



HAL
open science

L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle. Matthieu Conan & Béatrice Thomas-Tual. Les transformations du droit public, La mémoire du droit, 2010, 2845390262. hal-04372314

HAL Id: hal-04372314

<https://hal.science/hal-04372314>

Submitted on 4 Jan 2024

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

L'EMERGENCE D'UN DROIT PUBLIC DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

par
Bertrand WARUSFEL,
Professeur à l'Université de Lille 2

En avril 2007 a été créée la nouvelle « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat »¹. Ce service du ministère de l'économie et des finances à compétence nationale a reçu pour mission de mettre en œuvre les orientations fixées par la circulaire du Premier ministre du 18 avril 2007 et de « recenser » les actifs immatériels publics en vue d'en permettre « une meilleure valorisation des actifs pour accroître les marges de manœuvre budgétaires » et de « prémunir l'Etat et les usagers contre d'éventuels risques de détournement »². Dans ce dernier texte, le Premier ministre décrit par ailleurs en quoi consistent principalement ces actifs immatériels de l'Etat : « licences, brevets, fréquences, marques, savoir-faire publics, bases de données, droits d'accès, images publiques,... ».

Voici donc enfin affirmée indirectement par ces textes, l'existence d'une propriété intellectuelle publique dont, pourtant on ne trouve encore aucune trace dans le récent Code général de la propriété des personnes publiques³. C'est qu'en réalité, la doctrine administrative et une partie importante de la jurisprudence ont ignoré ou minimisé l'importance des questions de propriété intellectuelle dans le champ du droit public. Au prix d'une vision stricte de la *summa divisio* entre les deux branches de notre droit, il était sans doute tentant de ne voir dans les droits de propriété intellectuelle que des instruments de propriété privée dont la protection et l'exploitation échappaient aux logiques de puissance publique et de service public.

C'est pourquoi jusqu'à peu on ne retrouvait presque aucune réflexion sur les aspects de droit public liés aux enjeux de propriété intellectuelle. Si les Mélanges Desbois de 1974 consacraient bien une troisième partie aux « aspects du droit public de la propriété intellectuelle », ce n'était que pour y accueillir deux articles portant respectivement sur la position de la Cour constitutionnelle italienne en matière de droit d'auteur et sur l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)⁴. Et si un conseiller d'Etat, André Kerever, est devenu l'un des meilleurs spécialistes du droit d'auteur dans ces dernières décennies (puisqu'il fut notamment Président du comité intergouvernemental sur le droit d'auteur du Conseil de l'Europe), ses travaux portant généralement sur les questions fondamentales du droit d'auteur, n'ont que peu abordés les thématiques de droit public⁵. Il faudra attendre la thèse de Catherine Blaizot-Hazard en 1991 pour qu'un timide mouvement s'amorce sur ce terrain⁶.

1 Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat », *JORF*, 12 mai 2007. p. 8684.

2 Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'Etat, *JORF*, 27 avril 2007, p 7490.

3 Cf. Jean-Bernard Auby, « L'immatériel dans l'État », *Droit Administratif*, n° 6, Juin 2007, Repère 6. Et pour une critique récente de l'absence de prise en compte du patrimoine immatériel par la domanialité publique, cf. Claire Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, sous la direction du Professeur René Hostiou, soutenue le 23 octobre 2008, à l'Université de Nantes (recension in *RFDA*, 2009 p. 157).

4 *Hommage à Henri Desbois - Etudes de propriété intellectuelle*, Dalloz, 1974, p. 299 et s.

5 Sauf dans son article de 1981 : André Kerever, « Le droit d'auteur français et l'Etat », *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, oct. 1981, p. 3, ou plus récemment son commentaire d'un jugement du TGI de Paris du 31 mars 1999 (portant sur les droits relatifs à une thèse de doctorat), in *RIDA*, janvier 2000, p.332.

6 Catherine Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, L.G.D.J.,

Ce cantonnement ne rend pourtant plus vraiment compte de la réalité des pratiques publiques contemporaines et de leur interaction de plus en plus poussées avec toutes les activités de service et de traitement d'information. A proprement parler, la sociologie administrative peut décrire l'action administrative moderne comme une activité de traitement et de partage de l'information, ce que les techniques numériques et les télé-procédures rendent de plus en plus visible.

Bien que la propriété intellectuelle appartienne par sa nature originelle au droit privé et que son contentieux soit principalement confié à la juridiction judiciaire (I.), les incidences réciproques entre droit public et propriété intellectuelle sont nombreuses, qu'il s'agisse de la prise en compte d'intérêts publics dans la protection et l'exploitation des droits de propriété intellectuelle (II.) ou de l'utilisation croissante de ces droits par les personnes publiques (III.), d'où l'émergence progressive de règles spécifiques qui pourrait servir de socle à un véritable droit public de la propriété intellectuelle.

I. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE FACE À LA SÉPARATION DES CONTENTIEUX JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIF

La nature privative des droits de propriété intellectuelle ne fait pas obstacle au fait que certains d'entre eux soient délivrés par une personne publique. Il faut distinguer en effet au sein du champ de la propriété intellectuelle (régie par le Code du même nom) le droit de la propriété littéraire et artistique des droits de propriété industrielle. Ces deux familles de droits se différencient notamment par leurs modes d'acquisition. Tandis que les droits d'auteur et les droits voisins s'acquièrent « *du seul fait de la création* » (article L.111-1 CPI), les droits de propriété industrielle ne sont constitués qu'à la suite d'une procédure d'examen et de délivrance par un organisme public national ou supra-national (comme l'Office européen des brevets ou l'OHMI, office communautaire des marques et modèles) spécialisé.

Le fait que ces procédures de propriété industrielle s'inscrivent institutionnellement dans le contexte du service public et que cette catégorie particulière de droits soit délivrée par une personne publique ne remet cependant pas en cause l'appartenance de la propriété intellectuelle au droit privé. Bien au contraire, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à rappeler, dans une décision – par ailleurs contestable - du 28 décembre 2006, que la délivrance d'un brevet européen ne produit d'effet que « *dans le cadre de relations de droit privé entre le titulaire d'un brevet européen et les tiers intéressés* »⁷.

Mais il y a un certain paradoxe à constater que, si la délivrance des droits de propriété industrielle par l'autorité publique n'empêche pas que leur contentieux relève entièrement de la juridiction judiciaire, la constitution non administrative des droits d'auteur cohabite pourtant avec une répartition du contentieux moins exclusive qui laisse une certaine place au juge administratif.

1991 ; plus récemment : Jean Waline, "Propriété industrielle et Droit public", *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, pp. 66 et s..

⁷ CC, décision n°2006-541 DC du 28 septembre 2006, commentaire Véronique Bertile, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2007/2, n° 70, pp. 303-304 ; également, pour une analyse critique : Bertrand Warusfel, « Brevet et droit constitutionnel : un rendez-vous manqué - La décision du conseil constitutionnel du 28 septembre 2006 », *Propriétés intellectuelles*, octobre 2006, pp. 478-482.

1.1. Délivrance administrative des droits de propriété industrielle et contentieux judiciaire

Tant la doctrine que la jurisprudence considèrent que l'examen et la délivrance des titres de propriété industrielle sont des activités administratives de service public et que les décisions prises dans ce cadre sont des actes administratifs unilatéraux faisant grief⁸. C'est notamment ce qu'a reconnu la Cour de cassation relativement à la qualification de la décision d'enregistrement d'une marque par le directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI)⁹. Cela n'a pourtant que peu d'influence réelle sur la répartition du contentieux dans ce domaine.

a) le cadre administratif des procédures de propriété industrielle

Les organismes publics français en charge de droits de propriété industrielle sont : le comité de la protection des obtentions végétales (créé par l'article L412-1 CPI, placé auprès du ministère de l'Agriculture), l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) qui est un établissement public administratif sous tutelle du Ministère de l'agriculture et de la pêche et – surtout - l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

Les deux premiers organismes ont respectivement la charge de la délivrance des certificats d'obtention végétale et des signes d'identification d'origine et de qualité (dont les appellations d'origine contrôlées et les indications géographiques protégées). L'INPI, pour sa part, est un établissement public national, placé sous la tutelle du ministère en charge de l'industrie qui a la charge de tous les autres droits de propriété industrielle (marques, dessins et modèles, brevets d'invention, topographies de semi-conducteur).

Ces organismes publics – et particulièrement l'INPI – assument une mission de service public et disposent de prérogatives de puissance publique leur permettant de prendre des décisions administratives individuelles ayant des effets sur les tiers. Les titres de propriété industrielle délivrés ont en effet force obligatoire *erga omnes*.

S'agissant du directeur général de l'INPI, l'article L.411-4 CPI lui donne compétence pour prendre « *les décisions prévues par le présent code à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle* » et cet article précise que « *dans l'exercice de cette compétence, il n'est pas soumis à l'autorité de tutelle.* ». C'est donc logiquement que la Cour de cassation a reconnu dans l'arrêt précité le caractère d'acte administratif individuel aux décisions du directeur de l'INPI délivrant un titre de propriété industrielle.

Mais ce caractère administratif des décisions de délivrance des titres de propriété industrielle n'a pas pour conséquence de soumettre le contentieux des dits titres à la juridiction administrative. En effet, l'essentiel des litiges relatifs à ces droits sont législativement attribués au juge judiciaire, créant ainsi un bloc de compétence quasi-exclusif.

b) la compétence judiciaire de principe en matière de contentieux de propriété industrielle

La particularité des droits de propriété industrielle est de pouvoir connaître un double contentieux : non seulement le contentieux de l'exploitation et de la validité des droits délivrés, mais aussi un

8 Cf. notamment sur le caractère d'acte public d'un brevet : Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 2006, n° 157 p. 89 ; dans le même sens : Michel Vivant, *Le juge et la loi du brevet*, Litec, 1977.

9 Cass. Com., 31 janvier 2006, *PIBD*, 2006 n° 826, III p. 214.

contentieux préalable de l'attribution même de ces droits par l'office.

S'agissant de l'exploitation des droits de propriété industrielle, la compétence judiciaire est explicitement prévue par le Code de la propriété intellectuelle pour les actions en contrefaçon ou en nullité de la plupart de ces droits, tant en matière de brevet (L. 615-17 CPI) que pour les topographies de semi-conducteur (L. 622-7 CPI), les obtentions végétales (L. 623-31 CPI au profit de la seule cour d'appel de Paris) ou les marques (L. 716-3 CPI).

Il n'y a qu'en matière de dessin ou modèle que le titre V du code de la propriété intellectuelle ne comporte pas de clause d'attribution de compétence juridictionnelle, ce qui a permis longtemps aux tribunaux de commerce d'exercer une compétence concurrente à celle des tribunaux de grande instance, mais qui a aussi alimenté certaines interrogations sur une possible compétence résiduelle de la juridiction administrative¹⁰. Mais cette incertitude semble aujourd'hui levée depuis que la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007 a instauré au profit de certains tribunaux de grande instance¹¹, une compétence exclusive pour connaître de toutes actions relatives aux droits de propriété intellectuelle, et notamment en matière de dessins et modèles¹².

S'agissant en revanche des décisions de l'INPI (ou des autres organismes publics délivrant un droit de propriété industrielle), l'affirmation de la compétence judiciaire ressort pour sa part de l'article L.411-4 CPI précité qui dispose dans son second alinéa que, s'agissant des décisions du directeur général de l'INPI prises à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle : « *Les cours d'appel désignées par voie réglementaire connaissent directement des recours formés contre ses décisions.* ». Cette compétence exclusive des cours d'appel est rappelée également par l'article L.311-10 du Code de l'organisation judiciaire.

La jurisprudence en a conclu que cette compétence judiciaire d'attribution devait également s'étendre aux actions en responsabilité engagées à l'encontre du directeur général de l'INPI du fait des fautes pouvant être commises dans la procédure d'examen et de délivrance des titres de propriété industrielle¹³.

De même, en matière contractuelle, le juge administratif reconnaît généralement que les contrats d'acquisition de droits de propriété industrielle par l'administration sont des contrats de droit privé¹⁴. Et l'attractivité de cette compétence judiciaire est telle qu'il a également été jugé par le Tribunal des Conflits qu'un litige relatif à l'exécution d'un contrat administratif portant sur l'exploitation d'un brevet relevait des juridictions judiciaires, par application de l'article L.615-17 CPI¹⁵. De même, le refus d'un établissement public de verser à un de ses agents une rémunération supplémentaire au titre d'une invention qu'il avait réalisée ne relève pas de la compétence administrative mais doit être renvoyé au juge judiciaire¹⁶.

10 Voir Jean-Luc Piotraut, « Le juge administratif et les droits de propriété intellectuelle : Les droits de propriété littéraire et artistique à l'épreuve des juridictions administratives », *RFDA*, 1997, p. 105 (qui cite néanmoins un arrêt ancien par lequel le Conseil d'Etat s'était reconnu incompétent pour trancher un litige relatif à un dessin ou modèle, CE, 23 févr. 1940, *Carlos Courmont*, *Rec.* p. 75.)

11 Non encore désignés à la date de rédaction de ce texte.

12 Nouvel article L. 211-10 du code de l'organisation judiciaire, modifié par l'article 7 de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007.

13 Cass. Com., 13 mai 1997, n° 95-13841, *PIBD*, 1997.III.423 ; TC, 5 juin 2000, n° 00-03188

14 C. Blaizot-Hazard, *précité*, p. 110 ; CE, 14 mars 1930, Lefèvre : *RD publ.* 1930, p. 162, concl. Etori (concernant une cession de brevet).

15 TC, *Veuve Losfeld*, 6 juin 1989, *Dalloz.*, 1990. p.151, .note J.-M. Mousseron et J. Schmidt.

16 CAA de Versailles, 28 juin 2007, n° 05VE00364, *AJDA*, 2007, note Blaizot-Hazard, p. 352..

c) une compétence administrative résiduelle limitée au contentieux d'actes organisant la propriété industrielle

Le seul article L.615-17 CPI relatif au contentieux des décisions en matière de brevet, réserve simplement la compétence administrative pour *"les recours formés contre les décrets, arrêtés et autres décisions de nature administrative du ministre chargé de la propriété industrielle, qui relèvent de la juridiction administrative"*.

Sur cette base et plus largement par application des principes généraux de la compétence administrative, demeurent de la compétence du juge administratif les recours contre les décisions d'organisation prises par le directeur de l'INPI ou son ministre de tutelle (ou les autres organes administratifs précités), comme par exemple des décisions concernant l'organisation de la profession de conseil en propriété industrielle, laquelle est placée sous la tutelle de l'INPI¹⁷.

Pour le reste, les situations où la juridiction administrative s'estime compétente en matière de propriété industrielle sont extrêmement rares. On citera – en marge d'un contentieux essentiellement judiciaire, sur le détail duquel on reviendra plus loin – un jugement du Tribunal administratif de Paris du 11 juillet 2008 relatif à l'appréciation de la légalité du règlement intérieur d'un laboratoire du CNRS au regard des dispositions du Code de la propriété intellectuelle relative au régime des inventions de salarié¹⁸. Mais là aussi, c'est en tant qu'il était relatif à l'organisation d'un service public et non en ce qu'il concernait le droit des brevets, que cet acte réglementaire a été soumis à la censure du juge administratif.

1.2. Une répartition plus complexe des compétences juridictionnelles en ce qui concerne le droit de la propriété littéraire et artistique

Le code de la propriété intellectuelle attribue aux tribunaux judiciaires l'essentiel des contentieux de propriété intellectuelle. Mais cela est moins absolu en matière de droits d'auteur et de droits voisins, du fait notamment d'une disposition légale qui a été sujette à interprétation en matière de propriété littéraire et artistique. Dans ce domaine, les juridictions administratives continuent donc – paradoxalement – à jouer un rôle plus important qu'en matière de propriété industrielle.

a) une compétence judiciaire moins exclusive en matière de propriété littéraire et artistique

S'agissant des droits d'auteur et des droits voisins, l'article L.331-1 CPI édicte – depuis sa rédaction initiale issue de la loi de 1957 - une règle globalement favorable à la compétence judiciaire mais dont la rédaction imprécise a nécessité une interprétation jurisprudentielle : *« Toutes les contestations relatives à l'application des dispositions de la première partie du présent code qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire sont portées devant les tribunaux compétents, sans préjudice du droit pour la partie lésée de se pourvoir devant la juridiction répressive dans les termes du droit commun. »*

C'est ainsi que le Tribunal des Conflits, suivi par la jurisprudence administrative, a reconnu que le juge administratif restait compétent pour apprécier, dans le cadre d'un litige mettant en cause une

17 Cf. CE, Sect., 10 oct. 1994, *Pierre Loyer*, n° 141121, inédit.

18 TA Paris, 11 juillet 2008, Michel Puech, note Warusfel, *Propriétés intellectuelles*, octobre 2008, n° 29, p. 481-482.

personne publique, l'existence et la portée d'un droit de propriété littéraire et artistique ¹⁹.

Quant à la Cour de Cassation, elle a logiquement confirmé ce point de vue dans son arrêt de principe CNRS de 1975 en affirmant que « *les droits d'auteur ne relèvent pas, de par leur nature, de la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre judiciaire* » et en estimant que la loi de 1957 « *n'a pas institué une dérogation aux principes régissant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, mais a seulement précisé que, pour les litiges relevant des tribunaux de l'ordre judiciaire, les règles ordinaires de compétence étaient applicables* » ²⁰.

Bien que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 ait par son article 135 remplacé les mots : « *portées devant les tribunaux compétents* » dans l'article L.331-1 CPI par les mots : « *exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance* » (dans le but d'exclure désormais toute ambiguïté sur la compétence des tribunaux de commerce en matière de droit d'auteur), on peut penser que cette modification textuelle ne porte pas atteinte à cette construction jurisprudentielle qui maintient une certaine dualité de juridiction. En effet, cette réécriture n'a pas modifié les mots « *contestations (...) qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire* » de telle sorte que les contestations qui, par leur nature, ne relèvent pas des juridictions judiciaires peuvent toujours être tranchées par un autre ordre de juridiction, et particulièrement par le juge administratif.

b) la compétence partielle de la juridiction administrative en matière de droit d'auteur

La jurisprudence administrative nous donne plusieurs exemples significatifs de litiges relatifs à l'application du droit de la propriété littéraire et artistique qui peuvent être soumis à la sanction du juge administratif ²¹.

En application de l'arrêt du Tribunal des Conflits précité, le juge administratif se reconnaît ainsi compétent pour apprécier l'existence d'un droit d'auteur au profit ou à l'encontre d'une personne publique. Plusieurs jugements ou arrêts, y compris assez récents, témoignent de cette situation.

En 1996 par exemple, le Conseil d'Etat avait reconnu le droit d'une personne publique (en l'occurrence l'INSEE) à constituer des droits de propriété intellectuelle sur une base de données publique ²². Plus récemment, un autre important arrêt du Conseil d'Etat est venu reconnaître la qualité d'œuvre de l'esprit aux travaux effectués par un facteur d'orgue pour rénover les orgues de la cathédrale de Strasbourg et le droit moral de leur auteur ²³. Sur cette même question du droit moral, le Conseil d'Etat a fixé ensuite des limites à son respect en ce qui concerne les modifications que le maître d'ouvrage peut apporter à un ouvrage public pour des motifs « *légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux* » ²⁴.

De même (mais sous l'empire des textes antérieurs à la réforme du Code de la propriété intellectuelle par la loi du 1^{er} août 2006 s'agissant des droits d'auteur des agents publics - cf. *infra*), le juge administratif a pu juger en 2007 qu'un agent contractuel n'était pas propriétaire des

¹⁹ T.C., 15 octobre 1973, *Soc. Filmsonor-Marceau*, JCP 1974, 17663, concl. Braibant, note Françon.

²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 19 févr. 1975, *CNRS*, D. 1975, p. 534, note Desbois.

²¹ Pour une appréciation synthétique de la jurisprudence administrative en matière de droit d'auteur, cf. Jean-Luc Piotraut, précité.

²² CE, Assemblée, 10 juillet 1996, *Sté Direct Mail Production*, AJDA, février 1997, Note H. Maisl, p. 189.

²³ CE, 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, Concl. Combrexelle, RFDA, 2000 p. 600.

²⁴ CE, 11 septembre 2006, *Agopyan*, AJDA n°39/2006, note J.-D. Dreyfus, p 2189.

photographies qu'il réalise en exécution d'un service public²⁵. Et le Tribunal administratif de Lyon a estimé que les dispositions de l'article L. 111-1 CPI étaient applicables aux personnes publiques et a considéré implicitement qu'une personne publique pouvait donc être reconnue responsable d'un acte de diffusion d'une contrefaçon²⁶.

La répartition du contentieux entre les juridictions administratives et judiciaires est donc complexe et par certains côtés paradoxale mais elle ne résume pas à elle seule l'état des relations nombreuses et évolutives entre le droit de la propriété intellectuelle, ancré dans le droit privé, et les différentes branches du droit public. L'interaction des différents droits de propriété intellectuelle avec le droit public est en effet de plus en plus fréquente, qu'il s'agisse de la prise en compte des intérêts publics dans la protection et l'exploitation des droits de propriété intellectuelle, ou dans l'utilisation de ces mêmes droits par les personnes publiques.

II. LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS PUBLICS DANS LA PROTECTION ET L'EXPLOITATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

On trouve trace, dans le régime de tous les droits de propriété intellectuelle, du respect de certains intérêts publics majeurs auxquels leur protection ou leur exploitation doit se conformer. Outre la prohibition générale de ce qui trouble l'ordre public et les bonnes mœurs, il s'agit d'exceptions à la protection ou à l'exploitation d'un droit (comme en matière de droit d'auteur ou de marque) ou encore de véritables prérogatives de puissance publique permettant à l'Etat d'intervenir dans le domaine des brevets d'invention.

2.1. Des exceptions en matière de droit d'auteur et de marques

En matière de droit d'auteur, il existe ainsi deux exceptions au droit de reproduction reconnu à l'auteur qui découlent directement de la prise en compte d'un impératif de service public. Il s'agit d'une part, l'exception au profit de la reproduction « effectuée à des fins de conservation ou destinée à préserver les conditions de sa consultation sur place par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial » (article L.122-5, 8°). Dans ce cas, l'intérêt public concerné est relatif à la préservation du patrimoine culturel ou historique.

D'autre part, le même article exempte de tout accord de l'auteur, « la diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles » (article L.122-5, 3°e). C'est alors le respect du droit à l'information (droit essentiel dans une démocratie) et l'exigence de l'accès au droit qui justifient cette exception. C'est d'ailleurs pour les mêmes raisons que la jurisprudence et la coutume exemptent plus largement le contenu de tous les textes officiels (lois, règlements, décisions administratives ou judiciaires) du droit d'auteur.

En matière de droit des marques, ce sont les signes essentiels de l'autorité publique qui sont également préservés contre toute appropriation privative, depuis la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883. Renvoyant à cette convention fondatrice de la propriété industrielle moderne, l'article

25 CAA de Versailles, 3 juillet 2007, n° 06VE00920, *AJDA*, 2007 p. 2167.

26 TA Lyon, 13 septembre 2007, n° 0504698, *AJDA*, 2007 p. 2441.

L.711-3 CPI exclut l'adoption comme marque des signes protégés par l'article 6ter de celle-ci, à savoir les « *armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'Etat des pays de l'Union, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par eux, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique* ».

Mais c'est en matière de brevet que la puissance publique s'est vue reconnaître de véritables prérogatives interférant avec les droits privatifs des demandeurs ou des titulaires de brevet.

2.2. La mise au secret d'inventions intéressant la défense nationale

Le brevet d'invention a pour vocation de protéger des innovations technologiques, dont certaines peuvent avoir une grande importance en matière militaire ou de sécurité nationale. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit donc plusieurs dispositions donnant à l'Etat et aux services du ministère de la défense d'effectuer un examen préalable de toutes les demandes de brevet déposées à l'INPI (articles L.612-8 et R.612-26 à R.612-32 CPI ²⁷) et de mettre au secret celles d'entre elles qui présentent un intérêt pour la défense nationale ²⁸.

Tant que l'INPI ne donne pas - après avis du ministre de la défense - son autorisation, la procédure d'examen et de délivrance du brevet est en effet suspendue ainsi que toute publication ou exploitation par le titulaire (articles L.612-9, L.614-4 et L.614-20 C.P.I pour les brevets et L.623-9 C.P.I. pour les obtentions végétales).

Cette mise au secret est alors compensée par une indemnisation qui est prévue en matière de brevet par l'article L.612-10 CPI ²⁹. Le contentieux de la fixation de cette indemnisation est toujours attribué au Tribunal de grande instance statuant en chambre du conseil. Quant à l'éventuelle violation des obligations de non-divulgateion et de non-exploitation, elle donne lieu à l'application de sanctions pénales spécifiques prévues par le Code (aux articles L.615-13 CPI pour les demandes de brevets français, L.615-15 CPI pour les demandes internationales, L.615-6 CPI pour les demandes européennes et L.623-35 CPI qui prévoit une peine d'emprisonnement "*si la violation a porté préjudice à la défense nationale.*").

Un tel dispositif manifeste indiscutablement l'exercice d'une prérogative régaliennne par l'Etat qui lui permet – comme dans d'autres cas de sujétions justifiées par l'intérêt public et la défense nationale (notamment l'expropriation ou la classification d'informations couvertes par le secret de défense – d'apporter une restriction justifiée par l'intérêt public à l'exercice d'un droit de propriété et de la liberté d'expression ³⁰.

27 Le même contrôle est également prévu concernant les demandes de brevets européens (art. L.614-3 C.P.I.), les demandes internationales (art. L.614-19 C.P.I.), ainsi que les demandes de certificats d'obtention végétale (art. L.623-8 C.P.I.). S'agissant des entreprises d'armement, le Code de la défense prévoit, de plus, à son article L. 2332-6 qu'elles doivent dans les huit jours du dépôt d'une demande de brevet, communiquer une description de toute invention relative à un matériel de guerre au ministère de la défense.

28 Cf. Martine Hiance in *La propriété industrielle et le secret* - Centre Paul Roubier, journée d'étude du 4 avril 1995, Litec, 1996, pp. 36-39 ; et pour une comparaison européenne : François Goutorbe, « Comparaison et analyse des contraintes relatives à la Défense nationale en matière de brevet d'invention dans les principaux pays européens : l'interdiction de publication et de libre exploitation », *Propriété industrielle*, n° 11, Novembre 2007, Etude 23.

29 Et par l'article L.623-10 en ce qui concerne les demandes de certificat d'obtentions végétales.

30 Sur l'ensemble de la problématique, voir nos développements relatifs à la protection des inventions intéressant la défense, in Bertrand Warusfel, *Contre-espionnage et protection du secret - Histoire, droit et organisation de la sécurité nationale en France*, Editions Lavauzelle, 2000, pp. 234-243.

2.3. L'expropriation et les licences d'office attribuées par la puissance publique

Témoignent également des impératifs de puissance publique, les droits reconnus à l'Etat pour attribuer autoritairement des licences, voire pour exproprier un breveté.

Plusieurs intérêts publics majeurs peuvent justifier l'attribution d'une licence d'office par l'autorité administrative : les besoins de la santé publique (article L.613-16 CPI), ceux – plus larges et moins clairement déterminés – de « l'économie nationale » (article L.613-18 CPI) et les impératifs de la défense nationale (article L.613-19 CPI).

Dans les trois cas et malgré quelques différences de régime, c'est une décision unilatérale qui soumet le brevet à la licence d'office. S'agissant des licences qui seraient attribuées pour les besoins de la santé publique ou de l'économie nationale, toute personne qualifiée peut demander à en bénéficier, puisque le but est alors de pallier l'insuffisance de l'offre privée sur le marché (ce qui est un motif classique de justification de l'intervention économique publique ³¹). En revanche, les licences d'office attribuées pour les besoins de la défense nationale le sont au profit de l'Etat ou d'un acteur industriel qui travaillera pour son compte, puisque l'article L.613-19 précise que l'exploitation de cette licence par l'Etat doit être « faite par lui-même ou pour son compte ».

La voie de l'expropriation n'est ouverte, pour sa part, qu'au profit de l'Etat et pour les seuls besoins de la défense nationale et se rattache au régime général des expropriations fixé par le Livre II de la seconde partie du Code de la défense. Elle peut être mise en œuvre sur le fondement de l'article L.613-20 CPI qui dispose que « L'Etat peut, à tout moment, par décret, exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevets. »³². Cette expropriation – dont l'indemnisation est déterminée, à défaut d'accord amiable, par le Tribunal de grande instance – peut porter aussi bien sur une demande de brevet préalablement mise au secret ou sur une demande publiée ou un brevet délivré ³³.

L'interaction entre le droit public et la propriété intellectuelle ne se limite pourtant pas à ces dispositions légales prenant en compte les intérêts publics dans le régime des droits de propriété intellectuelle. Elle se manifeste aussi au travers des différentes manières par lesquelles les personnes publiques prennent en compte ces différents droits et cherchent à les utiliser au profit de leurs missions d'intérêt général.

III. L'UTILISATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

Chacun peut constater que les personnes publiques sont de plus en plus confrontées à l'existence des

31 Citons par exemple, un rappel récent de ce principe par la jurisprudence administrative : « pour intervenir sur un marché, [les personnes publiques] doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée » (CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*).

32 Un cas d'expropriation pour les besoins de la défense nationale a donné lieu à un arrêt du Conseil d'Etat ((CE, 18 janv. 1950, SA procédés Fouque, *Rec. Lebon*, p. 35, cité in *Jurisclasseur Administratif* – fascicule 410).

33 Sur le régime et les modalités de la licence d'office et de l'expropriation, cf. notamment, Catherine Blaizot-Hazard, 1991, précité, pp. 121-125 et Nathalie Wuytens, *Défense nationale et brevet d'invention*, Cedat, 1999.

droits de propriété intellectuelle et qu'elles en font elles-mêmes un usage croissant dans le cadre de leur activité de service public ou à l'occasion de la conclusion de marchés publics.

On constate en effet une importante mutation des pratiques publiques s'agissant de l'usage des droits de propriété intellectuelle. Traditionnellement, les personnes publiques étaient peu enclines à se réserver de tels droits, persuadées qu'elles étaient d'être protégées dans leurs activités par leur statut de droit public. Elles recouraient donc peu à l'acquisition et à la mise en œuvre de ces droits, accréditant d'ailleurs un peu plus leur caractère d'instruments relevant du seul droit privé.

Mais la situation a beaucoup changé depuis une quinzaine d'années. Sous l'effet de la libéralisation de certains secteurs antérieurement purement publics (télécommunications, énergie, ...) et de la concurrence qui en a résulté entre acteurs publics et privés, les personnes publiques ont commencé à vouloir réserver certains droits de propriété industrielle, qu'il s'agisse de marques pour protéger leur dénomination ou de brevets pour sécuriser la détention de certaines technologies propriétaires innovantes. Le développement de l'Internet et la volonté de l'administration française de s'engager sur la voie de « l'administration électronique » ont encore accru le phénomène.

3.1. La protection des noms de collectivités publiques et ses difficultés dans le contexte numérique

La question récurrente de la défense des noms de communes face aux noms de domaine en est un premier exemple significatif. Notre droit public ne connaît pas de système particulier de protection pour les noms de ces collectivités³⁴. C'est donc à la jurisprudence judiciaire que revient le soin de régler, au cas par cas, le conflit entre le nom d'une collectivité territoriale et un nom de domaine enregistré par un tiers³⁵. Le résultat peut être variable, suivant que la commune a ou non protégé son nom par une marque.

A défaut de conférer une protection automatique, elle reconnaît parfois que la dénomination de la commune doit bénéficier d'un régime comparable à celui qui s'applique aux noms patronymiques³⁶ ou accepte de faire prévaloir une marque enregistrée par la commune à l'encontre du nom de domaine ultérieur³⁷, mais les conditions qu'elle impose ne sont pas toujours faciles à remplir (notamment en ce qui concerne l'identité de services protégés et le risque de confusion³⁸).

34 Cf. Jacques Larrieu, « Un an de protection des noms de commune », *Prop. Ind.*, avril 2008, chron. n° 3.

35 Cf. Thibault Verbiest, Etienne Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : droits européen, belge et français*, Ed. Larcier, 2002, pp. 145-147.

36 « la désignation de cette collectivité territoriale par ce terme (...) constitue pour cette commune un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique ressortissant aux droits de la personnalité ... » (TGI Paris, 23 avril 1997, PIBD 1997, n° 635, III, p. 375). A contrario, le TGI de Nanterre a considéré plus récemment que "Les noms de communes comme de manière plus générale, les noms géographiques ne font pas l'objet d'une protection particulière et il est considéré de l'intérêt général de préserver leur disponibilité, dès lors que leur utilisation ne prête pas à confusion" (TGI Nanterre, 30 janvier 2007, comm. Glaize & Nappey, Lamy Droit de l'Immatériel, juin 2007, p. 10 et s.).

37 Cf. notamment la première jurisprudence intervenue en la matière: TGI Draguignan 1e ch. civ., Commune de Saint-Tropez, 21 août 1997.

38 Dans l'affaire Commune d'Elancourt, la Cour d'appel de Versailles a refusé de reconnaître la contrefaçon au motif notamment que le site poursuivi ne proposait pas des produits ou services en rapport avec ceux protégés par la marque de la collectivité territoriale (Loïc L. c/ Commune d'Elancourt, CA Versailles, référé, 29 mars 2000, *Expertises*, juillet 2000, p. 232). De même, dans une affaire Plagne.com, la Cour de Paris a considéré que le site était privé et que le risque de confusion avec la marque enregistrée n'était pas démontré (CA Paris, 4e ch.A, 28 janvier

A fortiori, est-il encore plus difficile pour une collectivité d'obtenir la réattribution du nom de domaine lorsqu'elle ne dispose pas d'une marque antérieure, mais se fonde uniquement sur le risque de confusion pouvant exister entre son nom et le nom de domaine postérieur enregistré : ainsi la ville de Levallois n'a pas obtenu l'interdiction du site "*levallos.tv*" créé par un élu d'opposition (alors même que ce site présentait en page d'accueil une photo de son hôtel de ville)³⁹.

Certains auteurs estiment d'ailleurs qu'un nom géographique est une sorte de bien commun qui exerce "*une fonction qui le fait échapper à une appropriation exclusive par la municipalité*"⁴⁰. Il n'y a donc pas de solution contentieuse automatique et faute de mieux, les solutions actuelles de prévention de tels conflits s'articulent-elles en deux branches : d'un côté, l'interdiction à la source de réserver un nom de domaine en ".fr" qui reprenne le nom d'une collectivité territoriale⁴¹, et de l'autre, l'enregistrement préventif d'une marque couvrant assez largement tous les domaines d'activité directement ou indirectement en relation avec la vie de la collectivité considérée afin de pouvoir agir sur le terrain de la contrefaçon de marque.

3.2. La prise en compte des droits de propriété intellectuelle dans le droit des marchés publics

Le Code des marchés publics ne mentionne pas explicitement les droits de propriété intellectuelle (sauf pour exclure leur mention dans les spécifications techniques du marché, afin de ne pas fausser la concurrence⁴²). Pourtant, la prise en compte de ceux-ci est fréquente en pratique, moins en ce qui concerne leur influence sur les modes de passation que s'agissant des clauses générales ou particulières que les acheteurs publics retiennent, notamment à l'occasion de la conclusion des différents types de marché.

a) l'impact limité sur les modes de passation des marchés

S'agissant des conditions de passation des marchés (sujet auquel est consacrée une grande partie des dispositions du code des marchés), la propriété intellectuelle n'intervient qu'indirectement pour l'application de l'une des exclusions prévues à l'article 3 et pour celle de l'article 35 II relatif aux conditions de recours à la procédure négociée.

L'article 3 liste les cas d'exclusion du champ d'application des dispositions du Code des marchés publics. Parmi celles-ci se trouvent au paragraphe 6°, les "*accords-cadres et marchés de services de recherche et de développement autres que ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation*". On en déduit donc notamment que la présence éventuelle d'une clause de cession des droits dans un contrat de recherche passé par une personne publique soumet ipso facto ce contrat à l'application des règles du Code des marchés (et notamment aux exigences de publicité et de mise en concurrence) alors qu'un

2003, Association Office du Tourisme de La Plagne c/M. Maurice G., *Dalloz*, 2003, p. 690, note Manara)

39 TGI Nanterre, 30 janvier 2007, précité.

40 Fabrice Hercot, "Affaire Elancourt, vers un principe de spécialité virtuelle ?", *Dalloz*, 2000, *Jurispr.*, p.909.

41 Par application de l'article R.20-44-43 II du Code des postes et communications électroniques et de l'article 14.3.2 de la charte de nommage de l'AFNIC (L'Agence française pour le nommage sur l'Internet est l'organisme d'enregistrement national désigné par l'Etat en application du décret n°2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'Internet.).

42 Leur mention ne peut être acceptée que "*si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent"*" (article 6.IV CMP).

simple accord de recherche ne prévoyant pas cette cession au profit de la personne publique en serait dispensé⁴³. Au moins dans son principe, la justification de cette disposition apparaît clairement : alors que les exigences de souplesse et d'*intuitu personnae* en matière de recherche scientifique et technique conduisent à exonérer ces contrats d'un processus formaliste de passation, il n'en va plus de même lorsque l'exécution de ces mêmes contrats va conduire à ce que le titulaire transfère à l'administration un actif intellectuel (les résultats) en contrepartie du financement public. Dans cette dernière situation, on se retrouve en réalité dans le cas d'un achat de prestations intellectuelles et il est légitime alors d'y appliquer toutes les règles régissant ces marchés de service. A l'inverse, exclusion de l'application du Code des marchés ces types d'accord de recherche serait susceptible de créer une concurrence indirecte et inéquitable entre de véritables marchés de prestations intellectuelles (qui peuvent eux-mêmes comporter des clauses de cession de droits – cf. *infra*) et ces accords de recherche informels qui produiraient pourtant le même effet juridique et économique.

L'article 35 prévoit, pour sa part, que peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence des marchés ou accords-cadres "*qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité*" (article 35.II.8° CMP). Ces droits d'exclusivité sont principalement les droits de propriété intellectuelle. Là encore la logique en est aisée à comprendre : si l'exécution de l'objet du marché nécessite la mise en œuvre de moyens couverts par la propriété intellectuelle (par exemple, celle d'un procédé de fabrication breveté), retenir comme titulaire du marché une personne qui ne disposerait pas des droits d'exploitation correspondants conduirait nécessairement à ce que, au stade de l'exécution du marché, le titulaire ne puisse exécuter le marché sans commettre une contrefaçon (dont la personne publique serait la bénéficiaire et, le cas échéant, le complice ou l'instigatrice)⁴⁴.

Si un droit exclusif restreint la possibilité de choix de la personne publique au point de l'obliger à ne pouvoir contracter qu'avec le seul titulaire du droit, il ne saurait alors être question de mise en concurrence et la personne publique ne peut que rentrer directement en négociation avec ce fournisseur exclusif. C'est le sens de l'article 35.II 8° dont l'application vise à prémunir par avance la personne publique contre le risque d'éviction ultérieure du fait d'un tiers. Ce nouveau texte ne fait d'ailleurs que reprendre dans une formulation plus large des dispositions prévues antérieurement par les articles 104.II et 312 de l'ancien Code des marchés publics⁴⁵.

Mais si le principe paraît simple, son application peut être complexe. Mis à part le cas où l'objet même du marché porte sur la négociation d'un droit exclusif sur un titre de propriété industrielle (ce qui nécessairement implique de négocier directement – et sans concurrence préalable – avec le titulaire de ce droit), il convient toujours de s'assurer que le droit de propriété intellectuelle concerné existe bien, qu'un unique fournisseur est habilité à le mettre en œuvre et que l'exécution du futur marché serait entièrement dépendante du dit droit de propriété intellectuelle. Si ces conditions ne sont pas réunies, il ne peut être question d'échapper à la mise en concurrence formaliste, sauf à entacher la procédure d'illégalité, voire dans certains cas à encourir le grief de favoritisme⁴⁶.

43 Sur l'interprétation de cette disposition, cf. Roland Drago, "L'application des règles du droit civil dans les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention", in *Les contrats d'exploitation des droits de brevets d'invention*, Lavoisier, 2006, p. 81 et s.

44 Cf. Bertrand Warusfel, ""Propriété intellectuelle et marchés publics", *Contrats publics - L'actualité de la commande et des contrats publics*, n° 35 - juillet/août 2004, pp. 40-43.

45 Cf. M. Carrié, "Les marchés négociés et les brevets d'invention", *Marchés publics*, n° 260, sept. 1991, p. 29.

46 Pour un cas d'usage abusif de cette disposition considérée comme pouvant constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal : *Mission interministérielle d'enquête, Huitième rapport d'activité - année 2000*, octobre 2001, p. 30.

Les juridictions administratives sont donc périodiquement amenées à apprécier si le recours à la procédure négociée pouvait être justifié à la fois par l'existence d'un droit de propriété intellectuelle exclusif réellement indispensable à la réalisation du marché⁴⁷ et par le fait qu'une seule entreprise est effectivement titulaire des droits d'exploitation de celui-ci⁴⁸.

b) les clauses de propriété intellectuelle dans les marchés

A défaut d'être vraiment pris en compte par les dispositions générales du Code des marchés publics, les droits de propriété intellectuelle font l'objet de certaines clauses spécifiques dans les différents cahiers des clauses administratives générales (CCAG) auxquels les acheteurs publics doivent se référer pour établir le contenu du marché qu'ils vont conclure.

En premier lieu, un marché de prestations intellectuelles (faisant référence au CCAG du même nom, CCAG-PI) comporte toujours des dispositions de propriété intellectuelle (basée sur les articles 20 à 31 du CCAG-PI, qui se déclinaient jusqu'à présent suivant trois options A, B et C) afin d'organiser l'utilisation des résultats du marché, voire la cession plus ou moins large des droits intellectuels sur ceux-ci. Dès lors que la personne publique fait réaliser pour son compte un travail intellectuel protégé par un droit de propriété intellectuelle, le marché public organise les droits respectifs du titulaire-créateur (ou inventeur) et du commanditaire public.

Mais si la prestation intellectuelle est un aspect d'un travail de conception et de fabrication industrielle, c'est le CCAG Marchés industriels (CCAG-MI) qui sera visé et dans lequel on retrouvera un chapitre VII ("Marchés comportant une part d'études") gérant les aspects de propriété intellectuelle des éventuelles créations ou inventions techniques liées au marché.

Enfin, les personnes publiques sont aussi fréquemment amenées à s'assurer les droits d'utilisation de logiciels informatiques nécessaires à leurs activités. Classiquement, on distingue – comme en droit privé - deux cas très différents : la concession d'utilisation d'un logiciel standard (généralement dénommé "progiciel") ou le développement par un prestataire d'un logiciel spécifique.

Concernant l'utilisation d'un "progiciel", il ne s'agit pas au sens strict d'un contrat mettant en œuvre un droit de propriété intellectuelle, le progiciel fait alors l'objet de marchés de fourniture visant le CCAG-Fournitures courantes et services (CCAG-FCS) et plus particulièrement son chapitre VII dans lequel un article 40 précise simplement que "*la fourniture des progiciels consiste en une concession du droit d'usage non exclusive*" et où l'article 51 prévoit une garantie d'éviction du fait d'un tiers engageant une action en contrefaçon. En revanche, le développement d'un logiciel spécifique conçu et réalisé par le titulaire sur les spécifications de la personne publique s'apparente à un contrat de commande qui est généralement régi par le CCAG-PI pour organiser l'étendue de la cession de droits consentie par le prestataire sur le logiciel développé.

Cette mécanique contractuelle complexe est à la veille de vivre un bouleversement profond puisque

47 Pour des exemples d'usage non justifiés : CE, 29 novembre 1996, Département des Alpes de Haute-Provence, n°102165, *RD imm.* 1997, 74 obs. Llorens et Terneyre ; CE, 30 septembre 1996, n°120350, Commune de Grenoble/M. Avrillier, *Rec. Lebon*, p. 357, Concl. Fratacci) ; CE, 13 juillet 2007, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence, *Droit Administratif* n° 8, Août 2007, comm. 114. Inversement pour un usage justifié : CAA Douai, 31 octobre 2002, ociété Quille, *AJDA*, 2003 p. 128, note Dreyfus.

48 La Cour de justice a rappelé cette seconde exigence de l'unicité de fournisseur dans son arrêt du 3 mai 1994 (CJCE, 3 mai 1994, *Commission c/Espagne*, aff. C-328/92, *D.* 1994, p. 146).

le CCAG-PI adopté en 1978 va être totalement refondu en 2009 sur la base d'un projet élaboré par la direction juridique du ministère de l'économie. Ce projet comporte notamment un tout nouveau chapitre 5 consacré à l'utilisation des résultats et dont les éléments seront commun avec les CCAG MI et FCS. ainsi qu'avec un nouveau CCAG relative aux marché de technologie de l'information (CCAG TIC) également en projet.

Ce nouveau module contractuel concernant l'utilisation des résultats ne va plus comporter que deux options A et B. L'option A sera la solution minimaliste, qui s'appliquera par défaut. Elle est basée sur la simple « concession » d'un droit d'utilisation par le pouvoir adjudicateur. L'option B sera une solution globale basée sur la « cession » définitive et irrévocable des droits de propriété intellectuelle du titulaire à un pouvoir adjudicateur qui souhaiterait la maîtrise de toutes les exploitations commerciales des résultats.

Avec cette réforme profonde des clauses contractuelles-types, le droit des marchés publics met fin avec retard à une situation inadaptée dans laquelle les acheteurs publics étaient gravement défavorisés par rapport à leurs homologues privés⁴⁹. En effet, ils ne pouvaient pas facilement (sauf à rédiger eux-mêmes des clauses spécifiques dérogatoires incluses dans le CCAP de leur marché) organiser le niveau de cession des droits approprié à leurs besoins. Là encore, cette modification va dans le sens d'une plus grande capacité des personnes publiques à exploiter à leur profit et pour la réalisation de leurs objectifs de service public les droits intellectuels qui peuvent naître de l'exécution de leurs marchés. Là où les textes antérieurs ne prévoyaient pas vraiment la possibilité pour l'administration de tirer un profit économique autonome de ces droits dont elle finançait pourtant la création, les nouvelles dispositions vont leur offrir le choix – lorsqu'elle le souhaite – de se faire consentir une cession totale des droits, dans les mêmes conditions qu'un acheteur privé de prestations intellectuelles.

3.3. La titularité sur les créations intellectuelles réalisées au sein des établissements publics

Le dernier domaine dans lequel les relations du droit public et de la propriété intellectuelle se sont intensifiées ces dernières années, est indiscutablement ce qui concerne les règles d'attribution des droits intellectuels aux agents et collaborateurs publics.

Là encore, il convient de distinguer suivant que l'on parle des droits de propriété industrielle (en l'occurrence, essentiellement, des règles concernant la titularité des inventions) et des droits d'auteur. Si les chercheurs publics peuvent souvent prétendre en matière d'invention et de création logicielle à un mécanisme d'indemnisation plus favorable que celui applicable aux salariés du secteur privé (par application des dispositions spécifiques des articles R611-14-1 CPI et du décret du 2 octobre 1996 modifié⁵⁰), il est encore plus remarquable de constater que le régime applicable en matière de titularité de brevet est dans son principe unitaire entre les deux secteurs public et privé alors que celui applicable à la titularité des œuvres de l'esprit créées par des agents publics connaît d'importantes spécificités.

49 Pour M. Battisti, le CCAG-PI apporte des réponses "insatisfaisantes dans un environnement numérique qui prend de plus en plus de poids et où la propriété intellectuelle est de plus en plus présente" (Michèle Battisti, "Pour aider l'administration dans la gestion de son patrimoine immatériel". *Documentalistes Sciences de l'information*, 2004/6 - Volume 41, p. 362 ; pour une approche critique de notre part, cf. Bertrand Warusfel, « La propriété intellectuelle dans les marchés publics d'informatique », *Jurisanté*, n°7, septembre 1994..

50 Sur la philosophe et l'application de ces textes visant à inciter les chercheurs publics à innover et protéger leurs innovations techniques et logiciels, cf. C. Blaizot-Hazars in *Jurisclasseur Administratif*, fascicule 410, n° 43 à 47.

a) un régime unitaire en ce qui concerne la titularité des inventions

L'article L. 611-7 CPI s'applique explicitement tout autant aux salariés de droit privé qu'aux agents publics, comme l'indique son cinquième paragraphe qui dispose que : « *Les dispositions du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et de toutes autres personnes morales de droit public, selon des modalités qui sont fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Les articles R611-11 CPI et suivants précisent les conditions de son application dans le secteur public⁵¹.

Les agents publics doivent donc se voir allouer une rémunération supplémentaire pour toute invention de mission et leur employeur public peut se faire attribuer leur invention contre le paiement d'un "juste prix", lorsque cette invention remplit les conditions de l'article L.611-7 pour être classée comme "invention hors mission attribuable".

Cela n'empêche pas cependant que les particularités des conditions d'emploi dans le secteur public puissent susciter un contentieux particulier. Le plus emblématique en la matière est celui qui oppose depuis de nombreuses années le CNRS à un médecin (M. Puech) qui préparait sa thèse en tant que stagiaire dans l'un de ses laboratoires et qui a déposé, à la suite de ses travaux, une demande de brevet dont le CNRS essaye depuis lors de se faire attribuer la paternité.

Après un premier jugement confirmant la titularité de M Puech sur son invention, la Cour d'appel de Paris l'a requalifié en invention de mission appartenant au CNRS par son arrêt du 10 septembre 2004. Mais cet arrêt a été cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 avril 2006 au motif que M. Puech n'étant ni salarié ni agent public, il ne pouvait lui être imposé le respect des dispositions de L. 611-7 CPI qui régissent l'invention de mission⁵². Sur quoi la Cour de renvoi a jugé de nouveau M Puech titulaire de son brevet au motif que le règlement intérieur du laboratoire faisait du CNRS l'ayant-cause de l'inventeur (au sens de l'article L.611-6 CPI)⁵³.

Mais la Cour d'appel de Paris souleva à cette occasion une question de droit public, à savoir la possible incompatibilité de ce règlement intérieur du CNRS (dont l'effet était de rendre applicable à un stagiaire non agent public un régime restrictif de son droit à brevet) avec la loi qui ne le permet pas. Elle convia donc le requérant à saisir la juridiction administrative, seule compétente pour apprécier la légalité de ce texte, ce qui aboutit à son annulation par un jugement du Tribunal administratif de Paris du 11 juillet 2008 cité précédemment. On n'attend désormais que la Cour d'appel qui avait sursis à statuer sur le fond, tire toutes les conséquences de ce dernier jugement qui rétablit la hiérarchie des normes entre les dispositions légales du Code de la propriété intellectuelle et les dispositions réglementaire d'organisation que peut prendre un chef de service.

b) une règle particulière concernant le droit d'auteur des agents publics

La doctrine et la jurisprudence se sont interrogées longtemps pour savoir si un agent public pouvait être considéré comme l'auteur des œuvres de l'esprit qu'il créait dans le cadre de son activité publique. La loi de 1957 sur la propriété littéraire et artistique étant muette sur ce sujet. Tout au plus et s'agissant des seuls créations logicielles, sa réforme de 1985 appliqua la même règle dérogatoire

51 Sur le droit des inventions de salariés, cf. Jean-Paul Martin, *Droit des inventions de salariés : France, Allemagne, Royaume-Uni, Etats-Unis, Japon*, Litec, 3^{ème} ed., 2005.

52 Cass. com., 25 avril 2006, note Warusfel, *Propriétés intellectuelles*, 2006, n° 20, p. 347.

53 CA Paris, 4^{ème} ch. A, 12 septembre 2007, Puech, note Warusfel, *Propriétés intellectuelles*, janvier 2008, n° 26, pp. 136-137.

de titularité (qui attribue les droits patrimoniaux à l'employeur) aux logiciels créés par des salariés privés ou des agents publics⁵⁴.

Mais pour le reste de la propriété littéraire et artistique, le Code de la propriété intellectuelle restait muet et l'on pouvait estimer que ses dispositions d'ordre public touchant à un droit de propriété s'imposait dans les mêmes conditions quelque soit le secteur d'activité et la position statutaire ou contractuelle de l'employé créateur. Toutefois, le Conseil d'Etat consulté avait - dans un avis célèbre du 21 novembre 1972 - considéré au contraire que « *les droits que les fonctionnaires publics tirent de leur statut sont toujours limités par les nécessités du service* » et qu'en conséquence « *les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service* »⁵⁵.

Cette position prétorienne fut partiellement suivie par la jurisprudence mais ne fit jamais taire tout à fait les critiques et constituait, en quelque sorte, un abcès de fixation entre les logiques divergentes du droit légiféré de la propriété intellectuelle et du droit jurisprudentiel du service public⁵⁶. L'intervention du législateur fut donc bienvenue après une première synthèse et des propositions apportées par le nouveau Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique⁵⁷. Ce fut l'objet des articles 16 et suivants de la loi du 1^{er} août 2006 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)⁵⁸.

Ces articles codifiés au Code de la propriété intellectuelle renversent le principe de l'arrêt *Ofrateme* tout en tenant compte concrètement des exigences qu'il posait. Le nouvel article L.111-1 CPI établit clairement aujourd'hui qu'il n'est pas dérogé à la jouissance par l'auteur de son droit lorsqu'il est un agent public. Une fois affirmée solennellement cette reconnaissance de la qualité d'auteur des agents publics, le nouvel article L.131-3-1 CPI dispose que « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* », le droit d'exploitation sur l'œuvre créée par un agent public « *dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit* » à son employeur public. On retrouve ici les mêmes critères que ceux qui ont déjà été retenus concernant les logiciels dans l'article L.113-9 CPI.

Au-delà de cette cession limitée aux stricts besoins du service public, le même article prévoit pour toute exploitation commerciale complémentaire un simple droit de préférence au profit de l'administration. Enfin, (et pour maintenir les usages en cours dans le monde scientifique et universitaire), la réforme déroge à ces mécanismes de cession automatique et de droit de préférence (ainsi qu'aux limitations établies en ce qui concerne le droit moral des agents publics) pour les « *agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique* » (article L.111-1 CPI), ce qui s'applique au cas des enseignants et des chercheurs universitaires, qui demeurent ainsi

54 Article L.113-9 CPI, dernier alinéa : « *Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif* ».

55 Avis CE, 21 novembre 1972, *Ofrateme*, in *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2002, n° 7, p. 105.

56 Pour une synthèse de l'état du droit avant la réforme de 2006 sur ce point, cf. notamment les conclusions Pellissier sous l'arrêt *Allary*, AJDA 2007 p. 918.

57 Avis 2001-1 relatif à la création des agents publics, CSPLA, décembre 2001

58 Cf. Jean-David Dreyfus, « Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics après la loi du 1er août 2006 », AJDA, 2006 p. 2179 ; sur la question spécifique de son application dans le domaine de la recherche universitaire, cf. notamment Marie Cornu, « A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques », *Propriétés intellectuelles*, juillet 2006, n° 20, pp 270 et s.

les seuls auteurs de leurs cours et publications ⁵⁹.

Cette réforme est donc doublement emblématique, en ce qu'elle clarifie d'un côté une question restée jusqu'alors mal traitée au sein du droit de la propriété intellectuelle (et dont les enjeux sont croissants du fait de l'importante production – notamment numérique – des agents publics) mais aussi en ce qu'elle conduit le législateur à établir cette clarification au prix d'une divergence avec le régime de propriété intellectuelle applicable par ailleurs aux salariés du privé. En ce sens, elle nous paraît être – avec certaines des autres évolutions dont nous venons de rappeler l'existence – l'une des étapes fondatrices de ce qui pourrait devenir un véritable droit public de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION

Création de l'agence du patrimoine immatériel de l'Etat, modification du Code de la propriété intellectuelle s'agissant du droit d'auteur des agents publics, refonte complète du CCAG-PI, récentes jurisprudences de nos deux cours suprêmes : en l'espace de quelques années (largement marquées par la dématérialisation croissante des activités publiques ⁶⁰), voici la propriété intellectuelle publique qui bouge. Reste à savoir si ce mouvement va faire émerger – au-delà de dispositions particulières et parcellaires – un cadre juridique cohérent et stable qui apporte de l'intelligibilité et de la sécurité juridique dans un domaine jusqu'alors incertain. En d'autres termes, si le droit public de la propriété intellectuelle va exister en tant qu'ensemble juridique cohérent..

Nous serions bien malvenus de faire une prévision sur ce point mais nous pouvons simplement émettre le vœu que le droit public ne demeure pas passif ou simplement réactif face à ce que l'on pourrait interpréter comme un envahissement de son champ d'action par des dispositifs juridiques purement privatistes. Au contraire, il nous semble que l'évolution du domaine dégage différentes problématiques qui pourraient contribuer à fonder le socle d'une approche publiciste de la matière. Evoquons-en rapidement quelques-uns des plus essentielles.

La première problématique à prendre en considération est sans doute celle des limites externes de la protection par la propriété intellectuelle. Il n'est pas anodin que dans les pays de *common law* on évoque à ce propos la notion de « *public domain* », dans un sens pourtant différent de celui que le droit administratif accorde au « domaine public » ⁶¹. Mettre hors du champ de l'appropriation privative certaines ressources communes ⁶², ce n'est pas seulement adopter une vision libérale ou libertaire du droit de l'immatériel, c'est aussi faire prévaloir sur une logique purement privative des impératifs d'intérêt général et donc – au sens le plus large – de droit public ⁶³. Les débats animés de ces dernières années sur les limites de la brevetabilité (en matière de logiciel, de biotechnologie, de

59 Cf. notamment M. Cornu, précité.

60 Dématérialisation juridiquement consacrée par l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, *JORF*, 9 décembre 2005.

61 Sur le double sens du « domaine public » et le développement historique parallèle des deux notions, cf. Stéphane Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Collection IRPI, Litec, 2002, pp. 41-56.

62 Cf. sur cette thématique, Jean-Michel Brugière, "Propriété intellectuelle et choses communes", in Jean-Michel Brugière, Nathalie Mallet-Poujol & Agnès Robin (dir.) *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2007, pp. 39 et s..

63 Pour une réflexion originale et une tentative de redéfinition de la notion de domaine public, cf. Séverine Dusollier, "Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle", in Mireille Buydens & Séverine Dusollier (dir.) *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, pp. 117 et s..

méthodes d'affaires, ...) ou sur la confrontation entre droit des marques et liberté d'expression sont autant de questions qui mettent en cause l'équilibre à établir entre intérêts privés et respect de certaines libertés fondamentales⁶⁴. Rappelons-nous qu'aux Etats-Unis, toutes ces questions sont ultimement des questions de droit constitutionnel puisque c'est dans la constitution fédérale que se trouve le fondement explicite des droits de propriété intellectuelle⁶⁵.

Le nature même des droits de propriété intellectuelle pourrait être également revisitée avec intérêt. S'agissant en particulier des droits de propriété industrielle délivrés par l'autorité publique, il est en effet quelque peu réducteur de n'y voir que des instruments de droit privé, alors qu'ils ne tirent leur valeur juridique que de la validation par une autorité publique et que – comme nous l'avons vu – des prérogatives de puissance publique peuvent parfois interférer fortement avec leur protection et leur exploitation. La vision réductrice du brevet s'inscrivant dans un seul rapport de droit privé entre le breveté et les tiers qu'a développé le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée de 2006 a d'ailleurs été contestée par plusieurs voix autorisées de la doctrine privatiste⁶⁶. Les droits de propriété intellectuelle sont aussi des outils d'un ordre public que la loi institue et protège et des recherches croisées entre droit public et droit privé auraient certainement beaucoup à dire sur cette dimension secondaire (ou cachée) du droit de la propriété intellectuelle⁶⁷.

S'agissant de l'exercice des droits, le renversement opéré par la réforme de 2006 sur les droits d'auteur des agents publics appelle sans doute un approfondissement de la réflexion théorique sur l'équilibre à maintenir entre droits privatifs et impératifs du service public (de la même façon que le droit communautaire a su établir une balance entre droit de la concurrence et exercice des droits intellectuels). Ne peut-on pas considérer par exemple cette cession automatique des droits pour les seuls besoins du service public comme une forme de servitude de droit public grevant l'exercice privatif du droit de propriété intellectuelle ?

Enfin, sur le plan processuel, l'attribution légale de la compétence judiciaire pour trancher des litiges concernant la protection des droits de propriété industrielle engendre quelques particularités contentieuses puisque cela revient à instituer devant la Cour d'appel une forme de recours pour excès de pouvoir à l'encontre de certaines décisions administratives⁶⁸, voire même – dans le cas d'un recours en responsabilité du fait d'un agissement fautif de l'INPI – une sorte de « plein contentieux » judiciaire. Tout cela mériterait plus d'attention de la part de la doctrine administrative et la réalisation d'études croisées entre processualistes des deux origines. La question du statut du directeur de l'INPI dans ces procédures d'appel ainsi que lorsqu'il tranche en matière d'opposition de marques pourrait aussi être approfondie, au regard des règles du contentieux administratif et des exigences du droit au procès équitable institué par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁹.

64 Cf. notamment Nicolas Bronzo, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.

65 Pour une étude du cadre constitutionnel de la propriété intellectuelle américaine : Thomas B. Nachbar, « Intellectual Property and Constitutional Norms », *Columbia Law Review*, Vol. 104, Mars 2004.

66 Jean Foyer, « L'opposabilité sur le territoire français, d'un brevet européen dont la description est rédigée en une langue étrangère », *Dalloz*, 2007, n° 27, pp. 1920-1921 ; Jean-Christophe Galloux, « Londres, le brouillard et les gens sérieux ou les conséquences sur le plan procédural de la décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006 rendue par le Conseil constitutionnel », *Propriété industrielle*, 2007, n°2, pp. 19-23.

67 Pour une réflexion très civiliste sur l'ordre public en propriété intellectuelle (et qui souligne la polysémie du concept entre droit privé et droit public), cf. Sophie Joly, "L'ordre public et le droit d'auteur", in Brugière, Mallet-Poujol & Robin, précité., pp. 343 et s.

68 Cf. Mathilde Méchin, « Recours contre les décisions du directeur général de l'INPI : les apports de la jurisprudence récente », *Propriétés intellectuelles*, n° 29, octobre 2008, pp. 403 et s..

69 Sur cet aspect du sujet, cf. Nicolas Brozo, précité, pp. 151-158.

Si l'on mène à bien une partie de ces chantiers de recherche, il sera sans doute également possible de faire entrer officiellement la propriété intellectuelle et les droits réels qu'elle établit dans le champ de la patrimonialité des personnes publiques. « *Notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts et des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur, etc* » a pu écrire Jean-Bernard Auby⁷⁰. Si l'on croit que la richesse de demain est plus une richesse d'hommes et de savoirs que de biens corporels, il faudra bien dépasser ce blocage ou cette frilosité. Car à ne pas vouloir organiser clairement les règles régissant ces actifs (que ce soit en matière d'acquisition, de comptabilité, de transfert, ..) qui sont pourtant de plus en plus présents dans le portefeuille des personnes publiques, on ne contribue qu'à en banaliser un peu plus leur statut et ce sont les seules règles du droit privé qui peuvent leur être appliquées⁷¹. Or, tout comme les nécessités du service public impliquaient une clarification de la titularité et des conditions d'exploitation des œuvres au regard de la finalité du service public, ces mêmes exigences vont justifier que l'on façonne des règles de patrimonialité publique spécifiques qui soient en même temps compatibles avec l'économie générale des droits de propriété intellectuelle. Alors, la reconnaissance de la propriété intellectuelle publique complètera ce droit public de la propriété intellectuelle que nous voyons émerger sous nos yeux.

Bertrand WARUSFEL

70 Jean-Bernard Auby, précité.

71 Sur le risque de "banalisation" et de "privatisation du mobilier administratif", crf. Philippe Yolka, "Les meubles de l'Administration", *AJDA*, 2007 p. 964.