

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Rapport de la commission spécialisée portant sur la création des agents publics

"Le présent rapport est un document préparatoire qui retrace les travaux et les conclusions de la commission spécialisée. Seul l'avis a fait l'objet d'une délibération du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique"

La ministre de la culture a inscrit au programme de travail du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique la question de la création salariée et notamment celle des droits des auteurs ayant le statut d'agent publics (Etat, collectivités territoriales, hôpitaux ou établissements publics administratifs).

La lettre de mission donnait pour objectif à la commission chargée de cette question de mener des travaux aboutissant à une solution d'équilibre entre, d'une part, les droits qui peuvent être reconnus aux agents publics, pour les travaux exécutés dans le cadre de leurs fonctions, et, d'autre part, les missions de service public qui leur incombent. A titre liminaire, la commission avait pour mission d'identifier, secteur par secteur, les documents susceptibles d'être concernés ainsi que les conditions d'élaboration de ces œuvres. Elle devait en second lieu étudier les conséquences de ses propositions sur le code de la propriété intellectuelle et sur les dispositions relatives aux droits et obligations des agents publics, ainsi que leurs incidences sur la communication des données publiques.

La commission s'est réunie six fois entre le 20 juin et le 5 novembre 2001. Elle a procédé à de nombreuses auditions et procédé à l'envoi d'un questionnaire à l'ensemble des administrations afin de recenser les pratiques mises en œuvre et leur éventuel écart par rapport à l'état du droit existant. Ces auditions, les contributions reçues de la part des personnes interrogées ainsi que le fruit de ses réflexions conduisent la commission à proposer au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique d'adopter le rapport suivant.

1. Le cadre juridique actuel : l'administration est investie à titre originaire des droits d'auteur dont la création fait l'objet même du service public

1.1. De nombreuses activités administratives donnent lieu à des créations susceptibles d'être qualifiées d'œuvres de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957, aujourd'hui codifiée dans le code de la propriété littéraire et artistique¹

• **Le champ d'application du droit d'auteur est très vaste.**

L'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle pose le principe que la protection du droit d'auteur peut être acquise à « **toutes** les œuvres de l'esprit ». Aucune catégorie n'est donc à exclure, même si elle n'est pas visée par la longue liste, purement indicative, de l'article L.112-2.

Plus spécifiquement, sont susceptibles d'être regardées comme des œuvres protégeables certains rapports administratifs, les cours des professeurs, les articles des publications administratives, les conclusions ou réquisitions des ministères publics des divers ordres de juridiction et, assez généralement, ce qui revêt la forme d'un écrit² ; les index analytiques ou plus généralement les bases de données³ ; les œuvres audiovisuelles produites par les administrations...

• **Il subordonne toutefois la protection par le droit d'auteur à l'originalité de l'œuvre.**

Toute œuvre de l'esprit n'est pas automatiquement investie des droits d'auteurs. En effet, si le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ne peuvent être pris en considération, il demeure que la protection est subordonnée à l'originalité de l'œuvre, ce qui signifie que cette dernière doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. Tel ne sera pas le cas si la forme de l'œuvre est exclusivement dictée par la fonction à remplir et ne nécessite que la mise en œuvre d'un savoir spécifique. La protection du droit d'auteur sera alors refusée.

• **Il apparaît qu'un grand nombre de travaux réalisés par des agents publics ne sont pas protégés par la législation sur les droits d'auteur.**

En premier lieu, il convient de relever que les actes appartenant par leur nature même au domaine public ne bénéficient pas de la protection relative aux droits d'auteurs : c'est le cas notamment des actes officiels que sont les textes légaux et réglementaires ou les décisions juridictionnelles.

¹ La loi du 11 mars 1957 a été abrogée par les dispositions de la loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle

² J.-E. Schoettl, L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? : Revue du droit de l'informatique, 1988/4, p.6-17.

³ CE, Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres* : Rec. Lebon, p. 277.

En second lieu, l'exigence d'originalité n'est pas satisfaite dans un grand nombre de cas. Paraissent ainsi à exclusion, en raison de leur défaut d'originalité, ceux des catalogues, fichiers (manuels ou informatisés), annuaires ou bases de données dont ni la structure ni le contenu ne porte l'empreinte de la personnalité ainsi que des documents (imprimés, photographiques) réalisés selon un procédé entièrement automatique.

Il reste que n'existe pas aujourd'hui en droit positif de définition des catégories de travaux réalisés par des agents publics dans le cadre de leurs fonctions qui seraient exclus du champ de la propriété littéraire et artistique, soit parce qu'ils ont le caractère d'actes officiels, soit en raison de leur défaut d'originalité. La commission s'est donc interrogée sur l'opportunité de forger une telle définition, afin de l'intégrer le cas échéant dans le code de la propriété intellectuelle.

1.2. L'état du droit applicable aux agents publics résulte exclusivement d'un avis rendu par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat le 21 novembre 1972

Par agents publics, il convient d'entendre les seuls agents placés dans une situation statutaire et réglementaire au sens de l'article 2 de la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires, ainsi que les militaires, les magistrats et les fonctionnaires des assemblées. Ne sont ainsi visés par les travaux de la commission que les agents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs respectifs, ainsi que les agents de la fonction publique hospitalière. Cette définition exclut donc par principes les agents des établissements publics industriels et commerciaux⁴ auxquels s'applique le droit commun de la propriété littéraire et artistique.

• **L'article L.111-1, alinéa 3, du code de la propriété intellectuelle dispose que le salarié du secteur privé est investi à titre originaire des droits d'auteur sur les œuvres qu'il crée dans le cadre de son travail.**

• **Dans son avis n° 309.721 « Ofrateme » rendu à la demande du ministre de l'éducation par sa section de l'intérieur⁵, le Conseil d'Etat a marqué sa préférence pour l'application aux agents publics d'un régime exorbitant et autonome**, qui s'explique notamment par la situation statutaire et réglementaire dans laquelle se trouve l'agent public, auquel ne s'applique pas les règles de droit commun, sauf si elles le prévoient expressément.

L'état du droit applicable aux agents publics repose ainsi sur le principe binaire suivant : les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit pour celles de ses œuvres dont la création fait l'objet même du service. Pratiquement, cela signifie que l'administration est l'auteur des œuvres réalisées dans le cadre

⁴ Sauf ceux auxquels la jurisprudence administrative reconnaît la qualité de fonctionnaires : au terme d'une longue évolution jurisprudentielle retracée notamment par le professeur Chapus dans la 15^{ème} édition du tome 2 de son ouvrage de droit administratif général (p. 41), le Conseil d'Etat juge en effet que les agents d'un établissement public industriel et commercial sont dans une situation de droit privé, à l'exception d'une part de « [celui] de ces agents qui est chargé de la direction de l'ensemble des services de l'établissement » (CE Section, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, publié au recueil Lebon p.157) et d'autre part du « chef de la comptabilité lorsque celui-ci possède la qualité de comptable public »

⁵ Les grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz, 1997, p. 111

des fonctions de l'agent et avec les moyens du service, tandis que si la création est détachable du service, le code de la propriété intellectuelle trouvera à s'appliquer au bénéfice exclusif de l'auteur.

2. La multiplication de pratiques parfois peu respectueuses du droit et l'apparition d'enjeux nouveaux rendent nécessaire la réflexion sur l'efficacité d'un régime juridique qui souffre peut-être de sa trop grande simplicité.

2.1. Le caractère binaire du principe dégagé par l'avis Ofrateme ne permet pas d'appréhender toute une gamme de situations intermédiaires pour lesquelles les personnes publiques ont développé des pratiques qui leur sont propres, parfois dans le seul but de sécuriser leurs investissements en matière de droits d'auteurs.

• **L'avis Ofrateme fait passer la ligne de partage par la détachabilité de l'œuvre par rapport à l'objet du service.** Pour expédiente qu'elle soit pour le juge, cette notion n'est pas la plus simple à manier pour le praticien. Toute la gamme des œuvres intermédiaires, liées au service sans lui être totalement consubstantielles, se trouve ainsi dépourvue de point d'accroche solide dans l'avis du Conseil d'Etat. Les pratiques les plus diverses se sont ainsi multipliées, plaçant les administrations à la marge de la légalité voire en dehors de celle-ci.

• **Certaines pratiques semblent se fonder sur l'intégration du mode de divulgation comme composante de l'objet du service.** C'est le cas au sein du ministère chargé de l'enseignement supérieur. Pour illustrer cette logique, on peut estimer que les exigences du service public imposent que les droits portant sur un cours professoral naissent sur la tête de l'Etat dès lors qu'ils sont divulgués par oral devant un public déterminé dans un lieu donné, tandis que l'Etat ne peut s'approprier un mode de divulgation par voie de reproduction et de distribution dans le public en général⁶. Il est toutefois difficile de trouver un tel critère dans l'avis Ofrateme. D'autres personnes publiques ont estimé pouvoir fonder leurs pratiques sur une interprétation neutralisante de l'objet dont leur statut les investit. En dehors de l'objet statutaire interprété strictement, les agents bénéficient de la titularité des droits. Lorsque leurs œuvres s'inscrivent dans le « cœur » du statut en revanche, c'est à la collectivité publique qu'ils reviennent. Une telle interprétation de l'avis Ofrateme est plausible, mais ne peut à ce jour s'appuyer sur aucun socle jurisprudentiel, faute de décision rendue dans cette matière⁷.

• **D'autres administrations enfin n'appliquent plus de facto voire de jure l'avis Ofrateme.**

⁶ V. par exemple TGI Paris, 1^{re} ch., 20 nov. 1991, *Michel Salzedo c/ Bernard-Henri Lévy et Sté La règle du jeu*, : RIDA 1/1992, p.340, note A. Kéréver, à propos de la publication des cours prononcés par Roland Barthes au Collège de France.

⁷ A l'exception d'un jugement du TA de Paris du 29 juin 1990, *Mme Metrat*, par lequel celui-ci a jugé par un motif de principe, que « les droits d'auteur qui s'attachent aux œuvres réalisées par des fonctionnaires dans le cadre de leur service ou qui en sont indétachables appartiennent à la collectivité publique dont ils relèvent, dans les limites de la mission dont celle-ci est investie ». Ce jugement a tardivement été contesté en appel et le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour n'a pas été admis au Conseil d'Etat

Toute une palette d'attitudes est observable.

C'est ainsi que certaines d'entre elles appliquent l'avis Ofrateme tout en reconnaissant un des attributs du droit moral à leurs agents ; le droit de paternité est celui qui est reconnu le plus facilement dans cette hypothèse. D'autres ne l'appliquent plus, selon deux tendances radicalement antagonistes : certaines ont tendance à considérer que les agents qui font œuvre de création sont titulaires du droit d'auteur, en opérant toutefois une distinction entre certains attributs du droit moral et les droits patrimoniaux : leur nom est toujours mentionné mais ils ne sont rémunérés que si le produit de leur travail est commercialisé⁸ ; d'autres considèrent, au contraire, que les œuvres dont la création n'est pas détachable du service sont celles créées dans une situation de subordination ou de dépendance, de sorte qu'elles ne sont que le résultat de directives données par l'administration et ne témoignent donc pas d'une originalité suffisante pour reconnaître à l'agent la qualité d'auteur⁹. Certaines administrations reconnaissent enfin la mise en place d'intéressement occultes rendus nécessaires par les pratiques beaucoup plus libérales existant à l'étranger.

• L'avis Ofrateme apparaît en tout état de cause pour les administrations comme un moyen très efficace de sécuriser leurs investissements en matière de droits d'auteur, ce qui ne va pas sans poser de difficultés au regard du droit de la concurrence lorsqu'elles commercialisent les œuvres ainsi créées.

En raison même de l'économie générale de l'avis Ofrateme, l'administration est titulaire des droits des œuvres créées dans le cadre du service. Cela ne pose bien entendu aucune difficulté lorsque l'administration n'envisage aucune exploitation commerciale, sur un marché concurrentiel, des œuvres ainsi créées. En revanche, cela paraît discutable au regard du droit de la concurrence, lorsque ces œuvres sont exploitées par l'administration dans un but commercial. On sait en effet qu'en vertu de l'article L.410-1 du code de commerce, le droit de la concurrence, issu au plan national des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 aujourd'hui codifiée au titre IV du code de commerce, s'applique sans distinction à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. Les entreprises du secteur privé rémunèrent leurs salariés au titre de la législation sur les droits d'auteurs lorsqu'elles commercialisent des œuvres créées par eux dans le cadre de leur contrat de travail. Il n'est pas exclu que la possibilité pour l'administration d'intervenir sur le même marché sans que ces œuvres soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur puisse un jour, si cela est révélateur de l'abus de position dominante ou de la mise en place d'une politique de prix prédateurs, être censurée par le juge de la concurrence.

Ce problème est d'autant plus aigu pour les établissements publics à double visage, administratifs par leur statut, mais qui pourtant se livrent à des activités industrielles et commerciales. Faut-il envisager, pour ce type d'établissements, d'appliquer l'avis Ofrateme

⁸ Au demeurant, cette rémunération est généralement forfaitaire et non proportionnelle, en méconnaissance des prescriptions du code de la propriété intellectuelle

⁹ Cette tendance revient dans les faits à renouer avec la conception qui était celle du Conseil d'Etat avant 1972, dans la droite ligne d'un avis de la section de l'intérieur de 1958, au rapport du conseiller Renaudin, qui faisait du lien de subordination (et donc du principe hiérarchique) le critère de partage pertinent

uniquement pour les activités purement administratives, c'est-à-dire lorsque les agents interviennent réellement en tant qu'agents publics, et leur reconnaître en revanche la titularité des droits sur les œuvres destinées à une exploitation commerciale au titre des activités industrielles et commerciales de l'établissement ?

• **A dire vrai, le sentiment général que l'on retire de l'observation des pratiques mises en œuvre dans les administrations est que le système qui s'appuie sur une grande rigueur des principes, doublée d'une grande souplesse dans les comportements est un système qui convient à la fois aux administrations dépensières et à celle responsable du budget.** Il est vrai qu'en apparence, si l'on ne tient pas compte de son opacité, on peut soutenir que le système existant atteint deux objectifs fondamentaux gouvernant une gestion publique efficace : il semble économe des deniers publics, et récompense la performance.

2.2. L'économie générale de l'avis Ofrateme semble par ailleurs remise en cause par l'apparition de nouveaux enjeux.

• **L'apparition de nouveaux modes de diffusion des travaux réalisés par les agents révèle les limites d'un mode de fonctionnement à l'amiable.**

Le volume de difficultés lié à la titularité des droits des agents publics sur leurs œuvres est directement fonction de la multiplication des supports sur lesquels cette œuvre peut être fixée. La fixation sur le seul papier n'a pas entraîné de difficultés insurmontables. Le développement de moyens plus polymorphes au début des années 1980 a marqué le commencement des difficultés (essor de la télématique, de l'audiovisuel).

Le problème est crucial depuis que les données numérisées connaissent en théorie une capacité de diffusion infinie. A l'origine limité à quelques cas qu'il était possible de gérer avec des pratiques taillées sur mesure, l'accès aux droits d'auteur ou à une formule équivalente se pose désormais pour un nombre plus significatif de fonctionnaires, qui placent en ligne de nombreux supports ou contenus, que ce soit sous la forme de CD-Roms ou de sites *web* conçus sous l'égide de l'administration ou selon des procédures mixtes associant l'administration et ses agents. Au surplus, la situation actuelle se traduit par la plus grande confusion entre les régimes applicables aux agents, selon la nature publique ou privée de la personne morale qui les emploie, dès lors qu'elle est investie d'une mission de service public.

• **Cette interrogation interne à l'administration se double de préoccupations qui dépassent largement le cadre de la question des droits d'auteurs des agents publics mais lui donnent une actualité particulière :** il faut en effet concilier ces préoccupations avec la mise en place de la politique de communication des données publiques¹⁰, ainsi qu'avec la refonte à venir du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif au cumul d'activités et de rémunérations des agents publics.

i) La question de la titularité des droits a tout d'abord un impact indirect mais réel sur les conditions dans lesquelles pourraient être communiquées les données publiques par l'intermédiaire des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

¹⁰ V. à ce sujet le rapport du Commissariat général du Plan, Diffusion des données publiques et révolution numérique, sous la présidence de Dieudonné Mandelkern, La Documentation française, 1999.

On sait que les objets poursuivis par la politique de numérisation sont multiples : démocratiser l'accès à la culture, rendre disponibles les contenus de nombreuses bases de données, comme *Joconde* et *Mérimée*, répertoriant plus de 130.000 œuvres (dont environ 30.000 œuvres sont accompagnées d'une notice), améliorer la présence de contenus en langue française sur le *web*...

Considéré du seul point de vue de la mise en œuvre de ces objectifs, l'octroi de droits d'auteurs (ainsi que de droits voisins) aux fonctionnaires peut apparaître comme un obstacle. C'est ce qui conduit nombre de spécialistes de ces questions à considérer qu'une perte pour l'administration de la titularité initiale des droits devrait être compensée par la mise en place d'une exception à des fins de recherche et de pédagogie. Mais, outre que le problème posé par l'ajout d'une telle exception dans la législation française ne peut être limité au cas des agents publics, la crainte qu'une nouvelle règle du jeu pénalise l'action de l'administration n'a plus de raison d'être si ladite règle permet à celle-ci de conserver la maîtrise juridique à laquelle elle aspire, ce qui est précisément l'un des buts poursuivis par la commission.

ii) sur un autre plan, la solution imaginée devra s'intégrer, au moins dans ses aspects liés à une éventuelle contrepartie financière octroyée aux agents, dans le cadre général imaginé pour la refonte du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions, dont on sait qu'il exclut à l'heure actuelle de son champ d'application les rémunérations tirées notamment de la production d'œuvres littéraires ou artistiques.

Dans ce cadre, il paraît opportun de bien conserver la distinction entre la politique de rémunération des agents et le versement d'indemnités au titre des droits d'auteurs en gardant bien à l'esprit que le cœur de l'activité de l'agent, c'est-à-dire le service qu'il fait, a pour contrepartie exclusive la rémunération qu'il tire de l'article 20 du titre Ier du statut général des fonctionnaires.

3. Dans ce contexte, deux voies de réforme du cadre juridique ont été envisagées par la commission, qui a finalement décidé d'opter pour la reconnaissance d'un droit d'auteur aux agents publics, assortie de mécanismes permettant d'assurer une continuité du service public identique à celle qui fondait l'existence de l'avis Ofrateme.

3.1. La commission a tout d'abord écarté l'idée d'une exception supplémentaire inscrite à l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle.

Les constatations peu décisives faites sur le type de travaux susceptibles de faire l'objet d'une protection au titre de la législation sur les droits d'auteurs ont conduit la commission à écarter la nécessité de faire des propositions de modification du droit positif sur le champ d'application de cette législation. Sous le bénéfice des considérations exprimées *supra*, la commission estime en effet que la faible quantité de travaux susceptibles d'être concernés doit permettre que la reconnaissance de la qualité d'œuvre s'exerce dans les conditions de droit commun, sous le contrôle du juge administratif.

En conséquence, et dans le souci de proposer une solution qui implique la plus grande économie de moyens en termes de réforme législative, la commission ne propose pas d'inclure à l'article L.122-5 une exception supplémentaire excluant les actes officiels du champ du code. Cette exception revêt déjà en effet un caractère traditionnel. Elle est bien admise par le juge judiciaire ; nul doute que le juge administratif lui emboîtera le pas sur ce thème. A ce sujet, il ne paraît pas illégitime d'inclure dans l'exception, outre les textes législatifs et réglementaires et les décisions de justice, des rapports, comme l'article 2.4 de la Convention de Berne en admet d'ailleurs la possibilité en laissant aux Etats membres de l'Union le soin « de déterminer la protection à accorder aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire ».

Dans le même esprit, il n'est pas inutile de rappeler que l'administration peut, comme n'importe quel employeur, être investie des droits d'auteur à titre initial lorsque l'œuvre répond à la définition de l'œuvre collective au sens de l'article L.113-2, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle, comme cela a déjà été admis par le Conseil d'Etat pour une base de données (voir *supra*).

3.2. Sur le plan des principes, la commission a envisagé deux hypothèses : la première consistait, sans revenir sur le principe attribuant les droits ab initio à la personne publique, à créer un système d'intéressement des agents aux fruits de leurs créations ; la seconde consiste au contraire à renverser ce principe et à consacrer la reconnaissance d'un droit d'auteur aux agents publics, tout en l'assortissant de garanties permettant d'assurer la continuité du service public.

- **La première option envisagée par la commission consistait à élever à un niveau supérieur à celui d'un simple avis du Conseil d'Etat les principes retenus par l'avis Ofrateme.**

Cette proposition a rassemblé les points de vue des représentants de l'administration membres de la commission, sans toutefois recueillir l'assentiment de l'ensemble de celle-ci, qui a toutefois décidé d'en présenter son économie générale dans le détail.

Fidèle aux principes contenus dans l'avis Ofrateme, cette option repose sur les quatre points suivants :

1/ Pas de reconnaissance d'un droit d'auteur des agents publics pour les œuvres créées dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions. En revanche, pour les œuvres créées en dehors du service et avec les propres moyens de l'agent, celui-ci serait naturellement titulaire des droits d'auteur, comme cette possibilité est d'ailleurs prévue par le décret-loi du 29 octobre 1936.

Deux alinéas seraient ainsi ajoutés à l'article L.113-1 du code, qui figure en tête du chapitre III relatif aux titulaires du droit d'auteur et dispose aujourd'hui que la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. Ces deux alinéas seraient les suivants : « *Lorsque l'œuvre a été créée par un agent public dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions et avec les moyens du service, la qualité d'auteur appartient à la personne publique dont il relève. / Toute autre œuvre créée par un agent lui appartient.* »

2/ Reconnaissance d'un droit au nom au bénéfice des agents publics qui créent des œuvres dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions.

Dans cet objectif, un alinéa terminal serait ajouté à l'article L.121-1 du code, relatif aux droits moraux¹¹ et serait ainsi rédigé : « *L'agent public qui crée une œuvre dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L.113-1 du présent code a droit au respect de son nom* ».

3/ Possibilité pour un agent d'exploiter une œuvre qu'il a créée lorsque la personne publique y renonce.

Cette possibilité est déjà prévue en matière d'invention par l'article R.611-12 du code, introduit par les décrets n°96-857 du 2 octobre 1996 et n°96-858 du 2 octobre 1996 modifiés¹² relatifs à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'Etat et de ses établissements publics. Cette option permet de reprendre, en le rendant plus transparent, les deux objectifs du système actuel de rémunération de certaines créations d'agents publics : la récompense des plus performants et l'absence de charge sur les finances publiques.

¹¹ L'article L.121-1 du code dispose à l'heure actuelle que « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre./ Ce droit est attaché à sa personne./ Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible./ Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur./ L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaires. »

¹² Deux décrets n°2001-140 et 2001-141 sont venus récemment modifier pour l'un l'article R.614-14-1 du code de la propriété intellectuelle et pour l'autre le décret n°96-858 du 2 octobre 1996 afin de porter le taux d'intéressement de 25% à 50%, tout en fixant un plafond au-delà duquel le taux de 25% s'applique à nouveau.

L'économie générale du système, tel qu'il a déjà été validé par le Conseil d'Etat, serait la suivante :

i) le fait générateur de la rémunération serait la commercialisation par l'administration de la création à laquelle ces agents ont participé soit dans le cadre de missions correspondant à leurs fonctions effectives soit à l'occasion de missions ou d'études qui leur avaient été confiées, mais que l'administration ne souhaite pas exploiter elle-même ;

ii) dans cette hypothèse, les agents peuvent disposer librement de leur création, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique ;

iii) le complément de rémunération dû au titre de l'intéressement est versé annuellement. Les sommes qui lui sont affectées sont égales à un pourcentage du produit hors taxes des produits tirés de la création ;

iv) en cas de création collective, la somme est répartie par le ministre ou par l'ordonnateur principal de l'établissement en fonction de l'importance des contributions de chacun ;

Afin de mettre en place la possibilité pour un agent d'exploiter une œuvre délaissée par l'administration, un alinéa supplémentaire serait ajouté à l'article L.122-1 du code, relatif aux droits patrimoniaux, qui disposerait que « *la personne publique qui décide de ne pas exploiter une œuvre créée par un agent public dans les conditions prévues au second alinéa de l'article L.113-1 du présent code peut autoriser ce dernier à disposer des droits patrimoniaux attachés à cette œuvre selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.* »

4/ Institution séparée d'un mécanisme d'intéressement sélectif des agents publics.

Aucune disposition législative n'est nécessaire pour organiser un mécanisme d'intéressement ; un décret simple suffit. La faculté de construire un système d'intéressement repose en effet directement sur l'article 20 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose que les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire.

Cet intéressement ne s'appliquerait pas pour les œuvres créées dans l'exercice des fonctions, pour lesquelles l'agent public est recruté. En revanche, pour les œuvres créées à l'occasion des fonctions, une rémunération complémentaire pourrait être prévue.

*

Cette première option étudiée par la commission a le mérite de replacer les textes régissant les agents publics au même niveau que ceux régissant les salariés du secteur privé, de placer, au moins en partie, les agents publics dans le champ d'application de la législation sur la propriété littéraire et artistique et d'assurer une plus grande sécurité juridique à certaines des pratiques mises en œuvre par l'administration. Elle souffre toutefois des défauts de méconnaître l'axiome selon lequel les droits d'auteur naissent sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre, de ne pas régler la question de la commercialisation de l'œuvre,

et de n'apporter qu'une réponse partielle aux pratiques peu respectueuses du droit observées dans l'administration.

C'est pourquoi la commission lui a préféré une autre option, plus respectueuse des principes régissant les droits d'auteurs, qui permette toutefois à l'administration de bénéficier de garanties équivalentes à celles que lui procure l'avis Ofrateme, tout en réglant les questions que l'option précédente laissait pendantes.

- **La seconde option, finalement retenue par la commission, consiste à renverser les principes contenus dans l'avis Ofrateme en consacrant la reconnaissance d'un droit d'auteur aux agents publics, tout en l'assortissant de garanties permettant d'assurer la continuité du service public.**

L'économie générale de la proposition formulée par la commission consiste dans un premier temps à placer les agents publics dans le champ de la législation sur la propriété littéraire et artistique, puis à garantir à l'administration les moyens de la continuité de son action.

1/ Insertion des agents publics dans le champ de la législation sur la propriété littéraire et artistique.

Il n'est pas certain que la distinction opérée dans le traitement des agents publics et des agents privés en matière de droits d'auteur aille parfaitement de soi, ni au regard des principes du droit constitutionnel ou du droit conventionnel ni même au regard des interventions récentes du législateur, qui a pris le soin d'indiquer expressément dans l'article 2 de la loi n°94-361 du 10 mai 1994, codifié à l'article L.113-9 du code de la propriété intellectuelle, que les dispositions qui prévoient la dévolution des droits patrimoniaux des salariés créateurs de logiciels à leur employeur étaient également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics administratifs. Même si l'on connaît la valeur relative des raisonnements *a contrario*, force est de constater qu'un indice peut être relevé dans la rédaction expresse adoptée par le législateur.

Les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre. Le point a été abondamment discuté, il a paru impossible à la commission d'adopter une proposition qui méconnaisse ce principe général, rappelé en dernier lieu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 (art.17.2).

Afin de mettre le droit positif en accord avec ces principes, une modification du troisième alinéa de l'article L.111-1 dans le sens indiqué ci-dessous paraît souhaitable. Cet article serait alors ainsi rédigé¹³ :

« L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

¹³ Les modifications apparaissent en gras.

Hors les exceptions expressément prévues par le présent code, ni l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit ni sa qualité d'agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou de l'un de leurs établissements publics administratifs n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1er. »

L'option consistant à modifier le code de la propriété intellectuelle plutôt que le titre Ier du statut général des fonctionnaires a été retenue pour deux raisons principales. En premier lieu, ce titre est à l'heure actuelle d'une rédaction très générale et synthétique¹⁴ qu'il convient de ne pas alourdir avec la reconnaissance de droits particuliers. En second lieu, le code de la propriété intellectuelle mentionnant déjà les agents publics pour certaines œuvres particulières (voir *supra*), il a été jugé plus lisible de poursuivre dans cette voie pour consacrer le principe général.

2/ Maintien pour l'administration de garanties permettant d'assurer la continuité du service public.

Une transposition pure et simple du système mis en place par le code de la propriété intellectuelle pour les salariés de droit privé est apparu inenvisageable à une majorité de la commission, au moins sur le plan des droits patrimoniaux¹⁵.

¹⁴ Il ne comporte qu'une trentaine d'articles.

¹⁵ On rappellera pour mémoire que conformément à l'article L.111-1 2°) du CPI, le droit d'auteur « comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial ». Les quatre prérogatives du droit moral sont le droit de divulgation (possibilité pour l'auteur de ne livrer l'œuvre au public que lorsqu'il l'estime opportun), le droit au respect du nom (droit pour l'auteur de voir publier son œuvre sous son nom), le droit au respect de l'œuvre (droit pour l'auteur d'exiger que son œuvre ne soit déformée ni dans sa forme ni dans son esprit), le droit de repentir ou de retrait (droit pour l'auteur de mettre fin, en cours ou après publication, à un contrat de cession de ses droits voire à un contrat de commande). Ces droits moraux sont liés à la personnalité de l'auteur. En ce sens, ils sont perpétuels, imprescriptibles et inaliénables. Les droits patrimoniaux comprennent le droit de reproduction et le droit de représentation, ainsi que (pour les œuvres graphiques et plastiques) le droit de suite.

Il est vrai que certains de ses membres auraient souhaité, une fois le principe de la titularité des droits revenu dans le droit commun de la propriété littéraire et artistique, ne faire bénéficier l'administration d'aucun régime dérogatoire au droit commun pour l'exercice des droits dont on aurait reconnu la jouissance à l'agent. Cette option, qui a connu un certain écho, n'a finalement pas été retenue.

Elle se reflète toutefois dans la proposition de la commission par un strict cantonnement du régime dérogatoire dont la commission envisage de faire bénéficier l'administration.

Afin de ne pas entraver le fonctionnement de l'administration dans l'exercice de ses missions de service public, au nombre desquelles figure la diffusion des données publiques, le système suivant a en effet été imaginé, qui prend en compte la nature, commerciale ou non, de l'exploitation que l'administration compte faire de l'œuvre créée par un agent dans le cadre de son service :

- i) *si l'administration ne réalise pas d'exploitation commerciale de l'œuvre, elle bénéficierait d'un mécanisme de cession légale de l'œuvre créée dans le cadre du service.*

Parce qu'elle intéresse la transmission des droits, la disposition pourrait trouver place dans l'article L.131-3 du code qui serait complété par un alinéa, lequel pourrait être ainsi rédigé :

« Le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'Etat, de la collectivité territoriale ou de l'établissement public à caractère administratif qui l'emploie, est, par le seul effet de la création, cédé à l'Etat, à la collectivité territoriale ou à l'établissement public à caractère administratif, dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public et à la condition que cette œuvre ne fasse pas l'objet d'une exploitation en dehors du service public auquel est affecté l'agent public ou d'une exploitation commerciale ».

La commission a préféré retenir un mécanisme de cession légale à la paralysie des droits de l'auteur suggérée par J.-E. Schoettl¹⁶, et à l'inopposabilité suggérée par le rapport Gaudrat¹⁷ pour deux raisons essentielles. D'abord, c'est un mécanisme connu du droit de la propriété littéraire et artistique. Ensuite, il permet de donner à l'administration une maîtrise plus grande, dissipant par exemple toute incertitude sur la possibilité d'une exploitation à l'extérieur.

¹⁶ L'Administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? : Dr. informatique et télécoms 1988/4, p.12

¹⁷ La titularité des droits sur les œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création, 2000, n.122.

Cette cession légale devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public. Pour tout le reste, la commission a estimé que n'existait pas de raison d'appliquer des dispositions exorbitantes du droit commun : dans cette hypothèse, l'administration devrait donc se retrouver exactement dans la même situation, au regard de la législation relative au droit d'auteur, qu'un employeur de droit privé. Le caractère réglementaire de la situation dans laquelle se trouve l'agent public n'est pas dirimant, comme on le voit bien dans le décret précité du 2 octobre 1996 qui évoque la possibilité d'une « convention conclue avec la personne publique ».

ii) *si l'administration fait une exploitation commerciale de l'œuvre, elle ne disposerait en revanche que d'un droit d'option.*

Une disposition viendrait ainsi compléter l'alinéa précédent, dans le sens suivant :

« L'Etat, la collectivité territoriale ou l'établissement public à caractère administratif disposent, pour exploiter ou faire exploiter en dehors du service public auquel est affecté l'agent public ou exploiter commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions d'exercice sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Un cantonnement plus strict, fondé non seulement sur la nature, commerciale ou non, de l'exploitation qu'envisage de faire l'administration de l'œuvre, mais aussi sur la nature des fonctions exercées par l'agent, a été évoqué à la marge des débats de la commission¹⁸, sans rassembler toutefois une majorité de points de vue.

3/ Absence de réglementation restrictive du droit moral

Les principes dont s'inspire le code de la propriété intellectuelle doivent être combinés avec ceux qui gouvernent le bon fonctionnement du service public, au premier rang desquels figurent la sauvegarde de l'ordre public ou l'exigence de continuité. A ce titre, on ne saurait imaginer que l'auteur d'un rapport administratif s'oppose à sa publication, au nom du droit de divulgation ou en demande le retrait après publication, en vertu du droit de retrait. On ne pourrait pas davantage envisager que l'auteur d'un panneau de signalisation routière puisse invoquer le droit au respect de son œuvre pour prétendre interdire son implantation au bord des routes ou sa reproduction dans les manuels de conduite automobile. Une réglementation restrictive de l'exercice du droit moral des agents publics était ainsi envisageable en théorie.

¹⁸ Dans l'esprit de ses promoteurs, le mécanisme de cession légale n'aurait pu jouer que pour les agents exerçant un emploi comportant l'exercice de prérogatives de puissance publique, au sens où l'entend communément la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes, récemment rejointe sur ce point par la cour européenne des droits de l'homme (V. par exemple CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*) ou (et ???) le Conseil d'Etat (V. par exemple CE, Ass. 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c/ Préaud*).

La commission a néanmoins estimé qu'elle n'était probablement pas nécessaire en pratique. Contrairement à ce que recommande le rapport Gaudrat, l'agent public en conserverait donc la jouissance. Ceci paraît découler inéluctablement du principe de titularité initiale. Mais le risque de voir le droit moral compromettre la mission de service public est très faible, et la commission est d'avis de faire confiance au juge administratif pour conjurer le risque d'abus, quelle que soit la prérogative en cause.

Le problème du droit de divulgation ne se pose pas autrement que dans les relations entre un employeur et un salarié de droit privé, et on n'imagine pas que le juge puisse admettre que l'agent public se retranche derrière cet attribut du droit moral pour méconnaître les devoirs de sa charge. Le droit de repentir n'est pas en cause puisqu'il ne peut être exercé qu'après une cession contractuelle qui fait ici défaut.

Le droit à la paternité ne devrait pas soulever d'objections de la part de l'administration, qui propose de le reconnaître dans le cadre de l'option présentée *supra*. Quant au droit au respect de l'œuvre, son exercice est contrôlé par le juge et l'examen de la jurisprudence montre que l'on parvient tout naturellement dans ce domaine à des solutions équilibrées.

*

La commission est d'avis que ce système représenterait l'équilibre recherché par la lettre de mission entre, d'une part, les droits qui peuvent être reconnus aux agents publics, pour des travaux exécutés dans le cadre de leurs fonctions, et, d'autre part, les missions de service public qui leur incombent. Les garanties qu'il comporte paraissent conjurer en outre le risque que soit compromise la communication des données publiques, autre objectif affiché par la même lettre de mission.