Les créations intellectuelles des agents publics et fonctionnaires de la recherche, de l'enseignement et de la culture

Marie Cornu

Chargée de recherche au CECOJI – CNRS

Correspondants étrangers ayant répondu à l'enquête :

- François Dessemontet, Professeur à l'université de Lausanne (Suisse)
- Edouard Treppoz, Assistant à l'université de Lausanne (Suisse)
- Maximilian Herberger, Professeur à l'université de Sarrebruck (Allemagne)
- Ramon Cases Vallés, université de Barcelone (Espagne)

Table des matières

Les créations intellectuelles des agents publics et fonctionnaires de la recherche, de l'enseignement et de la culture 1
Table des matières 3
Introduction 5
I - Les œuvres de l'esprit créées dans le cadre du service public de la recherche et de l'enseignement 5
A - Les œuvres protégées 5
B - Information publique et diffusion des œuvres 6
1 - La libre diffusion de certaines œuvres 6
a) Les documents officiels 6
b) Les discours publics 7
2. La logique d'accès aux documents publics 8
a) Les documents administratifs 8
b) Les archives publiques 9
II - Les règles de titularité des droits sur les créations réalisées dans le cadre du service public 9
A - Les principes posés par le CPI en matière de création salariée 9
1. Les règles générales 10
a) La présomption de cession 10
b) La cession au profit de l'employeur 10
c) La titularité originaire au profit de l'employeur 11
2. Le cas particulier du logiciel 11
B - La titularité des droits sur les œuvres créées par des agents publics ou fonctionnaires 11
1. Inexistence de règles spécifiques dans l'actuel CPI 12
2. La collectivité publique titulaire de droits en application des règles du CPI 12
a) Au titre de coordonnateur d'une œuvre collective 13
b) Au titre du droit de propriété du support 15
c) La question de la taxe de reproduction 16
d) À titre de cessionnaire des droits 17
3. Le statut des autres productions intellectuelles des fonctionnaires 17
a) L'application des règles tirées du Code de la propriété intellectuelle 17
b) La théorie de la titularité des personnes publiques : l'avis OFRATEME 18
c) La titularité des personnes publiques dans les droits étrangers 25
III - Les voies d'une réforme législative 26
A - Les règles de titularité 26
1. Légaliser la doctrine administrative issue de l'avis OFRATEME 27
2. L'aménagement des règles de titularité 28
a) Le transfert des droits au profit de l'employeur 28
b) La paralysie ou la suspension 29
3. Une solution à géométrie variable selon les catégories d'agents publics/créateurs 30
B - Les garanties 30

1. Quant à la nature des œuvres : œuvres « instrument » ou œuvres « objet du service public » 30
2. Quant aux services concernés 30
3. Quant aux catégories de personnel concernées 31
4. Quant à la délimitation du service public bénéficiant d'un régime de faveur 31
5. Quant aux attentes de la collectivité publique 32
6. Quant à la mise à l'écart des activités commerciales 33
7. Quant à la durée de l'exploitation 33
8. Quant à la circonstance que la collectivité publique n'exploite pas 34
9. Quant à la rémunération 34
10. Quant à l'exercice des droits moraux 34
11. Quant à l'aménagement des relations contractuelles entre l'État et l'agent public 35
12. La mise à l'écart de certains critères 35
Éléments de conclusion 36

Introduction

1. Un certain nombre d'agents publics et de fonctionnaires sont amenés à créer dans l'exercice de leur activité [1]. Ces créations sont parfois l'objet même du service public auquel ils sont affectés. La question se pose de savoir quel est le statut de ces productions. Qui peut décider de leur exploitation ou de leur non-exploitation ? L'État, le service qui les emploie, l'agent à titre personnel ? Cette question nécessite de clarifier en amont la question de la titularité des œuvres créées dans le cadre d'une mission de service public. Au préalable, il faudra évidemment vérifier que ces productions répondent bien aux critères de l'œuvre de l'esprit et ainsi donnent prise à des droits.

Des universitaires de plusieurs pays ont été sollicités pour connaître les solutions retenues dans leurs législations. Ils ont accepté de répondre à un ensemble de questions traitant de la titularité en général, des créations des agents publics en particulier. Je tiens à les remercier très vivement pour cet apport substantiel, en espérant ne pas avoir trahi leur pensée [2].

I - Les œuvres de l'esprit créées dans le cadre du service public de la recherche et de l'enseignement

A - Les œuvres protégées

2. Un grand nombre de productions réalisées dans le cadre d'une activité publique peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit, notamment dans le domaine de la recherche et de l'enseignement. Sont concernés les rapports et différents travaux de recherche. À cet égard, F. Gotzen et M-C Janssen citent « les syllabus, les cours polycopiés, les manuels (…) toute la catégorie des publications scientifiques dans leur état définitif ou préparatoire : analyses ou notes écrites, rapports, articles de revue ou livres scientifiques, photographies, dessins, graphiques, cartes géographiques » [3], réalisations qui sont à l'évidence un travail créateur. Mais compte tenu des critères extrêmement lâches utilisés dans la qualification de l'œuvre de l'esprit, des productions de moindre qualité ou importance pourront aussi donner prise à des droits d'auteur : une notice, un tableau, une note de service, une simple lettre… Par ailleurs, toutes sortes d'autres supports sont accueillis dans le Code de la propriété intellectuelle, y compris les produits des nouvelles technologies : bases de données, multimédia, etc.

3. L'admission de la qualité d'œuvre de l'esprit obéit cependant à des critères qui permettent de laisser hors du champ de la protection certaines productions. Le critère selon lequel l'œuvre doit avoir pris forme (toute forme étant admise, orale, écrite, visuelle, etc.) conduit à refuser la protection des simples idées sur le terrain du droit d'auteur (par exemple les hypothèses scientifiques, les théorèmes et démonstrations). En outre, l'œuvre doit être originale pour accéder

[1] Une commission spécialisée sur le thème de la création des agents publics a été constituée au sein du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, commission présidée par le Professeur André Lucas. Les conclusions en ont été rendues en décembre 2001. La perspective de l'étude reste plus spécifique en ce qu'elle concerne les domaines de la recherche, de l'enseignement et de la culture. Les résultats de la commission n'en ont pas moins constitué une base substantielle de réflexion.

[2] Les solutions tirées des droits étrangers sont là pour donner un autre éclairage de la question et aider à une possible évolution des règles de notre droit interne. En cela, il ne s'agit donc pas d'une véritable étude de droit comparé.

[3] F. Gotzen et M.-C. Janssens, « Les chercheurs dans les universités et les contrats de recherche : un cas particulier du droit d'auteur des salariés ? Étude en droit français et belge », *RIDA,* 1995, n° 165, p. 3.

au statut d'œuvre de l'esprit [4], c'est-à-dire porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. Selon le rapport de la commission sur la création des agents publics du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, seraient à exclure un grand nombre de catalogues, fichiers (manuels ou informatisés) annuaires ou bases de données, « dont ni la structure, ni le contenu ne porte l'empreinte ainsi que des documents (imprimés, photographiques) réalisés selon un procédé entièrement automatique ».
Les productions qui ne satisfont pas aux critères de qualification de l'œuvre sont évidemment de libre parcours ainsi que les œuvres qui ne sont plus soumises au monopole de l'auteur (sinon que dans ce dernier cas continue de jouer sans limite de temps le droit moral). En dehors de ces exemples, deux catégories d'œuvres dont la communication est d'intérêt public circulent plus librement. Ils concernent pour une grande part des documents produits dans le cadre ou à l'occasion d'une activité publique. C'est le cas des documents officiels et plus généralement des archives publiques ou autres supports soumis à des règles d'accessibilité.

B - Information publique et diffusion des œuvres

1 - La libre diffusion de certaines œuvres

a) Les documents officiels

4. Le caractère officiel de certains documents leur imprime un statut particulier et paralyse les règles du droit d'auteur en ce qu'ils doivent être librement communiqués au public.
En droit français, les documents officiels ne donnent pas prise au droit d'auteur. Cette notion comprend en principe les textes législatifs et réglementaires, y compris les circulaires, ainsi que les décisions de justice, en l'occurrence soumises à des règles de publicité (sauf cas particulier).
Mais la notion ne s'en tient pas là. Les juges ont pu considérer qu'un sujet d'examen pouvait être qualifié comme tel. La doctrine est peu abondante sur ce type de documents et l'absence de définition légale n'en facilite pas la lecture. On peut cependant penser qu'elle obéit à une conception restrictive en tant qu'elle constitue une exception aux droits des auteurs. « Seuls constituent des actes officiels les actes par lesquels les pouvoirs publics manifestent leur autorité : les textes législatifs lato sensu (lois et règlements), les décisions judiciaires, les délibérations, procès verbaux et rapports des organes officiels » [5]. Pour leur part, MM. Lucas estiment que la dérogation ne vaut que pour les « œuvres comportant des dispositions ayant valeur normative. L'exclusion ne joue évidemment pas pour les commentaires ou les compilations » [6].

5. Dans certains des pays étudiés, cette réserve des documents officiels est fréquente. Si la notion même de document officiel n'apparaît pas expressément dans les textes, certains documents sont cités comme échappant au monopole de l'auteur en raison de leur caractère officiel et donc des nécessités de l'information publique.

---

[4] Dans le domaine qui nous occupe, des incertitudes peuvent se manifester quant à la présence de ce critère, notamment en ce qui concerne les photographies. Une partie de la doctrine doute de l'originalité des photographies d'œuvres d'art, par exemple les reproductions de tableaux estimant que la réussite du cliché tient davantage à un savoir-faire technique, dans ce cas particulier. En ce sens A. Latreille, Dalloz 2002 ; M. Cornu, N. Mallet-Poujol, *Droit, œuvres d'art et musée*, Paris, CNRS Éditions, 2001.

[5] B. Fresne, *Les dérogations au droit de reproduction des auteurs en droit français*, thèse Paris II, 1973, p. 15. L'auteur cite notamment les délibérations des conseils municipaux ou généraux.

[6] A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, 2ème éd., n° 106.

Dans la loi espagnole, l'article 13 TRLPI dispose : « Ne sont pas objet de propriété intellectuelle les dispositions des lois et des règlements et les projets de textes correspondants, les décisions des organes juridictionnels et les actes, accords et comptes rendus de débats et rapports des organismes publics, ainsi que les traductions officielles de tous les textes précités ». La règle affecte bon nombre de documents élaborés par des fonctionnaires cependant qu'elle ne les concerne pas tous. Comme le souligne le professeur Ramon Casas Vallès, elle ne jouerait pas pour les cartes ou les photographies non plus que pour un certain nombre de rapports.
Dans la loi allemande, la notion de document de service est précisée à l'article 5 de la loi sur le droit d'auteur. Les textes officiels ne sont donc pas protégés par le droit d'auteur.

6. En droit suisse, F. Dessemontet indique que « l'article 5 de la loi fédérale sur le droit d'auteur exclut du droit d'auteur un certain nombre d'œuvres » dont la nature officielle « justifie qu'elles appartiennent au domaine public ». Il s'agit : des lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels ; des moyens de paiement, des décisions, procès verbaux et rapports qui émanent des autorités ou des administrations publiques, les fascicules de brevets et les publications de demande de brevet. Ne sont pas non plus protégés les recueils ou les traductions officiels ou exigés par la loi, des œuvres mentionnées au 1er alinéa (lois, ordonnances, accords internationaux et autres actes officiels). La notion de document officiel semble donc plus étendue qu'en droit français en ce que notamment elle inclut les rapports émanant des administrations et autorités publiques.

7. Dans le droit américain, il n'y a pas de notion de document officiel. Mais T. Hardy précise que l'ensemble des documents et œuvres créés par « l'État central, c'est-à-dire par les fonctionnaires fédéraux, tombent d'office dans le domaine public ». En revanche, il n'existe pas de règle comparable pour les fonctionnaires des collectivités locales ou des administrations des 50 États de l'Union, lesquels conservent un droit d'auteur, comme le rappelle le professeur Trotter Hardy.
La commission CSPLA sur les créations des agents publics s'est posé la question de la nécessité de légiférer sur les documents officiels, estimant que l'absence de mention légale n'était pas véritablement gênante et que l'exception prétorienne était suffisante.
Par ailleurs, se manifesteraient des difficultés quant à la définition des documents officiels, difficile à synthétiser, complexe à décliner. On connaît les limites de l'énumération et de ses possibles oublis.

b) Les discours publics

8. En droit français, les discours échappent au monopole de l'auteur mais seulement le temps de l'actualité puisque les nécessités de leur communication se font à l'intérieur d'une période limitée. Passé ce temps de l'actualité, notion interprétée de façon restrictive, l'auteur recouvre l'intégralité de ses droits.
Plusieurs décisions en ont fait application. Par exemple, à propos de discours politiques prononcés de 1991 à 1995, les juges ont pu décider que, compte tenu du temps écoulé et de la diversité des sujets abordés, une société publiant une brochure en 1995 ne pouvait invoquer cette exception d'actualité [7], ou encore concernant un enregistrement de discours de Malraux [8].

[7] TGI Paris, 25 octobre 1995, *RIDA,*, 1996, n° 167, p. 294 et 203, obs. Kerever.

[8] TGI, Paris, 3 avril 1973, *RIDA*, 1973, n° LXXVII, p. 106.

2. La logique d'accès aux documents publics

9. Un certain nombre de documents sont, dans le droit français, soumis à des règles d'accès. Il s'agit d'une part des archives publiques au sens de la loi du 3 janvier 1979 et plus spécifiquement des documents administratifs [9]. À propos de ces deux catégories de documents publics, il faut se demander si leur statut de papier public en libère aussi l'utilisation du point de vue des droits de l'auteur. Une autre catégorie de documents mérite également attention. L'ensemble des documents soumis à l'exigence du dépôt légal est en principe mis à la disposition des chercheurs et autres utilisateurs. Cette fois-ci, ces documents ne sont pas nécessairement de nature publique. Leur conservation et leur collecte obéissent à une double logique patrimoniale et scientifique. Il faut à nouveau s'interroger à leur propos sur le respect des droits d'auteur en présence d'œuvres de l'esprit.

a) Les documents administratifs

10. La loi de 1978 sur les documents administratifs pose le principe de communication immédiate de certains d'entre eux. La définition de ces documents ne recouvre pas totalement la notion de document officiel.
D'une part, elle met hors de son champ un certain nombre d'entre eux : il s'agit notamment des actes des assemblées parlementaires, des avis du Conseil l'État et des juridictions administratives, de certains documents de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes [10]. La raison en est que ces documents sont déjà par ailleurs communicables en vertu de leur statut et des règles qui imposent leur publicité. Et les laisser en dehors du texte de 1978 fait que pour ces documents, la collectivité publique n'a pas obligation d'en fournir une copie (la communication des documents administratifs comprend non seulement l'accès à ces documents mais encore la possibilité pour l'usager d'en obtenir une copie).
D'autre part, elle inclut toutes sortes de documents dès lors qu'ils contiennent un éclairage ou une interprétation du droit (entendu au sens large). Il peut s'agir de rapports ou encore de documents d'études [11].

11. À ce propos, il faut se demander comment se fait l'articulation de ce dispositif avec les règles relatives au droit de l'auteur pour les documents qui sont en même temps des œuvres de l'esprit ce qui ne sera pas le cas de tous. L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prescrit que « les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique. ». On a cependant pu se demander quelle était la portée de cette réserve. Concerne-t-elle tout mode de communication, donc y compris l'accès au document ? Ou au contraire se limite-t-elle à la remise d'une copie du document ? La loi de 1978 vise expressément l'acte de communiquer. Il faut donc s'entendre sur cette notion de communication qui n'est pas la même que celle que développe le droit d'auteur. La communication, dans la loi de 1978, se distingue de l'accès au document en ce qu'elle suppose la remise d'une copie du document. Cela signifierait que le respect des droits de l'auteur ne s'imposerait que dans ce cas. Une décision sème le doute de ce point de vue. À propos d'un rapport réalisé à la demande d'une commune sur le thème de

[9] Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

[10] Art. 1er, al. 3 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

[11] Au sens de l'article premier, al. 2 de la loi du 17 juillet 1978 : « … tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou de droit privé chargés de la gestion d'un service public… ».

la délinquance, les juges, reconnaissant la qualité de document administratif, refoulent l'argument tiré de la présence de droits de propriété intellectuelle invoqué par le maire pour opposer un refus de communication [12].

12. Au-delà de la mise à disposition du document, quelle qu'en soit la modalité (simple accès ou remise d'une copie), demeure la question de l'exploitation. *Quid* lorsqu'un utilisateur veut reproduire et publier ces documents en tout ou partie ? Peut-il librement exploiter ou doit-il dans ce cas se soucier de demander l'autorisation de l'auteur ? La loi de 1978 ne libère pas toute utilisation de l'œuvre, notamment lorsqu'on sort des nécessités de l'information publique. C'est ce que rappelle l'article 10, al. 2 : « l'exercice du droit à la communication institué par le présent titre exclut pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués ».
Dans cette question interfère la question de la titularité. Si l'on admet que la collectivité publique est titulaire des droits, alors on peut estimer qu'elle ne peut invoquer le monopole tiré du droit d'auteur pour faire échec à leur communication. La logique d'accès prime, à l'évidence.

b) Les archives publiques

13. Au contraire de la loi de 1978, la loi sur les archives publiques reste silencieuse sur la question des droits des auteurs. Il semble que l'on ne doive pas raisonner différemment dans toutes ces questions. Une différence subsiste cependant dans les deux mécanismes d'accès. Dans la loi de 1979, l'usager ne peut qu'exiger l'accès et non pas la remise d'une copie, acte qui doit en toute hypothèse rester soumis au contrôle de l'auteur.
Comment concilier les besoins de fonctionnement du service public avec l'existence d'un monopole reconnu par le législateur sur les productions de l'esprit ? Les solutions ne sont pas d'une claire évidence, sur le plan de la théorie et des pratiques diverses et parfois contradictoires. Il faut commencer par explorer les différentes doctrines concernant la titularité des droits, leur justification et les possibilités de résolution du conflit ainsi posé. Le ministère de la Culture a récemment constitué un Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, dont une des commissions présidée par le professeur André Lucas est chargée de réfléchir à cette question des créations des fonctionnaires. Des propositions de réforme ont été formulées. D'autres auteurs ont pu s'exprimer sur cette question. Il est utile de faire le tour d'horizon de ces différentes analyses, sachant que, de l'avis unanime, une clarification législative s'impose en raison du grand désordre qui règne dans la pratique administrative [13].

II - Les règles de titularité des droits sur les créations réalisées dans le cadre du service public

A - Les principes posés par le CPI en matière de création salariée

14. En principe, la personne physique qui a créé l'œuvre est l'auteur. En cette qualité, il est investi des droits *ab initio*. Il faut se demander quelle est la portée de cette règle notamment lorsque l'auteur est salarié ou encore qu'il crée sur commande. Ce préalable est nécessaire pour

[12] TA Strasbourg, 23 décembre 1993, inédit.

[13] Voir en ce sens le relevé de constatations de la Cour des comptes sur les éditions de l'État et des institutions publiques.

comprendre les règles d'attribution des droits en cas de création réalisée par un fonctionnaire ou agent de l'État.

1. Les règles générales

15. La règle de la titularité originaire a vocation à jouer quelle que soit la situation dans laquelle l'auteur produit son œuvre. L'article L 111-1 du CPI précise bien que l'existence d'un contrat de travail ou d'entreprise n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits de l'auteur. L'entreprise qui cherche à exploiter les œuvres des personnes qu'elle emploie doit donc se faire céder les droits. Le contrat de travail ne suffit pas à opérer la cession de ces droits, de façon automatique [14]. En l'occurrence, le CPI encadre les contrats d'exploitation et exige un certain nombre de mentions afin de protéger l'auteur considéré en situation de faiblesse.
Dans les législations étudiées, les solutions ne sont pas toujours si protectrices des intérêts de l'auteur, mais à des degrés divers et en vertu de mécanismes tels que la présomption de cession, la cession implicite ou plus radicalement encore la reconnaissance de la titularité initiale au profit de l'employeur.

a) La présomption de cession

16. Dans la loi espagnole, l'auteur est titulaire originaire, même s'il est salarié. La loi établit cependant une présomption de cession au profit de l'employeur, à défaut de convention expresse.
En vertu de l'article 51 TRLPI :
« 1. La transmission à l'employeur des droits d'exploitation sur une œuvre créée dans le cadre du contrat de travail est régie par les dispositions de ce contrat, lequel requiert une forme écrite.
2. À défaut de convention écrite, il est présumé que les droits d'exploitation ont été cédés en exclusivité, et avec la portée nécessaire pour permettre l'exercice de l'activité habituelle de l'employeur au moment de la remise de l'œuvre réalisée dans le cadre dudit contrat de travail. »
Il faut préciser que seules les œuvres réalisées en exécution du contrat de travail sont concernées par la présomption, soit parce que leur création est l'objet du contrat, soit parce qu'il y a eu commande spécifique de l'employeur dans les limites de ses attributions.

b) La cession au profit de l'employeur

17. Le droit allemand affirme le principe de titularité originaire au bénéfice de l'auteur salarié (art. 43 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins) et fait application de la théorie de la finalité en guise de garantie dans la cession des droits. La règle est en principe protectrice des intérêts de l'auteur en ce qu'elle limite la cession en contemplation de la cause du contrat et du but poursuivi. Il est donc nécessaire pour le transfert des droits qu'il y ait un contrat entre l'auteur et l'employeur, contrat qui ne requière pas de forme spéciale. La convention peut même être tacite.
Alors que dans le droit allemand, la théorie de la finalité « impose une interprétation restrictive quant à l'étendue des droits cédés », cette théorie subit un « gauchissement »(selon l'expression du professeur Dessemontet) dans le droit suisse qui en fait une règle de cession implicite, donc une exception au principe en vertu duquel l'auteur salarié conserve tous ses droits.

[14] En dépit de certaines dérives jurisprudentielles, voir en ce sens F. Gotzen, M.-C. Janssens, *op. cit.*, p. 25.

c) La titularité originaire au profit de l'employeur

18. Dans le droit américain, « si l'auteur est un salarié et [qu'il] crée dans le cadre de son emploi, tous les droits sur l'œuvre appartiennent à l'employeur. Les œuvres créées dans ce cadre sont définies dans la loi » (*Works made for hire*, 17 USC § 101).

2. Le cas particulier du logiciel [15]

19. En droit français, le Code de la propriété intellectuelle traite de façon spécifique le cas du logiciel et prévoit au bénéfice de l'employeur un mécanisme de présomption de cession [16] des droits d'exploitation lorsque le logiciel est réalisé dans le cadre du service. La collectivité publique est donc, par ce mécanisme, titulaire des droits d'auteur sur les programmes d'ordinateur créés par des fonctionnaires ou agents publics ainsi que pour l'ensemble des personnels qu'elle emploie, sauf clause contraire.
La solution est commune à un grand nombre de législations.
C'est vrai pour le droit allemand (art. 69B de la loi sur le droit d'auteur) qui dispose que sauf stipulation contraire, lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents aux programmes d'ordinateur.
Dans le droit espagnol, en vertu de l'article 97 TRLPI, lorsqu'un programme est créé par un salarié dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, les droits d'exploitation afférents à ce programme d'ordinateur ainsi créé, qu'il s'agisse du programme source ou du programme objet, appartiennent exclusivement à l'employeur, sauf convention contraire.
Le droit suisse s'est également inspiré de la directive européenne pour fixer le régime des logiciels créés dans le cadre d'une activité salariée.
Il faut préciser qu'en droit français, une mention expresse figure dans la loi, faisant référence aux agents de l'État, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif (art. L 113-9 du CPI). Cette précision n'a pas pour objet de créer un régime spécifique mais tout au contraire de signifier que la dérogation aux règles de titularité des droits sur le logiciel ne joue pas seulement pour les salariés de droit privé mais également pour les salariés du secteur public (en l'occurrence quel que soit leur statut, de droit public ou de droit privé).

B - La titularité des droits sur les œuvres créées par des agents publics ou fonctionnaires

Dans l'étude de cette question, il faut commencer par énumérer les cas dans lesquels, sans discussion, la collectivité publique est investie des droits d'auteur en application des règles du Code de la propriété intellectuelle. En préalable, il faut remarquer que l'employeur public n'est pas visé en tant que tel dans le CPI, sauf exception.

---

[15] D'autres mécanismes de présomption de cession ou de cession légale jouent dans le Code mais ne concernent pas spécifiquement la création salariée. C'est le cas notamment de la présomption de cession au profit du producteur de l'œuvre audiovisuelle ou encore de la cession du droit de reproduction pour reprographie.

[16] Sur le caractère un peu artificiel de la référence à la technique de la présomption de cession, voir A. et H.-J. Lucas, *op. cit.,* n° 517.

1. Inexistence de règles spécifiques dans l'actuel CPI

20. Aucune disposition spécifique ne vise dans le Code de la propriété intellectuelle le cas des productions réalisées dans le cadre d'une activité publique, sinon pour les logiciels (art. L 113-9 du CPI, voir ci-dessus).
Cela ne signifie pas que le droit d'auteur ne concerne pas ce secteur d'activité mais bien au contraire que les règles communes à l'ensemble des œuvres doivent trouver application. Cette absence de référence expresse pose cependant un certain nombre de difficultés. L'une d'entre elles naît de ce que, dans l'article L 111-1 du CPI, le législateur a pris soin de préciser que l'existence d'un contrat de travail ou d'entreprise n'emporte aucune dérogation à la jouissance des droits. Cette mention spécifique a pour vertu d'attirer l'attention sur le fait que, quelle soit la situation de dépendance dans laquelle crée l'auteur, il est titulaire originaire. On marque ici l'indifférence de la relation salariée ou de commande dans l'application des règles. Ce faisant, le législateur n'a pas cru bon de mentionner également l'indifférence du statut en vertu duquel l'auteur crée, par exemple le statut d'agent public. S'il n'y a pas lieu de tirer des conséquences de cette lacune (il est tout à fait clair que le législateur n'a pas entendu exclure de la solution les fonctionnaires et le raisonnement par analogie peut prospérer sans aucun doute) il semble bien qu'elle ait favorisé l'apparition de la coutume administrative dite « OFRATEME ». Plus exactement, l'introduction d'une réserve visant plus spécialement le secteur public eût, à l'évidence, nuancé la solution.

21. On peut remarquer que dans certaines législations, cette référence explicite à la situation des fonctionnaires existe.
L'article 3 §3 de la loi belge de 1994 dispose que « lorsque les œuvres sont créées par un auteur en exécution du contrat de travail ou d'un **statut** [17]**,** les droits patrimoniaux peuvent être cédés à l'employeur pour autant que la cession des droits soit expressément prévue et que la création de l'œuvre entre dans le champ du contrat ou du **statut** ».
La réforme de la loi française est actuellement à l'examen dans le cadre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique. Dans un souci de clarification des solutions en matière de titularité des productions publiques (l'intégralité du dispositif sera présentée plus loin), la commission chargée du statut des créations salariées des agents publics présidée par M. Lucas propose de modifier le troisième alinéa de l'article L 111-1 du CPI dans les termes suivants : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, 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 1er et III du présent titre.
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, **ni sa qualité d'agent de l'État, 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 » [18].

2. La collectivité publique titulaire de droits en application des règles du CPI

22. Par exception au principe selon lequel le titulaire est l'auteur personne physique, l'État ou une autre collectivité publique, collectivité territoriale ou établissement public peut être investi de droits dans plusieurs séries d'hypothèses. Ces exemples ne sont pas propres au secteur public et ont notamment vocation à s'appliquer dans les rapports entre entreprises privées et salariés.

[17] C'est nous qui soulignons.

[18] Le projet prévoit par ailleurs une règle de cession légale, question qui sera abordée plus loin.

a) Au titre de coordonnateur d'une œuvre collective

23. L'article L 113-2 du CPI définit l'œuvre collective comme toute « œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ». La rédaction du texte n'est cependant pas d'une grande clarté et on peut s'interroger sur certaines des conditions posées par le législateur. Il faut pouvoir distinguer les critères essentiels à la qualification d'œuvre collective.

- Les critères de l'œuvre collective

24. **La présence et le rôle d'un coordinateur** constituent le critère central. Celui-ci prend l'initiative de la création de l'œuvre. Il joue par ailleurs un rôle déterminant de direction et d'harmonisation des différentes contributions qui viennent prendre place dans l'œuvre.

25. **La place des contributions**. Une œuvre collective réunit une pluralité d'auteurs en vue de sa réalisation. À la différence de l'œuvre de collaboration, les coauteurs ne participent pas à l'élaboration de l'ensemble. Ils livrent leur production propre, mais il n'y a pas, en principe, d'inspiration commune, de concertation. C'est le coordonnateur qui réunit les différentes contributions qui assurera la cohérence de l'œuvre dans son ensemble.

26. **La fusion des contributions** dans un ensemble et l'impossibilité d'attribuer des droits distincts sur l'ensemble de l'œuvre. Ce critère, quelque peu obscur, est interprété diversement par la jurisprudence. Pour qu'il y ait œuvre collective, faut-il que l'on ne puisse identifier la part de chacun ? Il semble que la formulation du texte soit maladroite. Si pour certaines créations, la contribution des auteurs ne peut être individualisée (par exemple le dictionnaire), l'œuvre n'est pas nécessairement disqualifiée dans le cas contraire. Les journalistes signent leurs articles et cependant, les journaux dans lesquels ils écrivent sont le plus souvent considérés comme des œuvres collectives.

- Les exemples en matière de recherche et d'enseignement

27. L'exemple « type » de l'œuvre collective est celui du dictionnaire, de l'encyclopédie ou encore des journaux. Mais il existe bien d'autres exemples, notamment dans le domaine de la recherche. On peut, à cet égard, se demander si certaines recherches dites collectives n'entrent pas dans cette catégorie d'œuvres. Plusieurs chercheurs sont associés à un projet coordonné par leur institution sans qu'ils prennent part à l'élaboration de l'ensemble. Ne peut-on y voir une œuvre collective ? Si les critères évoqués plus haut sont remplis, rien n'y fait obstacle, mais on ne saurait assimiler recherche collective et œuvre collective (la confusion se fait parfois). Comme le rappelle Michel Vivant, le « tour collectif » que prennent, fréquemment, les créations scientifiques ne leur imprime pas de ce fait le caractère d'œuvre collective. « Parmi les travaux issus du CNRS, on pourra ainsi rencontrer aussi bien un rapport fait à égalité à plusieurs – œuvre de collaboration – qu'une étude d'équipe menée suivant une direction précise assignée par un responsable fixant les tâches de chacun – œuvre collective » [19]. Ce n'est que dans ce dernier cas que l'établissement peut prétendre à la titularité des droits. Encore que, dans certains cas, l'initiative ne vient pas de l'institution, mais d'une personne physique. Par exemple, lorsqu'un chercheur du CNRS entreprend la réalisation d'un dictionnaire ou d'une œuvre collective de recherche, c'est lui le

[19] M. Vivant, « Activité de recherche, un éclairage juridique, dans le travail du chercheur, les institutions scientifiques et les associations », *Les Cahiers du Comité d'éthique*, COMETS, CNRS, 1997, p. 8.

coordonateur et non l'établissement public qui l'emploie. Il faut ici identifier la puissance initiatrice pour trancher la question de la titularité des droits.

28. La réalisation d'outils tels que les bases de données peut éventuellement être qualifiée d'œuvre collective. Par exemple, lorsqu'une institution réalise une base de données à partir de ses fonds comprenant des notices bibliographiques et une description des différents documents. Les contributeurs peuvent avoir été sollicités pour réaliser tel ou tel texte sans qu'ils ne soient associés à l'ensemble. C'est donc l'institution qui est titulaire des droits [20]. Mais la solution ne saurait être généralisée à l'ensemble des bases de données. Ce sont véritablement les circonstances de la création de l'œuvre qui dicteront la solution.
Dans le cas où le coordinateur est l'État (ou une collectivité publique ou une entreprise publique), il détiendra les droits d'exploitation sur l'œuvre dans les limites fixées par la jurisprudence (voir plus loin).

- Les confusions possibles et fréquentes

Le caractère collectif du travail ne fait pas nécessairement de l'œuvre une œuvre collective (voir plus haut).

29. L'œuvre collective est parfois improprement utilisée dans les rapports entre un employeur et son salarié, en ce que ce dernier est placé en situation de subordination. Le fait que le salarié ait, dans l'exécution de son travail, à suivre des directives fixées par l'employeur, qu'il n'ait pas l'entière maîtrise de sa création, a favorisé cette confusion (elle existe fréquemment dans le secteur privé mais également dans la conduite de certains travaux de la recherche publique). Mais l'œuvre collective est une œuvre nécessairement plurale. Cette catégorie ne saurait donc en aucun cas encadrer la relation entre un employeur et son salarié.

30. Le financement des projets de recherche n'a en principe pas d'incidence sur la titularité des droits. Certaines institutions, ministères, etc., se croient parfois titulaires ou co-titulaires des droits en raison du fait qu'ils ont contribué financièrement au programme. Dans les contrats de recherche ou de financement de certaines productions, figurent des clauses selon lesquelles les bailleurs de fonds se partagent la propriété des résultats. Mais le fait de financer une production intellectuelle n'investit pas de la titularité des droits sur les œuvres ainsi produites.
Dans le cas de la réalisation et du financement d'une base de données, il faudra tout de même se poser la question de savoir si le soutien financier de la collectivité publique en fait un coproducteur de la base et à ce titre dispose d'un droit *sui generis* sur les données collectées. L'hypothèse s'est présentée au sujet d'un laboratoire CNRS qui réalise une base de données de manuscrits, en application d'une convention de financement avec une administration.
On peut estimer que si le projet est conduit en concertation avec cette institution, la qualité de producteur ne fait pas de doute. À défaut, il n'est pas sûr que le seul fait de financer suffise.

- Les tentations de détournement de l'œuvre collective

31. **La qualification d'œuvre collective pour retenir la titularité au profit de l'État.** On constate dans certaines espèces une tendance à accueillir plus facilement la qualification d'œuvre collective pour permettre à l'employeur d'être investi des droits. C'est ce que remarque M. Kerever à propos de la diffusion de données du système national d'identification du répertoire des entreprises et de leurs établissements, pour lesquelles le Conseil l'État admet la possibilité pour

[20] Dans le cas des bases de données, il faudra également compter avec le droit *sui generis*, voir l'étude d'A. Maffre-Baugé, « L'état du droit des bases de données ».

l'État d'instituer par décret un système de paiement de redevances en cas d'utilisation [21]. « Par la formule que l'œuvre en question doit être regardée comme une œuvre collective, le Conseil semble avoir voulu s'affranchir de la définition légale de cette qualification. Implicitement, le raisonnement serait le suivant : (i) l'administration, par le canal de ses agents est investie d'un droit d'auteur sur la base de données ; (ii) l'État est une personne morale ; par conséquent, la base de données doit recevoir la qualification juridique compatible avec son appropriation par une personne morale au regard de la législation sur le droit d'auteur » [22].
Ce détournement de l'œuvre se vérifie également à propos des règles de titularité et du mécanisme de la présomption.

32. **L'extension du jeu de la titularité.** Le détour de la présomption favorise la reconnaissance de la titularité au profit des personnes morales, mécanisme qui tend à passer d'une simple règle de preuve à une règle de fond, voisine des règles de la possession en matière de propriété corporelle.
Un autre gauchissement de l'interprétation donnée à l'article L 113-2 du CPI est de faire de cette règle de présomption de titularité originaire, censée transposer la présomption de la qualité d'auteur à l'œuvre collective, une règle de présomption de titularité y compris au bénéfice de celui qui exploite, et indépendamment de la qualification donnée à l'œuvre. La cour d'appel de Paris a récemment admis qu'une personne physique qui exploite l'œuvre est présumée titulaire des droits d'exploitation. On sort ici de la question de la qualité d'auteur ou assimilé pour étendre inconsidérément le jeu de l'article L.113-2 du CPI. Ces incertitudes ne facilitent pas l'appréhension par le justiciable, quel qu'il soit, auteur, utilisateur, de l'étendue des droits en cause.

- Le régime de l'œuvre collective

33. Le principal enjeu de la qualification de l'œuvre collective est la question de la titularité. Car c'est le coordonnateur qui est investi des droits d'exploitation sur l'œuvre. Les coauteurs conserveront certaines prérogatives : le droit moral sur leur contribution ; la possibilité d'exploiter séparément leur contribution pour autant que cette exploitation ne fasse pas concurrence à l'œuvre collective ; la possibilité de négocier les droits sur toutes autres formes d'exploitation que celle prévue pour la réalisation de l'œuvre collective. En réalité, la jurisprudence a limité le champ de l'œuvre collective et des droits d'exploitation dont la personne physique ou morale est investie à la première publication. Un journaliste cède sa contribution à un journal, support écrit. Pour autant, cette cession n'autorise pas le journal à exploiter l'article sur un support électronique. L'entreprise doit donc revenir vers l'auteur pour lui demander l'autorisation de publier sur ce média dans la mesure où il s'agit d'une nouvelle forme d'exploitation.

b) Au titre du droit de propriété du support

- En règle générale

34. Le principe de dissociation entre la propriété du support et la propriété intellectuelle est énoncé à l'article L 111-3 du CPI.
La propriété d'archives ou de documents publics ou d'œuvres ne fait en principe pas naître de droits d'exploitation sur les documents (sous réserve des règles spécifiques aux œuvres

[21] CE, 10 juillet 1996, *RIDA*, 1996, n° 170, p. 207, note A. Kerever.

[22] *Ibidem*. En l'occurrence on peut se demander si, en revenant vers les règles du droit d'auteur, le Conseil d'État ne remet pas, implicitement, en cause les solutions dégagées dans l'avis OFRATEME.

posthumes sur lesquelles à titre exceptionnel et dans des conditions très restrictives le propriétaire dispose d'un droit patrimonial, (voir ci-dessous).
Une jurisprudence récente a cependant semblé consacrer au profit du propriétaire un droit d'exploitation sur l'image de son bien, à propos de l'édition de cartes postales représentant un immeuble (le café Gondrée) [23]. Il faut cependant relativiser cette jurisprudence à plusieurs égards.
D'une part, elle ne saurait s'appliquer à des biens soumis à la domanialité publique, dont l'affectation est en contradiction directe avec l'idée d'une propriété privative identique à celle de l'article 544 du Code civil.
D'autre part, si la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation de mars 1999 semble très générale, cette reconnaissance dans d'autres décisions [24] s'accompagne de restrictions de nature à en réduire l'étendue :

- c'est l'exploitation commerciale à laquelle peut s'opposer le propriétaire (ce que n'est pas manifestement, dans l'esprit des juges, une exploitation à finalité culturelle, par exemple la publication d'un ouvrage sur les châteaux historiques [25]) ;
- si la reproduction de l'immeuble n'est pas le sujet central, elle est de libre parcours (sous réserve du respect des droits des auteurs mais il s'agit d'une autre question).

35. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation soumet par ailleurs l'exercice du droit à l'image à la condition que l'exploitation de l'image procure un trouble de jouissance [26]. On voit mal comment appliquer dans le cas des collections ou fonds de documents ou d'archives, cette notion de trouble de jouissance dès lors que la mission de ces institutions est précisément de mettre les œuvres à la disposition du public.
Dans le droit espagnol, le même principe de dissociation entre propriété corporelle et incorporelle joue, à l'exception des œuvres plastiques et photographiques pour lesquelles le législateur donne la préférence au propriétaire du support. Ainsi, en vertu de l'article 56-2 du texte refondu de la loi de la propriété intellectuelle (TRPLI), la loi établit une présomption selon laquelle le propriétaire de l'original exerce le droit d'exposition publique.

- L'hypothèse particulière des œuvres posthumes

36. Lorsque les titulaires des droits patrimoniaux n'ont pas exercé leurs droits en temps utile, les propriétaires d'œuvres posthumes (œuvres qui n'ont pas été divulguées du vivant de l'auteur) disposent d'un droit d'exploitation de l'œuvre d'une durée de 25 années, délai qui court à compter du moment où le propriétaire procède à la divulgation de l'œuvre. Ce droit ne joue que pour les supports originaux de l'œuvre et non les simples copies [27].

c) La question de la taxe de reproduction

37. Les services d'archives perçoivent des taxes de reproduction des documents mis à disposition. Cette taxe rendue possible par la loi de finances du 31 décembre 1921 doit être considérée comme une taxe pour service rendu. Dès lors que la photocopie d'un document nécessite des frais techniques, mobilise du personnel, on peut concevoir que l'utilisateur paie le prix correspondant. Mais en aucun cas, ce coût ne devrait être calculé en fonction du mode

[23] Civ. 1ère, 10 mars 1999, *D.*, 1999, J., p. 319, concl. J. Sainte-Rose.

[24] Notamment la décision de la Cour de cassation du 2 mai 2001.

[25] Paris, 31 mars 2000, *D.*, 2001, J., p. 770, note B. Edelman.

[26] Civ. 1ère, 2 mai 2001, *JCP* 2001, J., II, 10553.

[27] Voir l'affaire Jules Vernes, Ville de Nantes.

d'utilisation, une fois la reproduction effectuée. Par exemple, si le chercheur ayant obtenu une photocopie de document, le reproduit dans un ouvrage, le prix ne saurait être calculé en fonction du nombre d'exemplaires. On observe à cet égard que les pratiques administratives ne sont pas toujours en concordance avec l'esprit du texte et transforment bien souvent cette faculté de percevoir une taxe en véritable droit de reproduction assez proche du droit d'auteur. On rencontre le même type de difficultés dans la façon dont se traite cette question dans le secteur des musées.

d) À titre de cessionnaire des droits

38. En tant que cessionnaire des droits d'auteur (par exemple sur des fonds iconographiques ou clichés dont la collectivité publique est propriétaire), toute personne physique ou morale, publique ou privée peut acquérir des droits par la voie de la cession. Elle est alors titulaire dérivée des droits d'exploitation. Le mécanisme peut, dans certains cas, être facilité par le recours à la technique de la présomption de cession. C'est le cas du logiciel créé par un salarié (voir ci-dessus).

3. Le statut des autres productions intellectuelles des fonctionnaires

39. En dehors des hypothèses évoquées plus haut dans lesquelles la titularité revient à la collectivité publique, se pose la question de la titularité des créations émanant de fonctionnaires ou agents publics dans l'exercice de leur activité, qui ne trouve guère de réponse uniforme. On identifie deux doctrines diamétralement opposées, l'une prend sa source dans les principes dégagés par le droit d'auteur, l'autre dans les nécessités du service public. L'une et l'autre ne sont pas sans soulever des difficultés qu'il conviendra d'analyser avant d'entrer dans l'exploration des voies possibles de modifications législatives.

a) L'application des règles tirées du Code de la propriété intellectuelle

- Justification de la titularité originaire de l'auteur

40. Le Code de la propriété intellectuelle pose le principe selon lequel l'auteur est celui qui crée l'œuvre, on l'a dit. Le texte prend soin de préciser que la situation dans laquelle il crée est indifférente à la reconnaissance d'une telle qualité. Il peut être salarié ou employé, travailler sur commande, peu importe. Lui seul, en ce qu'il est le créateur, détient à titre originaire les droits (sauf l'hypothèse très marginale que nous avons évoquée plus haut : l'œuvre collective). Un certain nombre de décisions viennent confirmer ce principe cardinal de la titularité des droits. Et même si l'article L. 111-1 du CPI n'évoque pas la situation particulière des fonctionnaires, on ne voit pas en quoi ce principe ne leur serait pas applicable. L'ensemble des règles du droit français de la propriété intellectuelle place l'auteur au centre du dispositif. On peut alors en conclure que les entorses à cette règle doivent être expresses. Il reste que ce principe se heurte à un certain nombre de difficultés.

- Les difficultés d'application du CPI

41. **Obstacles pratiques.** D'une façon générale, si l'on appliquait sans nuance les règles du droit d'auteur, pourraient bien se trouver paralysées les activités nécessaires à l'accomplissement du service public. Par ailleurs, pourraient être mises en péril les logiques d'accès et de mise à disposition du public qui, notamment s'expriment dans les dispositifs tels que la loi du 3 janvier 1979 sur les archives ou encore la loi du 31 janvier 1992 sur le dépôt légal.

42. **Obstacles culturels.** Peut aussi se trouver posé le problème de la constitution d'une mémoire attachée à certains domaines de la recherche. La question a été largement débattue à propos du patrimoine archéologique, dont la conservation passe par une production scientifique, en particulier en présence de fouilles de sauvetage. Mais les solutions retenues n'ont pas épuisé les incertitudes qui pèsent sur cette détermination de la titularité.

43. **Obstacles théoriques. L'opposition statut/contrat.** On a pu objecter que la collectivité publique ne pouvait passer contrat avec ses propres fonctionnaires dont les droits et obligations sont fixés par son statut. Mais l'objection n'est pas nécessairement pertinente. Car le statut du fonctionnaire intéresse l'exercice d'une activité qu'il faut dissocier de la question de l'exploitation des productions réalisées dans ce cadre. La production intellectuelle, ou plus justement son exploitation parfois, excède la mission à laquelle est tenue le fonctionnaire. Il faut là vérifier quelle est la contrepartie attendue de la part de l'agent (la théorie de la cause). Même lorsqu'il doit produire des résultats, la vocation du service public qui l'emploie n'est pas toujours de commercialiser, de diffuser ces résultats, loin s'en faut. En ce cas, on voit mal ce qui ferait obstacle à l'exercice individuel des droits, pour autant qu'ils ne contrarient pas l'accomplissement du service public [28]. Rien n'empêche alors la conclusion de contrats portant spécifiquement sur l'exploitation de cette production et sur la cession des droits qu'elle aura fait naître. La propriété intellectuelle est une forme de propriété que l'État, comme tout autre, doit aussi respecter sous réserve d'impératifs dictés par l'intérêt général. En l'occurrence, la possibilité de conclure des contrats avec la collectivité publique est prévue dans le décret de 1996 sur l'intéressement des chercheurs [29], ce qui signifie que l'opération est techniquement transposable dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. L'article 1 du décret mentionne en effet que « lorsque la personne publique décide de ne pas procéder à la valorisation de la création, de la découverte ou des travaux, les agents mentionnés à l'alinéa précédent peuvent en disposer librement, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique ».

b) La théorie de la titularité des personnes publiques : l'avis OFRATEME

L'idée que la collectivité publique est détentrice des droits sur la production de ses fonctionnaires ou agents s'appuie sur deux avis du Conseil d'État [30].

- Fondement de la solution

44. **Le fondement jurisprudentiel.** Le Conseil d'État a rendu deux avis sur cette question de la titularité des personnes publiques.
- Dans l'avis du 14 mars 1958, il estime à propos de la réalisation d'un panneau de signalisation routière que son créateur ne peut invoquer des droits d'exploitation sur cette création. Si la solution se comprend, les arguments avancés alors sont très discutables. En l'espèce, compte tenu du cadre dans lequel l'agent a travaillé (dans l'exécution de son service, sous l'autorité de ses chefs, avec les moyens mis à disposition par le service, si bien que sa personnalité était absorbée (*sic*) par le service), le Conseil d'État en déduit qu'il s'agit d'une œuvre de service. Or contester que l'agent ait pu avoir un apport suffisamment original revenait à contester la qualité même d'œuvre. Où on aperçoit le côté bancal du raisonnement.

---

[28] Les fonctionnaires sont notamment tenus d'une obligation de réserve, certains de leurs travaux peuvent être soumis également à une obligation de confidentialité eu égard aux impératifs du service public. Il s'agit là d'une limite externe.

[29] Décret 96-858 du 2 octobre 1996, modifié par le décret 2001-141 du 13 février 2001, *JO,* 15 février 2001.

[30] Voir à ce propos l'étude de M. Kerever, *RIDA*, 1981, n° 110, p. 93.

On a pu voir un parallèle avec la faute détachable ou non du service. L'auteur ne pourrait revendiquer des droits qu'en apportant la preuve du caractère détachable de la création relativement à la mission qui lui est impartie.
- L'avis du 21 novembre 1972 pose la question d'une façon un peu différente. Il s'agissait de savoir si les collaborateurs de l'Office français des techniques modernes d'éducation (OFRATEME) participant à la création d'émissions télévisées destinées à l'enseignement pouvaient invoquer des droits d'exploitation sur leurs œuvres. Le Conseil d'État estime que le droit des agents publics est limité par les nécessités du service et que celles-ci « exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit (...), pour celles (...) qui font l'objet même du service. »

45. **Le fondement légal :** le cas particulier des recherches réalisées pour le ministère de la Culture. C'est à propos du statut des rapports de fouilles archéologiques rédigés pour le compte du ministère de la Culture par des fonctionnaires chercheurs qu'une réflexion s'est engagée sur la question de la titularité des droits. Face à une situation dans laquelle le rendu de travaux et la remise des documents servant à leur élaboration se révélait problématique, on a identifié le problème comme résultant des règles du droit d'auteur et notamment du jeu du droit de divulgation. Mais, à la vérité, le problème concerne davantage la question des obligations statutaires. Lorsque les chercheurs refusent de divulguer en vertu de leur droit moral, on ne peut les y contraindre. En revanche, s'ils ne produisent pas, on peut leur reprocher de ne pas remplir les fonctions pour lesquelles ils sont rémunérés. Le droit de divulgation ne peut alors les affranchir de leurs obligations statutaires [31].

46. Le débat a été clos par l'institution d'une cession en faveur de l'État instituée par le décret n° 91-486 du 14 mai 1991 qui précise dans son article 3 que : « les fonctionnaires de recherche de la mission de la recherche du ministère de la culture ont pour mission la recherche, l'analyse, l'inventaire, la valorisation, la diffusion et la publication dans les domaines suivants : patrimoine monumental, architectural, archéologique, ethnologique, écrit et documentaire (…) ». En vertu de l'article 7, l'État dispose sur la publication des résultats « d'un droit préférentiel en matière de publication et de diffusion de ces travaux. Cette cession s'effectue à titre gratuit ». Outre les incertitudes que fait naître ce texte, notamment quant à la portée de la cession envisagée (à titre exclusif ?), on pourra s'interroger sur la légalité d'un texte réglementaire s'opposant très directement aux droits de l'auteur. Sans doute faut-il se pencher sur les questions liées à la nature de l'exploitation rendue nécessaire pour l'accomplissement de la mission de la recherche. C'est en termes de conservation, de consignation, de collecte, d'inventaire du patrimoine culturel qu'elles se définissent. On peut concevoir un transfert de droits dans ce cadre. Mais une exploitation commerciale de ces travaux lui est-elle indispensable dans la poursuite de ce but d'intérêt général [32] ?

- Difficultés d'application des critères mis en œuvre

47. **Quant à l'objet du service public.** Dans la « doctrine administrative » OFRATEME, les nécessités du service viennent limiter l'étendue des droits du fonctionnaire. Ce n'est qu'en présence d'œuvres de l'esprit dont la création fait l'objet même du service que s'expriment ces limites.

[31] En l'occurrence, la théorie de l'abus du droit pourrait éventuellement prospérer en cas d'utilisation détournée du droit moral.

[32] La question sera abordée un peu plus loin à l'occasion de la délimitation du périmètre d'exploitation.

Cette exigence vient opportunément encadrer la solution mais elle n'est pas toujours facile à mettre en œuvre. Assurément, la plus grande difficulté est dans la détermination des nécessités du service public. Certains auteurs en tentent une définition. Elles « se résument, tout simplement, en la possibilité pour le service d'accomplir sa mission » [33].
Quoi qu'il en soit, il faut retenir une conception restrictive de cette condition de nécessité y compris dans l'application de la doctrine « OFRATEME » et non seulement se demander si la création de l'œuvre est bien nécessaire à son accomplissement, mais également pour quelle exploitation.

48. **Quant à la nature des droits concernés.** Selon cet avis du Conseil d'État, l'administration est investie de l'ensemble des droits. Cette analyse nous semble en revanche très discutable et contraire aux principes du droit d'auteur. En instituant à titre originaire l'État titulaire des droits d'auteur dans leur totalité, la règle selon laquelle le créateur est une personne physique est ignorée. Par ailleurs, l'administration, si l'on déploie toutes les conséquences de la solution, serait également investie du droit moral [34], si bien que les auteurs disparaissent totalement derrière l'institution. Si l'on conçoit que, pour la grande majorité des documents produits dans le cadre de l'activité publique, le droit moral soit hors de propos (par exemple pour toutes les notes de service, les courriers, les tableaux, etc.), la solution est plus douteuse en présence d'une production intellectuelle plus substantielle, par exemple pour les études, recherches, rapports, qui expriment des opinions et dont le traitement, à nouveau, semble inégal. Dans certaines publications officielles, aucune mention n'est faite du nom des rédacteurs au contraire d'autres où la paternité a été respectée.
À la vérité, d'autres moyens peuvent être invoqués, sans aller jusqu'à la négation de l'auteur, en particulier la paralysie pure et simple de certaines prérogatives, au regard des nécessités du service [35].
La théorie de l'abus du droit envisagée comme détournement de la finalité du droit peut par ailleurs être invoquée (exemple des travaux de recherche archéologique où l'invocation du droit moral masque parfois la non-production de résultats).

49. **Quant au périmètre d'exploitation de l'œuvre nécessaire à l'accomplissement du service public.** On peut soutenir que, d'une façon implicite, si l'exploitation des œuvres par la collectivité publique obéit à des nécessités liées au fonctionnement du service public, toute utilisation n'entre pas dans ce périmètre. Pour les exploitations qui excèdent le cadre fixé, l'auteur devrait en bonne logique recouvrer l'intégralité de ses droits.
Dans un certain nombre de cas, l'activité de valorisation intègre de façon nette la mission de service public, ce qui suppose en amont une production intellectuelle. C'est vrai par exemple pour le service public de l'inventaire dont la finalité est bien le recensement des richesses du patrimoine dans ses éléments mobiliers et immobiliers aux fins de connaissance ou encore de la RMN (Réunion des musées nationaux). Les textes sont clairs de ce point de vue. Ces activités de valorisation ont notamment fait l'objet d'une circulaire. Mais il n'en va pas de même pour l'ensemble des services qui génèrent une production intellectuelle.

---

[33] C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ, 1991, p. 34. Les motifs que l'auteur invoque ne nous convainquent cependant pas.

[34] Voir cependant dans une décision récente où la paternité de l'œuvre est reconnue mais sur le terrain de la responsabilité civile, TGI Pointe-à-Pitre, 28 octobre 1999, inédit.

[35] En ce sens, P. Gaudrat, *La titularité des œuvres réalisées dans les liens d'un engagement de création*, rapport remis au Premier ministre, 2000 ; J.-E. Schoettl, « L'administration dispose-t-elle d'un droit d'auteur ? », *DIT*, 1988/4, p. 12.

50. Une autre difficulté se présente dans la détermination du noyau dur de l'activité visée. Que dire en particulier des activités périphériques qui peuvent être vues comme un accessoire de l'activité principale ? Doivent-elles alors en suivre le régime ? L'avis OFRATEME, tout en bornant la titularité des personnes publiques aux créations qui font l'objet du service, y inclut celles qui ont un lien direct avec celui-ci ; c'est le cas de ces activités périphériques. Pour autant il semble excessif de faire jouer cette fiction administrative. Quelques exemples expriment cette difficulté de circonscrire l'objet du service public.

51. **Le cas des archivistes.** Un conservateur d'archives effectue des recherches, publie des monographies. Il valorise ses fonds et cependant, excède parfois le cadre de sa mission, du moins entendue classiquement : qui consiste à mettre à disposition des documents. Mais jusqu'où considérer qu'il accomplit cette tâche ? Que dire des nouveaux outils documentaires qui vont au-delà du travail d'inventaire (par exemple, constitution de bases de données). La loi de 1979 reste muette sur cette question qui prend aujourd'hui une dimension nouvelle dans le métier de l'archiviste.
Dans une décision récente, les juges étaient saisis à propos de la contrefaçon d'un guide réalisé par des archivistes départementaux, rédigé à l'intention d'autres archivistes. La question de la titularité des droits n'était pas discutée et les juges ont considéré que l'on était en présence d'une œuvre de service [36].

52. **Le cas des conservateurs de musées.** L'exemple des conservateurs du patrimoine peut également être cité. Ils renseignent les œuvres des collections en réalisant des notices qui sont disponibles sur les sites du ministère de la Culture. Si leur statut englobe d'une façon nette la fonction documentaire, il n'est pas sûr que ce fait puisse attirer l'ensemble des productions intellectuelles dont ils sont les auteurs vers l'employeur public. En particulier, il semble que la réalisation de catalogues ou encore de produits multimédias ne relèvent pas directement de cette fonction.
D'autres exemples sont également tangents. Que penser des photographes (parfois les conservateurs eux-mêmes) qui réalisent des clichés des collections publiques ou des archives ? Leur fonction est de réaliser des reproductions des fonds et non nécessairement de fournir une image exploitable commercialement. Dans la pratique, ils négocient pour certains d'entre eux la cession de leurs droits.

53. **Le cas des établissements d'enseignement et de recherche.** On peut également penser que les établissements publics de recherche ont pour mission la diffusion et la valorisation des résultats. Le travail des chercheurs est bien de produire des résultats sur lesquels ils sont évalués. Ils doivent donc publier, par exemple en leur qualité d'agent du CNRS. Mais une autre question est de savoir s'ils doivent publier pour le CNRS. En réalité, l'établissement public du CNRS ne peut exiger de procéder lui-même à la publication, non plus qu'il n'y est tenu. En effet, on voit mal comment l'administration pourrait décider de la publication d'une recherche d'un de ses agents, ou encore imposer de publier dans les éditions « maison », les éditions du CNRS. Un des principes de l'évaluation passe aussi par l'évaluation externe. Il nous semble dans cet exemple apercevoir une différence entre la façon dont fonctionne le service public de l'Inventaire et le service public de la recherche scientifique, en attente, certes, d'une production scientifique mais non d'un résultat prédéterminé, sauf cas particulier [37].

---

[36] TGI Pointe-à-Pitre, 28 octobre 1999, *Légipresse,* 2000, n° 173, I, p. 87.

[37] Voir en ce sens l'idée du professeur Vivant qui suggère de traiter différemment les créations dites de mission relativement aux autres productions du chercheur.

En ce qui concerne les activités d'enseignement, la question du périmètre d'exploitation ne manque pas, également, de se poser. Un enseignant doit délivrer son cours, oralement. Est-il tenu à d'autres exploitations ? La jurisprudence donne quelques éléments de réponse. Dans l'affaire Roland Barthes, une conférence donnée au Collège de France avait été illicitement reproduite dans une revue publiée par Bernard-Henri Lévy. Une exception d'incompétence était alors soulevée fondée sur l'idée que l'œuvre discutée était une œuvre de service. Mais les juges refoulent l'argument aussi bien en première instance [38] qu'en appel. Les premiers juges indiquent que l'œuvre en question ne revêt pas un caractère administratif. Les juges d'appel précisent quant à eux que « les attributions de Roland Barthes au Collège de France ne l'obligeaient qu'à dispenser un enseignement à l'intention de l'auditoire présent dans l'établissement, et, qu'ayant trait à la reproduction par écrit, sur une vaste échelle et dans une revue littéraire, du cours prononcé par le défunt, le litige est manifestement étranger à l'exécution du service public d'éducation auquel participait celui-ci » [39].

54. **L'énoncé d'une politique éditoriale dans les établissements de recherche et d'enseignement.** La question de savoir si la politique éditoriale intègre pleinement les missions des établissements de recherche et d'enseignement commence à se poser d'une façon plus nette et invite donc à se pencher sur cette question de la titularité et plus spécifiquement sur le périmètre d'exploitation qui s'y rapporte.
Certaines des législations étudiées font état de ce que les universités commencent, aujourd'hui, à s'intéresser de près à la production d'outils pédagogiques et à leur valorisation. Aux États-Unis, il semble que de possibles difficultés pourraient naître (dans la discussion sur les droits) à propos non de la création intellectuelle dite érudite pour laquelle le professeur conserve ses droits mais pour les productions à valeur commerciale.
À ce sujet, on ne peut manquer de se demander quelle est la place de ces activités éditoriales situées dans le prolongement des activités d'enseignement et de recherche. Répondent-elles véritablement à un impératif public à caractère scientifique, pédagogique, nécessaire à l'accomplissement même du service public ou n'auraient-elles pas davantage pour fonction d'abonder les ressources universitaires ? Cette question est évoquée dans les deux rapports de droit américain et de droit espagnol.
Il faut sans doute distinguer entre les différentes productions. Sont-elles ou non indispensables à l'accomplissement de la mission impartie ? Dans l'affirmative, on peut accueillir l'idée d'œuvres de missions. Dans tous les autres cas, il ne nous paraît pas raisonnable de prévoir un système dérogatoire aux règles du droit d'auteur en faveur de la collectivité publique.
Cette interrogation n'épuise pas la question de savoir si les besoins pédagogiques futurs et l'évolution probable des méthodes d'enseignement ne nécessiteront pas de nouvelles formes de communication que la seule délivrance orale des enseignements. Il faudra par exemple compter avec la mise en place de formations dispensées exclusivement sur le réseau.

- Quant aux catégories de personnels concernées

55. Il semble que les personnels concernés dans l'avis OFRATEME sont les agents publics, fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales et établissements publics, à l'exception cependant des EPIC en raison de la nature privée des relations entre cet employeur public et ses agents.

[38] TGI, 20 novembre 1991, *RIDA,* 1992, n° 151, p. 340, note A. Kerever.

[39] Paris, 24 novembre 1992, *RIDA*, 1993, n° 155.

Compte tenu de la variété des statuts des personnels de l'administration, il faut cependant s'interroger le champ de la dérogation. Faut-il admettre que toute relation de travail contractuelle de droit public est soumise à la solution dégagée par l'avis OFRATEME ?
Une récente décision du TGI de Paris apporte des précisions sur cette question des personnels concernés, en admettant l'œuvre de service à propos d'un doctorant, allocataire de recherche. Les juges prennent en considération le contrat signé entre le recteur d'académie de Paris, représentant de l'État et lui-même pour faire valoir qu'il est placé « dans une situation légale et réglementaire de droit public ». Ils soutiennent « que ce statut d'agent public conduit à faire de l'État, sauf les exceptions prévues par la loi ou reconnues par l'usage et dont il n'est pas fait état, le titulaire originaire des droits de propriété intellectuelle de l'État, en l'espèce des droits d'auteur générés par le demandeur ».
Cette décision appelle quelques observations .

56. **Sur les différentes situations statutaires des agents publics et leur incidence sur la solution**. D'une part, c'est bien le statut de l'agent qui conduit à la solution et non pas seulement les nécessités du service public. Sous ce rapport, la solution ne semble pas différente de celle dégagée par l'avis OFRATEME qui fait référence aux agents publics. Cela signifie qu'elle ne saurait s'étendre aux rapports entre l'administration et des personnes dont les statuts relèvent du droit privé.
La règle de titularité préconisée par l'avis OFRATEME, en ce qu'elle constitue une entorse sérieuse aux principes fondateurs du droit d'auteur ne devrait en aucun cas pouvoir jouer dans les relations entre la collectivité publique et des personnes physiques qui ne font pas partie de l'administration.
Pour autant, l'ensemble des agents publics doit-il nécessairement être concerné ? Ne doit-on pas raisonner au regard du statut de l'agent public ? On peut en effet sérieusement s'interroger sur le fait de faire jouer un régime exorbitant à propos de catégories d'agents placés dans une situation de précarité au sein du service public. Au contraire, on peut admettre que la position statutaire et réglementaire pérenne des fonctionnaires titularisés autorise dans des limites strictes un abandon de certains des droits d'auteur au regard de l'impératif public.

57. **Sur l'invocation trompeuse du décret de 1996 sur l'intéressement.** Pour décider que l'État est titulaire de droits à titre originaire sur l'œuvre, les juges commencent par qualifier le statut de l'agent allocataire de recherche. Invoquant le décret 96-858 du 2 octobre 1996, ils constatent la qualité d'agent public non titulaire telle qu'elle ressort de ce texte. Ce décret institue un mécanisme d'intéressement au profit des chercheurs mais ce mécanisme ne concerne que les productions pour lesquelles existe, dans le Code de la propriété intellectuelle, une cession des droits vers l'employeur. C'est le cas des logiciels et des brevets, de la création ou de la découverte d'obtentions végétales. On comprend bien que l'intéressement est destiné à corriger une situation dans laquelle l'employeur profite seul de l'exploitation de l'œuvre. Mais il n'a en aucun cas pour effet d'opérer un transfert des droits à l'employeur sur les œuvres de l'esprit.
La référence à ce texte, bien qu'utilisée pour clarifier le statut de l'allocataire semble bien avoir semé le trouble dans l'analyse des droits et de la question de la titularité [40].

58. **Sur les rapports étroits entre droit d'auteur et responsabilité civile.** On peut aussi tempérer la portée de la solution retenue par le TGI à la lumière des rapports complexes qu'entretiennent aujourd'hui le droit d'auteur et le droit de la concurrence souvent sollicités tour à tour en fonction de leurs chances d'aboutissement pour sanctionner l'exploitation illicite d'une œuvre. En l'espèce la voie du parasitisme a été préférée par les juges. Plusieurs décisions illustrent ce

[40] En ce sens, A. Kerever, commentaire sous TGI, 31 mars 1999, *RIDA*, 2000, n° 183, p. 333.

mouvement de va-et-vient entre le droit d'auteur et la responsabilité civile. Dans cette affaire, la voie de l'article 1382 du Code civil dispensait de rapporter la preuve de l'emprunt. On pouvait se suffire du pillage des idées. Mais, s'engageant dans cette voie, les juges avaient-ils besoin d'affirmer le caractère d'œuvre de service ?
Dans ce domaine de la production scientifique dans lequel les auteurs ne peuvent disparaître dans l'accomplissement du service public, en raison du caractère si personnel de leur création, on aperçoit les écueils du raisonnement sur les œuvres de service appliqué à cette activité. En pousant à l'extrême le raisonnement, cela signifierait que si un fonctionnaire pille les travaux d'un collègue lui même fonctionnaire, il ne peut être contrefacteur puisque l'œuvre pillante et l'œuvre pillée sont toutes deux entre les mains de l'État ?

59. **Sur la négation d'usages dans le domaine de la recherche et de l'enseignement.** L'agent concerné dans cette affaire est un chercheur, auteur de travaux scientifiques et dans ce domaine de la recherche, il semble que, dans la pratique, l'avis OFRATEME n'ait guère contaminé le système. On peut alors être surpris de ce que les juges aient dans le même temps expressément réservé l'existence d'usages contraires tout en les ignorant : « Attendu que ce statut d'agent public conduit à faire de l'État, sauf les exceptions prévues par la loi ou reconnues par l'usage (…) le titulaire originaire des droits de propriété intellectuelle… » [41]. Cette doctrine administrative n'est, en effet, pas appliquée de façon uniforme pour toutes les catégories d'agents publics, comme ne manque pas de le souligner la Cour des comptes. Les motifs des différences de traitement ne sont pas toujours de même nature. Certains s'expliquent en raison des usages, d'autres eu égard à la particularité des statuts sans qu'il soit toujours aisé d'en déterminer la cause. À tout le moins peut-on tenter de passer en revue quelques exemples, dans lesquels la titularité des agents est reconnue pour des motifs divers.
On constate notamment que la titularité des auteurs est reconnue en principe pour les universitaires lorsqu'ils vont au-delà de la délivrance de leur enseignement qui fait partie de leurs obligations statutaires et par exemple qu'ils publient leurs cours [42].
Le fondement de la solution peut également être tiré de la reconnaissance du principe constitutionnel de la liberté de l'enseignement supérieur. Certains auteurs s'accordent à trouver dans cette décision un argument en faveur de la titularité des auteurs enseignants. La liberté de création induirait la libre jouissance de leurs droits intellectuels. Et en effet, on admettrait mal que l'État puisse décider de la publication, de la divulgation d'œuvres ainsi créées, actes qui iraient à l'encontre de la liberté de création. Encore qu'on ne voit pas bien pourquoi ce principe ne jouerait pas en faveur d'autres catégories de créateurs. On peut, en l'occurrence, se demander si la liberté de pensée et de création dont disposent statutairement les chercheurs ne les place pas aussi dans une situation particulière et ne neutralise pas ainsi la doctrine OFRATEME ; en somme, si le degré d'indépendance dans lequel l'auteur crée ne doit pas être pris en compte dans la recherche de solutions [43].
C'est également le principe constitutionnel de liberté de pensée qui, dans d'autres législations, justifie le statut particulier des universitaires (par exemple dans le droit suisse ou le droit allemand, voir ci-dessous).

[41] TGI, 31 mars 1999 précité. Les juges ajoutent cependant qu'il n'est pas fait état de ces usages ou dispositions contraires.

[42] Voir la jurisprudence Roland Barthes précitée.

[43] Voir en ce sens le rapport Gaudrat sur le jeu du droit moral au regard de ce critère d'indépendance.

c) La titularité des personnes publiques dans les droits étrangers

Dans certaines législations étudiées, l'État ou la collectivité peut se trouver investi de la titularité des droits sur les œuvres.

- Le statut de certaines productions publiques

60. Certaines productions réalisées dans le cadre d'une activité publique échappent aux règles classiques de la titularité.
Les droits sur les cartes nationales appartiennent à la Confédération en vertu de l'article 2 de la loi fédérale suisse sur le droit d'auteur.
Dans le droit américain « les œuvres créées par l'État central – c'est-à-dire par les fonctionnaires fédéraux – tombent d'office dans le domaine public » (art. 17 USC § 105).

- Le cas de la recherche et de l'enseignement

61. En droit allemand, il semble que, parmi les membres de la communauté scientifique, seuls les **professeurs** conservent pleinement leurs droits sur les créations de l'esprit. L'article 43 de la loi sur le droit d'auteur ne leur est pas applicable. En vertu du principe de la liberté de l'art et de la science inscrit dans l'article 5 de la Constitution allemande, ils peuvent librement disposer de leurs créations.
Dans deux cas allemands cités par le professeur Dessemontet, la titularité des droits d'auteur a été consacrée au bénéfice d'**étudiants** sur leurs copies et travaux.

62. En droit espagnol, en l'absence d'une législation spécifique, on a considéré que les universitaires détiennent les droits sur leurs œuvres, sans que ne joue la présomption de cession. Mais M. Ramon Casas Valès fait état d'une tendance récente de certaines universités qui réfléchissent à la possibilité d'acquérir les droits sur les œuvres créées par les professeurs, en particulier lorsqu'il s'agit de matériel pédagogique. Ce n'est encore qu'un mouvement marginal qui, selon l'auteur, peut prendre de l'ampleur, compte tenu des difficultés de financement des universités et du développement de nouveaux supports d'enseignement susceptibles de fournir des ressources supplémentaires.
En ce qui concerne les **chercheurs**, la solution est la même que pour les enseignants.
Dans le droit espagnol, il n'existe aucune règle particulière concernant les **doctorants**. Les règles générales trouvent donc application. Selon M. Ramon Casas Valès, il n'y a pas de présomption de titularité qui puisse jouer en faveur de l'université, y compris lorsqu'elle finance la thèse.

63. Dans le droit suisse, à l'instar du droit allemand, il faut combiner les règles du droit d'auteur, la théorie de la finalité et l'existence d'une relation contractuelle ainsi que le principe de liberté académique pour comprendre les règles de titularité des droits des fonctionnaires. Celles-ci varient cependant en fonction du statut des personnes éventuellement concernées.

64. **Le cas des professeurs.** En droit suisse, pour les professeurs, le principe de la liberté académique devrait faire échec à la théorie de la finalité. Selon M. Dessemontet, « un membre de la communauté universitaire qui écrit un livre ou crée du matériel pédagogique le fera toujours volontairement, sans qu'il s'agisse d'une obligation de fonction, de droit privé ou de droit public. La liberté académique comprend la liberté éminente de décider de la forme de son enseignement (faire un polycopié ou n'en pas faire, projeter des schémas clairs par rétro-projecteur ou dessiner au tableau noir)… ». Le professeur Dessemontet estime ainsi que « ni l'université ni l'État n'acquièrent un droit quelconque sur les œuvres protégées par la LDA (loi sur le droit d'auteur)

que peuvent élaborer les enseignants, en l'absence d'une cession contractuelle voulue par l'auteur et la corporation publique. » [44].
Certaines opinions vont cependant en sens contraire. Ainsi, on a pu soutenir que les membres du corps professoral détiennent les droits d'auteur sur les seules activités accessoires ou personnelles. M. Gabus donne notamment l'exemple d'un professeur qui accepte « d'une entreprise un mandat rémunéré de consultant » ou encore qui donne des avis à titre d'expert [45].
En ce qui concerne les activités entrant dans le cahier des charges des membres du corps professoral, l'auteur estime que ce sont les institutions qui sont titulaires des droits.
L'auteur passe en revue les différentes sources du droit fédéral et des législations cantonales en montrant à quel point, si certaines questions trouvent une solution, les lacunes sont patentes dans le domaine du droit d'auteur.
La question se trouve compliquée par le fait que « certaines universités ont promulgué des règlements » qui, selon M. Treppoz « jettent une certaine confusion dans l'organisation des contrats d'édition permettant aux professeurs de faire publier leurs œuvres par des éditeurs privés ».
L'université de Genève considère en effet qu'elle est titulaire de tous les droits sur les brevets et sur les droits d'auteur émanant d'activités exercées par les membres du corps professoral dans le cadre de leur cahier des charges » [46].

65. **Le cas des assistants.** Dans ce cas, la doctrine suisse considère que la théorie de la finalité a vocation à jouer. « L'État engageant les assistants pour les professeurs, ce sont les professeurs qui bénéficient d'une cession implicite des droits des assistants qui leur sont subordonnés », comme le souligne M. Dessemontet.

66. **Le cas des doctorants.** S'il n'existe ni contrat de commande, ni contrat de travail, la théorie de la cession implicite ne saurait prospérer. Ce sont donc les doctorants les seuls titulaires de droits sur leurs travaux de recherche. C'est ce qu'a décidé le tribunal fédéral à propos d'une thèse dont les droits, selon les juges, appartiennent à la seule candidate et non à l'État de Zurich ou à son université [47].

III - Les voies d'une réforme législative

Plusieurs aspects doivent être évoqués qui concernent en premier chef les règles qui gouvernent la titularité des droits. Il faudra ensuite envisager les garanties de nature à encadrer l'exploitation des œuvres produites dans le cadre du service public.

A - Les règles de titularité

Plusieurs options sont possibles dans le traitement de la question de la titularité : soit consolider l'avis OFRATEME c'est-à-dire investir la collectivité publique des droits, soit préserver le principe de titularité de l'auteur, entendue comme la personne physique qui crée l'œuvre.

---

[44] F. Dessemontet, « Les droits d'auteur à l'Université » in *Mélanges,* publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centième anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne.

[45] P. Gabus, « La titularité des droits de propriété intellectuelle au sein des Hautes écoles suisses », *AJP/PJAZ*, 4/92, p. 453.

[46] Voir P. Gabus, article précité.

[47] ATF 113 II 306 = JdT 1988 I 304.

1. Légaliser la doctrine administrative issue de l'avis OFRATEME

67. C'est l'une des pistes qui a été explorée par la commission sur la création des agents publics présidée par M. André Lucas. Cette option se présente de la façon suivante :
« 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 » (possibilité prévue par le décret-loi du 29 octobre 1936).
« 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. »
Serait ainsi garanti un des attributs du droit moral de l'auteur, le droit à la paternité.
3) Possibilité pour un agent d'exploiter une œuvre qu'il a créée lorsque la personne publique y renonce.
Le rapport rappelle que cette possibilité figure déjà en matière d'invention dans les décrets n° 96-857 du 2 octobre 1996 et n° 96-858 du 2 octobre 1996, modifiés relatifs à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et des établissements publics, option de nature à récompenser les agents les plus performants sans alourdir le budget public. Dans cette hypothèse, une convention devrait intervenir entre l'État et l'agent.
4) Institution d'une rémunération complémentaire en cas d'exploitation par l'administration, possibilité que peut mettre en forme un simple décret (art. 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires).

68. Cette voie selon laquelle la titularité *ab initio* reviendrait à l'employeur public se heurte à plusieurs séries de difficultés, même si, pour les administrations, c'est la solution la plus confortable [48].
La question se pose de savoir si la position de la collectivité publique la met en situation si particulière qu'elle doive être traitée, dans ces rapports avec ses agents, différemment des entreprises privées au regard des règles du droit d'auteur ? S'il est sûr que la spécificité du service public et des exigences liées à son bon accomplissement ne s'accommodent pas toujours de l'existence de monopoles, la solution n'est pas, selon nous, dans l'anéantissement des principes fondateurs du CPI, tels qu'ils sont affirmés par les textes en droit interne et international, et la reconstitution d'un autre monopole, celui de la collectivité publique. Même en présence de garanties de nature à préserver certaines prérogatives de l'auteur (concernant la nature de l'exploitation, la paternité, la rémunération, etc.) [49], il nous semble que la résolution du problème des productions des agents publics ne passe pas de façon obligée par la méconnaissance des règles de titularité.

69. La nature des œuvres réalisées dans le cadre d'une activité publique et le contenu même de certains services publics excluent que l'administration détienne le pouvoir de décision sur l'exploitation de l'œuvre, dans ses modalités et dans sa forme.
En particulier, la reconnaissance statutaire d'un principe de liberté dans la production scientifique et universitaire heurte très directement une telle solution. Plus généralement, le principe de liberté qui sous-tend toute activité créatrice ne peut totalement disparaître et se fondre dans un ensemble neutre que formerait le service public. Si l'intérêt général commande des aménagements, la négation de la personne de l'auteur n'est guère soutenable d'un double point de vue, juridique et stratégique. Deux autres voies se révèlent plus respectueuses des

[48] Voir en ce sens le rapport de la commission sur la création des agents publics, précité.

[49] Nous aborderons cette question des garanties de façon plus approfondie à l'occasion des développements qui suivent.

intérêts en présence. Elles consistent soit en l'aménagement de règles spéciales en présence de créations du secteur public, soit en la paralysie des droits de l'auteur.

2. L'aménagement des règles de titularité

70. Dans cette solution, on part du principe que l'auteur conserve, *ab initio*, la titularité des droits. L'aménagement consiste donc à en organiser et faciliter le transfert vers la collectivité publique, procédé qui doit s'accompagner d'un certain nombre de garanties (elles seront explorées plus loin).

a) Le transfert des droits au profit de l'employeur

71. Plusieurs techniques sont ici admissibles : la présomption de cession ou la cession légale.
Il semble cependant que les différentes formes de présomption actuellement en vigueur dans le Code de la propriété intellectuelle ne sont pas dénuées d'ambiguïté. Dans le cas du contrat de production audiovisuelle, on peut en effet s'interroger sur sa portée réelle, compte tenu du jeu des dispositions générales relatives aux contrats d'exploitation. S'agissant de la présomption de cession concernant le logiciel, certains auteurs ont relevé le caractère artificiel de la technique [50]. Le recours à la technique de la cession serait en ce sens plus clair et pertinent pour régler la question du transfert des droits.
Encore faut-il préciser et contenir le jeu de la cession de façon à garantir les droits des auteurs et assurer le bon fonctionnement du service public.
Une fois la titularité des personnes publiques reconnue, une autre interrogation peut surgir. Doit-on reconnaître un véritable monopole des pouvoirs publics sur des documents ou œuvres dont la destination est d'être remis à la disposition du public ? Cette affectation collective n'est-elle pas incompatible avec toute forme de propriété y compris une propriété publique ? Et ne doit-on pas considérer que, l'auteur s'effaçant derrière la mission de service public, ces productions entrent dans le domaine public, sont de libre parcours lorsque d'autres impératifs n'en imposent pas la confidentialité ? Sans doute, cette question doit-elle se combiner avec celle des données publiques.

72. La question de l'utilisation et de la diffusion des œuvres contenant de l'information publique par la collectivité publique n'épuise pas l'ensemble des questions. Il faut aussi envisager l'utilisation de l'œuvre par les tiers. Plusieurs voies sont possibles.
Si l'on considère que la collectivité est investie du monopole d'exploitation sur l'œuvre, c'est elle qui consent les autorisations. Il faut là encore raisonner sur les formes d'exploitation nécessaires à l'accomplissement du service. Pour toutes celles qui excèdent le cadre public, l'auteur devrait recouvrer sa capacité de négociation sous réserve d'éventuels impératifs de confidentialité. Même cantonnée dans ces limites, nous avons émis des réserves sur cette captation des droits de l'auteur.
Dans l'hypothèse où l'œuvre rejoint une sorte de domaine public, les œuvres seraient alors de libre parcours ; mais peut-on admettre que, s'agissant d'exploitations commerciales par des tiers, l'auteur n'ait aucune capacité de négocier ses droits [51] ? Il faut à nouveau croiser cette question avec celle des données publiques dont la vocation est de circuler le plus librement et d'une possible hiérarchie entre les productions issues des agents publics.

[50] A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*

[51] Sous réserve des obligations statutaires auxquelles il doit se soumettre : obligation de confidentialité, de réserve.

Une autre approche est de nature à vaincre ces difficultés et consiste à raisonner non plus sur la question de la titularité mais de borner l'exercice des droits d'auteur au regard des nécessités du service public.

b) La paralysie ou la suspension

73. Raisonner en termes de conflits d'intérêts et admettre que le droit d'auteur soit dans certains cas limité**,** sans mettre en cause les principes de titularité et de qualité d'auteur. La technique a été suggérée par plusieurs auteurs et posée en termes de paralysie [52] ou encore d'inopposabilité [53].
Ce mécanisme se distingue de celui de la cession en ce que la cession a pour effet de reconnaître un monopole au profit de la collectivité publique, là où la paralysie des droits empêche purement et simplement l'auteur d'exercer le sien. Pour autant, il ne signifie pas que la collectivité publique soit investie de droits d'exploitation. Si l'on admet qu'elle puisse procéder à la diffusion de certaines œuvres de service, elle ne pourrait alors en négocier l'utilisation par d'autres. L'enjeu est d'importance. Il faut se demander en ce cas d'une part quelles sont les limites de cette neutralisation des droits de l'auteur, et d'autre part comment traiter la diffusion de ces œuvres.
Cette analyse en termes de paralysie, selon M. Schoettl, « justifierait par exemple que le droit de divulgation soit inhibé par le secret administratif ; ou que l'auteur d'un rapport administratif ne puisse s'opposer à sa publication à la Documentation française ».

74. La réponse est plus nuancée dans le rapport Gaudrat qui fait varier le jeu du droit moral en fonction du degré d'indépendance du fonctionnaire [54].
Selon P. Gaudrat, pourrait être adjoint à l'article L 111-1 du CPI un article qui prendrait la forme suivante : « Les droits de l'auteur fonctionnaire sont, dans la mesure des besoins de fonctionnement du service public, inopposables à l'administration ou à la personne privée qui exploite l'œuvre pour le compte de l'administration. »
La solution de la paralysie des droits peut cependant éventuellement se révéler insuffisante notamment dans les cas où l'exploitation des œuvres, y compris sur un plan commercial, fait partie intégrante de la mission de service public.

75. Selon la commission du CSPLA présidée par A. Lucas, le mécanisme de cession légale est préférable en ce que d'une part, il s'agit d'un « mécanisme connu du droit de la propriété littéraire et artistique » et d'autre part, il réduit les incertitudes et permet de donner une maîtrise plus grande à l'administration pour toute possibilité d'exploitation à l'extérieur.
D'un autre côté, on peut se demander si, pour les exploitations non commerciales, l'administration a véritablement besoin de bénéficier d'un monopole.
Quoi qu'il en soit, s'agissant cette fois-ci des exploitations commerciales, les relations entre l'employeur public et l'auteur peuvent être contractuellement aménagées et facilitées, de sorte que l'exploitation des œuvres puisse être réalisée par le service qui en finance la réalisation, sans pour autant malmener les principes du droit d'auteur. Un droit de préférence pourrait par exemple être institué. En l'occurrence, il existe déjà dans un texte réglementaire fixant le régime des travaux de certains chercheurs fonctionnaires du ministère de la Culture un droit préférentiel en matière de publication et de diffusion [55].

---

[52] En ce sens, J.-E. Schoettl, *op. cit.*, et N. Mallet-Poujol, *La commercialisation des bases de données*, CNRS Éditions, Paris, 1995.

[53] Voir P. Gaudrat, rapport précité.

[54] P. Gaudrat, rapport précité, voir notamment p. 231.

[55] Décret n° 91-486 du 14 mai 1991, art. 3, voir *supra.*

3. Une solution à géométrie variable selon les catégories d'agents publics/créateurs

76. Quelle que soit la solution retenue, il faut se demander si certaines catégories d'agents ne doivent pas être traitées différemment en considération de leur statut et des conditions dans lesquelles ils produisent. Par exemple les universitaires et les chercheurs, dont la liberté de création est statutairement reconnue. Cette question sera envisagée au titre des garanties et limites.

B - Les garanties

Les techniques de transfert ou de paralysie des droits doivent impérativement s'entourer d'un certain nombre de garanties qui tiennent soit aux œuvres, soit aux institutions qui les utilisent, soit encore aux exploitations dont elles peuvent faire l'objet.

1. Quant à la nature des œuvres : œuvres « instrument » ou œuvres « objet du service public »

77. Peut-on exploiter cette distinction œuvre « moyen », œuvre « objet du service public » dans la réflexion sur le régime des droits ? Il est sûr que, d'une façon peut-être plus naturelle, les œuvres « moyen » doivent pouvoir échapper au monopole de l'auteur sous peine de paralysie de l'activité publique. Dans cette catégorie d'œuvres, on pourrait bien se satisfaire de solutions jurisprudentielles neutralisant les droits privatifs. En réalité, c'est bien davantage lorsque la création constitue l'objet du service que l'exercice des droits pose problème, notamment pour toutes les activités de valorisation des productions scientifiques, des collections des musées, etc. Pour autant, il ne semble pas pertinent d'envisager un régime distributif.
D'une part, la ligne de partage œuvre « moyen », œuvre « objet » n'est pas toujours facile à tracer. Si la masse de courriers, notes de service qui accompagnent toute activité publique fait partie, à l'évidence, de la première catégorie, la solution est moins nette pour d'autres productions.
Par exemple, une municipalité commande un rapport sur la délinquance pour décider d'une politique de prévention dans ce domaine. L'objet de ce service n'est pas la production d'écrits sur le sujet mais il s'agit d'un instrument aidant à la décision, participant à l'accomplissement des missions du service public concerné. On peut dès lors hésiter entre la qualification d'œuvre « moyen » et d'œuvre « objet du service public ». Par ailleurs, ce rapport soulèvera des problèmes analogues à d'autres productions intellectuelles qui, cette fois-ci, d'une façon incontestable, entrent dans l'objet d'un service public.
Si la recherche de solutions ne saurait s'adosser à cette distinction, elle pourrait cependant aider à la clarification du périmètre d'exploitation confronté aux nécessités du service public.

2. Quant aux services concernés

78. Ce régime dérogatoire doit-il concerner l'ensemble des services et personnes publiques ? On peut penser que l'État mais également les collectivités territoriales doivent pouvoir disposer d'une marge de manœuvre sur les œuvres produites dans le cadre de leurs missions. S'agissant des établissements publics, on peut raisonnablement penser que doivent en bénéficier les seuls EPA et non les EPIC au regard de la nature de l'activité commerciale qu'ils exercent et du fait qu'ils sont dans le champ de la concurrence.
Le projet de texte proposé par la commission sur la création des fonctionnaires présidée par André Lucas se prononce dans ce sens.

3. Quant aux catégories de personnel concernées

79. Quelles catégories de personnels doit concerner la dérogation aux principes du droit d'auteur ? Plusieurs options sont possibles, à la fois d'un point de vue général, et pour certaines catégories de créateurs fonctionnaires.

80. Solutions générales
- Étendre la solution à toutes catégories de personnel quel que soit leur statut de droit public ou de droit privé, solution justifiée par les seules nécessités du service public. Mais l'entorse au droit d'auteur nécessite une lecture plus restrictive.
La solution consistant à appliquer l'avis OFRATEME à toutes les œuvres créées dans le cadre d'un contrat de droit public nous semble aller au-delà du but recherché. En particulier, la situation des doctorants placés sous contrat ne justifie aucunement le basculement des droits vers la collectivité publique. En l'occurrence, les besoins d'exploitation et de diffusion des thèses sont limitativement énumérés dans un arrêté du 25 septembre 1985 [56] pris sous le visa de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur et doivent donc se borner à ce type de communication, tous autres actes d'exploitation restant sous le contrôle de l'auteur [57].
- Réserver le mécanisme de la dérogation aux seuls fonctionnaires.
Les auteurs du rapport de la commission sur la création des agents publics préconisent de réserver les hypothèses de cession légale aux seuls agents placés dans une situation statutaire et réglementaire au sens de l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ainsi que les militaires, les magistrats et les fonctionnaires des assemblées. Cette solution placerait hors du champ de l'exception d'une part les agents des EPIC, d'autre part, toutes les catégories d'agents publics non titulaires.

81. Solutions spécifiques
La question se pose de savoir si certaines catégories de personnels doivent être placées « hors série » et conserver l'entière jouissance de leurs droits. On pense notamment aux fonctionnaires de la recherche et de l'enseignement qui disposent statutairement d'une liberté de création. On peut en l'occurrence se demander quelle est la portée de la consécration par le Conseil constitutionnel de la liberté de l'enseignement et de la recherche. N'a-t-elle pas pour effet, même en présence d'une solution législative de leur accorder un traitement différent ? C'est en ce sens que se prononcent un certain nombre de législations étrangères.
On peut cependant douter que l'argument puisse neutraliser une disposition législative. Si l'on peut admettre que le principe de liberté limite nécessairement l'étendue des exigences de la collectivité publique quant à la création résultant des travaux de recherche (par exemple en ce qui concerne la divulgation des œuvres), il n'est pas sûr qu'il faille instituer une exception dans ce domaine. Il suffit en l'occurrence, pour mesurer les marges respectives de manœuvre, de revenir au périmètre d'exploitation lié à l'accomplissement du service public.

4. Quant à la délimitation du service public bénéficiant d'un régime de faveur

82. La détermination de la mission de service public sert de guide à l'établissement d'une solution dérogatoire en matière de droits d'auteur. Mais on ne saurait se contenter d'une délimitation

[56] Arrêté du 25 septembre 1985 relatif aux modalités de dépôt, signalement et reproduction des thèses ou travaux présentés en soutenance en vue du doctorat, *JO*, 21 novembre 1985, p. 13496.

[57] En outre, la charte des thèses qualifie ces travaux de personnels et professionnels, charte des thèses, arrêté du 3 septembre 1998, *JO*, 11 septembre 1998.

formelle de cette mission, telle que, par exemple, elle est dictée par les textes. Pour admettre que l'État soit en situation particulière, on peut soutenir que, seules les missions essentielles doivent pouvoir bénéficier d'un traitement spécifique. Aujourd'hui se développent toutes sortes d'activités publiques périphériques qui rapprochent le secteur public du secteur privé. Certaines d'entre elles ne répondent pas toujours à une nécessité en soi et sont plutôt là pour fournir des ressources financières supplémentaires.
Par exemple, la RMN est autorisée à commercialiser un certain nombre de produits, à éditer, etc. Outre le fait que peut interférer le droit de la concurrence dans ce cas, on admettra plus difficilement qu'elle obéisse à des règles différentes de celles du secteur privé.

83. En revanche, pour d'autres organismes, dans les domaines de la recherche, de l'enseignement ou de la culture, l'exploitation d'œuvres obéit à une mission fondamentale. La création en elle même est une mission essentielle. C'est vrai pour l'Inventaire des richesses artistiques de la France, instrument de recensement et d'étude du patrimoine culturel qui implique de pouvoir reproduire, photographier, classer, réaliser des outils documentaires.
C'est aussi vrai pour le CNED dont la vocation entre autres est de produire des outils pédagogiques [58].
C'est pourquoi il ne faut pas nécessairement traiter d'une même façon l'ensemble de l'édition publique et sans doute réfléchir en parallèle sur la question des données essentielles d'intérêt patrimonial et scientifique.

5. Quant aux attentes de la collectivité publique

84. Les nécessités du service public s'entendent à la fois de l'objet même du service et également des exploitations nécessaires à son accomplissement. Cette interprétation dont on pouvait penser qu'elle résultait des termes de l'avis OFRATEME, du moins implicitement, mériterait sans doute d'être posée d'une façon plus claire par le législateur. Plusieurs solutions sont envisageables.
Il faut distinguer les attentes du service public relativement aux tâches réalisées par ses agents. S'agit-il de la production de résultats ou encore de la production de résultats en vue de leur exploitation ? Les solutions peuvent être différentes.

85. **L'attente de résultats.** Dans ce premier cas qui concerne un grand nombre de services, c'est la production de résultats qui est attendue et non pas spécialement leur communication. On peut reprendre ici l'exemple des rapports réalisés pour éclairer l'action publique. Le service public commanditaire n'a pas pour objectif dans ce cas la diffusion des résultats mais plutôt la connaissance d'une situation de fait. En ce sens, on ne voit pas en quoi il deviendrait titulaire des droits. À l'inverse, il pourrait bien faire échec à la communication de ces résultats, solution fondée non sur une question de titularité mais sur le besoin de confidentialité de l'action publique. Encore que, dans ce cas, les règles d'accès aux documents publics peuvent interférer et imposer la communication du document au public.

86. **La production de résultats aux fins de communication.** Dans cette deuxième hypothèse, ce n'est pas seulement l'accès à une production intellectuelle que recherche le service public mais aussi sa communication. Par exemple, les rapports administratifs réalisés en vue d'une publication à la Documentation française sont destinés pour une grande part à communiquer sur l'action publique.

[58] Il faut à cet égard opérer un tri entre les productions réalisées par le CNED, car certaines d'entre elles excèdent largement la mission originaire de l'établissement, par exemple lorsque sont édités des produits multimédias muséographiques.

La question de la neutralisation des droits de l'auteur ou de leur transfert à la collectivité publique selon l'option privilégiée doit donc être guidée par des considérations liées à la nature de l'utilisation recherchée. On est proche de la théorie de la finalité telle qu'elle est appliquée dans le droit allemand.

87. **Les cas tangents : l'activité de recherche.** Michel Vivant suggère de ce point de vue de traiter différemment les recherches programmées dans le cadre du laboratoire de celles qui seraient un prolongement naturel de l'activité de recherche [59]. « Nous serions enclins (…) sous bénéfice d'une étude plus approfondie du problème, à ne priver le chercheur des droits que le Code de la propriété intellectuelle reconnaît normalement aux auteurs que dans le cas où sa publication serait, au sens le plus étroit du terme, une publication « de mission »… ». L'auteur illustre cette notion comme étant par exemple : « un rapport établi par exemple pour le compte du laboratoire sur une étude menée par celui-ci ». Dans cette analyse, dès lors que le chercheur recouvre sa liberté dans la détermination de ses recherches, il jouirait alors pleinement de ses droits.

6. Quant à la mise à l'écart des activités commerciales

88. Une des limites à l'exploitation des œuvres par la collectivité publique peut être tirée de sa nature commerciale. La mise en place concerne toutes les activités de valorisation des personnes publiques. Toutes n'ont pas la même finalité. Les missions fondamentales et uniques de l'Inventaire des richesses artistiques de la France nécessitent que l'institution puisse disposer de moyens de diffusion des productions intellectuelles qui constitue son objet même. Mais dès lors qu'un service public entre dans le champ concurrentiel, on peut se demander si le retour aux règles du droit commun ne s'impose pas. D'une part, cette solution est plus respectueuse des droits de l'auteur. Par ailleurs, et cette considération est sans doute plus décisive dans le choix d'une solution conciliant intérêt public et intérêts privés, elle est plus sûre relativement aux règles de la concurrence et au contrôle aujourd'hui exercé au plan communautaire. C'est dans ce sens que se détermine la commission (CSPLA) sur les créations des agents publics. L'administration ne bénéficierait de la cession légale créée dans le cadre du service que lorsqu'elle ne réalise pas d'exploitation commerciale. En réalité, le critère de l'exploitation commerciale dépend du fait que dans l'activité concernée, interviennent également des opérateurs privés. C'est l'exemple des activités d'édition ou de commercialisation de produits dérivés des musées, pour lesquels, la collectivité ne devrait pas bénéficier d'avantages abusifs. C'est aussi l'exemple d'établissements publics tels que le CNRS.

7. Quant à la durée de l'exploitation

89. On s'est demandé si le périmètre d'exploitation de l'œuvre n'excédait pas dans certains cas les missions du service public concerné. La question se pose dans des termes proches en ce qui concerne la durée d'exploitation. Est-il raisonnable que la collectivité publique soit investie des droits pendant toute la durée du monopole ? Il faut ici encore raisonner relativement à la production attendue d'une part, et à la nature de l'exploitation nécessaire à l'accomplissement du service public. On peut à nouveau distinguer les exploitations qui font l'objet même du service et parmi celles-ci, celles qui ont une vocation à la permanence.
Si l'on peut admettre que la mission de l'Inventaire ou encore les bases de données du ministère de la Culture renseignant nos collections publiques par la réalisation de notices

[59] M. Vivant, « Activité de recherche, un éclairage juridique dans le travail du chercheur, les institutions scientifiques et les associations », *Les Cahiers du Comité d'éthique pour les sciences*, COMETS, CNRS, 1997, p. 15.

imposent de neutraliser les droits de l'auteur sur toute la durée du monopole, il n'en va pas de même pour l'ensemble des productions intellectuelles émanant de fonctionnaires.
Par exemple, les rapports d'étude ou de recherches destinés à éclairer l'administration dans la conduite de l'action publique ont une durée de vie bien plus courte et rien n'interdit alors de paralyser les droits ou d'en organiser la cession durant une période plus limitée (par exemple sur une durée de 5 ans).
Au-delà de cette période, l'auteur recouvrerait l'intégralité de ses droits, toujours sous réserve de contraintes liées à la confidentialité des documents.

8. Quant à la circonstance que la collectivité publique n'exploite pas

90. Lorsque les nécessités du service n'imposent pas que l'œuvre soit exploitée, il est logique que l'auteur puisse exercer ses droits dans le respect de ses obligations statutaires. En revanche si, en dépit de ses missions de diffusion, la collectivité publique néglige ou refuse de diffuser l'œuvre, il n'est pas impossible de prévoir un mécanisme de déchéance ou d'exploitation conjointe de la part de l'auteur. Cette faculté a été proposée par la commission (CSPLA) sur la création des agents publics dans l'hypothèse où serait retenue la consolidation de l'avis OFRATEME. Cette sanction de la non-exploitation ne s'impose pas en ce qui concerne la voie finalement retenue par la commission. En effet, dans la solution préconisée, l'auteur conserve ses droits sur toute exploitation commerciale.

9. Quant à la rémunération

91. La question de la rémunération ne devrait se poser que lorsque la titularité de la collectivité publique est reconnue, y compris pour les exploitations commerciales.
Dans le cas des œuvres de service, peuvent être transposées les solutions retenues dans le cas de l'intéressement des chercheurs (décret de 1996). L'article 3 du décret du 2 octobre 1996 fixe le complément de rémunération dû au titre de l'intéressement. « Il est calculé sur une base constituée de la somme hors taxes des produits tirés de la création… ».

10. Quant à l'exercice des droits moraux

92. La question du droit moral se règle différemment selon que le choix se dirige vers une paralysie des droits ou encore une cession.
Le mécanisme de la paralysie peut tout aussi bien jouer pour les droits moraux que pour les droits patrimoniaux. Ces derniers pourront être neutralisés en fonction des nécessités du service, qui prennent diverses formes selon l'attribut qu'ils contrarient.
Par exemple, le droit de divulgation peut être « inhibé » par des obligations statutaires telles que l'obligation de confidentialité, le devoir de réserve [60] ou de neutralité. Certaines créations publiques ne s'accordent pas par ailleurs avec l'idée d'une paternité, en particulier lorsqu'on se trouve en présence d'œuvres « moyen ».
Ces obligations statutaires peuvent, au contraire, conduire à en forcer l'exercice.

93. Mais le jeu de la paralysie ne saurait jouer de façon uniforme pour l'ensemble des productions publiques. En particulier, le degré d'indépendance dans lequel le fonctionnaire crée fera varier l'intensité du droit moral.

[60] Pour une application récente de l'équilibre à réaliser entre liberté d'expression et obligations statutaires, voir à propos d'un fonctionnaire européen, sanctionné pour avoir publié sans autorisation un livre exprimant une opinion personnelle discordante de la ligne de conduite adoptée par la Commission en tant qu'institution de l'Union européenne, CJCE, 6 mars 2001, *D.*, 2002, J., som. com., p. 690, obs. J. Rideau.

En ce qui concerne les productions scientifiques et pédagogiques, il est clair que la paternité ne peut se fondre dans la masse diffuse de l'institution [61].
En l'occurrence, certaines législations prévoient des règles particulières de paternité scientifique dans les universités. Par exemple en droit allemand, l'article 24 de la loi-cadre de l'enseignement supérieur contient une disposition sur la paternité. En l'occurrence, cette question déborde le seul cadre du droit d'auteur pour concerner l'ensemble de l'activité scientifique et de ses résultats, qui ne seront pas toujours protégés par un droit de propriété intellectuelle [62].
De la même façon, on peut difficilement admettre que le droit de divulgation puisse être contrarié dans son principe et ses modalités (moment et forme de la divulgation) [63] dans le domaine de la recherche scientifique, le principe de liberté et d'indépendance dans les opinions exprimées étant un préalable nécessaire, statutairement reconnu dans ce domaine d'activité.
Là encore, la confusion ne doit pas s'opérer entre obligation de production statutaire et obligation de divulgation d'une œuvre.

11. Quant à l'aménagement des relations contractuelles entre l'État et l'agent public

94. Pour toutes les utilisations excédant le cadre du service public, en ce qui concerne les œuvres de service, la conclusion d'un contrat de cession avec la collectivité publique peut être encouragée, par exemple par l'institution d'un droit de préférence. Si l'on reprend l'exemple d'un rapport commandé non pour être publié mais pour renseigner un service sur une question particulière, l'édition de ce rapport sort, à l'évidence, du cadre des créations de service. Il ne serait pas absurde cependant que la collectivité publique soit privilégiée relativement à d'autres, en cas de communication de l'œuvre.
Dans l'hypothèse où les exploitations commerciales seraient explicitement laissées de côté dans la règle de titularité en faveur des personnes publiques, un mécanisme de droit de préférence peut également être institué. C'est en l'occurrence une solution que retient la commission sur les agents publics du CSPLA.

12. La mise à l'écart de certains critères

95. La fourniture de moyens. Il semble également que dans la recherche de solutions, certains critères doivent être écartés : notamment la fourniture de moyens ou l'utilisation de matériels dans la réalisation de l'œuvre. Celle-ci ne devrait pas être, à elle seule, un critère déterminant dans la reconnaissance de titularité, même si on peut, dans certain cas y déceler un indice selon lequel on se trouve ou non au cœur de la mission de service public. Par exemple, si un musée finance un matériel photographique pour réaliser un inventaire de ses collections, on peut supposer que cette production entre bien dans les missions que poursuit le musée, encore qu'il faille raisonner aussi

[61] En ce sens, voir l'article de A. Bénabent à propos d'un texte anonyme signé par un groupe de professeurs et de maîtres de conférences des universités, avec pour toute mention, l'indication qu'il s'agit de 237 signataires représentant 37 universités. « Depuis quand - écrit M. Bénabent - des professeurs publiant une opinion juridique représentent-ils l'université à laquelle ils appartiennent ?, institution dont il rappelle à quel point elle est un lieu de diversité et de tolérance où coexistent toutes perceptions et opinions »., A. Bénabent, « Une doctrine de masse », *Dalloz*, 2002, « Point de vue », p. 651.

[62] Pour une réflexion sur cette question de la paternité scientifique, voir les travaux du COMETS, comité d'éthique du CNRS, en particulier, I. de Lamberterie, « Recherche, création, propriété scientifique », 2001.

[63] En ce sens, M. Dessemontets, *op. cit.*

en termes de finalité, de destination de ces reproductions et donc de périmètre d'exploitation possible.

96. **La création inspirée de la fonction occupée.** De la même façon, la circonstance que l'emploi fournit l'occasion de la création n'est pas toujours décisif. Ainsi, certains fonctionnaires ont tiré de leur expérience statutaire un matériau de création et ont pu par exemple publier des essais dont on ne doute pas qu'ils soient leur création personnelle.

Éléments de conclusion

97. L'encadrement juridique de la création dans le secteur public nécessite un arbitrage entre, d'un côté les besoins du service public, de l'autre le respect des prérogatives de l'auteur. Dans cet exercice délicat, plusieurs voies sont possibles sachant que, compte tenu des incertitudes dans l'application des règles et des variations dans la pratique administrative, une clarification législative serait utile. Ce rapport n'a cependant pas pour objet de conclure sur des propositions de modifications des textes, mais plus simplement de tenter de faire le point sur les questions que pose la création des fonctionnaires et agents publics mise en vis-à-vis des impératifs publics en termes de recherche, d'enseignement et d'activités à caractère culturel et de dégager quels paramètres peuvent être pris en compte dans la recherche de solutions.

98. La première partie a eu pour objet de dresser une sorte d'état des lieux de la situation en matière de création dans le secteur public, qui fait notamment apparaître un traitement différencié des auteurs. Certains se voient reconnaître un droit d'auteur là ou d'autres se voient appliquer la « doctrine administrative » OFRATEME. C'est une des questions qui mérite d'être approfondie : doit-on traiter l'ensemble des créateurs « publics » indistinctement ? Parmi les motifs de ces approches différentes, il faut, sans doute, faire un tri. Tous ne sont pas nécessairement pertinents. Il reste que l'idée d'une solution uniforme n'est peut-être pas de mise, notamment au regard des conditions dans lesquelles la création se fait, du degré d'indépendance et de liberté. Ces variations interviennent en réalité davantage dans le périmètre des droits (moraux et patrimoniaux) soustraits à la maîtrise de l'auteur, quelle que soit la solution choisie (transfert des droits vers l'employeur public, paralysie de ces droits de sorte que puisse s'accomplir la mission de service public).
Dans cette recherche, nous avons terminé par les précautions qui nous semblent importantes dans la délimitation de cette sphère d'exploitation un peu particulière que représente l'exploitation des œuvres créées à l'occasion de l'activité publique.
Un des points dominants est, à l'évidence, la détermination du besoin d'une solution spécifique. Que l'employeur public puisse tirer profit des créations qu'il finance semble légitime, encore que plusieurs précisions doivent être apportées : l'exploitation des œuvres n'entre pas, de façon obligée, dans les missions essentielles du service public. Il faut en cela pouvoir distinguer l'attente de résultats de la production d'une œuvre en vue de sa communication et identifier le mode de communication utile.

99. Cette première mise au point ne suffit pas. Il faut encore vérifier que cette production est véritablement d'intérêt public. En ce sens, le financement de produits dérivés par la RMN (Réunion des musées nationaux) ne nous paraissent pas de même nature que les reproductions des éléments du patrimoine réalisées par la mission de l'Inventaire. Si bien que le traitement uniforme de l'édition publique ne nous paraît pas d'une claire évidence. En l'occurrence, au sein d'un même établissement, l'ensemble des créations réalisées n'auront pas toujours la même

fonction si l'on considère la mission de service public. Certaines auront des visées commerciales là ou d'autres relèvent nettement d'un intérêt public : patrimonial, culturel, pédagogique, etc. L'étendue de l'exploitation, sa durée, ses modalités sont autant de questions qui entrent dans cette interrogation sur la délimitation du périmètre d'exploitation publique. Jusqu'où admettre et à quelles fins, que la collectivité publique soit placée dans des conditions différentes et préférentielles relativement aux opérateurs privés ? Sans doute cette perspective exige de resserrer autour du noyau dur de la mission de service public le statut de la création publique. Le droit de la concurrence peut du reste aider à poser ce cadre.
La question des catégories de personnels visés doit également entrer en ligne de compte. Même en présence d'une solution spécifique, il faut aussi se pencher sur les contreparties possibles, faculté d'intéressement, reconnaissance de certains droits, ceux-ci pouvant varier en fonction des circonstances de la création.