Adresse de l'article https://www.lagazettedescommunes.com/948407/mieux-concevoir-et-negocier-ses-marches-informatiques-en-5-etapes/

COMMANDE PUBLIQUE

Mieux concevoir et négocier ses marchés informatiques en 5 étapes

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 02/10/2024

La question de la propriété intellectuelle est l'un des enjeux centraux des marchés portant sur l'acquisition d'un logiciel. Sans oublier que la distinction entre logiciel « standard » et logiciel « spécifique » est essentielle pour saisir les enjeux posés par ces types de marché. Revue de détails des questions à se poser avant de négocier son marché informatique.

[1]

Définir ses besoins « fonctionnels »

La première étape de la passation d'un marché public est bien connue des acheteurs publics : il s'agit de la définition du besoin. Cependant, en matière d'achats informatiques – et au premier chef, pour l'achat de « logiciels » – cette exigence prend une importance toute particulière.

S'il n'existe, à ce jour, aucune définition légale en droit français, le logiciel peut se définir comme étant « l'ensemble des programmes, procédés et règles, et éventuellement la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données » (1) [2]. Il s'agit, en somme, d'un programme informatique qui permet de réaliser ou d'automatiser un certain nombre de tâches. Lorsqu'un service prescripteur envisage l'acquisition d'un logiciel, un certain nombre de réflexions préalables doivent être menées afin de sécuriser la procédure d'achat et d'éviter que le besoin de l'acheteur ne se confonde avec ce que propose tel ou tel opérateur…

En ce sens, le service prescripteur doit commencer par lister précisément les fonctionnalités attendues. Par exemple, pour un logiciel de gestion des ressources humaines, il incombera au service prescripteur de préciser s'il souhaite que le logiciel dispose d'une interface permettant aux agents de se connecter pour poser leurs demandes de congés et déposer leurs justificatifs d'absence, ou encore, s'il souhaite que le logiciel serve de plateforme de gestion pour la formation des agents. Une hiérarchisation entre les fonctionnalités indispensables et les fonctionnalités souhaitées ou optionnelles pourra être mise en place.

Cette étape de définition du besoin est cruciale puisqu'elle permettra de déterminer, par la suite, s'il peut être fait appel à un logiciel « standard » ou si le recours à un logiciel « spécifique » s'impose.

Le logiciel « standard » est un « logiciel conçu […] pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue de l'exécution d'une même fonction » (2) [3]. C'est donc ce que l'on appelle un logiciel « sur étagère » ou encore un « progiciel » : celui-ci est déjà commercialisé et n'est pas élaboré spécifiquement pour répondre à un besoin exprimé par la personne publique. Les suites bureautiques bien connues de tous les utilisateurs d'ordinateurs constituent des exemples parfaits de ces logiciels « standards ». A contrario, il existe des logiciels « spécifiques », qui sont « spécialement développés par le titulaire pour apporter une solution sur mesure aux besoins propres de l'acheteur » (3) [4]. Dans ce cas de figure, la solution ne sera pas nécessairement développée entièrement pour l'acheteur

public, mais pourra être développée à partir d'œuvres préexistantes, en adaptant, par exemple, un logiciel standard.

Prévoir les usages futurs du logiciel

Les logiciels sont considérés, au même titre que les livres ou les œuvres d'art, comme des « créations de l'esprit » et sont protégés, dès lors qu'ils présentent un certain degré d'originalité, par les dispositions relatives au droit d'auteur, et notamment par les dispositions de l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle [5]. Dans ce cadre, l'ensemble des droits patrimoniaux sur l'œuvre protégée appartient à son auteur.

Il conviendra d'envisager, dès le départ, les utilisations à prévoir, puisque seules celles expressément prévues par le contrat seront autorisées. Autrement dit, les droits sur le logiciel produit dans le cadre d'un marché de développement de système informatique dépendront de ce qui est prévu par le contrat et pourront, schématiquement, aller d'un simple droit d'utilisation de la solution créée pendant une période donnée à la propriété exclusive du logiciel développé spécifiquement.

Le service prescripteur doit donc s'interroger, parallèlement aux fonctionnalités techniques, sur l'usage qu'il souhaite faire du logiciel : combien d'utilisateurs ? Avec quel type de matériel informatique ? Pendant quelle durée ? Sur quel territoire ?

Par exemple, si les services qui ont vocation à utiliser le logiciel pratiquent le télétravail et utilisent des ordinateurs privés pour se connecter, alors il sera préférable que le logiciel soit accessible en mode SaaS (Software as a Service), accessible via un navigateur internet, et non uniquement sur les ordinateurs de bureau de la collectivité. Si l'objectif est également de mutualiser le logiciel avec d'autres services ou d'autres collectivités, ou de pouvoir assurer soi-même la maintenance applicative, ces finalités seront également à prendre en considération.

Organiser un sourcing

Une fois ses besoins en termes de fonctionnalité et d'usage précisément définis, l'acheteur public devra opérer un « sourcing » des solutions développées par les entreprises.

Concernant l'achat d'un logiciel, ce « sourcing » lui permettra, par exemple, de déterminer s'il existe une solution « standard » pouvant répondre à son besoin – c'est-à-dire qui contienne l'ensemble des fonctionnalités souhaitées – ou si des développements spécifiques devront être envisagés. Concernant ces développements spécifiques, le niveau prévisible d'intégration de connaissances antérieures – c'est-à-dire la réutilisation de codes sources déjà développés pour d'autres marchés – devra également être évoqué, ce point étant déterminant pour la réutilisation future des développements spécifiques commandés.

Ce « sourcing » permettra également de connaître les modalités de contractualisation (acquisition d'une licence temporaire, d'une licence perpétuelle, contrat de développement de logiciel…) et les prix pratiqués par les différents éditeurs.

On le voit, cette étape du « sourcing » est primordiale pour définir sa stratégie « achat » et les arbitrages – notamment financiers – qui en résulteront. Cette étape est également essentielle pour éviter l'inefficacité de la procédure, les objectifs du prescripteur devant être compatibles avec les pratiques des opérateurs économiques.

Savoir s'entourer

L'existence ou l'absence d'une solution « standard » pour répondre au besoin va avoir un impact important sur la procédure de passation. En effet, l'acquisition d'une « licence » d'utilisation d'un logiciel standard ne nécessitera pas de s'entourer de compétences techniques spécifiques. Une telle acquisition pourra éventuellement être dispensée de mise en concurrence si les coûts d'acquisition de la licence d'utilisation permettent de passer le marché de gré à gré sur le fondement des dispositions de l'article R.2122-8 du code de la commande publique (marchés inférieurs à 40 000 euros HT).

En revanche, dès lors que des développements spécifiques seront envisagés, la question de l'accompagnement par un assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) devra se poser, tant pour les aspects techniques (rédaction des exigences techniques, description de la phase de tests et recettes, vérification d'aptitude de bon fonctionnement…) que pour les spécifications juridiques (cession des droits de propriété intellectuelle notamment). Cette assistance pourra également s'avérer très utile en cas de procédure avec négociation, autant pour les aspects techniques que pour les volets commerciaux, la spécificité du secteur et de son économie étant souvent difficile à appréhender.

Rédiger un contrat à toute épreuve

Plusieurs points spécifiques doivent retenir l'attention des rédacteurs du contrat, qui ne doivent pas se résigner à accepter les contrats des opérateurs, ni reprendre, sans s'interroger, les mêmes clauses d'un contrat à l'autre. En premier lieu, les spécifications techniques doivent être décrites dans des termes équilibrés. Elles doivent être suffisamment précises pour que les entreprises n'aient pas de doute quant aux exigences de l'acheteur, mais ne pas être trop restrictives pour ne pas artificiellement restreindre la concurrence et créer une situation de dépendance vis-à-vis d'un fournisseur unique.

En deuxième lieu, la description des tâches du prestataire doit indiquer avec précision celles qui lui incombent, et de quelle manière elles seront rémunérées. Par exemple, pour un marché d'infogérance, la maintenance et l'hébergement sont-ils prévus dans le prix du marché ou doivent-ils faire l'objet d'une commande distincte ? La même question pourra se poser pour l'acquisition d'un logiciel spécifique : une fois le développement payé, faut-il s'acquitter de frais de maintenance ? Cette question du périmètre est tout sauf anodine, le montant des frais de maintenance annuel pouvant s'avérer, à la longue, extrêmement élevé, d'autant plus lorsque le prestataire est en situation d'exclusivité.

En troisième lieu, les clauses de propriété intellectuelles doivent être rédigées de manière à permettre à l'acheteur de satisfaire les besoins qu'il a définis. Pour les marchés se référant au CCAG-TIC [6], des clauses spécifiques dédiées au transfert des droits de propriété intellectuelle sont prévues et pourront être reprises et adaptées dans le cadre contractuel. On notera que le CCAG-TIC de 2021 [6]est venu simplifier l'exercice des droits sur les résultats par l'acheteur, avec un régime par défaut qui est aujourd'hui celui de la cession, à titre non exclusif, pour les besoins découlant de l'objet du marché.

Enfin, la question des droits d'exclusivité et de la réversibilité doit être clairement abordée. En effet, de nombreux problèmes apparaissent souvent en fin de marché, l'acheteur se rendant souvent compte trop tard que les droits négociés dans le cadre du marché ne lui permettent pas de continuer d'utiliser la solution développée dans le cadre du marché ou qu'il ne lui est pas possible de remettre en concurrence l'exploitation et la maintenance du système en raison des droits d'exclusivité de l'éditeur…

On conseillera de ne pas laisser la rédaction de ces marchés informatiques aux mains des seuls techniciens. A l'image des juristes, ceux-ci ont en effet souvent tendance à utiliser du jargon « technique », qui ne sera pas de nature à protéger efficacement la personne publique. Un travail en commun permet d'éviter ces écueils et l'appropriation par les juristes des termes utilisés et des problématiques spécifiques, gages de la rédaction d'un contrat de qualité.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Comment choisir une IA juridique ?
- Baromètre de la commande publique : ce qu'il faut en retenir