

## Avis 2001-1 relatif à la création des agents publics

Saisi par la ministre de la culture et de la communication de la question des droits des auteurs ayant le statut d'agents publics, le conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 20 décembre 2001, l'avis suivant, qui ne porte que sur les droits d'auteur, et non sur les droits voisins.

- Sur le champ d'application du droit d'auteur aux travaux des agents publics  
Il n'existe pas en droit positif de définition des catégories de travaux réalisés par des agents publics dans le cadre de leurs fonctions qui seraient exclus du champ de la propriété littéraire et artistique. Le champ d'application du droit d'auteur est en effet très vaste : l'article L.112-1 du code de la propriété intellectuelle pose le principe que la protection du droit d'auteur peut être acquise à " toutes les œuvres de l'esprit ". Un grand nombre des travaux réalisés par des agents publics ne sont toutefois pas protégés par la législation sur les droits d'auteur.
  - Il s'agit en premier lieu des actes officiels que sont les textes légaux et réglementaires ou les décisions juridictionnelles.
  - En second lieu, l'exigence d'originalité, qui permet de reconnaître la qualité d'œuvre à un travail intellectuel, n'est pas satisfaite dans un grand nombre de cas. Paraissent ainsi à exclure, en raison de leur défaut d'originalité, ceux des catalogues, fichiers (manuels ou informatisés), annuaires ou bases de données dont ni la structure ni le contenu ne porte l'empreinte de la personnalité ainsi que des documents (imprimés, photographiques) réalisés selon un procédé entièrement automatique.
- Sur l'état du droit applicable et des pratiques en vigueur  
Le droit commun de la propriété intellectuelle, auquel sont soumis les salariés de droit privé, pose le principe selon lequel le salarié est investi à titre originaire des droits d'auteur sur les œuvres qu'il crée dans le cadre de son travail. Dans un avis Ofrateme du 21 novembre 1972, le Conseil d'Etat a marqué sa préférence pour l'application aux agents publics d'un régime exorbitant et autonome, qui conduit, au nom des nécessités du service, à ce que l'administration soit investie à titre originaire des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit, pour celles de ces œuvres dont la création par les agents fait l'objet même du service. Les pratiques observées révèlent toutefois un certain éloignement par rapport au principe énoncé par l'avis. L'interprétation de cet avis par les administrations est en effet sujette à caution. D'autres critères que ceux expressément énoncés par l'avis sont parfois pris en compte : tel est le cas par exemple du mode de divulgation. Certaines personnes publiques ont estimé par ailleurs pouvoir fonder leurs pratiques sur une interprétation neutralisante de l'objet en vertu duquel elles agissent : en dehors de l'objet statutaire interprété strictement, les agents bénéficient de la titularité des droits. D'autres enfin opèrent une distinction artificielle entre les attributs du droit moral, plus facilement reconnus, et ceux du droit patrimonial.
- Sur les enjeux de la question
  - En premier lieu, l'entrée des activités industrielles et commerciales de l'administration dans le champ d'application du droit de la concurrence fragilise l'économie générale du régime juridique imaginé par l'avis Ofrateme, selon lequel l'administration est titulaire des droits des œuvres créées dans le cadre du service. Cela ne pose bien entendu aucune difficulté lorsque l'administration n'envisage aucune exploitation commerciale, sur un marché concurrentiel, des œuvres ainsi créées. En revanche, cela paraît discutable au regard du droit de la concurrence, lorsque ces œuvres sont exploitées par l'administration dans un but commercial. On sait en effet qu'en vertu de l'article L.410-1 du code de commerce, le droit de la concurrence, tel qu'il résulte notamment au plan national des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 aujourd'hui codifiée au titre IV de ce code, s'applique sans distinction à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. Les entreprises du secteur privé rémunèrent leurs salariés au titre de la législation sur les droits d'auteurs lorsqu'elles commercialisent des œuvres créées par eux dans le cadre de leur contrat de travail. Il n'est pas exclu que la

possibilité pour l'administration d'intervenir sur les mêmes marchés sans que ces œuvres soient grevées de la rémunération d'un droit d'auteur puisse un jour, si cela est révélateur d'un abus de position dominante ou de la mise en place d'une politique de prix prédateurs, être censurée par le juge de la concurrence.

- En deuxième lieu, l'apparition de nouveaux modes de diffusion des travaux réalisés par les agents révèle les limites d'un mode de fonctionnement dans lequel les pratiques se tiennent éloignées du droit qui doit normalement les régir. A l'origine limité à quelques cas qu'il était possible de gérer avec des pratiques taillées sur mesure, l'accès aux droits d'auteur ou à une formule équivalente se pose désormais pour un nombre plus significatif de fonctionnaires, qui placent en ligne de nombreux supports ou contenus, que ce soit sous la forme de CD-Roms ou de sites web conçus sous l'égide de l'administration ou selon des procédures mixtes associant l'administration et ses agents.

Ces interrogations se doublent de préoccupations qui dépassent largement le cadre de la question des droits d'auteurs des agents publics mais lui donnent une actualité particulière. Il faut en effet concilier la réflexion menée sur ce sujet d'une part avec la mise en place de la politique de communication des données publiques, pour laquelle la maîtrise juridique de l'exploitation des œuvres est fondamentale pour l'administration, ainsi qu'avec la refonte à venir du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif au cumul d'activités et de rémunérations des agents publics.

Enfin, le régime juridique applicable aux agents publics heurte de front le principe fondamental du droit de la propriété littéraire et artistique selon lequel les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre. Tous les instruments juridiques internationaux régissant la matière s'accordent sur ce point, rappelé en dernier lieu par l'article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 18 décembre 2000.

Compte tenu de ces observations, le conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique formule la recommandation suivante qui vise plusieurs objectifs : replacer les agents publics dans une situation conforme aux principes généraux régissant le droit des auteurs, régler la question de la commercialisation de l'œuvre au regard du droit de la concurrence, garantir l'efficacité de la politique de diffusion des données publiques et fournir une plus grande sécurité juridique aux pratiques mises en œuvre par l'administration.

Afin de mettre le droit positif en accord avec le principe selon lequel les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre, une modification de l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle est nécessaire, dans le sens figurant dans l'annexe au présent avis.

Le renversement du principe défini par l'avis Ofrateme étant posé, il convient toutefois de maintenir pour l'administration un certain nombre de garanties afin de ne pas l'entraver dans l'exercice de ses missions de service public, au nombre desquelles figure la diffusion des données publiques.

Ces garanties sont néanmoins strictement cantonnées, afin d'assurer leur conformité au droit de la concurrence.

A cet effet, il est proposé un système prenant en compte la nature, commerciale ou non, de l'exploitation que l'administration envisage de faire de l'œuvre créée par un agent dans le cadre de son service. Si l'administration ne réalise pas d'exploitation commerciale de l'œuvre créée dans le cadre du service, elle bénéficierait d'un mécanisme de cession légale de cette œuvre. Parce qu'elle intéresse la transmission des droits, la disposition pourrait trouver place dans l'article L.131-3 du code qui serait complété par un alinéa dont la rédaction figure en annexe au présent avis. Si l'administration fait une exploitation commerciale de l'œuvre, elle ne disposerait en revanche que d'un droit d'option. A cette fin, une disposition viendrait compléter l'alinéa précédent, dans le sens qui figure lui aussi en annexe au présent avis.

Aucune réglementation restrictive du droit moral n'apparaît en revanche souhaitable. Le risque de voir le droit moral compromettre la mission de service public est en effet très faible, surtout sous le contrôle du juge administratif, auquel il reviendra de conjurer le risque d'abus, quelle que soit la prérogative en cause. Le problème du droit de divulgation ne se pose pas autrement que dans les relations entre un employeur et un salarié de droit privé, et on n'imagine pas que le juge puisse admettre que l'agent public se retranche derrière cet attribut du droit moral pour méconnaître les devoirs de sa charge. Le droit de repentir n'est pas en cause puisqu'il ne peut être exercé qu'après une cession contractuelle qui fait ici défaut. Le droit à la paternité ne devrait pas soulever d'objections de la part de l'administration, qui le reconnaît déjà largement. Quant au droit au respect de l'œuvre, son exercice est contrôlé par le juge et l'examen de la jurisprudence montre que l'on parvient dans ce domaine à des solutions équilibrées.

- Annexe : propositions de modifications législatives

1/ Le troisième alinéa de l'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle est modifié comme suit :

[ " L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.]

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

2/ L'article L.131-3 du code de la propriété intellectuelle est complété par les deux alinéas suivants :

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

" L'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics à caractère administratif disposent, pour exploiter ou faire exploiter en dehors du service public ou commercialement l'œuvre ainsi créée, d'un droit de préférence dont les conditions d'exercice sont fixées par décret en Conseil d'Etat ".