

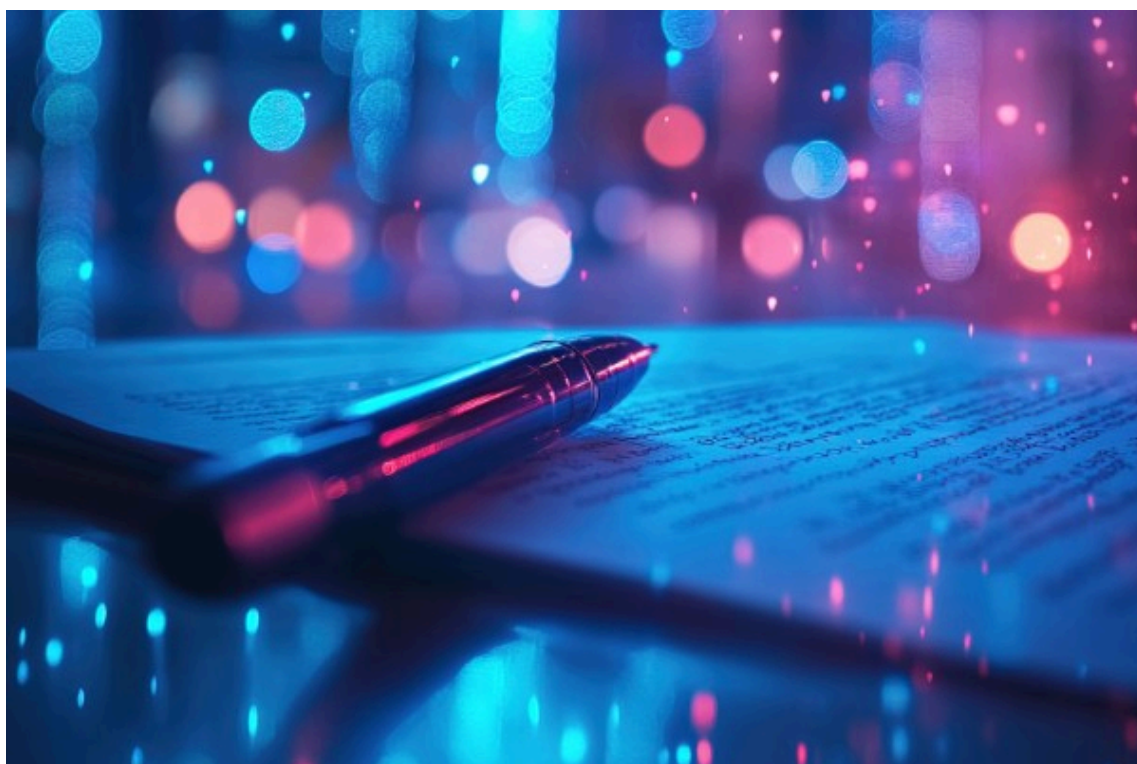
DOSSIER : IA, et si on se posait les bonnes questions juridiques ?**Dossier publié à l'adresse** <https://www.lagazettedescommunes.com/999603/la-passation-des-contrats-dachats-dia-les-clefs-a-connaître/>

DÉCRYPTAGE

La passation des contrats d'achats d'IA : les clefs à connaître

Auteur associé | Actu juridique | actus experts technique | Analyses juridiques | France | Publié le 10/09/2025

Dans cette analyse, Yvon Goutal et Théo Simon, avocat associé et juriste au sein du cabinet Goutal, Alibert et associés, rappellent qu'acheter de l'intelligence artificielle prend concrètement la forme de marchés publics de prestations informatiques obéissant aux règles de la commande publique.



[1]

La numérisation de l'action publique et l'accroissement de la place de l'intelligence artificielle (IA) contribuent à la multiplication des marchés publics de prestations informatiques. Ces contrats ne sont les « favoris » ni des acheteurs publics, ni des informaticiens, peu habitués au dialogue. La collaboration est pourtant indispensable.

Comprendre le cadre juridique applicable

Il est essentiel, d'abord, que les services utilisateurs comprennent le cadre juridique applicable aux « marchés IT ». Principe de base, qui peut être méconnu au profit de l'enthousiasme, assez courant dans le domaine de l'IA : dès lors qu'ils répondent à un « besoin » de l'acheteur et qu'ils sont conclus à titre onéreux, les achats informatiques doivent respecter, dès le premier euro, les règles de la commande publique, à commencer par les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures ⁽¹⁾ ^[2].

Bien évidemment, une procédure « adaptée », c'est-à-dire pouvant différer du très strict appel d'offres, est souvent envisageable. Mais même dans ce cas, la démarche reste encadrée et ne se résume pas à un achat d'impulsion après découverte d'un outil d'IA bien vendu. L'acheteur doit déterminer les modalités de la procédure adaptée, en tenant compte de la nature et des caractéristiques de son besoin, du nombre et de la localisation des opérateurs susceptibles d'y répondre, ainsi que des circonstances de l'achat ⁽²⁾ ^[3]. Cette démarche n'est pas

uniquement légaliste : partir du besoin (et non du produit) avant d'examiner ce qu'offre le marché et d'organiser une mise en concurrence adaptée au résultat de cet examen est tout simplement du bon sens.

Questionner l'exclusivité

Il existe certes des exceptions à l'obligation de publicité et de mise en concurrence, notamment lorsque le besoin de l'acheteur ne peut être satisfait que par un opérateur économique déterminé, pour une raison tenant à l'existence de « droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle » (3) [4]. La tentation est grande, pour l'acheteur public – parfois encouragé en ce sens par le prestataire – de mobiliser des droits d'exclusivité pour recourir à une procédure de gré à gré – et s'éviter une mise en concurrence vécue comme lourde, coûteuse, lente et surtout inutile.

Il est impératif de rappeler que la notion de « droits d'exclusivité » est, tout autant que celle d'urgence, interprétée avec une grande rigueur, tant par le juge administratif que par le juge européen.

S'il existait un doute, la décision « République tchèque » rendue par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en janvier dernier (4) [5] est venue lever toute ambiguïté en rappelant fermement que le recours à cette procédure n'est possible que lorsque la situation d'exclusivité n'est pas imputable au pouvoir adjudicateur.

En d'autres termes, le juge distingue radicalement entre la véritable exclusivité, subie par l'acheteur, et ce qui s'analyse plutôt comme une « une commodité pour la personne publique » (5) [6], due à une analyse insuffisante ou à une situation que la personne publique a – même passivement – laissé s'installer.

L'état du droit repose sur la démonstration (6) [7] par l'acheteur public que trois conditions cumulatives sont remplies pour recourir à une procédure de gré à gré pour droits d'exclusivité.

La première semble évidente, mais ne l'est pas tant que ça en pratique : des droits exclusifs doivent exister (et préexister à la conclusion du contrat) et ce, au seul bénéfice de l'opérateur concerné. La preuve de leur existence sera – le plus souvent – rapportée par un « certificat d'exclusivité », dont la validité sera appréciée in concreto, et la crédibilité d'autant plus forte qu'il aura été établi par un tiers. La jurisprudence admet cependant la validité d'une « attestation d'exclusivité » établie par une société partie au contrat (7) [8] sous réserve que celle-ci ne se contente pas d'une énumération succincte et générique des matériels et prestations pour lesquels elle disposerait d'une exclusivité (8) [9].

Ensuite, ces droits doivent rendre impossible l'attribution du contrat à un autre opérateur. L'acheteur ne peut donc se contenter de constater l'existence de droits d'exclusivité pour justifier le recours à une procédure négociée ; il doit pouvoir faire la démonstration (9) [10] qu'il n'existait « aucune solution de remplacement raisonnable » pour répondre à son besoin (10) [11]. Ce qui suppose de ne pas confondre offre alléchante présentée par une entreprise commercialement performante et besoin de la personne publique.

Il est essentiel, même si l'offre a créé la conscience du besoin, d'accomplir le chemin inverse : quel est exactement le besoin auquel cette offre répond ? On se rend bien souvent compte, alors, que d'autres offres, certes différentes, ont en commun de répondre au même besoin ; ce qui anéantit la condition d'exclusivité.

Enfin, l'absence de concurrence ne doit pas résulter d'une « restriction artificielle des caractéristiques du marché ». Cette condition ne pourra être satisfaite que si la personne publique a correctement défini son besoin en amont du marché (et même des marchés antérieurs).

La décision rendue le 9 janvier 2025 par la CJUE [12] est, sur ce point, essentielle : la situation d'exclusivité ne doit pas résulter de l'action ou de l'inaction du pouvoir adjudicateur (point 33 de la décision), y compris par le passé, lors de la conclusion de précédents marchés.

Mettre en place une approche dynamique

Lors de la conception du marché, les acheteurs doivent intégrer les considérations concurrentielles futures dans leurs choix. Cette « obligation de prévoyance » implique une analyse approfondie des risques de dépendance et la mise en place des réponses contractuelles appropriées : durée de cession de droits supérieure à celle du marché, droit d'utilisation des résultats, par exemple.

Sur ce point, les marchés informatiques, y compris d'IA, présentent d'importantes particularités, notamment liées au droit de la propriété intellectuelle que les acheteurs ne maîtrisent pas toujours (même si certains sont incollables...). La vigilance devra se poursuivre pendant l'exécution du marché, où les acheteurs devront éviter la création de situations d'exclusivité « artificielle ».

Bien définir son besoin

En réalité, ces conditions ne seront satisfaites – et les risques contentieux dissipés – que par une bonne définition du besoin. Pour autant, celle-ci est loin d'être une chose aisée, compte tenu de la diversité des acteurs présents sur le marché (éditeurs de logiciels, prestataires de cloud, société de conseil, ESN, etc.), du large panel de prestations disponibles (licences, SaaS – Software as a Service [logiciel en tant que service]–, cybersécurité, - développement logiciel, maintenance, etc.) et de la technicité du « jargon » employé (celui lié à l'IA n'étant qu'un exemple parmi d'autres).

Pourtant, la nature et l'étendue des besoins à satisfaire doivent être « déterminées avec précision avant le lancement de la consultation » ⁽¹¹⁾ ^[13] et être définies « par référence à des spécifications techniques » ⁽¹²⁾ ^[14] ; l'insuffisance dans la définition du besoin pouvant être reprochée à l'acheteur (au stade de la passation ⁽¹³⁾ ^[15], comme au stade de l'exécution du marché ⁽¹⁴⁾ ^[16]) par le juge administratif, autant que par le juge pénal.

Cette approche fonctionnelle nécessite un travail préparatoire dédié à l'identification des véritables besoins métier, distincts des habitudes ou des préférences techniques subjectives – les deux pouvant évidemment se recouper.

Une phase de « sourçage » (sourcing) ⁽¹⁵⁾ ^[17] approfondie en amont de la passation du marché peut être grandement utile à la prise de conscience de l'absence d'exclusivité ou, à l'inverse, à sa démonstration. Prévues à l'article R.2111-1 du code de la commande publique ^[18], celle-ci permet à l'acheteur d'effectuer des consultations, de réaliser des études de marché, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Ne pas se laisser guider par les normes techniques

La vigilance des acheteurs publics doit également porter sur les standards techniques et autres normes de certification qui peuvent constituer des « barrières artificielles » à l'entrée. Certaines certifications, bien qu'apparemment neutres, peuvent en réalité favoriser certaines catégories d'opérateurs ou de technologies au détriment de solutions équivalentes répondant au même besoin fonctionnel. Les administrations doivent donc s'interroger sur la nécessité objective de ces exigences et leur proportionnalité par rapport aux besoins réels.

Cette démarche critique s'avère particulièrement importante dans un secteur en évolution rapide comme l'informatique – la célérité d'évolution de l'IA permet d'en témoigner – où les standards peuvent rapidement devenir obsolètes ou être contrôlés par un nombre restreint d'acteurs. Dans le même sens, cette procédure préparatoire permettra d'éviter un deuxième écueil : la non-identification d'alternatives crédibles.

Ne pas acheter qu'une « brique » de son besoin

Une autre erreur fréquente consiste à n'acquérir qu'une partie – ou « brique » – des solutions répondant à son besoin, sans anticiper la manière dont cette acquisition s'inscrit (ou s'inscrira) dans un ensemble plus vaste. Par

exemple, développer un site internet sans intégrer les paiements en ligne ou sans les interfaces de programmation d'application (API) permettant de dialoguer avec la billetterie existante.

A court terme, ce choix peut paraître séduisant en raison d'impératifs de budget (et souvent de calendrier). A moyen et long termes, en revanche, il fait peser sur l'administration le risque de se retrouver prisonnière d'un environnement contractuel et technologique verrouillé, où toute évolution ou maintenance passe apparemment par le même prestataire.

Ce point de vigilance est crucial lorsque le besoin de l'acheteur implique une indépendance forte par rapport au titulaire du marché : par exemple, lorsqu'il s'agit d'accéder au code source du logiciel. Pour garantir cette autonomie, il ne suffit pas d'exprimer vaguement le souhait de disposer d'une solution « ouverte » ou « interopérable » : ces exigences doivent être clairement identifiées, traduites dans les documents de la consultation et formalisées dans des clauses contractuelles appropriées (16) ^[19].

Fort heureusement, les CCAG-PI (cahiers des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles) et CCAG-TIC (cahiers des clauses administratives générales des marchés publics de techniques de l'information et de la communication) de 2021 permettent d'accompagner bien mieux que par le passé les acheteurs publics dans la rédaction de leurs marchés informatiques. A condition, toutefois, de les mobiliser pleinement – en les comprenant – et de se donner les moyens de les adapter à un besoin clairement identifié, pour le présent et un futur proche.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Faut-il désigner un référent IA dans les collectivités ?
- Le régime juridique des logiciels d'IA créés par les agents publics
- Comment choisir une IA juridique ?