Du gouvernement ouvert à l'université ouverte

Thomas Saint-Aubin

▶ **To cite this version:**

Thomas Saint-Aubin. Du gouvernement ouvert à l'université ouverte. 2015. hal-01523986

HAL Id: hal-01523986
https://paris1.hal.science/hal-01523986

Submitted on 17 May 2017

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 4.0 International License

SPECIAL JOB MARKET

02

TEPSIS PAPERS

Septembre 2015

Thomas Saint-Aubin

DU GOUVERNEMENT OUVERT À L'UNIVERSITÉ OUVERTE : COMMENT CONCILIER LE RÉGIME DE DROIT D'AUTEUR DES AGENTS PUBLICS AVEC UNE STRATÉGIE OPEN ACCESS ET D'OPEN DATA

"Du gouvernement ouvert à l'université ouverte" de Thomas Saint-Aubin est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution 4.0 International.

Le management des droits de propriété intellectuelle et l'Open Data constituent de puissants leviers stratégiques pour la modernisation de l'action publique et la diffusion du savoir et des connaissances de la recherche publique.

Thomas Saint-Aubin

Enseignant, formateur et chercheur en droit. Animateur de la communauté Open Law, le Droit ouvert. www.patrimoine-immateriel.fr

Mots-clés Propriété intellectuelle de l'État | Droits d'auteur des chercheurs | Open Access | Université ouverte | Droit de préférence

Référece électronique http://ehess.academia.edu/LabExTEPSIS/

Laboratoire d'Excellence tepsis
Transformation de l'Etat
politisation des sociétés
institution du social

La directive européenne de 2003 sur la réutilisation des informations du secteur public excluait de son champ d'application les données détenues et produites par des établissements d'enseignement et de recherche. La transposition de l'article 1er de la directive PSI de 2013 en droit français permet d'**étendre le champ de l'Open Data au monde de l'enseignement et de la recherche**, a minima aux données comprises dans les documents détenus par les bibliothèques universitaires, les musées et les archives. Combinée à des stratégies d'Open Content (1) et d'Open Access, **la contribution des établissements d'enseignement et de la recherche aux biens communs du numérique** (2) **dessine les contours d'une ''université ouverte'', qui s'inscrit elle-même dans le prolongement des récentes avancées majeures du ''gouvernement ouvert''.**

Dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique d'Open Data, la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle dans les informations publiques peut-être un obstacle à leur réutilisation libre et gratuite. Le régime juridique dérogatoire du droit d'auteur des enseignants chercheurs, plus favorable que le droit commun des auteurs du secteur public et consacré légalement en 2006, n'a pas permis une meilleure diffusion du savoir et de la connaissance. Les règles d'évaluation en vigueur poussent les chercheurs à publier (3), parfois à compte d'auteur, dans des revues qui leur font céder l'intégralité de leurs droits d'auteur et qui reconstituent des enclosures. Pour parvenir **au modèle de l'université ouverte** et mieux valoriser la recherche publique française à l'international, il faut pouvoir articuler et redéfinir les règles du droit public de la propriété intellectuelle , du droit des données publiques et les méthodes d'évaluation de la recherche.

LE DROIT D'AUTEUR DES AGENTS PUBLICS N'EST PAS NÉCESSAIREMENT UN OBSTACLE À L'OUVERTURE DES DONNÉES PUBLIQUES

A. La consécration d'un droit de préférence au profit de l'administration pour la cession des droits d'exploitation des auteurs du secteur public.

Pour bénéficier des droits d'auteurs, il faut rappeler que l'œuvre doit être originale, c'est à dire qu'il ne doit pas s'agir d'une idée et quelle doit se situer au stade de la réalisation, même si elle n'est pas achevée. Avant tout elle doit

(1) L'Open Content désigne la mise en libre accès des contenus protégés par des droits d'auteur.

(2) Voir par exemple la contribution de la communauté Opan Law le Droit Ouvert à la création des biens communs numériques du droit http://openlaw.fr

(3) Modèle du Gold Open Access.

porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Parmi les agents publics, il s'agit donc essentiellement des œuvres créées par les photographes, les graphistes, les cartographes, les vidéastes, les rédacteurs… En vertu de ces dispositions, un grand nombre de travaux réalisés par des agents publics ne peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur, tels que les actes du domaine public (textes légaux, réglementaires, juridictionnels) ou des contenus en raison de leur défaut d'originalité (catalogues, fichiers, annuaires ou bases de données dont ni la structure ni le contenu ne porte l'empreinte de la personnalité, documents réalisés selon un procédé entièrement automatique...).

2006 : la reconnaissance de droits d'auteurs au bénéfice des agents de la fonction publique

Pour ce qui concerne les logiciels, le droit applicable en matière de création de salarié est donc déterminé par l'article L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) qui dispose que « *sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, tous les droits du créateur salarié sont dévolus à l'employeur privé ou public* ».

Pour les autres catégories d'œuvres la loi DADVSI du 1er août 2006 est venue préciser le régime applicable : « *L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.* »

Le nouvel alinéa 3 de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle (CPI) dispose donc que **l'agent est investi à titre originaire des droits d'auteur sur ses créations. L'existence d'un contrat de travail (pour les agents contractuels) ou d'un statut de fonctionnaire n'emporte donc pas dérogation à ce principe**. Cette disposition concerne l'ensemble des agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics à caractère administratif et d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale et de la banque de France. Cette titularité initiale s'applique même « *lorsque l'œuvre a été créée dans l'exercice des fonctions et d'après les instructions reçues* ».

La consécration d'un mécanisme de cession légale des droits non commerciaux au profit des personnes publiques sur les œuvres créées par ses agents

Afin de garantir un minimum de sécurité juridique à l'administration, la DADVSI prévoit, dans un nouvel article L. 131-3-1 du CPI que « d*ans la*

mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État ». **La loi prévoit donc un mécanisme de cession légale de l'œuvre créée dans le cadre du service lorsque l'administration n'en réalise pas d'exploitation commerciale.** Pour l'exercice de ses missions, une administration peut donc librement utiliser les œuvres de ses agents sans avoir à reverser des droits d'auteur ou prévoir un formalisme spécifique.

La consécration d'un droit de préférence des droits commerciaux au profit des personnes publiques sur les œuvres créées par ses agents

La loi dispose, dans l'alinéa 2 du nouvel article L. 131-3-1 du CPI que « *pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'État ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence* ». Un décret en Conseil d'Etat, qui n'arrivera probablement jamais, initialement prévu pour l'automne 2008, devait définir les conditions dans lesquelles un agent, auteur d'une œuvre, peut être intéressé aux produits tirés de son exploitation quand la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de cette œuvre ou d'une exploitation commerciale. En pratique, lorsque la personne publique établit des redevances de réutilisation de ses œuvres protégées, elle doit donc en principe intégrer dans l'assiette de la redevance le droit d'auteur de l'agent public. Il s'agit notamment de respecter certaines règles du droit de la concurrence applicable à la personne publique qui intervient sur un marché déterminé.

B. La levée du droit de préférence par l'administration : un levier stratégique.

La loi pose le principe de gratuité de réutilisation des informations publiques. En matière d'ouverture des informations publiques, les administrations évoquent souvent la problématique de la présence de droits d'auteur pour rejeter leur mise à disposition en Open Data sous des licences libres. La CADA, dans son avis n°20092706 du 5 novembre 2009, a eu l'occasion de se prononcer sur la question et a indiqué, aux termes de sa démonstration que : « *hors le cas où les droits d'exploitation auraient été cédés contractuellement à l'administration par l'agent dans les conditions de droit commun du code de la propriété intellectuelle,* ***les informations contenues dans des documents sur lesquels des agents publics détiennent des droits de propriété intellectuelle ne peuvent, en l'état actuel des textes, être regardées comme des informations publiques*** *au sens de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978. Leur réutilisation par les tiers (autres que la collectivité employeur), qu'aucune disposition de portée générale n'interdit par ailleurs, n'est pas régie*

par le chapitre II du titre Ier de cette loi, mais par les règles de droit commun fixées par le code de la propriété intellectuelle, que la commission n'a pas reçu compétence pour interpréter ».

Plutôt que celles de l'Open Data, ce sont donc les règles du code de la propriété intellectuelle qui s'appliquent dans l'hypothèse où la personne publique employeur n'est pas cessionnaire des droits d'exploitation sur l'œuvre créée dans le cadre du service ou d'après les instructions reçues. A contrario, cela n'est donc pas nécessairement un obstacle à l'ouverture des créations du secteur public : il est par exemple possible que l'administration utilise son droit de préférence pour se faire céder les droits commerciaux de l'agent et prévoit à l'avance la redistribution sous une licence ouverte.

En cas d'utilisation par l'administration de son droit de préférence, si les agents publics ont cédé leurs droits d'exploitation sans aucune limitation, notamment pour la durée des droits d'auteur (70 ans après la mort de l'auteur), alors l'exploitation des œuvres peut entrer dans le champ de la réutilisation des informations publique et être ainsi mise à disposition sous une licence libre et ouverte.

A l'inverse, si les droits d'exploitation des agents publics sont cédés à l'administration avec des limitations (durée, territoire, support, destination…) alors, il n'est plus possible de considérer que les informations comprenant ces créations sont des informations publiques.

Une variante peut consister à laisser les droits commerciaux à l'agent public auteur, ce qui est un levier de management, et aller toutefois au-delà du seul mécanisme de cession légale en obtenant l'accord de l'agent pour une diffusion sous une licence libre (4) (réutilisation au-delà des seules missions de l'employeur public) et encourager aussi la réutilisation d'un contenu pédagogique par exemple (voir licence "exception pédagogique'').

Enfin, dans l'hypothèse où l'administration n'utiliserait pas son droit de préférence, il est envisageable que l'agent lui-même, titulaire des droits commerciaux, s'inscrive dans une démarche d'open content (par exemple en plaçant ses créations sous la licence CC-By-SA).

(4) Voir par exemple la mise à disposition des œuvres de la collection JUSTIRAMA de l'auteur Patrick Sèbe sous la licence CC-By-NC-SA

http://www.rip.justice.fr/2493-conditions-de-reutilisation-justirama

LA CESSION EXCLUSIVE DU DROIT D'AUTEUR DES ENSEIGNANTS CHERCHEURS CONSTITUE UN OBSTACLE À LA DIFFUSION DES SAVOIRS ET DES CONNAISSANCES

Le régime dérogatoire des contrats de financement de la recherche publique par des partenaires privés

La possibilité légale offerte à l'administration de lever son droit de préférence sur les droits commerciaux « *n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé* ». Ceci préserve notamment les hypothèses (CIFRE, consortium…) où le secteur privé finance la recherche publique en contrepartie d'une cession anticipée des droits de propriété intellectuelle sur les résultats.

On comprend parfaitement l'intérêt du secteur privé de préserver ses droits de préférence sur l'éventuel dépôt d'un brevet. En revanche, la publication en Open Access n'est pas nécessairement contraire aux intérêts du secteur privé : par exemple, la publication d'une synthèse des résultats obtenus sous une licence Creative Commons (éventuellement assortie d'une réservation des droits commerciaux) semble au contraire de nature à participer à la promotion du brevet déposé et son potentiel d'exploitation.

Le régime dérogatoire des professeurs et des enseignants-chercheurs

La consécration d'un droit de préférence à l'administration sur les exploitations commerciales des œuvres créées par ses agents a fait l'objet de réticence chez les professeurs d'université. En effet, ceux-ci bénéficiaient d'une tolérance traditionnelle et Augustin-Charles Renouard affirmait « *ce qu'un professeur doit à sa mission et à son public, c'est sa leçon: il est quitte envers son devoir lorsqu'il l'a donnée. Un salaire n'était promis qu'à son enseignement et à sa parole: ce qui reste après cette parole émise lui demeure propre* ». C'est pour cette raison que le nouvel article L 111-1 du code de la propriété intellectuelle prend en compte les spécificités de la recherche et de l'enseignement. **Ainsi le dispositif légal de cession légale et de consécration d'un droit de préférence ne s'applique pas « *aux 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* ».** Les agents publics auteurs qui relèvent de ce régime sont donc soumis aux règles de

droit commun du droit d'auteur dans leurs relations avec l'organisme de recherche de rattachement. Ils peuvent librement céder leurs droits d'auteur à des tiers.

En pratique, les maisons d'édition imposent souvent aux chercheurs une cession gratuite et exclusive de leurs droits d'auteur pour publier leurs articles dans leurs revues. En l'état des règles applicables à l'évaluation des chercheurs, la publication d'articles scientifiques dans ces revues est très recommandée. Alors que la reconnaissance d'un droit d'auteur aux chercheurs visait à les protéger et à les intéresser sur l'exploitation commerciale, le système s'est retourné. Dans les pratiques du Gold Open Access, ce sont les chercheurs qui payent pour la publication après acceptation par le comité éditorial. Dans le Green Open Access, ce sont les lecteurs qui payent pour accéder à l'article pendant la période d'embargo.

Malgré des initiatives louables comme le projet HELOISE (5), qui permet de connaître la politique d'auto-archivage des maisons d'édition déclarées, le système n'est plus satisfaisant pour les chercheurs eux-mêmes, qui se retrouvent par exemple régulièrement privés de la possibilité de réutiliser les résultats de leurs travaux publiés.

Marie Farge, directrice de recherche CNRS à l'ENS de Paris, propose d'explorer une 3ème voie : la ''Diamond Open Access'' vise à transférer la propriété du journal au comité éditorial de la revue, c'est-à-dire aux chercheurs eux-mêmes.

Avec le développement des plateformes électroniques Open Source de revues diffusées en accès libre (cleo.cnrs.fr et www.openedition.org) ou les projets de constitution de ''forge de création et d'édition de revues libres'', les coûts de fabrication et de distribution diminuent.

Le développement de MOOC thématiques par les établissements d'enseignement et de recherche conduise les services juridiques de ces entités à s'intéresser aux droits d'auteur de leurs salariés chercheurs. A minima, ils souhaitent pouvoir réutiliser les publications de leurs chercheurs auteurs dans les MOOC édités par les établissements d'enseignement.

Quelles évolutions pour développer une université ouverte au service de la diffusion du savoir et des connaissances ?

Dans le système actuel, le contribuable se retrouve à payer plusieurs fois pour la production scientifique et l'accès par les organismes de recherche à cette production scientifique alors même qu'il n'accède pas lui-même in fine à la connaissance.

La consécration légale du droit d'auteur des chercheurs, cumulée à la réforme de leur évaluation, a finalement contribué au renforcement des enclosures sur la production scientifique de notre recherche publique.

(5) https://heloise.ccsd.cnrs.fr/fr/2493-conditions-de-reutilisation-justirama

Dans l'intérêt général, il semble aujourd'hui pertinent d'aligner le régime de droit d'auteur des enseignants chercheurs sur le régime général des auteurs du secteur public. La consécration d'un mécanisme de cession légale sur les droits non commerciaux au profit des organismes de recherche permettrait de favoriser la circulation des connaissances entre les chercheurs et de donner un meilleur accès à l'état de l'art aux étudiants.

La reconnaissance d'un **droit de préférence au profit des éditeurs publics scientifiques,** cumulée à une réforme du système d'évaluation des chercheurs (notamment pour prendre en compte leur participation à l'Open Access) permettrait très certainement de modifier progressivement le paradigme.

Une autre hypothèse serait de créer un guichet unique pour faciliter la réutilisation des œuvres du secteur public et des chercheurs. Les acteurs de la recherche publique sont isolés et les organismes ne disposent pas suffisamment de compétences spécialisées en droit pour les conseiller efficacement. Sauf exception, chaque acteur se retrouve esseulé dans sa négociation face aux grands acteurs de l'édition scientifique. Le recours à un système de gestion collective des droits d'auteur semble être une hypothèse à explorer : il permettrait de fédérer les titulaires originels des droits commerciaux pour négocier face aux grands éditeurs sur des sujets comme le big deal, l'étendue de la cession des droits ou la durée de l'embargo.

La création d'une société des auteurs du secteur public (SASP), qui accepterait et encouragerait la diffusion sous des licences ouvertes, contribuerait en outre à l'émergence d'un mouvement Open Content sur les œuvres du secteur public : actuellement, dans l'attente d'un décret d'application qui ne viendra jamais, les administrations n'utilisent pas leur droit de préférence et les auteurs du secteur public ne savent pas s'ils peuvent réellement exploiter directement leurs créations : les œuvres du secteur public ne sont pas réutilisables (6).

L'apport en mandat des droits commerciaux à une SASP soutiendrait une meilleure exposition de ce patrimoine et participerait à la création d'une nouvelle chaîne de valeur, à partir des ''communs'' (7) dont elle participerait à la gouvernance, la maintenance et le financement. Cette SASP pourrait également gérer un équivalent data.gouv.fr pour les contenus en invitant les administrations à renoncer à leur droit de préférence et en incitant les agents publics à y distribuer leurs œuvres sous des licences de type Creative Commons (stratégie Open content).

(6) Pour une exception, une base multimedia sur la Justice dont les contenus produits par les agents sont librement réutilisables
http://justimemo.justice.gouv.fr/fr/2493-conditions-de-reutilisation-justirama

(7) Notamment pour les solutions Open Source de l'édition électronique et l'interopérabilité des métadonnées.

Concernant les enseignants-chercheurs, cette SASP leur permettrait d'optimiser leur régime a priori favorable de droit d'auteur (par exemple en leur laissant l'intégralité des droits commerciaux sur leurs publications), tout en contribuant à une meilleure visibilité de notre recherche par l'institution.

L'université ouverte tend à mettre en œuvre un régime de publication en libre accès par défaut pour notre recherche publique, par analogie au dispositif applicable en matière de données publiques, socle de notre modèle de gouvernement ouvert et d'Etat plateforme.

Ce TEPSIS PAPER a été rédigé suite à la participation de Thomas Saint-Aubin à un atelier du Job Market, organisé par le LabEx TEPSIS, consacré au droit d'auteur et à la propriété intellectuelle de l'État.

Pour retrouver sa présentation :
https://prezi.com/ufyrvsmhkl9d/droit-dauteur-propriete-intellectuelle/