

Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence : CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise c. Société Itslearning France, req. n°368846

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence : CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise c. Société Itslearning France, req. n°368846. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2013, 2013 (12). hal-01812420

HAL Id: hal-01812420

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01812420>

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Marchés de maintenance de logiciels passés sans mise en concurrence : CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise c. Société Itslearning France, req. n°368846 », *Contrats Concurrence Consommation*, n°275, décembre 2013.

Catherine Prebissy-Schnall

Un marché public de maintenance d'un logiciel peut être attribué à la société titulaire des droits d'exclusivité sans publicité préalable ni mise en concurrence selon l'[article 35, II, 8° du Code des marchés publics](#).

[CE, 7e et 2e ss-sect., 2 oct. 2013, req. n° 368846, Dpt de l'Oise c/ Sté Itslearning France : JurisData n° 2013-021358](#)

Note :

En 2009, le département de l'Oise a attribué à la société France Telecom le marché public de la fourniture, de la mise en œuvre et du déploiement d'un « espace numérique de travail » (ENT) dans les collèges publics de l'Oise. L'offre de l'attributaire incluait le logiciel « NetCollège » développé par la société Itop. Le 10 avril 2013, le département a lancé une consultation ayant pour objet l'exploitation et la maintenance du logiciel d'ENT selon une procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence ([C. marchés publ., art. 35, II, 8°](#)). Cette décision de confier directement ce marché se justifiait par le fait que la société Itop détenait des droits d'exclusivité sur ce logiciel. Mais une société concurrente, la société Itslearning France, s'estimant lésée en raison du mode de passation choisi, a engagé une procédure de référé précontractuel. Par [ordonnance n° 1301058 du 7 mai 2013, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens](#) a annulé la procédure de marché négocié sans publicité ni mise en concurrence. Saisi d'un pourvoi contre cette ordonnance de référé déposé par le département, le Conseil d'État annule celle-ci et saisit l'occasion de préciser d'une part que le juge du référé précontractuel exerce sur le choix que fait le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il procède à la définition de son besoin, de l'objet même de la commande qui donne lieu à la passation du marché, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (I). D'autre part, et dès lors que les droits d'exclusivité sont établis sur un logiciel satisfaisant les besoins du pouvoir adjudicateur, celui-ci est autorisé à conclure un marché sans mise en concurrence (II).

I. – Le contrôle restreint opéré par le juge quant à la détermination des besoins à satisfaire

La question qui se posait ici au Conseil d'État était de savoir si le département pouvait choisir de conserver la solution ENT précédemment acquise et opter pour un marché relatif à son « exploitation et sa maintenance », plutôt que de relancer une procédure de publicité et de mise en concurrence destinée à acquérir une nouvelle solution ENT. Le choix de la procédure de passation est conditionné par le montant et l'objet du marché c'est-à-dire par la définition précise des besoins. Les personnes publiques ont, en effet, recours à la passation d'accords-cadres et de marchés publics pour satisfaire les besoins liés à leur propre fonctionnement ainsi que ceux qui découlent de l'exercice de leurs missions. C'est le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration qui permet ainsi de différencier les marchés publics d'autres conventions comme celles qui accompagnent, par exemple, certaines décisions d'octroi de

subventions ([CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages, req. n° 342520 : JurisData n° 2011-009530](#) ; [Dr. adm. 2011, comm. 79, note S. Pugeault](#) ; *Contrats et marchés publ.* 2012, *comm.* 99). La détermination préalable et précise de l'étendue des besoins à satisfaire est une exigence juridique et économique que seul le pouvoir adjudicateur est à même d'apprécier ([CE, 1er avr. 1998, Dpt de Seine-et-Marne, req. n° 157602 : JurisData n° 1998-050562](#) ; *RDI* 1998, p. 359, *obs.* F. Llorens et Ph. Terneyre ; *BJCP* 1998, p. 98). Au niveau de la passation, c'est donc la mise en forme écrite de l'expression du besoin qui guide le choix de la forme du contrat (marché public alloti ? négocié ? à bons de commande ?...). Pour respecter cette liberté de choix de l'acheteur public, le juge opère un contrôle restreint pour déterminer si le marché est légal ou pas en vérifiant si l'acheteur public n'a pas commis d'irrégularités lors de la passation du marché. Sauf en cas de méconnaissance de l'exigence d'impartialité, si la procédure est respectée, elle conduit forcément à la meilleure offre et la validité du lien contractuel n'est pas remise en cause. Il s'avère ainsi inutile de se pencher sur la valeur du choix lui-même. Bien qu'on assiste à des progrès dans la motivation du choix final, le choix opéré par le pouvoir adjudicateur n'est pas sanctionné car l'acheteur public dispose toujours du libre choix du meilleur candidat (*C. Bréchon-Moulènes, Choix des procédures, choix dans les procédures : AJDA, 20 oct. 1998, p. 758 à 759*).

En l'espèce, le Conseil d'État estime que le département n'a ni entaché d'erreur manifeste la définition de son besoin ni porté atteinte au principe d'égalité d'accès des candidats en choisissant :

- de conserver l'ENT précédemment mis en place (il n'avait aucune obligation de changer de logiciel)
- et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer l'exploitation et la maintenance de l'ENT, plutôt que de changer de dispositif et de passer un marché avec publicité et mise en concurrence pour acquérir une nouvelle solution ENT.

Toutefois, économiquement, le choix du pouvoir adjudicateur peut paraître discutable. En effet, suite à l'acquisition d'un logiciel informatique, l'acheteur public est obligé de faire face à des besoins nouveaux et évolutifs pour atteindre la meilleure efficacité informatique grâce aux dernières technologies existantes.

Mais comme le souligne Frédéric Makowski (Consultant en marchés publics d'informatique pour les collectivités), « contrairement à ce que l'on pourrait penser la solution qui consiste à confier systématiquement la maintenance d'un logiciel applicatif au titulaire des droits n'est pas forcément intéressante sur le plan financier ». Cette solution peut s'avérer coûteuse à moyen terme dans la mesure où elle crée une situation de dépendance très forte avec l'opérateur économique qui s'estime être en terrain conquis. Il est alors préférable de procéder à une remise en concurrence sur le logiciel applicatif tout en intégrant de la maintenance.

II. – La détention de droits d'exclusivité par le prestataire autorisé à passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence

Aux termes de l'[article 35 du Code des marchés publics](#) : « II. – *Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : [...] 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* ».

La société informatique qui détient des droits d'exclusivité sur un logiciel peut donc conclure directement un marché avec le pouvoir adjudicateur. C'est le cas de la société qui a développé « NetCollège » détenant des droits d'exclusivité sur ce logiciel. L'expression « droits d'exclusivité » n'est pas vraiment une expression consacrée en propriété intellectuelle : le logiciel est objet de droit d'auteur, lequel comprend les droits d'exploitation (droits patrimoniaux, V. [C. propr. intell., art. L. 111-1 et L. 122-1 et s.](#)). Ces droits patrimoniaux sont des droits exclusifs, dans le même sens que le droit de propriété corporelle : droit d'autoriser ou d'interdire, en contrepartie d'une rémunération éventuellement. C'est le contraire de la licence légale où l'auteur ne peut interdire une exploitation mais seulement obtenir une rémunération. En l'espèce, sont visés les droits patrimoniaux d'auteur (*concernant les logiciels*, V. [C. propr. intell., art. L. 122-6](#). – Concernant la réalisation de photographies pour le compte d'un département, V. [CAA Nancy, 22 nov. 2012, req. n° 11NC00958, M. Philippe](#)). Pour établir la détention de ces droits d'exclusivité, le Conseil d'État relève simplement que « conformément à un certificat délivré par l'Agence pour la protection des programmes, la société Itop détient des droits d'exclusivité sur le logiciel "NetCollège" et que, selon une attestation non contestée émanant de cette société, cette exclusivité englobe l'exploitation et la maintenance de "NetCollège" pour tout marché et toute reconduction de marché à compter du 1er janvier 2013 ; qu'ainsi, en se bornant à relever qu'aucun motif tenant à la protection des droits attachés au logiciel "NetCollège", ne permettait au département de l'Oise de soutenir que le marché en cause ne pouvait être confié qu'à un prestataire déterminé pour des raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité au sens [du II de l'article 35 du Code des marchés publics](#), le juge du référé précontractuel du tribunal administratif d'Amiens a dénaturé les faits qui lui étaient soumis ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'ordonnance attaquée doit être annulée.

Ainsi après avoir constaté, d'une part, que le besoin d'exploitation et de maintenance était justifié (inutile de changer de logiciel) et que d'autre part il portait sur un logiciel couvert par des droits d'exclusivité prouvés (attestation non contestée), le Conseil d'État juge que le marché conclu directement avec la société est régulier. Il semble donc possible pour un opérateur économique qui détient des droits d'exclusivité dans le domaine informatique de s'assurer un marché captif sans craindre la concurrence. C'est donc au stade de l'appel d'offres initial (acquisition du logiciel) qu'il faudra être particulièrement attentif à la manière dont l'acheteur public va exprimer son besoin pour éviter de verrouiller un marché au profit d'un seul.