

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS D'INFORMATIQUE

par
Bertrand WARUSFEL
(Faculté de droit - Université Paris V)

Le domaine de l'informatique est l'un des secteurs d'activité dans lequel l'évolution technologique constante et la très forte concurrence régnant au niveau international font des questions de propriété intellectuelle un enjeu majeur. Elles ne peuvent donc être passées sous silence dans la négociation et la rédaction des marchés publics de fourniture ou de développement de systèmes d'information. Pourtant la lecture du Code des marchés publics est, sur ce point, fort décevante : aucune disposition spécifique n'y est consacrée à la prise en compte des questions de propriété intellectuelle dans les marchés. Cela signifie simplement que les personnes publiques contractantes sont entièrement soumises au droit commun défini par le Code de la propriété intellectuelle (CPI)¹. Mais cela ne retire pas toute spécificité à l'application de ces règles de droit commun dans le cadre des marchés publics.

Les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG), qui servent de documents contractuels de référence aux marchés, contiennent parfois des dispositions ayant un impact direct ou indirect sur la prise en compte de la propriété intellectuelle. Nous étudierons ici succinctement les dispositions pertinentes du CCAG/FCS et du CCAG/PI qui nous paraissent être les plus fréquemment mises à contribution en ce qui concerne les marchés d'informatique, et plus particulièrement les marchés comportant le développement ou la fourniture de logiciels.

Les insuffisances de la protection du progiciel dans le CCAG/FCS

Le chapitre VII du CCAG-FCS concerne les "stipulations spéciales aux marchés d'informatique et de bureautique" et son article 40 est consacré au progiciel. Il précise notamment dans sa section 40.2. que "la fourniture des progiciels consiste en une concession du droit d'usage non exclusive ; elle comporte la remise à la personne publique : a) des progiciels transcrits sur un support d'information lisible par le matériel ; b) des manuels en langue française décrivant les fonctions et les modalités d'emploi des progiciels fournis"

Par ailleurs, sa section 40.3. fait obligation au titulaire du marché de proposer gratuitement à la personne publique les modifications qu'il apporte à la même version du logiciel et "ne comportant pas de nouvelles fonctions de nature à être remplies par ces progiciels".

¹ Sous réserve de cas très particuliers - qui ne nous intéressent pas ici - où la personne publique peut avoir, pour des motifs de défense nationale, certains droits d'examen, de mise au secret, voire d'expropriation de demandes de titre de propriété industrielle (cf. notamment les articles L.614-3, L.614-19 et L.623-8 CPI).

Ce texte, introduit dans le CCAG/FCS par un décret du 14 mars 1986, a, bien évidemment, tenu compte de la loi du 3 juillet 1985 concernant la protection du logiciel² dont les dispositions soumettent les logiciels aux règles du droit d'auteur (sous réserve de quelques particularités) et répriment pénalement sa contrefaçon. L'existence de ces dispositions législatives dispense donc normalement les parties contractantes au marché de faire figurer dans celui-ci un rappel du nécessaire respect du droit de propriété appartenant à l'auteur du progiciel et de l'interdiction d'en effectuer des reproductions non autorisées.

L'indispensable description de l'étendue des droits concédés

Pour autant, la loi de 1985 - et aujourd'hui le CPI - comporte différentes dispositions qui nécessitent l'expression contractuelle de la volonté des parties. La plus importante se trouve dans l'article L.122-6 (modifié en mai 1994) qui dispose que le "droit d'exploitation" appartenant à l'auteur du logiciel lui permet d'autoriser "la reproduction ... ; la traduction, l'adaptation, l'arrangement ou autre modification du logiciel ... ; (sa) mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit" par une autre personne. C'est donc au marché que revient la nécessité de préciser pour chaque progiciel la portée détaillée des droits transmis (nature, durée, éventuellement territoire autorisé, rémunération, ..). Faute de cette précision, la simple référence à la rédaction de l'article 40.2. du CCAG/FCS qui ne parle que d'une "concession du droit d'usage non exclusive" peut prêter à confusion, car si une interprétation prudente conduit à considérer que ce seul droit d'usage exclut tous les autres droits évoqués plus haut, on peut très bien imaginer que cette notion puisse être comprise comme étant synonyme du droit d'exploitation dans son ensemble. Il est donc juridiquement souhaitable qu'une clause particulière du marché, contenue dans son CCAP, définisse précisément quelle étendue les parties entendent donner à la concession de droits sur le progiciel concerné³.

Et, ce d'autant plus, que cet article L.122-6 précise dans son 1° que "dans la mesure où le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage de ce logiciel nécessitent une reproduction, ces actes ne sont possibles qu'avec l'autorisation de l'auteur". De même, l'article L. 122-6-1 qui dispense dans certains cas particuliers (copie de sauvegarde, correction d'erreurs, décompilation nécessaire à l'interopérabilité entre logiciel, notamment) de l'autorisation de l'auteur du logiciel, permet à l'auteur de "se réserver par contrat le droit de corriger les erreurs". Dans le même esprit, rappelons également que l'article 121-7 n'interdit à l'auteur de "s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire" ainsi que d'"exercer son droit de repentir ou de retrait" qu'en l'absence d'une "stipulation contraire plus favorable à l'auteur". Autrement dit, l'absence de toute précision dans le marché peut à la fois empêcher l'utilisateur de procéder à certaines reproductions pourtant indispensables à la mise en oeuvre de son logiciel et l'auteur de mieux se protéger en se réservant la correction d'erreurs ou en interdisant la modification du logiciel ou encore en préservant son droit de repentir ou de retrait.

² Les dispositions de cette loi ont été intégrées en 1992 au Code de la propriété intellectuelle (CPI) et certaines ont été modifiées récemment par la loi du 10 mai 1994, prise en application de la directive européenne sur la protection du logiciel. Rappelons que le CPI regroupe à la fois les dispositions légales relatives à la propriété littéraire et artistique et à la propriété industrielle et que - de ce fait - la notion de "propriété intellectuelle" recouvre également ces deux volets.

³ Cf. notamment nos remarques à ce sujet, in *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, mai 1993, II.310.4., p. 8.

D'utiles compléments à prévoir pour préciser l'origine de propriété

Mais si l'article 40 du CCAG/FCS mérite d'être complété sur ces différents points, il comporte également une lacune en ce qu'il ne prévoit pas l'identification de l'origine de propriété du progiciel concédé. Or, il est fréquent dans les contrats informatiques actuels que les progiciels soient concédés à leur utilisateur non par leurs auteurs, mais soit par un fournisseur de matériel, soit par un éditeur ou un diffuseur. Dès lors, la chaîne de la propriété intellectuelle entre l'auteur et l'utilisateur du progiciel se rallonge et il est essentiel que le contrat concédant le droit d'usage fasse, d'une part, mention de l'origine de la propriété du progiciel et, d'autre part, établisse explicitement le fait que le titulaire du marché possède effectivement les droits qu'il concède à la personne publique. La règle d'or en matière de propriété intellectuelle est, en effet, que - plus encore que dans d'autres domaines du droit - il n'est possible de transmettre que ce que l'on a soi-même reçu. Or, il peut arriver que les intermédiaires entre l'auteur et l'utilisateur final ne possèdent, en réalité, qu'une partie de l'ensemble des droits d'exploitation sur le progiciel (par exemple, le droit de reproduire et de mettre sur le marché, mais non d'adapter ou de corriger les erreurs).

La personne publique doit donc se prémunir d'éventuels malentendus contractuels pouvant l'amener ultérieurement à commettre de bonne foi des actes illicites en croyant n'exercer que des droits concédés par son fournisseur. Or, la seule disposition du CCAG relative à la propriété industrielle et intellectuelle, l'article 51, se contente de poser que "le titulaire garantit la personne publique contre toutes les revendications des tiers relatives à la propriété intellectuelle ou industrielle des matériels et des progiciels fournis au titre du marché"⁴. Certes, le commentaire de cet article affirme que "la personne publique doit bien délimiter les droits qu'elle obtient lors de la concession de progiciels ; si elle entend modifier ces derniers ou les utiliser pour l'élaboration de logiciels, elle doit le préciser dans le marché après s'être assurée que le titulaire fait son absence des problèmes relatifs aux droits d'auteur". Mais cela reste à nos yeux très insuffisant car, d'un côté, cette recommandation annexée n'a aucune valeur contractuelle et est, le plus souvent, ignorée par les rédacteurs de marché et, de l'autre côté, la garantie générique posée par l'article 51 apparaît généralement inapplicable, dès lors que les revendications des tiers portent justement sur des droits dont le marché n'a pas décrit avec précision le contenu et les origines.

Il faut donc déplorer l'absence dans le CCAG/FCS d'une clause générale obligeant, par exemple, le titulaire du marché à déclarer l'origine du progiciel et à s'engager sur le fait qu'il a effectivement reçu des auteurs la totalité des droits qu'il concède à la personne publique. Et, compte tenu de cette lacune, il appartient aux deux parties d'introduire systématiquement une telle disposition dans le CCAP.

⁴ La doctrine qualifie généralement cette clause de "garantie d'éviction".

Le CCAG/PI : un cadre à compléter pour la protection des prestations intellectuelles

Lorsque le marché possède un objet exclusivement ou principalement intellectuel (ce qui est généralement le cas en informatique lorsqu'il s'agit du développement d'un logiciel spécifique), le Cahier des Clauses Administratives Générales / Prestations Intellectuelles (CCAG/PI) s'applique⁵. Il comporte - par contraste avec le CCAG/FCS - d'importants développements relatifs à la propriété intellectuelle et industrielle dans son chapitre IV (articles 19 à 31). Il s'agit, en réalité, pour la personne publique, de choisir entre trois séries pré-établies de clauses (dites "options" A, B et C) qui - au-delà de quelques éléments communs - diffèrent par l'importance des droits respectifs reconnus à la personne publique et au titulaire sur les résultats du marché. Une rapide analyse de ces options et leur pratique nous montrent cependant que leur rédaction laisse encore dans l'ombre plusieurs aspects importants⁶ et peuvent être source d'ambiguïté dès lors qu'elles ne sont pas complétées ou modifiées par des dispositions spécifiques établies par les parties dans le CCAP.

Les droits reconnus à la personne publique : les limites de l'utilisation des résultats

L'option A donne à la personne publique la libre utilisation des résultats (article A-20), à la différence des options B et C qui prévoient une utilisation limitée aux besoins précisés dans le marché (B) ou aux besoins propres de la personne publique et de tiers désignés dans le marché (C).

Il faut donc remarquer, ici, que l'option A (et a fortiori les options B et C) n'est en aucune façon une clause de transfert de propriété, puisque la personne publique n'acquiert qu'un ensemble de droits d'utilisation, de reproduction ou de publication. Le CCAG précise d'ailleurs, quelques paragraphes plus bas que la personne publique n'est pas propriétaire des inventions nées du marché (article A-22.1.).

D'autre part, ces différentes options ne portent que sur l'utilisation des "résultats, même partiels" à l'exclusion des autres éléments de propriété intellectuelle qui peuvent naître ou être utilisés au cours du marché (fournitures annexes, outils conçus ou utilisés pour la mise au point des résultats, ce qui est fréquent en ingénierie informatique et en développement de logiciel).

Enfin, il faut signaler la nécessité de compléter les règles applicables aux résultats "partiels". La rédaction des trois options confèrent, explicitement, des droits à la personne publique sur les résultats intermédiaires fournis en cours d'exécution du marché (à l'issue des différentes tranches, par exemple). Mais cela est moins clair en ce qui concerne par exemple des travaux inachevés ou interrompus (à la suite, notamment, de la défaillance du titulaire ou de la résiliation du marché). Il peut y avoir contestation sur le fait que les informations non encore transmises officiellement à la personne publique sont des "résultats partiels" appartenant déjà à cette dernière. Une clause du

⁵ Dans le cas d'un marché industriel (moins courant en informatique), le CCAG/MI comporte pour sa part un chapitre VII qui reproduit l'option C du CCAG/PI.

⁶ En premier lieu, la jurisprudence administrative a estimé que la référence au CCAG/PI dans un marché n'était légale qu'à condition que le marché prévoit la limitation dans le temps et dans l'espace de la concession des droits intellectuels à la personne publique (CE, 2 juillet 1982, Conseil national de l'ordre des architectes, Rec. p.255 ; AJDA 1983 p.30).

CCAP doit donc préciser, par exemple, que les droits reconnus à la personne publique sur les résultats du contrat couvrent les résultats même partiels au fur et à mesure de leur élaboration et indépendamment de leur transfert physique entre les mains de la personne publique.

Concernant le droit de reproduction reconnu à la personne publique (sous certaines limites ou conditions dans les options B et C), la rédaction du CCAG témoigne d'une orientation exagérément industrielle puisqu'elle limite le droit de reproduction à la seule opération de fabrication d'"objets, matériels ou constructions". Lorsque l'exécution du marché peut donner lieu, au principal ou accessoirement, à des créations esthétiques (logo, dessin, image d'écran, produit multimédia, ...) ou à un objet intellectuel non brevetable (méthodologie, présentation d'idées, ...), certaines formes de reproduction sont donc susceptibles d'échapper à l'application de ces clauses, au détriment des intérêts de la personne publique. Seul des compléments par le biais du CCAP permet donc de se prémunir de ce risque.

Les droits du titulaire du marché : restriction des usages commerciaux mais un droit de communication limité

Les options A et B n'accordent au titulaire aucun droit à "l'usage commercial" des résultats. A l'inverse, l'option C lui donne la liberté d'utilisation de ces résultats, sous réserve du versement de redevances à la personne publique.

On peut donc soutenir, a contrario, que les options A et B n'interdisent pas les utilisations des résultats par le titulaire pour ses besoins internes, par exemple. Ce qui veut dire que dans le cas où la personne publique désirerait exclure de telles utilisations (dont la frontière avec le domaine commercial peut être parfois difficile à établir), il est, là encore, souhaitable de le préciser dans une clause du CCAP.

Remarquons aussi que, dans le cas de l'option B, cette exclusion des usages commerciaux est contradictoire avec le fait que ce même titulaire se voit reconnaître le droit de déposer des brevets⁷.

Parmi les autres droits refusés au titulaire figure celui de reproduction, alors qu'à l'inverse, le CCAG lui reconnaît le droit de communication à des tiers (sous réserve - dans les options A et B - de la nécessité d'obtenir l'autorisation préalable de la personne publique, et d'une simple information de celle-ci dans l'option C). Il faut donc bien comprendre en quoi consiste ce droit de communication.

Il ne s'agit pas d'un droit de publication, qui est régi par d'autres articles, ni d'un droit pouvant donner lieu à usage commercial (sauf dans l'option C). Il ne s'agit pas non plus de l'équivalent du droit de reproduction reconnu, par ailleurs, à la personne publique. Il faut donc y voir sans doute uniquement la possibilité pour le titulaire de diffuser à des tiers des éléments de résultats à titre documentaire ou scientifique. Son usage par le titulaire devra donc être effectué avec précaution afin de ne pas excéder par là ce que le CCAG autorise.

⁷ Dans ce sens, Droit des marchés publics, Éditions du Moniteur, mai 1993, IV.290.2, p. 9.

Le régime des droits de propriété industrielle : des dispositions à compléter

Les trois options proposent la même disposition selon laquelle la personne publique n'acquiert pas du seul fait du marché la propriété des inventions, méthodes et savoir-faires nés à cette occasion et respecte la confidentialité des éléments non brevetables appartenant au titulaire (A-22, B-22, C-22). Par ailleurs, les options B et C prévoient l'obligation pour le titulaire d'effectuer les dépôts et l'entretien des brevets couvrant des inventions nées à l'occasion du marché.

En conséquence, si la personne publique souhaite se réserver la propriété des inventions ou bénéficier d'un droit sur certains outils ou savoir-faires mis en oeuvre par le titulaire dans le cadre du marché, il est impératif qu'elle insère dans le CCAP des clauses dérogatoires explicites.

A cela s'ajoute le fait que ces dispositions sont relativement incomplètes, dans la mesure où elles ne visent que les brevets. D'autres titres de propriété industrielle sont évoqués dans les seules options B (B-26) et C (C-26) qui ne leur appliquent que les dispositions relatives aux obligations de dépôt (certificats d'utilité, certificats d'addition, brevets européens et PCT) ou au droit d'usage, de communication et de publication (les dessins et modèles), mais demeurent muettes sur les éventuels droits de la personne publique à leur égard. Plus significatif encore, en matière de marques comme en matière de topographie de semi-conducteurs ou d'obtention végétale, aucune disposition spécifique d'aucun ordre n'est mentionnée. Cela signifie que, tant qu'une clause du CCAP ne vient pas combler cette lacune, aucune règle précise et contraignante ne s'applique entre les parties pour régler le sort éventuel de ces catégories de titres de propriété industrielle⁸.

En revanche, l'on retrouve dans le CCAG-PI, et sous les trois options, une clause d'éviction par laquelle le titulaire garantit la personne publique des effets des éventuelles actions en revendication de propriété littéraire, artistique et industrielle que pourraient tenter des tiers à l'occasion de l'utilisation des résultats du marché. Sous réserve de l'interprétation restrictive qu'il convient de faire, comme nous l'avons évoqué plus haut, de la notion de résultat, elle couvre donc la personne publique à l'encontre des actions relatives tant au droit des brevets, qu'à celui des marques, des dessins et modèles ou du droit d'auteur.

Conclusion

Ce rapide commentaire des dispositions de deux CCAG usuels en matière informatique permet de prendre conscience d'une réalité essentielle : le cadre standard actuel des marchés publics d'informatique n'offre pas aux personnes publiques et à leurs titulaires une bonne prise en compte des questions de propriété intellectuelle. Se limiter, en la matière, à la seule référence aux dispositions ad hoc de ces CCAG, c'est prendre nécessairement des risques inacceptables dont les conséquences peuvent se révéler à l'usage très importantes.

⁸ Dans le domaine informatique, ces lacunes peuvent être préjudiciables dans la mesure où c'est un secteur dans lequel le brevet joue un rôle limité (du fait de la non-brevetabilité des logiciels) et où - au-delà de la protection du droit d'auteur assurée au logiciel - d'autres titres de propriété industrielle peuvent être mobilisés pour assurer une protection "périphérique" (marque pour un logiciel, dessin ou modèle, ou même éventuellement - lorsqu'il y a réalisation électronique spécifique - topographie de semi-conducteur).

La seule issue - en attendant une possible refonte de ces textes - réside, comme nous l'avons largement rappelé, à faire figurer dans le CCAP des clauses précises et détaillées complétant celles du CCAG (ou y dérogeant). Il s'agit là, bien sûr, d'un exercice de rédaction juridique parfois complexe et qui peut requérir des compétences particulières mais dont l'analyse des textes tout comme notre pratique professionnelle nous montrent chaque jour la nécessité. Et ce faisant, les marchés publics ne font, en réalité, que suivre la tendance générale tracée par les entreprises privées qui, depuis quelques années, renforcent leurs dispositifs contractuels en matière de propriété intellectuelle pour faire face à la montée des enjeux et des litiges dans ce domaine essentiel de notre économie de l'information.

Bertrand WARUSFEL
Septembre 1994