



HAL
open science

Le patrimoine immatériel des personnes publique

Thomas Saint-Aubin

► **To cite this version:**

Thomas Saint-Aubin. Le patrimoine immatériel des personnes publique : - Fascicule sur le domaine public immatériel (45 pages) / mise à jour n° 26 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques- Guide pratiques 1/2.3 et suivants publié par les éditions Weka sous la responsabilité de Laurent Vidal (MCF ; Paris I) Commentaire du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques s. Fascicule sur le domaine public immatériel (45 pages) / mise à jour n° 26 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, Guide pratiques 1/2.3 (mise à jour n° 26 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques), éditions Weka , 2014, Code Général de la Propriété des Personnes Publiques. hal-01577640

HAL Id: hal-01577640

<https://paris1.hal.science/hal-01577640>

Submitted on 11 Sep 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.

Le patrimoine immatériel des personnes publiques

Domaine public immatériel Editions Weka. March 2014 - Fascicule sur le domaine public immatériel (45 pages) / mise à jour n° 26 du Code Général de la ..

Conditions de réutilisation : <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Par Thomas Saint-Aubin / mars 2014

1. Consistance du domaine public et du domaine privé	5
1/2 Consistance du domaine public mobilier	5
1/ 2.3 Domaine public immatériel.....	5
1/ 2.3.1 Constitution du domaine public immatériel	5
I. Consistance du domaine public immatériel par détermination de la loi	5
II. Consistance du domaine public immatériel en fonction de leur destination et de leur appartenance au patrimoine immatériel de la personne publique	6
A. Un bien entré dans le patrimoine immatériel de la personne publique : un critère commun pour l'application des règles spécifiques de la propriété publique incorporelle.....	7
B. Un bien détenu ou produit dans le cadre d'une mission de service public ou qui constitue une prérogative de puissance publique	10
III. Exemples de biens entrant dans le domaine public immatériel	10
A. Les informations publiques	10
B. Les droits d'accès.....	11
C. Images publiques.....	13
1/3 Consistance du domaine privé.....	13
1/3.2 Les biens qui ne remplissent pas les conditions d'une domanialité publique	13
1/ 3.2.2 Les biens mobiliers.....	14
I. Les droits de propriété intellectuelle	14
A. Hypothèse d'une marque publique	15
B. Droits de propriété intellectuelle sur une œuvre édifée sur le domaine public	15
C. Droits d'auteur de l'architecte sur un bien immeuble propriété de la personne publique.....	15
II. Les droits privatifs sur des biens incorporels	16
A. Droits sur l'image des biens immobiliers des personnes publiques : hypothèse de droits incorporels sur la propriété publique immobilière	17
B. Hypothèse d'un nom de domaine.....	18
2. Acquisition	19
2/1 Acquisition à titre onéreux	19
2/1.1 Acquisition à l'amiable	19

2/ 1.1.4	Création et cession de droits de propriété intellectuelle.....	19
I.	Application du Code de la propriété intellectuelle pour la constitution de droits exclusifs au profit des personnes publiques	19
A.	Acquisition de droits d’auteur des personnes publiques sur les œuvres collectives.....	21
B.	Acquisition de droits voisins.....	21
C.	Acquisition de droits de la propriété industrielle	22
II.	La cession de droits de propriété intellectuelle : le choix du contrat.....	23
A.	Règles relatives aux clauses de propriété intellectuelle dans les marchés publics	23
B.	Règles spécifiques aux acquisitions de droits de propriété intellectuelle par la procédure dérogatoire du marché négocié sans mise en concurrence (art. 35-II du Code des marchés publics).....	25
C.	Règles spécifiques à l’acquisition ultérieure de droits de propriété intellectuelle fondés sur un marché initial : l’obligation d’information des données protégées par un droit d’exclusivité	27
D.	Règles applicables à l’acquisition des droits intellectuels sur les œuvres commandées dans le cadre du 1 % artistique	27
2/1.2	Acquisition selon des procédés de contrainte	28
2/ 1.2.3	Acquisition de droits de propriété intellectuelle	28
2/2	L’expropriation.....	28
2/2.3	Acquisition de droits de brevet.....	28
	Distinction entre licences d’exploitation et procédures d’expropriation.....	28
A.	Concession de licences d'office au profit de la personne publique accordées par l’autorité administrative	29
B.	Concession de licences obligatoires au profit de la personne publique accordées par l’autorité judiciaire	31
2/3	Le droit de préemption	32
2/3.3	Le droit de préférence sur la propriété intellectuelle des agents	32
I.	Cession des droits des inventeurs agents publics.....	32
A.	Cadre réglementaire des droits d’exploitation de la personne publique sur les inventions de ses salariés	32
B.	Cadre réglementaire de l’intéressement des fonctionnaires et des agents publics sur leurs inventions	33
II.	Cession des droits d’auteur des agents publics.....	33
A.	Historique de la consécration légale d’un droit de préférence au profit de la personne publique sur les œuvres des agents publics auteurs	34
B.	La reconnaissance de droits d’auteurs au bénéfice des agents de la fonction publique	35
C.	La consécration d’un mécanisme de cession légale des droits non commerciaux au profit des personnes publiques sur les œuvres créées par ses agents.....	35

D.	La consécration d'un droit de préférence des droits commerciaux au profit des personnes publiques sur les œuvres créées par ses agents	36
E.	La titularité des droits d'exploitation sur les œuvres créées en dehors du service.....	36
F.	Le droit moral des agents publics auteurs d'œuvres de l'esprit	37
G.	Le régime dérogatoire des professeurs et des enseignants-chercheurs	38
3.	Gestion des biens relevant du domaine public et du domaine privé	39
3/1	Utilisation du domaine public	39
3/1.3	Dispositions particulières	39
3/1.3.6	Dispositions particulières au domaine public immatériel : la réutilisation des informations publiques	39
I.	Règles générales : la réutilisation des informations du secteur public : un droit d'usage du domaine public	39
A.	L'historique	39
B.	Le critère organique	40
C.	Le critère matériel	40
D.	Le droit à la réutilisation des informations publiques : un droit d'usage du domaine public immatériel	41
E.	Les répertoires et la création de licence de réutilisation	42
F.	Les conditions de délivrance des licences et régime juridique des données publiques	44
II.	Règles particulières à la réutilisation de certaines informations du secteur public	48
A.	Les différentes licences disponibles (licence en annexe).....	48
	Le choix de la licence de redistribution des données publiques de la personne publique soulève d'importantes questions stratégiques et politiques.....	48
B.	Les informations publiques comprenant des données personnelles.....	50
C.	Les licences permettant la sortie du domaine public	50
3/ 3	Sortie du domaine public.....	50
3/3.3	Règles particulières au domaine public immatériel	50
3.4	Utilisation du domaine privé	50
3/3.4.2.7	Concession de droits de propriété intellectuelle.....	50
4.	Dispositions communes à la gestion des biens du domaine public et du domaine privé	51
4/2	Produits et redevances du domaine	51
4/ 2.4	Règles d'établissement, de perception, de réaffectation des redevances de valorisation du patrimoine immatériel	51
I.	Règles de perception des redevances identiques procédant des décrets dit intéressements du 10 février 2009	52
A.	Base juridique de la redevance	52
B.	Perception du produit de la redevance	52
II.	Différences dans la justification de la redevance selon qu'elle relève du domaine public ou du domaine privé	53

III. Redevances de réutilisation des informations du secteur public	54
A. Procédure pour la tarification des informations du secteur public	54
B. Assiette de la redevance.....	55
C. Montant de la redevance	56
IV. Redevances d'occupation du domaine public.....	56
A. Procédure pour la tarification de l'occupation du domaine public.....	56
B. Assiette de la redevance.....	57
C. Montant de la redevance	58

1. Consistance du domaine public et du domaine privé

1/2 Consistance du domaine public mobilier

1/ 2.3 Domaine public immatériel

« *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* » (Préambule de la Constitution de 1946 repris par la Constitution de 1958, al. 9).

Le domaine public mobilier immatériel n'est pas envisagé dans le Code général de la propriété des personnes publiques. Les droits et les biens incorporels des personnes publiques n'ont pas été intégrés par le législateur à la définition des biens meubles des personnes publiques de l'article L. 2112-1 du CGPPP.

En revanche, **aucune disposition du CGPPP ne semble exclure *a priori* les biens incorporels du domaine public mobilier.** La définition des biens meubles de l'article L. 2112-1 CGPPP visait essentiellement à protéger le patrimoine public culturel. En utilisant le terme « *notamment* » dans sa définition de l'article L. 2112-1 CGPPP, le législateur a admis implicitement le caractère non exhaustif de cette énumération.

L'objectif du CGPPP est d'appréhender l'ensemble des biens publics. Selon son article 1, le Code s'applique « *aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics* ».

Par ailleurs le législateur a déjà reconnu l'existence d'un domaine public immatériel par détermination de la loi.

1/ 2.3.1 Constitution du domaine public immatériel

I. Consistance du domaine public immatériel par détermination de la loi

En vertu de la loi, certains biens incorporels sont déjà soumis à un régime de propriété publique.

Le CGPPP admet dans certains cas un domaine public par détermination de la loi qui peut s'affranchir des critères traditionnels posés par la jurisprudence.

Ainsi, et conformément à l'article L. 2111-17 du CGPPP, « *Les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'Etat* ».

Les fréquences radioélectriques constituent une dépendance du domaine public naturel de l'Etat par détermination de la loi Cette appartenance au domaine public de l'Etat des fréquences radioélectriques consacre implicitement un **droit de propriété des personnes publiques sur leurs actifs immatériels.**

L'objet du domaine public hertzien (terminologie utilisée notamment dans une affaire *Bouygues SA et Bouygues Telecom SA c. Commission des Communautés Européennes* (CJCE, 1^{ère} chambre, 2 avril 2009, aff. C-431/07, sur l'*attribution des licences UMTS*) est bien **une propriété publique immatérielle**.

Dans une perspective de valorisation, **le domaine public immatériel par détermination de la loi relève d'une construction théorique permettant à l'Etat de s'appropriier des choses**. Le Conseil constitutionnel a admis cette extension du domaine public pour répondre à cette finalité par sa décision du 28 décembre 2000 en considérant que les redevances perçues en contrepartie de l'utilisation des fréquences radioélectriques étaient constitutives « *d'un mode d'occupation privatif du domaine public* ». ¹

L'intervention du législateur permet ici de procéder à cette appropriation menacée par la théorie civiliste des *res communis* : « *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* » (art. 714 du Code civil).

L'inscription au domaine public immatériel des fréquences hertziennes procède d'une volonté du législateur d'en permettre l'appropriation pour les valoriser. Ce critère n'est toutefois pas susceptible d'être généralisé à l'ensemble des biens qui relèvent du domaine public immatériel : il s'agit d'une nouvelle application de l'adage « *lex specialis generelius derogant* ». Ces fréquences sont directement incorporées au domaine public immatériel sans que les conditions ci-dessous énumérées soient respectées.

II. Consistance du domaine public immatériel en fonction de leur destination et de leur appartenance au patrimoine immatériel de la personne publique

Les règles classiques de la propriété publique n'ont pas été envisagées pour déterminer le régime juridique des biens et des droits incorporels.

¹ Décision n° 2000-442 DC : « 14. *Considérant que l'utilisation des fréquences radioélectriques sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat ; qu'ainsi, la redevance due par le titulaire d'une autorisation d'établissement et d'exploitation de réseau mobile de troisième génération est un revenu du domaine qui trouve sa place dans les ressources de l'Etat prévues au deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance susvisée du 2 janvier 1959 ; que la délivrance de l'autorisation ouvre, pour une période de quinze ans, le droit d'occupation des fréquences ; qu'elle confère ainsi à son bénéficiaire, dès son intervention, un avantage valorisable ; que, dès lors, il est loisible au législateur de prévoir que la redevance est déterminée de façon forfaitaire pour l'ensemble de la période d'autorisation ; qu'il peut également prévoir des versements non identiques pour chacune des quinze années ; que l'échelonnement de ces versements peut tenir compte de l'avantage immédiat lié à l'autorisation ; ».*

Comme pour les autres biens publics, le critère organique de l'appartenance à une personne publique et le critère matériel de l'affectation du bien entraînent l'application de règles spécifiques de droit public.

Le critère organique de l'appartenance au patrimoine immatériel de la personne publique est une condition préalable à l'application de ces règles.

Le critère matériel de l'affectation du bien est un facteur discriminant pour son rattachement au domaine public ou au domaine privé.

En fonction de la logique sous-jacente à chaque bien incorporel et du titulaire des droits patrimoniaux, il relèvera du domaine public ou du domaine privé :

- s'il s'agit en priorité de protéger le bien dans le contexte de la mission de service public, il relèvera du domaine public afin de le rendre imprescriptible et inaliénable ;
- s'il s'agit en priorité de valoriser les actifs immatériels ou s'il comprend des tiers détenteurs de droits, il relèvera du domaine privé.

Ainsi, comme le présente Claire Malwé dans sa thèse de doctorat (*La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, Thèse (sous la direction de René Hostiou), Nantes, 2008), « *la propriété publique incorporelle se situe au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique* ».

Au-delà du rattachement théorique au domaine public ou au domaine privé, le régime juridique applicable à l'universalité des biens et des droits incorporels des personnes publiques relèvent d'un régime propre qui transcende donc la dichotomie traditionnelle.

Le régime de la propriété publique incorporelle présente toutefois des règles générales applicables aux biens entrés au patrimoine immatériel de la personne publique et des règles spécifiques au domaine public immatériel pour les biens détenus ou produits dans le cadre d'une mission de service public ou qui font l'objet de prérogatives de puissance publique.

A. Un bien entré dans le patrimoine immatériel de la personne publique : un critère commun pour l'application des règles spécifiques de la propriété publique incorporelle

Le droit des propriétés publiques incorporelles se constitue progressivement à partir de différents textes élaborés dans un objectif de valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. Les décrets dits « intéressements » du 10 février 2009, pris sur le fondement des articles 4 et 17 de la LOLF, constituent les prémisses d'un droit commun de la valorisation des actifs publics immatériels.

Dans cette logique, pour justifier l'application de règles spécifiques de droit public aux biens incorporels des personnes publiques, il faut au préalable reconnaître des droits patrimoniaux susceptibles de renforcer leur capacité d'appropriation et d'exclure la capacité d'appropriation des tiers.

Comme le rappelle Claire Malwé dans sa thèse : « *toutes les valeurs incorporelles publiques ne peuvent pas bénéficier de la protection particulière conférée par la propriété publique* ».

1. Le recours à la notion de patrimoine immatériel

En matière de biens publics incorporels, le recours à la notion de propriété publique n'est pas toujours satisfaisant : cette notion soulève de nombreuses difficultés juridiques au regard des règles spécifiques applicables au droit de la propriété intellectuelle.

Par ailleurs la notion de bien public incorporel soulève de nombreux débats autour de l'appropriation des données publiques par la personne publique, biens publics parfois considérés comme des biens communs ou des « *res communis* ».

Plus généralement, la notion de propriété publique incorporelle est souvent utilisée pour décrire l'ensemble des biens incorporels susceptibles de faire l'objet d'une valorisation économique.

Le recours à la notion de patrimoine, et plus particulièrement celle de patrimoine immatériel, semble plus adapté que la notion de propriété publique incorporelle, plus rigide et moins exhaustive. Cette notion est plus souple et plus adaptée à la mutation continue des droits et des obligations des personnes publiques sur la composante numérique de leur patrimoine, comme par exemple leurs logiciels ou les données numériques qui transitent par son réseau et son système d'information. En matière de qualification juridique de la donnée, ce qui importe, c'est essentiellement le droit de la mobiliser, de l'enrichir et de la distribuer plutôt que d'en rechercher un hypothétique propriétaire exclusif.

Avant de pouvoir valoriser son patrimoine numérique, l'administration doit pouvoir déterminer les droits dont elle dispose² sur sa consistance avant de l'inscrire, dans l'idéal, à l'actif immatériel de son bilan comptable.

Pour cette raison également, le recours à la notion de patrimoine, et plus particulièrement celle de patrimoine immatériel, semble plus adapté.

Ainsi la notion de patrimoine immatériel permet de mieux appréhender l'universalité des droits et des biens incorporels de la personne publique et constitue un critère nécessaire à l'applicabilité des règles spécifiques de la propriété publique incorporelle.

² Par exemple sur les autorisations collectées auprès des agents en matière de données publiques comprenant des données personnelles ou sur les différentes couches applicatives de son système d'information. En quelque sorte, on peut être "propriétaire" d'un droit sur des données ou des logiciels, composant du patrimoine immatériel, sans être la propriétaire de l'ensemble.

L'article 1^{er} du Code du patrimoine définit le patrimoine comme « *l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique* ».

Au sens du Code du patrimoine, la notion peut également permettre d'appréhender des biens reconnus comme ayant une valeur éminente, ce qui est particulièrement utile dans le contexte du patrimoine immatériel public.

Juridiquement, le patrimoine peut être défini comme « *l'ensemble des biens qui appartiennent à une personne physique ou morale. Le patrimoine inclut les droits et actions s'y rapportant. C'est l'enveloppe (fictive) qui a vocation à recueillir les droits, les biens et les obligations d'une personne. Le patrimoine comporte un actif et un passif* ».

Ce qui importe dans le statut juridique des droits et des biens incorporels de la personne publique, c'est essentiellement sa capacité juridique à exploiter ce patrimoine immatériel plutôt que de se faire reconnaître comme propriétaire exclusif.

Le patrimoine immatériel d'une personne publique est donc constitué de l'ensemble des droits, des obligations et des biens incorporels attachés à ce patrimoine.

Cet ensemble de droits et d'obligations qui constitue le patrimoine immatériel d'une personne publique emporte l'existence d'un actif et d'un passif. Il constitue donc une représentation à un instant T de ses droits et obligations sur ses biens incorporels, une copie fidèle de sa capacité à valoriser à un moment précis.

2. Le critère discriminant de l'existence de tiers détenteurs de droits sur la propriété incorporelle

Pour déterminer s'ils relèvent du domaine public ou du domaine privé, il faut pouvoir énumérer les droits et actions envisageables sur des biens incorporels de la personne publique.

La reconnaissance de droits intellectuels à des tiers entraîne l'affectation du bien au domaine privé : il est susceptible de céder ses droits. Le bien concerné n'est donc pas inaliénable.

Conformément à la jurisprudence en vigueur (CE, 15 février 1989, *Commune de Mouvaux*, req. n° 71.992), les personnes privées ne peuvent pas disposer des biens appartenant à un domaine public. Par extension, les règles posées par le droit de la propriété intellectuelle et les possibilités offertes quand au démembrement de ce droit de propriété impliquent donc une application des règles du domaine privé.

Par ailleurs le régime de cotitulaires de droit de propriété intellectuelle est incompatible avec la domanialité publique.

A l'image des évolutions constatées ces dernières années, la distinction des deux domaines n'est pas toujours évidente.

Si le bien doit nécessairement être entré dans le patrimoine immatériel de la personne publique pour être inscrit au domaine, il doit en outre présenter un intérêt public et impliquer une protection particulière pour relever du domaine public immatériel.

Cela peut entraîner la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Aussi, et pour résumer, seuls les biens qui nécessitent une protection particulière pour la mise en œuvre des missions de service public relèvent du domaine public immatériel.

A l'image des biens qualifiés de biens de retour dans le cadre des délégations de service public, seuls les « biens objectivement nécessaires au bon fonctionnement du service public » appartiennent au domaine public.

B. Un bien détenu ou produit dans le cadre d'une mission de service public ou qui constitue une prérogative de puissance publique

Selon le professeur Odile de David Beauregard-Berthier (*Le patrimoine immatériel de l'Etat*, in *Bien public, bien commun. Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 23), les biens et les droits incorporels relèvent du domaine public « soit parce qu'ils sont l'objet, le produit ou le support d'un service public, soit parce qu'ils sont l'expression de prérogatives de puissance publique ».

Ce critère permet d'admettre dans le domaine public mobilier immatériel les biens qui nécessitent la mise en œuvre d'une protection particulière pour la mise en œuvre des missions de service public, au besoin par la reconnaissance de prérogatives de puissance publique.

Le patrimoine, même immatériel, peut être affecté à un service public, et il faut alors protéger cette affectation. La réutilisation de ces biens ne doit, en outre, pas porter préjudice à la personne publique, à l'exercice de son activité ou à son image ; d'où la nécessité d'intégrer ces dispositions dans les règles du domaine public et de les rendre imprescriptible et inaliénable.

III. Exemples de biens entrant dans le domaine public immatériel

A. Les informations publiques

Selon la Circulaire du 14 février 1994, les données publiques sont « les informations produites ou collectées sur n'importe quel support, par un service public, sur fonds publics, dans le cadre de sa mission ».

En matière d'informations publiques, il existe un débat doctrinal pour déterminer s'il s'agit de biens publics ou de biens communs. Pour une partie de la doctrine, les informations publiques constituent des biens communs (*res communes*) à l'égard desquelles l'Etat n'exerce rien d'autre qu'un pouvoir de police conformément à l'article 714 du Code civil.

A l'égard de cette catégorie de biens incorporels, les deux critères susceptibles de justifier le rattachement au domaine public immatériel de l'Etat sont respectés :

- **la personne publique dispose de droits patrimoniaux sur ses données publiques qui constituent une composante de son patrimoine immatériel.** En l'absence de tiers détenteurs de droits, elle disposera bien des droits exclusifs sur l'objet, le produit ou le support d'un service public que constituent les données publiques et le document administratif qui les contient. Dans l'hypothèse où les biens incorporels ont été produits par un tiers tel un prestataire, si l'administration s'est fait céder l'intégralité de ses droits de propriété intellectuelle sans aucune restriction quant à la nature de l'utilisation qu'elle peut en faire, la durée, ou les territoires concernés, ces biens relèveront également du domaine public immatériel.

- **la personne publique produit ou détient ses données dans le cadre de ses missions de service public :** cela implique de protéger leur réutilisation et nécessite la création de règles de puissance publique pour les protéger et pour déterminer les conditions de réutilisation.

En matière de données publiques, composantes de son patrimoine immatériel, l'administration concernée dispose donc d'un choix : elle peut les mettre à disposition de la collectivité en « open data » et soumettre sa réutilisation au respect d'une licence protectrice de l'intérêt public. Elle peut soumettre sa réutilisation à la perception d'une redevance ou au contraire renoncer à les distribuer sous une licence protectrice et les verser à la collectivité sous la forme de biens communs.

En principe, les données publiques relèvent donc du domaine public immatériel et sont soumises à des règles spécifiques.

B. Les droits d'accès

Le rapport Lévy-Jouyet désigne cet actif immatériel de l'Etat comme « *la capacité d'accorder des droits d'accès, en contrepartie du respect d'obligations, et généralement, d'un complément financier* ».

1. Droit d'accès au domaine public immobilier

Le premier critère de l'appartenance au patrimoine immatériel de la personne publique est bien rempli : elle dispose exclusivement de la capacité d'accorder ce droit d'accès.

En cas de tiers détenteurs de droits (hypothèse de l'existence de droits de propriété intellectuelle sur une œuvre éditée sur le domaine public ou de droits sur l'image des biens immobiliers des personnes publiques), ces biens incorporels seront soumis aux règles de gestion du domaine privé.

Le second critère est également respecté : la personne publique dispose de la capacité d'imposer des obligations spécifiques, prérogatives de puissance publique, pour protéger la bonne exécution de ses missions de service public.

La Circulaire du 23 mars 2009 de France Domaine et de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE) relative à la valorisation des mises à disposition de lieux et espaces du Domaine de l'Etat vise à mieux prendre en compte la composante immatérielle dans la démarche de valorisation du domaine immobilier de l'Etat. Elle définit cette composante immatérielle comme « *celle attribuant aux espaces publics une valeur spécifique, qui se distingue et s'ajoute à la simple valeur locative des lieux sur le marché immobilier* ».

Dans la liste des prestations pour services rendus fournies par l'Etat au profit de personnes publiques ou privées et susceptibles de faire l'objet de redevances, le 4° du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 vise explicitement ce droit d'accès au patrimoine immobilier : « *4° Location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue* ».

Les conventions d'accès à ce patrimoine immatériel public tiennent notamment compte des spécificités de chaque administration et de sa mission prioritaire de service public et comprennent des prérogatives de puissance publique :

- la personne publique pourra imposer ses prestataires aux bénéficiaires si cela se justifie par un impératif de service public ou de bonne gestion du domaine public ;
- elle peut refuser le droit d'accès pour des raisons de bonne exécution du service public ou de bonne gestion du domaine ;
- elle peut annuler à tout moment la convention de mise à disposition pour des motifs liés à la bonne exécution du service public.

2. Droit d'accès à l'espace public immatériel

L'espace public immatériel est composé de l'ensemble des supports du service public en ligne. Sauf stipulations contraires dans les marchés publics à l'origine de leur conception, les personnes publiques disposent de l'intégralité des droits patrimoniaux sur les supports de l'administration numérique.

La toile de l'Internet public est donc une composante du domaine public immatériel. D'après le 7° du décret « intéressement » n° 2009-151 du 10 février 2009, l'hypothèse d'une mise à disposition temporaire d'espaces publicitaires

est envisageable « *si elle répond à un intérêt public ou est le complément ou le prolongement d'une activité de service public et que cette prestation donne lieu à rémunération* » (CE, Avis de la section de l'intérieur, 19 novembre 1987, saisine du Premier ministre, req. n° 342.940 ; CE, 6 novembre 2002, *Molinier*, req. n° 234.271, Rec. 370).

C. Images publiques

Il s'agit d'œuvres créées par des agents publics dans le cadre de l'accomplissement de leur mission de service public. Comme pour les autres catégories de biens du domaine public immatériel, en application des règles relatives au droit moral de l'auteur (la personne publique elle-même dans le cas d'une œuvre collective ou l'agent public auteur dans les autres cas), ces biens intellectuels sont imprescriptibles et inaliénables.

Concernant le critère de l'exclusivité des droits patrimoniaux, l'auteur, agent public, n'est pas considéré comme un tiers détenteurs de droits vis-à-vis de son employeur public. Néanmoins, pour que la personne publique dispose de l'exclusivité des droits commerciaux, il faudra qu'elle exerce son droit de préférence et que le périmètre de la cession soit le plus absolu.

1/3 Consistance du domaine privé

1/3.2 Les biens qui ne remplissent pas les conditions d'une domanialité publique

Par définition négative, les biens incorporels qui ne relèvent pas du domaine public immatériel appartiennent au domaine privé.

Ces biens procèdent davantage d'un objectif de valorisation et concernent la majorité des biens et des droits incorporels des personnes publiques.

Selon Y. Gaudemet et L. Deruy, ce glissement n'est pas nouveau : « *c'est le Code domanial de 1790 qui a dégagé une définition nouvelle des propriétés publiques en l'amputant de tous les droits incorporels, passés dans la notion voisine des finances ou deniers publics* » (*La réforme du droit des propriétés publiques*, Journée d'études organisée par l'Université Paris 2 et l'Institut de la gestion déléguée le 28 janvier 2004 à Paris, LPA, 23 juillet 2004, n° 147, p. 9).

En l'état du droit, il existe plusieurs procédures pour accompagner les personnes publiques dans le recensement de leurs actifs immatériels.

En l'absence de définition légale des droits et des biens incorporels qui relèvent du patrimoine immatériel de la personne publique, la Circulaire du Premier ministre du 18 avril 2007 prévoit une évaluation régulière par la personne publique de ses actifs immatériels et la définition d'une stratégie de modernisation de sa gestion.

Pour y parvenir, un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat » (APIE) a été créé par l'arrêté du 23 avril 2007. Il est rattaché conjointement au directeur général du Trésor et de la politique économique et au directeur général de la comptabilité publique.

L'APIE apporte son assistance aux personnes publiques pour l'inscription de leurs actifs immatériels au bilan comptable.

Le droit de la comptabilité publique admet également progressivement cette nouvelle catégorie de biens publics : ainsi, la norme n° 5 des normes comptables de l'Etat vise directement les immobilisations incorporelles.

L'inscription d'un actif immatériel au bilan comptable de la personne publique concernée justifie en partie son rattachement au domaine privé : le bien est entré au patrimoine immatériel de la personne publique et cette dernière dispose donc bien de droits patrimoniaux à son endroit.

1/ 3.2.2 Les biens mobiliers

I. Les droits de propriété intellectuelle

La propriété publique comprend des droits de propriété intellectuelle. Ceci est conforme à la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 selon laquelle « *la propriété publique est de même nature que la propriété privée* ». Les droits de propriété intellectuelle sont des biens des personnes publiques qui ne relèvent pas du domaine public. La personne publique peut décider d'une cession, d'une concession ou d'une licence de ses droits de propriété intellectuelle³ : le bien concerné n'est donc pas inaliénable.

D'autre part, *a contrario* des critères de rattachement au domaine public mobilier immatériel, les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques ne nécessitent pas de protection particulière pour la mise en œuvre des missions de service public, comme la reconnaissance de prérogatives de puissance publique. Seules quelques règles dérogatoires ont été aménagées par le législateur. Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques relèvent du domaine privé.

La titularité de droits de propriété intellectuelle est soit originelle, soit dérivée par voie de cession.

Sauf exception, les droits de propriété intellectuelle protègent des créations ou des inventions dont une personne physique est à l'origine. Les hypothèses de titularité originelle de droits par une personne morale sont rares (cas des œuvres collectives telles que les sites Internet « document administratif »). En principe,

³ Comme le prévoit explicitement l'article 2- 1° du décret n° 2009-151 du 10 février 2009

la personne publique disposera de droits de propriété intellectuelle *via* une titularité dérivée par cession légale ou contractuelle.

La propriété intellectuelle des personnes publiques ne relève pas des règles du domaine public immatériel. Avec certaines spécificités, ce sont les règles du Code de la propriété intellectuelle qui s'appliquent.

A. Hypothèse d'une marque publique

De jurisprudence constante, les marques publiques relèvent du domaine privé des personnes publiques (CE, 23 mars 1960, *Société Spiesshofer et Braun*, req. n°46.221, Rec. 215).

B. Droits de propriété intellectuelle sur une œuvre éditée sur le domaine public

Pour que l'œuvre « appartienne » à la personne publique, il faut que celle-ci soit cessionnaire des droits de propriété intellectuelle. A l'origine, il existe nécessairement un tiers détenteurs de droits intellectuels, dont le droit moral est inaliénable. Dans ces hypothèses, la personne publique exploite une licence d'utilisation et ces biens intellectuels relèvent du domaine privé géré par la personne publique.

Pour déterminer si les droits intellectuels constituent une composante de la propriété publique incorporelle, la personne publique doit être cessionnaire exclusif des droits. Il faut donc se référer aux contrats immobiliers ou de travaux.

En effet, s'il existe des dispositions réglementaires pour aménager le régime applicable aux biens incorporels réalisés dans le cadre de l'exécution d'un marché public de prestations intellectuelles (CCAG-PI) ou de technologies de l'information et de la communication (CCAG-TIC), il n'existe aucune prévision réglementaire pour aménager les conditions de transfert de propriété des biens incorporels dans les principaux contrats immobiliers de l'Etat.

Il est donc fréquent de ne relever aucune prévision contractuelle pour cette catégorie de biens dans les différents marchés publics de travaux, de délégations de service public, de contrats de partenariat public privé ou de baux emphytéotiques administratifs.

Les personnes publiques peuvent néanmoins utilement viser le cahier CCAG-PI pour régler les questions relatives à la propriété des biens incorporels produits dans le cadre d'un marché public.

C. Droits d'auteur de l'architecte sur un bien immeuble propriété de la personne publique

Le principe de la protection des œuvres architecturales est prévu par le Code de la propriété intellectuelle, qui cite expressément les œuvres d'architecture (art. L. 112-2 7°) et les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à l'architecture (art. L. 112-2 12°).

Conformément aux règles applicables en matière de propriété artistique et dégagées par la jurisprudence, dès lors que des travaux ne s'apparentent pas à des réalisations purement techniques, la réalisation architecturale qui répond au critère de l'originalité est protégée par le droit d'auteur.

Contrairement au bien immeuble, les droits de propriété intellectuelle de l'œuvre architecturale ne relèvent pas du domaine public. En cas de cession des droits au profit de la personne publique, ils relèveront du domaine privé. Il faut concilier ce principe avec le droit de propriété de la personne publique sur l'immeuble en tant que maître d'ouvrage.

Depuis la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, transposée dans les codes des marchés publics ultérieurs, la personne publique n'est plus dispensée de mise en concurrence du seul fait de ces droits d'exclusivité pour faire modifier l'œuvre architecturale préexistante.

Ainsi, pour concilier le droit de propriété de la personne publique sur son bien immeuble avec la propriété intellectuelle de l'architecte sur son œuvre, bien incorporel, deux situations doivent être envisagées :

- la personne publique est cessionnaire des droits de propriété intellectuelle de l'architecte ; lors du marché de travaux, elle a expressément visé le CCAG-PI pour les aspects « propriété intellectuelle » ; dans le respect du droit moral de l'architecte, des clauses spécifiques ont été explicitement insérées afin d'obtenir du maître d'œuvre initial la cession des droits d'adaptation, de modification et d'arrangement de l'œuvre ;
- en l'absence de clause dédiée dans le marché initial et dans l'impossibilité d'utiliser les procédures dérogatoires de dispense de mise en concurrence du Code des marchés publics pour raison d'exclusivité (art. 35-II-8 et 144-II-3° du Code des marchés publics), la personne publique s'expose à davantage de risque ; en cas de litige avec le maître d'œuvre initial, elle devra rapporter la preuve que les modifications apportées à l'œuvre architecturale sont rendues « *strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et, notamment, la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux* » (voir rép. Ministère de la Culture n° 124.800, JOAN du 14 avril 2012).

II. Les droits privatifs sur des biens incorporels

A. Droits sur l'image des biens immobiliers des personnes publiques : hypothèse de droits incorporels sur la propriété publique immobilière

En tant que « propriétaires » du domaine public dont elles assument la gestion, les personnes publiques sont présumées pouvoir disposer de la jouissance totale des biens composant le domaine public. A ce titre, leur droit de propriété doit pouvoir s'étendre à la jouissance des droits incorporels attachés à leurs propriétés publiques immobilières.

Les règles dégagées par la jurisprudence civiliste en matière de droit à l'image des biens sont traditionnellement applicables aux biens incorporels des propriétés publiques immobilières (voir, par exemple, un contentieux né de la reproduction de l'image du Palais de l'Industrie, créé en vue de l'Exposition universelle de Paris en 1855 : Trib. civ. Seine, 3 février 1875, *Etat c. Peigné-Delacour*, S. 1875. II. 148 ; CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné-Delacour c. Etat*, S. 1877. II. 144).

Cette catégorie de biens est donc soumise aux règles de gestion du domaine privé. Il n'existe donc pas de régime spécifique : comme pour les personnes privées, en l'état de la jurisprudence, la personne publique ne dispose pas d'un monopole d'exploitation.

La jurisprudence civile a définitivement rejeté la reconnaissance d'un droit incorporel absolu comme attribut du droit de propriété : « *Les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent réclamer systématiquement une rémunération pour l'exploitation commerciale de l'image de leurs édifices, sauf à démontrer que l'exploitation et la reproduction des clichés leur causent un préjudice direct et certain* » (Rép. min., JO Sénat, 19 juillet 2001, p. 2387, à la question n° 30.332 relative à l'arrêt de la Cour de cassation, rendu en 1^{er} chambre civile, le 2 mai 2001 (Bull. civ. I. n°114, JCP 2001. II. n° 10.553, note C. Caron, D. 2001 p. 1973, note J.P. Gridel).

L'image d'une propriété publique immobilière constitue bien une composante de son domaine privé, la consécration d'un droit incorporel opposable suppose également « *qu'un tiers utilise cette image et lui cause un trouble anormal* » (Cass., Ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie*, Bull. civ. n°10, JCPG 2004. II. n° 10.085, note A. Caron, D. 2004, Somm., p. 2406, obs. Reboul-Maupin).

Cette condition du trouble certain sera admise lorsque la personne publique exploite déjà l'image de son bien, dans le cadre prévu par l'article 2-4° du décret n° 2009-151 du 10 février 2009, qui prévoit la possibilité de percevoir des redevances en contrepartie de la « *location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue* ».

Dans cette hypothèse, la personne publique se réserve l'exclusivité de l'utilité économique de l'image du bien : ses prérogatives de propriétaire immobilier

s'étendent donc bien à cette consistance immatérielle du domaine public immobilier.

Afin de rendre opposable cette réservation des droits incorporels aux tiers, la personne publique est invitée à publier sa grille de tarif prise par arrêté ou par voie de contrat.

L'article 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel dispose : « *Le montant des rémunérations perçues au titre des prestations énumérées à l'article 2 est fixé, pour chaque prestation, selon les caractéristiques de la prestation, par arrêté du ministre concerné ou par voie de contrat relatif à une ou plusieurs prestations déterminées* ».

Cette redevance ne concerne pas directement l'image de la propriété publique : elle constitue davantage une patrimonialisation de l'autorisation. Néanmoins elle permet la valorisation de l'image d'une propriété publique et de ses composantes immatérielles liées à son prestige, à son histoire et à l'image de marque de la personne publique

Remarque

En revanche, le patrimoine immobilier de l'Etat est soumis à une obligation renforcée de transparence : les biens du domaine public étant soumis au principe d'égalité d'accès de tous les citoyens, cette appropriation ne peut pas faire obstacle au « *droit légitime d'être informé sur la richesse du patrimoine national* » (CA Paris, 31 mars 2001, *Château de Villeneuve Loubet*, Légipresse 2001 n° 180-1 p. 137).

En application de ce principe, la liste des biens immobiliers de l'Etat constitue une information publique, soumise aux règles de gestion du domaine public immatériel et à ce titre librement et gratuitement réutilisable depuis www.data.gouv.fr

B. Hypothèse d'un nom de domaine

Malgré un affaiblissement du dispositif de protection à la suite de la réforme de la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011, la constitution de droits privatifs sur la dénomination d'une personne publique, qui constitue un prolongement de leur identité, reste soumise à un régime particulier de protection du patrimoine public immatériel.

Selon l'article L 45-2 du Code des Postes et des Communications Électroniques, est interdit l'enregistrement d'un nom de domaine « *identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public* »

national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ».

Sous réserve de prouver l'absence d'intérêt légitime ou la mauvaise foi du titulaire du nom de domaine, en l'état des textes et de la jurisprudence, plusieurs solutions juridiques sont envisageables pour la personne publique désireuse de récupérer la propriété de son nom de domaine auprès de l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC) dans le cadre de la procédure précontentieuse sur la base de l'article L.45-6 du Code des Postes et des Communications Électroniques.

Le dépôt illégitime de la dénomination d'une personne publique comme nom de domaine peut être qualifié de parasitisme (pour le nom de domaine « Montpellier » : CA Montpellier 16 octobre 2008, *La Voix du Ribérale et Commune de Saint-Estève*, req. n° 08-00.878 : <http://www.lagazettedescommunes.com/67944/nom-de-domaine-des-collectivites-locales-%E2%80%93-denomination-protégée/>).

La protection de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui vise uniquement les dépôts de marque, a également été envisagée par une réponse ministérielle sur le sujet (Rép. min, *JOAN* du 27 mars 2012 p. 2561).

Selon cet article, « *Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment... h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale* ».

Dans un arrêt du 10 juillet 2012 (Cass. com., 10 juillet 2012, req. 11-21.919), les juges ont admis la protection des noms de domaine des collectivités locales sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1382 du Code Civil) : « *l'enregistrement par un tiers du nom d'une collectivité territoriale comme nom de domaine constitue à l'égard de cette dernière un acte de concurrence déloyale et lui cause un trouble manifestement illicite* ».

Cette jurisprudence limite les effets pervers de l'affaiblissement du dispositif réglementaire de protection pour les collectivités locales et leur permet d'agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil dans l'hypothèse où elle n'aurait pas préalablement fait protéger leur dénomination par le droit des marques.

2. Acquisition

2/1 Acquisition à titre onéreux

2/1.1 Acquisition à l'amiable

2/ 1.1.4 Création et cession de droits de propriété intellectuelle

I. Application du Code de la propriété intellectuelle pour la constitution de droits exclusifs au profit des personnes publiques

La finalité de la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle est de consacrer un monopole d'exploitation au bénéfice d'une personne physique ou morale à l'origine des créations intellectuelles.

La consécration de droits de propriété intellectuelle au bénéfice des personnes publiques a longtemps été contestée lorsqu'elles exerçaient des missions de nature administrative.

Pourtant, le patrimoine des personnes publiques a toujours compris des éléments incorporels (reconnaissance par la Cour de cassation d'une propriété littéraire et artistique de la Nation sur le dictionnaire : Cass., 7 prairial an XI, *Bossange c. Monardier*, Recueil général des lois et des arrêts, Sirey, première série, 1791-1830, 1791 (an XII). I. 806).

Le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Direct Mail Promotion*, évoquait ainsi la perception par l'administration de « droits privatifs » relevant de la propriété intellectuelle (CE, Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion*, req. n° 168.702, Rec. 277, concl. M. Denis-Linton, RFDA 1997 p. 115, note H. Maisl, AJDA 1997 p. 191).

A présent, certaines dispositions légales et réglementaires permettent *ab initio* la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle au profit de l'administration :

- la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI : le mécanisme de cession légale sur les droits non commerciaux et le droit de préférence sur les droits commerciaux reconnus à la personne publique sur l'exploitation commerciale des œuvres créées par les agents publics ;
- l'article 2-2° du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 qui reconnaît implicitement la titularité *ab initio* de l'administration lorsqu'elle participe « à la création de droits de propriété intellectuelle », dans le cadre de marchés publics ou de contrats de partenariat ;
- l'article 15 de la loi CADA reconnaît également l'existence de droits de propriété intellectuelle au bénéfice de l'administration lorsqu'il envisage de les intégrer à l'assiette des redevances pour réutilisation des informations publiques : « *L'administration peut aussi tenir compte des coûts de collecte et de production des informations et inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle* ».

En l'état du droit, on peut recenser plusieurs hypothèses de constitution de droits exclusifs au bénéfice des personnes publiques

A. Acquisition de droits d'auteur des personnes publiques sur les œuvres collectives

L'œuvre collective est définie à l'alinéa 3 de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle comme « *l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ».

Ces dispositions permettent de reconnaître de nombreux droits d'auteur aux personnes publiques sur leurs activités éditoriales.

L'acquisition de droits d'auteur par l'administration ne suppose aucune démarche particulière.

Le *droit d'auteur* s'acquiert sans formalités, du fait même de la *création* de l'œuvre.

En revanche, en l'état du droit, les données qui font l'objet d'une diffusion publique (par exemple, sur le site Internet de l'entité concernée), et qui ne comprennent pas de tiers détenteurs de droits intellectuels, sont considérées par défaut comme des informations publiques, librement et gratuitement réutilisables, soumises au domaine public immatériel. Ainsi, lorsqu'elle entend protéger et soumettre à son autorisation préalable toute réutilisation de son œuvre protégée, la personne publique doit y faire mention explicitement (par exemple, en mentionnant que l'œuvre diffusée fait l'objet de droits réservés).

B. Acquisition de droits voisins

Aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle n'exclut explicitement les personnes publiques du bénéfice du droit voisin. Ainsi, on peut considérer qu'à partir du moment où l'entité publique a pris l'initiative de la première fixation (pour le « *producteur de phonogramme et de vidéogramme* »), de la responsabilité des investissements (pour le « *producteur de bases de données* ») ou de la première diffusion (pour « *l'entreprise de communication audiovisuelle* »), elle se retrouve titulaire d'un droit voisin

En pratique, lors du recensement des actifs immatériels d'une personne publique, on retrouve régulièrement de nombreux droits voisins au bénéfice de la personne publique :

- droit de producteur de vidéogramme pour la captation d'un colloque, d'un cours, d'une conférence ;
- droit de producteur de base de données : ce droit s'applique au fabricant de la base ; le droit d'interdire l'extraction substantielle de l'article L. 342-1 du CPI est un droit exclusif opposable à tous, très proche d'un droit

voisin du droit d'auteur ; cette protection est donc ouverte à la personne publique, qui peut ensuite décider d'ouvrir sa base de données sous une licence libre (sous la licence OdBL, par exemple) pour encourager sa réutilisation ;

- droit voisin de l'entreprise de communication audiovisuelle sur ses programmes : c'est notamment le cas des personnes publiques qui disposent d'un service de communication audiovisuelle.

Comme en matière de droit d'auteur, l'acquisition de droits voisins par l'administration ne suppose aucune démarche particulière.

C. Acquisition de droits de la propriété industrielle

Hors les hypothèses d'expropriation, licences d'office et licence obligatoires, il n'existe aucune procédure dérogatoire au droit commun pour l'acquisition de titre de propriété industrielle par la personne publique.

En droit des marques, la Circulaire de l'APIE du 5 mars 2010 relative aux dépôts et à la gestion des marques de l'Etat précise la procédure d'acquisition.

1. Les démarches préalables à la demande de dépôt de marque

Le recours à un conseil en propriété industrielle est recommandé pour déposer une marque française, européenne ou internationale.

Avant de lancer la procédure, l'entité doit déterminer avec précision les produits et/ou services pour lesquels elle souhaite utiliser la marque. Il faut ordonner la sélection en fonction de la dernière version de la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement international des marques. Cette classification, traditionnellement appelée « *classification de Nice* », est régulièrement publiée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI : www.wipo.int/classifications/fr).

La protection de la marque dépendra des produits et/ou services ainsi déterminés, les classes choisies seront les domaines dans lesquels la marque sera protégée. S'il s'agit d'une marque graphique, il faudra opérer un classement des éléments qui la composent selon la classification des éléments figuratifs (dite classification de Vienne). Cette classification est d'ordre pratique, notamment pour vérifier la disponibilité de la marque

Il faut ensuite vérifier la disponibilité de la marque. Elle ne doit pas reproduire ou imiter un signe qui bénéficie d'un droit antérieur pour des produits et/ou services identiques ou similaires. Il est possible de réaliser une première vérification depuis la base <http://bases-marques.inpi.fr/> de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI).

2. La phase administrative : la demande d'un mémoire administratif à l'INPI

Une fois ces démarches accomplies, le dossier doit être transmis à l'INPI par l'intermédiaire du service en charge de la gestion des marques de l'entité concernée.

Le dossier à transmettre à l'INPI prend la forme d'une demande de mémoire administratif. Pour la rédaction de cette demande, les entités qui relèvent de l'administration d'Etat doivent se conformer aux règles relatives à la désignation des personnes publiques issues de la circulaire du 5 mars 2010. La demande de mémoire administratif comprend le descriptif de la marque souhaitée et les classes choisies.

L'INPI envoie ensuite le mémoire administratif au demandeur, indiquant le prix du dépôt. Le déposant retourne alors à l'INPI un dossier comprenant le mémoire administratif et le formulaire de dépôt.

Parallèlement à cette transmission, la personne publique déposante transmet le mémoire à son service comptable compétent pour la mise en paiement du dépôt de la marque, préalable indispensable à la publication du dépôt de la marque par l'INPI.

3. La phase d'enregistrement : la publication au BOPI

L'INPI publie le dépôt de la marque au Bulletin Officiel de la Propriété Intellectuelle (BOPI). L'INPI examine la demande sur le fond et sur la forme. Il peut émettre des observations ou oppositions, auxquelles le déposant doit répondre dans les meilleurs délais. En l'absence d'opposition de tiers détenteurs de droit pendant une période de 6 mois à compter de la publication, l'INPI publie l'enregistrement de la marque au BOPI, puis envoie un certificat attestant que la marque est enregistrée.

II. La cession de droits de propriété intellectuelle : le choix du contrat

A. Règles relatives aux clauses de propriété intellectuelle dans les marchés publics

Les règles d'acquisition à titre onéreux des droits de propriété intellectuelle pour une personne publiques ne sont pas codifiées dans le CGPPP.

Les cahiers des clauses administratives générales pour les marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI) et de technologies de l'information et de la communication (CCAG-TIC) posent le principe de la soumission au Code de la propriété intellectuelle.

Conformément à l'article 10 de la loi CADA, l'existence de tiers détenteurs de droits de propriété intellectuelle sur les documents comprenant les informations

publiques privent ce document de sa qualité de document administratif : il ne relève donc pas du domaine public.

C'est donc le périmètre de la cession des droits de propriété intellectuelle, objet d'une acquisition par le Code des marchés publics, qui déterminera le rattachement au domaine public ou au domaine privé.

1. Soumission aux règles du Code de la propriété intellectuelle

Par défaut, l'ensemble des dispositions du Code de la propriété intellectuelle sont applicables aux personnes publiques : le droit des marchés publics, dans le cadre du CCAG-PI et CCAG-TIC, transpose les règles du droit de la propriété intellectuelle, et sauf exception (licences d'office et obligatoire sur les brevets, cession légale des droits des auteurs et des inventeurs à l'employeur public), les règles relatives à l'acquisition des droits de propriété intellectuelle sont opposables à la puissance publique.

2. Distinction entre acquisitions soumises à l'option A ou à l'option B du CCAG

Dans le but de sécuriser les conditions et de mettre en conformité le Code des marchés publics avec les dispositions applicables au droit de la propriété intellectuelle, les rédacteurs des CCAG ont proposé un régime d'option A et un régime d'option B pour déterminer le régime applicable par défaut.

L'option A est applicable par défaut et prévoit une concession non exclusive des droits d'utilisation des résultats du marché dans les conditions déterminées au contrat

OPTION A. — Concession de droits d'utilisation sur les résultats

Article A.25. — Le titulaire du marché concède, à titre non exclusif, au pouvoir adjudicateur et aux tiers désignés dans le marché le droit d'utiliser ou de faire utiliser les résultats, en l'état ou modifiés, de façon permanente ou temporaire, en tout ou partie, par tout moyen et sous toutes formes. Cette concession ne vaut que pour les besoins découlant de l'objet du marché et pour la France. Dans l'hypothèse d'une publication sur internet, les droits sont concédés pour le monde entier.

Dans cette hypothèse, la personne publique dispose donc de droits d'utilisation non exclusifs. Ces biens incorporels relèvent de son patrimoine immatériel et sont soumis aux règles de gestion du domaine privé.

L'option B prévoit une cession exclusive des droits d'exploitation des résultats du marché dans les conditions déterminées au contrat.

OPTION B. — Cession des droits d'exploitation sur les résultats

Article B.25. — Le titulaire du marché cède, à titre exclusif, l'intégralité des droits ou titres de toute nature afférents aux résultats permettant au pouvoir adjudicateur de les exploiter librement, y compris à des fins commerciales, pour les destinations précisées dans les documents particuliers du marché.

Dans l'hypothèse de l'option B, le prestataire ne pourra plus réutiliser ses résultats. La personne publique pourra librement déterminer les conditions de réutilisation des résultats, y compris pour des tiers. Elle pourra, par exemple, prévoir que les informations produites par le prestataire seront redistribuées sous une licence de réutilisation libre et gratuite de données publiques : dans cette hypothèse, et en l'absence de droits résiduels de propriété intellectuelle, ces données intègrent le domaine public immatériel de la personne publique.

Cette cession sur les résultats du marché ne portera que sur les besoins précisés dans le marché.

B. Règles spécifiques aux acquisitions de droits de propriété intellectuelle par la procédure dérogatoire du marché négocié sans mise en concurrence (art. 35-II du Code des marchés publics)

1. Cadre légal

Lorsqu'un opérateur est titulaire des droits d'exclusivité, un acheteur public peut se retrouver contraint de négocier une licence auprès de l'ayant droit. Ce mécanisme dérogatoire est envisagé aux articles 35-II-8 et 144-II-3° du Code des marchés publics :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous.

II.-Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

6° Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;

8° Les marchés et les 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 ».

Cette procédure doit rester exceptionnelle, respecter le principe d'égalité de concurrence et ne pas porter atteinte à l'accès aux marchés publics.

Les juges administratifs ont récemment rappelé qu'il faut bien veiller à respecter le périmètre de l'acquisition soumise à des droits exclusifs et notamment ne pas l'étendre à des prestations connexes (CAA Lyon, 5 avril 2012, *Société fonderies des cloches Paccard*, req. n° 10LY02298 : en l'espèce, le droit de propriété artistique s'appliquait à la sonorité originale des cloches envisagées comme des installations originelles. La dispense ne s'appliquait pas à l'adjonction de cloches supplémentaires puisque cette prestation l'altère pas la sonorité des cloches déjà installées).

2. Cadre jurisprudentiel

Le juge appréciera deux critères :

- il faut une exclusivité objective reconnue : cette notion a été précisée par le considérant 18 de la proposition de directive n° 2011/0438 du Parlement européen et du conseil sur la passation de marchés publics : l'exclusivité est objective « *lorsqu'elle n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché* » ; par exemple, le respect du droit moral de l'auteur ne justifie pas en tant que tel d'utiliser ces procédures dérogatoires pour les modifications de l'œuvre préexistante rendues nécessaires par l'intérêt du service public ; dans cette hypothèse, il n'y a pas de droit d'exclusivité objectif ; en revanche, l'hypothèse d'une cession des droits d'exploitation vers une société détentrice des droits d'image d'une personnalité (Rép. min. n° 34.891, *JOAN* du 5 juin 2000) ou d'un titulaire des droits d'exploitation d'une œuvre protégée (CAA Versailles, 23 septembre 2008, *Société TS3 c. Commune de Garges-lès-Gonesse*, req. n° 07VE02324) permet de justifier l'exception à la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence ;
- le besoin ne peut être couvert par un autre moyen qui ne serait pas couvert par un droit d'exclusivité ; pour étudier la réalisation de cette condition, le juge utilise la théorie économique des biens non substituables : il faut pouvoir démontrer que le titulaire des droits d'exclusivité est le seul à pouvoir répondre aux besoins et qu'aucun substitut aux prestations protégées ne peut être retenu ; au-delà de ce principe, en l'état de la jurisprudence, il faut pouvoir donc tenir compte d'autres facteurs que la seule existence de droits d'exclusivité pour remplir cette condition (CE, 2 novembre 1988, *Préfet, Commissaire de la république des Hauts de Seine c. OPHLM de Malakoff et société NCR*, req. n° 64.594, Rec. T. 659).

Si ces deux conditions cumulatives sont remplies, la personne publique devra néanmoins prendre des précautions pour éviter le risque de contentieux.

Si elle doit veiller au respect des droits de propriété intellectuelle, l'autorité de la concurrence fait toujours prévaloir le principe de concurrence. En particulier et en toute hypothèse, il faudra vérifier si l'utilisation de la procédure dérogatoire ne contribue pas à placer le détenteur des droits d'exclusivité dans une situation où elle pourrait abuser de sa position dominante.

Pour respecter ce cadre, il faudra par exemple veiller à bien découper le marché pour isoler les parties susceptibles de faire l'objet d'une exclusivité objective.

C. Règles spécifiques à l'acquisition ultérieure de droits de propriété intellectuelle fondés sur un marché initial : l'obligation d'information des données protégées par un droit d'exclusivité

Lorsque le détenteur des droits d'exclusivité est candidat à un nouvel appel d'offres, il faut veiller à ce qu'il n'abuse pas de sa position technologique dominante.

Pour éviter cet écueil, au stade du marché initial, il faudra notamment être très vigilant sur les procédures garantissant l'interopérabilité et la communication de données protégées par un droit d'exclusivité envers les autres candidats : un avis du 19 novembre 2010 de l'autorité de la concurrence recommande « *une mise à disposition des données protégées par un droit exclusif au stade du marché initial pour que le détenteur ne soit pas en position ultérieure d'abuser de sa situation technologique dominante* ».

Tout l'exercice consistera alors à définir cette prévisibilité contractuelle dans le respect des droits exclusifs du prestataire et également des dispositions relatives au secret des affaires.

Pour respecter ce cadre, il faudra prévoir dès le marché initial la faculté de recourir au même prestataire pour les évolutions des éléments protégés.

D. Règles applicables à l'acquisition des droits intellectuels sur les œuvres commandées dans le cadre du 1 % artistique

En principe, la cession des droits d'exploitation est prévue dans le contrat de commande à l'artiste. Elle peut également faire l'objet d'un contrat spécifique. Conformément aux règles de la propriété artistique, l'ensemble des utilisations envisagées doivent figurer explicitement au contrat et notamment les exploitations commerciales (par exemple, dans le cadre des actions de valorisation du patrimoine immatériel de location des lieux pour des tournages audiovisuels)

Concernant le droit moral sur les œuvres acquises par les personnes publiques, un arrêt, rendu par la cour administrative d'appel de Lyon (CAA Lyon, 20 juillet

2006, *% Gustave X...*, req. n° 02LY02163, reconnaît une obligation d'entretien à l'administration sur les œuvres acquises.

Conformément à cette décision, le droit de modification s'exerce dans « *la seule mesure où elles sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimés par les nécessités du service public et notamment la destination de l'œuvre ou de l'édifice ou son adaptation à des besoins nouveaux* ». Compte tenu de ce champ d'action contraint, avant toute modification des œuvres par la personne publique, il est recommandé d'informer les auteurs ou leurs ayants droits du projet préalablement à la conclusion de toutes prestations.

2/1.2 Acquisition selon des procédés de contrainte

2/ 1.2.3 Acquisition de droits de propriété intellectuelle

Il convient de se reporter aux développements afférents à la licence d'exploitation des droits de propriété intellectuelle par la personne publique (cf. chap. 2/2.3) ainsi qu'au droit de préférence sur l'exploitation commerciale des œuvres et des inventions des agents publics (cf. chap. 2/3.3).

2/2 L'expropriation

2/2.3 Acquisition de droits de brevet

En principe pour obtenir le droit d'exploitation une invention brevetée, il faut obtenir une licence volontaire d'exploitation.

Les procédures d'acquisition d'un brevet ou d'une licence de brevet par une personne publique relèvent des règles classiques du Code de la propriété intellectuelle.

Le Code prévoit certaines règles spécifiques pour aménager l'intervention des personnes publiques dans le secteur de l'innovation.

Distinction entre licences d'exploitation et procédures d'expropriation

Il faut distinguer les procédures qui permettent à l'Etat d'obtenir légalement une autorisation d'exploitation de certains brevets des procédures d'expropriation.

Il existe à l'article 613-20 du Code de la propriété intellectuelle une hypothèse d'expropriation des droits de l'inventeur au bénéfice de l'Etat pour les besoins de la défense nationale : « *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. A défaut d'accord amiable, l'indemnité d'expropriation est fixée par le tribunal de grande instance* ».

Il faut distinguer ce régime d'expropriation du propriétaire de brevet de la licence d'office pour la défense nationale qui confère un droit d'exploitation à la puissance publique.

En effet, quelques dispositions du Code de la propriété intellectuelle consacrent un droit à la concession de licences d'office au profit de la personne publique.

A priori, ce régime d'exception correspond aux critères du domaine public immatériel : la licence d'office concédée entre au patrimoine immatériel de la personne publique, la procédure est justifiée par la notion d'intérêt public et met en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Toutefois, ces licences relèvent du domaine privé car le législateur confère aux personnes publiques, conjointement au titulaire du brevet, un droit d'exploitation d'une invention brevetée. Il y a donc un régime de copropriété et la personne publique n'est pas titulaire des droits exclusifs.

Il existe des licences d'office et des licences obligatoires. Il existe également des licences sur les inventions des agents publics (cf. 2/5.4.3)

A. Concession de licences d'office au profit de la personne publique accordées par l'autorité administrative

Dans le régime de la licence d'office, l'Etat sera toujours le bénéficiaire de l'autorisation, mais il n'en sera pas toujours l'exploitant. En contrepartie de la licence d'exploitation imposée, l'Etat verse une redevance au breveté dont le montant est déterminé à l'amiable (également négociée avec le licencié d'office le cas échéant) ou par le Tribunal de grande instance en cas de désaccord entre les parties.

Les licences d'office *sont* des actes de la puissance publique, qui permettent de faire prévaloir l'intérêt général sur les situations de dépendance technologique que confère le brevet à son titulaire. Les licences d'office permettent de mettre sous licence accordée par l'Etat l'exploitation de brevets lorsque l'intérêt de la défense nationale, l'intérêt de l'économie nationale ou l'intérêt de la santé publique le justifient.

L'article L. 613-17 du Code de la propriété intellectuelle détermine la procédure applicable à la reconnaissance et à l'octroi des licences d'office. La licence d'office fait l'objet d'un arrêté du Ministre chargé de la propriété industrielle qui fixe les conditions de la licence, à l'exclusion de celles relatives aux redevances.

L'article L. 613-17 du CPI vise les licences d'office pour la santé publique ou pour les besoins de l'économie nationale. Il permet l'octroi d'une licence d'office à « *toute personne qualifiée* ». L'arrêté du ministre de la propriété industrielle peut donc permettre aux personnes publiques mais également aux personnes privées de bénéficier de ce régime dérogatoire au monopole d'exploitation des propriétaires d'invention brevetée.

La procédure de licence d'office pour les besoins de la défense nationale est réservée aux exploitations réalisées par l'Etat lui-même ou pour son compte.

1. Licence d'office pour la santé publique

L'article L. 613-16 du Code de la propriété intellectuelle détermine les conditions dans lesquelles les licences d'office peuvent être accordées. Au-delà des seuls brevets sur les médicaments, la loi du 8 décembre 2004 a permis d'étendre le périmètre de ces licences d'office aux dispositifs médicaux à visée thérapeutique ou diagnostique, aux méthodes de diagnostic *ex vivo* ainsi qu'aux procédés et produits nécessaires à l'obtention de ces dispositifs

Article L. 613-16 : *« Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour :*

- a) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe ;*
- b) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ;*
- c) Une méthode de diagnostic ex vivo.*

Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive.

Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable ».

2. Licence d'office pour la satisfaction des besoins de l'économie nationale

L'article L. 613-18 du Code de la propriété intellectuelle permet à l'Etat, par l'intermédiaire du Ministre chargé de la propriété industrielle, de mettre en demeure les propriétaires des brevets concernés d'entreprendre une exploitation conforme au développement économique et à l'intérêt public. En l'absence de progrès, l'invention peut se retrouver soumise au régime de la concession non exclusive de licence d'office.

Article L. 613-18 : *« Le ministre chargé de la propriété industrielle peut mettre en demeure les propriétaires de brevets d'invention autres que ceux visés à*

l'article L. 613-16 d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale.

Si la mise en demeure n'a pas été suivie d'effet dans le délai d'un an et si l'absence d'exploitation ou l'insuffisance en qualité ou en quantité de l'exploitation entreprise porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public, les brevets, objets de la mise en demeure, peuvent être soumis au régime de licence d'office par décret en Conseil d'Etat.

Le ministre chargé de la propriété industrielle peut prolonger le délai d'un an prévu ci-dessus lorsque le titulaire du brevet justifie d'excuses légitimes et compatibles avec les exigences de l'économie nationale.

Du jour de la publication du décret qui soumet le brevet au régime de la licence d'office, toute personne qualifiée peut demander au Ministre chargé de la propriété industrielle l'octroi d'une licence d'exploitation.

Cette licence est accordée par arrêté dudit ministre à des conditions déterminées quant à sa durée et son champ d'application, mais à l'exclusion des redevances auxquelles elle donne lieu. Elle prend effet à la date de notification de l'arrêté aux parties.

A défaut d'accord amiable, le montant des redevances est fixé par le tribunal de grande instance ».

3. Licence d'office pour la défense nationale

Elle permet à l'Etat d'obtenir d'office une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'un brevet ou d'une demande de brevet : selon l'article L. 613-19 du Code de la propriété intellectuelle : « *En matière de droit de brevet, l'Etat peut obtenir d'office, à tout moment, pour les besoins de la défense nationale, une licence pour l'exploitation d'une invention, objet d'une demande de brevet ou d'un brevet, que cette demande soit faite par lui-même ou pour son compte* ».

B. Concession de licences obligatoires au profit de la personne publique accordées par l'autorité judiciaire

Au-delà de ces trois cas de licences d'office aménagées dans le Code de la propriété intellectuelle au profit de l'Etat, au même titre que pour les personnes de droit privé, une licence obligatoire peut être accordée à une personne publique pour « *défaut d'exploitation ou de préparatifs d'exploitation d'un brevet et sans excuses légitimes* ». Les articles L. 613-11 et L. 613-12 du Code de la propriété intellectuelle définissent la procédure.

Contrairement au régime de la licence d'office, c'est au demandeur de transmettre sa demande et de rapporter la preuve devant le tribunal de grande instance de la carence du propriétaire de l'invention brevetée.

Ainsi, sous réserve de rapporter la preuve de l'impossibilité d'obtenir une licence d'exploitation auprès du titulaire et de sa capacité à exploiter l'invention

« *de manière sérieuse et effective* », une personne publique peut également obtenir une licence sur décision et dans les conditions (notamment sur le montant de la redevance) déterminées par le juge judiciaire.

Art. L. 613-11 CPI : « *Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause :*

a) *N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen.*

b) *N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français.*

Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans.

Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un Etat partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet ».

2/3 Le droit de préemption

2/3.3 Le droit de préférence sur la propriété intellectuelle des agents

I. Cession des droits des inventeurs agents publics

Le droit de la propriété industrielle a pris en compte la problématique des créations intellectuelles réalisées par des agents du secteur public. Les décrets n° 96-857 et n° 96-858 du 2 octobre 1996 définissent le cadre juridique de l'intéressement des agents sur le bénéfice tiré de leurs créations. Mais ce système ne concerne que certaines catégories de corps : seuls les fonctionnaires et agents publics appartenant à certains corps ou catégories d'emplois figurant sur une liste annexée au décret sont concernés (art. R. 611-14-1 du CPI) : il s'agit en majorité d'ingénieurs.

A. Cadre réglementaire des droits d'exploitation de la personne publique sur les inventions de ses salariés

Sur les inventions de ses salariés exerçant une activité inventive, la personne publique dispose donc d'un droit de préférence pour les exploiter. Il faut donc

reconnaître une nouvelle catégorie de licence légale accordée au bénéfice de l'employeur public vis-à-vis des droits d'exploitation du brevet.

B. Cadre réglementaire de l'intéressement des fonctionnaires et des agents publics sur leurs inventions

L'article R. 611-12 du CPI précise les modalités de l'intéressement :

- soit l'employé exerce une mission inventive et les droits sont systématiquement dévolus à la personne morale qui l'emploie ;
- soit la personne publique n'exploite pas l'invention et le fonctionnaire peut se faire attribuer les droits patrimoniaux par convention signée avec la personne publique ;
- soit le logiciel, la recherche ou tous autres travaux inventifs sont valorisés directement par la personne publique : l'inventeur public peut bénéficier d'un intéressement dont les modalités de calcul sont expressément prévues par la personne publique employeur.

Le décret prévoit nécessairement une part forfaitaire de « *prime au brevet* » (art. R. 611-14-1 du CPI) et une prime d'intéressement lié aux produits tirés de l'invention, dont la base de calcul est fixée sur les redevances perçues annuellement (à hauteur 25 ou 50 % selon le degré d'exploitation). Par rapport à leurs collègues du secteur privé, les inventeurs publics sont privilégiés car les modalités de leur participation sont réglementées et ne procèdent pas de négociations contractuelles et d'une convention collective *a priori* moins avantageuse.

Par ailleurs, le domaine de l'intéressement s'étend à des créations intellectuelles non nécessairement protégées au titre du droit des brevets et qui n'ouvrent pas droit à rémunération supplémentaire dans le secteur privé.

II. Cession des droits d'auteur des agents publics

Les droits d'auteur des agents publics relèvent *a priori* du domaine privé de la personne publique.

La CADA, dans son avis n° 2009-2706 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 ».

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 titulaire de l'intégralité des droits commerciaux et non commerciaux sur l'œuvre créée dans le cadre du service.

A. Historique de la consécration légale d'un droit de préférence au profit de la personne publique sur les œuvres des agents publics auteurs

En l'absence de régime dérogatoire pour les auteurs du secteur public, il était légitime de s'interroger sur l'applicabilité du droit commun. Dans un avis OFRATÉME non publié du 21 novembre 1972, le Conseil d'Etat proposait de rendre l'administration titulaire *ab initio* des droits sur les œuvres dont « *la création fait l'objet même du service* ». Dans cette approche, les auteurs du secteur public conservent leurs droits d'auteur seulement pour les œuvres dont la création « *n'est pas liée au service ou s'en détache* ».

Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), saisi de cette question, constatait dans son avis du 20 décembre 2001 que cet avis OFRATÉME n'était pas toujours suivi et que la pratique démontrait des « *disparités importantes dans les situations* ». En effet, selon l'article L. 112-1 du CPI, c'est bien « *toutes les œuvres de l'esprit* » qui peuvent être protégées par les droits d'auteur : les œuvres créées par des agents publics ne sont donc *a priori* exclues du champ de la protection.

A la suite de l'avis rendu par le CSPLA, il avait été décidé d'apporter une réponse législative à cette question dans le cadre de la transposition de la directive du 22 mai 2001 sur la société de l'information.

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

B. 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 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 1^{er} 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 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 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* ».

C. 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 « *dans 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'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat* ».

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.

Une administration peut donc librement utiliser les œuvres de ses agents sans avoir à reverser des droits d'auteur ou prévoir un formalisme spécifique.

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

La DADVSI 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'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition 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* ».

Un décret en Conseil d'Etat, initialement prévu pour l'automne 2008, devait initialement 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 (notamment dans le cadre de la réutilisation d'informations publiques soumises à redevance), elle intègre 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.

En cas de cession des droits d'exploitation à l'administration, 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, telles que la réutilisation de photographie par des tiers, entre dans le champ de la réutilisation des informations publiques au sens de la loi du 17 juillet 1978. Dans cette hypothèse, en tant qu'image publique, l'œuvre créée par l'agent public auteur relève du domaine public.

A l'inverse, si les droits d'exploitation des agents publics sont cédés à l'administration avec des limitations (durée, territoire, support, type d'utilisation,...) alors, il n'est plus possible de considérer que les dispositions du chapitre 2 de la loi de 1978 s'appliquent. Malgré l'exercice par la personne publique de son droit de préférence, les œuvres relèvent du domaine privé.

E. La titularité des droits d'exploitation sur les œuvres créées en dehors du service

La loi du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique reprend le principe d'interdiction de cumuls d'activités des fonctionnaires. Si ce principe demeure, le législateur a énuméré une liste d'exceptions. Parmi celle-ci figure à l'art. 20-III (modifiant l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983) la disposition suivante : « *La production des œuvres de l'esprit au sens des articles*

L. 112-1, L. 112-2 et L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle s'exerce librement, dans le respect des dispositions relatives au droit d'auteur des agents publics et sous réserve des dispositions de l'article 26 de la présente loi ».

Un agent public est donc en droit de cumuler sa rémunération principale avec une rémunération constituée de droits d'auteur pour les œuvres créées en dehors du service et qui sont sa propriété intellectuelle.

F. Le droit moral des agents publics auteurs d'œuvres de l'esprit

En dehors de l'hypothèse des œuvres collectives créées à l'initiative et sous la responsabilité de la personne publique, celle-ci ne disposera jamais de la pleine propriété des œuvres de l'esprit créées par ses agents dans le cadre de leur service. En droit français, le droit moral est attaché à la personne de l'auteur. Il est insaisissable, inaliénable et imprescriptible. Néanmoins, afin de tenir compte des spécificités des missions de service public, le législateur a aménagé un régime dérogatoire du droit commun favorable à la personne publique.

1. Le droit de divulgation des auteurs agents publics

Par application de l'article L. 121-2 du CPI, l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre ; il en détermine le procédé et en fixe les conditions. Il faut qu'il y ait eu intention de communiquer l'œuvre au public.

Concernant les auteurs du secteur public, le droit de divulgation doit tenir compte de l'intérêt du service. L'article L. 121-7-1 du CPI aménage certaines limites :

- le respect des règles auxquelles il est soumis en tant qu'agent public ;
- le respect des principes d'organisation de la personne publique qui l'emploie.

Le droit de divulgation est limité aux exigences du service public. La personne publique peut s'opposer à la fois au refus de la divulgation par l'auteur ou à son souhait de voir l'œuvre diffusée (secret administratif ou devoir de réserve).

2. Le droit de retrait ou de repentir des auteurs agents publics

Le repentir et le retrait tiennent en échec, l'un et l'autre, la force obligatoire du contrat. Le retrait est la rupture unilatérale de la cession.

L'article L. 121-4 du CPI dispose exactement que le droit de retrait permet à l'auteur d'arrêter la diffusion de son œuvre auprès du public et ce, « *nonobstant la cession de droit d'exploitation* ». L'auteur d'un logiciel ne peut cependant exercer ce droit.

Concernant les auteurs du secteur public, l'article 32, alinéa 2, de la DADVSI considère que « *l'agent ne peut exercer son droit de repentir* ». Ce droit moral

soulevait d'importantes difficultés de conciliation avec l'intérêt général et le principe de continuité du service public.

3. Le droit à la paternité des auteurs agents publics

L'auteur peut exiger que l'œuvre soit diffusée sous son nom. L'usage veut que le nom de l'auteur soit associé à l'œuvre elle-même de la manière la plus étroite. L'auteur peut exiger le respect de ses qualités, c'est-à-dire la mention de ses titres, grades, distinctions et interdire que son rôle soit minimisé.

Concernant les auteurs du secteur public, il s'agit du droit moral le plus absolu pour les auteurs du secteur public. Seul l'intérêt du service pourrait justifier de le limiter.

4. Le droit au respect de l'œuvre des auteurs agents publics

Le droit au respect de l'œuvre passe par le respect de l'intégrité de celle-ci, et de son esprit. Il apparaît à travers l'article L. 121-1 du CPI. Les tiers doivent s'interdire toute suppression, adjonction ou modification.

Concernant les auteurs du secteur public, ce droit est difficilement conciliable avec l'activité administrative. Selon l'article 32 de la DADVSI, « *l'agent ne peut s'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique* ».

L'enjeu est important en pratique, notamment compte tenu de l'importance de la validation hiérarchique et de l'impérieuse nécessité de pouvoir modifier l'œuvre créée sur instruction.

La loi soumet cette limite au droit au respect de l'œuvre à deux conditions :

- la modification doit être justifiée par l'intérêt du service : une partie de la doctrine considère que ce droit s'applique uniquement pour des modifications substantielles et ne saurait justifier des modifications minimales telles que des modifications rédactionnelles ; le rapporteur du projet de loi DADVSI, M. Vanneste, estimait que cette formule « *autorise une grande souplesse pour l'employeur public puisque le juge ne recherchera que le l'erreur manifeste d'appréciation et que l'autorité investie du pouvoir hiérarchique sera dispensée d'apporter la preuve qu'elle agit effectivement dans cette perspective* ».
- La modification ne doit pas porter atteinte à l'honneur ou à la réputation d'un agent public (problème lorsque l'œuvre est réutilisée à des fins de propagande politique).

G. 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 CPI 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.

3. Gestion des biens relevant du domaine public et du domaine privé

3/1 Utilisation du domaine public

3/1.3 Dispositions particulières

3/1.3.6 Dispositions particulières au domaine public immatériel : la réutilisation des informations publiques

I. Règles générales : la réutilisation des informations du secteur public : un droit d'usage du domaine public

A. L'historique

Selon l'article 8 de la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 : « *Les organismes du secteur public peuvent autoriser la réutilisation des documents sans condition ou peuvent imposer des conditions, le cas échéant, par le biais d'une licence réglant des questions pertinentes. Ces conditions ne limitent pas indûment les possibilités de réutilisation et ne sont pas utilisées pour restreindre la concurrence* ».

Depuis la transposition en droit français de la directive du 17 novembre 2003 sur la réutilisation des informations du secteur public par l'ordonnance du 6 juin 2005 et le décret du 30 décembre 2005, les données produites par l'Etat, les collectivités territoriales et les organismes publics sont, par principe, librement réutilisables.

B. Le critère organique

Conformément aux dispositions combinées de la loi CADA, « *sont réutilisables les informations figurant dans des documents produits ou reçus dans le cadre de leur mission de service public administratif par l'Etat, les collectivités territoriales et les autres personnes de droit public ou de droit privé chargées de la gestion d'un service public* ».

L'article 11 de la loi CADA exclut du régime légal les informations qui figurent dans des documents élaborés ou détenus par : « *a) Des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ; b) Des établissements, organismes ou services culturels* ».

Le critère organique permet également d'exclure les données produites ou détenues dans le cadre de missions de service public industriel et commercial (art. 10 de la loi CADA). Si l'information publique est produite ou détenue par une entité ayant à la fois des missions de service public administratif et des missions de service public industriel et commercial, il faut déterminer la nature de la mission au titre de laquelle l'information a été produite pour opérer la qualification juridique.

En application du critère organique, seules les données publiques, produites ou détenues dans le cadre d'une mission de service public administratif, relèvent du domaine public immatériel.

C. Le critère matériel

Les informations publiques sont comprises dans des documents administratifs qui sont communicables en application du chapitre 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 ou d'une autre disposition législative.

Selon l'article 10 de cette loi, ne constituent pas des « informations publiques » :

- les informations présentes dans des documents qui ne sont pas accessibles en vertu de la loi du 17 juillet 1978 ou d'une autre disposition législative ; toutefois, si ces mêmes documents ont fait l'objet d'une diffusion publique, les informations qu'ils contiennent sont alors réutilisables ;
- les informations présentes dans des documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle, sous la réserve d'un accord de réutilisation exprimé par ces tiers.

Par ailleurs, les informations, dont la réutilisation fait l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers dans les strictes conditions posées par l'article 14 de la loi, ne sont pas réutilisables.

En résumé, pour répondre à la qualification juridique d'informations publiques et relever dès lors du domaine public immatériel, l'information à qualifier doit être comprise dans un document administratif communicable ou ayant fait l'objet d'une diffusion publique, être produite ou reçue dans le cadre d'une

mission de service public administratif qui ne relève pas d'établissements ou institutions d'enseignement et de recherche ou des établissements, organismes ou services culturels et ne pas être grevée de droit de propriété intellectuelle de tiers ou d'accord d'exclusivité.

D. Le droit à la réutilisation des informations publiques : un droit d'usage du domaine public immatériel

Le droit à la réutilisation est un droit d'usage : selon l'article 10 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, « *les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1^{er}, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus* ».

Le législateur n'a pas fait du droit d'usage des informations publiques, un droit d'acquisition. Même réutilisées, les informations publiques restent dans une certaine mesure des informations publiques. La réutilisation des informations publiques ne constitue donc pas une cession : ces biens incorporels sont bien inaliénables et imprescriptibles. Ce droit d'usage du domaine public immatériel s'exerce dans des conditions respectueuses de l'intérêt général.

Selon l'article 12 de la loi CADA « *Sauf accord de l'administration, la réutilisation des informations publiques est soumise à la condition que ces dernières ne soient pas altérées, que leur sens ne soit pas dénaturé et que leurs sources et la date de leur dernière mise à jour soient mentionnées* ».

Pour opposer à l'administration son droit à la réutilisation, le réutilisateur peut saisir la CADA : le silence de l'administration vaut refus de réutilisation implicite, au bout d'un mois (voire deux si décision motivée de l'administration en raison du nombre des demandes qui lui sont adressées ou de la complexité de celles-ci (art. 37 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005). La CADA doit répondre dans un délai d'un mois (art. 17 à 19 de la loi CADA) mais sa décision n'est pas contraignante pour la personne publique :

« *L'administration informe la CADA, dans le délai d'un mois, de la suite qu'elle entend donner à la demande. Le silence gardé par l'administration pendant plus de deux mois à compter de l'enregistrement de la demande de l'intéressé par la commission vaut confirmation de la décision de refus. L'administration suit en général ses avis mais elle n'y est pas tenue. En cas de maintien du refus de l'administration (ou d'avis défavorable de la CADA), il faut aller devant le juge administratif (recours pour excès de pouvoir)* ».

Le droit à la réutilisation est limité lorsque les informations publiques comprennent des données personnelles (art. 40 du décret) :

« *Lorsque la réutilisation n'est possible qu'après anonymisation des données à caractère personnel, l'autorité détentrice y procède sous réserve que cette opération n'entraîne pas des efforts disproportionnés* ».

Évolutions juridiques envisageables

- Création d'un véritable droit à la réutilisation des informations du secteur public et extension du périmètre des biens incorporels concernés

Dans le cadre de la révision de la directive sur les informations du secteur public présentée par la Commission européenne le 13 décembre 2011, le droit à la réutilisation des informations du secteur public deviendrait opposable aux Etats membres et ne concernerait plus uniquement les données comprises dans des documents déjà accessibles. Le texte prévoit en effet de ne plus soumettre le droit à la réutilisation d'une donnée existante au bon vouloir de l'administration en supprimant la mention « *lorsque la réutilisation de documents détenus par les organismes du secteur public est autorisée* ».

Ce droit serait, par ailleurs, étendu aux données détenues par certaines entités publiques non concernées par l'ancien texte (exception de l'article 11 de la loi CADA) : les bibliothèques, les musées et les archives. Vis-à-vis de ces entités, la Commission compte sur une amélioration des données disponibles *via* des logiques d'enrichissement contributive par les réutilisateurs et de redistribution des données enrichies, notamment sur la base de licences libres virales. Ces enrichissements par des tiers soulèveront de nouvelles questions sur la propriété intellectuelle des données dérivées et le respect du droit de la concurrence vis-à-vis des producteurs du secteur privé. En revanche, les établissements d'enseignement et de recherche, les autres établissements culturels et les organismes de droit public ayant un caractère industriel et commercial sont toujours exclus du périmètre en l'état du projet.

- Instauration d'une autorité indépendante dans les Etats pour contrôler l'effectivité du droit à la réutilisation

Les avis de la CADA ne sont pas opposables à l'administration et seule une saisine du juge administratif permet dans certains cas d'exiger la réutilisation des données détenus par l'administration.

E. Les répertoires et la création de licence de réutilisation

Selon l'article 17 de la loi CADA, les personnes publiques productrices ou détentrices d'informations publiques maintiennent en ligne un répertoire des informations publiques :

« *Les administrations qui produisent ou détiennent des informations publiques tiennent à la disposition des usagers un répertoire des principaux documents dans lesquels ces informations figurent* ».

Selon l'article 35 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 :

« Le répertoire prévu à l'article 17 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée précise, pour chacun des documents recensés, son titre exact, son objet, la date de sa création, les conditions de sa réutilisation et, le cas échéant, la date et l'objet de ses mises à jour. Lorsque l'autorité administrative dispose d'un site internet, elle rend le répertoire accessible en ligne ».

En revanche, la personne publique n'est pas tenue à une obligation de référencer l'intégralité des informations publiques ou détenues, comme le précise la Circulaire du 29 mai 2006 : *« l'ordonnance n'a pas entendu donner un caractère exhaustif à ce répertoire. Les administrations disposent d'une marge d'appréciation pour définir les documents qui pourraient y figurer, en tenant compte notamment de l'intérêt que pourrait présenter une réutilisation ».*

La réutilisation des informations publiques est un droit offert à toute personne morale ou physique en vue d'une activité commerciale ou non.

En vertu de l'article 16 de la loi CADA, une licence est obligatoire en cas de réutilisation soumise à redevance : *« Lorsqu'elle est soumise au paiement d'une redevance, la réutilisation d'informations publiques donne lieu à la délivrance d'une licence ».*

En l'absence de licence ou de texte instituant une redevance, les informations publiques sont présumées être gratuites (extrait de la Circulaire du 29 mai 2009). *« le fait qu'une administration ne serait pas en mesure de faire payer une redevance, faute de texte l'instituant ou de licence type en définissant les conditions, ne saurait faire obstacle au droit de réutilisation instituée par la loi, cette réutilisation sera, en pareil cas, gratuite ».*

Elle est facultative, en cas de mise à disposition gratuite (art. 8 de la directive) :

« Les organismes du secteur public peuvent autoriser la réutilisation des documents sans conditions ou peuvent imposer des conditions, le cas échéant par le biais d'une licence réglant des questions pertinentes. Ces conditions ne limitent pas indûment les possibilités de réutilisation et ne sont pas utilisées pour restreindre la concurrence ».

En cas de rédaction d'une licence, l'article 40 du décret du 30 décembre 2005 rappelle le contenu obligatoire :

« Les clauses des licences délivrées par les autorités mentionnées à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 susvisée doivent porter au moins sur les informations faisant l'objet de la réutilisation, leur source et leur date de mise à disposition, le caractère commercial ou non de leur réutilisation, ainsi que sur les droits et obligations du licencié, dont le montant de la redevance et les modalités de son paiement ».

En l'absence de licence, le régime légal de l'article 12 s'applique par défaut.

Évolutions juridiques envisageables

Dans le cadre de la révision de la directive sur les informations du secteur public présentée par la Commission européenne le 13 décembre 2011, le projet

consacre une exigence d'interopérabilité technique des données mises à disposition (nouvel article 2.6), de « *création de sites portails liés à des répertoires de ressources décentralisés* » et de nouvelles prérogatives pour la Commission pour adopter des lignes directrices de licences types (art. 8.3).

F. Les conditions de délivrance des licences et régime juridique des données publiques

Les conditions de délivrance des licences doivent être transparentes et fixées de manière non discriminatoire. Sauf exception, l'article 14 de la loi CADA prohibe tout accord d'exclusivité : « *La réutilisation d'informations publiques ne peut faire l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers, sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public. Le bien-fondé de l'octroi d'un droit d'exclusivité fait l'objet d'un réexamen périodique au moins tous les trois ans* ».

Dans l'hypothèse d'un accord d'exclusivité justifié par l'exercice des missions de service public (dans le cadre d'une délégation de service public par exemple), l'article 39 du décret 2005 prévoit une obligation minimale de réexamen périodique : « *L'autorité qui a accordé un droit d'exclusivité en application de l'article 14 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée procède au réexamen de son bien-fondé avant tout renouvellement de celui-ci. Le titulaire du droit d'exclusivité est informé de ce réexamen un mois au moins avant l'échéance de ce droit. Le renouvellement d'un droit d'exclusivité ne peut résulter que d'une décision explicite et motivée. L'autorité qui a accordé un droit d'exclusivité en application de l'article 14 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée procède au réexamen de son bien-fondé avant tout renouvellement de celui-ci. Le titulaire du droit d'exclusivité est informé de ce réexamen un mois au moins avant l'échéance de ce droit. Le renouvellement d'un droit d'exclusivité ne peut résulter que d'une décision explicite et motivée* ».

Au-delà de la prohibition des accords d'exclusivité en dehors de l'exercice des missions de service public (dans le cadre d'une délégation de service public), les conditions de délivrance de la licence et son contenu ne doivent pas restreindre la concurrence sur le marché concerné : « *Cette licence fixe les conditions de la réutilisation des informations publiques. Ces conditions ne peuvent apporter de restrictions à la réutilisation que pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée. Elles ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence* ».

Ces conditions sont précisées par l'article 38 du décret du 30 décembre 2005 : « *Les conditions de réutilisation des informations publiques sont équitables, proportionnées et non discriminatoires pour des catégories comparables de réutilisation* ».

En cas de refus d'octroi d'une licence, le législateur soumet la personne publique à un formalisme spécifique (art. 25 de la loi CADA) : « *Toute décision*

de refus d'accès aux documents administratifs ou décision défavorable en matière de réutilisation d'informations publiques est notifiée au demandeur sous la forme d'une décision écrite motivée comportant l'indication des voies et délais de recours ».

Évolutions juridiques envisageables

Dans le cadre de la révision de la directive présentée par la Commission européenne le 13 décembre 2011, le projet prévoit la création d'une nouvelle exception à l'interdiction des accords d'exclusivité. Il s'agit de considérer la numérisation des données culturelles comme un service d'intérêt général justifiant l'octroi d'un droit d'exclusivité pour une durée maximale de 7 ans.

1. Légalité de la concession de sous-licence

Le droit à la réutilisation étant un droit d'usage du domaine public, non acquisitif de propriété, la licence confère au licencié un droit personnel et non exclusif de réutilisation des informations publiques. La légalité de la concession de sous-licence par le réutilisateur fait débat.

Il faut distinguer 2 hypothèses :

- Hypothèse où les informations publiques sont distribuées sous une « *licence libre* ».

Pour qu'une licence soit « libre », elle doit notamment permettre à un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de concéder à un tiers tout ou une partie de la jouissance d'un droit, en accordant au moins la possibilité de modifier, de rediffuser et de réutiliser l'œuvre dans des œuvres dérivées.

Si le régime légal ne prévoit pas *a priori* cette possibilité, la personne publique peut l'aménager contractuellement en choisissant de diffuser ses données sous une licence libre. Cette possibilité de dérogation au régime légal est admise par l'utilisation du « *sauf accord de l'administration* » à l'article 12 de la loi CADA.

- Hypothèse où les informations publiques sont distribuées dans les conditions restrictives du régime légal de l'article 12 de la loi CADA

Dans cette hypothèse, il existe une « *viralité de l'article 12* ». Tous les réutilisateurs des informations publiques licenciées "hériteront" de l'exigence de l'article 12. Ils ne pourront réutiliser les œuvres créées à partir des informations publiques sous des licences mixtes. Quels que soient les enrichissements réalisés, l'information publique restera une information publique dans son régime juridique.

La licence de distribution peut préciser les conditions de redistribution des informations publiques réutilisées en prévoyant par exemple que la réutilisation commerciale doit être effectuée par la personne auteur de la demande ou que la mise à disposition gratuite des informations, fournies par la personne publique

à une personne tiers en vue d'une utilisation commerciale ou non, n'est pas autorisée.

Par exemple, la « *licence information publique* » du ministère de la Justice permet la concession de sous-licence si les informations publiques réutilisées ont fait l'objet de nouveaux traitements. La rediffusion intégrale des informations publiques sans valeur ajoutée, s'effectuera sous cette licence, ce qui prohibe de fait la capacité d'appropriation du réutilisateur.

2. Modification des informations publiques

Certaines entités publiques interdisent dans les mentions légales de leur site Internet ou directement *via* une licence de rediffusion (par exemple dans le cas d'utilisation d'une licence *Creative Commons By-ND*) la modification des informations publiques mises à disposition. Cette interprétation extensive de l'article 12 contribue à limiter la réutilisation : il est effectivement envisageable de modifier une donnée, par exemple en transformant son format ou en l'enrichissant, sans pour autant procéder à une « *altération* » et à une « *dénaturation de son sens* ».

D'autres entités publiques diffusent leurs données sous licence CC-By ou autorisent à l'avance toute modification. Ceci semble possible au regard de la mention « *sauf accord de l'administration* » au début de l'article 12 qui prévoit donc explicitement la possibilité de lever cette limitation légale au droit de modifier les informations publiques réutilisés.

Cette notion de « *respect de l'intégrité des données* » ne recoupe donc pas strictement le droit de modification propre au droit d'auteur. Il s'agit d'une notion juridique spécifique au droit public du patrimoine immatériel. Néanmoins, la volonté du législateur de préserver l'intégrité physique et intellectuelle des informations publiques présente certaines similitudes avec le droit au respect des œuvres. Sur ce terrain, il est donc envisageable de rechercher une compatibilité juridique pour les réutilisateurs entre réutilisation des informations publiques et adaptation des œuvres de l'esprit.

La liberté de modifier une « *information publique* » reste donc possible à condition de respecter l'intégrité de la donnée.

Si la liberté de modifier relève de l'essence même de la réutilisation, on pressent l'utilité d'une licence pour préciser le degré de respect d'intégrité des données souhaité. Il est souhaitable qu'elle vienne préciser cette liberté essentielle pour le réutilisateur : le retraitement est fondamental si celui-ci souhaite y apporter une plus value et tirer bénéfice de la réutilisation.

Par exemple la « *licence information publique* » vient préciser le droit à la modification du réutilisateur : afin d'exclure tout risque d'altération de la donnée, elle rappelle que la modification des informations doit être réservée à « *leur enrichissement documentaire, technique ou éditorial* ». Il s'agit, par exemple, de

renseigner des méta-données, à rendre interopérables les informations publiques réutilisées avec d'autres informations ou à les mettre à jour.

3. Sanctions de réutilisateur et responsabilité de la personne publique

L'article 18, alinéa 3, de la loi CADA prévoit un régime d'amende en cas de violation des obligations légales et contractuelles du réutilisateur : « *Lorsque des informations publiques ont été réutilisées à des fins commerciales en méconnaissance des dispositions de l'article 12 ou des conditions de réutilisation prévues par une licence délivrée à cet effet ou en violation de l'obligation d'obtention d'une licence, le montant de l'amende est proportionné à la gravité du manquement commis et aux avantages tirés de ce manquement* ».

L'article 18, alinéa 6, précise le montant de l'amende en cas de violation des engagements dans le cas d'une réutilisation commerciale : « *Pour l'application du troisième alinéa, le montant de l'amende prononcée pour sanctionner un premier manquement ne peut excéder 150 000 Euros. En cas de manquement réitéré dans les cinq années à compter de la date à laquelle la sanction précédemment prononcée est devenue définitive, il ne peut excéder 300 000 euros ou, s'agissant d'une entreprise, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos dans la limite de 300 000 euros. La commission, mentionnée au chapitre III, peut, à la place ou en sus de l'amende, interdire à l'auteur d'une infraction la réutilisation d'informations publiques pendant une durée maximale de deux ans. Cette durée peut être portée à cinq ans en cas de récidive dans les cinq ans suivant le premier manquement. La commission peut également ordonner la publication de la sanction aux frais de celui qui en est l'objet selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Les amendes sont recouvrées comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine* ».

L'article 18, alinéa 2, de la loi CADA prévoit également un régime de sanction en cas de violation des obligations légales et contractuelles dans le cadre d'une réutilisation non commerciale : « *Le montant maximum de l'amende est égal à celui prévu par l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de 5e classe lorsque des informations publiques ont été réutilisées à des fins non commerciales en méconnaissance des dispositions de l'article 12 ou des conditions de réutilisation prévues par une licence délivrée à cet effet ou en violation de l'obligation d'obtention d'une licence* ».

La plupart des licences mises en œuvre par la personne publique l'exonère de toute responsabilité sur la réutilisation :

- Licence Données Ouvertes Etalab : « *Le Producteur ne peut garantir l'absence de défauts ou d'irrégularités éventuellement contenues dans "l'Information". Il ne garantit pas la fourniture continue de "l'Information". Il ne peut être tenu pour responsable de toute perte, préjudice ou dommage de quelque sorte causé à des tiers du fait de la réutilisation* ».

- Licence type APIE : « *Tout dommage subi par le licencié ou des tiers qui résulte de la réutilisation des informations est de la seule responsabilité du licencié* ».

- Licence information publique : « *Le concédant garantit qu'il dispose de l'ensemble des droits concédés dans la présente licence. Le concédant ne peut être tenu responsable des informations erronées, manquantes ou irrégulières. Il ne peut être tenu responsable de l'indisponibilité temporaire des informations lorsque cette indisponibilité est due à un cas de force majeure ou est imputable à un tiers. Il ne peut être tenu responsable de la manière dont les informations publiques réutilisées sont transmises à des tiers ou réutilisées par le licencié, en combinaison avec d'autres informations* ».

II. Règles particulières à la réutilisation de certaines informations du secteur public

A. Les différentes licences disponibles (licence en annexe)

Le choix de la licence de redistribution des données publiques de la personne publique soulève d'importantes questions stratégiques et politiques

1. La licence « information publique » (LIP) du ministère de la Justice

La LIP avait été créée dès juin 2010 en l'absence de licence conforme au droit français des données publiques pour permettre la rediffusion libre et gratuite des informations publiques.

Cette licence confronte les quatre grandes libertés offertes par les principales licences ouvertes au droit des données publiques pour garantir un niveau optimal d'ouverture des données placées sous cette licence.

Elle se limite à rappeler et à préciser à l'utilisateur les conditions d'usage fixées par l'article 12 de la loi du 17 juillet 1978.

La LIP est liée aux contenus sur lesquels la personne publique n'a pas levé les contraintes de l'article 12, soit en raison de la présence de droit moral d'un agent public auteur (la LIP a principalement été créée à l'origine pour les besoins d'un service de communication en ligne), soit pour des raisons propres (sur des données sur lesquelles les modifications doivent être limitées aux permissions ouvertes par la LIP : plus-value technique, documentaire ou éditoriale mais respect de l'intégrité intellectuelle). Elle institue une « prime à l'innovation » : seules les données enrichies par le réutilisateur pourront faire l'objet d'une appropriation.

2. La licence « données ouvertes » (LO) de la mission Etalab

La licence ouverte Etalab permet de lever la plupart des contraintes, notamment légales, susceptibles de venir grever la réutilisation des données publiques ouvertes. Dans une approche libérale d'un bien public incorporel objet d'un droit d'usage, les données placées sous une licence deviennent ainsi des biens communs et le droit à la réutilisation un droit acquisitif.

3. La licence « ODBL »

L'utilisation de la licence ODBL soulève le problème du retour pour les administrations : dans certains cas extrêmes, à partir de la licence Etalab, qui garantit l'appropriation des réutilisateurs, il est possible que des prestataires revendent aux acteurs publics les données dérivées créées à partir des données mises à disposition par les acteurs publics.

Afin de pouvoir les réutiliser directement et gratuitement, plusieurs collectivités locales ont donc utilisé la licence ODBL pour imposer aux réutilisateurs le partage de la base de données enrichies sous la même condition : c'est la viralité de la licence. La déclinaison ODBL de la mairie de Paris permet de commercialiser sans contrepartie (viralité de la licence) sous réserve du paiement d'une licence *ad hoc*.

Plus qu'une approche libérale, ces collectivités ont donc privilégié une logique redistributive qui cherche à enrichir la communauté dans son ensemble.

4. Synthèse des permissions et des restrictions applicables aux 3 principales licences

Nous pouvons synthétiser les permissions et les restrictions communes à ces différentes licences dans ce tableau :

Permissions

Contraintes

Diffuser/ publier/ afficher : LO/LIP/ODBL	Paternité : mention du producteur pour LO/LIP (+ mention auteur agent public le cas échéant/ ODBL
Transmettre/ distribuer/ concéder des sous-licences : LO/LIP/ODBL	Mention de la date de la dernière mise à jour : LO/ LIP
Commercialiser : LO/LIP/ODBL	Absence de mention du caractère officiel de la réutilisation : LO
Adapter/ modifier/ extraire : LO/ LIP (enrichir)/ ODBL (modifier)	Pas d'usage commercial : pas de revente en l'état sans plus-values pour la LIP
Transformer/ agréger/ fusionner : LO/ LIP (respect intégrité/ dénaturation)/ ODBL (transformer)	Redistribution d'au moins une version enrichie sous un format ouvert (ODBL)

	Absence d'altération des informations et de dénaturation du sens/ droit moral : LIP
	Viralité de la licence : LIP (en l'absence de plus-values)/ ODBL

B. Les informations publiques comprenant des données personnelles

L'article 13 de la loi CADA détermine le régime applicable aux informations publiques comprenant des données à caractère personnel : « *La réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 susvisée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet* ».

C. Les licences permettant la sortie du domaine public

La licence Etalab permet la levée des contraintes légales liées à la modification des données publiques et permet donc au réutilisateur de s'exonérer des règles spécifiques du domaine public immatériel.

Par ailleurs d'autres licences sont à la disposition des personnes publiques désireuses de mettre à la disposition de la collectivité des données publiques sans aucune contrepartie : elles peuvent notamment opter pour les licences de marquage des « biens communs » (telle que *Creative Commons Zero*) et ainsi aménager contractuellement une sortie du domaine public.

3/ 3 Sortie du domaine public

3/3.3 Règles particulières au domaine public immatériel

Cf 3/1.3.6 Dispositions particulières au domaine public immatériel : la réutilisation des informations publiques / II. Règles particulières à la réutilisation des informations du secteur public / C. Les licences permettant la sortie du domaine public

3.4 Utilisation du domaine privé

3/3.4.2.7 Concession de droits de propriété intellectuelle

Les personnes publiques sont libres de préciser les conditions de réutilisation de leurs biens incorporels soumis au domaine privé et d'aménager les conditions éventuelles de cession.

Dans les mentions légales d'un site Internet, aucun texte n'impose de clause « propriété intellectuelle » pour définir le régime applicable.

Il faut toutefois relever l'existence d'une obligation d'information des titulaires de droits sur les biens incorporels du domaine privé.

Selon l'article 25 de la loi CADA : *« lorsqu'un tiers est titulaire de droits de propriété intellectuelle portant sur un document sur lequel figure une information publique, l'administration qui a concouru à l'élaboration de l'information ou qui la détient indique à la personne qui demande à la réutiliser l'identité de la personne physique ou morale titulaire de ces droits ou, si celle-ci n'est pas connue, l'identité de la personne auprès de laquelle l'information en cause a été obtenue ».*

La personne publique dispose de la capacité juridique d'autoriser la réutilisation des biens incorporels qui relèvent de son domaine privé dès lors que les conditions octroyées sont compatibles avec les restrictions d'exploitation des droits de propriété intellectuelle auxquelles elle est soumise dans ses accords avec les tiers titulaires des droits de propriété intellectuelle.

En aucun cas l'entité publique concernée n'est dans l'obligation d'acquiescer les droits en vue d'autoriser la réutilisation de ses biens incorporels.

En revanche, la personne publique ne pourra pas faire obstacle à une simple demande d'accès à un document administratif, qui comporte des informations grevées de droits de propriété intellectuelle de tiers, puisque cela ne correspond pas à un acte d'exploitation.

4. Dispositions communes à la gestion des biens du domaine public et du domaine privé

4/2 Produits et redevances du domaine

4/ 2.4 Règles d'établissement, de perception, de réaffectation des redevances de valorisation du patrimoine immatériel

Depuis sa création par l'arrêté du 23 avril 2007 (JO du 12 mai 2007), l'agence du patrimoine immatériel de l'Etat, service à compétence nationale, a accompagné de nombreuses entités publiques dans leurs démarches de recensement et de valorisation de ce patrimoine immatériel.

Le décret n° 2009-151 du 10 février 2009; relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel dresse une liste des prestations pour services rendus fournies par l'Etat au profit de personnes publiques ou privées et susceptibles de faire l'objet

- de redevances : 1°) *Cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle ;*
- 2°) *Participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat ;*
- 3°) *Mise à disposition ou cession d'informations, à l'exclusion des opérations de copie et de transmission mentionnées, respectivement, aux [b et c de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée](#) ;*
- 4°) *Location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ;*
- 5°) *Organisation ou participation à l'organisation d'événements de toute nature, notamment colloques et conférences ;*
- 6°) *Valorisation du savoir-faire ou de l'expertise des services de l'Etat, notamment en matière de formation, recherche et études ;*
- 7°) *Mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaire, de communication ou de promotion.*

I. Règles de perception des redevances identiques procédant des décrets dit intéressements du 10 février 2009

A. Base juridique de la redevance

La rémunération des services rendus par l'Etat constitue, pour celui-ci, une catégorie de recettes budgétaires non fiscales, prévue par l'article 3 de la LOLF. Elle prend la forme du versement d'une redevance pour service rendu.

Selon une définition jurisprudentielle constante, elle est acquittée par les usagers du service en vue de « *couvrir les charges de ce dernier, et trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies* ».

L'article 4 de la LOLF autorise la rémunération de services rendus par l'Etat sur la base de décrets en Conseil d'Etat. Néanmoins, « *ces décrets deviennent caducs en l'absence d'une ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée* ».

Selon l'article 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009, « *le montant des rémunérations perçues au titre des prestations énumérées à l'article 2 est fixé, pour chaque prestation, selon les caractéristiques de la prestation, par arrêté du ministre concerné ou par voie de contrat relatif à une ou plusieurs prestations déterminées* ».

B. Perception du produit de la redevance

Par exception au principe de non affectation des recettes et des dépenses, le droit de la valorisation des actifs immatériels de l'Etat a aménagé un régime dérogatoire et temporaire au droit commun.

C'est ainsi que le projet de loi de finances rectificative de 2009 précise :

« Au soutien des mesures précitées de valorisation du patrimoine immatériel de l'Etat, en vue d'inciter les différents ministères à s'y impliquer pleinement, deux principes de gestion administrative ont été retenus....

En second lieu, le décret n° 2009-151 du 10 février 2009 a institué un régime général de rémunération de l'Etat pour services rendus consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, et le décret n° 2009-157 du même jour prévoit que les produits résultant cette rémunération seront intégralement affectés au budget de chaque ministère concerné ».

En dehors de l'exploitation des fréquences hertziennes (dont les recettes sont désormais spécifiquement retracées par un compte d'affectation spéciale), le produit des redevances est donc directement réattribué à la personne publique concernée (en interne, il est également possible de « flécher » la perception de ces recettes non fiscales et les reverser à l'UO ou au BOP à l'origine de l'activité de valorisation).

II. Différences dans la justification de la redevance selon qu'elle relève du domaine public ou du domaine privé

La redevance du domaine public est justifiée par un service rendu ou pour une occupation privative du service public.

Exemples :

- mise à disposition ou cession d'informations ;
- location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ;
- mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaire, de communication ou de promotion.

La redevance du domaine privé trouve son fondement dans l'existence de droits de propriété intellectuelle ou de tout autre droits réels sur des biens incorporels au bénéfice de la personne publique :

- cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle ;
- participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat ;

- organisation ou participation à l'organisation d'événements de toute nature, notamment colloques et conférences ;
- valorisation du savoir-faire ou de l'expertise des services de l'Etat, notamment en matière de formation, recherche et études.

III. Redevances de réutilisation des informations du secteur public

En dehors de la concession, en matière de valorisation des données publiques, deux stratégies sont envisageables : soit l'entité publique diffuse librement et gratuitement afin de favoriser le développement de la société de l'information, soit l'entité publique commercialise directement et soumet la réutilisation au paiement d'une redevance.

A. Procédure pour la tarification des informations du secteur public

Conformément au décret n° 2011-577 du 26 mai 2011 relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'Etat et ses établissements publics administratifs, il faut distinguer deux situations :

- la redevance a été instituée avant le 1^{er} juillet 2011
- la redevance a été instituée après le 1^{er} juillet 2011

Si la redevance a été instituée avant le 1^{er} juillet 2011 et n'a pas été inscrite sur la liste de www.data.gouv.fr au 1^{er} juillet 2012 (date d'entrée en vigueur du décret n° 2011-577 du 26 mai 2011 relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'Etat et ses établissements publics administratifs), alors la redevance devient caduque.

En cas de respect de la procédure, comme le précise le 3° de l'annexe III de la Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'Etat « data.gouv.fr » par la mission Etalab « *les redevances instituées avant le 1er juillet 2011 ne sont pas remises en cause* ».

Depuis le 1^{er} juillet 2011, la procédure se déroule en 3 étapes. Ainsi, si une administration souhaite instituer une redevance de réutilisation de ses informations publiques, alors elle doit soumettre sa demande aux services du Premier ministre. La décision de soumettre à redevance une base de données ou un ensemble d'informations publiques est prise au vu d'éléments dûment motivés. Tel pourrait être le cas, par exemple, des redevances justifiées par les coûts d'anonymisation des informations publiques comportant des données à caractère personnel. Les services du Premier ministre effectuent un contrôle d'opportunité de cette demande. Si la demande paraît opportune, alors :

1. Saisine du Conseil d'Orientation de l'Édition Publique et de l'Information Administrative (COEPIA)

La saisine est effectuée par le ministère rapporteur du projet de décret, pour consultation.

2. Publication du décret pris en Conseil d'Etat de la liste des informations publiques dont la réutilisation est soumise à redevance

Dans cette nouvelle procédure, l'administration reste libre, sous réserve du respect de l'article 15 de la loi CADA du 17 juillet 1978, de fixer le montant et les modalités de la redevance, avec le concours de l'APIE, ainsi qu'un projet de licence payante.

3. Publication de la liste des informations publiques sur www.data.gouv.fr

Dans cette liste figurera le nom de la personne responsable de l'accès aux documents administratifs et de la réutilisation des informations publiques ou du service compétent pour recevoir les demandes de licence.

B. Assiette de la redevance

Selon l'article 15, alinéa 1, de la loi CADA, la personne publique peut tenir des coûts de mise à disposition et notamment, pour les informations publiques comprenant des données à caractère personnel, elle peut aussi tenir compte du coût d'anonymisation : « *Pour l'établissement des redevances, l'administration, qui a élaboré ou détient les documents contenant des informations publiques susceptibles d'être réutilisées, tient compte des coûts de mise à disposition des informations, notamment, le cas échéant, du coût d'un traitement permettant de les rendre anonymes* ».

Selon l'article 15 alinéa 2 de la loi CADA, la personne publique peut aussi tenir compte du coût de collecte, de production et des droits de propriété intellectuelle : « *L'administration peut aussi tenir compte des coûts de collecte et de production des informations et inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle* ».

En toute hypothèse, comme le rappelait la Circulaire du 29 mai 2006, l'administration doit s'assurer que « *le produit total de la redevance (collecte, production et mise à disposition) n'est pas supérieur à la somme des coûts majorée de la rémunération de l'investissement* ».

En cas d'intégration de ces coûts, l'article 15, alinéa 3, de la loi CADA précise que « *l'administration doit s'assurer que les redevances sont fixées de manière non discriminatoire et que leur produit total, évalué sur une période comptable appropriée en fonction de l'amortissement des investissements, ne dépasse pas le total formé, d'une part, des coûts de collecte, de production et de mise*

à disposition des informations et, d'autre part, le cas échéant, de la rémunération définie au présent alinéa ».

Par ailleurs, en cas d'activités commerciales par la personne publique et qu'elle intervient sur un marché concurrentiel, l'article 15, alinéa 4, de la loi CADA rappelle que, *« lorsque l'administration qui a élaboré ou détient des documents contenant des informations publiques utilise ces informations dans le cadre d'activités commerciales, elle ne peut en facturer la réutilisation aux autres opérateurs à un coût supérieur à celui qu'elle s'impute, ni leur imposer des conditions moins favorables que celles qu'elle s'applique à elle-même ».*

C. Montant de la redevance

En toute hypothèse, la personne publique est soumise à une obligation de transparence sur les modalités de calcul des redevances (art. 17, al. 2, de la loi CADA) : *« Les conditions de réutilisation des informations publiques, ainsi que les bases de calcul retenues pour la fixation du montant des redevances, sont communiquées, par les administrations qui ont produit ou détiennent ces informations, à toute personne qui en fait la demande ».*

Évolutions juridiques envisageables

Dans le cadre de la révision de la directive sur les informations du secteur public présentée par la Commission européenne le 13 décembre 2011, le coût marginal deviendrait le nouveau principe de tarification. Il s'agit de supprimer la majoration pour retour sur investissement raisonnable (notamment au titre des droits de propriété intellectuelle) et de limiter les coûts marginaux éventuels à la prise en compte de la reproduction et de diffusion. Cette démarche s'inscrit dans une logique d'ouverture accrue des données publiques.

IV. Redevances d'occupation du domaine public

A. Procédure pour la tarification de l'occupation du domaine public

Les occupations privatives du domaine public de l'Etat sont assujetties au paiement d'une redevance domaniale conformément aux dispositions de l'article L. 2125-1 du CGPPP.

La prise en compte de la composante immatérielle du domaine public immobilier constitue désormais un élément central dans la démarche de valorisation du domaine immobilier de l'Etat.

Les mises à disposition de lieux et d'espaces du domaine public peuvent être régies selon deux régimes juridiques et comptables :

- le régime des occupations domaniales, caractérisé par le versement d'une redevance domaniale ;

le régime des mises à disposition, donnant lieu au versement d'une redevance pour service rendu.

En l'absence de prestations de service annexes pour service rendu, le régime des occupations domaniales s'appliquera par défaut. Dans cette hypothèse, s'agissant d'une redevance domaniale, le produit de ces redevances, ressources budgétaires de l'Etat, est versé au budget général de l'Etat, après encaissement par le comptable chargé du recouvrement des recettes domaniales

Dans l'hypothèse du versement d'une redevance pour service rendu, les services gestionnaires concernés peuvent gérer directement cette mise à disposition. L'article 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 détermine les modalités de réaffectation des produits concernés aux ministères concernés selon la procédure d'attribution de produits.

En pratique, la procédure comprend deux étapes :

1/ L'APIE vérifie que la démarche de valorisation entre bien dans le cadre juridique du décret n° 2009-151 du 10 février 2009. Elle vérifie notamment les critères suivants :

a) les locations ou mises à disposition d'espaces doivent être consenties en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ;

b) ces mises à disposition doivent s'inscrire dans une perspective de valorisation de la composante immatérielle du patrimoine concerné,

Au titre des mises à disposition pouvant s'inscrire dans ce processus de valorisation figurent notamment :

- les mises à disposition d'espaces publics qui, en raison de leurs caractéristiques propres, présentent un potentiel de représentation visuel et/ou cinématographique ; il s'agit par exemple du cas des lieux mis à disposition pour des tournages (longs métrages, films publicitaires, fictions TV,...) ou des prises de vues ;

- les mises à disposition d'espaces publics singuliers, ayant une composante immatérielle intrinsèque en raison de leur notoriété, leur image, leur aspect symbolique, leur valeur historique ou leurs caractéristiques architecturales et choisis sur ces critères par les bénéficiaires en vue d'événements ou de manifestations privées (soirées, colloques, assemblées générales,...) ;

c) elles doivent être associées à des prestations annexes de services rendus par l'Etat (ces prestations annexes sont induites par la nature même de ces mises à disposition).

2/ La personne publique concernée émet un titre de perception

B. Assiette de la redevance

L'article L. 2125-3 du CGPPP réaffirme et consacre au niveau législatif le principe suivant lequel la redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.

Quel que soit le régime retenu, la part immatérielle devra être prise en compte dans l'assiette de la redevance en plus des éléments matériels intégrés au calcul. L'APIE peut-être sollicitée pour définir cette composante immatérielle et en définir la tarification.

Selon la doctrine de l'APIE et de France Domaine, « *Le calcul de la redevance devra ainsi tenir compte de l'ensemble des avantages spécifiques que confère la mise à disposition à son bénéficiaire. Il s'agit des avantages en terme d'image, de positionnement, de notoriété, qui ont conduit l'occupant à retenir tel ou tel lieu et qui se sont avérés suffisamment substantiels pour motiver sa demande auprès de l'administration mais également des avantages de nature économique retirés par le bénéficiaire* ».

C. Montant de la redevance

Selon l'annexe 3 à la Circulaire du 29 mars 2009, « *En dehors des cas où la redevance est fixée ou encadrée par un texte ou un barème national, les Trésoriers-Payeurs Généraux disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant de la redevance, sous la double réserve que celle-ci ne soit pas disproportionnée par rapport aux avantages conférés au titulaire de l'autorisation, et que celle-ci soit fixée sur l'avis et sur la proposition des services techniques, c'est-à-dire des services gestionnaires du domaine concerné* ».

Le montant de la redevance peut être déterminé en fonction d'une part fixe et d'une part variable. Ainsi, dans le cadre des occupations domaniales présentant une composante immatérielle, la redevance pourra être composée des éléments suivants :

- une part fixe correspondant à la valeur locative de l'espace occupée ;
- une part variable prenant en compte l'ensemble des avantages spécifiques directement liés à la composante immatérielle de l'emplacement.

Lorsqu'un lien direct est établi entre l'activité autorisée et la réalisation de profits économiques, cette part peut être calculée par application d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires généré par l'activité autorisée.

En revanche, il convient de privilégier un mode de fixation forfaitaire lorsque l'avantage immatériel ne se caractérise pas par des retombées économiques immédiates ou précisément chiffrables (renforcement de l'image de marque d'une société par exemple).