que son utilisation n'était pas prévue dans le cadre de son offre, le titulaire doit solliciter de l'acheteur l'accord préalable de ce dernier.

Un tel accord préalable n'est pas anodin dès lors que dans le cas de leur utilisation, leurs droits d'utilisation s'appliquent selon les conditions prévues dans leur licence, ce qui comprend les droits d'adaptation, de modification, d'évolution ainsi que les éventuelles transmissions des droits à des tiers de ces connaissances antérieures standards.

L'utilisation d'une connaissance antérieure standard suppose donc l'acceptation de sa licence par l'acheteur et l'obligation pour le titulaire de veiller à n'utiliser, lors de l'exécution du marché, que des connaissances antérieures standards compatibles avec les besoins de l'acheteur (par exemple : le nombre d'utilisateurs).

Le régime d'utilisation des résultats

Relativement à l'utilisation des résultats cette fois-ci, le régime est naturellement différent dès lors que ces résultats répondent à une logique d'achat pour l'acheteur d'une solution adaptée à la satisfaction de ses besoins et donc de la nécessaire obtention de droits d'utilisation large pour l'acheteur.

S'agissant donc de l'utilisation des résultats, les nouveaux CCAG posent le principe selon lequel le titulaire accorde à l'acheteur « les droits nécessaires pour utiliser ou faire utiliser les résultats, en l'état ou modifiés, de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes, pour les besoins et finalités d'utilisation exprimés dans les documents particuliers du marché et en toute hypothèse pour les besoins d'utilisation découlant de l'objet des prestations commandées dans le cadre du marché » [\(8\)](#).

Le régime et la logique, ne répondent donc plus à une logique de concession d'un droit d'usage consenti par le titulaire mais bien à un régime de cession des droits d'utilisation des résultats au bénéfice de l'acheteur.

La liste des droits conférés par la suite est exhaustivement précisé par le même article qui précise que les droits conférés à l'acheteur comprennent le droit de « publier et utiliser les résultats » intégrant les plans, études préalables ou spécifications, pour la satisfaction des besoins de l'acheteur.

Le droit conféré à l'acheteur comporte également un droit à l'évolution de la solution permettant d'assurer ou de faire assurer l'évolution des résultats, en ce compris réaliser ou faire réaliser par tout tiers, la maintenance (notamment maintenance corrective, préventive, adaptative et évolutive) des résultats s'agissant des logiciels.

Enfin, ce droit comporte également le droit de transférer les droits sur les résultats à tout tiers bénéficiaire d'un transfert de compétences de l'acheteur.

Le même article précise qu'en outre s'agissant spécifiquement des logiciels ce droit comprend également « la possibilité de rétrocéder tout droit à tout tiers à quelque titre que ce soit, et à quelques conditions que soit, ainsi que la possibilité de pouvoir les diffuser sous une licence libre / open source ».

Les CCAG précisent également les modalités des transferts de droit au regard des principes intangibles posés par le Code de la propriété intellectuelle et notamment l'étendue de la cession des droits. L'article 35.2 du CCAG PI stipule ainsi que dans le cadre de l'exécution du marché le titulaire cède ses droits d'auteur patrimoniaux attachés aux résultats, étant précisé que ces droits comprennent :

- les droits de reproduction : ce droit consiste dans la possibilité pour l'acheteur de reproduire les résultats, pour quelque usage que ce soit, par quelque procédé que ce soit, sur tout support, pour toute exploitation ;
- les droits de représentation et de distribution : ce droit consiste dans la possibilité de communiquer au public et de mise à disposition du public des résultats, sous toute forme, et auprès du public en général ou de catégories de public en particulier ;
- et enfin les droits d'utiliser, d'incorporer, d'intégrer, d'adapter, de modifier, d'arranger, de corriger, de traduire les résultats en toutes langues, en tout ou en partie, en l'état ou modifiés pour les finalités et besoins d'utilisation.

Par ailleurs, s'agissant des logiciels, le CCAG PI précise que les droits concédés sur les résultats comportent, en outre, notamment les « droits d'évaluer, d'observer, de tester, de dupliquer, de charger, d'afficher, de

stocker, d'exécuter, de modifier, d'arranger, décompiler, assembler, transcrire 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, configurer, 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, faire tous actes aux fins d'interopérabilité avec d'autres systèmes créés de manière indépendante » (9) . Les projets de CCAG ont donc su s'adapter à l'évolution des besoins en la matière pour les acheteurs publics.

Cette cession n'est cependant pas sans limite, dès lors que le même article précise que cette cession est réalisée dans le respect des « droit moraux » de l'auteur tels que précisés à l'article L. 121-1 du CPI (10).

Aux termes de cet article, l'auteur a droit tout particulièrement (i) au respect de son nom et de sa qualité qui se traduit par l'obligation d'apposer le nom et la qualité de l'auteur sur son œuvre et sur toute reproduction de celle-ci (ii) au respect de son œuvre permettant à l'auteur de faire sanctionner toute altération, dénaturation de son œuvre.

Deuxième limite, et sauf exception, cette cession est consentie à titre non exclusif, afin de permettre au titulaire d'exploiter les résultats pour ses propres besoins, le cas échéant avec l'accord de l'acheteur.

En application de ce principe, le titulaire pourra exploiter, y compris à titre commercial, les résultats créés dans le cadre de l'exécution du marché, sous réserve de l'accord de l'acheteur pour les connaissances antérieures mises à sa disposition par ce dernier pour l'exécution du marché, et sous réserve de la confidentialité des résultats ou de la confidentialité d'informations intégrées dans les résultats.

Trois exceptions sont cependant concernées :

- les résultats ayant pour objet de distinguer l'identité propre de l'acheteur et/ou de ses services ou produits par rapport aux autres entités, services ou produits (tels que dénominations, logos, slogans, chartes graphiques) ;
- les résultats ayant pour objet de promouvoir l'acheteur ses produits et services et plus généralement ses missions de service public (telles que campagnes de promotion, ou de communication) ;
- les résultats qualifiés de confidentiels.

En définitive, la nouvelle version des CCAG opère d'appréciables changements en matière de régime d'utilisation des résultats dans le cadre de l'exécution des marchés publics. Outre le fait qu'elle harmonise les différents régimes qui pouvaient exister jusqu'à présent, quand bien même de nombreux acheteurs faisaient référence, quel que soit l'objet du marché et donc le CCAG applicable, au régime anciennement posé par le CCAG PI, cette réforme s'inscrit dans le contexte de la transition numérique en développant les obligations pesant sur les titulaires de marchés, notamment s'agissant de l'utilisation des logiciels et de la mise à disposition des codes sources ou bénéfice de l'acheteur.

Cette transition s'inscrit en définitive dans le prolongement de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique qui imposait déjà aux délégataire de service public de fournir « sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution ».

Si ce nouveau régime apporte d'utiles précisions, il conviendra toutefois d'être vigilant pour les parties au marché. Notamment, le titulaire devra veiller à identifier précisément les éléments relevant de la notion de connaissances antérieures, à défaut il pourra s'exposer à une cession des droits attachés à son savoir-faire au bénéfice de l'acheteur.

De même ce dernier devra être vigilant quant à l'utilisation et l'acceptation des conditions d'utilisation connaissances antérieures standards. En effet, une approbation de ces éléments sans vérification des conditions d'utilisation dans lesquelles elles s'inscrivent pourraient poser des difficultés en termes d'exécution du marché, si ces éléments étaient nécessaires à son exécution mais non compatibles avec les ambitions d'utilisation par l'acheteur.

1) CCAG Travaux (2021), art. 45.1 : « Les résultats comprennent les éléments réalisés par le titulaire du marché dès l'appel à la concurrence ou toute consultation écrite du maître d'ouvrage en vue de la remise d'une offre et qui sont liés directement à l'objet du présent marché ».

2) CE 5 mars 2003, UNSPIC, req. n° 233372, *Rec. CE*, p. 107.

3) CCAG Travaux (2021), art. 45.2.

4) CCAG Travaux (2021), art. 45.1.

5) CCAG PI (2021), art. 33.1.

6) CCAG PI (2021), art. 33.2.

7) CCAG PI (2021), art. 34.1.

8) CCAG PI (2021), art. 35.

9) CCAG PI (2021), art. 35.2.

10) CPI, art. L. 121-1 du CPI : « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».