CONTRAT

La valorisation des biens immatériels de l'autorité concédante

PAR **TIMOTHÉE BASSI**
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

L'ESSENTIEL

Le développement de l'*open data* a soumis les biens immatériels des administrations à un régime singulier, de sorte que leur valorisation dans le cadre d'un contrat de concession peut apparaître problématique. L'autorité concédante doit notamment s'assurer que cet objectif de valorisation ne heurte pas les droits des administrés en matière de réutilisation des informations publiques et n'emporte pas un déséquilibre de l'économie générale de la concession à son détriment.

L'idée de valorisation des propriétés publiques a déjà fait couler beaucoup d'encre, dans un contexte de recherche accrue de financements publics. Elle a d'ailleurs donné lieu à des innovations législatives diverses – notamment la création des différentes catégories de baux emphytéotiques administratifs (parmi lesquelles figure le « BEA valorisation » prévu à l'art. L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques – CGPPP) et des autorisations d'occupation privative constitutives de droits réels, permettant un financement facilité des équipements publics – et à des évolutions jurisprudentielles remarquées (v., par ex.: CE 21 mars 2003, n° 189191, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, Lebon 144; AJDA 2003. 1935, note P. Subra de Bieusses; RFDA 2003. 903, note J. Soulié; CE 23 mai 2011, n° 328525, *Etablissement public pour l'aménagement de la région de La Défense*, Lebon T. 924; AJDA 2011. 1115; RDI 2011. 454, obs. O. Février; CE 29 déc. 2014, n° 368773, *Société Bouygues Télécom*, Lebon 425; AJDA 2015. 729). D'ailleurs, en pratique, on ne compte plus le nombre de projets dont l'objet affirmé est la « valorisation » du patrimoine d'une personne publique, et qui peuvent prendre des formes variées (conventions d'occupation privative, cessions avec charges, montages complexes, etc.).

Cette tendance se manifeste également dans le cadre des contrats de concession. Ainsi, le concessionnaire doit acquitter une redevance d'occupation du domaine public (CGPPP, art. L. 2125-1, al. 1er), sans pouvoir, de l'avis général, bénéficier de l'exception issue de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 (CGPPP, art. L. 2125-1, al. 8); cette redevance doit tenir compte des avantages de toute nature procurés au concessionnaire, de sorte que son montant inclut une part variable le plus souvent indexée sur son chiffre d'affaires (CGPPP, art. L. 2125-3); et il peut lui-même délivrer des titres de sous-occupation, et percevoir à ce titre des redevances (CE 10 juin 2010, n° 305136, *Société des autoroutes Esterel-Côte-d'Azur-Provence-Alpes*, Lebon T. 762; AJDA 2010. 1172), y compris lorsque la sous-occupation n'a pas de lien direct avec l'objet de la concession, dès lors que celle-ci le prévoit (CE 24 févr. 2020, n° 427280, *Département des Hauts-de-Seine*, Lebon T.; AJDA 2020. 1856, note N. Foulquier). En outre, des mécanismes identiques peuvent être prévus, le cas échéant, pour les dépendances du domaine privé, sur le fondement du principe de liberté affirmé à l'article L. 2221-1 du CGPPP.

Comme bien souvent en droit administratif des biens, la réflexion a essentiellement porté sur les biens matériels, plus précisément sur les biens immobiliers, qui induisent une logique d'exclusivité puisque dans ce cadre, l'usage privatif « a pour caractéristique qu'il soustrait la partie occupée du domaine public à l'usage de tous » (N. Escaut, concl. sur CE 31 mars 2014, n° 362140, *Commune d'Avignon*, RJEP 2014. 36). En revanche, les biens immatériels ne présentent pas par nature cette caractéristique, puisqu'au contraire, il s'agit de biens non rivaux, au sens où leur utilisation par un agent économique ne diminue pas la quantité disponible pour les

autres. C'est la raison pour laquelle ont été développés les droits de propriété intellectuelle, qui protègent les créations intellectuelles contre toute utilisation indue par un tiers. Font notamment l'objet de tels droits les œuvres de l'esprit, couvertes par le droit d'auteur (CPI, art. L. 111-1) dès lors qu'elles présentent un caractère original (Civ. 1re, 20 janv. 2004, n° 00-19.577, *Société Le Serveur administratif c/ Erhmann*, Bull. civ. I, n° 22, p. 17 ; D. 2004. 503 ; Civ. 1re, 22 sept. 2011, n° 10-23.073, RTD com. 2011. 741, obs. F. Pollaud-Dulian), et les « inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle », pouvant donner lieu à la délivrance d'un brevet (CPI, art. L. 611-10, al. 1er).

Toutefois, lorsqu'ils appartiennent à des personnes publiques – ce qui constitue une hypothèse admise par le Conseil d'Etat (23 mars 1960, n° 46221, *Société Spiesshofer et Braun*, Lebon 215) –, ces droits se heurtent à la logique de l'*open data*, c'est-à-dire la politique d'ouverture des données publiques. En effet, en matière immatérielle, l'idée de valorisation n'est désormais pas seulement – et même, pas essentiellement – appréhendée du point de vue strictement budgétaire. Ainsi, l'accès à une quantité massive de données devrait aider les opérateurs privés à développer des innovations technologiques, lesquelles auraient des effets bénéfiques sur le plan macro-économique, générant de cette manière un cercle vertueux. C'est du moins la présentation retenue par les promoteurs de l'*open data*, qui se fondent sur des estimations pour le moins prometteuses puisque selon les études, les perspectives de valorisation sont évaluées entre 27 et 140 milliards d'euros (S. Manson, La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales, AJDA 2016. 97). Bref, la valorisation indirecte au titre de l'*open data* devrait se concrétiser, pour l'essentiel, à une échelle globale.

A l'échelle d'un contrat de concession, en revanche, ce cadre juridique s'oppose parfois à la recherche d'un équilibre économique optimal pour l'autorité concédante. En effet, les autorités concédantes disposent parfois de biens immatériels qu'elles mettent à la disposition de leurs concessionnaires. A cet égard, sans tendre à l'exhaustivité, deux exemples semblent récurrents, et ont sans doute vocation à se retrouver de plus en plus fréquemment dans le cadre de la « transition numérique ». D'une part, les services concédés nécessitent souvent l'utilisation d'un logiciel de gestion, protégé par le droit d'auteur (CPI, art. L. 112-2-13), dont une personne publique peut parfaitement être propriétaire (CE 23 nov. 2005, n° 267494, *Sarl Axialogic*, Lebon T. 966 ; AJDA 2006. 214). D'autre part, l'exploitation d'un service donne également lieu, parfois à titre principal, le plus souvent à titre incident, à la constitution de bases de données, couvertes à la fois par le droit d'auteur (CPI, art. L. 112-3) et par un droit propre aux producteurs (CPI, art. L. 341-1), dont les personnes publiques peuvent également être propriétaires (CE, ass., 10 juill. 1996, n° 168702, *Société Direct Mail Promotion*, Lebon 277 ; AJDA 1997. 189, note H. Maisl ; D. 1996. 203 ; RFDA 1997. 115, concl. M. Denis-Linton). En cela, celles-ci peuvent légitimement aspirer à valoriser ces biens immatériels dans la définition de l'équilibre économique des contrats de concession qu'elles concluent.

Dans ce contexte, la présente étude se propose d'exposer les difficultés qu'elles peuvent rencontrer en raison du risque de réutilisation par les tiers, qui pourrait réduire à néant toute perspective de valorisation par le concessionnaire, et du risque de surexploitation par le concessionnaire, qui caractériserait un contrat déséquilibré au détriment de l'autorité concédante.

I - LE RISQUE DE RÉUTILISATION PAR LES TIERS AU DÉTRIMENT DU CONCESSIONNAIRE

En premier lieu, l'autorité concédante doit prendre en considération l'hypothèse où des tiers bénéficieraient du même droit à réutilisation que son concessionnaire. Né du caractère communicable des documents matérialisant ces biens immatériels, ce risque peut néanmoins être endigué par l'attribution d'un droit d'exclusivité au concessionnaire, ou contourné par la mise en place d'une redevance de réutilisation, mais toujours sous certaines conditions qui sont parfois difficiles à satisfaire.

A. Un risque lié à la communicabilité des informations

De prime abord, l'autorité concédante pourrait envisager d'inclure dans le périmètre de la concession les recettes que pourrait générer la réutilisation de ses biens immatériels par le concessionnaire. Ainsi, cette source de recettes pourrait permettre de limiter le niveau des redevances acquittées par les usagers ou de la compensation financière versée par l'autorité concédante. A ce titre, il est vrai que par principe, en tant que titulaire des droits de propriété intellectuelle, celle-ci devrait pouvoir conférer à son concessionnaire le droit exclusif d'exploiter ces droits pendant la durée du contrat et d'en percevoir les recettes. Cependant, cette logique peut être contredite par le droit à réutilisation dont bénéficient les administrés – parmi lesquels figurent des concurrents potentiels du concessionnaire – au titre de l'*open data*, privant ainsi le concessionnaire de tout droit d'exclusivité et donc de tout avantage concurrentiel.

En effet, si la réutilisation d'informations publiques était initialement interdite, elle est peu à peu devenue un droit, sous l'impulsion déterminante du droit de l'Union européenne (directive 2003/98/CE du 17 nov.

2003, mod. par la directive 2013/37/UE du 26 juin 2013). Désormais, l'article L. 321-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) prévoit que les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations peuvent être librement réutilisées. Dès lors, les administrés, y compris les opérateurs économiques, bénéficient par principe d'un droit à réutiliser ces informations pour développer des produits ou des services.

Deux exceptions sont néanmoins prévues par l'article L. 321-2 du CRPA. Premièrement, ne sont pas librement réutilisables les informations contenues dans des documents administratifs non soumis à l'obligation de communication ou de diffusion. Deuxièmement, ne sont pas davantage réutilisables les informations contenues dans des documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle. Or, cette seconde exception est, par hypothèse, inapplicable lorsque l'autorité concédante est à la fois détentrice de ce document et titulaire des droits de propriété intellectuelle protégeant les informations qu'il comporte. Il est vrai qu'un doute aurait pu émerger dans le cas où l'administration ne détiendrait que les droits patrimoniaux protégeant un bien immatériel donné, les droits moraux étant détenus par un tiers, notamment par un agent. Toutefois, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) considère que cette seconde exception est en réalité limitée aux droits patrimoniaux, de sorte que la détention par un tiers de droits moraux, par nature incessibles, ne fait pas obstacle à la qualification d'information publique (5 nov. 2009, conseil n° 20092706, *Président du conseil régional de Bretagne*). De la sorte, seule la première exception est susceptible d'être applicable aux biens immatériels d'une autorité concédante.

La qualification de document administratif ne suffit pas toujours à emporter un droit à communication

C'est pourquoi le caractère communicable ou non des documents concernés représente un enjeu capital. En effet, de deux choses l'une. Soit ces documents n'ont pas un caractère communicable, et alors les informations qu'ils contiennent ne sont pas librement réutilisables, de sorte que le concessionnaire pourra en disposer à titre exclusif et en tirer des recettes qu'il sera possible d'inclure dans le périmètre de la concession. A titre d'exemple, un concessionnaire pourrait développer un logiciel dérivé à partir d'un logiciel mis à sa disposition par l'autorité concédante et dont le code source ne serait pas communicable. Soit ces documents ont un caractère communicable, et alors les tiers disposeront des mêmes moyens que le concessionnaire lui-même pour développer des produits ou des services dérivés, auquel cas les bénéfices attendus sur l'équilibre économique de la concession pourraient être très limités.

Reste donc à déterminer l'étendue du droit à communication dont peuvent faire l'objet ces biens immatériels sur le fondement des dispositions du CRPA, qui se sont récemment vu reconnaître un fondement constitutionnel issu « du droit d'accès aux documents administratifs résultant de l'article 15 de la Déclaration de 1789 » (Cons. const. 3 avr. 2020, n° 2020-834 QPC, *Union nationale des étudiants de France*, AJDA 2020. 759; Constitutions 2019. 603, Décision). D'une part, sur le plan organique, l'article L. 300-2 vise les documents détenus « dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission ». Dès lors, certaines personnes privées ayant la qualité d'autorité concédante pourraient se trouver hors du champ d'application des règles relatives à la communication des documents administratifs, si elles n'exercent pas une activité de service public. D'autre part, sur le plan matériel, la notion de document n'est pas définie et ne fait l'objet que d'une énumération (non exhaustive) issue du même article L. 300-2 ; mais elle a visiblement un champ d'application relativement large, recouvrant toute information matérialisée sur un support quelconque. En particulier, pour s'en tenir aux deux cas de figure récurrents précédemment évoqués, la qualification de document a été reconnue aux codes sources des logiciels (CRPA, art. L. 300-2), ainsi qu'aux bases de données (CADA 27 nov. 2008, avis n° 20084349, *Ministre de la culture et de la communication*; CADA 19 janv. 2017, avis n° 20163651, *Comité économique des produits de santé*).

Mais la qualification de document administratif ne suffit pas toujours à emporter un droit à communication, puisque deux séries d'exceptions sont prévues aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du CRPA. En particulier, ne sont pas communicables les « documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte […] à la sécurité des systèmes d'information des administrations », de même que ceux « dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires ». En cela, codes sources et bases de données pourraient échapper à la qualification de documents administratifs communicables et donc ne faire l'objet d'aucun droit à réutilisation invocable par un administré. Mais naturellement, il s'agira d'une question à examiner au cas par cas.

B. Un risque endigué en cas d'attribution d'un droit d'exclusivité

S'il apparaît que le document administratif concerné est communicable et si, par voie de conséquence, les informations qu'il contient sont par principe réutilisables, l'autorité concédante peut tout de même envisager, sous certaines conditions, de réserver à son concessionnaire l'exclusivité de la réutilisation de ses biens immatériels. En effet, l'article L. 325-1 du CRPA prévoit que « la réutilisation d'informations publiques ne peut faire l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers, sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public ».

Malgré l'absence de recul jurisprudentiel sur cette disposition, une simple lecture semble en subordonner l'application à deux conditions. La première est relative à l'exercice d'une mission de service public par le bénéficiaire du droit d'exclusivité – en l'occurrence, le concessionnaire – et ne devrait pas poser de difficulté majeure. La seconde en revanche, relative au caractère nécessaire de cette restriction, pourrait s'avérer plus délicate. D'abord, on peut se demander si cette nécessité peut être de nature économique, au

sens où cela conditionnerait l'équilibre économique de la concession. A cet égard, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, qui avait créé cette disposition, renvoyait sur ce point au droit européen et plus précisément à la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003. Dès lors, en faisant une lecture croisée de cette directive, qui renvoie à la notion de service d'intérêt économique général, et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'article 106, § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, Rec. I-02533; AJDA 1993. 865, note F. Hamon et 1994. 286, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet; D. 1993. 169; RTD eur. 1994. 39, étude A. Wachsmann et F. Berrod et 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard; CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, Rec. I-01477; AJDA 1994. 637, note F. Hamon et 1995. 278, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet; D. 1995. 17, note J. Dutheil de La Rochère; RTD com. 1996. 403, obs. S. Retterer et 589, obs. C. Bolze, S. Retterer, C. Hendericksen et F. Thibault; RTD eur. 1995. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot et 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard), on devrait pouvoir admettre que le caractère nécessaire d'une telle restriction résulte de l'impératif d'équilibre économique de l'activité concédée. Ainsi, dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour de justice avait admis la prise en compte de « l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif ». Mais ensuite, en pratique, l'autorité concédante devra sans doute être en mesure de produire des éléments tangibles de nature à établir ce caractère nécessaire, ce qui supposera d'avoir effectué une analyse financière préalable suffisamment approfondie.

Par ailleurs, même dans ce cas de figure, le droit d'exclusivité envisagé par l'article L. 325-1 précité ne sera probablement pas entièrement satisfaisant, car il fait l'objet de deux restrictions. Premièrement, l'attribution d'un droit d'exclusivité emporte l'impossibilité d'instaurer une redevance de réutilisation (CRPA, art. L. 324-1, al. 3), de sorte que son bénéficiaire ne peut réutiliser ces informations qu'en développant des produits ou services nouveaux et non en les commercialisant directement. Deuxièmement, la durée de ce droit d'exclusivité est doublement limitée, dans des conditions qui ne seront pas toujours compatibles avec les durées habituelles des contrats de concession : d'une part, la durée du droit d'exclusivité est limitée à dix ans, et d'autre part, son bien-fondé doit faire l'objet d'un réexamen périodique au moins tous les trois ans (CRPA, art. L. 325-2).

C. Un risque contourné par la mise en place d'une redevance de réutilisation

Enfin, faute de pouvoir se soustraire au droit à réutilisation dont bénéficient les tiers, l'autorité concédante pourrait s'appuyer sur ce droit pour prévoir une source de recettes supplémentaires, à savoir la perception d'une redevance de réutilisation.

Certes, il existe désormais un principe de gratuité de la réutilisation d'informations publiques, affirmé à l'article L. 324-1 du CRPA. Toutefois, ce principe est assorti de quelques exceptions, dont une au profit des administrations, « tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public », qui peuvent alors subordonner la réutilisation des informations qu'elles détiennent au paiement d'une redevance. L'article R. 324-4-1 du même code précise les modalités d'application de cette disposition et prévoit à ce titre qu'une telle redevance peut être établie si, premièrement, l'activité principale de la personne concernée consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques et, deuxièmement, la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions. Il résulte de ces dispositions – dont le Conseil d'Etat a validé la constitutionnalité et la conventionnalité (10 mars 2017, n° 403916, *Association Regards citoyens*; CE 26 oct. 2018, n° 403916, *Association Regards citoyens*, Lebon T.; AJDA 2018. 2107) – qu'en pratique, cette solution sera surtout envisageable dans le cadre de contrats de concession dont l'objet même porte sur la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques. Ce qui, *de facto*, exclura la grande majorité des contrats de concession. Qui plus est, pour les administrations d'Etat, l'article L. 324-5 du CRPA renvoie à une liste fixée par décret qui doit déterminer de manière limitative les administrations susceptibles de mettre en place une redevance sur ce fondement et les catégories d'informations concernées. A ce jour, seuls l'Institut national de l'information géographique et forestière, Météo-France et le service hydrographique et océanographique de la marine bénéficient de cette dérogation, les autres administrations d'Etat ne pouvant y recourir que pour les informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques (CRPA, art. R. 324-5-1).

L'autorité concédante pourrait s'appuyer sur le droit de réutilisation pour prévoir une redevance

Et si, malgré ces restrictions, une redevance est envisageable, deux séries d'obligations s'imposeront. Premièrement, il conviendra de mettre en place une licence fixant les conditions de cette réutilisation (CRPA, art. L. 323-1), sans restriction autre que celles justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées, n'ayant ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence (CRPA, art. L. 323-2). Deuxièmement, le montant de la redevance ne sera pas librement fixé par les administrations, l'article L. 324-1 du CRPA prévoyant que « le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le montant total des coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion de leurs informations publiques », et l'article L. 324-3 du même code ajoutant que « le montant des redevances […] est fixé selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires ». S'agissant du caractère non discriminatoire du montant de la redevance, la CADA a précisé que « lorsque l'administration utilise les informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que

celles qu'elle s'applique à elle-même » (30 oct. 2014, avis n° 20141556, *Service hydrographique et océanographique de la marine*).

Par conséquent, en pratique, cette solution ne sera d'un véritable secours que si, d'une part, les conditions de mise en place sont réunies – ce qui ne sera peut-être pas l'hypothèse la plus fréquente – et, d'autre part, le concessionnaire n'ambitionne pas de développer lui-même des produits ou services annexes supposant la réutilisation de ces informations. En effet, si tel était le cas, alors il devrait s'imputer des coûts identiques à ceux facturés à ses concurrents sur le « marché » de la réutilisation, ce qui annulerait tout avantage concurrentiel et, revenant ainsi à la problématique qu'il s'agissant précisément de contourner, ne permettrait donc pas de dégager des recettes substantielles au bénéfice de l'équilibre économique de la concession.

II - LE RISQUE DE SUREXPLOITATION PAR LE CONCESSIONNAIRE

En second lieu, lorsque, malgré les difficultés précédemment exposées, le concessionnaire est en mesure de tirer des recettes substantielles de l'exploitation des biens immatériels mis à sa disposition, l'autorité concédante doit prendre garde à ce que l'équilibre économique de la concession ne soit pas excessivement favorable à son concessionnaire. A ce titre, elle doit donc veiller à ce que ces recettes ne soient pas exclues du champ d'application matériel ou temporel de la concession.

A. Un risque d'exploitation déconnectée du financement de la concession

D'une part, les recettes issues de l'exploitation des biens immatériels remis par l'autorité concédante au concessionnaire doivent toutes être prises en considération dans l'équilibre économique du contrat.

En effet, l'équilibre économique d'un contrat de concession procède d'une relative équivalence entre les recettes prévisionnelles de l'exploitation et les dépenses prévisionnelles (d'investissement et de fonctionnement) à la charge du concessionnaire. La différence est alors supposée permettre à celui-ci de dégager un bénéfice raisonnable (sur ces questions, v. not. S. Ziani, Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué, Dr. adm. 2011. Etude 10). S'agissant plus particulièrement des recettes, elles peuvent *a priori* être de natures diverses. Ainsi, le concessionnaire perçoit des redevances payées par les usagers en contrepartie du service rendu à ces derniers (CE 30 sept. 1996, n° 156176, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Etienne*, Lebon 355 ; D. 1996. 251) ; il peut percevoir une compensation d'obligations de service public de la part de l'autorité concédante, sous certaines conditions strictement encadrées par le droit interne (CAA Paris, 16 oct. 2007, n° 04PA01884, *Société Vinci Park Gestion*; CE 4 juill. 2012, n° 352417, *Communauté d'agglomération de Chartres métropole [CACM], Veolia eau - Compagnie générale des eaux*, Lebon T. 842 ; AJDA 2012. 1376) et, surtout, le droit de l'Union européenne (CJCE 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rec. I-7747 ; AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues ; 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 2814, note J.-L. Clergerie ; RTD eur. 2004. 33, étude S. Bracq ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard et 425, étude C. Blumann) ; il peut également – et c'est à ce titre que les recettes tirées de l'exploitation des biens immatériels de l'autorité concédante nous intéressent – percevoir des recettes annexes, qui sont les produits des activités accessoires présentant un caractère complémentaire à l'objet de la concession (CE 21 sept. 2016, n° 399656, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, Lebon T. 825 ; AJDA 2017. 359, note M. Douence ; AJCT 2017. 47, obs. P. Grimaud et O. Villemagne).

A cet égard, les activités exercées par le concessionnaire au moyen des ouvrages qui lui sont remis par l'autorité concédante ont pu être qualifiées d'activités accessoires (CE, sect., 18 déc. 1959, n° 22536, *Delansorme*, Lebon 692). Par conséquent, il y a tout lieu de penser que la notion d'activité accessoire peut également être retenue s'agissant des divers modes de réutilisation de biens immatériels remis par l'autorité concédante en vue de la gestion du service concédé. A ce titre, il ne devrait pas avoir lieu de distinguer selon que ces biens donnent lieu à une réutilisation directe (par exemple la diffusion, à titre onéreux, de certaines données incluses dans une base de données) ou à une réutilisation sous la forme de produits dérivés (par exemple un logiciel nouveau développé à partir du code source d'un logiciel appartenant à l'autorité concédante). Par suite, les recettes générées par ces activités accessoires doivent, en tant que recettes annexes, être prises en considération dans la détermination de l'équilibre économique de la concession.

Dans certains cas de figure, le futur concessionnaire projettera des recettes annexes avant tout commencement d'exécution de la concession. Il peut d'ailleurs être encouragé à développer une réflexion à ce propos par l'autorité concédante, dans le cadre de la procédure de mise en concurrence. Dans ce cas, l'offre financière du futur concessionnaire devra inclure ces recettes annexes, ce qui aura pour effet, toutes choses égales par ailleurs, de diminuer le tarif servant de base au calcul des redevances ou le montant de l'éventuelle compensation d'obligations de service public à payer par l'autorité concédante.

Mais les recettes annexes peuvent ne pas avoir été anticipées au moment de la conclusion du contrat, et résulter d'activités accessoires qui ne sont prises en charge qu'après son entrée en vigueur. Afin d'anticiper ce cas de figure – sans doute le plus fréquent –, les autorités concédantes doivent prendre plusieurs séries de précautions au moment de la rédaction du contrat. D'abord, une clause doit être consacrée aux activités accessoires exercées par le concessionnaire, dont la définition doit pouvoir englober toute forme de réutilisation des biens immatériels mis à sa disposition par l'autorité concédante. Il est également recommandé de prévoir une forme de droit de regard de l'autorité concédante sur la nature et les modalités de l'activité accessoire

prise en charge par son concessionnaire. Ensuite, les clauses financières dont l'application est fondée sur le chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire doivent explicitement inclure les recettes annexes tirées de ces activités accessoires. Il en va ainsi, par exemple, du mécanisme de récupération des surcompensations (dans l'hypothèse où serait prévu le versement d'une compensation d'obligations de service public), du mécanisme de retour à meilleure fortune prévoyant le versement d'une partie de l'excédent budgétaire à l'autorité concédante en cas de résultat très supérieur au résultat prévisionnel ou encore des modalités de calcul de la redevance domaniale.

De la sorte, tout accroissement substantiel des recettes du concessionnaire en cours de contrat, du fait de la réutilisation des biens immatériels de l'autorité concédante, devrait avoir un effet vertueux au bénéfice de l'économie générale de la convention, et non pas au bénéfice du seul concessionnaire.

B. Un risque d'exploitation au-delà de la durée de la concession

D'autre part, l'existence de recettes tirées de la réutilisation des biens immatériels de l'autorité concédante peut soulever diverses difficultés relatives à la durée de la concession.

Par principe, la durée d'un contrat de concession est calculée de telle manière que le concessionnaire puisse, sur cette seule durée, couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement. Cette logique, d'abord dégagée par la jurisprudence (CE 11 août 2009, n° 303517, *Société Maison Comba c/ Société des crématoriums de France* et *Commune d'Aix-en-Provence*, Lebon T. 833 ; AJDA 2010. 954, note P. Subra de Bieusses ; CE 8 févr. 2010, n° 323158, *Commune de Chartres*, Lebon T. 846 ; AJDA 2010. 240), a été reprise par le code de la commande publique (art. L. 3114-7, R. 3114-1 et R. 3114-2). De plus, s'il est possible de prévoir une durée plus courte, cela suppose que l'autorité concédante indemnise le concessionnaire à hauteur des investissements non amortis au terme du contrat (CE 4 juill. 2012, n° 352417, *CACM, Veolia eau – Compagnie générale des eaux*, préc.). Dès lors, en toute hypothèse, les recettes ultérieures au terme du contrat ne sont jamais prises en considération.

Or, cet état du droit ne va pas sans soulever certaines questions lorsque le concessionnaire a pu développer des activités accessoires en réutilisant les biens immatériels mis à sa disposition par l'autorité concédante. Certes, dans un premier cas de figure, ces activités accessoires prennent nécessairement fin avec l'arrivée à terme du contrat. Il en va ainsi, par exemple, de la diffusion à titre onéreux de données relatives au service concédé. Mais dans un second cas de figure, ces activités peuvent être poursuivies après le terme du contrat.

Tel est le cas, par exemple, d'un logiciel dérivé développé à partir du code source d'un logiciel appartenant à l'autorité concédante, qui lui avait été remis pour la durée de la concession. Ce logiciel dérivé devrait alors recevoir la qualification d'œuvre composite, c'est-à-dire, selon les termes de l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle, une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». La Cour de cassation, qui fait de cette absence de collaboration un critère déterminant de qualification de l'œuvre composite (Civ. 1re, 26 janv. 1994, n° 92-11.701, Bull. civ. I, n° 35, p. 26), a déjà appliqué cette qualification à un logiciel dérivé (Civ. 1re, 27 nov. 2001, n° 99-20.996). Or, l'article L. 113-4 du même code prévoit que « l'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ». En cela, l'auteur de l'œuvre préexistante n'a pas de droit propre sur l'œuvre composite ; seul l'auteur de cette dernière a des droits sur son œuvre, bien que celle-ci ne puisse être réalisée et exploitée que dans le respect des droits de propriété intellectuelle de l'auteur de l'œuvre préexistante. Par suite, dans l'exemple évoqué, le concessionnaire développe un logiciel sur lequel il dispose de droits de propriété intellectuelle, qu'il pourrait alors exploiter après le terme de la concession sans que ces recettes futures n'aient été prises en compte dans la détermination de l'équilibre économique du contrat.

De fait, à ce jour, le droit positif ne permet pas de prendre en compte ces bénéfices futurs pour déterminer la durée du contrat. En outre, quand bien même le permettrait-il, il est peu probable que les opérateurs économiques acceptent de les inclure dans leurs projections, tant le degré d'incertitude serait élevé. Néanmoins, des solutions peuvent exister, selon le cadre juridique dans lequel ces activités accessoires ont été développées.

Selon une première hypothèse, ces activités ont pu être développées par le concessionnaire à l'abri de toute concurrence dans la mesure où elles procédaient d'informations non communicables, et donc non librement réutilisables par les tiers. Alors, puisque les règles de l'*open data* sont inapplicables, l'autorité dispose de plusieurs solutions à sa disposition. D'abord, la Cour de cassation admet que l'auteur de l'œuvre préexistante détermine l'étendue, notamment temporelle, des droits dont dispose son bénéficiaire en vue de développer et exploiter une œuvre composite (Civ. 1re, 9 févr. 1994, n° 91-20.525, *Mazoyer c/ Mme Barbier*, Bull. civ. I, n° 57, p. 44 ; D. 1994. 405, note B. Edelman). Par conséquent, l'autorité concédante peut décider de limiter à la durée de la concession le droit dont disposera son concessionnaire pour exploiter une œuvre composite. Ensuite, puisque les règles du CRPA ne sont pas applicables à cette hypothèse, l'autorité concédante peut prévoir une redevance de réutilisation dont elle déterminera librement le montant, dans la limite des principes applicables aux redevances pour service rendu (CE, ass., 10 juill. 1996, n° 168702, *Société Direct Mail Promotion*, préc.) et, pour l'Etat, des arrêtés pris en application du décret n° 2009-151 du 10 février 2009. Ces deux solutions peuvent d'ailleurs être prévues de manière complémentaire. Ainsi, au terme du contrat, le concessionnaire aurait le choix entre cesser d'exploiter son œuvre composite ou acquitter une redevance à l'autorité concédante. A cet égard, il faut de nouveau

À ce jour, le droit positif ne permet pas de prendre en compte les bénéfices futurs pour déterminer la durée du contrat

●●●

souligner l'importance de la rédaction des clauses relatives aux activités accessoires d'une part, et à la propriété intellectuelle d'autre part.

Mais, selon une seconde hypothèse, ces activités ont pu être développées par le concessionnaire à l'abri de toute concurrence nonobstant le caractère communicable et réutilisable des informations qui en constituent le support. Tel est le cas si le concessionnaire a bénéficié d'un droit d'exclusivité sur le fondement de l'article L. 325-1 du CRPA – dont on comprend alors mieux l'intérêt d'une limitation temporelle. Dans ce cas, la réutilisation *a posteriori* des œuvres composites développées par le concessionnaire devrait échapper assez largement à l'autorité concédante. En effet, selon la CADA, « sauf lorsqu'elle est subordonnée à la délivrance d'une licence, la réutilisation d'informations publiques ne nécessite pas de recueillir l'autorisation préalable de l'administration » (2 févr. 2006, avis n° 20060561, *Préfet du Var*). Et même si l'autorité concédante prévoit une licence de réutilisation, elle ne pourra pas s'opposer à une réutilisation qui est de droit, et ne pourra échapper au principe de gratuité que sous les conditions restrictives précédemment exposées, qui ne seront la plupart du temps pas remplies. Certes, d'aucuns considéreront que dans la mesure où les tiers bénéficieront du même droit à réutilisation et de la même gratuité, l'avantage concurrentiel du concessionnaire est limité au temps gagné sur le développement de l'œuvre dérivée (celui-ci ayant eu l'opportunité de le développer pendant la période d'exclusivité, contrairement à ses concurrents) et n'excède donc pas les avantages qu'il pouvait légitimement escompter en postulant à l'attribution du contrat de concession. Cela étant, il n'est pas interdit de penser que sur ce point, le droit positif n'est peut-être pas totalement satisfaisant, que l'on considère l'intérêt financier de l'autorité concédante ou l'objectif d'égale concurrence.

Au terme de cette brève étude, il apparaît que les perspectives de valorisation du patrimoine immatériel de l'autorité concédante doivent retenir l'attention de cette dernière en amont de la conclusion du contrat. D'abord, il convient d'observer dans quelle mesure, malgré les contraintes de l'*open data*, ce patrimoine peut véritablement être valorisé par le seul concessionnaire et donc peser sur l'équilibre économique de la concession. Ensuite, il convient de veiller soigneusement à la rédaction des clauses du contrat qui s'y rapportent, afin de faire en sorte qu'une valorisation optimale ait un effet vertueux sur l'économie générale de la concession et ne bénéficie pas uniquement au concessionnaire.

Les autorités concédantes qui réaliseront ce travail d'analyse préalable pourront, pour l'essentiel, se satisfaire du droit positif. Néanmoins, une réflexion mériterait sans doute d'être engagée sur la manière dont pourraient être pris en compte, après le terme du contrat, les bénéfices que le concessionnaire continuera de retirer des œuvres dérivées précédemment développées en sa qualité de concessionnaire.