

2395 Information et exécution du contrat : synthèse de l'atelier n° 2

Clarisse DAVID,
avocat au barreau de Lyon,
chargée d'enseignements à l'université
Jean Moulin Lyon 3



En posant la question de l'information dans la commande publique surgit immédiatement celle de l'information dans la formation du contrat, sujet traité lors de l'atelier 1 de la Chaire de droit des contrats publics. L'information est pourtant tout aussi présente lors de l'exécution du contrat voire une fois celui-ci achevé. Cette thématique est d'autant plus intéressante que les échanges lors de l'atelier 2 de la journée d'étude ont démontré qu'elle est en réalité multiple puisqu'elle concerne bien évidemment en premier chef les rapports entre les parties mais s'étend également à l'information aux tiers par la voie de contrôles externes et même au-delà à l'autocontrôle exercé par l'acheteur.

1. L'information entre les « parties » à l'acte de construire

I - D'emblée, concernant l'information entre les parties, les débatteurs ont relevé une différence importante entre les contrats de la commande publique. En matière de concessions c'est en effet le législateur qui impose de fortes obligations d'information au concessionnaire telle que la remise annuelle du rapport d'information dont le contenu attendu est réglementairement défini (*CCP, art. L. 3131-5 et R. 3131-2 et s.*). En marché public au contraire, l'information due entre les parties trouve son origine dans le contrat et résulte largement des dispositions des Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui sont visés dans la plupart des marchés. Ce constat opéré, l'information entre les parties a été circonscrite par les débatteurs au cas des marchés publics de travaux, entendus dans leur approche classique issue de la loi relative à la maîtrise de l'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite « loi MOP »)¹. C'est-à-dire l'opération de travaux mettant en présence un maître de l'ouvrage, un maître d'œuvre et une entreprise de travaux. La notion de « partie » est donc ici largement entendue, dépassant la stricte relation contractuelle et visant les différents participants à l'acte de construire. S'il y a autant de flux d'informations que d'intervenants au projet, deux principaux niveaux d'information sont identifiés. D'une part, l'information qui circule entre le titulaire du contrat et le maître d'œuvre, et d'autre part, celle entre le titulaire et le maître d'ouvrage.

Concernant le premier niveau, le maître d'œuvre, bien que non lié contractuellement à l'entreprise de travaux, constitue son principal interlocuteur. Les acteurs de la commande publique en présence étaient unanimes pour affirmer qu'en général les échanges d'informations entre ces deux protagonistes sont fluides et bien cadrés par l'utilisation des outils prévus au contrat tels que les ordres de service, les comptes rendus de chantier, les constats contradictoires prévus par l'article 11 du CCAG Travaux 2021 ou encore les journaux de chantier. Deux temps particuliers d'échanges entre le maître d'œuvre et l'entreprise de travaux, situés aux deux extrémités du temps d'exécution, méritent cependant une attention particulière : la période de préparation² et la remise du dossier des ouvrages exécutés (DOE). Tout d'abord, avant la réalisation des travaux la période de préparation est la phase durant laquelle des dispositions préparatoires doivent être prises et certains documents nécessaires à la réalisation des ouvrages doivent être établis. Lorsque le niveau de préparation des travaux est conforme aux exigences du marché, l'exécution à proprement parler des travaux pourra débuter. Il s'agit donc d'une période clé, à la charnière du projet et durant laquelle une bonne circulation des informations et une coopération entre l'entreprise et le maître d'œuvre sont primordiales puisque gages de la future bonne exécution des travaux. À la fin du chantier, une obligation d'information essentielle pèse sur l'entreprise par la remise du DOE³. Modi-

2. CCAG Travaux, art. 28.

3. L'article 40.1 du CCAG Travaux prévoit que « les dossiers des ouvrages exécutés comprennent notamment : les plans d'exécution conformes à la réalisation, les fiches techniques des matériaux et produits mis en œuvre, les spécifications de pose, les notices de fonctionnement, les prescriptions de maintenance des éléments d'équipement mis en œuvre, les conditions de garantie des fabricants attachées à ces équipements, ainsi que les constats d'évacuation des déchets et les documents nécessaires à l'établissement du

1. L. n° 85-704, 12 juill. 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée désormais codifiée aux articles L. 2410-1 et suivants et R. 2412-1 et suivants.

fiant l'ancien CCAG sur ce point, le CCAG Travaux 2021⁴ prévoit désormais que lorsqu'il demande la réception des travaux le titulaire doit remettre au maître d'œuvre le DOE. Cette disposition correspond mal à la réalité du chantier puisqu'au stade des opérations préalables à la réception l'entreprise ne sera pas en mesure de remettre un dossier achevé. Outre le fait que la réception des travaux pourrait se voir décalée, l'information donnée ne sera donc pas satisfaisante. L'attention des maîtres de l'ouvrage est donc attirée sur l'opportunité d'apporter une dérogation à la date de remise des DOE par l'entreprise dans les pièces particulières du marché. Une des solutions pourrait être de s'inspirer de l'ancien texte et de prévoir une remise de l'ensemble des DOE dans le mois suivant la décision de réception, quitte à prévoir des pénalités de retard si ce délai n'est pas respecté.

Concernant le deuxième niveau d'information, c'est-à-dire celui impliquant le maître de l'ouvrage et l'entreprise de travaux, les retours d'expérience ont été plus mitigés, les entreprises signalant des difficultés et un manque de fluidité récurrents. Rappelons pourtant que le Code de la commande publique (CCP, art. L. 2411-1) impartit un rôle fondamental au maître de l'ouvrage qui est « le responsable principal de l'ouvrage » et qui ne peut en principe déléguer cette « fonction d'intérêt général ». En d'autres termes, si pour réaliser un projet le maître de l'ouvrage peut s'entourer de différents opérateurs (assistant à la maîtrise de l'ouvrage, maître d'œuvre, maître de l'ouvrage délégué, etc.), il reste responsable de son bon déroulement. Pour pallier cet écueil, des outils peuvent être mis en place. Ont notamment été cités : une généralisation des ordres de service notifiés par la maîtrise de l'ouvrage, la remise de rapports par le titulaire au maître de l'ouvrage à des étapes clés du chantier, la réalisation de points d'avancement et d'accostages associant le maître de l'ouvrage. À charge alors pour l'acheteur de prévoir et d'encadrer ces dispositifs dans les pièces du contrat et plus particulièrement dans le CCAP.

Si de prime abord une telle démarche semble vertueuse, ont été rapportées par les participants des expériences dans lesquelles les obligations d'information pesant sur l'entreprise de travaux étaient si contraignantes qu'elles se sont révélées néfastes pour le bon déroulement de l'opération. A été cité le cas de certaines clauses contractuelles de forclusion. Il s'agit par ce type de clause, d'imposer une obligation de signalement à l'entreprise dans un délai contraint sous peine de forclusion. Ce mécanisme a pu entraîner en phase d'exécution une telle multiplication de signalements et d'envois de courriers avec accusé de réception que l'entreprise se perdait dans ces tâches administratives au détriment des tâches techniques et que l'acheteur lui-même n'arrivait plus à donner suite à ces correspondances.

Les intervenants, qu'ils soient maîtres de l'ouvrage ou entreprises ont ainsi convenu qu'un juste équilibre devait être trouvé dès la préparation des contrats afin qu'une clause *a priori* bénéfique lors de sa rédaction ne se révèle pas préjudiciable lors de son application. Et ce d'autant plus que l'ensemble des participants poursuivent un même objectif commun : la bonne réalisation de l'ouvrage.

2. L'information aux tiers

2 - Le deuxième pan de l'information au stade de l'exécution, voire post-exécution du contrat est l'information donnée par les acheteurs aux tiers. Sur ce point les débatteurs ont été unanimes et sans appel, les contrôles externes à l'acheteur se multiplient ces dernières années et prennent différentes formes. Les acheteurs doivent non seulement davantage « rendre compte » mais plus encore « rendre compte » à un nombre croissant d'interlocuteurs. Au sein de ces contrôles exercés par les tiers, deux catégories se dessinent. La première catégorie englobe les contrôles que l'on peut qualifier

dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage (DIUO) préalablement validés par le maître d'œuvre ».

4. CCAG Travaux, art. 40.1.

d'« institutionnalisés », la seconde concerne les contrôles de la « société civile » selon l'expression utilisée par le professeur Etienne Muller lors de son intervention sur ce thème lors de la journée de colloque.

Dans la première catégorie on retrouve tout d'abord le contrôle de légalité exercé par les services des préfectures. La transmission du contrat public⁵ et des pièces de procédure au titre du contrôle de légalité est obligatoire et fait partie des conditions cumulatives pour que le contrat soit exécutoire, avec la notification du marché aux entreprises titulaires. Ce contrôle est bien intégré par les acheteurs qui y sont soumis, le seul bémol étant que, bien qu'une liste de pièces à fournir soit indiquée par le Code général des collectivités territoriales (CGCT, art. R. 2131-5 et R. 3131-2), certains services du contrôle de la légalité exigent d'autres éléments ce qui peut générer une multiplication des échanges et une perte de temps. Dans cette catégorie sont également mentionnés le contrôle des chambres régionales des comptes (CRC), chargées de contrôler les comptes locaux depuis la décentralisation en 1982 ou encore celui des co-financeurs ou contributeurs au financement d'un projet via le versement de subventions que l'acheteur devra renseigner à différentes étapes de la vie du contrat. Si des sanctions existent en cas d'insuffisance des informations données, le principe même de ces contrôles est bien intégré par les acheteurs qui y sont soumis.

À côté de ces contrôles « institutionnalisés » est apparue une seconde catégorie. Désormais les acheteurs publics sont appelés à justifier leurs choix et actions et particulièrement leurs achats publics auprès de tiers de la société civile. Au premier rang de ces tiers se situent assez évidemment les médias, et ce tant les médias traditionnels que sont la radio, la télévision et la presse écrite que les médias sociaux (*new media*) dont le contenu est généré par les utilisateurs. Également, les acheteurs doivent répondre aux sollicitations des citoyens, qu'il s'agisse d'usagers de services publics comme d'administrés, lesquels se regroupent parfois dans des associations dont l'objet vise plus de transparence de la vie publique et une meilleure utilisation des deniers publics. Le nouvel enjeu se situe certainement ici pour les acheteurs qui doivent apprendre à répondre à ces sollicitations en utilisant les codes et les outils adaptés à ces interlocuteurs.

3. L'information post-exécution aux fins d'auto-contrôle et d'amélioration de l'achat public

3 - Pour finir, une troisième catégorie d'information a été évoquée par les débatteurs, qui pourrait être désignée comme « l'information que l'acheteur se donne à lui-même ». Il s'agit ici pour l'acheteur, à la fin du contrat, de procéder à un bilan de son exécution et d'en tirer un certain nombre d'enseignements qui lui permettront, en capitalisant une expérience, d'améliorer ses futurs contrats. Cette pratique est notamment déjà observable en matière de concessions de service public par la réalisation d'audits en fin de contrat, soit par les services de l'autorité concédante, soit, et c'est plus fréquent, par un tiers de type AMO. Cet audit, en dressant le bilan du contrat, permet utilement de réinterroger le mode de gestion du service public. Cette pratique pourrait donc être utilement étendue aux marchés publics. Bien plus, si ces bilans seront manifestement utiles à l'acheteur directement concerné, on peut imaginer que ces informations puissent circuler entre acheteurs de manière à ce que ces retours d'expérience puissent irriguer et bénéficier plus largement à l'achat public. ■

5. Les articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 5211-3 du CGCT précisent que les marchés et les accords-cadres d'un montant au moins égal à 215 000 € HT (depuis le 1^{er} janvier 2022 et jusqu'au 31 décembre 2013), les marchés de partenariat ainsi que les contrats de concession, dont les délégations de service public, et les concessions d'aménagement sont soumis au contrôle de légalité.

2396 La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche théorique

Jean-François LAFAIX,
professeur à l'université de Strasbourg

L'importance de la production et de l'utilisation des données et bases de données comme objet du contrat ou élément de son exécution conduit les parties à déterminer leurs droits respectifs sur ces éléments selon des modèles ou règles qui ne sont pas identiques pour les marchés publics et les concessions. Ces droits patrimoniaux présentent pourtant des enjeux comparables pour l'effectivité des principes constitutionnels et l'exécution des obligations administratives liées à l'ouverture des données publiques ou à la confidentialité des données protégées. L'adoption d'un cadre législatif unifié et plus systématique, ainsi que l'unification des compétences juridictionnelles pour connaître des litiges concernant les droits de propriété intellectuelle et l'exécution du contrat, seraient de nature à simplifier et à favoriser le bon accomplissement des obligations administratives et l'articulation des choix contractuels et des statuts légaux relatifs aux données.

1 - Les règles relatives aux données ont pris place au sein du droit de la commande publique comme dans les autres domaines du droit. Cette présence de la donnée est potentiellement tentaculaire du fait de sa conception extensive comme « *information mise en forme pour être traitée informatiquement* »¹, voire comme toute information mise en forme, quel qu'en soit le support ou le mode de traitement². L'appareil normatif qui la concerne est donc lui-même de plus en plus étendu et sophistiqué. Il n'est pas pour autant parfaitement abouti.

Les données liées aux contrats sont multiples. Il est toutefois possible d'opérer une distinction importante selon que ces données constituent un objet du contrat ou qu'elles prennent le contrat pour objet. Leurs statuts juridiques ne sont certes pas essentiellement différents puisque le statut légal des données publiques a vocation à s'appliquer à des données qui ont été l'objet du contrat³ et à des données portant sur le contrat. Mais les données qui sont l'objet du contrat relèvent également d'un univers différent. Elles s'inscrivent dans les rapports patrimoniaux des parties au contrat. Il faut donc rendre compte, à la fois, de cette dimension patrimoniale et de son articulation avec la dimension légale et extracontractuelle des données.

La dimension économique et patrimoniale des données⁴ étant amplifiée par l'usage plus ou moins systématique et massif dont elles

font l'objet par l'intermédiaire d'un traitement⁵, il faut aussi s'intéresser aux bases de données, au sens de recueils d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen (CPI, art. L. 112-3). Pour les données numériques, les bases de données sont elles-mêmes utilisées grâce à des logiciels⁶, qui sont également l'objet de droits patrimoniaux régis ou présumés par le contrat.

2 - Si l'on se concentre sur les données produites ou utilisées dans le cadre l'exécution des prestations prévues au contrat et pour cette exécution (et non sur les données qui prennent le contrat pour objet⁷), il faut s'intéresser à deux types d'éléments.

1. M. Boul, *Réflexions sur la notion de donnée publique* : RFAP, 2018/3, p. 473.
2. JCl. Administratif, fasc. 109-20 : *Données publiques et administration numérique*, par J.-B. Auby, 2023, § 31.
3. V. *infra*, § 19.
4. L. Cluzel-Métayer, *L'ouverture des données publiques*, in AFDA, *Le droit administratif au défi du numérique* : Dalloz, 2020, p. 9.

5. Un traitement étant conçu comme « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données [à caractère personnel ou non], telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction* », selon la définition appliquée aux données personnelles qu'en donne l'article 4, 2° du RGPD (règl. (UE) 2016/679).
6. Ceux-ci sont définis comme des œuvres constituées d'un ensemble de programmes, procédés et règles, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de données et la documentation afférente, V. CCAG TIC, art. 2.
7. Les données essentielles sont réglementées par les articles L. 2196-2 et R. 2196-1 ou L. 3131-1 et R. 3131-1 du CCP ; v. l'article du Professeur Étienne Muller, *Information et contrôle externe de l'exécution du contrat*, dans ce dossier : JCP A 2023, 2393 ; v. aussi L. Viard & A. Latrèche, *Des données essentielles augmentées et centralisées au 1^{er} janvier 2024*, *Le moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 17 nov. 2023, p. 74.

Tout d'abord, les données et bases de données que le cocontractant de l'Administration est chargé de produire ou d'utiliser pour les deux raisons suivantes : a) soit parce qu'elles constituent tout simplement l'objet même du contrat ; b) soit parce qu'elles sont étroitement liées à l'exécution de l'objet du contrat. La dimension immatérielle des échanges économiques (mêmes matériels) est désormais si prégnante qu'il devient de moins en moins pertinent de distinguer les deux. Il faut donc s'intéresser autant au contrat par lequel une partie s'engage, par exemple, à créer une base de données⁸ qu'à ceux dont l'exécution implique de réaliser ou utiliser des annuaires, fichiers clients ou abonnés, fichiers salariés, mailing lists, etc., ou encore des données techniques relatives au fonctionnement d'une infrastructure.

Ensuite, les données ou bases de données qui sont apportées par l'Administration ou son cocontractant pour permettre l'exécution du contrat (données brutes, bases de données existantes, etc.).

3 - Les données utilisées pour l'exécution du contrat posent des questions de maîtrise et de protection de plusieurs points de vue et le contrat peut donc jouer plusieurs rôles en la matière.

Tout d'abord, ces données sont l'objet des créances contractuelles, qui confèrent des droits sur les données et bases de données par l'intermédiaire des obligations de l'autre partie. De ce point de vue, le contrat joue un rôle distributeur en répartissant, entre les parties, les droits sur les données ou bases de données au moment de leur production ou de leur utilisation, pendant l'exécution du contrat et postérieurement à celle-ci. Le contrat remplit alors une fonction patrimoniale classique, mais appliquée à cet objet original que sont les données. La dimension immatérielle des données favorisant leur circulation, l'imbrication de la relation contractuelle et des droits des tiers sur les données est favorisée et le contrat doit en tenir compte.

Ensuite, du fait de leur valeur fonctionnelle ou économique, les données et bases de données apportées ou produites pour l'exécution du contrat comportent des enjeux liés aux droits d'usage, de disposition ou de diffusion et réutilisation postérieurement à l'exécution du contrat. Dans ce cas, le contrat doit déterminer l'usage postcontractuel des données et bases de données, à la fois pour garantir la continuité de l'action publique et pour favoriser l'ouverture des données publiques. Le contrat s'inscrit alors dans une dimension extrapatrimoniale.

Enfin, du fait de leur caractère secret, personnel, voire sensible, certaines données doivent rester confidentielles pendant ou postérieurement à l'exécution du contrat. Ici encore, le contrat joue un rôle médiateur et concrétisateur du point de vue du statut extracontractuel et légal des données. Il peut ajouter des obligations contractuelles rappelant ou surtout renforçant les obligations légales.

Il faut donc régler des questions de propriété, d'usage, de conservation et de diffusion ou de protection des données en élaborant les solutions juridiques qui articulent des dimensions patrimoniales et extrapatrimoniales.

4 - Si l'on envisage ces questions du point de vue de l'Administration, la maîtrise et la protection des données liées au contrat impliquent, tout d'abord, de répartir des droits et obligations contractuelles relatives aux données afin d'assurer l'exécution efficace du contrat et la poursuite efficace de l'action administrative postérieurement à cette exécution. Mais il faut aussi veiller, pendant l'exécution et postérieurement, à ce que le contrat favorise le respect d'obligations légales liées à la politique d'*open data* et prévienne les risques liés à la diffusion de données confidentielles.

8. Par ex. la création d'un site web des archives départementales, V. TA Poitiers, 31 janv. 2013, n° 3059.

1. Les données comme enjeu de l'utilité du contrat pour l'action publique

5 - Afin d'être utile à la satisfaction des intérêts publics et privés en présence, le contrat doit procéder à une répartition des droits et obligations relatives aux données. Cette répartition des droits est organisée différemment dans les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) relatifs aux marchés publics et dans les concessions de service public. Cette différence appelle une évaluation comparée.

A. - Les modes de répartition des droits relatifs aux données et bases de données

6 - Dans les marchés publics, les CCAG organisent la répartition des droits sur les données et bases de données à partir de la distinction entre les « connaissances antérieures » et les « résultats » du marché. Schématiquement, les CCAG s'emploient à définir ces deux catégories, à répartir les droits sur ces éléments entre les parties et à résoudre quelques questions d'articulation et de rémunération.

Les résultats, premièrement, correspondent aux éléments réalisés dans le cadre des prestations du marché. À ce titre, les CCAG désignent explicitement (entre autres) les bases de données, mais aussi les données elles-mêmes et les informations, et plus généralement tous les éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection⁹.

Il faut les distinguer des connaissances antérieures, qui désignent tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support, qui sont incorporés aux résultats et/ou sont fournis pour répondre aux besoins de l'acheteur dans le cadre d'une prestation intellectuelle et qui appartiennent initialement à l'acheteur, au titulaire ou à des tiers, ou qui leurs sont concédés en licence, mais qui ont été réalisés dans un cadre extérieur et indépendamment du marché. Ici encore, sont notamment visés les bases de données, les données et les informations, et plus généralement tous les éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection¹⁰.

Il faut aussi les distinguer des connaissances antérieures standards, qui désignent les connaissances antérieures conçues pour être fournies à plusieurs clients en vue de l'exécution d'une même fonction¹¹.

7 - Les régimes de ces deux catégories d'éléments sont différents.

Selon les CCAG, la conclusion du marché n'emporte pas transfert des droits de propriété intellectuelle ou des droits de toute autre nature afférents aux connaissances antérieures (standards ou non). Autrement dit, l'acheteur et son cocontractant restent titulaires, chacun en ce qui les concerne, de leurs droits sur les connaissances antérieures¹².

En revanche, le titulaire du marché accorde à l'acheteur les droits nécessaires pour utiliser ou faire utiliser les résultats, en l'état ou modifiés, de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes, pour les besoins et finalités d'utilisation exprimés dans les documents particuliers du marché et en toute hypothèse pour les besoins d'utilisation découlant de l'objet des prestations commandées dans le cadre du marché¹³.

9. CCAG Travaux, art. 45.1. – CCAG TIC, art. 43.1. – CCAG PI, art. 32.1. – CCAG FCS, art. 34.1. – CCAG MI, art. 37.1. – CCAG MO, art. 22.1.

10. CCAG Travaux, art. 45.2. – CCAG PI, art. 32.2. – CCAG TIC, art. 43.2. – CCAG FCS, art. 34.2. – CCAG MI, art. 37.2. – CCAG MO, art. 22.6.

11. CCAG Travaux, art. 45.3. – CCAG PI, art. 32.3. – CCAG TIC, art. 43.3. – CCAG FCS, art. 34.3. – CCAG MI, art. 37.3.

12. CCAG Travaux, art. 46. – CCAG PI, art. 33.1. – CCAG TIC, art. 44.1. – CCAG FCS, art. 35. – CCAG MI, art. 38. – CCAG MO, art. 23.1.

13. CCAG Travaux, art. 48.1. – CCAG PI, art. 35.1.1. – CCAG TIC, art. 46.1.1. – CCAG FCS, art. 37.1.1. – CCAG MI, art. 40.1.1. – V. E. Perois, Le nouveau régime d'utilisation des résultats dans le cadre de l'exécution des marchés

Ces droits permettent d'utiliser (et notamment publier), évaluer, archiver, transférer (dans le cadre d'un transfert de compétences) les données et bases de données¹⁴. Lorsque les résultats sont protégés par un droit de propriété intellectuelle, les CCAG organisent une cession des droits patrimoniaux (dans le respect des droits moraux) qui intervient, en principe, à titre non exclusif¹⁵. Cette cession intervient toutefois à titre exclusif lorsque les résultats ont pour objet de distinguer l'identité propre de l'acheteur et/ou de ses services, de promouvoir l'acheteur, ses produits et services ou lorsque les résultats sont qualifiés de confidentiels¹⁶.

8 - Les bases de données peuvent être concernées par deux types de droits relevant de la propriété intellectuelle. Premièrement (mais en pratique rarement), elles sont l'objet de droits d'auteur lorsque la base de données comporte une originalité (d'ordre structurel ou méthodique) révélatrice d'une création intellectuelle propre à l'auteur (CPI, art. L. 112-3)¹⁷. Deuxièmement, elles sont l'objet du droit spécifique (CPI, art. L. 341-1) reconnu au profit des producteurs de bases de données et limitant les possibilités d'extraction et de réutilisation des données par la mise à disposition au public (CPI, art. L. 342-1).

Les données, en tant que telles, sont soumises à un régime d'exclusivité. Plus précisément, en vertu des CCAG, les données « intégrées ou générées dans le cadre du marché » sont confidentielles et appartiennent exclusivement à l'acheteur¹⁸.

Par ailleurs, les CCAG ajoutent des clauses spécifiques relatives aux données indispensables à l'exécution d'une mission de service public¹⁹, semblables aux règles figurant dans la loi s'agissant des concessions de service public (CCP, art. L. 3131-2). Ainsi, lorsque le marché public a pour objet la gestion d'un service public, le titulaire fournit à l'acheteur sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, et dans le respect du secret des affaires et des droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de la gestion du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution²⁰.

9 - Cette répartition des droits soulève des questions d'identification, de combinaison et de rémunération.

S'agissant de l'identification, tout d'abord, à défaut d'identification expresse en tant que connaissance antérieure (standard ou non) dans l'offre ou en cours d'exécution, tout élément livré en exécution du marché est réputé être un résultat. Le titulaire, en sa qualité de professionnel, est seul responsable de l'analyse et du respect du régime juridique des connaissances antérieures qu'il intègre dans le cadre du marché²¹.

Ensuite, les conservations des droits antérieurs et cessions des résultats impliquent d'accorder des droits d'utilisation lorsque les connaissances antérieures sont incorporées aux résultats, afin de garantir l'utilité des prestations. Dans ce cas²², le titulaire autorise l'acheteur à utiliser les connaissances antérieures pour les mêmes droits, durée, territoire et finalités d'utilisation que ceux prévus dans le régime applicable aux résultats. Mais l'acheteur n'est alors pas autorisé à utiliser les connaissances antérieures indépendamment de l'utilisation des résultats, sauf si elles sont placées sous un régime d'utilisation qui le permet²³. Par ailleurs, dans l'hypothèse où une cession à titre exclusif des résultats au profit de l'acheteur est prévue dans le marché, l'exclusivité ne concerne pas les connaissances antérieures, sauf stipulations expresses dans les documents du marché²⁴.

Enfin, la rémunération des cessions de droits ou des droits d'utilisation des résultats²⁵ et/ou connaissances antérieures²⁶ est censée être comprise dans le prix des prestations. Combinées aux mécanismes de garantie²⁷, ces stipulations sont évidemment protectrices des intérêts de l'acheteur.

10 - Dans les concessions de service public, le statut et le sort des données et bases de données apportées ou produites pour l'exécution du contrat doivent être déterminés en tenant compte de la définition et du régime des biens de la concession²⁸. Cela conduit à distinguer trois catégories de biens : biens de retour, biens de reprise, biens propres du concessionnaire (CCP, art. L. 3132-4).

Tout d'abord, lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public, les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition.

Ensuite, les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession.

Enfin, les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

11 - Cette classification s'applique aux biens meubles incorporels que sont les objets de la propriété intellectuelle, comme les bases de données, ou à d'autres objets incorporels présentant une valeur économique, comme les données. Le Conseil d'État a ainsi appliqué, dans son arrêt *Commune de Nîmes*, le régime des biens de retour à des

publics : *Contrats publ.* 2021, n° 219. – A. Pfirsch & E. Karamitrou, *Le régime des droits exclusifs dans le nouveau CCAG-Maîtrise d'œuvre : Contrats publ.* 2021, n° 225.

14. CCAG Travaux, art. 48.1. – CCAG PI, art. 35.1.1. – CCAG TIC, art. 46.1.1. – CCAG FCS, art. 37.1.1. – CCAG MI, art. 40.1.1.

15. CCAG Travaux, art. 48.2.1. – CCAG PI, art. 35.2.1. – CCAG TIC, art. 46.2.1. – CCAG FCS, art. 37.2.1. – CCAG MI, art. 40.2.1. – CCAG MO, art. 24.1.

16. CCAG Travaux, art. 48.2.2. – CCAG PI, art. 35.2.1. – CCAG TIC, art. 46.2.1. – CCAG FCS, art. 37.2.1. – CCAG MI, art. 40.2.1.

17. V. N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle* : LGDJ, 2022, § 282, p. 223. – L. Grynbaum, C. Le Goffic & L. Pailler, *Droit des activités numériques* : Dalloz, 2023, § 715, p. 524.

18. CCAG Travaux, art. 48.2.3. – CCAG PI, art. 35.2.3. – CCAG TIC, art. 46.2.3. – CCAG FCS, art. 37.2.3. – CCAG MI, art. 40.2.3.

19. CCAG PI, art. 26. – CCAG TIC, art. 28. – CCAG FCS, art. 26.

20. Les documents particuliers du marché définissent notamment les données, le calendrier de transmission des données à l'acheteur ainsi que les pénalités en cas de non-respect de ces délais.

21. CCAG Travaux, art. 46. – CCAG PI, art. 33.2. – CCAG TIC, art. 44.2. – CCAG FCS, art. – CCAG MI, art. 38.

22. Plus précisément, lorsque le titulaire incorpore des connaissances antérieures dans les résultats ou fournit des connaissances antérieures dans le cadre de l'exécution du marché ou que des connaissances antérieures, sans être incorporées aux résultats, sont strictement nécessaires pour la mise en œuvre des résultats.

23. CCAG PI, art. 34.1. – CCAG TIC, art. 45.1. – CCAG FCS, art. 36.1. – CCAG MO, art. 23.2 (qui précise que le droit d'utilisation comprend le droit de reproduire, de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, de représenter les connaissances antérieures pour utiliser les résultats).

24. CCAG PI, art. 34.1. – CCAG TIC, art. 45.1. – CCAG FCS, art. 36.1. – CCAG MI, art. 39.1.

25. CCAG Travaux, art. 48.2.1. – CCAG PI, art. 35.2.1. – CCAG TIC, art. 46.2.1. – CCAG FCS, art. 37.2.1. – CCAG MI, art. 40.4.1.2.

26. CCAG Travaux, art. 47.1 et 47.2. – CCAG PI, art. 34.1 et 34.2. – CCAG TIC, art. 45.1 et 45.2. – CCAG FCS, art. 36.1 et 36.2. – CCAG MI, art. 39.1 et 39.2.

27. *Infra* § 14.

28. V. F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2017, § 728, p. 501 ; T. Bassi, *Les données collectées par le concessionnaire de service public* : AJDA 2019, p. 496.

éléments incorporels tels qu'un film ou les droits d'administration de sites internet ou de réseaux sociaux²⁹.

Par ailleurs, lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution (CCP, art. L. 3131-2).

Depuis l'arrêt Commune de Nîmes, cette obligation légale spécifique aux données et bases de données présente un intérêt relatif puisque la qualification de biens de retour peut concerner les biens incorporels nécessaires au fonctionnement du service public. Cela est d'autant plus notable que le régime spécifique aux données et bases de données est moins extensif que ne peuvent l'être la qualification et le régime des biens de retour. Par exemple, l'article L. 3131-2 du CCP ne vise que les données et les bases de données « collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public » et non celles collectées ou produites antérieurement, puis intégrées au cours de l'exécution et nécessaires au fonctionnement du service public³⁰. Le statut juridique de la « fourniture » des données et bases de données reste imprécis, alors que le régime des biens de retour reconnaît un droit de propriété à l'autorité concédante. L'obligation de fourniture est limitée pour les contrats de concession pour lesquels la procédure de passation a débuté avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, mais le régime des biens de retour devrait s'appliquer antérieurement, quoi qu'il en soit. L'article L. 3131-3 permet à l'autorité concédante de dispenser le concessionnaire de tout ou partie de l'obligation de fourniture par décision motivée fondée sur des motifs d'intérêt général et rendue publique. Mais, puisque le régime des biens de retour est d'ordre public³¹, cette faculté risque d'être paralysée, à moins d'interpréter cette disposition législative comme une dérogation au régime de droit commun des biens de retour.

B. - L'évaluation comparée des modes de répartition

12 - Le traitement juridique des droits sur les données et bases de données dans les contrats de la commande publique n'est pas identique, tant du point de vue du contenu des règles que de leur statut.

Sur le fond, il existe certes une orientation commune en faveur de la propriété de l'Administration sur les données et bases de données. Autrement dit, la satisfaction des besoins publics et la continuité de l'action publique s'appuient largement sur la propriété publique, alors même que cette propriété est discutée s'agissant des données publiques et, plus encore, des données personnelles³². Mais l'extension précise de cette maîtrise et les rapports avec les droits conservés par le cocontractant (et les droits des tiers) ne sont pas formulés de façon identique.

S'agissant des données et bases de données qualifiables de biens de retour, il faut rappeler que le Conseil d'État a étendu cette qualification aux biens dont le concessionnaire était propriétaire antérieurement et qu'il a acceptés, en concluant la concession, d'affecter au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci³³. Il devrait en résulter que toutes les données et bases de données acquises, collectées ou conçues avant ou pendant la concession et indispensables au fonctionnement du service public et à l'exécution des obligations contractuelles du concessionnaire appartiennent en

principe à l'autorité concédante à compter de la conclusion du contrat.

La solution est, en revanche, différente pour les marchés publics puisque les CCAG distinguent les « connaissances antérieures » et les « résultats » et préservent, en principe, les droits antérieurs du cocontractant et les droits des tiers en matière de propriété intellectuelle.

13 - Au-delà de ces différences de contenu, il faut insister sur une différence de statut des règles pertinentes. Le statut des biens de retour est d'ordre public³⁴. Par conséquent, le juge corrige les qualifications erronées des parties et soumet d'office ces biens à leur régime, nonobstant toute clause contractuelle contraire.

Le statut des normes relatives aux données et bases de données dans les marchés publics est différent. Ce sont les CCAG qui comportent les dispositions pertinentes et les parties peuvent ne pas s'y référer ou y déroger. Cela vaut aussi pour les stipulations spécifiques aux données indispensables à l'exécution d'une mission de service public, alors même que les exigences constitutionnelles relatives à la continuité du service public et les obligations de l'Administration en matière de diffusion des données sont les mêmes, indépendamment du type de contrat conclu.

Comme cela a déjà été expliqué³⁵, si l'on considère que le régime des biens de retour constitue une forme de garantie légale du principe constitutionnel de continuité du service public, il a vocation à s'appliquer, au-delà des seuls contrats de concession de service public, aux marchés publics qui ont « pour objet la gestion d'un service public » (selon les CCAG) puisque c'est le caractère indispensable à l'exécution d'une mission de service public qui importe.

Il serait donc opportun d'inscrire une disposition adéquate dans la partie législative du Code de la commande publique.

Cette imperfection peut également être illustrée au sujet des garanties.

14 - Dans les marchés publics, afin de prévenir simplement les difficultés liées à la distinction des connaissances antérieures et des résultats, les CCAG prévoient qu'à défaut d'identification expresse en tant que connaissance antérieure, tout élément livré en exécution du marché est réputé être un résultat. Le titulaire, en sa qualité de professionnel, est seul responsable de l'analyse et du respect du régime juridique des connaissances antérieures qu'il intègre dans le cadre du marché³⁶. Corrélativement, une garantie est explicitement prévue par les CCAG : le titulaire du marché garantit à l'Administration la jouissance pleine et entière, libre de toute servitude, des droits cédés ou licenciés aux termes du marché sur les résultats et les connaissances antérieures³⁷.

Ces garanties sont essentielles pour prémunir les intérêts financiers de l'Administration. Mais elles sont avant tout d'ordre patrimonial et sont donc inadéquates pour protéger la continuité du service public. Pour cela, il faudrait que les données, bases de données et les droits afférents soient effectivement à la disposition de l'Administration. Si tel n'est pas le cas, les services publics ne pourront pas fonctionner d'une façon simple et adaptée aux attentes contemporaines en matière numérique. Cela constitue un défaut du point de vue du modèle théorique du contrat administratif, qui privilégie l'exécution effective du contrat par le cocontractant, alors que l'Administration dispose plus légitimement d'un choix entre exécuter ou indemniser.

29. CE, 16 mai 2022, n° 459904, Cne Nîmes, § 13 ; JCP A 2023, 2002, note J.-B. Vila.

30. V. *infra* § 12.

31. V. *infra* § 13.

32. V. *infra* § 21.

33. CE, sect., 29 juin 2018, n° 402251, Communauté de communes de la vallée de l'Ubaye, § 6 ; Lebon, p. 285, concl. O. Henrard.

34. J.-F. Lafaix, *Les biens de retour immatériels* : RFDA 2022, p. 803. – M. Boul, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques* : LGD, 2023, § 675, p. 441-442.

35. J.-F. Lafaix, *Les biens de retour* : RFDA 2020, p. 937. – H. Hoepffner, *La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public* : AJDA 2022, p. 2291.

36. CCAG Travaux, art. 46. – CCAG PI, art. 33.2. – CCAG TIC, art. 44.2. – CCAG FCS, art. 35. – CCAG MI, art. 38.

37. CCAG Travaux, art. 48.4.2. – CCAG PI, art. 35.4.3. – CCAG TIC, art. 46.4.2. – CCAG FCS, art. 37.4.2. – CCAG MO, art. 24.5.2. – CCAG MI, art. 40.4.2.

Cela étant dit, le régime des biens de retour n'est pas plus adéquat puisqu'il exclut que les biens appartenant à des tiers soient qualifiés de biens de retour³⁸. Tout au plus, dès lors que le concessionnaire dispose de droits conférés par un tiers, ces droits pourraient être cédés au titre des biens de retour. Mais, au-delà de la discussion théorique consistant à se demander si les droits aussi sont des biens ou si les biens sont uniquement l'objet des droits³⁹, le transfert des droits accordés par les tiers suppose que ceux-ci y aient consenti.

15 - Ces obstacles à l'utilité optimale du contrat au cours de son exécution ou postérieurement à celle-ci sont renforcés par les difficultés d'ordre contentieux qui sont susceptibles de survenir en raison du partage des litiges entre deux ordres de juridiction. En effet, le Tribunal des conflits juge que, par dérogation à la règle codifiée à l'article L. 6 du CCP (selon laquelle les marchés passés par une personne publique ont le caractère de contrats administratifs, de sorte que les litiges nés de leur exécution ou de leur rupture relèvent de la compétence du juge administratif), la recherche de la responsabilité contractuelle des personnes morales de droit public en matière de propriété littéraire et artistique relève, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire⁴⁰.

En cas de litige relatif aux bases de données, les actions civiles et les demandes relatives à la propriété intellectuelle, au titre des droits d'auteur et des droits spécifiques aux producteurs de bases de données, devraient donc être portées devant le juge judiciaire, sur le fondement de l'article L. 331-1 du CPI. Il est inutile de souligner que cette solution est inopportune puisque la répartition des droits entre les parties résulte d'un contrat administratif et que le reste des litiges liés à son exécution relèveront de la compétence du juge administratif. Il est parfaitement envisageable qu'un litige couvre des aspects hétérogènes intégrant, en partie, des questions de propriété intellectuelle. Aucun des juges n'aura de vue d'ensemble sur le litige ou, plus globalement, sur les litiges liés à l'exécution.

Cette solution risque de compliquer le règlement des questions relatives aux données elles-mêmes. Celles-ci sont traitées comme des biens appropriés par l'acheteur ou l'autorité concédante si ce sont, respectivement, des résultats ou des biens de retour⁴¹. Mais la protection accordée aux producteurs de bases de données limite les possibilités d'extraction ou la réutilisation par la mise à la disposition du public⁴². Ainsi, indépendamment du point de savoir qui doit se voir reconnaître la qualité de producteur, en tant que personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants (CPI,

art. L. 341-1), l'intervention du juge judiciaire au cœur du contrat administratif s'agissant d'éléments qui sont soit l'objet principal du contrat, soit un accessoire de plus en plus essentiel de celui-ci, tout en laissant au juge administratif les aspects non liés aux questions de propriété intellectuelle, risque d'altérer significativement la cohérence du règlement des litiges relatifs à l'exécution des contrats de la commande publique.

En l'état, le Conseil d'État admet la compétence de la juridiction administrative pour ordonner la remise à l'autorité concédante des éléments incorporels constitutifs de biens de retour, tout en réservant les questions de propriété intellectuelle⁴³. Il est probable que cette compétence soit étendue à la « fourniture » des données essentielles nécessaires au fonctionnement du service public. Mais il est difficile de concevoir pourquoi la solution de ces demandes ne pourrait pas dépendre du règlement des litiges liés à la propriété intellectuelle sur les bases de données.

16 - Ces difficultés risquent également de complexifier l'accomplissement par l'Administration de ses obligations en matière de diffusion ou de protection des données car les moyens juridiques d'y parvenir reposent en partie sur la propriété des données et bases de données.

2. Les données comme enjeu à l'égard des tiers au contrat

17 - Au-delà de leur statut patrimonial et contractuel, incluant les moyens immatériels du fonctionnement continu de l'action publique postérieurement à l'exécution du contrat, les données relèvent de plusieurs statuts légaux que les parties doivent respecter. Ces statuts déterminent largement l'articulation des sphères contractuelles et extracontractuelles dans la mesure où, d'une part, les contrats de la commande publique doivent permettre à l'Administration de remplir ses obligations en matière d'ouverture des données publiques, voire d'accentuer cette politique en permettant d'y ajouter des données privées et, d'autre part, l'Administration doit également veiller à ce que les données confidentielles ne circulent pas à l'occasion de ses relations contractuelles.

A. - L'adaptation du contrat à la diffusion des données publiques

18 - L'État, les collectivités territoriales, ainsi que les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une mission de service public peuvent rendre publics les documents administratifs qu'elles produisent ou reçoivent (CRPA, art. L. 312-1) et doivent publier en ligne certains documents disponibles sous forme électronique, dont les bases de données qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent, ainsi que les données dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental (CRPA, art. L. 312-1-1).

Les informations qui figurent dans les documents communiqués ou publiés par les administrations sont des informations publiques. Elles peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus (CRPA, art. L. 321-1).

Sont toutefois exclues de cette libre réutilisation les informations contenues dans des documents dont la communication ne constitue pas un droit ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle (CRPA, art. L. 321-2). En revanche, à la différence des droits de propriété intellectuelle détenus par les tiers, les droits des administrations au titre de leur propriété intellectuelle sur les bases de données (CPI, art. L. 342-1 et L. 342-2) ne peuvent pas faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces admi-

38. CAA Marseille, 17 avr. 2023, n° 23MA00452, *Communauté de communes Vallée de l'Ubaye-Serre-Ponçon*, § 5. - CAA Bordeaux, 28 févr. 2023, n° 21BX01167, *Épx A.*, § 9. - CAA Marseille, 16 déc. 2019, n° 18MA03183, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, § 10 : « le régime des contrats de concession de service public exclut en revanche de la catégorie des biens de retour, dans le silence des clauses contractuelles, ceux appartenant à des tiers alors même qu'ils ont été mis à la disposition du concessionnaire, sous quelque forme que ce soit, pour être affectés à l'exploitation du service, fussent-ils nécessaires à son fonctionnement ».

39. J. Laurent, *La propriété des droits* : LGDJ, 2012, p. 208 et s. - P. Berlioz, *La notion de bien* : LGDJ, 2007, p. 318 et s.

40. T. confl., 7 juill. 2014, n° C3955, *Dpt Meurthe-et-Moselle*. - CE, 6 mars 2015, n° 373637, § 2. - V. aussi T. confl., 2 mai 2011, n° 3770, *Sté d'équipements industriels urbains c/ Cne Oustréham* : s'agissant des droits sur les dessins et modèles.

41. V. supra § 8 et 11.

42. Plus précisément, l'article L. 342-1 du CPI dispose que le « producteur de bases de données a le droit d'interdire : 1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ; 2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme. ».

43. CE, 16 mai 2022, n° 459904, *Cne Nîmes*, préc., § 8-9.

nistrations publient⁴⁴. Il en va toutefois différemment s'agissant des bases de données produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence (CRPA, art. L. 321-3).

19 - Les données et bases des données utilisées ou produites pour l'exécution des contrats de la commande publique sont, en partie, des données publiques, c'est-à-dire des informations contenues dans les documents produits ou reçus dans le cadre d'une mission de service public.

Dans les concessions de service public, les données et bases données apportées ou produites par le concessionnaire dans le cadre de ses missions de service public constituent des données publiques, soit en tant qu'elles sont produites par une personne privée chargée d'une mission de service public, soit en tant qu'elles sont (aussi) reçues par l'autorité concédante en tant que biens de retour (ou fournies à celle-ci lorsqu'elles sont indispensables à l'exécution du service public).

Autrement dit, même les bases de données qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public peuvent constituer des données publiques dès lors qu'elles sont produites par une personne de droit privé chargée d'une mission de service public (CRPA, art. L. 300-2). Il n'est, en effet, pas nécessaire que les données ou bases de données soient indispensables au service public pour constituer des données publiques.

Dans ces conditions, le droit des données publiques et le droit des concessions se complètent pour étendre potentiellement la qualification de données publiques. D'une part, les données et bases de données antérieures apportées par le concessionnaire et nécessaires au fonctionnement du service public sont des biens de retour qui reviennent à l'autorité concédante et constituent des données publiques en tant que données reçues par l'autorité concédante. D'autre part, les données et bases de données produites par le concessionnaire sont des données publiques dès lors qu'elles ont été produites dans le cadre d'une mission de service public, même si ce sont seulement des biens de reprise.

Cette interprétation permet d'étendre le champ de la diffusion des données et bases de données au-delà de ce que permettent les articles L. 3131-2 à 3131-4 du CCP, qui ne visent que les données indispensables à l'exécution du service public et prévoient des dispenses. En effet, une interprétation plus restrictive des obligations de diffusion suppose de s'appuyer sur les articles L. 3131-2 à 3131-4 du CCP pour considérer que seules les données fournies par le concessionnaire sont reçues par l'Administration. Il ne s'agit alors que des données indispensables à l'exécution du service public, éventuellement amputées de celles pour lesquelles l'autorité concédante a accordé une dispense de fourniture. Mais cette interprétation restrictive ne paraît pas adéquate pour deux raisons. Premièrement, la référence aux données et bases de données indispensables à l'exécution du service public s'inscrit dans une logique de transparence des relations entre les parties et de continuité du service public. Or, tel n'est pas la logique de la diffusion des données publiques. Celle-ci s'inscrit dans une perspective plus large qui est celle de l'accès aux documents et informations publiques et de réutilisation par des tiers. Deuxièmement, cette logique d'accès et de libre réutilisation s'impose aussi aux personnes privées chargées d'une mission de service public qui ne peuvent donc pas être considérées comme des tiers du point de vue de la protection de leurs droits de propriété intellectuelle. L'interprétation extensive ici retenue paraît donc s'imposer. Par suite, les données et bases de données peuvent être considérées comme produites ou reçues par une Administration (y compris une personne privée chargée d'une mission de service public) lorsque la réception repose sur la détention d'un droit de propriété ou d'utilisation indépendant de la

fourniture des données et bases de données dans le cadre de l'article L. 3131-2 du CCP.

20 - Dans les marchés publics, les données et bases de données qui constituent des résultats ont vocation à constituer des données publiques. Elles sont reçues par l'Administration puisque les droits sur ces éléments lui sont cédés.

S'agissant des bases de données, le titulaire cède à l'acheteur les droits patrimoniaux des droits d'auteur ou des droits voisins des droits d'auteur afférents aux résultats, pour les finalités et besoins d'utilisation liés au marché public. Certes, les besoins d'utilisation liés au marché public ne couvrent pas de façon évidente les obligations liées à l'ouverture des données publiques, sauf à considérer que les besoins d'utilisation liés au marché incluent la satisfaction par l'Administration de ses obligations transversales dont chaque marché est une application. Mais les CCAG prévoient que le titulaire autorise l'acheteur à extraire et réutiliser librement les bases de données incluses dans les résultats, notamment en vue de la mise à disposition des informations publiques à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux⁴⁵.

S'agissant des données elles-mêmes, intégrées ou générées dans le cadre du marché, elles appartiennent exclusivement à l'acheteur⁴⁶. Il faut donc considérer qu'elles sont reçues par l'Administration quand bien même elles ne sont pas produites par une Administration (puisque le titulaire du marché n'agit pas, le plus souvent, dans le cadre d'une mission de service public).

Les connaissances antérieures ne sont, en revanche, des données publiques que si les droits reconnus à l'acheteur lui permettent de les diffuser.

21 - Les contrats de la commande publique comportent donc divers mécanismes de nature à permettre la satisfaction des obligations liées à l'*open data*.

Le principal mécanisme de nature à permettre à l'Administration de satisfaire ses obligations en matière d'*open data* réside dans le transfert des droits de propriété à l'Administration. Qu'il s'agisse de biens de retour ou de résultats, les droits sur ces éléments sont cédés à l'Administration. Ce support tiré du droit de propriété n'est pas conçu pour l'*open data*, mais il produit un effet extensif tout à fait utile. Cela permet de considérer que l'Administration a reçu les données ou bases de données⁴⁷.

La propriété intellectuelle constitue certes un obstacle à communication ou publication (CRPA, art. L. 311-4), d'une part, ou à la libre réutilisation (CRPA, art. L. 321-2), d'autre part, des données ou bases de données. Il faut donc en mesurer l'impact effectif.

Dans les CCAG, la cession des droits liés aux résultats comprend explicitement le droit de communication au public et de mise à disposition du public des résultats, en tout ou partie, directement ou indirectement, en l'état ou modifiés, par tous moyens, modes et procédés⁴⁸. De manière plus spécifique, le titulaire autorise l'acheteur à extraire et réutiliser librement les bases de données incluses dans les résultats, notamment en vue de la mise à disposition des informations publiques à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux⁴⁹. Et de manière plus générale, le titulaire du marché ne peut opposer ses droits ou titres de propriété intellectuelle ou ses droits de toute autre nature à l'utilisation des résultats et des connaissances antérieures, lorsque celle-ci est conforme aux besoins d'utilisation

44. CE 8 fév. 2017, n° 389806, Sté NotreFamille.com, § 3 ; v. T. Azzi, *Open data et propriété intellectuelle* : Rec. Dalloz 2017, p. 583.

45. CCAG Travaux, art. 48.4.3. – CCAG PI, art. 35.4.3. – CCAG TIC, art. 46.4.3. – CCAG FCS, art. 37.4.3. – CCAG MI, art. 40.4.3. – CCAG MO, art. 24.2.3.2.

46. V. supra § 8.

47. V. supra § 19 et 20.

48. CCAG Travaux, art. 48.2.1. – CCAG PI, art. 35.2.1. – CCAG TIC, art. 46.2.1. – CCAG FCS, art. 37.2.1. – CCAG MI, art. 40.2.1. – CCAG MO, art. 24.2.1.2.

49. CCAG Travaux, art. 48.4.3. – CCAG PI, art. 35.4.3. – CCAG TIC, art. 46.4.3. – CCAG FCS, art. 37.4.3. – CCAG MI, art. 40.4.3. – CCAG MO, art. 24.2.3.2.

liés au marché⁵⁰. C'est donc pour les connaissances antérieures que les besoins d'utilisation liés au marché doivent être précisément définis car si ces besoins incluent la mise à disposition des informations publiques à des fins de réutilisation, même les droits conservés sur les connaissances antérieures ne peuvent pas faire obstacle à la diffusion et la libre réutilisation.

Ce qui vaut pour les bases de données vaut également pour les données elles-mêmes, bien qu'il existe une très intéressante discussion relative à l'admissibilité d'un droit de propriété sur les données publiques⁵¹ ou sur les données personnelles⁵² produites ou reçues pour l'exécution du contrat. Comme nous l'avons expliqué⁵³, la propriété de l'Administration – qui est clairement affirmée par les CCAG qui énoncent que les données intégrées ou générées dans le cadre du marché ou qui résulte de la qualification de bien de retour dans les concessions – permet de considérer que les données sont « reçues » par l'acheteur ou d'autorité concédante. Par ailleurs, les données n'étant pas, en tant que telles, l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, la réserve tenant au respect des droits des tiers ne joue pas à leur égard.

Il reste alors à savoir si les droits de l'Administration peuvent s'opposer à l'ouverture ou la libre réutilisation.

S'agissant des bases de données, la réponse est explicitement donnée par le CRPA, qui dispose que les droits des administrations (au titre des droits spécifiques aux producteurs de bases de données) ne peuvent pas faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient (CRPA, art. L. 321-3). Il n'en va différemment que si elles sont produites ou reçues par les administrations (*lato sensu*) dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence. Il reste à déterminer si les données produites dans le cadre de l'exécution d'un service public à caractère industriel ou commercial concédé (et soumis à la concurrence) sont aussi nécessairement reçues par l'Administration dans l'exercice de cette mission. Si tel est le cas, les données ne sont pas librement réutilisables. Mais lorsque le service public est concédé, l'autorité concédante agit en tant que puissance publique organisatrice du service, même lorsque celui-ci est industriel et commercial. Les données ne sont donc pas reçues « dans l'exercice » d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence. Il faut bien reconnaître, toutefois, que cette interprétation restrictive prive en grande partie d'intérêt la réserve des droits de propriété intellectuelle si on la réduit aux seules bases de données produites par l'Administration elle-même ou reçue d'un prestataire dans le cadre de la gestion directe d'un SPIC par l'Administration.

S'agissant des données, le CRPA ne prévoit rien explicitement. Dès lors, si l'on estime que les données peuvent être l'objet d'un droit de propriété (ce qui est largement présumé par les CCAG), l'absence de disposition équivalente à celle concernant la propriété intellectuelle signifie-t-elle que le droit de propriété des administrations fait obstacle à la réutilisation des données ? La réponse est implicitement comprise dans la réserve de l'article L. 321-3 du CRPA. Puisque les droits de propriété intellectuelle ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que les administrations publient et puisque les données sont le contenu de ces bases, les droits de

propriété sur les données ne peuvent pas non plus faire obstacle à leur libre réutilisation.

22 - Dans ces conditions, les dispositions spécifiques aux données et bases de données indispensables à l'exécution d'un service public apparaissent peu utiles, pour les raisons exposées précédemment. Pour les concessions, leur champ d'application temporel et matériel est plus étroit que celui qui découle de la qualification de bien de retour, combinée à la notion de donnée publique⁵⁴. Pour les marchés publics, leur champ d'application est également plus étroit par rapport à la notion de résultat et aux droits de diffusion et libre réutilisation qui y sont attachés⁵⁵. Par ailleurs, leur fondement contractuel est inadapté aux enjeux liés à la garantie des principes constitutionnels et aux obligations légales d'ouverture des données publiques⁵⁶.

Une simplification et une unification par l'intermédiaire d'une disposition législative seraient donc certainement opportunes.

Cela étant dit, toutes les données appropriées par les personnes publiques ne sont pas des données ouvertes. Une partie d'entre elles sont confidentielles et doivent le rester.

B. - La confidentialité des données protégées

23 - L'Administration doit veiller à protéger certaines données auxquelles son cocontractant a accès pour l'exécution du contrat. Ces données, qu'elles soient personnelles ou non, sont en partie protégées et doivent rester confidentielles. Tel est le cas des données contenues dans des documents non communicables parce que : 1° la consultation ou la communication serait de nature à porter atteinte aux secrets protégés par la loi, et notamment à sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations (CRPA, art. L. 311-5, 2°, *d et h*) ; 2° la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires (CRPA, art. L. 311-6) ; 3° le document comprend des données personnelles (CRPA, art. L. 311-3, L. 311-6, L. 312-1-2 et L. 322-2). Par ailleurs, les documents administratifs sont communiqués ou publiés sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique (CRPA, art. L. 311-4). Puisque toute personne n'a pas un droit à la communication des informations contenues dans ces documents, ils ne constituent ni des documents qui doivent être publiés (CRPA, art. L. 312-1-1), ni des informations publiques dont la réutilisation est libre (CRPA, art. L. 321-2).

Plusieurs clauses des CCAG sont relatives à la confidentialité des données et en offrent une conception extensive.

S'agissant des données appartenant initialement à l'acheteur, les CCAG prévoient que la notion d'information confidentielle désigne toute information de quelque nature, sous quelque forme que ce soit, sur tout support dont l'acheteur est propriétaire ou titulaire, et qui est communiquée au titulaire, ou obtenue de toute autre façon par ce dernier dans le cadre de ses relations avec l'acheteur⁵⁷.

S'agissant des données intégrées ou générées dans le cadre du marché, elles sont explicitement désignées comme confidentielles⁵⁸.

Le principe est donc que toutes les informations appartenant à l'acheteur ou produites dans le cadre du marché sont confidentielles. Mais les CCAG comportent aussi des clauses limitant cette conception extensive en libérant l'opérateur économique de l'obligation de confidentialité s'agissant (notamment) des informations que l'acheteur a lui-même rendues publiques pendant l'exécution du marché.

50. CCAG Travaux, art. 48.4.3. – CCAG PI, art. 35.4.3. – CCAG TIC, art. 46.4.3. – CCAG FCS, art. 37.4.3. – CCAG MI, art. 40.4.3. – CCAG MO, art. 24.4.1.

51. Ch. Roux, *La propriété publique à l'épreuve des données*, in AFDA, *Le droit administratif au défi du numérique* : Dalloz, 2020, p. 56 et s. – A. Camus, *La propriété des données publiques* : REAP, 2018/3, p. 481 et s. – M. Boul, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, préc., p. 199 et s.

52. R. Boffa, *La propriété des données personnelles*, in V. Malabat & A. Zabalza (dir.), *La propriété du siècle* : Dalloz, 2021, p. 107 et s.

53. V. supra, § 19-20.

54. V. supra § 19.

55. Sauf à considérer qu'il existe des données ou bases de données qui sont indispensables à l'exécution du service public sans être des résultats du marché, V. § 20.

56. V. supra § 13.

57. V. les articles 5 des CCAG.

58. CCAG Travaux, art. 48.2.3. – CCAG PI, art. 35.2.3. – CCAG TIC, art. 46.2.3. – CCAG FCS, art. 37.2.3. – CCAG MI, art. 40.2.3.

Les données personnelles font l'objet de clauses spécifiques, notamment pour rappeler la soumission aux règles européennes⁵⁹. Il en va spécialement ainsi lorsque le titulaire met en œuvre un traitement de données à caractère personnel pour le compte de l'acheteur. Mais les CCAG doivent être précisés pour déterminer les traitements de données qui doivent ou peuvent être mis en place pour l'exécution du contrat et les responsabilités des parties, en tant que « responsable » ou en tant que « sous-traitant » au sens du RGPD⁶⁰.

24 - Les garanties de confidentialité reposent essentiellement sur des obligations et des sanctions contractuelles.

Tout d'abord, le titulaire et son personnel, et le cas échéant ses sous-traitants, ne peuvent utiliser une information confidentielle que pour l'accomplissement des prestations prévues au marché. Au terme de l'exécution du marché ou en cas de résiliation, le titulaire restitue sans délai à l'acheteur une copie de l'intégralité des données confiées par lui dans le cadre de la prestation. Une fois la restitution effectuée, le titulaire détruit, dans un délai de 3 mois, les éventuelles copies de données détenues dans son système d'information, y compris les données ayant fait l'objet de sauvegardes ou d'un archivage⁶¹.

Ensuite, en raison de la facilité de reproduction et de diffusion des informations sur support numérique, il importe spécialement de garantir cette obligation dans le cadre de relations avec des tiers, notamment dans les sous-contrats. C'est pourquoi les CCAG imposent l'extension de cette obligation dans les chaînes de contrats. Le titulaire doit informer ses sous-traitants des obligations de confidentialité et des mesures de sécurité qui s'imposent à lui pour l'exécution du marché. Il doit s'assurer du respect de ces obligations par ses sous-traitants ou ses personnels.

Enfin, les CCAG organisent un mécanisme de sanction par des pénalités applicables au titulaire en cas de méconnaissance de la réglementation⁶² et prévoient la possibilité d'une résiliation en cas de manquement aux obligations légales et contractuelles relatives à la protection des données personnelles. Ainsi, l'acheteur peut résilier le marché pour faute du titulaire lorsque le titulaire ou le sous-traitant ne respecte pas les obligations relatives à la confidentialité, ou à la protection des données à caractère personnel⁶³.

Le contrat organise aussi parfois des mesures plus intrusives destinées à assurer la sécurité et la confidentialité des données. Ainsi, les CCAG prévoient que l'acheteur peut effectuer ou faire effectuer un audit de sécurité auprès du titulaire ou le cas échéant de ses sous-traitants afin de s'assurer de la prise en compte effective du niveau de sécurité requis par l'acheteur (le titulaire étant informé 15 jours à l'avance). Plus encore, l'acheteur, ou l'organisme mandaté à cette fin,

peut, pendant une période de 6 mois à compter du terme de l'exécution du marché ou de sa résiliation, exercer un contrôle dans les locaux du titulaire et, le cas échéant, dans ceux de ses sous-traitants afin de vérifier que les dispositions en matière de destruction des données ont été effectivement appliquées⁶⁴.

Ces mécanismes contractuels permettent de renforcer les obligations légales en incitant le cocontractant à respecter la protection des données. Les sanctions contractuelles s'ajoutent alors aux sanctions de droit commun, et spécialement aux amendes qui peuvent être prononcées par la CNIL.

25 - En cas de menace pour la confidentialité des données, l'Administration doit pouvoir agir en référé sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA, pour demander que le juge ordonne toutes mesures utiles à la conservation de cette confidentialité.

Certes, en principe, il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'Administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat. Mais il en va autrement quand l'Administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle. En pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire. En cas d'urgence, le juge des référés peut, de même, sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse⁶⁵. Il n'est pas déraisonnable de soutenir qu'un risque de diffusion de données confidentielles, de non-destruction ou de non-restitution des copies serait de nature à porter atteinte au bon fonctionnement du service public⁶⁶. L'utilité d'une injonction juridictionnelle et l'urgence justifieraient alors la demande de l'Administration.

26 - La dimension immatérielle et le caractère aisément duplicable des données numériques rendent la maîtrise et la protection des données plus complexes car ils favorisent les usages de fait et l'entrelacement des droits des parties et des tiers. Compte tenu de l'importance contemporaine des données dans les contrats de la commande publique, un cadre législatif unifié et plus systématique, de nature à garantir la continuité du service public et l'ouverture des données publiques serait opportun, tout comme le serait une unification de la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges relatifs à l'exécution du contrat.■

59. V. les articles 5 des CCAG. – V. aussi F. Jouanneau & B. Brami, *La prise en compte effective du traitement des données personnelles dans les nouveaux CCAG : Contrats publ.* 2021, n° 219.

60. V. les fiches de la DAJ, *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) dans les marchés publics, et L'impact du RGPD sur le droit de la commande publique.*

61. CCAG PI, art. 31. – CCAG TIC, art. 37.

62. CCAG PI, art. 14.2. – CCAG TIC, 14.3.

63. CCAG PI, art. 39.1, k. – CCAG TIC, art. 50.1, j.

64. CCAG, TIC, art. 24. – CCAG PI, art. 19.

65. CE, 16 mai 2022, n° 459904, *Cne Nîmes, préc.*, § 2.

66. Par analogie, V. CE, 29 juill. 2002, n° 243500, *Centre hospitalier d'Armentières : à propos de la restitution d'archives médicales.*

2397 La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche pratique

Jean-Marc PEYRICAL,
*président de l'Association pour l'achat dans les services publics,
 maître de conférences des universités,
 avocat associé,
 directeur de l'Institut du droit public des affaires du barreau de Paris*



Protection des données personnelles et achat public ont longtemps eu des relations plutôt distendues, voire inexistantes. Il faut dire que, et le phénomène ne cesse de s'amplifier, les acheteurs ont eu et ont toujours fort à faire, l'achat public du fait de son impact économique et par là même social étant de plus en plus instrumentalisé à des fins qui, pour louables qu'elles soient, peuvent apparaître plus ou moins éloignées de l'achat – de l'approvisionnement pourrait-on dire – en tant que tel de prestations de travaux, fournitures et services. Mais les choses évoluent.

1 - Protection de l'environnement et du développement durable, soutien des chercheurs d'emploi, promotion de plus en plus affichée de l'achat local, respect des lois de la République mais aussi de la parité homme-femme, vérifications de plus en plus étendues des possibilités d'exclusion obligatoires ou non (la toute récente loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte venant ajouter un nouveau motif d'exclusion relatif à l'établissement par les entreprises d'un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre) des candidats... les contraintes et objectifs sont nombreux et complexifient par là même le métier de celles et ceux qui permettent en les alimentant aux services publics de fonctionner au mieux au service des usagers.

Alors, quelle peut être la place de la protection des données personnelles dans ce contexte, sachant que rares sont les acheteurs capables d'en donner une définition et un périmètre précis... même si certains sont sans doute davantage sensibilisés comme ceux intervenant dans le secteur de la Défense.

Il y a pourtant des textes applicables, avant tout la loi fondatrice dite informatique et libertés 78-17 du 6 janvier 1978 et le fameux règlement européen de protection des données dit RGPD du 27 avril 2016 entré en vigueur en France le 25 mai 2018... sachant qu'est actuellement en cours de discussion au parlement un projet de loi sur la sécurisation et la régulation de l'espace numérique.

Les acheteurs publics, qu'ils soient juristes, techniciens ou, sans être exhaustif, financiers – l'achat public touchant bien évidemment à de multiples compétences – se doivent non seulement de connaître mais d'appliquer de tels textes. Ils sont aidés en cela par des modèles de rédaction de clauses contractuelles qu'on leur propose, s'agissant notamment des clauses contenues dans les derniers CCAG applicables depuis 2021.

On peut citer à titre d'exemple l'article 5.2 du CCAG Travaux relatif à la protection des données à caractère personnel. Le maître d'ou-

vrage y est considéré comme le responsable du traitement au sens du RGPD en tant qu'autorité publique déterminant les finalités et les moyens du traitement des données.

Le titulaire du marché est lui considéré comme le « sous-traitant » – à ne pas confondre avec la sous-traitance issue de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 – toujours dans le sens du RGPD en tant que personne traitant des données à caractère personnel pour le compte du maître d'ouvrage.

Ces dispositions du CCAG tracent un premier tableau des obligations du maître d'ouvrage et de son ou de ses sous-traitants – petite incise ici : attention aux groupements momentanés d'entreprises où les rôles et responsabilités de chacun en matière de données personnelles, et notamment du mandataire surtout s'il est solidaire, doivent être précisés par exemple au sein d'une convention de groupement – qu'il s'agisse de demandes de communication de données, de droit à l'information des tiers, de mesures mises en œuvre pour garantir l'intégrité, la confidentialité et la disponibilité des données ou encore les modalités de leur conservation et le sort qui leur est réservé à la fin du marché.

Il est évident que de telles stipulations ne peuvent couvrir toutes les situations susceptibles d'être rencontrées et que les documents particuliers du marché-CCAP notamment – doivent préciser encore le rôle et les responsabilités – ainsi que les sanctions – de chaque acteur du contrat. Les signataires de ce dernier ne sont d'ailleurs pas les seuls concernés. Un assistant à maîtrise d'ouvrage – ou un maître d'œuvre dans le cadre de l'exécution d'un marché de travaux, ou un sous-traitant cette fois dans le sens littéral du terme – est également appelé à intervenir dans ce champ de la protection des données personnelles ; et son propre contrat doit par conséquent contenir des dispositions à ce sujet... sans évoquer le sujet de plus en plus sensible

des conflits d'intérêts et atteintes au principe d'impartialité souvent lié à ces AMO¹.

Encore une tâche supplémentaire donc pour des acheteurs déjà bien occupés... et tâche d'autant plus sensible à une époque où digitalisation de la commande publique va de pair avec un développement exponentiel de la cyber criminalité, les collectivités publiques étant particulièrement concernées par le phénomène – elles représentent ainsi un quart des demandes de rançon.

Cette question des données personnelles doit aussi être traitée à l'aune de l'open data, données ouvertes en bon Français. Pour ce qui est des contrats de la commande publique, il s'agit de 16 données – davantage encore en cas de modification du contrat – du contrat initial qui, en application des articles L. 2196-2 et L. 3131-1 du Code de la commande publique, doivent librement accessibles sur les profils d'acheteurs – sur un portail national à partir de 2024 – et ce dès 25 000 € – même s'il existe une souplesse entre 25 et 40 000 € en termes de support et de contenu de publication. Ces données concernent la procédure de passation, le contenu du contrat et l'exécution du marché. On y trouve pêle-mêle des données comme la nature et l'objet du marché, la forme du prix, le nom du ou des titulaires du contrat ainsi que leur numéro d'inscription au répertoire des entreprises. Si, normalement, il ne s'agit pas ici de publier des données à caractère personnel, la frontière est susceptible d'être étroite et, en tout état de cause, les principes du RGPD doivent être respectés notamment en termes de format de diffusion et de modalités de réutilisation.

Rappelons juste que les règles issues de l'open data n'étant soumises à aucune sanction en cas de non-respect, elles ne sont pas toujours – c'est un euphémisme – appliquées par les acheteurs ; ce qui explique en partie les problèmes de données – ou plutôt de carences de données – cette fois statistiques concernant le nombre de marchés publics et de concessions souscrits chaque année.

1. Une attention à toutes les étapes, du sourcing à la fin du contrat

2 - Tant cette protection des données essentielles que la prévention des cyberattaques nécessitent un suivi rigoureux à tous les stades de la procédure.

Il en va ainsi de la définition des besoins, et tout particulièrement de la phase *sourcing* pour ceux qui le pratiquent.

Le *sourcing*, reconnu par le Code de la commande publique dans son article R. 2111-1, permet aux acheteurs d'aller à la rencontre des opérateurs économiques et d'échanger avec eux sur les futurs projets ou opérations susceptibles d'être lancés dans leur domaine d'intervention. De rencontres physiques par exemple dans le cadre de salons professionnels à des échanges dématérialisés en passant par des réunions d'information organisées régulièrement au sein de la collectivité, le *sourcing* peut prendre plusieurs formes. Au-delà du fait que, comme le rappelle le code, il ne peut bien évidemment pas avoir pour objet de fausser la concurrence en favorisant des candidats potentiels plutôt que d'autres, il ne peut non plus diffuser des données personnelles – notamment en provenance d'opérateurs susceptibles de répondre à de futures procédures – en contradiction avec la réglementation applicable...

L'attention doit également être importante lors des phases de passation, surtout s'agissant des procédures où l'acheteur et les candidats sont appelés à se rencontrer. On pense bien sur ici aux procédures négociées, et surtout au dialogue compétitif, pas si rarement utilisé que cela notamment avec le succès des marchés globaux de performances avec ou sans tiers financer.

Pendant ces procédures, l'acheteur doit non seulement être vigilant s'agissant du traitement égalitaire des candidats notamment en

termes de diffusion d'informations liées au projet envisagé mais aussi au regard de la diffusion d'informations liées aux opérateurs eux-mêmes, ce qui inclut forcément leurs données personnelles.

Et l'attention doit redoubler au moment du choix et des courriers à envoyer aux candidats non retenus, plus spécifiquement en procédure formalisée. Ne rien divulguer sur les offres des candidats non retenus – hormis celui qui est concerné par le courrier et/ou la demande – limiter au strict minimum les renseignements issus de l'offre ayant remporté le contrat... conserver pour soi sa méthode de notation des offres²... à nouveau ce n'est pas une simple question de respect du droit de la concurrence et du secret des affaires mais de respect des règles applicables à la protection des données personnelles.

Bien évidemment, ces exigences concernent aussi le contentieux de la passation – attention à l'utilisation des données personnelles au cours d'un référé précontractuel – et l'exécution des contrats, avec là encore les contentieux susceptibles d'intervenir essentiellement entre les parties au contrat. Un avenant à un contrat de la commande publique peut ainsi aller plus loin en termes de diffusion de données personnelles que le contrat originel... et puis le « *maitre d'ouvrage* » se doit de veiller constamment à ce que son « *sous-traitant* » respecte le RGPD...

Et la question va immanquablement se poser avec acuité en fin de contrat... quid du devenir des données personnelles contenues au sein du contrat en fin de vie ? Destruction ou transmission au nouveau titulaire ? Conservation par le délégué à la protection des données, si tant est qu'il y en ai un ?

Le sujet est particulièrement sensible en concession – mais aussi dans certains marchés, comme ceux relatifs à l'enlèvement des ordures ménagères par ex – le concessionnaire sortant se devant de diffuser, surtout en cas de nouvelle concession, tout élément et renseignement relatifs aux usagers concernés (distribution d'eau potable, transport en commun...) ainsi qu'au personnel devant faire l'objet d'un transfert dans le cadre de l'article L. 122-12 du Code du travail... le traitement du sujet étant encore plus complexe en cas de résiliation anticipée du contrat, que ce soit pour faute ou pour motif d'intérêt général. C'est là d'ailleurs que l'existence d'un DPO se justifierait pleinement (V. ci-après).

2. Les clés : contract management et professionnalisation

3 - Comme souvent en achat public et ailleurs, tout ou presque est question d'organisation.

Ainsi, les problématiques cybersécurité, RGPD et autres seront plus aisément abordées et traitées par des structures dotées de services achats/contrats de la commande publique suffisamment achalandés que par – mais c'est cependant la grande majorité – des collectivités n'ayant pas les moyens humains et financiers d'en avoir ne serait-ce qu'une conscience minimale.

L'idéal serait que chacune d'entre elles se dote d'un délégué à la protection des données (DPO), intervenant sur un périmètre large incluant la vidéoprotection/surveillance où les besoins de sécurisation sont là encore nombreux.

Il apparaît également indispensable que les collectivités publiques rédigent un guide de leurs achats publics incluant un volet utilisation des données personnelles, afin de se donner un cadre en interne et donc une règle du jeu si possible claire et ferme afin qu'elle puisse être appliquée et respectée par tous. Ce guide pourra être accompagné d'une cartographie des risques comprenant un volet sécuritaire et technologique au regard notamment de l'utilisation des données à caractère personnel.

1. CE, 25 nov. 2021, n° 454466, Sté Corsica Networks.

2. Pour un arrêt récent, V. CE, 2 août 2023, n° 472976, Communauté de communes de Ramin et Chérumont.

Et au-delà du DPO susmentionné, un ou plusieurs *contract manager* pourraient parmi leurs fonctions revêtir ce rôle de garant du respect du RGPD, et ce dès le stade de la préparation du marché ou de la concession.

On retrouve ici la problématique connue et souvent appréhendée de la professionnalisation des acheteurs publics, tant en, termes de

formation que de compétence et d'organisation, qui ne saurait donc délaissier ce domaine o combien sensible de la gestion des données personnelles. ■

2398 La maîtrise et la protection des données des contrats de la commande publique : synthèse de l'atelier n° 3

Olivier GIANNONI,

secrétaire général de l'UGAP,
enseignant à l'université de Paris II
et à Sciences Po Paris,
Auteur du livre « stratégie et techniques
de l'achat public »



Selon Angela Merkel : « le monde numérique crée une situation où il n'y a plus de secrets. » La numérisation de la commande publique européenne semble répondre à ce constat en ce qu'elle est fondée sur le postulat que le libre accès aux données est un gage d'efficience de l'utilisation des deniers publics tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques. Toutefois, comme en toute matière, l'excès est préjudiciable et certaines données doivent être protégées à la fois pour garantir l'existence d'une libre concurrence entre les opérateurs économiques mais également pour protéger les droits des personnes physiques et les intérêts patrimoniaux des acheteurs publics.

1 - La question des données dans la commande publique est encore peu abordée car elle est relativement récente. En effet, c'est l'article 22 de la directive 2014/24/UE marchés publics du 26 février 2014 qui impose à compter du 18 octobre 2018 la dématérialisation des procédures de passation des marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens. Concernant les concessions, l'obligation légale concerne les avis de publicité qui, selon l'article 29 de la directive 2014/23/UE devront être transmis sous forme électronique. À ce corpus spécifique vient s'ajouter à des règles plus générales présentées dans le Code civil. L'utilisation de la signature électronique est prévue à l'article 1367 du Code civil qui dispose qu'« (...) elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte elle s'attache (...). L'article 1366 prévoit que : « L'écrit électronique a la même force probante qu'un écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

Cette évolution vers une passation électronique des marchés publics est fondée sur plusieurs arguments. D'une part, le recours à la dématérialisation des procédures engendre des économies importantes. D'autre part, l'accès à la commande publique pour les entreprises, en particulier les PME, est renforcé avec la transparence des procédures et la réduction des coûts de participation¹. Ces aspects sont d'ailleurs repris comme des axes de travail par le plan de transformation numérique de la commande publique français². Le libre accès aux données est donc un but affiché par le législateur européen dans le but d'optimiser la commande publique.

1. Commission européenne, *Des économies pour l'Europe : vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016*, 20 avr. 2012 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-389_fr.htm?locale=fr).
2. Ministère de l'Économie et des Finances – direction des affaires juridiques, *Plan de transformation numérique de la commande publique, 2017-2022*.

Cette transparence est contrebalancée par la protection de certaines données. Les éléments économiques des offres sont secrets car l'existence d'une réelle concurrence entre les opérateurs économiques est justement fondée sur cette ignorance réciproque. L'entente entre entreprises est en effet une cause de surcoût pour les acheteurs publics³. Cette protection s'applique non seulement à la procédure mais également à l'exécution du contrat. Une autre réglementation européenne, le règlement de protection des données personnelles (RGPD) encadre l'utilisation des données permettant d'identifier les personnes lorsque les personnes ou le traitement des données sont situés sur le territoire de l'Union européenne. De même, les intérêts patrimoniaux des personnes publiques peuvent conduire à prévoir des protections particulières par rapport à la possession des données en prévoyant des clauses de rétrocessions des données issues de l'exécution du marché ou par la qualification de biens de retour.

1. L'accessibilité aux données de la commande publique : garantie d'efficacité et de contrôle des deniers publics

A. - La communication des données de la commande publique aux acheteurs et aux opérateurs économiques, garantie d'efficacité de l'utilisation des deniers publics

1° Les acheteurs publics

2 - Assez paradoxalement, la transparence en matière de données d'exécution des marchés est d'abord utile aux pouvoirs adjudicateurs. En effet, si les entités adjudicatrices peuvent disposer, en application des articles R. 3131-1 et suivants du Code de la commande publique, d'un rapport comptable annuel sur l'exécution réalisé par le concessionnaire, il n'existe rien de tel pour les pouvoirs adjudicateurs. Les gestionnaires publics ont au contraire une connaissance parcellaire de la consommation des services. Plusieurs raisons peuvent expliquer cette situation. Depuis 2006, il n'existe plus de nomenclature de famille d'achat car l'arrêté du 13 décembre 2001 qui en prévoyait une a été abrogé sans être remplacé. De plus, une telle nomenclature doit avoir une équivalence avec les comptes du plan comptable afin que les exécutions comptable et contractuelle puissent être cohérentes. Une telle démarche suppose une méthodologie et un accompagnement précis des services.

Ensuite, à supposer que l'acheteur public dispose des bons outils juridico-comptables, il peut arriver que les services lancent des marchés avec des objets proches ce qui peut les conduire à consommer des produits analogues auprès de fournisseurs et avec des conditions financières différentes. Ainsi, les différentes enquêtes menées par le Sénat et la Cour des comptes sur les marchés de prestations de conseil utilisés par les services de l'État ont surtout démontré qu'il était particulièrement compliqué de connaître le détail des consommations puisque les services d'un ministère pouvaient consommer des crédits sur un marché qui avait été conclu par les services d'un autre ministère. Le suivi de l'exécution du contrat était donc impossible car relevant de budgets ministériels différents. De même, il est apparu qu'il

existait des différences de catégorisation comptable pour les mêmes prestations entre les services⁴.

La disponibilité des données est donc une exigence dont le premier bénéficiaire est l'acheteur public. Elle assure, en premier lieu, la régularité juridique de la computation des seuils et donc la régularité de la passation des marchés. Elle permet, en second lieu, aux acheteurs publics de réaliser des travaux de cartographie en utilisant la méthode ABC ou la matrice de Krajic pour identifier les segments d'achats stratégiques pour l'activité des services ou générateurs d'économies budgétaires voire de mutualisation des besoins. Cette connaissance des données d'exécution est au final une clé pour élaborer une stratégie d'achat. La nécessité d'une approche planifiée est d'ailleurs encouragée par le législateur qui a récemment généralisé l'obligation d'un schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER) à tous les acheteurs publics⁵.

2° Les opérateurs économiques

3 - L'*open data* de la commande publique est prévue par les articles L. 2196-2 et L. 3131-1 du Code de la commande publique. Ces données libres portant sur la passation sont au nombre de 16 (objet, durée, montant...). Les données portant sur l'exécution sont au nombre de 7 (objet de la modification, nom du nouveau titulaire si changement...). Cette obligation de publier les données essentielles concerne les concessions comme les marchés publics. Pour ces derniers, l'obligation s'applique dès qu'ils atteignent une valeur de 25 000 € HT.

Ces données sont en elles-mêmes difficilement exploitables. En revanche, lorsqu'elles sont regroupées dans des bases de données et analysées par des algorithmes entraînés : c'est-à-dire des outils d'intelligence artificielle elles peuvent se révéler particulièrement intéressantes. La nature des marchés attribués et leur durée constituent des informations importantes pour réaliser un *sourcing* inversé. C'est-à-dire la sollicitation des acheteurs publics par les entreprises avant le lancement des procédures de renouvellement pour se faire connaître et candidater ensuite. Cette exploitation des données consolidées de la commande publique peut renforcer la concurrence et donc permettre le choix de la meilleure offre possible.

B. - La communication des données de la commande publique aux opérateurs économiques et aux autorités, garantie de contrôle de l'utilisation des deniers publics

1° Les opérateurs économiques

4 - La décision du Conseil d'État société hospitalière d'assurances mutuelles⁶ est de ce point de vue fort intéressante. Dans cette affaire, un candidat évincé à un marché d'assurance avait appris la conclusion d'un avenant qui modifiait les primes d'assurance et la composition du groupement attributaire. Le requérant introduisit un référé en se prévalant que ces modifications étaient illégales et qu'un nouveau marché aurait dû être conclu. Le juge a reconnu qu'une des modifications était illégale mais l'action n'a pas abouti à l'annulation de l'avenant car le Conseil d'État considéra que la poursuite du marché d'assurance constituait une raison impérieuse d'intérêt général.

La comparaison entre les données essentielles initiales d'un contrat et son exécution peut nourrir des actions analogues car être révélatrice de modifications, par avenant ou décision unilatérale, po-

3. CE, 27 mars 2020, n° 420491, *Sté Signalisation France* ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 197, note M. Ubaud-Bergeron et CE, 27 mars 2020, n° 421758 et 421833, *Dpt de l'Orme* : Lebon, p. 142 ; *Contrats-Marchés publ.* 2020, *comm.* 197, note M. Ubaud-Bergeron.

4. *Rapp. thématique le recours aux prestations intellectuelles de cabinet de conseil*, juill. 2023, *Cour des comptes*, p. 67.

5. L. n° 2023-973, 23 oct. 2023, art. 29, relative à l'industrie verte.

6. CE, 16 mai 2022, n° 459408, *Sté hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)* : Lebon T. ; *JCP A* 2022, act. 362 ; *JCP A* 2022, 2243.

tentiellement contraires au Code de la commande publique. Il sera alors possible soit de saisir le juge des référés, soit d'introduire une action en cessation des relations contractuelles⁷. Au final, l'accès et l'analyse des données du contrat offrent une large amplitude d'actions aux opérateurs économiques pour attaquer des situations qui nuisent à leurs intérêts et ainsi contribuer à la bonne application des règles de la commande publique.

2° Les autorités de contrôle

5 - Les données constituent aussi une matière première particulièrement précieuse pour identifier les comportements déviants. Le niveau des prix et le nombre de concurrents peuvent constituer des indices pour la Commission européenne, la direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes ou l'autorité de la concurrence pour détecter des atteintes aux règles de la concurrence. De même, l'attribution systématique de contrats au même titulaire depuis de nombreuses années peut aussi être révélatrice de l'existence de pratiques de favoritisme voire de corruption au sein d'une autorité contractante.

2. La protection des données de la commande publique : garantie de la concurrence et des intérêts des personnes privées et publiques

A. - La protection des données de la commande publique, garantie d'une réelle concurrence lors de la passation et de l'exécution du contrat

1° Au moment de la passation

6 - La protection des données composant l'offre des candidats est obligation qui pèse sur les autorités contractantes. Une fuite des données entre candidat d'une même procédure est non seulement une atteinte au principe d'égalité mais porte une atteinte à la liberté de la concurrence. Dans une décision remarquable du 27 novembre 2019⁸, la Cour de cassation pousse cette logique de protection assez loin puisque le contrôle du juge va se porter directement sur les moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif alors même qu'aucune divulgation n'avait été prouvée.

Dans cette espèce, une entité adjudicatrice avait eu recours à de simples courriels pour réceptionner les offres des opérateurs économiques candidats. La Cour, en utilisant l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, va juger que l'entité adjudicatrice qui recourt à un mode de communication qui ne garantit pas l'intégrité et la confidentialité des offres commet un manquement à son obligation de mise en concurrence car ce mode de communication peut avantager un concurrent et causer nécessairement grief à tous les candidats.

Autrement dit : l'obligation réglementaire pour toute autorité contractante de disposer d'un profil d'acheteur crypté est consubstantielle de l'obligation de mise en concurrence. Une mise en concurrence réalisée avec des moyens informatiques insuffisamment protégés n'est donc pas une vraie mise en concurrence. Cette absence de conformité, dépourvue de preuve de transfert de données, est suffisante pour établir le manquement à l'obligation de confidentialité.

7. CE, 30 juin 2017, n° 398445, *Synd. mixte de l'activité transmanche* ; JCP A 2017, 2195, note J. Martin ; JCP A 2018, 2041.

8. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-23.104.

2° Au moment de l'exécution

7 - Le secret des affaires, principe général du droit⁹, est – depuis la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 qui a procédé à la transposition de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 – défini à l'article L. 151 du Code de commerce. Trois critères cumulatifs permettent d'appliquer le secret des affaires à une information : elle n'est pas aisément accessible, ce caractère secret lui confère une valeur commerciale « effective ou potentielle », et elle fait l'objet de « mesures de protection raisonnables » de la part de son « détenteur légitime ».

Sont ainsi susceptibles de constituer une information protégée : les fichiers clients, les études de marché, les méthodes de gestion ou d'organisation, ou encore un savoir-faire particulier, le volume de production ou de matières premières utilisées, des stratégies commerciales, comme la politique de développement à l'exportation. Autant de données qui font partie du patrimoine de l'entreprise et qui sont le gage de sa compétitivité.

Aux termes de l'article L. 2132-1 du Code de la commande publique : « L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. » Cette protection s'applique pendant l'exécution du contrat lors des demandes de communication de document administratif, catégorie à laquelle appartiennent les éléments constitutifs du contrat administratif.

3. La protection des données de la commande publique, garantie des intérêts des personnes physiques et publiques

A. - La protection des données des personnes physiques

8 - Le règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dit RGPD est applicable depuis le 25 mai 2018. Ce texte est applicable à tous les contrats de la commande publique dès lors que ces derniers supposent la manipulation de données personnelles dans le cadre de leur exécution. Les personnes publiques, autres que l'État, peuvent notamment faire l'objet de pénalités par la CNIL en cas d'infraction à ces dispositions.

Cette obligation de protection peut se traduire dans deux hypothèses dans la commande publique : la plus évidente est celle des contrats dont l'objet même est relatif aux données comme les marchés d'hébergement de données par cloud. La seconde hypothèse est celle des contrats dont l'exécution suppose la constitution de bases de données avec les coordonnées de personnes physiques. Cela peut par exemple être le cas pour des marchés portant, sur des prestations d'agence de voyage ou pour les usagers de services publics concédés.

Cette réglementation met en exergue la difficulté d'assurer la sûreté des données en particulier lorsque leur traitement implique un transfert vers des États dont la législation n'offre pas une protection conforme aux exigences du RGPD. La décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 juillet 2020 dite « Schrems 2 »¹⁰ est venue préciser que la légalité du transfert de données est conditionnée,

9. CE, 6 avr. 2001, n° 202420, *min. Économie*.

10. CJUE, 16 juill. 2020, *aff. C-311/18, Data Protection Commissioner vs Maximilian Schrems*.

d'une part, à la présence de clause contractuelle spécifiquement rédigée pour assurer la protection des informations personnelles et, d'autre part, à la mise en œuvre de mesures techniques complémentaires (audits réguliers des systèmes d'information, accès limités et cryptés aux données...) Cette question semble pour l'instant résolue pour les États-Unis avec l'adoption par la Commission européenne d'une décision d'adéquation¹¹ faisant suite à la signature, le 7 octobre 2022, d'un décret du président des États-Unis¹² prévoyant des garanties pour limiter les possibilités d'accès des agences américaines de renseignement aux données personnelles.

B. - La protection des intérêts patrimoniaux des acheteurs publics

9 - Dans les marchés publics, il est recommandé de prévoir des clauses de transfert de propriété des livrables produits à l'occasion de

prestations intellectuelles. Il est aussi possible d'exiger du titulaire la transmission des données produites sous la forme de fichier dans un format libre. Ces clauses concernant les données issues du contrat permettent de protéger les intérêts patrimoniaux des pouvoirs adjudicateurs.

Dans le cadre des concessions, le sujet vient d'être résolu par la jurisprudence. En effet, dans la décision Commune de Nîmes¹³, le Conseil d'État est venu préciser que la théorie des biens de retour pouvait s'appliquer à des actifs immatériels. Il a ainsi jugé que les droits d'administrer les pages hébergées sur les réseaux sociaux ainsi que la liste des abonnés devaient être restitués gratuitement à la personne publique à la fin de la concession dès lors qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public.■

11. Commission européenne, 10 juill. 2023, COM (2023), 4745, pursuant to regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and the council on the adequate level of protection of personal data under EU-US Data privacy Framework.

12. Executive Order n° 14086, Enhancing Safeguards for United Signals Intelligence Activities.

13. CE, 16 mai 2022, n° 459904, Cne Nîmes ; JCP A 2023, 2002, note J.-B. Vila.