



YVON GOUTAL, avocat et professeur associé en droit public, cabinet Goutal, Alibert et associés



THÉO SIMON, juriste et consultant, cabinet Goutal, Alibert et associés

Logiciels

Les logiciels sont considérés comme des œuvres de l'esprit et relèvent, à quelques spécificités près, du droit de la propriété littéraire et artistique.

Clauses proposées

L'acheteur peut utilement se référer au CCAg-TIC 2021 pour apprécier les clauses de propriété intellectuelle qui lui sont proposées.

Impératifs

L'acheteur devra garder en tête trois impératifs : la confidentialité des données, la vigilance face aux exclusivités et l'anticipation des évolutions.

Marché informatique : maîtriser la propriété intellectuelle

01 Ne pas se tromper de régime

La passation d'un marché public informatique pose de nombreuses questions juridiques, au premier rang desquelles figure la maîtrise des droits de propriété intellectuelle. Le sujet est renouvelé par l'émergence des systèmes d'intelligence artificielle (IA), qui reposent sur plusieurs briques (logiciel, modèles de langage, bases de données, algorithmes, etc.), potentiellement protégées par des régimes de propriété différents.

S'agissant des logiciels, bien qu'ils ne fassent l'objet d'aucune définition impérative en droit positif, ils peuvent être définis comme « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données » (1). Qu'ils soient « standards » (sur étagère) ou développés spécialement pour répondre aux besoins de l'acheteur, ils sont considérés comme des œuvres de l'esprit et relèvent du droit de la propriété littéraire et artistique (2).

Contrairement aux autres œuvres de l'esprit, lorsque les logiciels sont créés

par des agents publics en service (ou sur instruction de leur employeur), les droits patrimoniaux correspondants (et leur documentation) sont dévolus à la collectivité (3). Lorsque le logiciel est acheté dans le cadre d'un marché public, il est nécessaire de régler le sort des droits de propriété intellectuelle, tout en respectant la commande publique. Les deux dangers majeurs sont l'oubli du besoin au profit du produit proposé et le contrat d'adhésion (l'acheteur se borne à accepter le contrat standard imposé par l'éditeur). Définir en amont la nature et l'étendue des besoins à satisfaire est plus que jamais un impératif.



Contrairement aux autres œuvres de l'esprit, créés par des agents publics en service, les droits patrimoniaux correspondants (et leur documentation) sont dévolus à la collectivité.

Bien maîtriser cette distinction conditionnera la capacité de la collectivité à bien exploiter sa solution, le cas échéant à la faire évoluer et la combiner avec d'autres applications et, enfin, à la remettre en concurrence.

Par défaut, dans le CCAg-TIC, chacun reste propriétaire de ses connaissances antérieures et les résultats obéissent à un régime de cession, pour le monde entier et pour la durée légale des droits d'auteur, de l'ensemble des droits patrimoniaux de reproduction, de représentation et de distribution (notamment : utiliser, intégrer, modifier, tester, faire la maintenance préventive, corrective, adaptative et évolutive, etc.).

Attention, toutefois : en principe, cette cession est non exclusive, ce qui signifie concrètement que le titulaire peut exploi-

ter les résultats auprès d'autres clients. Par dérogation, une cession à titre exclusif est prévue au bénéfice de l'acheteur, notamment pour les résultats ayant pour objet de distinguer l'identité propre de l'acheteur (logos, par exemple), ceux relatifs à la promotion de ses missions et enfin ceux dits « confidentiels », qu'il conviendra de définir.

S'agissant des logiciels standards, ils sont le plus souvent « achetés » sur le fondement de la seule licence commerciale rédigée par l'éditeur. Cette dernière doit être examinée afin de s'assurer, entre autres, qu'elle répond au besoin, qu'elle préserve les résultats et qu'elle ne créera pas d'exclusivité (qu'elle soit juridique ou technique) compromettant la capacité future de la collectivité à faire évoluer ou remplacer sa solution.

02 Faire du CCAg-TIC 2021 un guide, pas un maître

Une fois son besoin clarifié, l'acheteur doit organiser, dans son projet de contrat, la répartition attendue des droits de propriété intellectuelle. Parmi les outils disponibles figure évidemment le CCAg-TIC (techniques de l'information et de la communication) de 2021 (4). Il offre un cadre de travail précieux, qu'il convient de s'approprier pleinement et d'adapter, d'enrichir au cas par cas par des « documents particuliers » tenant compte des besoins spécifiques de l'acheteur.

Une distinction essentielle du CCAg-TIC sépare ce qui préexiste (connaissances antérieures) de ce qui sera créé (résultats).

quelques clauses permettront de se prémunir contre le risque d'une exclusivité artificielle. Elles devront néanmoins être proportionnées au regard de leur utilité réelle pour la collectivité et de l'acceptabilité économique pour le prestataire...

Plusieurs clauses permettront de se prémunir contre le risque d'une exclusivité artificielle. Elles devront néanmoins être proportionnées au regard de leur utilité réelle pour la collectivité et de l'acceptabilité économique pour le prestataire...

03 Penser aux données

La question de la propriété des données est délicate. En droit français, il est admis que les données brutes ne sont pas protégées par la propriété intellectuelle, faute de création révélant la personnalité d'un auteur.

Il en va différemment des « bases de données », qui peuvent être protégées si elles révèlent une création intellectuelle propre à l'auteur ou sont le résultat d'un investissement substantiel, quantitatif ou qualitatif. Par défaut, le CCAg-TIC 2021 prévoit que les données fournies par la collectivité sont présumées confidentielles et restent sa propriété exclusive. Le prestataire ne peut les utiliser que pour l'exécution du marché et doit les restituer intégralement à la collectivité, puis les détruire, preuve à l'appui, dans les trois mois après la fin du marché.

Néanmoins, l'achat d'IA présente quelques spécificités qui doivent être anticipées. Une fois « ingérées » pour l'entraînement ou l'affinement (« fine-tuning »), les données sont difficilement dissociables du modèle d'IA lui-même, ce qui peut rendre quasiment inévitable l'appropriation de fait par l'éditeur. Si cette dernière n'est pas acceptable, les documents du marché devront interdire formellement au titulaire d'utiliser les données fournies en entrée (« inputs ») ou les résultats générés en sortie (« outputs »).

Rappelons, enfin, que les systèmes d'IA exposent les collectivités à des risques accrus de contrefaçon, notamment quand

RÉFÉRENCE
Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de TIC.

le modèle a été entraîné sur des données dont la licéité n'est pas parfaitement établie (moissonnage ou « web scraping »). La garantie d'éviction prévue par le CCAg-TIC doit être au minimum maintenue et idéalement renforcée.

04 Se méfier de l'exclusivité

L'exclusivité est d'abord celle que la collectivité souhaite obtenir. Contrairement à une idée répandue, le régime par défaut du CCAg-TIC 2021 offre déjà des prérogatives substantielles à la collectivité. Il sera donc, dans la plupart des cas, inutile de chercher à acquérir la propriété pleine et entière des droits sur le logiciel. Sauf projets stratégiques ou régaliens, celle-ci s'avèrera souvent contre-productive en entraînant des surcoûts non justifiés par les besoins de l'acheteur, voire, dans certains cas, l'infirmité du marché.

Le véritable sujet est celui de l'exclusivité que le prestataire peut être tenté de constituer. Les collectivités ont l'obligation de tenter d'éviter ces situations : la Cour de justice de l'Union européenne (9 janvier 2025 « République tchèque ») n'admet en effet le recours au gré à gré que si la situation d'exclusivité ne résulte pas de l'action/l'inaction du pouvoir adjudicateur.

Quelques clauses permettront de se prémunir contre le risque d'une exclusivité artificielle. Elles devront néanmoins être proportionnées au regard de leur utilité réelle pour la collectivité et de l'acceptabilité économique pour le prestataire...

05 Veiller à assurer l'évolution et le dialogue

La collectivité doit se soucier de l'interopérabilité et de la réversibilité du système : en termes simples, le logiciel doit fonctionner avec le plus possible de systèmes (existants ou futurs), et le moins possible de restrictions d'accès ou de mise en œuvre.

Pour cela, il faut tenter d'imposer au titulaire des formats non-propriétaires

qui respectent les standards d'interopérabilité, la mise à disposition d'interface de programmation d'application (API) et, plus largement, la fourniture de toutes les informations nécessaires pour permettre le dialogue avec d'autres systèmes et faciliter l'évolution du logiciel.

Si certains cas d'usage de l'IA tendent à se généraliser, n'oublions pas que nous n'en sommes qu'aux balbutiements. Les technologies d'IA évoluent rapidement et les clauses de propriété intellectuelle doivent anticiper cette dynamique. Il convient donc de prévoir les modalités de réentraînement des modèles avec de nouvelles données (qu'il s'agisse de données produites par la collectivité ou de jeux de données externes), les conditions d'ajout de nouvelles fonctionnalités (qui en détiennent les droits ? Comment sont-elles intégrées ? À quel coût ?).

De même, doivent être définies les conditions dans lesquelles la collectivité bénéficiera des mises à jour de son modèle, les procédures de test, les périodes de transition entre versions et, le cas échéant, les conditions de réversibilité vers une version antérieure en cas de dysfonctionnement.

Dans un contexte de « bulle IA », marqué par une forte volatilité et des valorisations boursières déconnectées de la réalité économique, le risque de défaillance du fournisseur n'est pas à exclure, un dépôt sous séquestre (entierement) du code source peut être envisagé.

Enfin, au niveau européen, comme au niveau national, le droit de l'IA connaît une évolution constante (projet de réforme Omnibus, loi « Sren »...). Il est particulièrement utile que le contrat contienne une clause relative à la mise en conformité du système d'IA en prévoyant notamment qui supportera les coûts, en organisant les délais et, le cas échéant, des options de sortie. ●

(1) Arrêté du 22 décembre 1981 portant enrichissement du vocabulaire informatique JO du 17 janvier 1982.
(2) Code de la propriété intellectuelle (CPI), art. L.112-2, 13.
(3) CPI, art. L.113-9.
(4) Arrêté du 30 mars 2021 portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de techniques de l'information et de la communication; art. 43 et s.

la Gazette.fr
Retrouvez nos fiches juridiques
www.lagazette.fr/rubriques/fiches-de-droit-pratique