



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Référé précontractuel et droit de la propriété intellectuelle : les doubles malheurs du candidat irrecevable

EGÉA PIERRE
KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : EGÉA (P.), KALFLÈCHE (G.), « Référé précontractuel et droit de la propriété intellectuelle : les doubles malheurs du candidat irrecevable », *Recueil Dalloz*, n° 5, 2014, p. 340.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Référé précontractuel et droit de la propriété intellectuelle : les doubles malheurs du candidat irrecevable

Le droit de la commande publique s'étend aujourd'hui aux importants marchés de l'économie numérique. Il peut s'y trouver des questions délicates d'ajustement entre les dispositions du droit des marchés et celles d'autres textes, à l'instar du code de la propriété intellectuelle. La présente ordonnance rendue par la haute assemblée statuant comme juge de cassation des référés précontractuels, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, illustre ces rencontres du troisième type qui invitent les juges administratifs à sortir du cercle du pur droit administratif. Dans la présente affaire, la société Caminéo avait déposé une offre, à la suite de l'avis d'appel public à la concurrence publiée par le département de Lot-et-Garonne en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la création d'une application numérique mobile de découverte du patrimoine naturel et bâti. Informée que son offre avait été classée en troisième position, la société Caminéo avait cru pouvoir saisir le juge des référés précontractuels afin qu'il constate l'existence de manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations, lors de l'examen des offres, susceptibles de l'avoir lésée et qu'il annule en conséquence la procédure de passation du marché. Dans un premier temps, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a reconnu la pertinence de l'argumentaire de la requérante en ordonnant le 13 mai 2013 l'annulation de la procédure de passation. Sur le pourvoi du département de Lot-et-Garonne, le Conseil d'Etat annule l'ordonnance de référé pour un motif qui mérite d'être médité. Ecartant d'emblée tout nouvel examen des conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur aurait examiné les offres, la haute assemblée constate que l'offre de la société Caminéo « aurait dû » être déclarée irrecevable par le département de Lot-et-Garonne. Qu'il n'en ait rien été ne joue pas en faveur du candidat mais profite au contraire au pouvoir adjudicateur. L'offre étant irrégulière au niveau de la candidature, il s'ensuit que la société n'a pu être lésée par des manquements en aval, fussent-ils avérés. Cette mise au point du Conseil d'Etat confirme, s'il en était besoin, le caractère objectif du contrôle qu'il exerce en qualité de juge du référé précontractuel, au détriment sans doute d'une approche plus réaliste de la pratique des procédures de mise en concurrence (I). Elle est d'autant plus déroutante que l'irrégularité-couperet constatée procède en l'espèce du non-respect par la société Caminéo de prescriptions du cahier des charges de la consultation qui pouvaient sembler elles-mêmes péniblement compatibles avec le principe de libre accès à la commande publique (II).

I - Un candidat irrecevable ne peut être lésé par des manquements aux obligations de mise en concurrence

La question de la recevabilité des offres semble théoriquement poser peu de problèmes. L'article 53 du code des marchés publics précise en effet dans son III : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue ». La procédure semble ainsi être effectuée en deux phases distinctes de recevabilité et de traitement des offres. L'arrêt *S^{té} Caminéo* vient cependant reprendre une interprétation jurisprudentielle différente. Non seulement la question se pose de la régularisation d'une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable dans le cadre d'une négociation, mais l'arrêt rappelle une position plus contestable qui revient à nier le caractère obligatoire de la phase de recevabilité des offres, confirmant le caractère objectif du recours.

A - La phase de négociation et la régularisation des offres

La question qui s'est posée devant le juge de première instance était de savoir si une offre irrégulière pouvait malgré tout être invitée à participer aux négociations prévues dans le cadre d'un marché à procédure adaptée. Il s'agissait en fait de concilier les articles 53 précité et 28 du code des marchés publics, relatif à la procédure adaptée. Cette procédure permet au pouvoir adjudicateur de « négocier avec les candidats ayant présenté une offre », sans qu'il soit fait mention du caractère irrégulier ou non de l'offre. L'application simultanée de ces deux articles avait conduit le tribunal administratif à estimer que la personne publique pouvait admettre à la négociation tous les candidats ayant déposé une offre, mais qu'il devait rejeter les offres demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables à l'issue des négociations. Cette solution a d'ailleurs déjà été énoncée à l'identique dans un arrêt du Conseil d'Etat du 30 novembre 2011,⁽¹⁾*Ministre de la défense et des anciens combattants*.

En réalité, pareille analyse ouvrait une possibilité de régulariser une offre inacceptable grâce à la négociation. Téléologiquement, cela paraît cohérent, l'idée même de la négociation étant de modifier les offres afin qu'elles s'adaptent au mieux aux besoins de l'acheteur public, ou que les candidats en améliorent la compétitivité.

On pouvait cependant se poser la question de la légitimité de limiter cette solution aux cas de négociation au regard de la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de demander des renseignements aux candidats à la suite du dépôt de leurs candidatures ou offres. Dans un arrêt du 4 mars 2011, *Région Réunion*, le Conseil d'Etat⁽²⁾ a permis à la région de demander à tous les candidats concernés (dans le respect de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement des candidats), avant l'examen des candidatures, de compléter leur dossier en se référant à l'article 52 du code des marchés publics qui ouvre cette faculté, évitant ainsi les candidatures irrégulières pour absence de certains éléments. Cependant, jamais le Conseil d'Etat n'a fait de ces demandes de compléments une obligation, pas plus pour les précisions sur les candidatures que pour les offres⁽³⁾. En réalité, si c'est bien l'idée même de régularisation qui conduit à ne pas éliminer immédiatement les offres « inappropriées, irrégulières et inacceptables », la liberté du pouvoir adjudicateur de faire cet effort de précision rendait cette solution inéquitable : certains pouvoirs adjudicateurs faisaient ces demandes pour rattraper les meilleurs candidats, d'autres préféraient ne pas la faire, dans un souci de rapidité de la procédure ou de simplification.

En l'espèce, la négociation avait été prévue dans le cadre de la procédure adaptée et elle avait eu lieu. Le pouvoir adjudicateur - le département de Lot-et-Garonne - avait demandé des précisions concernant le transfert de la propriété intellectuelle et la société Caminéo avait refusé un transfert total (V. II). Le tribunal avait cependant jugé qu'en classant l'offre de la société Caminéo, le département n'avait implicitement « pas jugé bon de faire de cette exigence un des critères de sélection des offres » et qu'il avait donc rejeté la possibilité qu'il aurait eue de rejeter cette offre comme inacceptable. Le raisonnement difficile à suivre du tribunal a été censuré par le Conseil d'Etat qui est cependant allé bien plus loin, généralisant le recours à l'irrecevabilité, invocable non seulement à tout moment de la procédure, mais aussi et surtout devant le juge.

B - L'invocabilité de l'irrecevabilité de l'offre à tout moment : un référé précontractuel clairement marqué par son caractère objectif

Le Conseil d'Etat a censuré la solution du tribunal administratif en estimant que le fait que le département ait examiné l'offre de la société Caminéo alors qu'il aurait dû la déclarer irrecevable « ne peut faire obstacle

à ce que le pouvoir adjudicateur se prévale de l'irrégularité de cette offre devant le juge du référé précontractuel », alors que le tribunal y avait vu une acceptation implicite de la recevabilité de l'offre. L'erreur de droit ainsi commise permet au Conseil de régler l'affaire sans renvoyer. Pour cela, plutôt que de rentrer dans des considérations de fond, l'arrêt reste au contraire sur la recevabilité de la requête.

Dans ce cadre, la haute juridiction précise - dans un considérant qui pourrait faire jurisprudence - « qu'un candidat dont la candidature ou l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si cette irrégularité est le résultat du manquement qu'il dénonce »⁽⁴⁾. En termes plus explicites, cela signifie qu'un candidat qui était irrecevable n'est pas lésé par un mauvais classement, sauf si c'est l'analyse des offres qui justifie l'irrecevabilité.

L'analyse de la recevabilité ne ressort pas de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, il s'agit bien d'une création prétorienne issue de l'arrêt *Smirgeomes* rendu par le Conseil d'Etat le 3 octobre 2008⁽⁵⁾. Celui-ci pose en effet le principe que les recours en référé ne sont ouverts qu'aux seules entreprises dont les intérêts ont été lésés, l'objectif de cette jurisprudence étant de limiter les recours abusifs. L'effet bénéfique de ce choix de la sécurité juridique a été souligné par tous, au point que la Cour de cassation a repris à l'identique la solution pour les recours en référés de la commande publique devant le juge judiciaire⁽⁶⁾.

Pour ce qui concerne le juge administratif, cette jurisprudence est constante et la question de l'arrêt commenté est en réalité simple : une personne dont la candidature est irrégulière doit-elle voir son recours déclaré irrecevable, quelle que soit la qualité des moyens qu'il peut apporter au fond, au motif qu'elle n'a pas d'intérêt lésé par l'analyse des offres ? La réponse à cette question est affirmative. Le caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable de l'offre implique son irrecevabilité à participer à la mise en concurrence, donc l'irrecevabilité du recours. Cette solution avait d'ailleurs été précédée de plusieurs décisions dans le même sens. C'est d'abord le cas d'arrêts du Conseil d'Etat du 27 octobre 2011,⁽⁷⁾ *Département des Bouches-du-Rhône*, à propos d'une offre irrégulière pour manque de signature, et du 12 mars 2012,⁽⁸⁾ *S^{té} Clear Channel France*, à propos de variantes interdites proposées dans l'offre. Dans ces deux arrêts, l'erreur de droit était constituée par le fait que le motif retenu par le juge de première instance était de se fonder sur une erreur de jugement de l'offre économiquement la plus avantageuse, alors qu'il reconnaissait en plus le caractère irrégulier de l'offre. Le Conseil d'Etat refusait donc déjà que l'analyse des offres couvre l'irrégularité. L'arrêt du Conseil d'Etat du 15 février 2013,⁽⁹⁾ *Commune de Monéteau*, est encore plus proche de l'arrêt *S^{té} Caminéo* puisque le tribunal administratif avait été censuré pour avoir estimé clairement que le non-respect d'un cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ne rendait pas l'offre irrecevable puisque le pouvoir adjudicateur n'avait pas motivé sa décision sur cette irrecevabilité. Comme dans notre arrêt, non seulement l'irrégularité de la candidature (1^{re} phase) peut être invoquée malgré l'analyse de l'offre du candidat irrégulier (2^e phase) ; mais en plus la motivation du choix du cocontractant peut ne porter que sur l'analyse de l'offre sans empêcher le juge d'estimer que le recours du candidat irrégulier est irrecevable puisque son intérêt n'est pas lésé.

Cette approche de l'irrecevabilité n'est pas sans poser question. D'abord, elle favorise clairement la personne publique, au motif de la stabilité du marché. En effet, sous ce prétexte, elle couvre l'erreur de la personne publique dans notre espèce, comme elle la couvre aussi dans le cas dans lequel un critère illégal est posé par la personne publique⁽¹⁰⁾. On est loin d'un principe du *nemo auditur* qui responsabiliserait l'acheteur public. Plus encore, on peut même en tirer la conséquence que les pouvoirs adjudicateurs bénéficient d'une certaine impunité qui les incite, en cas de doute, à ne pas écarter les offres inappropriées,

irrégulières ou inacceptables des candidats. En effet, s'il les écarte, il pourra voir son marché annulé au cas où il n'aurait pas dû ; alors qu'à toutes les accepter et mal les classer, il bénéficie d'une protection supplémentaire puisqu'il pourra alors arguer non seulement de l'irrecevabilité, mais aussi d'un classement régulier. C'est au fond - volontairement ou non - ce qui s'est passé en l'espèce. Le Conseil d'Etat donne ainsi au pouvoir adjudicateur un « permis de mal motiver » qui semble bien contraire au texte de l'article 53 du code des marchés publics.

II - Irrégularité et respect des règles de la propriété intellectuelle

De quelle irrégularité se prévalait le pouvoir adjudicateur ? De la méconnaissance par la société requérante des prescriptions des articles 5.1 et suivants du cahier des charges de la consultation qui imposaient « la cession », au département de Lot-et-Garonne et au comité départemental du tourisme de Lot-et-Garonne, « à titre exclusif » (art. 5.3), des droits de propriété intellectuelle attachés à l'application numérique objet du marché. Dans le domaine des marchés publics de prestations informatiques, la cession des droits relatifs à une application n'est pas nécessairement la règle. Le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de techniques de l'information et de la communication (TIC), approuvé par arrêté du 16 septembre 2009, propose une alternative au titre de la jouissance des droits : la concession à titre non exclusif de droits d'utilisation, dite « option A » (art. A. 38 CCAG) ; la cession exclusive des droits du titulaire, dite « option B » (art. B. 38 CCAG). Il importe d'indiquer qu'en l'absence de précision des pièces du marché sur l'option retenue, le CCAG fait primer l'option A. En l'espèce, bien qu'on ne sache pas si le pouvoir adjudicateur s'était référé au CCAG TIC, il est certain qu'il entendait disposer de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle sur l'application numérique, objet du marché. On notera toutefois un regrettable flottement terminologique dans les prescriptions du cahier des charges, qui semble osciller entre « licence exclusive » (art. 5.3) et « cession » (art. 5.1), l'expression « cession exclusive » étant parfaitement redondante. La confusion qui s'en dégage était-elle alors de nature à induire en erreur un candidat sur la nature du besoin de la collectivité (cession des contenus produits dans le cadre de la mission et non de l'application proprement dite) ? La question mérite d'être posée dans la mesure où l'irrecevabilité de l'offre n'a pas été constatée par le pouvoir adjudicateur au moment de son examen dans le cadre de la procédure de passation, mais soulevée à titre de moyen de défense dans le cadre contentieux du référé précontractuel - ce qui peut laisser à penser que la cession de l'application n'était pas, pour la collectivité elle-même, une condition *sine qua non*. La société requérante n'a pas manqué de souligner ce point mais elle concentrait plus précisément ses attaques sur deux aspects de l'exigence de cession de l'application, objet du marché.

A - Logiciels libres et liberté d'accès à la commande publique

La première portait sur la compatibilité d'une telle exigence avec le principe de liberté d'accès à la commande publique. En imposant la cession de l'application elle-même et non des seuls contenus, le pouvoir adjudicateur n'empêchait-il pas, *de facto*, l'accès au marché de sociétés qui proposent des applications conçues à partir de logiciels libres, lesquels demeurent par définition incessibles ? La réponse du Conseil d'Etat est à la fois classique et elliptique. La haute assemblée rattache le choix de la cession à la nature des besoins de la collectivité pour en inférer que le pouvoir adjudicateur « n'a ce faisant, imposé aucune contrainte technique susceptible de porter atteinte au principe de libre accès à la commande publique ». Selon le juge de cassation, la contrainte imposée n'est pas essentiellement technique puisqu'elle demeure indissociablement liée au besoin de la collectivité. Au surplus, le Conseil d'Etat se plaît à

souligner quasi surabondamment qu'un tel besoin n'était précisément pas incompatible avec les offres proposant des applications conçues à partir de logiciels libres (inaccessibles), dès lors que la cession des droits de propriété intellectuelle affectait « la seule application numérique ». Cette dernière affirmation est évidemment contestable puisqu'elle tient pour acquis qu'une application numérique est par nature détachable des logiciels libres qui en sont le support. Elle n'est toutefois pas essentielle à la solution retenue puisque la cession, fût-elle impossible pour les applications développées à partir de logiciels libres, n'est pas, aux yeux du juge, une « contrainte technique » incompatible avec le principe de libre accès.

Une telle solution n'est pas dénuée de contradiction.

Ou bien le fait que le logiciel ait été écrit à base de logiciel libre l'empêche d'être cédé. Dans cette hypothèse, la société Caminéo a raison de dire que cette disposition empêchait l'accès au marché des logiciels libres et le juge aurait alors dû se demander si cette exclusion était justifiée ou non. Dans le cas où la justification était insuffisante, il y avait alors atteinte au principe d'égalité d'accès à la commande publique. Notons que, d'une manière générale, la référence à une marque, un système ou une norme (Windows, Office...) est considérée comme discriminante en application de l'article 6 du code des marchés publics. Pour ce qui concerne les logiciels libres, cela a d'ailleurs été rappelé par la circulaire n° 2013-5 du préfet de l'Isère du 18 octobre 2013.

Ou bien, l'écriture du logiciel à base de logiciel libre n'empêchait pas celui-ci d'être cédé, alors la société Caminéo pouvait ouvrir cette cession au département de Lot-et-Garonne (au sens du marché public en question, c'est-à-dire céder le droit d'exploiter le logiciel afin de ne pas subir la disparition de la société et ne pas avoir à payer de mise à jour). La circulaire préfectorale précitée va d'ailleurs dans ce sens en rappelant que « la nature des licences libres permet, de surcroît, de maîtriser le code source des logiciels et de s'assurer ainsi de la sécurité et de la pérennité des données stratégiques ». Son offre n'était alors plus irrégulière et le traitement de l'affaire au fond lui aurait donné raison. Or l'analyse du Conseil d'Etat conduit à ne reconnaître ni la première, ni la seconde solution, ce qui ne laisse pas d'étonner(11).

B - L'incompatibilité du CCAG PI et de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle

La deuxième attaque conduisait à confronter le droit de la commande publique avec les dispositions du code de la propriété intellectuelle. La société requérante faisait valoir que les prescriptions de l'article 5.1 et suivants du cahier des charges étaient péniblement conciliables avec les dispositions de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle qui subordonne « la transmission des droits de l'auteur à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Comparées avec le formalisme rigoureux qu'impose le code de la propriété intellectuelle, dans un souci louable de protection du droit d'auteur, les prescriptions du cahier des charges paraissent singulièrement générales. La cession y est simplement « attachée à l'application et plus généralement à l'ensemble de la solution application » (art. 5.1) valant « pour le monde entier pour toute la durée des droits de propriété intellectuelle » (art. 5.2) et « à titre exclusif » *sic* (art. 5.3). Faute de plus amples précisions, de « mentions distinctes de chacun des droits », pour reprendre la terminologie du code de la propriété intellectuelle, le cahier des charges n'est certainement pas compatible avec le formalisme qu'impose l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle au regard de l'objectif de protection des droits d'auteur poursuivi par ces dispositions d'ordre public dont la méconnaissance entache la transmission de droits de nullité, la seule mention de la cession de l'application ne suffit pas. Le cahier des

charges n'est donc pas conforme. La véritable question est de savoir s'il *doit l'être*. La réponse du Conseil d'Etat est clairement négative. Pour la haute assemblée, « la méconnaissance de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle, qui est relatif aux conditions de la transmission des droits de l'auteur, ne peut en tout état de cause être utilement alléguée pour contester la légalité des articles 5.1 et suivants du cahier des charges de la consultation, qui ne constituent pas l'acte de cession des droits de propriété intellectuelle ». Si l'argument de la société requérante est ainsi balayé d'un revers de plume (« en tout état de cause »), c'est que la haute assemblée a estimé qu'il était à proprement parler hors de propos. Dans le cadre du référé précontractuel, les documents examinés sont des documents de consultation, non des pièces contractuelles. Le transfert de propriété, la « transmission des droits de l'auteur », pour reprendre la terminologie du code de la propriété intellectuelle, n'interviendront qu'*a posteriori*. La mise en oeuvre des dispositions de l'article L. 131-3 du code de la propriété intellectuelle relève de ce que l'on appelle la mise au point du marché. On pressent toutefois une gêne à accepter cette explication. Le futur marché se trouve tout entier dans les documents de la consultation. Comment dès lors mettre en oeuvre le formalisme de l'article L. 131-3 *a posteriori* ? *L'imperatoria brevitatis* laisse la question en suspens.

Notes de bas de page

(1) N° 353121 , AJDA 2011. 2384 ; BJCP 2012. 86, concl. N. Boulouis ; Dr. adm. 2012, n° 2, p. 37, note F. Brenet ; Contrats Marchés publ. 2012, n° 1, p. 37, note G. Eckert. L'arrêt précise cependant clairement qu'il s'agit d'une possibilité, non d'une obligation.

(2) N° 344197, Lebon T. 1008 ; AJDA 2011. 478 ; AJCT 2011. 187 ; BJCP 2011. 196, concl. N. Boulouis.

(3) CE 26 sept. 2012, n° 359706 , Communauté d'agglomération Seine-Eure , AJDA 2012. 1828 ; AJCT 2013. 49, obs. S. Hul ; BJCP 2012. 412, concl. G. Pellissier. La possibilité de compléments pour les offres est une possibilité ouverte par l'art. 28 c marchés. On retrouve cette possibilité dans la jurisprudence européenne : CJCE 27 nov. 2001, aff. C-285/99 , Impresa Lombardini SpA, AJDA 2002. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; RDI 2002. 226, obs. J.-D. Dreyfus .

(4) On trouve une formulation quasi identique dans l'arrêt CE 29 mai 2013, n° 366456 , Com. Urb. Marseille Provence Métropole et Sté Comatis, JCP A 2013, n° 48, p. 19, note F. Linditch ; Le Moniteur - Contrats publics, juill. 2013, n° 134, note J.-P. Jouguelet.

(5) N° 305420 , AJDA 2008. 1855 , 2161 , chron. E. Geffray et S.-J. Liéber , et 2374, étude P. Cassia ; RDI 2008. 499, obs. S. Braconnier ; RFDA 2008. 1128, concl. B. Dacosta , et 1139, note P. Delvolvé ; GACE, 3e éd., 2011, p. 374, note. B. Poujade.

(6) Com. 23 oct. 2012, n° 11-23.521 , Sté Dalkia France, D. 2012. 2609 ; AJDA 2012. 2199 ; RDI 2013. 214, obs. R. Noguellou ; Contrats Marchés publ. 2013, n° 1, p. 36, note M. Ubaud-Bergeron.

(7) N° 350935 , AJDA 2011. 2099 .

(8) N° 353826 , AJDA 2012. 521 ; AJCT 2012. 261, obs. S. Hul .

(9) N° 364203, AJDA 2013. 1031 .

(10) TA Paris, ord., 3 févr. 2009, n° 0900393, Sté Ken Club, Contrats Marchés publ. 2009. Comm. 101, note G. Eckert. V. aussi sur ce point P. Delelis, Les insuffisances des procédures de référé, AJDA 2011. 320 .

(11) Dans cette affaire, il existe une mauvaise compréhension entre le département et le candidat évincé : celui-ci refuse de céder le code source, celui-là ne veut disposer d'autre chose que du contenu et du droit d'exploiter. Sur le fond, transmettre un code libre est possible, il oblige simplement celui à qui il est transmis à ne pas le vendre et à ne le transmettre que sous forme de logiciel libre.