

Université Paris II- Panthéon-Assas
École doctorale Georges Vedel. Droit public interne, science administrative et
science politique (ED 7)

Thèse de doctorat en droit public
Soutenue le 30 novembre 2016

Thèse de Doctorat / novembre 2016

La propriété intellectuelle des personnes publiques.



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Lucile HENNEQUIN-MARC

Membres du jury :

Madame Danielle BOURLANGE

Directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État

Madame Anémone CARTIER-BRESSON

Professeure à l'Université Paris Descartes, *Rapporteuse*

Monsieur Yves GAUDEMET

Membre de l'Institut, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Benoît PLESSIX

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Monsieur Didier TRUCHET,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, *Directeur de thèse*

Monsieur Philippe YOLKA,

Professeur à l'Université de Grenoble-Alpes, *Rapporteur*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Les recherches sont arrêtées au 15 octobre 2016.

Remerciements

Je voudrais adresser mes plus sincères remerciements au Professeur Didier Truchet, pour la confiance qu'il m'a témoignée pendant ces quatre années, pour sa disponibilité, ainsi que pour ses conseils d'une intransigeante bienveillance.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble des membres du jury qui m'ont fait l'honneur d'accepter de lire et de juger ce travail.

Je remercie également Maître Martine Karsenty-Ricard et Maître Béatrice Moreau-Margotin, qui ont eu la gentillesse d'organiser une rencontre passionnante sur le sujet de ma thèse, ainsi que Madame Céline Wester de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État qui a réuni ses équipes pour m'accompagner dans ma réflexion sur les problématiques de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

Ma très grande reconnaissance va en particulier à ma petite sœur Inès pour son aide précieuse et constante, ses relectures jamais dépourvues d'humour, y compris pendant les révisions du baccalauréat et les vacances. Entrer en première année de droit en ayant déjà lu une thèse ! Je te souhaite que cette première expérience et ta détermination singulière t'amènent à réussir tout ce que tu entreprendras.

Ce travail n'aurait pu s'accomplir sans le soutien de ma famille, auprès de qui j'ai pu trouver écoute et conseils : ma grand-mère, ma tante Patricia, mes oncles, Louis, ma belle-maman Isabelle, mon beau-frère et mes belles-sœurs. Je remercie aussi mes formidables amies Margaux, Claire-Eva, Nana, Clothilde, Elsa, Marion, Jessy, Anni et Laure, pour tous ces déjeuners et ces discussions tellement éloignées du droit public, et Ariane pour les épiphanies, mais aussi et surtout pour tout le reste.

Les mots ne peuvent suffire pour dire combien ce travail doit à Alexandre.

Principales abréviations

Act.	Actualité
AJ pénal	Actualité juridique – Pénal
AJCT	Actualité juridique – Collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
Al.	Alinéa
APIE	Agence du patrimoine immatériel de l'État.
Art.	Article
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État ou Assemblée plénière de la Cour de cassation
Avr.	Avril
Bibl. Dr. Privé	Collection « Bibliothèque de Droit privé » de l'éditeur LGDJ
Bibl. Dr. Publ.	Collection « Bibliothèque de Droit public » de l'éditeur LGDJ
BO	Bulletin officiel d'un ministère
BOPI	Bulletin officiel de la propriété intellectuelle
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. civ	Code civil
C. Pén.	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCAG	Cahier des clauses administratives générales applicables aux :
- MI	marchés industriels
- PI	marchés de prestations intellectuelles
- TIC	marchés de techniques de l'information et de la communication
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Cie	Compagnie
CJA	Code de justice administrative
CJCE/CJUE	Cour de justice des communautés européennes / Cour de justice de l'union européenne
Cne	Commune
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Const.	Constitution
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CURAPP	Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie
D.	Dalloz (Recueil)

Déc.	Décembre
Dir.	Direction
Doc. Fr.	Documentation française
Doctr.	Doctrine
Dpt	Département
Dr. Adm.	Droit administratif
Ed.	Edition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
Egal.	Également
Et.	Étude
Éts.	Établissements
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Févr.	Février
Form. Plén.	Formation plénière des Cours d'appel, des Cours administratives d'appel, des tribunaux de l'ordre administratif et judiciaire.
Gaz. Pal.	Gazette du palais
HS	Hors série
Ibid.	Ibidem
In	Dans
INPI	Institut national de la propriété industrielle
Jcl	JurisClasseur (Encyclopédies)
Jan.	Janvier
JCPA	JurisClasseur édition administration et collectivités territoriales
JCP G	JurisClasseur édition générale
JO	Journal officiel de la République française
JOCE/JOUE	Journal officiel des Communautés européennes / Journal officiel de l'Union européenne
Juill.	Juillet
Jur.	Jurisprudence
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
Lebon T.	Table du Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
Legisl.	Législation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence (Editeur)
Min.	Ministre ou Ministère
N°	Numéro
N° sp.	Numéro spécial
Nov.	Novembre
Obs.	Observations
OHMI	Office de l'harmonisation de le marché intérieur
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p.	Page
PIBD	Propriété intellectuelle – Bulletin documentaire
Préc.	Précité
Propr. Intell.	JurisClasseur revue Propriété intellectuelle
Propr. Industr.	JurisClasseur revue Propriété industrielle
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

Rec. CJCE/CJUE	Recueil des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne
Rép. Civ	Répertoire de droit civil (Dalloz)
Rép. cont. adm.	Répertoire de contentieux administratif (Dalloz)
Rev. Adm.	Revue administrative
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant(s)
S.	Sirey
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
Sept.	Septembre
Sté.	Société
Th.	Thèse
TC	Tribunal des conflits
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
Vol.	Vol.

À ma maman Isabelle,

Sommaire

<i>Introduction</i>	11
<i>PARTIE 1 : LES PRÉROGATIVES DES PERSONNES PUBLIQUES.</i>	46
Titre I : Des prérogatives d'acquisition inspirées par l'intérêt général.	47
Chapitre 1 – L'acquisition par des procédés de droit commun.	48
<i>Section 1 – L'acquisition des créations intellectuelles à titre originaire.</i>	49
Sous – section 1 : L'appropriation à titre originaire des créations littéraires et artistiques : le droit d'auteur.	50
Sous – section 2 : L'appropriation à titre originaire des créations industrielles : l'enregistrement.	69
<i>Section 2 – L'acquisition des créations intellectuelles des agents publics.</i>	84
Sous – section 1 : L'appropriation créations littéraires et artistiques des agents publics.	85
Sous – section 2 : L'appropriation des créations industrielles des agents publics.	93
Chapitre 2 – L'acquisition par des procédés exorbitants du droit commun.	104
<i>Section 1 : Le marché public de prestations intellectuelles.</i>	105
Sous – section 1 : L'existence de cahiers des clauses administratives générales appliquant le droit de la propriété intellectuelle.	106
Sous – section 2 : Le renvoi à un cahier des clauses administratives générales introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun.	126
<i>Section 2 : Le recours à la contrainte.</i>	133
Sous – section 1 : Les licences administratives.	134
Sous – section 2 : L'expropriation.	143
Titre II : Des prérogatives patrimoniales et morales peu inspirées par l'intérêt général.	150
Chapitre 1 : La gestion patrimoniale des créations intellectuelles des personnes publiques est-elle d'intérêt général ?	152
<i>Section 1 : Une préférence pour la domanialité privée.</i>	154
Sous – section 1 : L'appartenance limitée des créations intellectuelles au domaine public.	155
Sous – section 2 : L'intégration privilégiée des créations intellectuelles au domaine privé.	171
<i>Section 2 : La gestion des créations intellectuelles des personnes publiques est-elle d'intérêt général ?</i>	181
Sous – section 1 : La gestion des créations intellectuelles des personnes publiques peut constituer une activité de service public.	184

Sous – section 2 : La gestion des créations intellectuelles publiques satisfait les intérêts patrimoniaux des personnes publiques. _____	194
Chapitre 2 : Le droit moral des personnes publiques est-il d'intérêt général ? _____	205
<i>Section 1 : Le droit moral protège la personne publique dans son identité.</i> _____	206
Sous – section 1 : La protection de l'identité des personnes publiques à titre général. _____	208
Sous – section 2 : La protection du nom des personnes publiques auteurs d'une œuvre de l'esprit par le droit moral _____	218
<i>Section 2 : Les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que l'intérêt général.</i> ____	224
Sous – section 1 : Inaliénabilité, insaisissabilité, imprescriptibilité. _____	225
Sous – section 2 : Le faible rôle de l'intérêt général dans la protection des créations intellectuelles des personnes publiques. _____	232
<i>PARTIE 2 : LES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES.</i> _____	238
Titre I : Les obligations à l'égard du public. _____	240
Chapitre 1 : L'ouverture des données publiques. _____	244
<i>Section 1 : L'ouverture des données publiques et leur éligibilité à la protection de la propriété intellectuelle.</i> _____	247
Sous - section 1 : L'open data, politique publique d'ouverture des données. _____	249
Sous - section 2 : L'éligibilité de la donnée publique à la protection de la propriété intellectuelle. _____	263
<i>Section 2 : L'ouverture des données publiques est-elle conciliable avec la propriété intellectuelle ?</i> _____	278
Sous - section 1 : Le droit d'accès aux documents administratifs respectueux des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. _____	281
Sous - section 2 : La diffusion des documents publics pour l'instant conciliable avec les droit de propriété intellectuelle des personnes publiques. _____	296
Chapitre 2 : La réutilisation des données publiques. _____	310
<i>Section 1 : La réutilisation des données publiques s'exerce-t-elle au détriment de la propriété intellectuelle ? _____</i>	311
Sous - section 1 : Le régime de la réutilisation des données publiques _____	314
Sous - section 2 : La résistance du droit de la propriété intellectuelle à la réutilisation des données publiques. _____	323
<i>Section 2 : La réutilisation des données publiques instaure-t-elle une nouvelle relation entre la personne publique et la donnée publique ? _____</i>	332
Sous - section 1 : La réutilisation des données publiques n'est pas constitutive d'une expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle. _____	333
Sous - section 2 : La réutilisation des données publiques conduit à la dénaturation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. _____	342

Titre II : Les obligations à l'égard des créations intellectuelles	352
Chapitre 1 : L'obligation de protection de certaines créations intellectuelles publiques contre l'extinction.	356
<i>Section 1 : La propriété de certaines créations intellectuelles n'est pas imprescriptible.</i>	358
Sous - section 1 : La conservation de certaines créations intellectuelles constitue une obligation pour les personnes publiques.	359
Sous - section 2 : La conservation des créations intellectuelles temporaires.	374
<i>Section 2 : L'existence d'obligations positives visant à la conservation de certaines créations intellectuelles.</i>	392
Sous – section 1 : L'obligation de payer	393
Sous - section 2 : L'obligation d'exploiter.	401
Chapitre 2 : L' obligation de protection de certaines créations intellectuelles publiques contre la contrefaçon.	422
<i>Section 1 : La contrefaçon est une occupation sans titre de la dépendance intellectuelle du domaine public.</i>	425
Sous - section 1 : La contrefaçon des créations intellectuelles.	427
Sous - section 2 : La contrefaçon comme utilisation illicite du domaine public.	433
<i>Section 2 : Existence d'une obligation de poursuivre les contrefacteurs de la dépendance intellectuelle du domaine public ?</i>	455
Sous – section 1 : L'obligation d'agir en justice de la personne publique propriétaire d'une dépendance intellectuelle du domaine public contrefaite.	457
Sous - section 2 : « L'expulsion » du contrefacteur de la création intellectuelle pour rétablir le monopole de la personne publique.	468
Conclusion	479
Bibliographie	484
Table de jurisprudence	498
Table des lois et autres sources	511
Index thématique	517

Introduction

La propriété intellectuelle des personnes publiques appartient-elle au droit privé ou bien au droit public ? On a longtemps présumé que d'une manière générale, les personnes privées avaient le monopole de la création intellectuelle, et *de facto* de la protection accordée par le droit de la propriété intellectuelle. Pour cette raison, la propriété intellectuelle est enseignée comme une matière de droit privé, codifiée selon un modèle de droit privé, et utilisée devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Ce présupposé est inexact. Nous nous proposons de montrer que la matière concerne aussi le droit public.

D'une part, les personnes publiques sont impliquées dans la création intellectuelle à travers le droit public de la culture qui interfère régulièrement avec le droit d'auteur, comme par exemple dans le cadre l'activité audiovisuelle publique¹. Elles peuvent également être investies par le Conseil d'État d'une mission de surveillance du respect du droit d'auteur, comme cela a été le cas du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) dans un arrêt du 2 décembre 2009². Ainsi, les personnes publiques entretiennent des relations régulières avec le droit de la propriété intellectuelle.

D'autre part, l'activité des personnes publiques génère un volume de créations intellectuelles particulièrement significatif. Parfois, l'activité intellectuelle des personnes publiques est consciente : c'est le cas par exemple d'une publication de la Documentation française. Cependant, dans de nombreuses hypothèses, les créations intellectuelles publiques jaillissent fortuitement de la mission d'intérêt général des personnes publiques : tel est par exemple le cas lorsque l'Institut national de l'information géographique et forestière utilise des informations géodésiques brutes

¹ Voir par ex., en matière de communication audiovisuelle B. Montels, *droit de la propriété littéraire et artistique et droit public de la communication audiovisuelle : du domaine séparé au domaine partagé* : RIDA 2003, n°195 p. 109 ; B. Parisot, *les relations entre le droit public de la communication audiovisuelle et la propriété littéraire et artistique* : D. 1993, chron. p.173.

² CE, 2 déc. 2009 *Société BFM TV*: Comm. Com. électr. 2010, comm. 23, note C. Caron : « *Il entre dans les missions du Conseil supérieur de l'audiovisuel de veiller au respect de la législation relative à la protection de la propriété intellectuelle par les services audiovisuels placés sous contrôle.* » ; Propr. intell. 2010 n°35, note J-M Bruguière.

pour réaliser un document original dans lequel il intègre des commentaires tel qu'une carte.

Que la création intellectuelle soit planifiée ou inopinée, il n'est donc pas contestable que les personnes publiques sont à l'origine d'une activité intellectuelle. Or la propriété intellectuelle, quelle que soit son origine, est régie par le Code de la propriété intellectuelle. Pour cette raison et ainsi que le relève C. Caron, « *il serait erroné de considérer que l'ensemble du droit d'auteur relève du droit privé.*³ » Cette affirmation peut être étendue à l'ensemble de la propriété intellectuelle.

Ainsi, l'application de la propriété intellectuelle n'est pas limitée aux créations intellectuelles des personnes de droit privé. L'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle au contraire qu'elle est très bien adaptée pour protéger les créations intellectuelles des personnes publiques. Cette affirmation que nous démonterons est logique : si toute activité de création peut donner naissance à une création intellectuelle protégée par le Code de la propriété intellectuelle, les personnes publiques sont tout autant éligibles que les personnes privées à la protection du droit de la propriété intellectuelle.

Cependant, la propension de la propriété intellectuelle à s'appliquer aux créations publiques et privées soulève des interrogations relatives à la nature exorbitante du droit commun des personnes publiques. Celles-ci ont vocation à exercer des prérogatives exceptionnellement étendues par rapport aux personnes privées, et sont soumises à des obligations spécifiques. Leur nature est-elle compatible avec l'application de la propriété intellectuelle ?

Le statut spécifique des personnes publiques influe nécessairement sur l'application de la propriété intellectuelle à leurs créations intellectuelles. En effet, si le Code de la propriété intellectuelle s'applique à toutes les créations, les relations entre les personnes publiques et leurs créations sont parfois régies par des règles exorbitantes du droit commun. C'est cet axe de réflexion qui guidera notre étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

³ C. Caron, Jcl. *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, p. 11.

Pour appréhender la notion de propriété intellectuelle des personnes publiques, il est intéressant de dégager ses fondements, et plus particulièrement ceux des relations entre la propriété intellectuelle et les personnes publiques (I). L'objet de la recherche doit également être précisé pour déterminer les enjeux théoriques et pratiques (II). La délimitation du sujet visera à en préciser les contours (III), et l'exposition de la problématique permettra de présenter l'orientation de la réflexion suivie (IV).

I. Fondements des relations entre les personnes publiques et la propriété intellectuelle.

L'étude des fondements de la propriété intellectuelle des personnes publiques commande tout à la fois de s'intéresser aux origines de la propriété publique sur des créations intellectuelles (A) et à celles de l'application de la propriété intellectuelle à des créations publiques (B). En effet, la propriété intellectuelle et la propriété publique ne se sont pas construites ensemble, mais au contraire séparément. Observer leurs interactions à travers l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques constitue l'un des intérêts de notre étude.

A. Les fondements de la propriété publique sur des créations intellectuelles.

La propriété intellectuelle se manifeste par l'existence d'une création, c'est à dire d'une œuvre, d'une invention, d'un dessin ou d'un signe distinctif qui a une existence tangible même en l'absence de qualification du législateur.⁴ Le droit de propriété intellectuelle qui s'exerce sur cette création est immatériel.⁵ L'opposition traditionnelle entre les biens matériels et les biens immatériels repose sur la distinction entre ceux sur lesquels une simple appropriation physique peut être exercée en dehors de toute disposition législative, et ceux, « *sans réalité matérielle pour lesquels seule une intervention légale permet une emprise.*⁶ » Pour comprendre les fondements de la réception dans le droit public des biens de la notion de propriété

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil – Les biens*, t. 3, 19^{ème} éd., PUF 2000, n°50 p. 20 énonce au contraire que les objets de la propriété intellectuelle sont des créations de la loi : « *leur existence vient du droit, et ce sont eux-mêmes des droits, des droits subjectifs* ».

⁵ R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RDT civ. 1958.331 énonce que les privilèges des créateurs des œuvres de l'esprit sont des biens incorporels.

⁶ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle* : LGDJ, 3e éd., 2014 p. 27.

intellectuelle, il faut donc d'abord observer comment celui a intégré la notion de propriété immatérielle.

Sous l'Ancien régime, la puissance du roi est telle que la souveraineté qui va de pair avec la propriété s'impose autant sur les biens matériels qu'immatériels. A cette époque, donc, le caractère matériel ou immatériel importe peu, et la propriété publique a vocation à intégrer toutes les formes de biens.

Le droit intermédiaire opère une dislocation de cette notion fédératrice de la propriété publique, en dissociant les propriétés incorporelles publiques du droit domanial. A compter du droit intermédiaire, le droit du domaine est tourné vers une logique spatiale: la domanialité *« est chargée de venir dire, à l'aide d'outils juridiques exorbitants, l'importante frontière, naguère sacrée, entre l'espace privé et l'espace public. Sa logique est celle du bornage, du zonage. Avec la domanialité, on quitte dès lors la sphère immatérielle de la temporalité, pour celle non moins déterminante de l'assise spatiale, de la délimitation, véritables sillons tracés à même le sol de la durée juridique⁷ »*.

Cette conception portée par les décrets des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790 exclut du domaine l'ensemble des droits incorporels alors détenus par le roi : *« le domaine national proprement dit s'entend de toutes les propriétés foncières et de tous les droits réels ou mixtes qui appartiennent à la nation, soit qu'elle en ait la possession et la jouissance actuelle, soit qu'elle ait seulement le droit d'y rentrer par voie de rachat, droit de réversion ou autrement. »* Ainsi que le souligne Ph. YOLKA, à cette époque *« le domaine national, désormais amputé des droits féodaux et incorporels qui se rapprochent de l'impôt, est soumis à un droit de propriété absolu⁸. »* Même si cette approche est intéressante du point de vue de la réticence qui perdure jusqu'à l'époque contemporaine à accueillir des biens incorporels dans le patrimoine public, elle n'est pas révélatrice de la relation qui unit les personnes publiques à leurs créations intellectuelles.

Le droit intermédiaire est le premier à permettre la reconnaissance de la titularité du droit d'auteur au profit des personnes publiques. Ainsi, les décrets des 13-19 janvier 1791 et 19-

⁷ B. Garidou, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, Thèse Toulouse, 2003, p. 39

⁸ Ph. Yolka, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Thèse Paris, LGDJ, 1997, p. 94

24 juillet 1793 consacrant le droit de représentation des auteurs d'œuvres dramatiques et le droit de reproduction accordent le droit aux personnes publiques d'être titulaires de droits d'auteur sur les œuvres de leur création. Sur la base de ces décrets, les juridictions françaises rendent des décisions très explicites.

Dans une décision fondamentale⁹, la Cour de cassation reconnaît que la Nation est titulaire des droits de propriété littéraire et artistique sur un dictionnaire. Dans cette espèce, une société d'édition avait procédé à l'actualisation du Dictionnaire de l'Académie Française en ajoutant des commentaires inédits de l'Académie Française, sans recueillir d'autorisation préalable.

C'est ainsi que, en fraude des droits de l'auteur, une cinquième édition du Dictionnaire de l'Académie Française avait été publiée. Poursuivi pour contrefaçon, l'éditeur soutenait que l'Académie Française ayant été dissoute par un décret de 1793, le dictionnaire était devenu « une propriété publique » et était en quelque sorte libre de droits. Tel n'est pas l'avis du Commissaire au gouvernement Merlin qui affirma que « *les droits qui appartiennent à la Nation lui appartiennent, parce que c'est la Nation elle-même qui a institué, qui a salarié l'Académie Française pour composer le Dictionnaire.* »

Pour le Commissaire au gouvernement Merlin, il n'existe aucune difficulté à reconnaître que la qualité de personne publique de l'auteur du dictionnaire ne fait pas obstacle à la titularité du droit d'auteur. Par là même, il affirme que les personnes privées n'ont pas le monopole de la création intellectuelle et que l'État est éligible à la qualité d'auteur. Ainsi, caractère public du créateur ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une titularité sur les œuvres de la Nation. Celle-ci va pouvoir exercer pleinement l'ensemble de ses droits et ainsi substituer la Couronne comme titulaire des droits de propriété intellectuelle.

Pour que cette qualité soit étendue à d'autres personnes publiques, il faudra attendre la décision du 3 février 1875 du Tribunal civil de la Seine¹⁰ qui énonce que les communes peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle. Cette solution est reprise dans

⁹ Cass., 7 prairial an XI, *Bossange c. Monardier*, Recueil général des lois et des arrêts, Paris, Sirey, [180x]- 1950, première série 1791-1830, 1791 an XII, I, p. 806

¹⁰ Trib. civ. Seine, 3 février 1875, *État c. Peigné – Delacour*, S. 1875, 2, p. 148 ; solution confirmée par CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné – Delacour c/ État*, S. 1877, 2, p. 144

son principe par la même juridiction qui énonce deux jours plus tard qu' « *une ville peut, comme un particulier, avoir sur un ouvrage composé à ses frais, par ses soins, et sous sa direction, le droit reconnu par la loi de 1793 dont les termes sont généraux*¹¹ ».

L'expression « *comme un particulier* » est parlante : d'une part, elle entérine l'égalité entre les personnes publiques et les personnes privées en matière d'initiative de la création intellectuelle. D'autre part, elle exprime l'idée que le rapport qui existe entre les personnes publiques et leurs créations intellectuelles est un rapport de droit privé.

D'une certaine manière, on reconnaît l'existence d'un droit de propriété intellectuelle aux personnes publiques en le calquant sur celui qui existe déjà entre les personnes privées et leurs créations. On considère alors qu'il existe un rapport de droit privé entre la personne publique et la propriété intellectuelle publique. Nous reviendrons dans nos développements sur la nature de la relation entre les personnes publiques et leurs créations intellectuelles, qui peut être de droit privé, tout autant qu'elle peut être exorbitante du droit commun dans certaines situations. Cette réflexion constituera l'un des axes majeurs de notre thèse.

La reconnaissance de la titularité de droits de propriété industrielle au bénéfice des personnes publiques est plus tardive, et remonte à un arrêt du 25 janvier 1856 dans lequel la Cour de cassation admet que l'État peut « *revendiquer une invention afin de la posséder à titre privatif*.¹² » Dans cette espèce, un agent de l'État dénommé Minié avait déposé une demande de brevet pour à un projectile militaire désigné comme « *balle à culot* ». La Cour de cassation répond « *qu'il ne saurait être donné qu'à l'Etat seul d'apprécier s'il lui convient ou non de laisser jouir Minié de l'invention ou de la revendiquer afin, soit de la posséder à titre privatif, soit d'en doter le domaine public* ».

Ainsi, le droit intermédiaire admet que les personnes publiques soient titulaires de droits de propriété intellectuelle, mais restreint l'hypothèse de la propriété intellectuelle des personnes publiques à leur assimilation à des propriétaires privés. Au XIXe, le courant antipropriétaire rejette l'idée d'une propriété de l'État sur le domaine public, qui est gouverné par la notion de garde, tandis que le domaine privé est régit par les règles de la

¹¹ Trib. civ. Seine, 10 février 1875, *Ville de Paris c/ Cosse, Marechal et Billard*, S. 1875, 2, p. 115

¹² Cité par M. Tardy, *Les droits de l'Etat en matière de brevets d'invention*, Thèse, Paris, 1950, p. 21. Mais l'auteur ne précise pas les références de cet arrêt.

propriété privée. Ce courant doctrinal est partagé entre le rejet systématique de la propriété de l'État sur son domaine public qui l'empêche de jouir de ses propriétés à titres privatif, et l'hypothèse de l'existence de redevances tirées du domaine.

C'est ainsi que J-B. Proudhon énonce que « *le caractère exclusif suivant lequel nul autre que le maître de la chose n'a le droit de participer à la jouissance de sa propriété ne peut convenir aux biens qui composent le domaine public puisque chacun a également et au même titre le droit d'en jouir suivant leur destination (...). Le domaine public n'est donc pour personne, ni même pour l'Etat, un domaine de propriété puisque nul n'en est exclu. Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public, que c'est l'être moral que nous appelons public qui est le vrai possesseur du fonds, et qui doit avoir, au besoin, les avantages de la prescription acquisitive du terrain ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'Etat, le Gouvernement n'exerce qu'un possessoire de protection, pour assurer à tous la jouissance du fonds, et non un possessoire de propriété pour s'attribuer exclusivement les prérogatives ou les avantages attachés au titre de propriétaire exclusif du sol*¹³. »

Cette position sera largement reprise par d'autres auteurs : Fressart¹⁴ notamment, mais aussi F. Laferrière¹⁵ soutiennent également que l'État a un rôle de gardien qui se distingue d'un droit de propriété. A cette époque, la notion de propriété publique est dissoute au profit de la propriété de droit privé qui régit le domaine privé et le droit de garde qui gouverne le domaine public. Or, selon cette conception du rapport entre l'État et son domaine, le droit de garde ne devrait pas entraîner la perception de redevances tirées du domaine. Pourtant, ces redevances sont légion : malgré la suppression des péages très impopulaires, la loi du 15-24 mars 1790 entérine l'existence de redevances tirées de l'utilisation privative du domaine national. Il en va ainsi des « *droits de bac, et des droits concédés pour dédommagement des frais de construction de canaux et tous autres ouvrages d'art*¹⁶. » La loi de finances du 29 juillet 1881 poursuit en ce sens en permettant que l'État puisse percevoir des « *redevances à titre d'occupation temporaire ou de*

¹³ J.-B. Victor Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1^{er} éd., 1833-1834, chap. XV, p. 241-242.

¹⁴ J.-F. Dénoyer, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1969, p. 20., qui cite Fressart à propos des biens du domaine public qui sont détenus par l'État « *non comme propriétaire, mais parce qu'il représente la collection des individus* ».

¹⁵ F. Laferrière, *Histoire du droit français*, tome 2, Paris, éd. Joubert, 1838, p. 225 : l'auteur évoque un « *pouvoir d'administration, de surveillance, d'entretien, de police et de juridiction* », mais pas un droit de propriété.

¹⁶ Art. 13 de la loi du 15-24 mars 1790.

location de produits de toute nature du domaine public fluvial maritime et terrestre et de ses dépendances ».

Cette ambivalence interroge la doctrine : si l'État n'est pas propriétaire du domaine, quel mécanisme juridique lui permet-il de percevoir des redevances d'occupation ? Pour J-B Proudhon¹⁷ l'existence de cette redevance est la manifestation du pouvoir fiscal de l'État et est dénuée de tout lien avec l'idée de propriété. Cette solution sera reprise par le Tribunal des conflits dans une décision de 1965, « *Demoiselle Ruban* » dans laquelle le juge énonce que « *les sommes payées par les usagers d'une autoroute à péage ont le caractère d'une taxe*¹⁸ ».

Pour autant, cette hypothèse ne convainc pas les tenants de la théorie de la garde, qui considèrent que la perception de redevances ne peut se justifier par la seule mise en œuvre du pouvoir fiscal. Certains auteurs soutiennent que le domaine public ne produit pas de fruits mais justifient l'existence de ces redevances comme des ressources subsidiaires permettant son entretien. De cette analyse naît le concept propriété immatérielle publique. Ainsi, A. Batbie énonce qu'il existe également « *un domaine de l'Etat incorporel, qui se compose du droit de pêche dans les rivières navigables et flottables, des péages pour le passage des routes ou des rivières sur des ponts ou bacs et du droit de chasse dans les forêts.*¹⁹ »

¹⁷ J.-B. Victor Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1^{er} éd., 1833-1834, chap. XV, p. 244-245 : « *les immeubles qui appartiennent au domaine public peuvent aussi produire quelques avantages ou être la cause de quelques perceptions utiles pour le Trésor, comme sont les péages qui se paient sur les ponts et sur les canaux de navigation, soit pour être employés à leur entretien, soit pour servir d'indemnité à ceux qui auraient entrepris ces établissements à leurs frais, mais il ne résulte pas de là que les immeubles ou les fonds à raison desquels cette perception de revenus est occasionnellement faite, doivent être classés au rang des fonds productifs et patrimoniaux de l'Etat, parce que leur destination principale n'en est pas moins uniquement le service public et que les perceptions de cette nature sont des impôts indirects perçus sur les navigateurs ou les passants, et non pas un vrai produit du fonds. Et encore, lors même qu'il s'agirait de quelques produits du sol, ils ne seraient toujours perçus par l'Etat que comme mandataire du public, et pour satisfaire aux dépenses d'entretien des services auxquels le fonds est consacré ; mais ils ne pourraient jamais être considérés comme des produits d'épargne appartenant à l'Etat en qualité de propriétaire.* »

¹⁸ TC, 28 juin 1965, *Dlle Ruban c/ Sté de l'autoroute Estérel-Cote d'Azur*, D. 1966. III. 380, note J.-P. Colin ; JCP 1966.I.2002, note A. Legrand.

¹⁹ A. Batbie, *Introduction générale au droit public et administratif*, tome 1, Paris, Librairie du Conseil d'Etat, 1861, p. 214 ; Également en ce sens, voir T. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome 4, Paris, Fontemoing, 7^{ème} éd., 1900, p. 314-316.

Ainsi, dès la fin du XIX^{ème} siècle, l'idée que des propriétés immatérielles peuvent intégrer le domaine public est avancée. Elle survivra aux grandes réformes du droit de la propriété publique jusqu'à l'époque contemporaine. C'est ainsi que la propriété publique sur des créations intellectuelles a été acquise, qui permet d'intégrer dans le patrimoine public des droits de propriété intellectuelle.

Mais il faut également observer dans quelles mesures le droit de la propriété intellectuelle a été progressivement appliqué à des propriétés publiques.

B. Les fondements de l'application du régime de la propriété intellectuelle à des créations publiques.

La notion de monopole d'exploitation est bien antérieure à la naissance des personnes publiques puisqu'on date le premier au 6^e siècle avant JC. Athénée de Naucratis expose dans « *le Banquet des sophistes*²⁰ », écrit au III^e siècle après JC que les habitants de Sybaris, une colonie grecque implantée au sud de l'Italie, accordaient à tout créateur d'une recette originale un droit exclusif d'exploitation d'une durée d'un an. En outre, le titulaire du monopole se voyait alloué une récompense, qui avait pour objet de stimuler la création culinaire des autres citoyens.

A compter de cette période, la notion de monopole d'exploitation sur les créations ne cessera plus jamais d'exister. Les monopoles se multiplient sous l'influence des corporations du moyen-âge, qui demandent que le savoir-faire des artisans soit protégé et qui obtiennent de Charles X que les faussaires qui reproduisent indument leur sceau soient poursuivis au même titre que les faux-monnayeurs.

En Italie, la barge inventée par Filippo Brunelleschi pour transporter les pierres nécessaires à la construction du dôme de la cathédrale de Florence Santa Maria del fiore est protégée par un brevet au début du XV^e siècle. En 1474, la République de Venise adopte la « *parte veneziana* », qui vise à octroyer des avantages à ceux dont les inventions sont à la fois originales, effectives et qui présentent un intérêt pour la collectivité. Le principal privilège accordé aux inventeurs qui réunissent ces conditions est que toute reproduction ou

²⁰ Athénée de Naucratis est un grammairien et érudit grec. *Le Banquet des sophistes, Le Banquet des sages ou Les Deipnosophistes* (en grec ancien Δειπνοσοφισταί) est un ouvrage de l'Antiquité écrit à Rome au III^e siècle, vers 228.

imitation de leur invention sans leur accord est interdite pendant dix ans et passible d'une amende. L'objet principal de cette disposition est d'ordre économique, car elle vise à conserver à Venise les artisans les plus brillants.

Sous l'Ancien régime, la France adopte un système de privilèges accordés aux inventeurs par le roi, qui permet de protéger une invention pouvant faire l'objet d'une exploitation industrielle pendant une vingtaine d'années, sans subir la concurrence des monopoles des corporations. La révolution française provoque la disparition des corporations, mais le privilège accordé à l'inventeur demeure un objet de mobilisation administrative qui selon L. Hilaire-Pérez devient « une cause nationale²¹ ».

La problématique de la réception en droit public de la notion de création intellectuelle est intrinsèquement liée à celle de l'admission de l'existence de propriétés publiques incorporelles.

En effet, le débat sur la nature du droit reconnu à l'inventeur fait débat : comme pour la propriété publique, la nature immatérielle du droit conféré au titulaire d'un brevet soulève des interrogations. Le caractère immatériel de la création rend délicate son adaptation à la propriété et à son caractère absolu. P. Dupin rappelle dans les débats qui précèdent l'adoption de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention : « *à l'inverse des choses matérielles que la propriété concentre dans la main d'un seul, [l'idée] demeure entière pour chacun quoique partagée entre un grand nombre ; elle est comme l'air que tous respirent, comme la lumière qui luit pour tous*²². »

Sur la même idée, P-J Proudhon énonce en 1863 : « *je vois bien, en ce qui concerne l'écrivain, le produit ; mais où est la propriété ? Où peut-elle être ? Sur quel fonds allons nous l'établir ? Allons-nous partager le monde de l'esprit à l'instar du monde terrestre ? Je ne m'y oppose pas si on peut le faire, s'il y a des raisons suffisantes de le faire ; si, par elle-même, une semblable appropriation ne soulève aucune répugnance, ne contient aucune contradiction ; si, sous ce rapport, l'opposition entre*

²¹ L. Hilaire-Pérez, *L'invention technique au siècle des Lumières*, Paris, Albin Michel, 2000, 443 p. Sur la mobilisation administrative, voir Ph. Minard, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, 1998, p. 497

²² A-H. Huard, *Répertoire de législation et de jurisprudence en matière de brevets d'invention*, Paris, Cosse et Marchal, 1863, p. 236.

*le monde physique, susceptible de partage et qui doit être partagé, et le monde intellectuel, incompatible avec l'idée de propriété, n'est pas une des lois organiques de la constitution humaine*²³. »

À cette époque, les conceptions antipropriétaristes gouvernent le domaine public et la propriété intellectuelle. Considérer que l'État peut être titulaire de droits de propriété intellectuelle est donc une hypothèse très marginale. Tel est le cas des décisions précitées de la Cour de cassation, qui la première a reconnu à l'État un droit d'auteur sur un dictionnaire le 27 mai 1803²⁴, ou encore celle du 3 février 1875 du Tribunal civil de la Seine²⁵ à propos de la balle à culot.

Le simple rôle de gardien du domaine public échu à l'État limite le plus souvent son interaction avec la propriété intellectuelle à des hypothèses de mise en œuvre du droit de garde. Dans la décision du Conseil d'État du 3 avril 1936, le Président Josse énonce que « *la collectivité publique, bien plus qu'un particulier, doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée aux droits de l'auteur. La collectivité n'est, en quelque sorte que la gardienne de l'œuvre d'art dans l'intérêt général. Elle ne peut en modifier ou en laisser modifier l'expression sans violer à la fois les droits de l'auteur et ceux du public.* »²⁶

L'admission d'un patrimoine public immatériel s'est progressivement imposée en droit positif, notamment à travers une approche organique de la propriété publique. Aujourd'hui, la mise en œuvre du régime de la domanialité publique est soumise à la condition de l'exercice d'un droit de propriété par une personne publique. Ainsi, l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *le domaine public d'une personne publique est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce*

²³ P.-J. Proudhon, *Les majorats littéraires* 1863, réédité in *Pierre- Joseph Proudhon, la propriété intellectuelle, c'est le vol !* sous la direction de D. Sagot-Duvaurox, Dijon, éd. Presses du réel, 2002. P.-J. Proudhon est parent de J.-B. Victor Proudhon, auteur de *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1^{ere} éd. 1833-1834.

²⁴ Cass., 7 prairial an XI, *Bossange c. Monardier*, Recueil général des lois et des arrêts, Paris, Sirey, [180x]- 1950, première série 1791-1830, 1791 an XII, I, p. 806

²⁵ Trib. civ. Seine, 3 février 1875, *État c. Peigné – Delacour*, S. 1875, 2, p. 148 ; confirmée par CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné – Delacour c/ État*, S. 1877, 2, p. 144.

²⁶ CE, 3 avril 1936, *Sudre*, D. 1936, 3, p. 57, concl. Josse, obs. M. Waline.

cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ce service public ».

L'existence de la propriété publique est reconnue dès lors que celle-ci exprime uniquement l'appartenance d'un bien ou d'un droit à une personne publique.

Il n'est plus contesté que les personnes publiques sont titulaires d'un véritable droit de propriété sur leurs biens, ce qu'a entériné le Conseil constitutionnel par une décision des 25 et 26 juin 1986²⁷ lorsqu'il a énoncé que « *les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques* ».

Dès lors, les dispositions de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique qui énoncent notamment que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la présente loi (...)*²⁸ », sont applicables aux personnes publiques.

Le principe énoncé est parfaitement limpide : l'auteur est le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur son œuvre. La rédaction de cet article témoigne de la volonté du législateur de ne pas exclure explicitement les personnes publiques du bénéfice des droits de propriété intellectuelle sur leurs créations. En outre, l'article 8 de la même loi énonce que « *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Enfin, l'article 13 précise encore que « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, le propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie du droit d'auteur* ».

²⁷ C.C., 25 et 26 juin 1986, n° 86-207 D.C., *Privatisations*, AJDA 1986, p. 575 note J. Rivero.

²⁸ Art. 1 de la loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

Le Conseil d'État est intervenu à deux reprises pour déterminer si la loi du 11 mars 1957 trouvait à s'appliquer aux personnes publiques. Un premier avis du 14 mars 1958²⁹ rappelle la distinction entre l'œuvre de service et la création personnelle de l'agent. Toutefois, dans cet avis, le Conseil d'État ne répond ni sur l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, ni sur l'identité de son titulaire.

Dans un second avis du 21 novembre 1972, le Conseil d'État énonce que les collaborateurs de l'Office français des techniques modernes d'éducation (O.FRA.TE.M.E) ne peuvent pas prétendre à des droits de propriété intellectuelle sur les émissions télévisées et radiophoniques éducatives qu'ils conçoivent. Le juge énonce dans un premier considérant que les droits des agents publics « *sont toujours limités par les nécessités du service* ».

Le juge ajoute encore que « *les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service ; qu'il en est ainsi même au cas où certains collaborateurs du service peuvent prétendre à une part distincte dans la création de certaines œuvres dès lors que cette création a été effectuée par eux dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'aucune disposition de la loi du 11 mars 1957 ni aucune autre disposition législative n'autorise de dérogations aux principes généraux ci-dessus rappelés en accordant un droit de propriété aux fonctionnaires et agents publics sur les créations du service public auxquels ces fonctionnaires et ces agents appartiennent*³⁰ ». Dans cette décision, le juge énonce qu'une personne publique peut être l'auteur d'une œuvre et jouir des droits de propriété intellectuelle qui lui sont attachés lorsque l'œuvre est en rapport direct avec la participation de l'agent auteur à l'objet du service. En d'autres termes, le juge reconnaît que les règles de la propriété intellectuelle peuvent être appliquées à une création publique.

En matière de propriété industrielle, la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention prévoit un ensemble de dispositions spécifiques pour les inventions de salariés du secteur privé qui « *sont également applicables aux agents de l'État, des collectivités publiques, des*

²⁹ Cet avis n'a pas été rendu public, et doit donc être étudié qu'au travers des articles qui le citent. V. Renaudin, *Situation des agents publics au regard de la propriété artistique*, EDCE 58 p. 29.

³⁰ Considérant n°2 de l'avis CE, 21 nov. 1972, *O.FRA.TE.M.E*, Lebon 790, JCP 1976. II. 18283, note Moderne

établissements publics, ainsi que de toutes les personnes morales de droit public, selon des modalités qui seront fixées par décret en Conseil d'État³¹ ».

Ainsi, il est aujourd'hui admis que le régime de la propriété intellectuelle doit être appliqué aux créations publiques.

II. Objet de la recherche.

L'objet de la recherche comporte quatre enjeux principaux. En premier lieu, il s'agit de préciser la notion de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit positif (1). Ensuite, pour affirmer l'unité de la notion, il convient de rechercher l'existence d'un régime commun à l'ensemble des propriétés intellectuelles des personnes publiques.

Pour autant, l'objet de notre recherche sera également de d'établir qu'en dépit de l'existence d'un régime commun à toutes les propriétés intellectuelles des personnes publiques, il existe des règles dérogatoires qui sont la conséquence du caractère exorbitant du droit commun des personnes publiques (2). Enfin, il faut envisager la réaction du droit administratif à l'existence de ces propriétés intellectuelles publiques et aux enjeux économiques qu'elles soulèvent (3).

1. L'identification des propriétés intellectuelles des personnes publiques.

L'un des enjeux de la recherche est de permettre une identification précise de la propriété intellectuelle des personnes publiques. En réalité, la notion est très simple : elle recouvre des propriétés réunissant cumulativement deux qualités. D'une part, il s'agit de propriétés intellectuelles, c'est à dire dont le sort à régir par le Code de la propriété intellectuelle (A). D'autre part, il s'agit de propriétés publiques, c'est à dire qui appartiennent à une personne publique (B).

³¹ Art. 1 paragraphe 5 de la loi n°68-1 du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention.

A. Premier critère : une propriété intellectuelle.

Définir la propriété intellectuelle est une tâche ardue, car les créations intellectuelles sont nombreuses et prennent des formes différentes. Toutefois, il faut ici proposer une formule qui détermine l'ensemble des caractères qui appartiennent au concept de propriété intellectuelle. Cette formule doit s'accompagner d'une énumération illustrative qui permettra d'appréhender la notion de propriété intellectuelle.

P-Y. Gauthier énonce qu'une propriété intellectuelle est une chose qui est née de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative susceptible d'appropriation indépendamment de tout support³². Cette approche permet d'envisager les propriétés intellectuelles en admettant d'autres éléments que la seule appropriation ; elle relève également que la propriété intellectuelle est une propriété immatérielle. En outre, elle rappelle que la source de la création est humaine, et elle fait à ce titre référence implicite à la notion de personne. Cette définition est particulièrement intéressante pour l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques, qui fait intervenir la force créatrice humaine : celle des fonctionnaires de l'administration.

Le caractère immatériel de la propriété intellectuelle appelle néanmoins quelques précisions, car les créations intellectuelles sont presque toujours perceptibles par nos sens : une composition musicale, même si elle ne peut être appréhendée que par l'ouïe, possède tout de même une « matérialité ». La même remarque peut être établie pour un parfum.

A. Lucas et H-J. Lucas énoncent que l'identification de la création est sans lien avec la fixation de l'œuvre sur un support, mais qu'au contraire il suffit que celle-ci existe sous une forme perceptible par les sens³³. C. Carreau énonce opportunément à ce sujet que « *à sa façon, l'œuvre de l'esprit a pour ainsi dire un corps, si l'on admet à*

³² P-Y. Gauthier, *Le contrat bouleversé : l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques*. D. 1990, chron. XXIV, p. 130 n°1.

³³ A. Lucas et H.-J. Lucas, et A. Lucas-Schloetter *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4 éd., 2012, n°58.

*ce rang sa forme d'expression.*³⁴ » La frontière entre l'immatérialité et les choses corporelles repose simplement sur le sens que l'on donne à la notion de « *corps* ».

Dans ces conditions, même si la création intellectuelle peut exister en dehors de toute disposition législative, le Code de la propriété intellectuelle³⁵ constitue un outil intéressant pour délimiter le champ de la propriété intellectuelle. Ainsi, relèvent de la propriété intellectuelle toutes les créations régies par le Code de la propriété intellectuelle.

L'étude du Code de la propriété intellectuelle révèle que la matière est très hétérogène : il peut tout autant s'agir d'inventions, d'œuvres littéraires ou artistiques, que d'emblèmes, de noms ou d'images utilisés dans le commerce.

La propriété intellectuelle comprend ainsi deux volets : d'une part, la propriété industrielle intègre les inventions, les marques, les dessins et les modèles industriels ainsi que les indications géographiques. D'autre part, le droit d'auteur comprend principalement les œuvres littéraires, cinématographiques, musicales, artistiques, ainsi que les œuvres d'architecture.

Mais ces deux catégories ne sont pas étanches : le législateur a troublé l'apparente unité du droit d'auteur en introduisant dans son champ une création technique dont la logique relève de la propriété industrielle : le logiciel³⁶. Le droit communautaire a poursuivi la modification de la matière, jusqu'à créer un droit *sui generis* sur le contenu des bases de données fondé sur la notion d'investissement et non pas de créativité.³⁷

Le législateur ne donne pas de définition de la propriété intellectuelle. D'une part, en matière de droit d'auteur, Ph. Gaudrat relève que « *plutôt que de définir les objets incorporels protégeables, ce qui n'eut pas été sans risque, le législateur procéda en deux temps : il synthétisa, d'abord, une théorie de l'acte créatif. Il délimita, ensuite, les champs*

³⁴ C. Carreau, Droit d'auteur et esprit de l'œuvre, RIDA, n°201, juillet 2004 p. 3 n°9.

³⁵ Loi du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle (JO 3 juill. 1992, p. 8801)

³⁶ Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 tendant à favoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention.

³⁷ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

*culturels dans lesquels la création (interprétation incluse) est prise en charge par la propriété littéraire et artistique. Les objets protégeables se dégagent naturellement du croisement de ces deux développements ».*³⁸

En matière de propriété industrielle, d'autre part, le constat est le même : le législateur ne définit pas la notion. La convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle propose à l'article 1er, alinéa 2 opte pour la définition suivante : *« la protection de la propriété industrielle a pour objet les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale ».*

La difficulté à établir une liste exhaustive des créations protégées par le droit de la propriété intellectuelle est la conséquence sur deux facteurs majeurs : d'abord, la multiplicité des formes de créations qui est en perpétuel développement ; ensuite, le nombre vertigineux de créations, dont certaines peuvent échapper à une énumération exhaustive. Pour cette raison, une approche énumérative doit se faire la plus englobante possible.

La propriété intellectuelle concerne toutes les inventions, qu'elles soient brevetables ou non, qu'elles aient ou non une application industrielle identifiée ; toutes les marques et autres signes distinctifs, déposés ou non, enregistrés ou non, et les logos et slogans qui s'y rapportent, en ce compris les dénominations sociales ; tous les labels, appellations d'origine ou indication de provenance ; toutes les topographies de semi-conducteurs, tous les secrets de fabrique, méthodes commerciales, procédés de laboratoire et autres savoir-faire qu'elle qu'en soit la nature ou l'objet ; tous les certificats d'obtention végétale ; tous les textes (en ce compris les romans, poèmes, pièces de théâtre) et les autres œuvres ou travaux susceptibles d'être protégés par des droits d'auteur (en ce compris les dessins, peintures, sculptures et autres œuvres plastiques, photographies, compositions musicales, films, œuvres d'architecture) ; tous les droits qui portent sur des bases de données, ou sur des noms de domaine quel qu'en soit le suffixe, ainsi que sur des sites Internet, qu'il s'agisse de leur structure, de leur apparence ou de leur contenu.

³⁸ Ph. Gaudrat, *Rép. Civ., Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, septembre 2007 13.p

Plus généralement, la propriété intellectuelle intègre tous les droits existant sur des actifs incorporels susceptibles de correspondre à la protection d'une idée, et toutes les reproductions, quelles qu'en soit la forme, corporelle ou incorporelle, des objets de droits intellectuels ci-dessus énumérés.

B. Second critère : une propriété publique.

Pour être qualifiée de propriété intellectuelle publique, la création intellectuelle doit être intégrée au patrimoine public. Pour cela, le critère organique est retenu : pour qu'une propriété soit publique, elle doit appartenir à une personne publique.

Ph. Yolka a décrit les évolutions de la nature de la propriété publique³⁹. Celle-ci s'est largement affranchie du critère fonctionnel qui permettait de la caractériser par la notion d'affectation. Aujourd'hui, seul le critère organique importe.

Ph. Yolka énonce à ce sujet qu'« *est public le droit de propriété des personnes publiques, qui s'applique aux biens affectés ou non affectés à l'usage public* »⁴⁰. Il ajoute encore qu'« *il faut fonder [la propriété publique] sur un autre élément que son éventuelle affectation, à savoir son rattachement aux personnes morales de droit public (...) Une propriété est dite privée lorsqu'elle appartient à une personne privée ; elle doit être regardée comme publique lorsqu'elle appartient à une personne publique.* »⁴¹

Ainsi, toute création intellectuelle qui appartient à une personne publique est une propriété intellectuelle publique. Pour autant, ainsi que le soulève C. Chamard, « *la notion de biens publics ne peut pas être déterminée par la seule référence à l'élément organique. Il est indispensable, pour que l'on soit en présence de biens publics, que lesdits biens soient effectivement la propriété de personnes publiques* »⁴². En ce sens, il faudra que soit

³⁹ Ph. Yolka, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997, p. 649.

⁴⁰ Ph. Yolka, *op.cit.*, p. 7.

⁴¹ Ph. Yolka, *op.cit.*, p. 562.

⁴² C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Thèse, Lyon, 2004, p. 23

caractérisée une relation de propriété entre la création intellectuelle et la personne publique.

Ainsi, comme le suggère le titre de la thèse, la propriété intellectuelle des personnes publiques désigne l'ensemble des créations, c'est à dire des « propriétés intellectuelles » telles que définies dans le Code de la propriété intellectuelle appartenant à une personne publique.

2. L'unité de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

La propriété intellectuelle des personnes publiques est une notion unifiée à travers l'existence de règles communes (a), mais qui comporte également des règles marginales exorbitantes issues du droit public (b).

a) L'existence de règles communes à la propriété intellectuelle des personnes publiques et des personnes privées.

Évoquer l'unité de la propriété intellectuelle des personnes publiques revient à affirmer qu'il existe un socle de règles communes à la propriété intellectuelle des personnes publiques et privées. L'unité de la propriété intellectuelle est affirmée par de nombreux auteurs tels J. Raynard.⁴³

Pourtant, cette unité n'est pas évidente comme le rappelle C. Caron lorsqu'il écrit que « *la quête d'un droit commun de la propriété intellectuelle n'est pas sans évoquer celle du Graal. En effet, cette discipline se caractérise par une irréductible diversité (...)* »⁴⁴. Il ajoute ensuite que « *le droit d'auteur et le droit de la propriété industrielle semblent appartenir à des univers différents car la logique personnaliste ne saurait être assimilée à une logique économique. Et, au sein même de la propriété industrielle, les droits sur les*

⁴³ J. Raynard, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier* : in Mél. offerts à J.-J. Burst, Litec 1997, p. 527 et s. ; J.-M. Mousseron, Valeurs, biens, droits in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida : Dalloz, 1991, p. 277 ; A. Piédelièvre, Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien in Études de Juglart : LGDJ, 1986, p. 55 s. ; J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, De la propriété comme modèle in Mélanges A. Colomer : Litec, 1993, p. 281 s. V. aussi, Ch. Caron et H. Lécuyer, Droit des biens : Dalloz, coll. connaissance du droit, 2002, passim.

⁴⁴ C. Caron, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP, CDE 2004, n° 4, p. 3 et s.

créations coexistent avec les droits d'occupation sur les signes distinctifs. Pourtant, cette diversité est certainement un trompe-l'œil. »

Ce « *trompe-l'œil* » est révélé par plusieurs éléments du régime de la propriété intellectuelle qui concourent à affirmer son unité : le premier est l'existence d'un Code unique qui rassemble toutes les règles relatives à la propriété intellectuelle. Mais là n'est pas le seul composant de l'unité de la matière : certains concepts récurrents de la propriété intellectuelle sont intangibles. On pense par exemple aux notions invariables de monopole ou d'exclusivité, qui permettent la mise en œuvre de l'action en contrefaçon dans des conditions très similaires quelle que soit la nature de la création, ce que rappelle N. Binctin.⁴⁵

P-Y. Gauthier énonce également qu'un bien intellectuel est une chose « *issue de l'imagination humaine.*⁴⁶ » Cette opinion est largement relayée par Th. Revet qui propose une conception unitaire de la propriété intellectuelle en raison de son origine humaine⁴⁷.

Dans le même sens, S. Visse-Causse avance que « *s'agissant de la propriété intellectuelle, le premier facteur d'unité est le caractère immatériel de l'objet du droit sur lequel est reconnu un droit d'exploitation. (...) Le second facteur d'unité est la création ou l'innovation exigée pour obtenir la protection. C'est là que les droits de propriété littéraire et artistique ou industrielle trouvent leur source. (...) Enfin, troisième facteur, ces droits sont généralement temporaires. Ainsi, le droit d'auteur disparaît soixante-dix ans après la mort de l'auteur, tout comme le monopole lié au brevet disparaît vingt ans après son dépôt. La protection accordée doit avoir un caractère exceptionnel puisque, s'agissant des choses incorporelles, c'est l'absence de droit privatif qui domine, l'appropriation reste l'exception* »⁴⁸.

⁴⁵ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle* : LGDJ, 3e éd., 2014 : la première partie de l'ouvrage est consacrée aux « éléments spécifiques des régimes de propriété intellectuelle » ; la seconde aux « éléments communs de la propriété intellectuelle » dont les éléments communs des prérogatives de propriété, les contrats de la propriété intellectuelle, le droit à la concurrence de la propriété intellectuelle, le droit douanier de la propriété intellectuelle et la contrefaçon.

⁴⁶ P-Y. Gauthier, op. cité. n°14 et n°38.

⁴⁷ Th. Revet, *La force de travail : étude juridique*, Thèse, Montpellier, 1991 n°434.

⁴⁸ S. Visse-Causse, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 1^{ère} éd. 2014, p. 4.

Or, la majeure partie du régime de la propriété intellectuelle des personnes publiques est strictement identique à celui de la propriété intellectuelle des personnes privées. Si l'unité de la propriété intellectuelle est démontrée à titre général, cette unité s'applique donc naturellement à la propriété intellectuelle des personnes publiques.

Certains auteurs recherchent l'unité de la propriété intellectuelle à travers l'application du droit civil des biens. Ainsi, C. Caron écrit que « *c'est surtout le droit des biens qui révèle cette profonde unité et ce droit commun de la propriété intellectuelle. Le droit des biens est l'ensemble des règles juridiques qui organisent les relations entre les personnes et les choses. Il s'intéresse donc aux biens qui peuvent procurer à l'homme une certaine utilité et qui sont, en conséquence, susceptibles d'une appropriation privée. (...) Quoiqu'il en soit, la propriété intellectuelle ne doit pas ignorer ses racines et ses concepts fondateurs. C'est pourquoi il importe de la confronter au droit des biens du Code civil.*⁴⁹ »

Cette approche de la propriété intellectuelle est trop clivante pour intégrer la propriété intellectuelle des personnes publiques. Pourtant, le même auteur a également écrit qu'« *il serait erroné de considérer que l'ensemble du droit d'auteur relève du droit privé. En effet, il arrive que les auteurs soient des fonctionnaires (...), il arrive aussi que les titulaires de droits soient des personnes publiques.*⁵⁰ »

Puisque les personnes publiques peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle, ce n'est pas le « *droit des biens du Code civil* » qui régit les relations qu'elles entretiennent avec leurs créations. Au contraire, pour la partie des créations intellectuelles qui sont dans le domaine public, c'est le droit administratif des biens, issu du Code général de la propriété des personnes publiques qui énonce les règles propres à encadrer les relations entre les personnes publiques et leurs propriétés.

Telle est la subtilité de la propriété intellectuelle des personnes publiques, qui est soumise à des règles dont l'origine est de droit privé, mais également à des règles de droit public. L'un des objets de notre thèse est d'observer comment ces deux régimes distincts s'articulent et se complètent pour organiser la propriété intellectuelle publique.

⁴⁹ C. Caron, préc. JCP, CDE 2004, n° 4, p. 3 et s.

⁵⁰ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013, p. 11.

L'intégration du droit administratif des biens aux côtés du droit des biens issu du Code civil dans le régime de la propriété intellectuelle fait-il obstacle à l'unité de cette dernière ? En d'autres termes, existe-t-il des concepts issus du droit civil des biens et du droit administratif des biens qui sont communs à toutes les branches de la propriété intellectuelle ? La réponse est doublement positive.

D'une part, chacun de ces régimes a intégré la notion de propriété incorporelle. Le droit civil reconnaît l'existence des propriétés incorporelles depuis le droit romain⁵¹. Nous avons précédemment exposé que le droit public des biens avait éprouvé de fortes réticences à recevoir les propriétés immatérielles avant de capituler notamment sous l'influence de l'approche organique de la propriété publique. Aujourd'hui, le droit public et le droit privé réceptionnent sans aucune difficulté les propriétés immatérielles. Le Code de la propriété intellectuelle est totalement irrigué par la notion de propriété immatérielle, non seulement à travers les droits incorporels qu'il consacre, mais également par la reconnaissance de l'existence de droits incorporels sur des choses immatérielles.

D'autre part, le concept de propriété est identique qu'il s'agisse de la propriété intellectuelle, publique ou privée. En réalité, c'est la notion de propriété qui constitue le véritable socle commun de la propriété intellectuelle.

La notion de propriété a été totalement unifiée dans son principe par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 25 et 26 juin 1986⁵² lorsqu'il a affirmé que « *les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques* ».

Ainsi, l'unité de la propriété intellectuelle n'est pas remise en cause par le développement de la propriété intellectuelle des personnes publiques. La diversité des créations

⁵¹ Les cinquante livres du Digeste et des Pandectes de l'Empereur Justinien : Paris, 1803, t. Ier, p. 79 : « *il y a des choses corporelles et des choses incorporelles (...). Les choses incorporelles sont celles qui ne tombent point sous les sens, comme sont celles qui consistent dans un droit.* » Le droit romain réceptionne la notion de propriété incorporelle.

⁵² C.C., 25 et 26 juin 1986, n° 86-207 D.C., Privatisations, AJDA 1986, p. 575 note J. Rivero.

intellectuelles et de la nature des créateurs n'interdit pas l'unité de la propriété intellectuelle. Cette stabilité s'explique par le fait que la propriété des personnes publiques s'est développée en s'inspirant de la propriété privée, ce qui a pour conséquence qu'elles partagent un certain nombre de valeurs communes qui les rendent tout à fait compatibles.

b) Le caractère spécifique de certaines règles propres la propriété intellectuelle des personnes publiques.

Si le principe de l'unité de la propriété intellectuelle des personnes publiques peut être affirmé, l'application des règles de la propriété intellectuelle aux personnes publiques ne va pas sans soulever quelques difficultés, car le statut exorbitant de ces dernières provoque l'apparition de règles isolées dérogatoires à la propriété intellectuelle, issues du droit public.

Ce sont ces règles exorbitantes du droit commun de la propriété intellectuelle des personnes publiques qui intéressent particulièrement notre étude. Constaté que la propriété intellectuelle des personnes publiques respecte le droit de la propriété intellectuelle, c'est confirmer que les personnes publiques peuvent se voir appliqué un régime de droit privé⁵³. Démontrer que la propriété intellectuelle des personnes publiques comporte des règles exorbitantes du droit commun, c'est affirmer que ce régime est intègre le droit public.

La propriété intellectuelle des personnes publiques est donc un régime hybride, qui a pour socle la propriété intellectuelle, mais qui comporte également des dispositions exorbitantes du droit commun, qu'il s'agisse de prérogatives élargies ou d'obligations renforcées par rapport au droit privé.

L'existence de ces prérogatives et obligations exorbitantes du droit commun remet-elle en cause le principe d'unité de la propriété intellectuelle publique ? La réponse est négative pour deux raisons.

⁵³ V. sur ce point B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon-Assas, 2003.

D'une part, ces règles exceptionnelles demeurent très marginales car elles sont limitées à des hypothèses restreintes que nous aborderons dans le cadre de nos développements.

D'autre part, la propriété intellectuelle comporte des règles différentes pour chaque type de création, sans que cela ne remette en question l'unité qu'elle tire des règles communes à toutes les créations. Pour cette raison, les prérogatives exorbitantes du droit commun qui caractérisent la présence des personnes publiques ne remettent pas en cause l'unité de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

3. L'incidence de la propriété intellectuelle des personnes publiques sur le droit administratif.

La propriété intellectuelle des personnes publiques est un objet d'étude pertinent en ce qu'il contribue à opérer la mutation contemporaine du droit administratif (a), particulièrement dans la logique de valorisation du patrimoine public (b).

a) La propriété intellectuelle des personnes publiques traduit les mutations contemporaines du droit administratif.

Les mutations contemporaines du droit administratif sont nombreuses⁵⁴ mais c'est l'une d'entre elles qui retient ici notre attention : l'évolution des prérogatives exorbitantes du droit commun, dont la propriété intellectuelle des personnes publiques est un parfait exemple.

Les personnes publiques sont investies de prérogatives exorbitantes du droit commun qui leur permettent de jouir de prérogatives particulièrement étendues mais qui les soumettent également à des obligations renforcées. P. Duez et G. Debeyre ont écrit à ce propos que le droit administratif est « *un droit spécial et autonome qui a ses propres règles exorbitantes du droit civil.*⁵⁵ »

⁵⁴ CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993.

⁵⁵ P. Duez et G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, n° 11.

J. Rivero a écrit en 1953 que ces règles exorbitantes sont pour certaines, par rapport au droit privé, des « plus », c'est à dire des prérogatives exorbitantes, et pour d'autres des « moins », des sujétions exorbitantes.⁵⁶

Même si certains auteurs comme V. Dufau⁵⁷ ont étudié ces sujétions exorbitantes, la majorité des ouvrages se focalisent davantage sur les prérogatives exceptionnelles des personnes publiques. La raison est la suivante : le droit administratif a longtemps été envisagé principalement comme un droit autoritaire⁵⁸ des personnes publiques sur les administrés, et les prérogatives exorbitantes du droit privé incarnent pleinement cette autorité. Ces pouvoirs étendus permettent que la règle selon laquelle « *l'intérêt particulier doit s'incliner devant l'intérêt général*⁵⁹ » soit respectée.

Aujourd'hui, cette vision uniquement autoritaire du droit administratif est remise en cause, et l'on s'attache à voir au-delà de son caractère inégalitaire. Ainsi, M. Letourneur écrit que le droit administratif « *a pour objet essentiel de déterminer les rapports entre, d'une part, des collectivités publiques, qui, agissant dans un but d'intérêt général, sont, de ce fait, investies de pouvoirs spéciaux, et, d'autre part, des particuliers qui, n'étant mus que par des mobiles d'ordre privé, doivent s'incliner devant des impératifs plus puissants, mais qui, en leur qualité de citoyens, jouissent de droits comportant un minimum incompressible.*⁶⁰ »

A divers égards, le droit administratif se banalise⁶¹ en se rapprochant du droit privé, et force est de constater qu' « *un élément essentiel semble en effet lentement décliner : la croyance en la transcendance de l'État sur les personnes privées, de l'intérêt général sur les intérêts particuliers.*⁶² »

Ce phénomène est la conséquence de la transformation du droit administratif dont la création d'un Code des relations entre le public et l'administration en vigueur au 1^{er} janvier 2016 est l'une des manifestations. J. Chevallier constate ainsi que les administrés

⁵⁶ J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* RD publ. 1953, p. 279

⁵⁷ V. Dufau, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*. L'administration sous la contrainte, L'Harmattan, 2000.

⁵⁸ L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, sur l'effacement de l'individu au profit de l'État.

⁵⁹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, tome 2, 3e éd., 1930, p. 3 ; B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, tome 1, 2016, p. 282.

⁶⁰ M. Letourneur, *Quelques réflexions sur la codification du droit administratif*, in *Mélanges Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277

⁶¹ J-B. Auby, *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, in *Mélanges Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3

⁶² F. Melleray, *L'exorbitance du droit administratif en questions*, AJDA 2003. 1961.

deviennent des citoyens⁶³, et H. Pauliat que les usagers des services publics se comportent comme des consommateurs⁶⁴.

Cette nouvelle approche de la relation entre le public et l'administration est fondée sur un rapport moins inégalitaire⁶⁵. Or, remettre en cause l'inégalité entre le public et l'administration conduit nécessairement à restreindre les prérogatives exorbitantes du droit commun, qui sont considérées comme l'objet même de ce déséquilibre.

Ainsi, la diminution progressive des prérogatives exorbitantes du droit commun est un courant majeur de la mutation du droit administratif. L'infléchissement des prérogatives exceptionnellement étendues des personnes publiques s'accompagne également, ce qui peut surprendre, de la critique de leurs sujétions exorbitantes du droit commun. Mais il ne faut pas se méprendre : la critique des sujétions spécifiques aux personnes publiques est la conséquence d'une logique de rentabilité financière qui considère comme une entrave les dispositions spécifiques empêchant l'application du droit privé aux opérations économiques publiques.

A ce propos, F. Melleray écrit qu' « *on pourrait a priori considérer que les critiques faites aux prérogatives exorbitantes ne valent pas à l'égard des sujétions exorbitantes qui ne préjudicient généralement pas aux intérêts personnels des administrés voire même leur profitent. Ce serait trop vite oublier que la critique libérale du droit administratif comporte non seulement un volet strictement politique (l'administré ne doit pas être placé dans une situation de soumission excessive vis-à-vis de l'administration) mais aussi un volet plus économique (le droit privé est le seul permettant d'optimiser la performance économique des activités, qu'elles soient publiques ou privées, et toutes les restrictions et autres atteintes à la libre concurrence sont suspectes). Autrement dit, les sujétions exorbitantes sont désormais souvent considérées comme des freins, comme des rigidités, comme des contraintes contraires à une saine logique managériale.* »⁶⁶

⁶³ J. Chevallier, *La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? Sur la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, D. 2000, Chron. p. 575

⁶⁴ H. Pauliat, *Usager, client, consommateur du SPIC local*, in Jean-Bernard Auby et Stéphane Braconnier, *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, 2003, p. 81

⁶⁵ Cette question a fait l'objet d'un colloque *Puissance publique ou impuissance publique ? Une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens*, AJDA 1999, n° spécial.

⁶⁶ F. Melleray, préc. AJDA 2003. 1961

La propriété intellectuelle des personnes publiques est l'illustration idéale de ce propos : elle présente peu de prérogatives exorbitantes du droit commun, et les sujétions exceptionnelles auxquelles elle soumet les personnes publiques sont limitées à la satisfaction des demandes de cette nouvelle forme de clientèle formée par les usagers du service public, et à la conservation du domaine public.

c) La propriété intellectuelle des personnes publiques s'inscrit dans une démarche de valorisation des actifs publics.

Les mutations contemporaines du droit administratif concourent à satisfaire une logique de performance économique du secteur public. La propriété intellectuelle des personnes publiques est partie intégrante de ce processus.

D'une part, l'État a progressivement pris conscience que les personnes publiques génèrent un volume considérable de propriétés intellectuelles par leurs activités. Mais ce n'est que très récemment qu'il a intégré que le patrimoine intellectuel public constitue une manne financière pour les finances publiques. Ainsi, la Commission sur l'économie de l'immatériel énonce en introduction de son rapport sur l'économie de l'immatériel qu' « *aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel.*⁶⁷ » L'heure est désormais à la valorisation des secteurs réputés rentables.

Mais l'exploitation de ces ressources n'est pas chose aisée, dès lors que les personnes publiques ne sont pas spécialistes de la propriété intellectuelle. Ce constat emporte deux conséquences : d'une part, les personnes publiques sont assez confuses dans l'identification de leurs propriétés intellectuelles ; d'autre part, elles n'ont pas les connaissances nécessaires en matière de propriété intellectuelle pour les valoriser, les protéger et à les exploiter. Par nature, les personnes publiques raisonnent plus volontiers en termes de propriété publique et de domanialité.

⁶⁷ Commission sur l'économie de l'immatériel, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, sous la direction de M. Lévy et J.-P. Jouyet, Paris, La Documentation Française, 2006., p. I.

Pour autant, ces réflexes ne sont pas totalement compatibles avec la logique de valorisation du patrimoine intellectuel public. A ce sujet, J. Caillosse a introduit la question de la comptabilité des règles de droit public avec une logique de performance économique : « *parce qu'il renvoie à une conception désuète de la propriété publique, inaliénable et imprescriptible, le régime juridique des biens publics, à force de dissuader l'initiative économique, oblige parfois à des attitudes ou des montages fragiles, toujours susceptibles de provoquer des procès.*⁶⁸ »

Plus particulièrement, J. Caillosse fustige une forme de contreperformance économique de la domanialité publique lorsqu'il écrit que : « *le droit de la domanialité publique décourage l'investissement, y compris là où il pourrait se faire rentable (...). Cet effet dissuasif est facilement explicable. Le domaine public est tout entier et par principe soustrait au droit de la propriété privée. Les règles qui le régissent ont surtout été conçues pour soumettre les usages sociaux auxquels il est affecté à des exigences d'ordre public. Il faut entendre par là que la notion de domaine public n'a pas été construite avec l'intention de mieux servir des activités économiques privées. Sans être réfractaire à l'idée d'échanges marchands, la domanialité publique s'est affirmée comme le régime destiné à rendre visible un intérêt général irréductible à la logique de l'entreprise.*⁶⁹ »

Pourtant, en matière de propriété intellectuelle, le domaine public présente des avantages dont ne dispose pas la domanialité privée. En effet, il y a dans la domanialité publique des valeurs essentielles de protection telles que l'obligation d'entretien qui sont mieux adaptées à la propriété intellectuelle que la domanialité privée pratiquée. Mais les procédés actuels de la domanialité publique ne sont pas adéquats, et c'est là qu'il faut préférer ceux du droit spécial de la propriété intellectuelle. En somme, le carquois ne contient pas les bonnes flèches : c'est un axe de réflexion qui sera développé dans la thèse.

La réduction des prérogatives exorbitantes du droit commun et le recul de la domanialité publique en matière de propriété intellectuelle des personnes publiques sont autant de manifestations de l'évolution contemporaine du droit administratif liés aux nouveaux enjeux de valorisation et de rentabilisation du patrimoine public.

⁶⁸ J. Caillosse, *Le droit administratif contre la performance publique ?*, AJDA 1999, p. 195

⁶⁹ J. Caillosse, préc., AJDA 1999, p. 195, ou sur le même thème : J. Caillosse, *Faut-il en finir avec la domanialité publique ?*, Et. foncières 2002, n° 100, p. 7

L'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) créée le 23 avril 2007⁷⁰ a pour mission d'accompagner les personnes publiques vers une gestion optimisée de leurs actifs immatériels que sont principalement les marques, les savoir-faire, et plus généralement les créations intellectuelles immatérielles. La création de cette agence spécialisée qui dépend du ministère des finances correspond à la nécessité de proposer aux personnes publiques un service de conseil technique sur les choix stratégiques à opérer en matière de gestion de leurs créations intellectuelles. L'APIE est également chargée de « *sensibiliser les administrations aux enjeux de la gestion de leur patrimoine immatériel en proposant des actions de formation et en veillant à la diffusion de bonnes pratiques dans les domaines relevant du champ de l'immatériel public*⁷¹ ».

L'un des axes de travail principaux de l'APIE est donc de favoriser la valorisation des propriétés immatérielles publiques, et donc des propriétés intellectuelles des personnes publiques. Mais quel sens donner à la notion de valorisation économique des propriétés immatérielles ?

Jean-Bernard Auby la définit comme « *la volonté d'optimiser, sur le plan économique, le patrimoine en lui donnant l'usage le plus rentable ou en le mettant à la disposition de partenaires extérieurs.*⁷² » J-D. Dreyfus⁷³ propose de rattacher la notion de valorisation à l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de la décision du Conseil constitutionnel du 12 févr. 2009.⁷⁴ Y. Gaudemet énonce que la notion de valorisation du patrimoine des personnes publiques « *n'est pas seulement la maximisation du profit qu'elle peut en retirer (...); si elle inclut, à des degrés divers, cette exigence de rentabilité, elle a aussi pour objectif la satisfaction ou la recherche d'une meilleure satisfaction d'un intérêt général.*⁷⁵

⁷⁰ Arrêté du 23 avril 2007 NOR: ECOP0751395A portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat ».

⁷¹ Art. 2 I°2) de l'arrêté du 23 avril 2007 NOR: ECOP0751395A préc.

⁷² J-B. Auby, *Le patrimoine hospitalier et l'évolution du droit des propriétés publiques*, Rec. D. 1993. 296.

⁷³ J-D. Dreyfus, *La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel*, AJDA 2009. 696.

⁷⁴ Cons. Cons. déc. n° 2009-575 DC du 12 févr. 2009, loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

⁷⁵ *La réforme du droit des propriétés publiques*, Université Paris II, Institut de la gestion déléguée, Paris, 28 janv. 2004, numéro spécial LPA, 23 juill. 2004, n° 147, Y. Gaudemet et L. Deruy, Les travaux de législation privée - Le rapport de l'institut de la gestion déléguée, p. 11.

L'APIE est venue lever les doutes sur le sens à donner à la notion de valorisation en établissant que « *valoriser signifie ainsi à la fois savoir identifier les actifs immatériels ; savoir les exploiter efficacement pour mieux remplir sa mission de service public ; inscrire, lorsque c'est possible, la valeur de ces actifs au bilan des états financiers des organismes publics ; optimiser la mise à disposition de ces actifs, notamment auprès des entreprises, des citoyens, des chercheurs, ou d'autres administrations qui peuvent les utiliser pour innover, développer ou consolider leur activité. Cette diffusion peut selon les cas s'opérer à titre gratuit ou payant ; développer des services à valeur ajoutée sur la base de ces actifs dans le prolongement des missions de service public et pour répondre à des besoins d'acteurs privés ou publics ; protéger ces actifs contre les risques d'appropriation indue.*⁷⁶ »

Cette définition énonce que la valorisation n'est pas uniquement financière : au contraire, les enjeux de la valorisation sont multiples. Ils peuvent être financiers, mais également complètement étrangers à la logique de rentabilité. C. Malwé écrit à ce sujet que la valorisation peut avoir pour objet de « *participer à l'accomplissement des missions de diffusion dont sont en charge certains services publics. Il en est ainsi dans le domaine de la recherche où les politiques d'exploitation des droits de propriété intellectuelle servent au transfert de technologie, à la diffusion des connaissances scientifiques et à la constitution d'un patrimoine intellectuel commun.* » Elle ajoute ensuite qu' « *il en est de même pour les établissements culturels, pour lesquels la notion de diffusion s'entend de l'accès du plus grand nombre à un service public, notamment pour pallier les difficultés posées par l'éloignement géographique de ce dernier et les limites qui existent à son accès matériel. Cette action de porter à la connaissance du public le plus large exige d'aller au-delà des limites qu'impose la rentabilité à l'initiative privée. L'objectif affiché ne s'inscrit donc pas dans une logique d'exploitation commerciale - c'est la dimension pédagogique, culturelle, éducative ou d'amélioration du service public qui est privilégiée -, même si les modes de réalisation de la mission de diffusion (autrement dit, ses moyens*

⁷⁶ Agence du Patrimoine immatériel de l'État (APIE) *Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?*, coll. « Ressources de l'immatériel », déc. 2011.

*d'accomplissement peuvent s'apparenter à des modes marchands relevant de l'exploitation commerciale du patrimoine immatériel public.*⁷⁷ »

Ainsi, les propriétés intellectuelles publiques peuvent être valorisées en dehors de toute rentabilité financière. C'est le cas de l'open data, véritable politique de valorisation non-financière de l'ensemble des informations collectées et compilées par les personnes publiques dans le cadre de leur mission de service public. Le bénéfice attendu de l'open data est la transparence de l'action publique, la participation des citoyens à la prise de décisions publiques, pour favoriser la confiance et l'implication du public dans l'action de l'État. Ouvrir les données publiques et autoriser leur réutilisation n'a pas de bénéfice financier immédiat pour les personnes publiques.

Lorsque la valorisation est financière, en matière de propriété intellectuelle, l'évaluation des actifs n'est pas aisée : l'exemple du musée du Louvre est à cet égard très parlant. Évalué à près d'un milliard d'euros dans le cadre de l'opération d'Abu Dhabi⁷⁸, le musée du Louvre a fait l'objet d'un audit basé sur les méthodes des marchés financiers pour estimer sa valeur comme marque, mais aussi comme consultant international en matière muséale.

Ainsi, les caractéristiques du régime propriété intellectuelle des personnes publiques s'inscrivent dans la logique des mutations contemporaines du droit administratif, guidé vers une logique de performance qui requiert une banalisation du droit public par un rapprochement avec les mécanismes issus du droit privé.

⁷⁷ C. Malwé, *Valorisation du patrimoine immatériel: de quoi parle-t-on?* AJCT 2013, 120

⁷⁸ Dans le cadre de l'accord relatif à la réalisation d'un musée universel entre la République française et les Emirats arabes unis en application duquel la marque Louvre a été concédée.

III. Délimitation.

Le périmètre de la thèse est déterminé par un double critère. D'une part, par un critère matériel : la propriété intellectuelle ; d'autre part, par un critère organique : les personnes publiques. Le choix de l'expression « la propriété intellectuelle des personnes publiques » permet ainsi de délimiter le spectre de la recherche. Pour autant, le choix de cette expression n'est pas neutre.

A notre sens, l'expression « propriété intellectuelle des personnes publiques » doit être préférée à celle de « patrimoine intellectuel public » : la notion de patrimoine est définie par le Code du 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* ». Cette définition peut induire le lecteur en erreur en lui faisant croire que les collections des musées et des bibliothèques publiques sont intégrées dans la notion de « patrimoine intellectuel public ». Or, l'objet de notre thèse ne vise pas l'ensemble des biens présentant un intérêt artistique, esthétique, scientifique ou technique. Au contraire, l'objet de notre recherche est de déterminer quel est le droit applicable aux situations dans lesquelles les personnes publiques exercent des droits de propriété intellectuelle.

En 1991, C. Blaizot-Hazard intitulait sa thèse « les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français ». Elle faisait alors référence à un ensemble de droits issus de la propriété intellectuelle mais propres à chaque type de créations⁷⁹, abordant la propriété intellectuelle comme un ensemble de droits différents soumis à des régimes distincts. Une conception unifiée de la propriété intellectuelle s'oppose à cette présentation fragmentée des droits de propriété intellectuelle. C. Malwé énonce à ce sujet que « *sous la pression de la valorisation économique, les différentes fonctions propres aux droits de la propriété intellectuelle se sont sensiblement effacées pour laisser la place à une conception « unitaire » de la propriété publique incorporelle, envisagée comme une masse globale de biens voués à la rentabilité.*⁸⁰ » La solution se situe quelque part entre ces deux visions opposées.

⁷⁹ C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1991 p. 21.

⁸⁰ C. Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, Thèse,

L'unité de la propriété intellectuelle est démontrée en droit privé, et cette unité n'est pas remise en cause par la présence des personnes publiques comme titulaires de droits de propriété intellectuelle. Pour autant, il ne faudrait pas croire que la propriété intellectuelle disparaît dans le champ des propriétés publiques incorporelles : la propriété intellectuelle des personnes privées n'est pas confondue avec les droits de propriété incorporels. Pourquoi, donc, opérer cette confusion dans le volet public de la question ? Il faut donc prudemment considérer que les droits de propriété incorporels intègrent les droits de propriété intellectuelle mais que la propriété intellectuelle demeure une matière identifiée à part entière. L'un des principaux arguments en faveur de cette opinion est l'existence de droits moraux propres à la propriété intellectuelle qui en fait certes des propriétés incorporelles, mais très spécifiques.

Un autre point doit ici être soulevé : le recours à l'expression « propriété intellectuelle » fait traditionnellement référence à un acte créateur⁸¹. Pour cette raison, entendue strictement, la notion de propriété intellectuelle comprend le droit d'auteur et la propriété industrielle, et exclut les signes distinctifs tels que les marques. Ce n'est pas cette acception de la propriété intellectuelle qui est retenue dans la thèse, dès lors que le Code de la propriété intellectuelle lui-même consacre une vision très extensive de la matière en consacrant un livre septième aux « *marques de fabrique, de commerce ou de service, et autres signes distinctifs* »⁸², tels que les appellations d'origine. Envisager la propriété intellectuelle des personnes publiques et refuser l'approche extensive de la notion de propriété intellectuelle adoptée par le Code serait très paradoxal. Pour cette raison, l'expression « propriété intellectuelle » telle qu'envisagée extensivement par le Code correspond parfaitement à l'objet de notre étude.

Enfin, l'expression « propriété intellectuelle des personnes publiques » permet d'affirmer le critère organique de la notion. D'une part, elle permet de mettre en

Nantes, 2008 p. 93

⁸¹ A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, préc. p. 29, n°24.

⁸² Code de la propriété intellectuelle, art. L. 711-1 à L. 721-1 et R. 712-1 à R. 811-3.

avant la publicisation de la propriété intellectuelle, dès lors qu'elle affirme sans détour que les personnes publiques peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle. En outre, elle a l'avantage de valoriser les « personnes », ce qui est primordial quand on connaît *l'intuitu personae* très fort qui gouverne le droit de la propriété intellectuelle, à travers notamment le droit moral.

Il faut donc préférer l'expression « propriété intellectuelle des personnes publiques » à celle de « propriété publique intellectuelle », qui met l'accent sur l'application du droit administratif des biens au détriment de l'identité du titulaire des droits, alors que c'est la présence d'une personne publique qui conditionne l'application du régime de la propriété publique.

IV. Problématique et plan.

Le statut exorbitant des personnes publiques conduit à s'interroger sur les modalités de l'application du droit de la propriété intellectuelle aux créations intellectuelles publiques. En effet, les prérogatives élargies dont elles disposent et les obligations renforcées auxquelles elles sont soumises conduisent à s'interroger sur la propension du droit de la propriété intellectuelle à s'articuler avec le droit public, et inversement.

En d'autres termes, l'existence de créations intellectuelles publiques conduit à s'interroger sur le droit qui leur est applicable : s'agit-il du seul droit de la propriété intellectuelle, ou bien la spécificité des personnes publiques impose-t-elle l'application d'un régime exorbitant du droit commun ?

Il faut considérer que le régime de la propriété intellectuelle des personnes publiques est très majoritairement identique à celui des personnes privées, sauf dans les cas où survient une prérogative ou une obligation exorbitante du droit commun caractéristique de la présence d'une personne publique.

L'idée de cette thèse est la conciliation de ces deux régimes qui n'ont *a priori* rien de commun. A première vue, tout les oppose, à commencer par la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé, ainsi que leur objet, dès lors que le Code de la propriété

intellectuelle porte sur des droits incorporels que le droit public des biens a longtemps hésité à intégrer. Pourtant, il n'existe en réalité aucune antinomie entre le droit public et la propriété intellectuelle, mais on contraire une forme de complémentarité qui sera développée.

Ainsi, nous tenterons de démontrer dans chaque partie que ce n'est pas le droit public *contre* la propriété intellectuelle qui gouverne le droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques, mais au contraire le droit public *et* la propriété intellectuelle.

Cette analyse croisée s'effectuera en recherchant ce que l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle respectivement sur le droit public et sur le droit de la propriété intellectuelle.

In fine, seules les prérogatives et les sujétions exorbitantes des personnes publiques perturbent l'application normale du droit de la propriété intellectuelle aux créations intellectuelles des personnes publiques. Cependant, le recul du régime exorbitant du droit commun des personnes publiques et le rapprochement avec les règles applicables aux personnes privées interdit de restreindre notre étude aux seules attributions et sujétions exceptionnelles des personnes publiques.

La thèse avance une présentation en deux parties. La première partie est consacrée aux prérogatives des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle et précise en quoi l'existence d'avantages exorbitants du droit de la propriété intellectuelle au bénéfice des personnes publiques est justifiée par la satisfaction de l'intérêt général (Partie 1). La seconde partie développe les obligations des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle, et particulièrement le renforcement de la sujétion des personnes publiques à certaines règles du droit public qui doivent être conciliées avec l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle (Partie 2).

PARTIE 1 : LES PRÉROGATIVES DES PERSONNES PUBLIQUES.

La première partie de la thèse sera consacrée aux prérogatives des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle. L'objet de cette partie n'est pas d'énumérer toutes les prérogatives issues de la propriété intellectuelle dont jouissent les personnes publiques sur leurs créations intellectuelles. Une telle démarche reviendrait à observer chaque prérogative accordée par Code de la propriété intellectuelle au titulaire des droits de propriété intellectuelle sur une création, et vérifier si les personnes publiques peuvent en bénéficier. Or nous savons que les prérogatives accordées par le Code au titulaire des droits de propriété intellectuelle sur une création sont identiques qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée.

Dès lors, l'intérêt de notre étude réside dans l'observation des prérogatives exceptionnellement étendues des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle qui ne figurent pas dans le Code de la propriété intellectuelle. De ce point de vue, les prérogatives des personnes publiques en matière d'acquisition des créations intellectuelles sont intéressantes. En effet, les personnes publiques disposent non seulement des procédés d'acquisition prévus par le Code, mais également de procédés exorbitants du droit de la propriété intellectuelle qui sont justifiés par la satisfaction de l'intérêt général (Titre I).

En revanche, les prérogatives des personnes publiques en matière de gestion de leurs créations intellectuelles sont très largement limitées à celles prévues par le Code de la propriété intellectuelle (en grande partie en raison du recours préférentiel à la domanialité privée). Ce constat s'explique en partie par le fait que la gestion des créations intellectuelles des personnes publiques satisfait davantage leurs intérêts patrimoniaux que l'intérêt général (Titre II).

TITRE I

DES PREROGATIVES POUR L'ACQUISITION DES CREATIONS INTELLECTUELLES INSPIREES PAR L'INTERET GENERAL.

Les personnes publiques (comme les personnes privées) sont confrontées à la l'intégration des créations intellectuelles dans leur patrimoine dans deux hypothèses : elles peuvent produire elles-mêmes des créations intellectuelles et ainsi devenir titulaires des droits de propriété intellectuelle en tant que créateur, ou acquérir les droits de propriété intellectuelle sur la création d'autrui.

Le Code de la propriété intellectuelle comprend toutes les dispositions applicables aux auteurs d'une œuvre de l'esprit et aux inventeurs. Pour cette raison, lorsque les personnes publiques sont à l'origine d'une création intellectuelle, elles sont soumises au régime du Code de la propriété intellectuelle (Chapitre 1). Dans cette situation, il n'y a aucune raison que des prérogatives exorbitantes du droit de la propriété intellectuelle interviennent : le Code satisfait pleinement aux exigences de la propriété intellectuelle des personnes publiques. Ce constat entérine le fait que l'activité de création est l'élément déclencheur de la titularité des droits de propriété intellectuelle, peu importe que le créateur soit une personne publique ou privée.

A l'inverse, l'acquisition des droits de propriété intellectuelle sur la création d'autrui fait intervenir des prérogatives de puissance publique (Chapitre 2). D'une part, la présence d'une personne publique dans le contrat d'acquisition des droits de propriété intellectuelle sur la création d'autrui peut emporter la qualification de contrat administratif, en application du critère organique du contrat administratif.⁸³ D'autre part, le droit public organise des régimes exorbitants du droit commun tels que celui des marchés publics, ou des acquisitions par voie de contrainte en matière de propriété intellectuelle lorsque l'intérêt général le commande.

⁸³ Même si cette position est désormais à nuancer : F. Lichère, *L'évolution du critère organique du contrat administratif*, RFDA 2002. 341

Chapitre 1 – L’acquisition par des procédés de droit commun.

Le Code de la propriété intellectuelle a été conçu autour de la notion d’acte créateur, qui déclenche l’application du droit de la propriété intellectuelle. Pour cette raison, le Code de la propriété intellectuelle est parfaitement adapté à la situation dans laquelle la personne publique est à l’origine d’une création intellectuelle.

Ainsi, l’appropriation par les personnes publiques des œuvres et inventions qu’elles ont créées est entièrement régie par le Code de la propriété intellectuelle, et le recours à des dispositions exorbitantes du droit de la propriété intellectuelle est marginal. Cette affirmation contribue à démontrer que la propriété intellectuelle des personnes publiques est une matière unifiée.

Pourtant, il existe presque autant de régimes d’appropriation que de formes de créations intellectuelles. Pour harmoniser ces régimes spéciaux, le Code de la propriété intellectuelle distingue deux familles de créations intellectuelles : d’une part, les créations intellectuelles appropriables par le droit d’auteur, et d’autre part celles dont l’appropriation est régie par les règles de la propriété industrielle.

Il convient de distinguer les deux hypothèses dans lesquelles une personne publique est susceptible de devenir titulaire des droits de propriété intellectuelle sur une création. D’une part, la propriété sur une création peut s’acquérir *ab initio* (Section 1), c’est à dire que dès l’origine, la personne publique est réputée titulaire des droits de propriété intellectuelle. D’autre part, les personnes publiques peuvent être titulaires des droits de propriété intellectuelle sur les créations réalisées par les agents publics, qu’il s’agisse d’œuvres de l’esprit ou de créations industrielles (Section 2).

Section 1 – L’acquisition des créations intellectuelles à titre originaire.

L’acquisition des créations intellectuelles à titre originaire correspond à la situation où la personne publique est réputée propriétaire d’une œuvre ou d’une invention dès sa création. Cela signifie que la propriété de la création n’est pas le résultat d’une cession : la personne publique est réputée en être l’auteur ou l’inventeur *ab initio*.

L’acquisition à titre originaire prend deux formes opposées selon qu’elle s’applique aux créations littéraires et artistiques ou aux créations industrielles. Dans la première hypothèse, l’appropriation des créations littéraires et artistiques est soumise au régime du droit d’auteur, qui s’applique du seul fait de la création, sans qu’aucun formalisme ne soit requis. Le Code de la propriété intellectuelle énonce que l’auteur est par principe le titulaire originaire des droits, ce qui implique que la personne publique auteure est investie des droits de propriété intellectuelle sur sa création littéraire et artistique dès l’origine (Sous-section 1).

En matière de créations industrielles, le Code de la propriété intellectuelle applique un régime très différent, soumis à un formalisme rigoureux qui consiste dans un enregistrement auprès d’un office national de la propriété intellectuelle tel que l’Institut national de la propriété intellectuelle, ou international pour étendre la protection. Le titulaire originaire des droits sur une création industrielle est donc le premier déposant (Sous-section 2).

Dans ces deux hypothèses, nous chercherons à démontrer que la propriété intellectuelle des personnes publiques fait une application rigoureuse du droit de la propriété intellectuelle. L’objet de notre démonstration sera de montrer que les modes d’acquisition originaires de la propriété intellectuelle sont les mêmes pour les personnes publiques et pour les personnes privées, exception faite des dérogations ponctuelles relatives au statut exorbitant du droit commun des personnes publiques.

Sous – section 1 : L’appropriation à titre originaire des créations littéraires et artistiques : le droit d’auteur.

La notion de droit d’auteur se situe à la frontière de plusieurs régimes et notions juridiques distincts qui en font un régime très spécifique, et dont le particularisme doit être apprécié. Ainsi, le droit d’auteur est apparenté avec la notion de privilège, de droit de propriété et des droits de la personnalité.

Le droit d’auteur des personnes publiques a pu être considéré comme contrenature d’une part en raison de la personnalité morale des personnes publiques⁸⁴ et d’autre part selon une vision restrictive de l’activité des personnes publiques.

Ainsi, nous verrons que la nature droit d’auteur des personnes publiques n’est pas différente de celle des personnes morales de droit privé (I) et que le régime du droit d’auteur permet l’appropriation par les personnes publiques de créations intellectuelles dans des conditions identiques aux personnes morales de droit privé (II).

I. Origine du droit d’auteur des personnes publiques.

L’évolution du droit d’auteur est en elle-même singulière car l’humanité, avant de rechercher la possession de biens matériels et immatériels, a développé une activité de création artistique d’une variété et d’une richesse extraordinaires. Cela conduit à s’interroger sur l’origine du droit d’auteur des personnes publiques (A) qui contribue à déterminer sa nature (B).

A. La reconnaissance du droit d’auteur des personnes publiques.

Les dispositions de la loi des 19 et 24 juillet 1793 ont été pensées pour s’appliquer à des personnes privées, car à l’époque, l’idée que les personnes publiques ont une activité de création intellectuelle n’est pas encore née. Mais force est de constater que cette activité existe. Sous le droit intermédiaire, le juge reconnaît que les personnes privées

⁸⁴ A. Bensamoun, *La personne morale en droit d’auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ?* D. 2013. 376

peuvent être titulaire des droits sur des créations intellectuelles, mais à la condition que, que celles-ci soient dans ce cas considérées comme des propriétaires privés.⁸⁵

Toutefois, si le juge reconnaît l'existence du droit d'auteur des personnes publiques, le législateur n'a jamais expressément reconnu que les personnes publiques pouvaient en être titulaires. L'absence d'intervention du législateur sur la question de l'attribution de droits patrimoniaux et moraux aux auteurs des œuvres nées de l'initiative des personnes publiques a conduit la doctrine à soutenir des thèses divergentes. Ces théories peuvent être regroupées sous deux catégories, à savoir les théories inspirées du droit public, et celles inspirées des principes issus du droit de la propriété intellectuelle.

a) Théories administrativistes.

A. Kéréver rapporte l'existence d'une théorie des « œuvres administratives », qui considérerait que des œuvres élaborées par les personnes publiques dans le cadre de leurs missions jouissaient d'un statut spécifique impliquant que « *les créateurs intellectuels de telles œuvres, quels que soient leur statut et la forme de leur participation au service, ne jouiraient d'aucun des droits reconnus aux auteurs par la loi de 1957.*⁸⁶ » Cette théorie excluait donc purement et simplement l'application du droit de la propriété intellectuelle aux créations intellectuelles des personnes publiques.

Le Conseil d'État, dans un avis du 14 mars 1958⁸⁷, expose une seconde théorie inspirée de la distinction opérée en matière de responsabilité administrative pour identifier les œuvres « *dont la création n'est pas détachable du service*⁸⁸ » et propose la mise en place de critères permettant de déterminer si l'œuvre se détachait suffisamment de la fonction du créateur-fonctionnaire pour être originale, lui permettant de bénéficier de la protection du droit d'auteur. La subordination de l'auteur est alors considérée comme un obstacle à la reconnaissance de sa paternité, cette doctrine analysant le principe hiérarchique comme empêchant la personnalité du créateur de s'exprimer.

⁸⁵ T. civ. Seine, 3 févr. 1875, *État c/ Peigné – Delacour* : S. 1875, 2, p. 148 ; solution confirmée par *CA Paris*, 5 mai 1877, *Peigné – Delacour c/ État* : S. 1877, 2, p. 144

⁸⁶ A. Kéréver, *Le droit d'auteur français et l'État* : RIDA oct. 1981, p. 85

⁸⁷ Avis non publié, v. P. Renaudin, *Situation des agents publics au regard de la propriété artistique* : EDCE 1958, p. 29

⁸⁸ P. Renaudin, *Situation des agents publics au regard de la propriété artistique*, préc.

A propos de cette théorie, A. Kéréver énonce qu'elle « *est la réplique de la distinction entre faute personnelle détachable du service ou non-détachable du service. Lorsqu'une faute, personnellement commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions ne se détache pas du service, c'est la responsabilité du service qui est seule mise en cause, car la personnalité de l'auteur de la faute est absorbée par le service. De même, si la création de l'œuvre ne se détache pas du service, la personnalité des créateurs intellectuels, personnes physiques, s'efface devant celle du service.* »⁸⁹ »

L'intérêt de cette théorie est triple : d'abord, elle repose sur une distinction bien connue du droit administratif puisqu'elle est appliquée en matière de responsabilité à propos de la faute de service et de la faute personnelle.

Ensuite, elle n'enlève rien aux critères du droit d'auteur : pour être protégée, l'œuvre doit remplir les conditions d'originalité prévues par le Code de la propriété intellectuelle. A ce sujet, la Cour de cassation a précisé que « *l'œuvre doit être nouvelle et se distinguer du domaine public antérieur* »⁹⁰, critère auquel doit être ajouté l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Enfin, cette approche est explicite sur le fait que les personnes publiques peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle. Elle fait état de la double hypothèse qui gouverne la titularité des droits de propriété intellectuelle des œuvres créées dans un service : ils peuvent être attribués au fonctionnaire qui est à l'origine de la création, ou à la personne publique qui a commandé la création à son service.

b) Théories issues de la propriété intellectuelle.

La problématique qui gouverne la création intellectuelle dans les services administratifs n'est pas différente de la problématique privatiste de la création dans une entreprise privée. La création dans née de l'activité d'une entreprise privée est soumise par le Code de la propriété intellectuelle au régime de la création salariée et à celui de l'œuvre collective. C'est ici l'œuvre collective qui retiendra notre attention, les autres modalités

⁸⁹ A. Kéréver, *Le droit d'auteur français et l'État*, préc.

⁹⁰ Cass. com., 23 mars 1965, Gaz. Pal. 1965. 2, 81

d'appropriation des œuvres intellectuelles créées dans un service administratif étant traitées dans la prochaine Section.

L'article L.113-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre collective comme suit : « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et sous son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans un 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* ».

H. Desbois, A. Françon et A. Kéréver⁹¹ s'inspirent de cette disposition pour affirmer que les personnes publiques ne peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle que dans les hypothèses envisagées par le Code de la propriété intellectuelle, c'est à dire par notamment d'œuvre collective, intégré au droit d'auteur par la loi de 1957.

Ce rapprochement est pertinent car il s'applique sans difficultés à la création née dans un service administratif. L'œuvre créée sur l'initiative d'une personne publique dans laquelle la contribution personnelle des agents publics qui ont participé à son élaboration n'est pas identifiable n'est pas la copropriété des agents publics coauteurs ayant simplement contribué à la création, mais celle de la personne publique qui a pris l'initiative de la création.

En matière d'œuvre collective, les personnes publiques semblent être des auteurs comme les autres, c'est à dire que dans le cadre de la détermination du régime applicable, leur nature ne les différencie pas des auteurs privés.

B. Nature du droit d'auteur des personnes publiques.

S'il est établi que les personnes publiques peuvent être titulaires de droits de propriété intellectuelle notamment par application du régime de l'œuvre collective, il convient de déterminer la nature de ce droit d'auteur pour vérifier qu'elle est identique à celle du droit d'auteur des personnes privées. Dans ce cadre, deux

⁹¹ H. Desbois, A. Françon, A. Kéréver, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, 1978, V 30, N2, p. 682

incertitudes doivent être levées quant à sa qualité de droit de propriété (A) et de droit de la personnalité (B).

a) Le droit d'auteur est-il un privilège ou un droit de propriété ?

La conception du droit d'auteur sous l'ère préindustrielle oscille entre une conception propriétaire et privilégiaire. A cette époque, le droit d'auteur se construit par rapport au rôle du public qui est destinataire de l'œuvre. Deux hypothèses s'affrontent : la théorie du privilège (a) et celle du droit de propriété (b).

1. La théorie abandonnée du privilège.

Aujourd'hui abandonnée, la théorie du privilège considérait que le droit d'auteur était dérogatoire au droit de la propriété. Selon cette approche, notamment conduite par C. Renouard, l'auteur devait sa création au monde contemporain qui l'entoure, et non pas aux ressources créatives liées à sa personnalité. Le public était alors envisagé un protagoniste central dans la construction du droit d'auteur, puisque c'est lui qui inspirait directement la création : un « *public donateur et l'auteur donataire avec charges.*⁹² »

A ce propos, C. Renouard écrit que « *l'écrivain le plus original est l'œuvre de son siècle et des siècles antérieurs autant, au moins, que son propre génie. Le domaine général lui a fourni les éléments des idées par lui élaborées ; en les rendant à la civilisation à qui il les doit, il s'acquitte d'un devoir envers l'humanité, et paie à ses contemporains une dette de reconnaissance dont il est chargé envers ses contemporains et ses ancêtres.*⁹³ » Il précise encore à propos que la rémunération de l'auteur devrait être fixée par le public à raison de « *l'utilité et du plaisir qu'il tire d'un ouvrage* ».

Même si cette approche n'est pas retenue en droit positif, elle présente un intérêt certain du point de vue du droit public. En effet, la proposition de C. Renouard rappelle les objectifs poursuivis par les personnes publiques dans le cadre de leurs missions. Ainsi, la théorie du privilège, en positionnant le public au centre de sa réflexion, et en faisant de lui l'acteur

⁹² B. Edelman, *Droit d'auteur – nature du droit d'auteur, principes généraux*, Jcl. Propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 2000, 1112 .37

⁹³ C. Renouard, *Traité des droits d'auteur*, T. 1, Paris 1838, p. 436

majeur du droit d'auteur se rapproche des conceptions publicistes en vertu desquelles toute l'action de l'Administration est tournée vers le public. Cette affirmation est confirmée par le fait que les personnes publiques ne créent pas d'œuvres pour les mêmes raisons que les personnes privées : il ne s'agit pas pour elles d'en vivre, mais de créer pour améliorer la qualité de leurs services, une démarche essentiellement tournée vers le public.

En effet, l'un des objectifs principaux des personnes publiques est la satisfaction du public à travers l'exécution de missions de service public. Plus encore, l'idée selon laquelle le public rétribuerait l'auteur en fonction de l'utilité qu'il reconnaît à son œuvre est en adéquation avec la valorisation par les personnes publiques des initiatives reconnues d'utilité publique.

Cette théorie du privilège paraît bien adaptée aux personnes publiques, car elle accorde au public une importance comparable à celle retenue par le droit public. Elle devait pour cette raison être évoquée, car elle démontre que le droit d'auteur a pu être envisagé sous un angle plus proche du droit public à l'ère préindustrielle.

Cependant, nous ne la retiendrons pas car le Code de la propriété intellectuelle ne partage pas la vision privilégiaire du droit d'auteur : au contraire, le législateur considère que le droit d'auteur est un droit de propriété à part entière, ce qui permet de lui appliquer un régime de protection renforcé.

2. L'affirmation de la théorie du droit de propriété.

Les auteurs du XIX^{ème} siècle reconnaissent le droit de propriété comme l'institution la plus protectrice qui soit. Il est donc naturel qu'une large majorité de la doctrine l'ait appliqué au droit d'auteur. Le droit de propriété bénéficie à l'auteur lui-même car il garantit la protection et la jouissance de son bien, et aux intermédiaires.

Cependant, la jurisprudence a exprimé certaines hésitations, en s'éloignant du droit de propriété lui-même à travers des décisions relatives au droit de divulgation- et au droit à la réputation⁹⁴. Il était délicat d'accommoder le régime classique de la propriété à la

⁹⁴ CA Bordeaux, 24 août 1863: S 1864, 2, p. 194.

particularité du droit d'auteur. Par exemple, dans une décision du 11 janvier 1828, la Cour d'appel de Paris, énonce qu' « *une œuvre musicale n'a d'existence et ne devient saisissable que par la publication faite par l'auteur.*⁹⁵ »

La Cour de cassation est pourtant très explicite lorsqu'elle énonce que « *la propriété littéraire et artistique a le même caractère et doit être soumise aux mêmes règles que toute autre propriété, dont elle ne diffère que par la limitation de durée.*⁹⁶ ». La volonté du juge d'assimiler le droit d'auteur au droit de propriété est claire, même si au cas par cas il doit procéder à des arrangements pour articuler les deux notions.

À la fin du XIX^{ème} siècle, la reconnaissance du processus créatif rompt définitivement avec l'idée que l'auteur se nourrit uniquement de la culture populaire pour aboutir à sa création. Désormais, l'auteur est un individu sensible et doué d'une créativité personnelle lui permettant d'aboutir à une œuvre. En d'autres mots, la personnalité de l'auteur est désormais prise en compte dans le processus créatif comme étant non plus un simple facteur, mais bien la source de la création.

Cette reconnaissance grandissante de la personnalité de l'auteur signifie-t-elle que le droit d'auteur est un droit de la personnalité ?

b) Le droit d'auteur est-il un droit de la personnalité ?

Köhler⁹⁷ est à l'origine de la doctrine selon laquelle l'attribution du titre d'auteur résulte uniquement de l'existence de l'activité de création. Il a été le premier à déclarer que ni l'objet de cette activité, ni le travail, ni les investissements ne peuvent susciter l'octroi du titre d'auteur.

Cette pensée apparente le droit d'auteur aux droits de la personnalité, qui confèrent à l'auteur une valeur intrinsèque et un rayonnement en le positionnant au centre du schéma de la création. Ce régime centré sur la personne de l'auteur diffère donc catégoriquement

⁹⁵ CA Paris, 11 janvier 1828 *Vergne c/ créanciers Vergne*: S. 1828-1830, II, p. 5 (droit de divulgation), V. également CA Dijon, 18 févr. 1870, *De Chapuys Montlaville c. Guillaubert*, S. 1870, II, p. 212 : « *nul autre que l'auteur n'est juge de la question de savoir si le manuscrit représente sa pensée actuelle, s'il a reçu sa forme définitive et s'il doit devenir public à une période quelconque (...)* »

⁹⁶ Cass. req. 19 août 1880 : DP 1881, I, p. 125, note Lyon-Caen.

⁹⁷ Köhler, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*: Stuttgart 1907, p. 135

de la conception privilégieriste selon laquelle le public était l'inspirateur, le destinataire et le bénéficiaire de la création artistique.

A la fin du XIX^{ème} siècle, les fondements du droit d'auteur tel que nous l'appréhendons en droit positif sont établis. La découverte majeure consiste dans le constat que la création est une activité de la personne et qu'elle prend naissance dans les actes d'un individu. L'œuvre en elle-même n'est plus considérée que comme la formalisation de la création.

Ainsi, l'article 1 de la loi du 11 mars 1957 dispose que *« l'auteur de l'œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par la présente loi. »*

Le droit d'auteur présente ainsi un particularisme affirmé : contrairement au droit des biens classique qui reconnaît à un propriétaire un droit réel sur son bien, le droit d'auteur attribue également des prérogatives morales et intellectuelles à la personne qui se voit reconnaître en premier lieu le droit de propriété⁹⁸. De la sorte, le titulaire du droit d'auteur est titulaire d'un droit réel et d'un droit moral sur son œuvre.

Le droit moral peut être considéré comme l'expression juridique - et donc abstraite - des liens qui unissent l'auteur et son œuvre. La fonction de ce droit incorporel est de faire obstacle à l'effacement des caractéristiques intrinsèques de l'œuvre, qui ne doit pas être confondue avec les propriétés classiques. L'existence du droit moral contredit l'idée que l'œuvre a le *« même caractère et doit être soumise aux mêmes règles que tout autre propriété (...) »*⁹⁹. Afin que l'œuvre conserve son particularisme, le droit moral ne peut être assoupli, c'est pourquoi il est réputé incessible, en écho à l'indestructibilité du lien qui existe entre l'auteur et son œuvre.

La thèse personnaliste du droit d'auteur énonce que la dimension morale du droit d'auteur est si forte qu'elle doit être assimilée aux droits de la personnalité plutôt qu'au droit des

⁹⁸ L. Pfitser, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle*, RIDA 2005 p. 117

⁹⁹ Cass. Req. 19 août 1880 : DP 1881, 1, p. 125, note Lyon-Caen.

biens¹⁰⁰. L'attachement du droit moral de l'auteur à sa personne, affirmé par le législateur, constitue le socle de cette théorie. Cette théorie du monisme personnaliste attribuée notamment à J. Raynard¹⁰¹ repose sur une confusion de l'œuvre elle-même et l'activité intellectuelle. H. Desbois critique cette approche du droit d'auteur, qui selon lui a le défaut de « *confondre l'activité créatrice avec la création qui en est le fruit, plus généralement le travail avec le produit du labeur, la cause et l'effet*¹⁰² ».

Pourtant, une partie des juges du fond rend des décisions en ce sens, comme le tribunal civil de la Seine en 1936 qui énonce « *attendu que cette faculté pour l'auteur de tirer un profit matériel de son activité intellectuelle et de cette émanation de sa personnalité que constitue son œuvre apparaît comme inhérente à la personne au même titre que celle qui appartient à tout homme de tirer profit de son activité physique et de son travail manuel, par exemple en louant ses services; qu'elle peut assurément, comme cette dernière, être, lorsqu'elle est exercée, créatrice de biens, mais que, pas plus que celle-ci, elle ne constitue en elle-même un bien au sens de l'art. 516, c. civ.*¹⁰³ » B. Edelman écrit que c'est l'indivisibilité de la personne de l'auteur qui confère au droit d'auteur le caractère de droit de la personnalité¹⁰⁴, et qui opère une forme de « *subjectivisation de la propriété.*¹⁰⁵ »

Dans deux affaires célèbres, la Cour de cassation contredit cette approche personnaliste du droit d'auteur en énonçant : « *attendu que le droit d'exploiter exclusivement les produits d'une œuvre littéraire ou artistique, réservé par la loi, pour un temps limité, à l'auteur de cette œuvre, constitue un bien entrant dans le commerce. (...) Attendu toutefois que le mise en commun du monopole d'exploitation a lieu sans qu'elle puisse porter atteinte à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création ou même de la supprimer (...).*¹⁰⁶ » Par cette formule, la Cour de cassation envisage le droit d'auteur comme un bien, tout en prenant en considération les

¹⁰⁰ J. Antippas, *Les droits de la personnalité : de l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé*, Thèse Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013 p. 56

¹⁰¹ J. Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. Vivant, Litec, 1990, n°335 et s., spéc. n°357.

¹⁰² H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, n°208.

¹⁰³ T. civ. Seine, 1^{er} avril 1935 (*Canal*) : DP 1936, 2, p. 65, note Nast ; *adde*, CA Paris 1^{er} février 1900 (*Lecocq*) : S. 1900, II, p. 121, note Saleilles.

¹⁰⁴ B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ? PUF, 3^{ème} éd., 1999, p. 39.

¹⁰⁵ B. Edelman, *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, chr. P. 155.

¹⁰⁶ Cass. civ. 25 juin 1902 (*Lecocq*) : S. 1901, I, p. 305, note Lyon-Caen; DP 1903, I, p. 5, note A. Colin, cassant CA Paris, 1^{er} février 1900: préc. note 7; Cass. civ. 14 mai 1945 (*Canal*): D. 1945, jur., p. 285, note Desbois.

intérêts moraux du créateur. H. Desbois expose à ce sujet que « *la protection des intérêts moraux et la satisfaction des intérêts d'ordre patrimonial* » sont « *deux objectifs, que la raison et l'observation des faits permettent de dissocier.*¹⁰⁷ »

La difficulté d'appréhension du droit d'auteur par la division classique entre le droit de propriété et le droit de la personnalité résulte du fait qu'il est à la fois un droit patrimonial et un droit extrapatrimonial. Ainsi, le second alinéa de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que le droit d'auteur « *comporte des attributs d'ordre intellectuel ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ». Cette formule suggère que les attributs intellectuels, distincts des attributs patrimoniaux, sont d'ordre extrapatrimonial.

Cependant, si le régime du droit d'auteur est fortement inspiré de celui des droits de la personnalité, il n'en constitue pas un totalement : il porte sur un objet, l'œuvre, physiquement détachée de l'individu créateur. Une manifestation de cette différence est que les droits de la personnalité ne survivent pas à leur titulaire¹⁰⁸, tandis que le droit moral est perpétuel. Le droit d'auteur est donc un droit mixte, dont la patrimonialité est avérée mais relative en raison de son apparentement direct avec les droits de la personnalité.

¹⁰⁷ H. Desbois, préc., n°209 ; voir également Rappr. CA Paris, 7 novembre 1951 (*Montherlant*) : Gaz. Pal. 1952, 1, p. 80, dans laquelle la Cour opère une distinction entre le « *patrimoine matériel* » et le « *patrimoine intellectuel* ».

¹⁰⁸ Pour un exemple en matière de protection de la vie privée, v. Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 (*Sté les Editions Plon et Urban c/ Mitterrand*) : Bull. civ. I, n°345 ; D. 2000, jur., p.372, note Beignier.

II. L'appropriation originaire par le droit d'auteur

L'appropriation grâce au droit d'auteur s'effectue dans des conditions similaires que l'auteur soit une personne publique ou une personne privée. Cette observation est la conséquence du caractère spécifique du droit d'auteur, dont l'application dépend de la présence d'une activité de création, mais pas de l'identité de l'auteur. Il faut déduire de cette unité de la notion de droit d'auteur que la nature du droit d'auteur des personnes publiques est identique à celle du droit d'auteur des personnes privées.

Pour affirmer que la nature du droit d'auteur est universelle et s'applique à tous les auteurs, y compris aux personnes publiques, nous démontrerons d'une part que le critère d'application du droit d'auteur est le même pour les personnes publiques et les personnes privées (A), et d'autre part que le régime d'appropriation par le droit d'auteur est identique pour les personnes publiques et les personnes privées (B).

A. Universalité du critère d'application du droit d'auteur.

Tous les biens assimilés à des biens intellectuels ne sont pas susceptibles d'appropriation grâce au droit d'auteur. En effet, le Code de la propriété intellectuelle énonce des conditions strictes pour mettre en œuvre le droit : il porte sur une œuvre, qui sera protégée sous condition d'originalité. Le droit d'auteur permet l'appropriation de formes et non pas d'idées : les formes sont appropriées si elles sont originales, et ni aucun autre critère ni aucune autre formalité n'est nécessaire pour être titulaire du droit d'auteur.

L'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle établit que le simple fait de créer positivement une œuvre provoque l'appropriation grâce au droit d'auteur : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. (...)* »

L'existence d'un droit de propriété de l'auteur sur son œuvre dépend ainsi de deux critères cumulatifs : l'existence d'une œuvre (a) et son originalité (b). Puisque l'identité de l'auteur n'est pas un critère déterminant de la mise en œuvre du droit d'auteur, ces deux critères sont les seuls retenus, que l'auteur soit une personne privée ou une personne publique.

a) L'existence d'une œuvre.

L'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce que toutes les œuvres, du seul fait de leur création, sont protégées par le droit d'auteur qui fait naître au bénéfice de leur créateur un droit de propriété sur elles. Si le Code de la propriété intellectuelle détaille le régime du droit d'auteur, et notamment les caractéristiques du droit de propriété qu'il accorde à l'auteur, le législateur ne propose pas de définition de la notion d'œuvre de l'esprit. Cette absence est notamment relevée par A. Bensamoun qui écrit que « *le constat est sans appel. L'objet du droit d'auteur, alors même que le législateur annonce solennellement son étude (CPI, titre I^{er} du livre I^{er} relatif au droit d'auteur), n'est pas défini.*¹⁰⁹ »

Il existe pourtant des contours externes à la notion d'œuvre, qui, ici encore, ne tiennent pas compte de l'identité de l'auteur, si bien que les créations intellectuelles des personnes publiques n'en sont pas exclues. Tout d'abord, le Code de la propriété intellectuelle affirme l'existence d'une protection des œuvres de l'esprit ; ensuite, le Code propose une appréhension négative de la notion d'œuvre en énumérant des éléments qui sont indifférents à sa caractérisation. Enfin, l'article L. 112-2 du Code énumère une liste des créations intellectuelles susceptibles d'accéder à la protection du droit d'auteur.

La concrétisation de l'idée dans une forme est primordiale pour bénéficier de la protection du droit d'auteur, l'écrit demeurant l'une des plus probantes en ceci qu'il permet la fixation de l'œuvre sur un support. Egalement, le droit d'auteur peut porter sur la structure de l'œuvre, comme c'est le cas pour les bases de données étant entendu que la structure doit être originale. Pour autant, une œuvre peut *prendre forme* sans pour autant être fixée, ce qui explique la possibilité de protéger une œuvre orale- « du seul fait de sa création ». Ce simple critère exclut de la protection du droit d'auteur la simple idée, demeurée dans le monde de l'intellect, ainsi que la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, bien qu'une œuvre comprenne parfois une part de savoir-faire, ce qui rend souvent malaisée la différenciation de ces notions¹¹⁰.

¹⁰⁹ A. Bensamoun, *La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint*. D. 2010, 2919.

¹¹⁰ A. Bassard, *La composition d'une formule de parfum est-elle un œuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 ?* RIPIA, 1979, p. 461

Le législateur a entendu prévenir le risque d'une éventuelle discrimination des œuvres selon leur forme, opérée par le juge. C'est pourquoi il a pris soin de préciser que celui-ci ne devrait éliminer aucune œuvre *a priori* sur le critère de la forme d'expression¹¹¹, du mérite ou de la destination de l'œuvre. Le juge doit ainsi accueillir toutes les œuvres pouvant bénéficier de la protection du droit d'auteur, sans émettre d'opinion sur la qualité ou l'intérêt qu'il porte au travail du créateur. Le législateur exhorte ainsi le juge à demeurer neutre et objectif dans la qualification d'œuvre de l'esprit.

L'indifférence de ces conditions imposée par le Code de la propriété intellectuelle, destinée à favoriser un certain libéralisme dans l'acceptation des créations de l'esprit en tant qu'œuvres contribue sans le vouloir à dessiner les contours en négatif de la notion d'œuvre. Les critères de genre, de forme d'expression, de mérite et de destination doivent être examinés.

L'indifférence du genre renvoie à l'idée selon laquelle l'œuvre de l'esprit sera protégée dans les mêmes conditions, qu'elle appartienne à un art ou un autre¹¹². Le rejet de ce critère témoigne également de la volonté du législateur d'écarter l'idée selon laquelle un genre pourrait être protégé par principe : tous les poèmes ne sont pas protégés sur le fondement de leur qualité de poème. Néanmoins, l'absence de prise en compte du genre permet une certaine élasticité de la notion d'œuvre de l'esprit en ouvrant le bénéfice de la protection du droit d'auteur à des créations originales qui ne seraient pas visées par le Code de la propriété intellectuelle. Faisant une exacte application de ce principe, la Cour de cassation¹¹³ a affirmé que le logiciel ne devait pas être considéré comme original par principe et que le juge se devait de constater au cas par cas l'originalité des logiciels qui lui sont soumis.

Le rejet du critère de la forme se rapproche de la question du genre, en ce qu'il subsiste une équivoque dans le sens qu'il convient d'apporter à la formulation « *forme d'expression* ». La forme d'expression comprend le moyen utilisé pour communiquer l'œuvre au public, mais elle renvoie également à des sous-catégories de création, par exemple au dessin, la peinture, la sculpture, les gravures, la photographie, etc. Le seul

¹¹¹ Art. L.112-1 du CPI.

¹¹² H. Desbois, *op. préc.*, Dalloz, 3e éd. 1978, n°1.

¹¹³ Cass. ass. plén. 7 mars 1986, n°83-10.477

critère opérant est celui d'une forme perceptible par les sens, peu important qu'elle soit écrite ou orale. La redondance de la notion de forme avec celle de genre est sensible, mais elle prend du sens du point de vue du droit comparé puisqu'à l'inverse du droit français, les pays appliquant le copyright ne protègent pas l'œuvre qui n'est pas fixée¹¹⁴. Dans ce cas, l'indifférence du critère de la forme d'expression en droit français prend tout son sens.

L'absence de reconnaissance du mérite montre la volonté du législateur d'empêcher le juge d'estimer la qualité de l'œuvre selon ses propres critères esthétiques. L'indifférence du mérite permet donc à n'importe quelle œuvre originale de bénéficier de la protection du droit d'auteur, et répond à l'impératif de sécurité juridique dont les créateurs doivent pouvoir se prévaloir. C. Carreau dénonce cependant la difficulté à vérifier la bonne application de ce principe¹¹⁵, certains juges se retranchant bien volontiers derrière le défaut d'originalité pour porter un jugement de valeur sur l'œuvre elle-même, ce qui se traduit par des décisions qui recherchent « *le caractère artistique certain*¹¹⁶ » des œuvres ou encore qui refusent d'accorder la protection du droit d'auteur à des créations en raison de l'absence « *d'un choix créatif digne de protection*¹¹⁷ ».

Enfin, le refus du législateur de prendre en compte la destination de l'œuvre correspond à l'idée selon laquelle une œuvre ne doit pas nécessairement appartenir à la catégorie des beaux arts pour bénéficier du régime de protection. Les œuvres qualifiées d'utilitaires sont également incluses dans le régime protecteur légal depuis la loi du 11 mars 1902, qui instaure la théorie de l'unité de l'art et prohibe toute distinction entre les œuvres artistiques et les créations utilitaires en droit d'auteur.

En matière de créations intellectuelles publiques, la destination des contenus produits par les personnes publiques est double : il peut s'agir de contenus destinés à ses propres services, tels que des logiciels ou des bases de données internes, ou bien d'œuvres à destination du public, telles que des logotypes ou des brochures d'information. L'indifférence de la destination joue donc un rôle particulièrement intéressant en matière de création intellectuelle publique.

¹¹⁴ C. Colombet, *Les grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé* : Litec, 2e Ed. 1992 p. 11

¹¹⁵ C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur* : Paris, LGDJ, 1981, n°109, p. 13

¹¹⁶ TGI Paris, 3e ch. 17 décembre 2002 : RIDA 1/2004, p. 258

¹¹⁷ CA Paris, 4e ch., 21 janvier 1998 : RIDA 3/1998, p. 157

b) L'originalité de l'œuvre.

La condition de l'originalité de l'œuvre est fondamentale en ce qu'elle permet la mise en application du droit d'auteur. Ainsi que le souligne le Code de la propriété intellectuelle, l'œuvre doit être le reflet de l'identité de son créateur. L'originalité est donc le critère qui délimite les œuvres susceptibles de faire l'objet d'une protection, rituellement définie comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

La notion d'originalité ne fait pas en elle-même l'objet d'une définition légale. Plus étonnant encore, et tandis que ce critère est reconnu comme « *la clé de voûte* » du droit d'auteur, le Code de la propriété intellectuelle n'indique nullement qu'il soit une condition d'accès à sa protection. Le Code comprend quelques occurrences du mot *original* et du champ lexical de l'originalité¹¹⁸, mais toujours en référence à l'œuvre d'origine, l'œuvre première, sans jamais qu'il soit évoqué comme une condition de la protection. L'importance du critère d'originalité ne doit pas pour autant être minimisée, et la carence du législateur s'explique par l'origine prétorienne et doctrinale de la notion.

Au sens littéraire, l'originalité se distingue de la nouveauté en ceci que le critère d'originalité est subjectif quand celui de la nouveauté est objectif. L'œuvre picturale qui reproduit pour la seconde fois le même sujet n'est pas nouvelle mais elle peut être originale si elle porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Il s'agit en réalité de son génie, de sa façon personnelle de percevoir le monde, de son style et de sa propre conceptualisation des choses. Ce critère subjectif est la conséquence de la conception personnaliste du droit d'auteur: le lien qui unit l'auteur à l'œuvre est tellement fort qu'on prête à Gustave Flaubert l'expression « *Madame Bovary, c'est moi !* »

La notion d'originalité est concurrencée par d'autres notions telles que l'apport intellectuel de l'auteur¹¹⁹, que la Cour de cassation retient à propos du logiciel dans une décision du 16 mars 1986. Le critère de l'apport intellectuel de l'auteur témoigne d'une volonté de trouver de nouveaux critères plus objectifs que l'empreinte de la personnalité. En effet, la notion

¹¹⁸ Art. L. 112-3 et art. L.122-5 2° du CPI

¹¹⁹ V. Cass., Ass. plén., 7 mars 1986, 3 espèces, *D.*1986.405, concl. Cabannes, note B. Edelman ; *D.* 1987. *Somm.* 152, obs. C. Colombet et *Somm.* 206, obs. P. Langlois ; *Gaz. Pal.* 1986.2.673, note J. -R. Bonneau ; *JCP* 1986.II.20631, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP éd. E* 1986.II.14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, *Erratum* 14737 bis ; *RIDA* juill. 1986.136, note A. Lucas ; *RTD com.*1986.399, obs. A. Françon.

d'apport, parfois associée à celle de nouveauté¹²⁰, est tangible et objectivement appréciable. De plus, le choix du terme « apport intellectuel » témoigne de la volonté du juge de s'éloigner des concepts nés de l'intuitu personae.

Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne a donné dans un arrêt « Infopaq » du 16 juillet 2009 sa définition de l'œuvre originale en établissant qu'il s'agit de l'œuvre qui est « *l'expression de la création intellectuelle propre à son auteur.*¹²¹ » Cette définition communautaire de l'originalité a été rapprochée de la décision de la Cour de cassation du 13 novembre 2008 « Paradis » qui propose une analyse similaire¹²² et qui s'articule avec la volonté libérale du législateur d'accueillir les œuvres de l'esprit dans la protection du droit d'auteur.

B. L'œuvre collective : mise en œuvre *ab initio* du droit d'auteur des personnes publiques.

L'appropriation d'une création intellectuelle par une personne publique grâce au droit d'auteur est celle d'une œuvre collective.

Une personne morale peut être titulaire des droits sur une œuvre dans trois hypothèses : par contrat, par l'effet de la loi, ou encore *ab initio* par la qualification d'œuvre collective. C'est cette dernière hypothèse qui retiendra ici notre attention, car elle permet l'appropriation d'une création intellectuelle grâce au droit d'auteur. L'œuvre collective renvoie à une conception du droit d'auteur évoluée au regard de la place grandissante des personnes morales dans le processus de création.

Le droit d'auteur a été conçu pour protéger l'œuvre de l'individu qui, par son activité créative, intervient dans l'univers des formes. A l'origine, donc, l'auteur est une personne physique ; c'est l'activité humaine qui génère de œuvres de l'esprit. Pourtant, il existe une exception à cette hypothèse in favorem auctoris : l'œuvre collective.

¹²⁰ M. Vivant, *Le programme d'ordinateur au Pays des muses, observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP éd. E 1991.I.94 : le texte communautaire n'utilisant pas la formule française d'« apport », le rapprochement avec la notion de nouveauté, applicable en matière de brevet, est moins sensible, mais il considère néanmoins à propos de la formule de la directive qu'il y a « *une continuité entre celle-ci et celle adoptée par la Cour de cassation* ».

¹²¹ CJCE 12 févr. 2009, n° C-5/08, RTD com. 2009. 312, obs. F. Pollaud-Dulian et 2009. 709

¹²² Civ. 1re, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, D. 2009. 263, note B. Edelman, et 266, note E. Treppoz ; RTD com. 2009. 121 et 140, obs. F. Pollaud-Dulian.

L'œuvre collective permet, le plus souvent à une personne morale de droit public ou privé, de bénéficier d'une titularité initiale en tant qu'instigateur de l'œuvre. Le Code de la propriété intellectuelle énonce qu' « *est dite collective 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*¹²³. » Le législateur ajoute encore « *l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur.*¹²⁴ »

La possibilité offerte aux personnes morales d'être titulaires originaires du droit d'auteur perturbe la thèse personnaliste que nous avons exposée. Comme le relève A. Bensamoun, « *ainsi en est-il de la nature des choses en droit français : l'œuvre est « reliée » à son créateur. La nature ne croit ni en l'atorat de la personne morale, ni en sa titularité première. Dans ces conditions, « l'atorat de la personne morale » sonne comme un propos dissident !*¹²⁵ » Ce constat inspire à A. Bensamoun un questionnement sur le caractère « contre-nature » de la titularité du droit d'auteur des personnes morales.

Tout ici est lié : la dérive du critère d'originalité vers l'apport personnel et la multiplication des formes protégeables telles que le logiciel ont conduit vers une forme nouvelle de droit d'auteur tourné vers l'entreprise. C'est cette évolution qui a conduit à accueillir la personne morale comme titulaire du droit d'auteur.

Une décision illustre cette difficulté de titularité du droit d'auteur entre la personne morale et la personne physique. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 septembre 2012 « Van Cleef & Arpels »¹²⁶, conteste l'originalité des dessins d'un employé ayant permis la réalisation de bijoux pour la grande maison de joaillerie. La question qui se pose est de déterminer si le salarié était asservi par sa mission de travail ou si son originalité pouvait s'exprimer à travers son travail. La Cour relève « *qu'il (le salarié) ne justifie pas, pour*

¹²³ Art. L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁴ Art. L. 113-5 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²⁵ A. Bensamoun, *La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ?* D. 2013. 376.

¹²⁶ CA Paris, pôle 5-ch. 2, 14 sept. 2012, Juris-Data, n° 2012-021861 ; PI 2012. 400, obs. A. Lucas.

chacun des dessins dont il revendique la paternité, qu'il disposait d'une réelle autonomie créatrice ainsi que d'une liberté dans les choix esthétiques lui permettant de conclure qu'il est le seul titulaire de droits d'auteur sur ces dessins, lesquels reflètent l'empreinte de sa seule personnalité ». Plus encore, la Cour rappelle que la création salariée dans une telle maison est réalisée en équipe, tout en respectant « les codes génétiques » de la marque. Ainsi, la création salariée n'est pas réellement libre, si bien que « *chaque dessin ne constitue que la contribution particulière [du requérant] à une œuvre collective dont la finalité est toujours un modèle de bijou.* »

Cette décision illustre deux points intéressants de l'œuvre collective. D'une part, la Cour énonce que les apports des contributeurs à l'œuvre collective ne sont pas en eux-mêmes des œuvres, ce qui implique que les contributeurs ne sont pas des auteurs. Cela peut sembler étrange, car le Code de la propriété intellectuelle mentionne pourtant « *la contribution personnelle des divers auteurs* » participant à l'élaboration de l'œuvre collective. D'autre part, la Cour confirme que les auteurs ne peuvent pas prétendre à la titularité du droit sur l'œuvre collective et précise qu'ils ne peuvent pas non plus bénéficier des droits sur leur contribution.

En conséquence, comme le relève la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 1982, « *une personne morale ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans la mesure où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom.*¹²⁷ » Dans une décision du 22 mars 2012, la Cour a ajouté que « *la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral.*¹²⁸ » Investir une personne morale du droit moral sur une œuvre de l'esprit constitue une rupture avec la conception personnaliste du droit d'auteur.

Le recours à la qualification d'œuvre collective a d'abord été envisagé pour l'entreprise privée, mais les personnes morales de droit public sont pleinement concernées par cette

¹²⁷ Civ. 1^{re}, 17 mars 1982, JCP G 1983. II. 20054, note R. Plaisant ; D. 1983. IR 89, obs. C. Colombet ; RTD com. 1982. 428, obs. A. Françon.

¹²⁸ Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10.132, D. 2012. 873, obs. J. Daleau. 1246, note A. Latil, et 2842, obs. P. Sirinelli ; Rev. sociétés 2012. 496, note N. Binctin ; RTD civ. 2012. 338, obs. T. Revet ; RTD com. 2012. 321, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2012, comm. 61, note C. Caron ; PI 2012. 329, obs. J.-M. Bruguière ; Légipresse 2012. 377, note V. Varet.

forme de création. Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que les personnes publiques peuvent être titulaires du droit d'auteur sur une œuvre collective.

Par exemple, dans une décision du 31 décembre 2003 « M^{me} de Charmoy c/ Ville de Montpellier », la Cour administrative d'appel de Marseille a qualifié d'œuvre collective une plaquette informative éditée par la commune de Montpellier. Le juge reconnaît à la plaquette de caractère d'œuvre de l'esprit, et ajoute encore « *considérant que la plaquette de présentation de l'exposition des œuvres de Mme de Charmoy a été créée, publiée et divulguée sous la direction et le nom de la commune de Montpellier, avec les contributions de M. de Beynes pour la rédaction du texte « Ecarts », et de la requérante pour le choix des œuvres présentées, la sélection des textes biographiques, et le maquetage ; qu'elle a donc le caractère d'une œuvre collective au sens des dispositions précitées des articles L. 113-3 et L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle. (...) ¹²⁹ »*

Ainsi, les personnes publiques sont pleinement éligibles à la titularité du droit d'auteur sur des œuvres collectives, et le juge n'hésite pas à appliquer les dispositions du Code de la propriété intellectuelle à des œuvres dont l'auteur est une personne publique. Du point de vue de la qualification de l'œuvre collective, il n'existe donc aucune différence que l'auteur soit une personne morale de droit privé ou de droit public.

Il convient néanmoins de s'interroger sur le régime qui gouverne l'appropriation des œuvres créées dans le cadre d'une mission de travail mais qui ne répondent pas aux critères de l'œuvre collective pour vérifier que les personnes publiques sont soumises au même régime que les personnes privées.

¹²⁹ J-M. Pontier, *La commune, la plaquette et le droit moral de l'auteur au respect de son œuvre*, AJDA 2004.718 ; CAA Marseille, 31 décembre 2003 n°99MA01116 *M^{me} de Charmoy c/ Ville de Montpellier*, AJDA 2004. 718 ; J-J. Louis, *Le droit moral des auteurs dans une exposition organisée par une collectivité publique*, RFDA 2004. 1220.

***Sous – section 2 : L’appropriation à titre originaire des créations industrielles :
l’enregistrement.***

En droit, le mode naturel d'appropriation d'une création industrielle est l'usage : on évoque alors son caractère attributif. C'est le cas en Amérique du nord et en Angleterre, où l'usage est déterminant dans l'appropriation d'une création industrielle. Cette pratique est cependant délicate à encadrer, ce qui conduit le droit français, ainsi que le droit allemand et le droit de l'Union européenne à subordonner l'acquisition du droit sur les créations industrielles au respect d'un formalisme strict. L'enregistrement constitue la seule voie de droit pour approprier les créations entrant dans le champ de la propriété industrielle, à savoir principalement les signes distinctifs et les créations industrielles. A la différence de certains régimes où le dépôt a une fonction déclarative (le droit d'auteur, par exemple), l'enregistrement a depuis 2001 une fonction constitutive : il fait naître les droits de propriété industrielle. L'enregistrement n'est cependant pas limité aux seules créations industrielles dès lors qu'il est parfois requis pour des œuvres qui font déjà l'objet d'une protection par le droit d'auteur (A). Il demeure toutefois le formalisme requis pour l'appropriation des créations industrielles par toute personne, incluant les personnes publiques (B).

A. L'enregistrement n'est pas exclusif du droit d'auteur : le logiciel.

En principe, la qualité d'œuvre de l'esprit exclut celle d'invention, ce qui a pour conséquence qu'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'a pas de raison de faire l'objet d'un enregistrement. C'est pourtant la solution inverse qui est retenue en matière de logiciel : la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel est possible¹³⁰. Le droit d'auteur protège le contenu du logiciel et le brevet l'invention technique qui en découle.

La prise de conscience que le logiciel était une valeur appropriable et susceptible d'être protégée est ancienne, puisque dès 1971, un groupe consultatif d'experts gouvernementaux sur la protection des programmes d'ordinateurs a été consulté pour

¹³⁰ C. Caron, *Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel*, RIDA avr. 2000, p. 3

envisager la forme que devait revêtir la protection juridique des programmes d'ordinateurs¹³¹. La réflexion autour du Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe¹³² place centre des préoccupations la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

B. Caillaud énonce que le logiciel est une œuvre du langage en ce qu'il comprend des mots, même si ce langage s'adresse à une machine, ce qui rend l'application du droit d'auteur parfaitement naturelle¹³³. Dans le même sens, la directive du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur¹³⁴ opère le rattachement du logiciel au droit d'auteur, puisque, selon l'article 1, alinéa 1 de la Directive, un programme d'ordinateur constitue une œuvre littéraire au sens de la Convention de Berne.

En droit positif français, le logiciel est susceptible d'être protégé par deux régimes distincts à deux niveaux différents : la protection par le droit d'auteur emporte la protection du code proprement dit, ce qui signifie que toute copie du code source est prohibée. Le mécanisme de protection industrielle protège quant à lui les idées et principes qui sont sous-jacents, et qui sont matérialisés par le programme d'ordinateur. En conséquence, la protection du logiciel par le seul droit d'auteur est inadaptée : la protection de la forme, efficace contre la reproduction servile du logiciel est insuffisante pour protéger une création alors que la valeur essentielle de celle-ci réside dans sa fonction.

La jurisprudence utilise le critère de la fonctionnalité pour écarter en partie le logiciel de la protection du droit d'auteur. En effet, la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 9 octobre 2003 qui énonce que « *les fonctionnalités en tant que telles, et dans la mesure où elles correspondent à une idée, ne peuvent bénéficier de la protection*

¹³¹ Groupe consultatif d'experts non gouvernementaux sur la protection des programmes d'ordinateurs, Le droit d'auteur, revue de l'OMPI, 88^{ème} année, n°9 septembre 1975.

¹³² Document de la Commission COM (1997) 314 final du 24 juin 1997 *Promouvoir l'innovation par le brevet*. Livre Vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe.

¹³³ B. Caillaud, *La propriété intellectuelle sur les logiciels*, Propriété intellectuelle, La documentation française, 2003, p.113, p 155 s.

¹³⁴ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

*des œuvres de l'esprit. Si elles avaient le caractère innovant nécessaire, elles pourraient recevoir une protection par le moyen du brevet.*¹³⁵ ».

Cette décision sera par la suite confirmée par Cour de cassation le 13 décembre 2005 qui exclut les fonctionnalités d'un logiciel de la protection par le droit d'auteur en énonçant que « *les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée, la cour d'appel a relevé que l'expert judiciaire, s'il avait constaté une identité dans les résultats recherchés, ce qui tenait à l'objectif même de la fonctionnalité, n'avait évoqué aucune similitude de forme permettant de conclure à la contrefaçon et que le rapport d'expertise amiable n'était pas de nature à remettre en cause ces conclusions.*¹³⁶ »

A son tour, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé ce principe en déclarant que « *l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, doit être interprété en ce sens que ni la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur, ni le langage de programmation et le format de fichiers de données utilisés dans le cadre d'un programme d'ordinateur pour exploiter certaines de ses fonctions, ne constituent une forme d'expression de ce programme et ne sont, à ce titre, protégés par le droit d'auteur au sens de cette directive.*¹³⁷ »

La création logicielle est donc appréhendée par la protection des brevets, tant du point de vue de l'algorithme qui procède à la désignation d'une procédure ou d'un ensemble d'opérations à effectuer pour résoudre un problème, que de l'interface graphique, qui permet la communication d'informations à un utilisateur, qui sont autant de fonctionnalités du logiciel.

L'accès à la qualité d'invention du logiciel est cependant limitée en jurisprudence : « *le programme d'ordinateur utilisé en combinaison avec un calculateur universel est*

¹³⁵ Cour d'appel de Versailles, 12ème ch., section 2, 9 octobre 2003,

¹³⁶ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, *Cuardos c/ Microsoft France*, Bull civ. I n°499.

¹³⁷ CJUE, 2 mai 2012, aff. C.406/10, *SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd* : D. 2012, p. 2343, obs. C. Le Stanc ; RTD com. 2012, p. 536, obs. F. Pollaud-Dulian ; Comm. Com. électr. 2012, comm. 105, note Caron.

*considéré comme un programme en tant que tel, et non pas comme une invention au sens de l'article 52(2) de la Convention sur le Brevet européen*¹³⁸ ». En droit français, les tribunaux adoptent une posture identique notamment s'agissant d'une demande de brevet qui consistait en un système interactif, permettant de faire essayer à sa propre photographie tout article ou tout modèle présenté par des images¹³⁹. La limite de la protection par le brevet d'un logiciel apparaît donc dans ce que réalise en réalité le programme d'ordinateur : pour être considéré comme un moyen technique, il doit contribuer à l'obtention d'un effet technique et non se limiter à une interaction normale avec les autres éléments de l'ordinateur. La chambre de recours technique a ainsi précisé que les programmes d'ordinateurs pouvaient être considérés comme des inventions brevetables lorsqu'ils avaient un caractère technique¹⁴⁰.

La coexistence des régimes protecteurs du logiciel divise la doctrine. C. Caron s'interroge : « *pourquoi tant de haine*¹⁴¹ ? ». La commission européenne souhaite éradiquer les exclusions implicites relatives à l'exercice de plusieurs droits de propriété intellectuelle sur les logiciels. Sa démarche est guidée par le fait que déjà cinquante mille brevets faisant l'objet de plusieurs droits de propriété intellectuelle circulent en Europe.

La réflexion que nous menons à propos du logiciel est destinée à démontrer que la dualité traditionnelle en droit de la propriété intellectuelle entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle est aujourd'hui remise en cause par l'existence de créations à la fois artistiques, originales, littéraires, et ayant une vocation industrielle.

B. L'enregistrement constitutif des droits de propriété industrielle des personnes publiques.

L'enregistrement est une procédure nécessaire pour être titulaire des droits de propriété sur une création industrielle. Nous avons constaté que les personnes publiques jouissent de certaines faveurs en matière de régime d'accès à la propriété

¹³⁸ OEB, ch. rec. tech. 21 mai 1987, T26/86, préc. n° 29, pt 3.3, § 2.

¹³⁹ CA Paris, 4e ch. A, 21 mars 2001, n° 00/13556 : RDPI 2001, p. 40 ; Comm. com. électr. 2001, comm. 124.

¹⁴⁰ OEB, ch. rec. tech., 1er juill. 1998, T1173/97, préc. n° 33, pt 5.3

¹⁴¹ C. Caron, *L'Europe timide des brevets de logiciel*, Propr. industr. 2002, chron. 11 et CCE 2002, chron. 20.

intellectuelle, qui se justifient par leur mission de service public. En matière d'enregistrement des créations industrielles, les personnes publiques ne bénéficient d'aucun avantage particulier (a), et celles-ci doivent se conformer au formalisme énoncé par le Code de la propriété intellectuelle (b).

a) La procédure d'enregistrement

L'enregistrement des créations industrielles auprès d'un office de la propriété industrielle est un formalisme requis indifféremment de la nature publique ou privée du déposant. L'obligation d'enregistrement existe au bénéfice d'autres instituts que celui de la propriété industrielle, tels que la Bibliothèque nationale de France, le Centre du cinéma et de l'image animée, l'Institut national de l'audiovisuel, ou auprès du ministère de l'intérieur pour d'autres types d'œuvres protégeables, mais dans le cadre de dépôts non constitutifs.

L'objectif de sécurité juridique a conduit le législateur à écarter le régime de l'usage attributif ainsi que le régime de dépôt déclaratif en matière de propriété industrielle. Plus rigoureux et sécurisant, l'exigence d'un dépôt pour la naissance même du droit de propriété permet d'encadrer strictement les créations susceptibles d'être protégées et de mieux identifier celui qui en est propriétaire. Dans ce cas, l'on considère que l'usage du signe ne constitue qu'une première manifestation de la volonté de l'usager de s'approprier le signe, mais l'information des tiers en l'absence de dépôt est nécessairement insuffisante. Dès lors, en l'absence de publicité légale, des conflits avec des tiers de bonne foi peuvent naître. Ainsi, la formalité de l'enregistrement constitue l'unique mode d'acquisition du droit sur la création industrielle, en conséquence de quoi le simple usage du signe ne confère aucun droit.

Ce régime de dépôt attributif a été adopté en droit positif français par la loi du 31 décembre 1964¹⁴² qui supprime la possibilité d'approprier certaines créations industrielles par l'usage mentionnée dans la loi du 23 juin 1857¹⁴³. Le Code de la propriété intellectuelle énonce notamment que : « *La propriété de la marque*

¹⁴² Loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service

¹⁴³ Travaux préparatoires de la loi de 1964 : RIPIA 1965, p. 39 s.

*s'acquiert par l'enregistrement (...)*¹⁴⁴ ». Contrairement à ce qui se pratique en matière de droit d'auteur, la propriété d'une création industrielle s'acquiert donc selon la règle du premier déposant.

Selon ce régime, l'usage est dépourvu de lien avec l'acquisition du droit sur la création, mais ce principe souffre des exceptions conçues pour altérer les effets éventuellement injustes que cette règle absolue de dépôt attributif pourrait engendrer. Cette appropriation tout à fait exceptionnelle par l'usage peut résulter soit de l'application d'une disposition de la Convention d'Union de Paris, soit d'une règle spécifique de la loi nationale. L'article 6 *bis* de la Convention de Paris prévoit par exemple une protection aux titulaires de marques notoirement connues dans les pays où ils n'ont pas procédé au dépôt de leur marque.

Ce régime prévoit donc trois voies légales pour acquérir en France des droits sur une création industrielle que sont l'enregistrement national, qui fait suite à un dépôt à l'Institut national de la propriété industrielle, l'enregistrement international, prévu par l'Arrangement de Madrid qui permet aux ressortissants des pays signataires de s'approprier des droits sur une marque dans les États parties, ainsi que l'enregistrement communautaire, délivré par l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur qui produit ses effets sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne.

La loi du 4 janvier 1991¹⁴⁵, reprise dans le Code de la propriété intellectuelle¹⁴⁶, n'a pas modifié le régime d'acquisition du droit tel qu'envisagé par la loi du 31 décembre 1964. En revanche, elle a ajouté la possibilité à toute personne intéressée de formuler des observations auprès de l'Office national, et ouvre au bénéfice des titulaires de certains droits antérieurs la faculté de s'opposer à une demande d'enregistrement.

En droit français, l'office national ayant vocation à organiser la propriété industrielle est l'Institut national de la propriété industrielle. Selon l'article L. 411-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'Institut national de la propriété industrielle est un

¹⁴⁴ Art. L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁴⁵ L. n° 91-7, 4 jan. 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service: Journal Officiel 6 Janvier 1991

¹⁴⁶ Art. L. 712-1 s. du Code de la Propriété intellectuelle

établissement public doté de la personnalité et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique et qui participe à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques publiques dans le domaine de la propriété industrielle. L'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat est également placée depuis sa création en 2007 sous l'autorité du ministère de l'Économie et des Finances. Ce rapprochement sous la même tutelle est pertinent dans le cadre d'une collaboration étroite entre les deux services en raison de leurs secteurs de compétences très liés.

La mission originelle de l'Institut, créé cinquante ans après l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en application de la loi du 19 avril 1951¹⁴⁷ était « *l'application des lois et règlements concernant la propriété industrielle, les registres du commerce et des métiers et le dépôt des actes de sociétés* ». Cette mission comportait également la réception des dépôts des demandes de titres de propriété industrielle, leur examen et leur enregistrement. La modernisation de l'Institut l'a conduit à accepter de recevoir les demandes d'enregistrement de marques sous forme de dépôts électroniques. Cette démarche concrétise sa volonté d'évoluer vers une culture de service et une numérisation de son organisation pour mieux répondre aux besoins des déposants et s'inscrit dans le « contrat d'objectifs » passé le 8 janvier 2009 entre l'Institut et l'État dans le cadre du développement d'une « *e-administration* ».

Outre cette mission générale, l'Institut national de la propriété industrielle est chargé de centraliser et de communiquer les informations qu'il recueille et qui sont relatives à la protection des innovations. A ce titre, l'Institut organise des formations et diffuse sur son site des recueils d'informations spécialisées qui peuvent engager sa responsabilité civile en cas de diffusion d'informations erronées sur une base de données dont il est responsable¹⁴⁸.

Les missions de l'Institut sont donc nombreuses et variées, centralisant sur la tête de la même personne publique une grande partie des responsabilités et initiatives en matière de propriété industrielle.

¹⁴⁷ Journal Officiel 20 Avril 1951

¹⁴⁸ TGI Bar-le-Duc, 16 janv. 1997 : D. affaires 1997, p. 317

Quelque soit la nature - *privée ou publique* - du déposant, le dépôt peut être effectué directement à l'Institut national de la propriété industrielle ou par les modes de télétransmission définis par son directeur, tels que par voie électronique ou par un courrier en recommandé avec accusé de réception.

Le développement par l'Institut national de la propriété industrielle de la procédure de dépôt électronique est très caractéristique de la démarche des administrations visant à développer leurs services vers des modes d'accès plus modernes et tendus vers l'objectif de proposer un service public plus efficace. L'Institut national de la propriété industrielle a mis à disposition du public sur son site des formulaires de dépôt assisté destinés à lui permettre de quantifier le taux d'utilisation du numérique ainsi que les améliorations nécessaires à la mise en place de l'outil de dépôt électronique. Cette démarche d'amélioration du service via le développement technologique illustre parfaitement les circonstances du développement rapide de l'accès des personnes publiques aux propriétés immatérielles.

La recevabilité du dépôt est examinée par l'Institut national de la propriété industrielle conformément à l'article R. 712-7 du Code de la propriété intellectuelle. Le dépôt doit comprendre un exemplaire de la demande d'enregistrement, mentionner l'identification du déposant, certaines précisions relatives à la propriété industrielle enregistrée - *pour une marque, il convient d'en préciser le modèle et d'énumérer les produits ou services et les classes correspondantes* - et doit être accompagné de la justification du paiement de la redevance de dépôt. Lorsque tous les critères sont remplis, un récépissé de dépôt portant les mentions apposées par l'Institut national de la propriété industrielle est remis au déposant.

Le récépissé remis par l'Institut national de la propriété industrielle au déposant permet de dater la naissance des droits sur la propriété industrielle objet de la procédure en cas d'aboutissement de celle-ci. Dès réception du dépôt, un numéro national est attribué au déposant, devant être rappelé dans toute correspondance avec l'Institut ou tout dépôt de pièces ultérieur, sous peine d'irrecevabilité. La demande d'enregistrement est susceptible de faire l'objet d'un refus émanant de l'Institut lorsqu'elle n'est pas conforme au formalisme requis, soit en cas d'omission de l'une

des formalités requises, soit lorsqu'elle ne correspond pas aux exigences posées par le texte¹⁴⁹.

Le Code de la propriété intellectuelle distingue l'irrecevabilité et l'irrégularité de la demande d'enregistrement. Selon l'article R. 712-7 du Code de la propriété intellectuelle, un dépôt qui ne comporte pas au moins un exemplaire de la demande, même irrégulière en la forme, contenant l'identification du déposant, le modèle de la marque, l'énumération des produits, des services, des classes revendiquées, la justification du paiement de la redevance de dépôt, est irrecevable. Au fond, l'Institut contrôle la conformité de la demande d'enregistrement et des pièces annexées aux prescriptions légales et réglementaires ainsi que l'aptitude du signe à constituer une marque¹⁵⁰ par exemple.

Le législateur a voulu protéger les tiers qui sont invités à intervenir dans le cadre de la procédure d'examen par le biais de deux mécanismes distincts que sont les observations¹⁵¹ et l'opposition¹⁵². Le législateur a ainsi ouvert un délai de deux mois suivant la publication de la demande d'enregistrement, pendant lequel toute personne intéressée peut formuler des observations ou bien faire opposition à l'enregistrement de la marque auprès du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle. Ces deux procédures très protectrices des tiers permettent un contrôle renforcé de l'enregistrement des propriétés industrielles.

L'identité de procédure de dépôt entre les personnes privées et publiques faisant naître leurs droits sur leurs créations industrielles prend fin lorsque la marque est enregistrée. A compter de la délivrance du titre de propriété, le régime, même s'il suit le même modèle, réaffirme par certains aspects l'exorbitance du droit commun liée au statut des personnes publiques.

¹⁴⁹ Art. R. 712-10 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁵⁰ Art. L. 711-1 et L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁵¹ Art. L. 712-3 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁵² Art. L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle

b) *La nécessité d'un enregistrement pour la délivrance du titre de propriété*

La nécessité d'un enregistrement pour la délivrance du titre de propriété se vérifie pour toutes les créations régies par la propriété industrielle. Les marques qui sont la propriété des personnes publiques (marques publiques), les logotypes et les noms de domaines constituent trois exemples intéressants de l'attribution des droits de propriété industrielle par l'enregistrement.

1) *La marque publique*

Les marques publiques permettent de distinguer une institution, ses produits ou ses services de ceux d'autres entités et de garantir aux consommateurs la provenance des produits et services qu'elle propose. L'attractivité du service est conditionnée par la pertinence de l'accès proposé aux utilisateurs, comme nous l'avons envisagé à travers notamment le développement par l'Institut national de la propriété industrielle de codes reconnaissables autour de sa marque, et de son logotype.

Le législateur aménage le droit des marques pour permettre l'accomplissement de la mission des personnes publiques dans les conditions les plus favorables, c'est pourquoi l'article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que ne peut être déposé comme marque le nom d'une collectivité territoriale dans le cas où résulte de ce dépôt une atteinte aux intérêts publics.

Cette disposition a la caractéristique d'être unique : il n'en existe pas d'équivalent dans les autres législations européennes, et constitue une extension manifestement exorbitante du droit commun de la protection du nom des personnes publiques, dont le nom constitue selon la jurisprudence « *un élément d'identification pouvant être comparé au nom patronymique pour une personne physique* ». Dans cette perspective, la ville de Paris a ouvert en septembre 2014 un nouveau nom de domaine « .paris », devenant ainsi la première collectivité territoriale en France à se doter d'une extension en propre pour développer son attractivité dans les secteurs du luxe, de la gastronomie et de l'innovation.

Le contentieux du dépôt du nom d'une commune à titre de marque est apparu en 1985 avec une ordonnance du juge des référés du Tribunal de grande instance de Grasse¹⁵³ reconnaissant à une pharmacienne de la Ville de Vence, ex-conseillère municipale, le droit de faire usage des marques *Ville de Vence* et *Vence la Jolie* qu'elle avait déposé à l'Institut national de la propriété industrielle. Alors qu'aucune règle de droit ne faisait à ce dépôt, l'atteinte au nom de la commune était manifeste. Les élus locaux s'étaient alors insurgés contre cette décision, et la question avait été portée jusqu'au ministère de la culture à l'initiative d'un député qui rappelait avec justesse la « *nécessité de protéger les noms de communes employés au regard de la procédure de dépôt de marques commerciales à l'Institut national de la propriété industrielle* », et affirmait que le nom des communes « *fait partie du patrimoine historique et culturel.*¹⁵⁴ »

Le Sénat saisit l'occasion de l'adoption de la loi du 4 janvier 1991 pour introduire un amendement prémunissant les communes de toute appropriation de leur nom à titre de marque. Ainsi le législateur a admis que « *ne peut être adoptée comme marque un signe portant atteinte [...] au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale.*¹⁵⁵ »

Cette disposition suscite cependant des difficultés d'application, notamment apparues à l'occasion de la demande d'enregistrement de la marque verbale *Paris l'été* par le gérant d'une société de production audiovisuelle, qui entrainait en conflit avec le dépôt par la Ville de Paris entre 2002 et 2003 de diverses marques françaises dans de multiples classes en lien avec son opération touristique *Paris-Plage*. Utilisant la faculté reconnue aux tiers de formuler des observations pendant l'instruction de l'enregistrement de la marque, la Ville de Paris a tenté de démontrer à l'Institut national de la propriété industrielle que ce dépôt portait atteinte aux droits dont elle jouit sur son nom, en vain. Après avoir été déboutée par le Tribunal de grande instance de Paris de sa demande d'annulation de l'enregistrement qu'elle estimait irrégulier, elle a finalement obtenu une importante décision de la Cour d'appel de

¹⁵³ TGI Grasse, 24 avr. 1985 : PIBD 1985, III, 210.

¹⁵⁴ Question 70022 du 10 juin 1985.

¹⁵⁵ Art. L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Paris le 12 décembre 2007¹⁵⁶, par laquelle les juges ont définitivement consacré le droit des collectivités territoriales sur leur nom.

La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation vient renforcer la protection en amont des collectivités territoriales des abus et des usurpations perpétrés par des tiers. En instaure un nouvel article L.712-2-1 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale peut demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination, dans des conditions fixées par décret* ». Les personnes publiques qui le souhaitent pourront être alertées par l'Institut national de la propriété industrielle dès lors qu'une demande d'enregistrement d'une marque contenant leur nom sera déposée.

Le Code de la propriété intellectuelle retient ainsi que la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement sous la double condition de distinctivité et de disponibilité. La procédure d'enregistrement doit être conduite devant l'Institut national de la propriété industrielle pour la France, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur pour la marque communautaire, ou encore l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle pour la procédure internationale.

La question du bénéfice du droit de propriété sur la marque est ainsi résolue de manière systématique en écartant l'agent créateur de la marque : aucun droit ne lui est reconnu, pas de droit à la paternité, pas de droit moral ni de statut d'agent public créateur. Seul le déposant bénéficie des droits patrimoniaux attachés à la marque. Une marque peut être déposée au nom d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales (sociétés civiles ou commerciales, groupements d'intérêt économique, associations, fondations, l'État (représenté par un de ses ministères), les collectivités territoriales, les syndicats, les établissements publics...). Rien n'empêche donc les personnes publiques de déposer des marques et de se les approprier.

¹⁵⁶ CA Paris, 12 décembre 2007, n° 06/20595.

La durée de protection après le dépôt à l'Institut national de la propriété industrielle est de dix ans, et indéfiniment à condition d'être renouvelée tous les dix ans, le renouvellement incombant au propriétaire de la marque. Les personnes publiques sont aujourd'hui très présentes dans le secteur des marques, à travers la création de logotypes très identifiables et de marques renommées pour leur qualité telles que l'Opéra de Paris, le Conseil d'Etat, la bibliothèque nationale de France, le musée du Louvre ... autant de « franchises » publiques qui rayonnent sur le territoire national, en Europe et dans le monde entier.

2) Le logotype.

Très liés à la logique des marques, les logotypes fonctionnent selon un régime différent de la marque, quoiqu'ils puissent être enregistrés en tant que marque. Le logotype finalisé ainsi que ses versions intermédiaires sont protégés par le droit d'auteur s'ils remplissent la condition d'originalité requise pour toute œuvre. Ainsi, aucun acte d'enregistrement ou de dépôt n'est nécessaire pour que le logotype soit protégé au regard du droit d'auteur. Le titulaire des droits est la personne qui a réalisé le logotype.

Lorsque le créateur du logo est un agent ou un fonctionnaire public, il se voit appliquer le régime du droit d'auteur selon le type mission qui est confiée par la personne publique. En cas de collaboration entre la personne publique et un prestataire extérieur, des difficultés de qualification peuvent intervenir si la personne publique collabore à la réalisation de l'œuvre, ce qui peut entraîner la qualification d'œuvre commune. A défaut de collaboration de la personne publique, l'on considère que tout intervenant extérieur à qui celle-ci commande la réalisation d'un logotype est titulaire de droits, même s'il a l'apparence d'un simple exécutant.

3) Le nom de domaine

Enfin, la question grandissante du nom de domaine doit être reliée à la marque publique. En des termes similaires à ceux du Code de la propriété intellectuelle¹⁵⁷,

¹⁵⁷ Art. L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle

le Code des postes et des communications électroniques¹⁵⁸ admet au bénéfice des personnes publiques un droit antérieur sur leur nom, leur image et leur renommée. Cette prérogative les invite à s'opposer à l'enregistrement de tout nom de domaine qui reprendrait sans autorisation leur dénomination, dès lors qu'il en résulte un risque de confusion.

Selon ces mêmes dispositions, « *sauf autorisation de l'assemblée délibérante, le nom d'une collectivité territoriale [...], seul ou associé à des mots ou abréviations faisant référence aux institutions locales, peut uniquement être enregistré par cette collectivité ou cet établissement public comme nom de domaine au sein des domaines de premier niveau correspondant au territoire national.*¹⁵⁹ » Le Code des postes et des communications électroniques prolonge les dispositions du Code de la propriété industrielle en admettant au profit des seules personnes publiques le droit d'enregistrer un nom de domaine. C'est sur ces dispositions que la Ville de Paris s'appuie pour protéger le nom de domaine *.paris* qu'elle a déposé récemment.

Le nom de domaine est pour les usagers le point d'entrée à l'administration en ligne et un outil de communication en ce qu'il constitue la dénomination d'un service public moderne et efficace. La marque publique et le nom de domaine sont très liés, en ceci qu'ils constituent des signes distinctifs qui permettent de valoriser l'action publique. La personne publique titulaire d'un droit sur la marque ne dispose pas d'un droit sur les noms de domaine correspondants. Les personnes publiques doivent procéder à la réservation des noms de domaine correspondant à leurs marques ou ses extensions, au même titre que les personnes privées. La réservation du nom de domaine, qui s'organise selon une procédure très proche du dépôt fonctionne selon la même logique de « premier arrivé, premier servi ».

En effet, les bureaux d'enregistrement ne sont pas tenus de vérifier si le nom de domaine envisagé correspond ou non à une marque préexistante. Les personnes publiques se doivent donc de lutter contre les pratiques de « cybersquatting », en prenant soin de réserver à l'avance les noms de domaine relatifs aux marques publiques, et d'autant plus que lorsqu'un service de l'état crée un site internet, sauf

¹⁵⁸ Art. R. 20-44-44 du Code des postes et des communications électroniques

¹⁵⁹ Art. R. 20-44-43 II du Code des postes et des communications électroniques

en cas de dérogation expresse du Service d'Information du Gouvernement, il se voit contraint d'utiliser le nom domaine [.gouv.fr], strictement réservé à l'Etat français¹⁶⁰, qui constitue une garantie pour l'internaute que le site est bien officiel.

L'enregistrement de la marque confère donc à son titulaire un droit de propriété sur le signe, dans la limite des produits et services qu'il a désignés¹⁶¹. L'article L. 716-2, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *Les faits antérieurs à la publication de la demande d'enregistrement de la marque ne peuvent être considérés comme ayant porté atteinte aux droits qui y sont attachés* ». Le même article précise encore que « *pourront être constatés et poursuivis les faits postérieurs à la notification faite au présumé contrefacteur d'une copie de la demande d'enregistrement. Le tribunal saisi surseoit à statuer jusqu'à la publication de l'enregistrement* ». Dans ces conditions, la personne publique déposante peut opposer aux tiers le dépôt avant même la publication de sa demande d'enregistrement.

Ainsi, les droits sur une marque créée par une personne publique comme par une personne privée ne peuvent naître que de la formalité du dépôt puis de l'enregistrement, qui non seulement constitue l'unique moyen pour celle-ci de se voir délivrer un titre de propriété, et la seule voie de droit de nature à permettre sa protection.

¹⁶⁰ Art. 2.2.1 de la Circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État (NOR : PRMX9903708C) (JO, 12 octobre 1999)

¹⁶¹ Cass. com., 12 juin 1956 : JCP G 1956, II, 9484, obs. A. Chavanne

Section 2 – L’acquisition des créations intellectuelles des agents publics.

Les agents publics, comme les salariés du secteur privé, sont à l’origine de nombreuses créations intellectuelles dans le cadre de leur mission de travail. Dans toutes les hypothèses de création intellectuelle née de l’activité d’une personne morale de droit public ou privé, un agent ou un salarié est à l’origine de l’activité créative.

On observe ainsi une symétrie dans l’implication des salariés du secteur privé et des agents publics dans le processus créatif induit par la personne morale qui les emploie. Pourtant, comme le souligne F. Pollaud-Dulian, « *travail et création ou invention, quel curieux couple ! Dans « Le dictionnaire des idées reçues », Flaubert inscrit en face du mot « artiste » : « ce qu'ils font ne peut s'appeler travailler ».*¹⁶²

La problématique de notre thèse sur l’articulation du droit public et du droit de la propriété intellectuelle rencontre ici l’une de ses ramifications : la propriété intellectuelle rencontre le droit du travail et le droit de la fonction publique.¹⁶³

La question qui nous intéresse est de savoir si l’administration, à qui la force de travail de l’agent public est dévolue, peut revendiquer l’appropriation automatique des fruits du travail de création intellectuelle de ce dernier. La réponse est sensiblement différente en matière d’œuvres de l’esprit (Sous-section 1) et de créations industrielles (Sous-section 2).

¹⁶² F. Pollaud-Dulian, *Propriétés intellectuelles et travail salarié*, RTD com. 2000. 273.

¹⁶³ V. Cottureau, *Créations de salariés*, Jcl. Dr. soc., fasc. 18-50 (1996) ; C. Durez, *Le droit d’auteur des salariés*, thèse dactyl., Paris II, 1984 ; J.-P. Gridel, *Les inventions de salariés*, LGDJ 1980 ; J.-M. Mousseron et J. Schmidt, *Les créations d’employés*, Mélanges Mathély, Litec, 1990, p. 273 ; J.-M. Mousseron, *Nouvelles technologies et créations de salariés*, Dr. soc., juin 1992, p. 563 ; J.-M. Mousseron, *Les inventions de salariés*, Litec, 1995 ; F. Pollaud-Dulian, *Ombre et lumière sur le droit d’auteur des salariés*, JCP 1999 éd. GI.150 ; colloque AADA et Lamy, *La création salariée : propriété intellectuelle et droit du travail*, INPI 1988.

Sous – section 1 : L'appropriation des créations littéraires et artistiques des agents publics.

Dans l'entreprise privée comme dans l'administration, la création d'œuvres de l'esprit relève de la créativité des salariés et des agents publics. Ce sont eux qui, dans le cadre de leur mission de travail, sont à l'origine de l'élaboration d'œuvres de l'esprit.

En application du Code de la propriété intellectuelle-, le fait qu'une œuvre soit créée par un salarié dans le cadre d'un contrat de travail ne fait pas obstacle à ce que la titularité des droits d'auteur lui soit reconnue (même si, en matière de logiciel créé par un salarié, l'employeur bénéficie d'une cession automatique des droits d'auteur ¹⁶⁴). Ainsi, le contrat de cession de droits constitue l'unique moyen pour l'employeur de bénéficier des droits patrimoniaux inhérents à l'œuvre. Si la question du sort des salariés de droit privé est tranchée par le législateur, qu'en est-il de celle des agents publics ?

Le juge a longtemps considéré que *« si, en principe, les fonctionnaires publics restent propriétaires des ouvrages qu'ils réalisent en dehors de l'exercice de leur profession, ils ne conservent aucun droit sur les travaux qu'ils ont l'obligation d'accomplir par la nature même de leurs fonctions¹⁶⁵ »*. Cependant, la loi du 11 mars 1957 a relancé le débat les droits de propriété littéraire et artistique des agents publics car elle ne comportait aucune disposition relative aux agents publics, ce qui a conduit la doctrine élaborer des théories telles que celle des œuvres administratives et des œuvres détachables ou non détachables du service. Dans un avis en date du 14 mars 1958 « O.FRA.TE.ME », le Conseil d'État a estimé que *« les droits que les fonctionnaires tirent de leur statut sont toujours limités par les nécessités du service et qu'il en va de même, du fait de leur contrat, pour les agents contractuels permanents ou occasionnels qui, étant directement associés au service public, lui sont liés par un contrat de droit public »*, et que *« les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1er et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service et qu'il en est ainsi même au cas où certains collaborateurs du service peuvent prétendre à une part distincte dans la création de*

¹⁶⁴ Art. L.113-9 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁵ T. corr. Dunkerque, 15 déc. 1934, *Mlle Salomez c/ Demeyere* : Gaz. Pal. 1935, p. 390

*certaines œuvres, dès lors que cette création a été effectuée par eux dans l'exercice de leurs fonctions.*¹⁶⁶ »

L'idée qui transpire de cet avis est intéressante : il ne peut être nié que sans l'intervention de l'agent public, l'œuvre n'existe pas. Mais un autre élément doit être pris en compte : l'œuvre de l'agent public n'a qu'un seul but, celui de contribuer au service public. Or le droit administratif ne tolère aucun obstacle à la bonne marche du service. Comme le souligne J-D. Dreyfus, « *l'agent qui réalise une œuvre pour les besoins du service n'est qu'un auteur intermédiaire*¹⁶⁷, c'est-à-dire plus un participant au service public qu'un véritable auteur. Il s'efface, se dilue dans le service public.¹⁶⁸ »

Reprenant au mot près le raisonnement de l'avis « O.FRA.TE.ME », le Tribunal administratif de Versailles a énoncé le 17 octobre 2003 que « *nonobstant l'article L.111-1, les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit pour celles dont la création fait l'objet du service. Il ne résulte d'aucune disposition législative ou réglementaire que l'administration doive établir un contrat de droit d'auteur au profit d'un enseignant qui diffuse ses photocopiés dans le cadre de sa mission de service public.*¹⁶⁹ ».

Ce régime a été l'objet de critiques¹⁷⁰ car il ignore la situation spécifique de certains corps de fonctionnaires qui, en application « d'usages » de l'administration sont titulaires des droits d'auteur. Ainsi, la tradition administrative commande d'attribuer aux enseignants les droits de propriété littéraire et artistique sur leurs prestations intellectuelles en application du principe selon lequel « *les leçons publiques d'un professeur constituent, à son profit, une œuvre d'intelligence dont la propriété lui appartient et que personne n'a le droit de publier sans son aveu.*¹⁷¹ »

L'application du régime de l'avis « O.FRA.TE.ME » expose le droit d'auteur des universitaires à un risque certain : il peut entraîner une confusion entre les créations

¹⁶⁶ CE avis 21 nov. 1972, *Ofrateme*, Les Grands avis du Conseil d'Etat, 2e éd., Dalloz, 2002, p. 105, comm. G. Kuperfils.

¹⁶⁷ En référence à la notion d'usager intermédiaire selon L. Richer, *L'usager intermédiaire*, CJEG 1996, p.371.

¹⁶⁸ J-D. Dreyfus, *Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics après la loi du 1^{er} août 2006*, AJDA 2006, 2179

¹⁶⁹ TA Versailles, 17 octobre 2003, Comm. Com. Electr., janvier 2004, p. 23, note Caron.

¹⁷⁰ TI Paris, 31 mars 1999, *G. Chopart-Guillaumot c/ H. Hadj-Mabrouck* : RIDA janv. 2000, p. 333, note A. Kéréver ; JCP E 2000, p. 1375, obs. Chevet, à propos d'un doctorant allocataire de recherches.

¹⁷¹ T. civ. Seine, 9 déc. 1893, Esmein, Larose et Forcel c/ Cabanon et Bourdon Viane : D. 1894, 2, p. 262

intellectuelles des enseignants et les œuvres attachées au service. L'Université-employeur se trouve alors investie du droit d'auteur pour l'intégralité des créations intellectuelles des universitaires, incluant également celles qui sont le résultat d'une activité de recherche individuelle.

Enfin, le régime issu de l'avis « O.FRA.TE.ME » opère une uniformisation critiquable de tous les agents et fonctionnaires publics, quelque soit leur degré d'autonomie et leur faculté créatrice. L'indifférence du degré de liberté dans l'exercice des fonctions et l'absence de prise en compte des finalités de l'intervention publique soulignent l'insuffisance de ce régime. F-P. Benoît souligne ces manquements lorsqu'il écrit que « *certaines compétences et attributions échappent à l'emprise de la hiérarchie parce qu'il a paru nécessaire qu'elles soient exercées par leurs titulaires en toute indépendance, en fonction de leurs seules connaissances techniques et de leur conscience.*¹⁷² »

Dans le silence du Conseil d'État sur l'évolution à donner au régime du droit d'auteur des agents publics, les juridictions judiciaires ont saisi l'occasion d'un contentieux relatif aux droits des artistes-interprètes fonctionnaires- pour ajouter un nouveau critère aux principes posés par l'avis « O.FRA.TE.ME ». Anticipant la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 1er août 2006, la Cour de cassation énonce dans une décision du 1^{er} mars 2005 que les nécessités du service public peuvent faire obstacle à la titularité des droits d'auteur des agents publics, mais « *dans les strictes limites de la mission de service public à laquelle l'agent participe.*¹⁷³ »

Les juridictions de l'ordre administratif confirment cette jurisprudence et précisent qu'une cession des droits d'exploitation d'un enseignant au profit d'une Université était recevable seulement si cette mesure est « *nécessaire à l'exercice desdites fonctions*¹⁷⁴ » et dès lors que les cours étaient communiqués aux seuls étudiants du professeur concerné. Le Tribunal administratif de Versailles précise que « *le droit d'auteur ainsi cédé n'a pas excédé l'accomplissement de la mission de service public qui était celle de l'Université.* »

¹⁷² F-P. Benoît, *Le droit administratif français* : Paris, Dalloz, 1968, p. 486, n° 821 et p. 489, n° 824

¹⁷³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, n° 02-10.903, *Spedidam* ; AJDA 2005, p. 1905, note J.- M. Bruguière ; D. 2005, p. 1353, P. Allaëys ; Comm. com. électr. 2005, comm. 64, C. Caron.

¹⁷⁴ TA Versailles, 17 octobre 2003, Comm. Com. Electr., janvier 2004, p. 23, note Caron.

La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 1^{er} août 2006 revient en partie sur l'avis « O.FRA.TE.ME » et propose des régimes spéciaux permettant de garantir le bon fonctionnement des services publics.

La loi du 1^{er} août 2006 a pour objet d'harmoniser le statut de l'agent public auteur d'une création intellectuelle. Elle vise à restreindre les hypothèses dans lesquelles les personnes publiques bénéficient d'un régime préférentiel d'attribution du droit d'auteur. La loi du 1^{er} août 2006 confirme également l'application du droit de la propriété intellectuelle au profit des agents publics, tout en instaurant des règles dérogatoires. En quelque sorte, le droit d'auteur des agents publics est issu du Code de la propriété intellectuelle, mais il comporte par exception des règles exorbitantes du droit commun.

Désormais, les agents publics sont soumis au droit commun issu du Code de la propriété intellectuelle. La rédaction de l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2006 est la suivante : *« 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. »*

Cette formulation concrétise l'harmonisation du droit d'auteur des agents publics avec le droit applicable aux titulaires d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service de droit privé. Le régime de l'avis « O.FRA.TE.ME » a disparu, et le rapprochement entre les agents publics et les salariés du secteur privé en matière de droit d'auteur est explicite.

Cependant, tous les agents publics ne sont pas pour autant investis des mêmes libertés que les salariés du secteur privé dans leur fonction d'auteur. Seuls les agents des services publics industriels et commerciaux sont intégralement soumis au droit commun de la propriété intellectuelle. Les agents des services publics administratifs demeurent soumis à des règles exorbitantes du droit commun. Cette différence suscite une attention particulière

dans le cas des établissements publics à double visage, pour lesquels le rattachement de l'agent à l'une ou l'autre des activités devra être déterminé.

En conséquence, le rapprochement entre les agents publics et les salariés du secteur privé demeure théorique, notamment parce que le droit moral des agents des services publics administratifs est infléchi par certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle, contre l'avis de la Commission du Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique¹⁷⁵, afin de faciliter de la gestion des services publics.

Ainsi, l'article L. 121-7-1 du Code de la propriété intellectuelle met à mal le droit de divulgation reconnu à l'agent public et ceci, en dépit de la reconnaissance d'un droit d'auteur naissant *ab initio*. Ainsi, le Code énonce que « *l'agent public qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues, s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie. L'agent ne peut : 1° S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ; 2° Exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique.* »

Le législateur remet entre les mains de l'autorité hiérarchique le droit de divulgation sans même qu'il soit fait référence à un quelconque impératif du service public¹⁷⁶. Ainsi que le souligne J-D. Dreyfus, « *d'ores et déjà, on peut remarquer que l'on est présence d'un droit commun adapté aux besoins du service public. Les droits de l'agent public auteur d'une œuvre dans le cadre du service ne sauraient être entièrement régis par les principes qui sont établis dans le code de la propriété intellectuelle pour les rapports privés.*¹⁷⁷ »

Cette restriction du droit de divulgation est inspirée du régime applicable aux créateurs de logiciels, et vise à encadrer le droit divulgation par un double corpus de règles : celles qui régissent le statut de l'agent auteur, et notamment l'obligation de discrétion, et celles applicables à la personne publique pour laquelle il travaille, telles que le règlement

¹⁷⁵ CSPLA, *Rapp. de la commission spécialisée portant sur la création des agents publics*, 20 déc. 2001.

¹⁷⁶ M. Cornu, *La création des agents publics dans l'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : Légipresse 2003, n° 199, III, p. 35

¹⁷⁷ J-D. Dreyfus, préc., AJDA 2006, 2179

intérieur. Les prérogatives accordées par le Code de la propriété intellectuelle à l'auteur sont également strictement limitées, notamment sur la modification de l'œuvre à laquelle l'agent ne peut pas s'opposer si elle est décidée dans l'intérêt du service, à condition qu'une telle modification ne porte pas atteinte à son honneur ou sa réputation. Plus encore, l'agent auteur ne peut exercer son droit de retrait ou de repentir sans obtenir préalablement l'accord de sa hiérarchie.

Le droit d'exploitation est lui aussi tourné vers une logique similaire. L'article L.131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle énonce désormais 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'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État.* » Cette règle est étendue à toutes les personnes publiques par l'article L.131-3-2 du Code qui énonce que « *les dispositions de l'article L.131-3-1 s'appliquent aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale et à la Banque de France à propos des œuvres créées par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions reçues* ».

Le principe de neutralité du statut des agents publics en matière de droit d'auteur posé par l'article L.111-1 du Code de la propriété intellectuelle est ici largement aménagé par la règle de cession de plein droit de l'œuvre, avec toutefois la limite de la stricte nécessité à l'accomplissement d'une mission de service public. A l'inverse, lorsque la personne publique sort du cadre de la mission de service public en réalisant une exploitation commerciale de l'œuvre, elle ne dispose plus que d'un simple droit de préférence, par exception à la règle de la cession de plein droit.

La règle est parfaitement logique : lorsque les personnes publiques exercent une mission de service public (une activité de plus grand service), elles bénéficient de prérogatives étendues par rapport au droit privé. Au contraire, lorsqu'elles se comportent comme des opérateurs privés en exerçant une activité commerciale (de plus grand profit), elles sont soumises à des règles de droit commun. La réalisation de profit n'est pas leur vocation première : il n'est donc pas justifié qu'elles bénéficient de prérogatives exorbitantes du droit commun lorsque leur activité est strictement commerciale, au risque de perturber le

jeu de la concurrence¹⁷⁸. Nous aurons l'occasion d'approfondir ces éléments dans le Titre suivant, consacré au rôle de l'intérêt général dans les prérogatives des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle.

La loi du 1^{er} août 2006 opère également un rapprochement entre la création salariée et le statut des agents publics dans la situation où la personne publique commercialise les œuvres créées dans le cadre de leurs fonctions. Comme les salariés du secteur privé¹⁷⁹, les agents publics perçoivent désormais des intérêts sur les produits nés de l'exploitation commerciale ou non-commerciale de leurs œuvres exercée la personne publique cessionnaire du droit d'exploitation. Cette mesure correspond ici encore à la nécessité de préserver l'équilibre de la concurrence, en ne permettant pas que les personnes publiques puissent commercialiser les œuvres de leurs agents sans que celles-ci ne soient grevées de la rémunération prévue par le droit d'auteur¹⁸⁰. Le Code de la propriété intellectuelle précise que cet intéressement est possible lorsque : *« la personne publique qui l'emploie, cessionnaire du droit d'exploitation, a retiré un avantage d'une exploitation non commerciale de l'œuvre ou d'une exploitation commerciale dans le cas prévu par la dernière phrase du dernier alinéa de l'article L. 131-3-1 »*. Sans autres précisions, cette disposition laisse également planer de très nombreuses incertitudes, notamment quant à la nature de l'avantage retiré par la personne publique, et sur les modalités d'intéressement de l'agent public. Le rapport Vanneste du 1^{er} juin 2005¹⁸¹ a apporté certains éléments en établissant que le décret en Conseil d'État à intervenir *« devra nécessairement prévoir, en application de l'article L. 131-4, un mode de rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation, sous peine de nullité relative, ou, à défaut, une rémunération forfaitaire »*.

Le régime des enseignants-chercheurs est également dérogatoire, car en dépit du fait qu'ils sont *« débiteurs d'une obligation de créer »*¹⁸² malgré leur statut indépendant. Pour cette raison, les enseignants-chercheurs sont protégés par un régime dérogatoire antérieur à la loi

¹⁷⁸ Par exemple, le décret n° 2002-549 du 19 avril 2002 crée les services d'activités industrielles et commerciales au sein des universités, services *« à la croisée des principes libéraux et des besoins de la recherche »*, dont une partie des activités se situe dans le champ concurrentiel.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ. 16 décembre 1992, D. 1993, IV, n° 549.

¹⁸⁰ CE avis 8 novembre 2000, *Société Bernard Consultants*, AJDA 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin; RFDA 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; CJEG 2001, p. 58, note Degoffe et Dreyfus ; Circulaire n° 2005-17 du 28 février 2005 relative aux conditions d'exercice des missions d'ingénierie publique concurrentielle dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises public/privé, BOMETLTM 20 février 2005, n° 5.

¹⁸¹ Rapport n° 2349 de M. Ch. Vanneste, fait au nom de la commission des lois, déposé le 1er juin 2005.

¹⁸² M. Cornu, *Droits d'auteurs des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public*, D. 2006, p.2185.

du 1^{er} août 2006 qui tient compte du fait que lorsqu'un professeur d'université publie un ouvrage, il engage sa réputation professionnelle dans un cadre extérieur à sa mission de service public, puisque celle-ci comporte l'obligation de dispenser un cours mais n'inclut pas d'obligation de publication. C'est dans ses conditions que le ministre de l'enseignement supérieur a eu l'occasion de préciser le 15 septembre 1988 dans le cadre des questions adressées au Sénat qu' « *en application du décret du 29 octobre 1936, le fonctionnaire ou l'agent concerné demeure libre de proposer à une personne privée la publication ou l'édition de cette œuvre, collaboration qui devra, elle, respecter les termes de la loi relative à la propriété littéraire et artistique. C'est ainsi que les professeurs qui dispensent des enseignements oraux ont toujours pu faire éditer leurs cours et jouir en conséquence des droits réservés à l'auteur sur son œuvre.*¹⁸³ »

Ainsi, le droit d'auteur des personnes publiques est d'une nature strictement identique à celle des personnes privées. Plus encore, le droit d'auteur des agents publics est soumis depuis la loi du 1^{er} août 2006 au Code de la propriété intellectuelle dans les mêmes conditions que celui des salariés du secteur privé. Cette situation démontre que le droit d'auteur est une notion stable et unifiée, qui est parfaitement indifférente à la nature de la personne de l'auteur : personnes morales, physiques, de droit privé ou public sont éligibles à la qualité d'auteur.

Cependant, l'étude du droit d'auteur des personnes publiques conduit à une seconde observation : le droit d'auteur des personnes publiques et des agents publics est soumis à certaines règles dérogatoires du droit de la propriété intellectuelle qui interviennent par exception lorsque les nécessités du service public et de la satisfaction de l'intérêt général le commandent. Cette affirmation se vérifie pour l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques, et nous nous emploierons à démontrer son exactitude à chaque étape de notre thèse.

¹⁸³ Rép. Min. n°601, JO Séant Q 15 septembre 1988 ; JCP 1988, IV, p.354.

Sous – section 2 : L'appropriation des créations industrielles des agents publics.

L'appropriation par les personnes publiques des inventions des agents publics constitue l'une des voies privilégiée vers l'acquisition de créations industrielles pour les personnes publiques. En effet, C. Englert et J-M Mousseron considèrent que la création salariée dans les entreprises privées représente jusqu'à 90% des propositions brevetées¹⁸⁴. Même si la statistique correspondante dans l'administration n'existe pas, il faut considérer l'importance de la création industrielle des agents publics.

En matière de créations industrielles, la question du brevet d'invention a un grand intérêt pratique : les personnes publiques sont à l'origine de nombreuses inventions, notamment dans le domaine militaire, qui nécessitent une protection renforcée. Les implications militaires du brevet sont tellement importantes qu'une procédure spécifique est prévue aux articles L. 612-8 à L. 612-10 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoient que « *le ministre chargé de la défense est habilité à prendre connaissance auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, à titre confidentiel, des demandes de brevet* », et que les inventions faisant l'objet de demandes de brevet ne peuvent être ni divulguées ni exploitées tant qu'une autorisation n'a pas été accordée à cet effet par les services de la Défense nationale.

Comme le souligne P. Roubier, « *c'est bien sans doute le droit des brevets qui peut déterminer la nature et le type des droits à accorder aux parties mais la question de savoir à qui seront attribués ces différents droits, comment s'opérera la répartition des avantages et des produits de l'invention entre les parties, est bien une question qui doit être résolue, d'abord, par l'étude des relations de travail établies entre elles.*¹⁸⁵ » Or le statut des agents publics est par principe exorbitant du droit commun des relations de travail du secteur privé, c'est pourquoi il convient de déterminer si le régime applicable aux inventions des agents publics est le même que celui applicable aux salariés du secteur privé, ou si au contraire ils divergent en raison des relations de travail spécifiques qui unissent l'administration aux agents publics.

¹⁸⁴ C. Englert, *L'invention faite par l'employé dans l'entreprise privée*, thèse, Bâle, 1960 ; J.-M. Mousseron, *Les inventions d'employés*, RTD com. 1965.547 et *Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980*, RTD com. 1980.185.

¹⁸⁵ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, 1952-1954, Sirey, p. 183, n° 164

Le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *les fonctionnaires et les agents publics de l'Etat, des collectivités publiques, des établissements publics et de toute personne morale de droit public sont soumis aux dispositions de l'article L. 611-7 dans les conditions fixées par la présente sous-section, à moins que des stipulations contractuelles plus favorables ne régissent les droits de propriété industrielle des inventions qu'ils réalisent. Ces dispositions ne font pas obstacle au maintien ou à l'intervention, en ce qui concerne ces fonctionnaires et agents, de mesures réglementaires plus favorables* ».

Le Tribunal de grande instance de Paris a affirmé dans une décision du 3 décembre 1993 que contrairement au droit d'auteur, le droit des brevets ne prévoyait aucun régime d'exception en faveur des universitaires¹⁸⁶, ce que critique J.-C. Comaldieu¹⁸⁷ : « *Qu'il est ainsi établi que Jean-Pierre Adolphe exerçant ses fonctions auprès de l'UPMC a une tâche comportant une mission inventive. [...] Que ceci suffit à établir que l'invention brevetée est étroitement liée à sa carrière universitaire et qu'il existe une permanence dans les recherches de celui-ci. [...] Que le droit au brevet du chef de Jean-Pierre Adolphe appartenait à l'université.*¹⁸⁸ »

Le principe posé par l'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle divise les inventions en deux grandes catégories : les inventions de mission, qui appartiennent ab initio à la personne publique employeur (A), et les inventions hors mission qui sont a priori la propriété de l'agent public (B).

¹⁸⁶ V. également Colloque Université d'Orléans, 7 juill. 1995, *La politique de propriété industrielle des universités*, Mélanges A. Françon : Dalloz 1995, p. 43

¹⁸⁷ J.-C. Comaldieu, *L'application de la réforme au secteur public* : VIe JADE

¹⁸⁸ TGI Paris, 3 déc. 1993 : PIBD 1994, III, 141

A. L'appropriation *ab initio* des inventions de mission.

Les inventions de mission sont créées par les agents publics soit dans le cadre de l'exécution des tâches inventives qui correspondent à leur mission, soit dans le cadre de recherches qui leur sont confiées par la personne publique. L'invention de mission implique un contrat de travail ad hoc comportant une mission inventive permanente ou occasionnelle, tel, par exemple le contrat d'un ingénieur de recherche. Le Tribunal de grande instance de Paris a jugé le 17 février 2010 qu'un salarié dont le contrat de travail précisait uniquement que celui-ci avait été engagé comme ingénieur géologue n'empêchait pas la qualification d'invention de mission étant donné qu'au regard des fiches annuelles d'évaluation du salarié, une mission constante d'études et de recherches lui avait été confiée¹⁸⁹. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation dans une décision du 10 septembre 2013¹⁹⁰.

Comme pour les personnes privées, c'est la personne publique dans le service de laquelle l'invention est réalisée qui est propriétaire de l'invention dès sa conception.

L'absence de convention collective dans la fonction publique contraint les agents publics à se référer à une liste des fonctionnaires et agents publics ayant une activité inventive dans leurs missions statutaires annexée à l'article R. 611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle. En raison de la multitude d'agents visés, cette liste ne peut être complète et comporte des lacunes en matière d'agents publics ayant une activité inventive. Par exemple, l'oubli des infirmiers ou kinésithérapeutes d'un centre hospitalo-universitaire démontre que la conception d'une liste exhaustive est impossible en la matière, tant le champ visé est vaste. De même, cette liste est imprécise sur la question des missions ponctuelles de recherche ou de création, qu'il est impossible de renseigner sous cette forme.

Devant la difficulté à appréhender le régime des agents publics dans ce cadre, le législateur leur applique le statut des salariés mais énonce deux dérogations : les conditions de détermination de la rémunération supplémentaire (1) et le droit

¹⁸⁹ TGI Paris, 3e ch., 17 févr. 2010 : PIBD 2010, III, p. 334

¹⁹⁰ Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-22.617, *Ph. Rabiller c/ Elf EP* : PIBD 2013, n° 993, III, p. 1499

supplémentif d'exploitation de l'agent (2), qui dérogent au statut de la création salariée de droit commun.

1. La rémunération supplémentaire des agents publics pour les inventions de mission.

Avant loi du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle¹⁹¹, le salarié qui était à l'origine d'une invention de mission n'avait pas de droit à rémunération autre que la contrepartie de sa prestation de travail. Des systèmes dérogatoires à ce principe étaient envisageables sous forme d'octroi de prime, d'intéressement ou de gratification forfaitaire¹⁹². Depuis la réforme de 1990, le salarié bénéficie d'une rémunération supplémentaire, qui, pour une partie de la doctrine s'appuyant sur la terminologie « supplémentaire » s'envisage nécessairement comme une somme d'argent s'ajoutant à la rémunération habituelle. Cependant, et ainsi que le souligne le J.-M. Mousseron, à défaut de convention collective applicable ou de mention spécifique dans ladite convention encadrant cette rémunération, le salarié ne peut exiger une rémunération supplémentaire pour son invention¹⁹³.

Dérogeant à ces dispositions pour les agents publics, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *la rémunération supplémentaire prévue par l'article L. 611-7 est constituée par une prime d'intéressement aux produits tirés de l'invention par la personne publique qui en est bénéficiaire et par une prime au brevet d'invention*¹⁹⁴. » Le Code de la propriété intellectuelle aménage ainsi un régime spécifique pour les agents publics dérogeant à celui des salariés du secteur privé.

Le décret du 26 septembre 2005¹⁹⁵ prévoit qu'une prime d'intéressement est versée annuellement à l'agent public inventeur sans tenir compte des modalités d'appropriation de l'invention. Elle continue d'être versée à l'agent public pendant

¹⁹¹ Loi n°90-1052 du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle, NOR : INDX8900121L

¹⁹² J. Schmidt, *La nouvelle loi sur la propriété industrielle* : ALD 1991, p. 29. – J. Thyraud, *Rapport au nom de la Commission des lois du Sénat*, n° 233, 11 avr. 1990, p. 58 ; Rapp. Déb. Sénat, p. 451

¹⁹³ J.-M. Mousseron, *L'évolution de la propriété industrielle*, 3e journée, R. Savatier : PUF 1991, p. 157 : « *le nouveau texte n'implique pas littéralement que toutes les inventions de mission brevetables entraînent rémunération supplémentaire : il n'en sera ainsi que lorsque ladite invention entrera dans le champ des conditions fixées par les conventions collectives* ».

¹⁹⁴ Art. R 611-14-1 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁹⁵ Décret n°2005-1217 du 26 septembre 2005 relatif à la prime d'intéressement et à la prime au brevet d'invention attribuées à certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics auteurs d'une invention et modifiant le Code de la propriété intellectuelle.

tout le temps de l'exploitation de l'invention par la personne publique, même s'il quitte ses fonctions ou part à la retraite.

La prime au brevet d'invention a un caractère forfaitaire, et son montant est fixé par un arrêté que rendent conjointement les ministres chargés du budget, de la fonction publique et de la recherche. Cette prime est versée en deux tranches, le premier versement pouvant intervenir à l'expiration du délai d'un an à compter du premier dépôt de la demande de brevet. Ce délai peut sembler irrégulier en ce que le droit à rémunération supplémentaire de l'agent est conditionné non pas à la demande d'un brevet, mais bien à la constatation d'une invention. En réalité, cette procédure de versement impose à la personne publique de déposer des demandes de brevet pour chacune des inventions de ses agents, ce qui traduit la volonté du législateur de ne pas laisser échapper de brevets publics. En effet, si la demande de brevet n'est pas concomitante à la constatation de l'invention, le délai requis pour l'ouverture du droit au premier versement n'est pas légal. Ici encore, l'incitation qui est faite aux personnes publiques de déposer des brevets systématiquement, caractérise la volonté du législateur d'encourager l'accès à la propriété immatérielle des personnes publiques.

Le second versement intervient lors de la signature d'une concession de licence d'exploitation ou d'un contrat de cession du brevet, ce qui signifie que le versement de cette seconde tranche est déclenché par l'exploitation de l'invention par la personne publique. Ce découpage en deux tranches de montants distincts (vingt pour-cent pour la première, quatre-vingt pour-cent pour la seconde), démontre encore la volonté de protection des personnes publiques par le législateur : le montant de la prime versé à l'agent-inventeur dans l'année qui suit est en réalité minime. Si exploitation commerciale il y a, et donc garantie de retour sur investissement, la personne publique verse alors une somme beaucoup plus importante correspondant à la quasi-intégralité de la prime au brevet d'invention.

2. Le droit supplétif d'exploitation des agents publics sur les inventions de mission.

La seconde différence majeure avec le droit de la création salariée en matière de rémunération des inventions de mission est le droit supplétif d'exploitation. Il opère une rupture avec l'esprit du régime commun de l'invention de mission dans lequel le salarié ne dispose d'aucun droit sur l'invention qu'il a créé, et dispose éventuellement d'une créance de salaire vis à vis de son employeur. En présence d'une invention créée par un agent ou un fonctionnaire, la personne publique peut décider de ne pas procéder à l'exploitation commerciale d'une invention créée dans le cadre du service qu'elle dirige, mais elle est contrainte déposer une demande de brevet pour chaque invention créée par l'un de ses agents.

Dans ce cas, des inventions brevetées mais écartées par la personne publique de toute exploitation commerciale peuvent se retrouver inexploitées. Préférant que l'invention soit exploitée par l'agent plutôt qu'elle ne soit pas du tout exploitée, le législateur a prévu un système permettant à l'agent-inventeur, moyennant la conclusion préalable d'une convention avec la personne publique, de bénéficier de droits patrimoniaux sur son invention. Dans sa démarche protectrice des personnes publiques, le législateur a pris soin de préciser que l'invention demeurerait la propriété de la personne publique, et que par absence d'exploitation, il fallait entendre l'inexistence de toute exploitation directe ou indirecte. Cette dernière précision vise à exclure toute exploitation de l'invention qui viendrait concurrencer celle menée par la personne publique à travers des licences par exemple.

La spécificité de la personne publique fait ici obstacle à l'identité de régime avec les personnes privées, l'objectif de rentabilisation des investissements en matière de recherche exposés rendant nécessaire la création d'une voie de droit permettant une exploitation sans risque pour pérenniser l'action intellectuelle publique.

B. L'appropriation a posteriori des inventions hors mission.

Le régime des inventions hors mission tient dans l'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit que « *toutes les autres inventions appartiennent au salarié* ». Le droit de la propriété industrielle, après avoir établi la distinction entre les inventions de mission et les inventions hors mission, opère, dans la seconde catégorie, une sous-distinction, qui permet à l'employeur d'exproprier l'inventeur d'une invention pourtant faite en dehors de toute mission.

L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle crée un droit de préemption au profit de l'employeur sur certaines inventions hors mission, alors que ceux-ci sont à priori la propriété du salarié. Comme le relève justement J. Foyer, cela signifie qu'à chaque fois que l'invention présente un intérêt pour l'entreprise, l'employeur peut exproprier le salarié « pour cause d'utilité privée¹⁹⁶ ».

Le recours à l'expropriation « pour cause d'utilité privée » de l'entreprise se transforme-t-il en expropriation pour cause d'utilité publique dès lors qu'il est exercé par une personne publique ? Rien ne s'oppose à cette analyse, dès lors que nous verrons dans le prochain Chapitre que l'expropriation pour cause d'utilité publique est possible en matière de brevets. Si l'expropriation est admise pour des inventions créées à l'extérieur des services de l'administration, il n'y a aucune raison qu'elle ne soit pas recevable pour les inventions des agents publics. Ce constat renforce l'idée que les personnes publiques sont soumises au droit commun de la propriété intellectuelle.

Le régime applicable aux inventions hors mission des agents publics reprend la classification issue du Code de la propriété intellectuelle entre les invention hors mission attribuables (1) et non attribuables (2).

1. Inventions hors mission attribuables

Les inventions hors mission attribuable sont définies par l'article L. 611-7, 2o du Code de la propriété intellectuelle comme les inventions faites « *par un salarié soit dans le cours*

¹⁹⁶ J. Foyer, in : colloque IRPI, *La commission nationale des inventions de salariés*, Litec, 1984, p. 100.

de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation de techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise ou de données procurées par elle ».

Ces inventions sont la propriété du salarié, mais la loi reconnaît à l'employeur une faculté de préemption qui peut être mise en œuvre dès lors que l'invention répond aux critères posés par la loi et moyennant le paiement d'un juste prix.

Cette définition légale de l'invention hors mission attribuable est parfaitement applicable aux inventions des agents publics autres que les inventions de mission, mais présentant un lien avec le service public, par exemple car elles entrent dans son domaine d'activité, ou parce qu'elles ont été réalisées par l'agent public dans l'exécution de ses fonctions ou grâce aux moyens, techniques et connaissances mis à sa disposition par l'entreprise.

La qualification d'invention hors mission attribuable est la même pour les agents publics que pour les salariés du secteur privé. Le droit de préemption prévu par le Code de la propriété intellectuelle s'applique à la personne publique dans les mêmes conditions que pour l'employeur personne privée. En effet, l'article R.611-12 du Code de la propriété intellectuelle énonce que *« la personne publique employeur a le droit, dans les conditions et délais fixés par la présente sous-section, de se faire attribuer tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention lorsque celle-ci est faite par un fonctionnaire ou agent : Soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions ; Soit dans le domaine des activités de l'organisme public concerné ; Soit par la connaissance ou l'utilisation de techniques, de moyens spécifiques à cet organisme ou de données procurées par lui. »*

Une question demeure : la revendication de la personne publique employeur s'appuie-t-elle sur le brevet ou sur l'invention elle-même ? Si l'agent public voulait faire obstacle à la revendication de la personne publique sur le brevet, il suffirait de ne pas procéder à la formalité de dépôt. A notre avis, ainsi que l'écrit J-M Mousseron¹⁹⁷, la revendication s'appuie nécessairement sur l'invention, ce qui permet à la personne publique employeur de contrôler complètement les modalités d'exploitation de celle-

¹⁹⁷ J.-M. Mousseron, Traité des brevets, op. cit., n° 522, p. 539

ci. En outre, J. Azéma complète cette affirmation en établissant que si le brevet est déjà déposé, la revendication porte sur celui-ci, tandis que si aucun brevet n'est déposé, l'employeur cherchera à obtenir des droits sur un brevet couvrant l'invention, ce qui a pour effet que le premier déposant jouira du brevet sur l'invention¹⁹⁸.

Une lacune du régime des personnes publiques apparaît dans la fixation du juste prix devant être versé à l'inventeur en contrepartie de la cession de ses droits. La contrepartie de l'exercice du droit de préemption est le paiement d'un juste prix à l'inventeur.

Le régime applicable aux personnes privées prévoit qu'à défaut d'accord entre les parties, ce juste prix est fixé par la Convention nationale des inventions salariées ou par le Tribunal de grande instance. L'article L.611-7 du Code de la propriété intellectuelle précise : *« ceux-ci prendront en considération tous les éléments qui pourront leur être fournis, notamment par l'employeur et par le salarié, pour calculer le juste prix tant en fonction des apports initiaux de l'un et de l'autre que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention »*.

Etrangement, les dispositions réglementaires qui régissent la matière pour les personnes publiques ne mentionnent pas la question du juste prix. Cette absence est d'autant plus étonnante que les dispositions réglementaires consacrées aux inventions des fonctionnaires et des agents publics reprennent l'intégralité du régime commun.

En l'absence de précisions réglementaires sur la question, il convient de considérer que, comme pour les employeurs de droit privé, la personne publique doit s'acquitter du juste prix auprès de l'agent public, qui correspondrait, par analogie à ce qui est prévu pour les salariés, à une somme forfaitaire, une redevance proportionnelle ou une combinaison des deux¹⁹⁹.

¹⁹⁸ J. Azéma : Lamy commercial 1995, n° 1741

¹⁹⁹ CNIS, Rapp. 1980-1983, p. 20

2. Inventions hors mission non attribuables

L'invention hors mission non attribuable correspond au statut qu'auront les inventions qui ne se rattachent à aucune des deux catégories précédentes²⁰⁰. Pour l'agent public, les inventions hors mission non attribuables correspondent à celles réalisées en dehors de toute mission confiée par la personne publique et ne présentant aucun lien avec le service public.

Le régime applicable à ces inventions est explicite : « *elles appartiennent au salarié .* » La loi n'aménage pas de privilège spécifique au bénéfice de l'employeur. Demeure tout de même l'obligation classique de fidélité du salarié qui peut le conduire à proposer son invention à son employeur préférentiellement à tout autre partenaire, ce qui donnera lieu à une négociation en dehors de la relation de travail subordonnée.²⁰¹

L'agent public est ainsi le seul titulaire des droits relatifs à son invention et dispose du droit d'en faire l'utilisation qu'il souhaite. L'agent public peut choisir de la conserver sous forme de secret, de la publier, de la protéger en déposant une demande de brevet en France ou à l'étranger.

Deux voies de droit s'offrent cependant à la personne publique employeur qui souhaiterait s'approprier l'invention : d'une part, elle peut mettre en œuvre une procédure contentieuse visant à démontrer que l'invention relève en réalité d'une autre catégorie que celle des inventions hors mission non attribuables. D'autre part, elle peut exercer ses prérogatives exorbitantes du droit commun pour exproprier l'agent public de son invention si la satisfaction de l'intérêt général le commande.

²⁰⁰ CA Lyon, 4 nov. 1981, PIBD 1982.294. III. 17, Dossiers Brevets 1982. I. 3

²⁰¹ Rappr. TGI Paris, 16 sept. 1986, PIBD 1987.404. III. 24, Dossiers Brevets 1987. I. 4

Conclusion du Chapitre

L'observation des procédés d'acquisition des créations intellectuelles issus du Code de la propriété intellectuelle montre que les personnes publiques sont soumises au régime commun de la propriété intellectuelle dans une très large mesure. Toutes les voies d'accès à la propriété intellectuelle leur sont ouvertes dans des conditions identiques à celles requises pour les personnes morales de droit privé.

D'une part, il existe une identité de régime entre les personnes publiques et les personnes morales de droit privé pour l'acquisition des créations intellectuelles ab initio à travers la qualification d'œuvre collective pour l'application du droit d'auteur et le recours à l'enregistrement pour les créations industrielles.

D'autre part, on constate une identité entre le régime des salariés et des agents publics en matière d'accès aux droits de propriété intellectuelle sur leurs créations. Les fonctionnaires et agents publics sont placés dans une situation statutaire, législative et réglementaire étrangère aux salariés du secteur privé. Cependant, même si la fonction publique conserve des spécificités évidentes (recrutement, carrière), la tendance du droit positif est au rapprochement avec le droit du travail. Cette évolution du droit de la fonction publique est influencée d'une part par le droit de l'Union européenne et droit issu de la Convention européenne de 1950 qui ne distingue pas le droit public et le droit privé, et d'autre part par la constitutionnalisation concomitante du droit du travail et de la fonction publique. La constatation de l'identité de régime entre les agents et fonctionnaires et les salariés du secteur privé en matière de titularité du droit d'auteur renforce le rapprochement entre ces deux statuts.

L'existence de ces règles communes issues du droit commun témoigne de la parfaite adaptation du Code de la propriété intellectuelle à la propriété intellectuelle des personnes publiques. Cependant, les personnes publiques bénéficient par exception des règles d'accès à la propriété intellectuelle dérogatoires au droit commun.

Chapitre 2 – L’acquisition par des procédés exorbitants du droit commun.

D’une manière générale, les personnes publiques jouissent de prérogatives exorbitantes du droit commun en raison de la mission d’intérêt général qu’elles poursuivent. Ces prérogatives spéciales s’expriment dans les situations que le droit commun n’est pas en mesure de régir.

En matière de propriété intellectuelle, ces prérogatives sont marginales. Plus précisément, les prérogatives exorbitantes du droit commun dont jouissent les personnes publiques en matière de propriété intellectuelle n’existent que dans le cadre de l’acquisition des créations intellectuelles. Cela signifie que mis à part dans les hypothèses que nous envisagerons dans ce Chapitre, les personnes publiques ne bénéficient d’aucune autre prérogative exorbitante du droit commun en matière de propriété intellectuelle. En revanche, nous verrons dans la seconde partie de la thèse que les personnes publiques sont soumises à plusieurs obligations exorbitantes du droit commun.

Les prérogatives exorbitantes sont conçues pour encadrer les situations qui échappent au droit commun, et consistent dans des pouvoirs exceptionnellement étendus dont disposent les personnes publiques pour mener à bien leur mission d’intérêt général. Elles manifestent l’exercice de la puissance publique²⁰², c’est à dire qu’il serait inenvisageable de les attribuer à une personne privée, notamment car elles sont inspirées par l’intérêt général et non par des intérêts privés. La propriété intellectuelle des personnes publiques met en œuvre des prérogatives exorbitantes du droit commun dans deux situations : les marchés publics de prestation intellectuelle (Section 1) et les voies d’accès à la propriété intellectuelle par la contrainte (2).

²⁰² B. Dacosta, concl. sur CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ Girard-Mille*, JCP Adm. 2011, n° 3, p. 2020

Section 1 : Le marché public de prestations intellectuelles.

La relation étroite entre les prérogatives exorbitantes du droit commun et le contrat administratif est établie depuis l'arrêt « Société des granits porphyroïdes des Vosges » du 31 juillet 1912²⁰³. Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) du 11 décembre 2001 apporte des précisions sur les règles applicables à la commande publique, et établit notamment que tous les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs²⁰⁴. Par cette disposition, le législateur établit qu'il n'existe pas de marchés publics de droit privé et revient sur la distinction classique entre contrats de droit privé et administratifs basé sur l'existence de clauses « *générant des droits et des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales.* »²⁰⁵ »

Cette disposition a l'avantage de simplifier l'élection du juge compétent : le juge administratif est compétent pour connaître des contrats administratifs et la loi maintient la compétence du juge judiciaire pour les litiges qui relevaient de sa compétences et pour lesquels a été saisi avant l'entrée en vigueur de la loi. Elle permet également de clarifier une situation ambiguë : désormais, la personne publique qui passe un marché public est investie par la nature même du contrat de prérogatives exorbitantes du droit commun. L'existence des prérogatives de puissances publiques dans le marché public n'est donc plus seulement liée à l'intérêt général. La présence de ces pouvoirs spéciaux n'est pas justifiée quand la personne publique souhaite simplement acheter des prestations qui sont dépourvues de lien avec l'exécution du service public.

Lorsqu'une personne publique souhaite recourir à un marché public de prestations intellectuelle, elle peut avoir recours à un cahier des clauses administratives générales (CCAG) qui met en œuvre le droit de la propriété intellectuelle (Sous-Section 1), et met en œuvre des prérogatives exorbitantes du droit commun (Sous-section 2).

²⁰³ CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Lebon p. 909 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 29 ; *D.* 1916, 3, 35, concl. Léon Blum ; *S.* 1917, 3, 15 ; note Jèze ; *RDP* 1914, p. 145.

²⁰⁴ Art. 2 de la loi n°2001-1168 MURCEF du 11 décembre 2001

²⁰⁵ Trib. confl. 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp* ; v. également Trib. confl. 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c/ S^{té} Gestetner et UGAP c/ S^{té} SNC Activ CSA, AJDA* 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *RFDA* 1999, p. 1163, concl. R. Schwartz

Sous – section 1 : L’existence de cahiers des clauses administratives générales appliquant le droit de la propriété intellectuelle.

Lorsqu’une personne publique souhaite satisfaire ses besoins en matière de travaux, fourniture ou de service, elle a recours à la conclusion d’un marché public. A priori, la fourniture de services n’évoque pas la propriété intellectuelle, mais les liens qu’entretiennent les marchés publics avec cette la création intellectuelle sont plus étroits qu’on ne le pense. Le meilleur exemple est l’existence de CCAG spécialement conçus pour les marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI), de techniques de l’information et de la communication (CCAG-TIC) et industriels (CCAG-MI).

Les CCAG²⁰⁶ sont des documents de référence qui visent à améliorer l’effectivité des marchés publics, en précisant le régime trouvant à s’appliquer à chaque catégorie de marché public. Les CCAG sont des recueils de stipulations contractuelles engageant à la fois le pouvoir adjudicateur et le titulaire du marché, et sont approuvés par le pouvoir règlementaire. Le législateur a tenté par le passé de contraindre les personnes publiques à se référer à des documents généraux obligatoires, tels que ceux visant les conditions des concessions d’électricité et de gaz²⁰⁷. Cette contrainte était critiquable du point de vue de l’objectif de décentralisation, ce qui explique que la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés de communes, des départements et des régions l’a rendue facultative.

La prise en compte dynamique des droits de propriété intellectuelle dans la sphère administrative est à l’origine de la refonte du CCAG-PI et de l’élaboration récente du CCAG-TIC (A), qui prévoient deux options d’accès à la propriété des créations intellectuelles réalisées dans le cadre du marché (B).

²⁰⁶ La majorité des CCAG a été élaborée à la fin des années 1970.

²⁰⁷ Art. 37 de la loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l’électricité et du gaz, définitivement abrogée par l’ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification législative du Code de l’énergie.

A. L'application du droit de la propriété intellectuelle dans le marché public.

Le préambule du CCAG MI énonce qu' « *il appartient au pouvoir adjudicateur, qui souhaite faire référence à un cahier des clauses administratives générales (CCAG), de choisir celui qui est le mieux adapté aux prestations objet de son marché, et de faire expressément référence à ce CCAG dans les documents particuliers de son marché.*²⁰⁸ » En matière de marché public portant sur des prestations faisant naître des droits de propriété intellectuelle, trois CCAG peuvent être utilisés : le CCAG-PI, le CCAG-TIC et le CCAG-MI.

Parfois, une même commande publique peut se situer à la frontière de deux CCAG, c'est pourquoi chacun rappelle son champ d'application : par exemple le CCAG-MI précise qu' « *un marché industriel peut comporter une part notable d'études et être susceptible de donner naissance à des droits de propriété intellectuelle. La frontière entre le champ d'application du CCAG-MI et celui du CCAG-PI (prestations intellectuelles) peut donc s'avérer délicate à appréhender, notamment lorsque plusieurs marchés se succèdent sur un même projet. On considère généralement que les études industrielles, jusqu'à la maquette ou jusqu'au prototype de laboratoire inclus. Relèvent du CCAG-PI, tandis que le prototype industriel ainsi que le développement relèvent du CCAG-MI.*²⁰⁹ »

L'application de la propriété intellectuelle aux marchés publics n'est pas originale : les mêmes règles s'appliquent aux personnes privées et à la commande publique (1), mais l'application du droit de la propriété intellectuelle a des conséquences sur le régime de la commande publique (2).

1. L'application conforme du droit de la propriété intellectuelle dans le marché public.

Il est surprenant que le Code de la propriété intellectuelle s'applique sans difficultés au droit de la commande publique alors que ni le marché de public de prestation intellectuelle ni la prestation intellectuelle ne font l'objet d'une définition dans les

²⁰⁸ CCAG MI, (arr. 16 septembre 2009), préambule.

²⁰⁹ CCAG MI, (arr. 16 septembre 2009), préambule.

textes relatifs à la commande publique, même si le terme est mentionné²¹⁰. La même remarque peut être faite à propos de Codes et des réglementations spécifiques à la commande publique qui ne définissent pas la notion de prestations intellectuelle.

Il faut donc considérer comme l'énonce E. Pourcel que « *la double expression de « marchés publics de prestations intellectuelles » et de « prestation intellectuelle » est donc avant tout une dénomination sans valeur juridique consacrée par la publication du premier cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de prestations intellectuelles (CCAG-PI) par le décret du 26 décembre 1976 approuvant ledit CCAG.*²¹¹ »

Le juge administratif reprend ces expressions sans les définir et reconnaît la légalité du CCAG-PI au regard du droit de la propriété intellectuelle lorsqu'il énonce dans sa décision du 2 juillet 1982 que « *les trois options ouvertes par le cahier des clauses administratives générales a la personne publique signataire du marché, qui précisent les droits cédés a cette personne publique tant pour ce qui a trait a la divulgation des résultats par publication ou par communication a des tiers que pour ce qui touche a la faculté d'édifier ou de faire édifier des constructions conformes a ces résultats, respectent les prescriptions de l'art. 30 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.*²¹² »

Il faut donc se référer directement à la notion de prestation intellectuelle dans le CCGA-PI : « *Le CCAG-PI s'applique aux marchés comportant une part importante de services faisant appel exclusivement à des activités de l'esprit. Il peut s'agir notamment de prestations d'étude, de réflexion, de conception, de conseil, d'expertise ou de maîtrise d'œuvre. Les domaines d'application de ces services sont par nature très divers.* » Comme le relève E. Pourcel, « *un marché de prestations intellectuelles est donc un marché ayant pour objet, au principal, un service faisant appel à des*

²¹⁰ Ord. n°2015-8999, 23 juillet 2015 – D. n°2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics; D. 2016-361, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

²¹¹ E. Pourcel, *Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics*, Jcl. Contrats et marchés publics, LexisNexis juin 2016 n°15.

²¹² CE 2 juill. 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, req. n° 16692, Lebon 255

*activités de l'esprit sans pour autant que ce principal n'exclut des prestations accessoires d'une autre nature.*²¹³ »

Il faut toutefois relever que l'expression « prestation intellectuelle » contenue dans le CCAG-PI est différente de la notion de propriété intellectuelle. Le CCAG-PI est explicite à ce sujet lorsqu'il énonce que « *les marchés relevant du CCAG-PI donnent généralement naissance à des droits de propriété intellectuelle* ». Cela signifie que certaines prestations intellectuelles ne correspondent pas à la création d'une œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle. Par conséquent, le droit public a créé la notion de « prestation intellectuelle », qui n'est pas nécessairement intégrée dans le champ de la propriété intellectuelle.

La création de la notion de « prestation intellectuelle » permet au CCAG-PI de ne pas restreindre son application aux seules activités littéraires et artistiques. En effet, l'étude de la propriété intellectuelle révèle que la qualité d'œuvre de l'esprit s'obtient par la satisfaction de plusieurs critères rigoureux dont l'originalité. Le CCAG-PI tend à s'appliquer non seulement aux créations protégées par le Code de la propriété intellectuelle, mais également à toutes les autres prestations intellectuelles qui ne remplissent pas les critères de l'œuvre de l'esprit.

O. Masse et Th. Vannier reconnaissent la difficulté à définir l'achat de prestation intellectuelle, mais énoncent qu'une prestation est intellectuelle « *dès lors que la part de réflexion est supérieure à la part de service* » et ajoutent qu'elle est « *caractérisée par l'immatérialité et fait appel à la créativité et à l'imagination humaine.*²¹⁴ »

Ainsi que le relève E. Pourcel, « *si le contrôleur technique « travaux », tout comme le coordonnateur sécurité-protection-santé (CSPS) ou encore, dans un autre registre, l'huissier ou le notaire sont bien des prestataires de service faisant appel à une activité de l'esprit au sens du CCAG-PI, ils n'ont pas vocation à faire œuvre de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle : leurs actes ne relèveront donc pas, sauf s'ils font œuvre de l'esprit ce qui suppose un degré d'originalité, du régime*

²¹³ E. Pourcel, *préc.* Jcl. Contrats et marchés publics, LexisNexis juin 2016 n°15.

²¹⁴ O. Masse et Th. Vannier, *Les achats de prestations intellectuelles « un achat en mode collaboratif »*, Colloque organisé par l'Ecole Polytechnique le 9 janvier 2012, Paris.

*de protection prévu par le Code de la propriété intellectuelle.*²¹⁵ » La même réflexion peut être conduite en matière de marchés industriels et du CCAG-MI puisque ce sont les prestations confiées au prestataire qui permettent de déterminer si le droit de la propriété intellectuelle s'applique : par exemple, en l'absence de phase conceptuelle dans le marché, le droit de la propriété intellectuelle n'a pas vocation à s'appliquer. Il faudra donc, au cas par cas, rechercher les hypothèses d'application du droit de la propriété littéraire et artistique et industrielle pour organiser la répartition des droits de propriété intellectuelle entre la personne publique adjudicatrice et le prestataire.

Notre analyse ne se focalisera pas sur les marchés qui ne font pas naître de droits de propriété intellectuelle, car ils sont par définition exclus du champ de notre thèse. Cependant, le décalage entre la notion de « prestation intellectuelle », de « marché industriel » et celle de propriété intellectuelle doit être relevé. A l'inverse, le droit de la propriété intellectuelle s'applique à tous les autres contrats qui ont pour objet la création d'une œuvre de l'esprit ou d'une invention lato sensu.

Hormis les cas des marchés qui ne font pas naître de droits de propriété intellectuelle, les commandes publiques de prestations intellectuelles et industrielles doivent respecter le Code de la propriété intellectuelle. Pour cela, la personne publique adjudicatrice peut faire référence à un CCAG adapté. Si tel n'est pas le cas, la personne publique devra procéder à une lecture attentive du CCAG afin de pouvoir intégrer dans le cahier des clauses administratives particulières les dispositions nécessaires à la gestion du contrat. Celui-ci devra notamment comporter obligatoirement les mentions décrites à l'article 12 du Code des marchés publics.

Ainsi, dans les cas où un marché public est de nature à faire naître des droits de propriété intellectuelle, les personnes publiques sont tenues d'appliquer le droit de la propriété intellectuelle. Cette constatation renforce le caractère objectif de la propriété intellectuelle, qui s'applique donc non seulement tant aux personnes publiques que privées, mais également dans les mêmes conditions dans les contrats privés que dans les contrats administratifs. Ici encore, seule la présence objective d'une création dans le contrat

²¹⁵ E. Pourcel, *préc.* Jcl. Contrats et marchés publics, LexisNexis juin 2016 n°18

importe, sans que le critère subjectif de la nature des parties n'emporte de conséquence sur l'application du droit de la propriété intellectuelle.

2. Les dérogations aux règles de la commande publique liées à l'application de la propriété intellectuelle.

L'application du droit de la propriété intellectuelle aux marchés publics emporte quelques spécificités qu'il convient de relever. En effet, les procédures de passation des marchés publics relèvent du seul droit public. Elles mettent en œuvre des règles d'ordre public qui découlent des textes sur les marchés publics, et notamment de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics²¹⁶ et des deux décrets d'application²¹⁷. Ainsi, la détermination de la nature des prestations commandées, du prix et de la durée du marché est par principe indifférente à l'application du droit de la propriété intellectuelle.

Pourtant, un facteur propre à la commande publique est venu modifier cette conception figée des règles de la commande publique : le rôle central de la recherche et de l'innovation. Ce nouveau facteur a conduit le législateur à mettre en œuvre de nouvelles voies de passation de la commande publique, indirectement inspirées par le droit de la propriété intellectuelle.

Ainsi, les décrets relatifs respectivement aux marchés publics et aux marchés publics de sécurité ou de défense du 25 mars 2016 prévoient notamment que la personne publique adjudicatrice peut recourir, en plus du recours classique à l'appel d'offres, à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans trois types de situations qui ont toutes pour conséquence de faire naître des droits de propriété intellectuelle. On peut donc prudemment considérer que l'application de la propriété intellectuelle aux marchés publics provoque des dérogations aux règles classiques de la commande publique.

Premièrement, les décrets relatifs respectivement aux marchés publics et aux marchés publics de sécurité ou de défense du 25 mars 2016 préconisent le recours à la procédure

²¹⁶ Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 art. 42 sur les marchés publics.

²¹⁷ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 20 à 23, 25 et 26 et Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 17 à 21) relatifs respectivement aux marchés publics et aux marchés publics de sécurité ou de défense.

concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif « *lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles.*²¹⁸ » Or pour adapter une solution immédiatement disponible, il faut avoir recours à une prestation susceptible de faire naître des droits de propriété intellectuelle.

Dans un deuxième temps, les deux décrets du 25 mars 2016 énoncent que le recours à ces deux procédures formalisées est possible « *lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise.*²¹⁹ » La naissance de droits de propriété intellectuelle est la conséquence logique de la créations de ces nouvelles « méthodes » et « procédés » qui constituent des créations à part entière.

Enfin, les deux décrets du 25 mars 2016 prévoient que le recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif est possible « *lorsque le marché public comporte des prestations de conception.*²²⁰ » L'activité de conception est directement liée à la création et à l'innovation qui ont pour conséquence naturelle la naissance de droits de propriété intellectuelle.

Le recours à ces procédures formalisées n'est pas la seule dérogation aux règles de la commande publique induite par la présence de droits de propriété intellectuelle. Deux autres formes de dispositions dérogatoires existent : l'une porte sur les règles de publicité et de mise en concurrence et l'autre sur l'exclusion de certaines prestations de l'application des règles propres aux marchés publics.

Ainsi, d'une part, les deux décrets du 25 mars 2016 énoncent que certains marchés publics échappent aux règles de publicité et de mise en concurrence préalable auxquelles sont soumises les commandes publiques. On constate que ces dérogations

²¹⁸ Art. 25 II. 1° Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et art. 21 du Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics de sécurité ou de défense.

²¹⁹ Art. 25 II. 2° Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et art. 21 du Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics de sécurité ou de défense.

²²⁰ Art. 25 II. 3° Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et art. 21 du Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics de sécurité ou de défense.

visent des prestations qui sont de nature à faire naître des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics énonce que *« les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : a) Le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique (...) c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle »* et que *« les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. »*

L'existence de droits de propriété intellectuelle semble donc être l'un des facteurs de la possibilité d'échapper aux règles traditionnelles de la commande publique, même si cette option demeure une simple faculté, ce que rappelle le juge dans une décision du 5 avril 2012 lorsqu'il énonce *« qu'il résulte de l'article 35 précité du Code des marchés publics que la passation d'un marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence avec le titulaire d'un droit d'auteur constitue une simple faculté pour l'autorité adjudicatrice ; que, par suite et en admettant que la société Fonderies des cloches Paccard dispose sur le carillon de Taninges du droit protégé par l'article L. 121-1 précité du Code de la propriété intellectuelle, la commune de Taninges n'a pas méconnu lesdites dispositions en décidant de recourir à un appel d'offres pour la fourniture, l'installation et le raccordement de dix cloches supplémentaires.²²¹ »*

D'autre part, concernant l'exclusion de certaines prestations de l'application des règles des marchés publics, l'article 14 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics énonce que *« sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui*

²²¹ CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02298, *Sté Fonderies des cloches Paccard*. Propr. intell. 2012, n° 44, p. 323, note J.-M. Bruguière,

présentent les caractéristiques suivantes : (...) 3° Les marchés publics de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels l'acheteur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation. La recherche et développement regroupe l'ensemble des activités relevant de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental, y compris la réalisation de démonstrateurs technologiques et à l'exception de la réalisation et de la qualification de prototypes de préproduction, de l'outillage et de l'ingénierie industrielle, de la conception industrielle et de la fabrication. Les démonstrateurs technologiques sont les dispositifs visant à démontrer les performances d'un nouveau concept ou d'une nouvelle technologie dans un environnement pertinent ou représentatif ; (...) 14° Les marchés publics de services qui : (...) b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique. »

Les droits de propriété intellectuelle sont ici explicitement visés, et constituent une limite à l'application du droit des marchés publics. Pour autant, cette exclusion peut être contournée par deux solutions que relève E. Pourcel : *« primo, la non-appropriation exclusive des résultats suppose simplement, soit une copropriété sur les résultats entre pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques, soit encore que la cession ne soit pas exclusive, ce qui constitue des possibilités larges d'application dépendant uniquement en amont des choix contractuels du pouvoir adjudicateur ou des pouvoirs adjudicateurs : un tel dispositif suppose d'écarter les options A et B des CCAG-PI et du CCAG-TIC ; en effet, l'option A prévoit une concession de droits mais non un droit de propriété sur les résultats et l'option B prévoit une cession de droits exclusive. Secundo, « ne pas financer entièrement la prestation » suppose simplement que la charge du coût de la prestation soit assurée en cofinancement avec soit un autre pouvoir adjudicateur (cela n'est pas exclu), soit entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique.²²² »* Cette analyse commande d'envisager la mise en œuvre de la concession et de la cession dans le CCAG-PI et le CCAG-TIC à travers l'étude des deux options qu'ils proposent.

²²² E. Pourcel, *préc.* Jcl. Contrats et marchés publics, LexisNexis juin 2016 n°210

B. La cession et la concession des créations intellectuelles dans le cadre du marché public.

Le choix du CCAG applicable et l'identification des résultats souhaités constituent la première étape de la passation d'une commande publique. La conception des CCAG-PI et CCAG-TIC est très homogène : dans le respect des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, les chapitres V du CCAG-PI et VII du CCAG-TIC sont consacrés au régime juridique des droits privatifs relatifs aux résultats. Ces chapitres ont été refondus pour moderniser et sécuriser l'exploitation des résultats des marchés publics protégés par des droits de propriété intellectuelle, comme les droits d'auteur, des marques, des brevets ou encore des savoir-faire. Lors de l'élaboration du CCAG-TIC en 2009, l'APIE a pris soin de veiller à l'élaboration d'un régime symétrique avec celui du CCAG-PI.

En conséquence, le CCAG-PI prévoit dans son chapitre V les modalités d'utilisation des résultats du marché public, c'est à dire des clauses spécifiquement adaptées à l'exploitation des prestations protégées par des droits de propriété intellectuelle et notamment de droits d'auteur. Dans son chapitre VII, le CCAG TIC prévoit un régime identique. Ces deux cahiers mettent à la disposition des personnes publiques deux options²²³ applicables aux résultats, pour lesquels celle-ci pourra librement opter selon ses besoins. Ces deux options alternatives sont prévues à l'article 25 du CCAG-PI et aux articles 37 et 38 du CCAG-TIC. Puisque les dispositions des CCAG-PI et CCAG-TIC relatives à l'utilisation des résultats ont fait l'objet d'une structuration homogène, nous envisagerons dans un premier temps l'option A qui correspond à une concession de licence (a), puis l'option B qui met en œuvre une cession (b).

²²³ Trois options étaient prévues dans la version de 1978, telle qu'applicable avant la refonte de 2009, mais l'option C portant sur les marchés à vocation industrielle et comportant des clauses de propriété industrielle a été abandonnée. Dans cette option, les deux parties pouvaient, sous certaines conditions, utiliser assez librement les résultats des « prestations ».

a) L'option A des CCAG-PI et TIC : la concession de licence.

La concession de licence prévue dans l'option A des CCAG-PI et TIC n'emporte pas de transfert de la propriété de l'œuvre ou de l'invention dans le patrimoine de la personne publique. Il s'agit d'un contrat qui se rapproche davantage d'une location : la personne publique dispose du droit d'exploiter l'œuvre sous certaines conditions, sans jamais que la propriété de celle-ci ne lui soit accordée.

Lorsque la personne publique a identifié le résultat qu'elle souhaite retirer du marché et qu'elle a établi qu'il s'agit de prestations sollicitant exclusivement des activités de l'esprit ou des prestations informatiques, elle peut valablement opter respectivement pour l'application du CCAG-PI ou du CCAG-TIC.

L'intérêt du marché public ne résulte pas dans la remise du support contenant l'objet de la prestation intellectuelle fournie par le cocontractant, mais bien dans l'exploitation de l'œuvre que va pouvoir en faire la personne publique. Cependant, les droits de propriété intellectuelle ne sont pas transférés automatiquement à la personne publique lors de la remise du support par le cocontractant. Or, en l'absence de transfert des droits de propriété intellectuelle, aucune exploitation licite n'est possible par la personne publique. En d'autres termes, la détention matérielle des résultats du marché lorsqu'ils sont grevés de droits de propriété intellectuelle n'emporte pas pour autant le droit de les exploiter. La vocation des deux options des CCAG-PI et TIC est d'aménager l'exploitation des résultats du marché.

L'option A est un choix par défaut, c'est à dire qu'il s'agit d'un régime de droit commun qui s'applique automatiquement si les documents particuliers du marché public n'indiquent pas l'option retenue.

L'option A prévoit que *« 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.*²²⁴ ».

La personne publique devra donc préalablement à la conclusion du marché définir clairement quels sont ses besoins du marché ainsi que les utilisations qu'elle souhaite réaliser, car c'est à ces besoins préalablement définis que la concession est limitée. La personne publique adjudicatrice devra viser tous les modes d'exploitation qu'elle envisage tels que les supports, la finalité des exploitations, etc. Si tel n'était pas le cas, la personne publique devrait parer à cette lacune dans les documents particuliers du marché, en énonçant exhaustivement quels sont les supports d'exploitation des résultats envisagés et quelle est la finalité de l'exploitation : vocation de formation, finalité non commerciale, dans le cadre d'une mission de communication ou d'information, etc.

Les CCAG-PI et TIC invitent la personne publique adjudicatrice à définir très exactement l'objet du marché, dans des commentaires ajoutés aux articles visant l'exploitation des résultats : *« l'objet du marché doit être clairement rédigé de manière que les différents modes d'exploitation envisagés des résultats soient identifiés ou identifiables. Les droits afférents aux résultats sont en effet concédés pour les seuls besoins découlant de l'objet du marché. Si, hormis le cas d'une publication sur internet, l'utilisation des résultats n'est pas limitée au seul territoire français, les documents particuliers du marché devront le prévoir.*²²⁵ ».

Par exemple, si le marché public prévoit la commande d'un rapport sur la propreté des eaux dans une ville donnée sans apporter d'autre précision, ce rapport ne pourra être exploité que sur support papier. Sa diffusion sur internet sera rendue impossible, à moins qu'elle ne soit explicitement prévue dans l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, au moins évoquée dans les documents particuliers qui accompagnent le marché.

Une personne publique telle qu'une université qui passe commande pour un logotype via un marché public sera en mesure de l'utiliser dans le cadre de la campagne de

²²⁴ Art. 25. du CCAG PI et Art 37 et A.38 du CCAG TIC

²²⁵ Art. 25.1.1. du CCAG PI et Art 37.1 et A.38 du CCAG TIC

communication par exemple. En revanche, à moins qu'elle ne soit explicitement prévue dans l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, au moins évoquée dans les documents particuliers qui accompagnent le marché, la possibilité de déposer le logotype à titre de marque auprès de l'INPI ne sera pas ouverte. Il faut que cette exploitation soit explicitement anticipée dans l'objet.

A défaut, dans les deux exemples rapportés, il faudrait obtenir postérieurement au marché une autorisation expresse du titulaire visant à permettre la diffusion du rapport sur internet, ou le dépôt du logotype comme marque à l'INPI, ce qui ne manquerait pas d'entraîner le versement d'une rémunération supplémentaire, conduisant à des dérives financières.

L'option A prévue dans le CCAG PI et dans le CCAG TIC consiste donc dans une concession de licence des droits de propriété intellectuelle, encadrée par l'objet du marché, qui commence à courir à compter du jour de la livraison des résultats, mais qui ne trouve à s'appliquer que sous la condition résolutoire de leur bonne réception par la personne publique.

L'option A prévoit que les droits d'utilisation accordés à la personne publique sur les résultats lui sont concédés à titre non exclusif. En d'autres termes, cela signifie que le titulaire du marché peut exploiter les résultats lui-même ou autoriser des tiers à le faire sans que la personne publique ne puisse s'y opposer. Cette situation est peu satisfaisante : par exemple, une Université commande un logotype pour identifier ses services, tandis que le titulaire des droits de propriété intellectuelle autorise un établissement d'enseignement privé à le reproduire sur ses brochures publicitaires. L'identification du service public serait rendue confuse, et un risque de confusion pourrait naître dans l'esprit du public.

Pour éviter des situations de ce type, les personnes publiques peuvent prévoir dans les documents particuliers du marché une concession de licence des droits à titre exclusif. Ces clauses, indispensables pour garantir l'exclusivité dans le cadre de l'option A, devront impérativement déterminer à l'encontre de qui la concession de licence sera rendue exclusive : les tiers, le titulaire du marché, ou les deux. De plus, pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-avant, tous les modes d'exploitation

que la personne publique souhaite mettre en œuvre devront être précisés. Enfin, comme pour toutes les clauses d'exclusivité en matière contractuelle, la personne publique devra dresser une liste exhaustive des territoires dans lesquels l'exclusivité trouvera à s'appliquer, et également la durée de l'exclusivité qui lui sera accordée par le marché.

Logiquement, la précision dans les documents particuliers du marché que les droits sont cédés de manière exclusive à la personne publique adjudicatrice implique que le prix du marché sera nécessairement supérieur à ce qu'il aurait été par simple application de l'option A qui ne prévoit pas d'exclusivité.

La même situation existe concernant l'exploitation commerciale du résultat du marché par la personne publique adjudicatrice : en principe, celle-ci ne peut pas exploiter commercialement les résultats dans le cadre de l'option A. Cependant cette possibilité peut être ouverte par dérogation²²⁶ lorsque les documents particuliers du marché le prévoient. Dans les mêmes conditions que pour la dérogation pouvant être prévue en matière d'exclusivité, une liste exhaustive des formes d'exploitations commerciales envisagées par la personne publique doit être établie et figurer dans les documents particuliers. Devra également figurer dans ces documents la mention de la durée de l'exploitation, du territoire concerné et du montant de la redevance qui devra être versée au titulaire du marché au titre de cette exploitation commerciale.

Par exemple, le musée du Louvre a annoncé en 2014 la mise en œuvre de la restauration du célèbre tableau de Léonard de Vinci, « *La Belle Ferronnière* ». M. Pomarède, qui a déjà conduit avec succès la restauration de la « *Sainte Anne* », sera en charge de chantier. L'on pourrait volontiers imaginer que le musée du Louvre, pour valoriser son savoir-faire et exporter son expertise au delà de ses murs, souhaite commander un reportage photographique mettant en valeur la qualité et la précision de la restauration réalisée. L'exploitation du reportage aurait un véritable intérêt commercial pour la diffusion des savoir-faire français en matière de restauration d'œuvres d'art. L'exploitation commerciale par le musée du Louvre des photographies ainsi réalisées nécessite qu'en amont, les documents particuliers

²²⁶ Art. A.25.7 du CCAG PI et A.38.6 du CCAG TIC

accompagnant le marché aient définis les conditions dans lesquelles cette exploitation sera mise en œuvre. Dans le cas évoqué, il s'agira de déterminer si le reportage photographique servira d'illustration à un livre sur la restauration des tableaux au musée du Louvre, ou s'il sera par la suite exploité par voie de presse, pour l'édition de cartes postales, sous forme de calendriers, posters, pour la reproduction sur des produits dérivés, etc. Pour chaque exploitation commerciale visée, l'auteur du reportage photographique devra percevoir une rémunération.

Le CCAG-TIC est plus spécifique, et vise notamment le régime d'exploitation des droits des logiciels standard et spécifiques²²⁷. Si les régimes du CCAG-PI et du CCAG-TIC sont structurellement très semblables, leur objet diffère ce qui explique des différences sensibles dans le régime applicable. Notamment, le CCAG-TIC distingue les modalités d'exploitation des résultats en fonction de la nature du logiciel.

Pour les logiciels dits standards, l'article 37-1 du CCAG-TIC prévoit « *une concession à titre non exclusif pour la France et pour la durée légale des droits d'auteur, du droit d'utiliser ou de faire utiliser, au sens de l'article L.122-6 1° du code de la propriété intellectuelle, le ou les logiciels standard et la documentation afférente pour les besoins découlant de l'objet du marché* ». L'accès aux codes sources n'est pas prévu par l'option du cahier et doit faire l'objet, si tel est le souhait de la personne publique, d'une mention littérale dans les documents particuliers du marché.

Concernant les logiciels dits spécifiques, l'article 38 du CCAG-TIC prévoit un régime de concession de licence d'exploitation des droits. Le régime de la licence d'exploitation ainsi prévu doit nécessairement être précisé au moyen de clauses spécifiques dans les documents particuliers du marché. Le CCAG-TIC exige que soient précisés « *le nombre d'exemplaires ou d'utilisateurs des logiciels ainsi que l'évolution future de ce nombre pour le pouvoir adjudicateur. S'il n'est pas possible*

²²⁷ Art. 37 et 38 du CCAG TIC

*de définir a priori les conditions d'utilisation des logiciels pour ces futurs besoins, l'option B qui prévoit une cession des droits peut être envisagée.*²²⁸ »

L'option A des CCAG-PI et CCAG-TIC accorde donc à la personne publique adjudicatrice un certain nombre de prérogatives en fonction du régime qui protège le résultat du marché. Les deux cahiers énumèrent respectivement les droits dont peut se prévaloir la personne publique lorsqu'elle vise l'un d'eux dans son marché.

Lorsque le résultat du marché est protégé par le droit d'auteur, les personnes publiques jouissent des droits patrimoniaux de reproduction, de représentation, de distribution et d'adaptation des résultats, et plus précisément « *les droits d'utiliser, d'incorporer, d'intégrer, d'adapter, d'arranger, de corriger, de traduire les résultats, en tout ou en partie, en l'état ou modifiés pour les besoins découlant de l'objet du marché, conformément aux dispositions du code de la propriété intellectuelle.*²²⁹ ».

Si le résultat du marché est visé par le CCAG-TIC, les droits conférés à la personne publique adjudicatrice sont adaptés à la spécificité du logiciel, c'est pourquoi l'APIE a pris soin de préciser que ces droits « *comprennent l'ensemble des droits patrimoniaux de reproduction et de représentation et notamment les droits de dupliquer, de charger, d'afficher, de stocker, d'exécuter, d'adapter, d'arranger, de corriger, de traduire, d'incorporer ainsi que le droit de communiquer à des tiers les résultats à des fins non commerciales, notamment à des fins d'information et de promotion.*²³⁰ »

Concernant les droits de propriété industrielle, le CCAG-PI et le CCAG-TIC prévoient un système de « *licence d'utilisation non exclusive des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats, pour les besoins découlant de l'objet du marché*²³¹ », formule reprise dans sa substance²³² par le CCAG-PI²³². Les deux cahiers prévoient que la personne publique adjudicatrice aura le droit d'importer en France, de posséder, de procéder à la fabrication, à la reproduction, à l'utilisation, à la mise

²²⁸ Art. A.38 du CCAG TIC

²²⁹ Art. A.25.1.1. du CCAG PI

²³⁰ Art. A.38.1.1. du CCGA TIC

²³¹ Art. A.38.1.2. du CCAG TIC

²³² Art. A.25.1.2. du CCAG PI

en œuvre et à la modification les résultats du marché, que ce soit en tout ou en partie, et que les résultats soient en l'état ou qu'ils aient été modifiés pour les besoins découlant de l'objet du marché. La possibilité de modifier les résultats doit s'exercer dans des conditions qui respectent le droit moral de l'auteur. Enfin, l'option A du CCAG-PI²³³ et du CCAG-TIC²³⁴ offre la possibilité à la personne publique et aux tiers désignés dans le marché de sous-traiter ou de sous-licencier l'exploitation des résultats, toujours dans les limites des besoins découlant de l'objet du marché, étant précisé que ce droit n'a pas vocation à justifier d'une rémunération supplémentaire.

De son côté, le titulaire du marché jouit de droits et de devoirs, et plus particulièrement celui de garantir à la personne publique la jouissance paisible des droits concédés. Pour satisfaire cet engagement, il doit prendre à sa charge tous dommages et intérêts auxquels la personne publique non fautive pourrait être condamnée sur les chefs de contrefaçon, de concurrence déloyale ou de parasitisme du fait de l'utilisation des résultats du marché.

L'option A, lorsqu'elle est appliquée sans spécifications particulières dans les documents accompagnant le marché, permet au titulaire du marché d'exploiter ou de concéder à des tiers une licence d'exploitation. Cette prérogative ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où des exclusivités n'ont pas été accordées au pouvoir adjudicateur.

b) L'option B des CCAG-PI et TIC : la cession.

Nous avons montré que l'option A est applicable par défaut, et qu'elle vise la concession de licence des droits d'utilisation des résultats à la personne publique par le titulaire du marché. Le titulaire du marché demeure propriétaire des droits de propriété intellectuelle afférents aux résultats sauf dispositions particulières. Ni l'exclusivité des droits ni l'exploitation commerciale des résultats par la personne publique ne sont expressément visée par cette option, et il convient de déroger aux dispositions du CCAG-PI ou du CCAG-TIC via les documents particuliers qui

²³³ Art. A.25.3.3 du CCAG PI

²³⁴ Art. A.38.2.3 du CCAG TIC

accompagnent le marché si l'on veut en bénéficier. L'option B prévoit une cession des résultats du marché à la personne publique.

La cession prévue dans l'option B des CCAG-PI et TIC emporte le transfert de la propriété de l'œuvre ou de l'invention dans le patrimoine de la personne publique. La personne publique dispose ainsi du droit d'aliéner l'œuvre et la propriété de celle-ci lui est ainsi acquise.

L'option B du CCAG PI et du CCAG TIC prévoit le titulaire du marché cède à titre exclusif les droits d'exploitation des résultats à la personne publique adjudicatrice. Celle-ci a alors la possibilité d'exploiter les résultats très librement, au-delà de ses propres besoins. C'est sur ce point que l'on peut considérer que la dynamique proposée par l'option B est aux antipodes de celle proposée par l'option A : la cession envisagée est exclusive au bénéfice de la personne publique. Cela signifie que la personne publique est réputée être titulaire des droits portant sur les résultats. Le titulaire du marché est totalement écarté de l'exploitation des résultats, et ne dispose plus d'aucune prérogative sur son œuvre.

De telles conditions ne sauraient exister sans qu'une contrepartie conséquente ne vienne assurer l'équilibre contractuel entre la personne publique adjudicatrice et le titulaire du marché. Il s'agit naturellement du prix de la cession, qui ne répond pas aux mêmes critères que celui de l'option A. En effet, l'option A prévoit que le prix de la concession de licence des droits est compris dans le prix du marché, tandis que dans l'option B, le prix de la cession des droits doit être explicitement prévu dans les documents particuliers du marché.

Des documents particuliers doivent obligatoirement accompagner le marché lorsque l'option B est choisie : en effet, les dispositions des deux cahiers ne sont pas suffisantes pour emporter la cession des droits au bénéfice de la personne publique. Celle-ci a donc l'obligation expresse de définir l'étendue de la cession envisagée et de ses modalités dans les documents particuliers du marché. Ces mêmes documents devront préciser un nombre important d'éléments permettant la prévision du territoire visé, de la durée envisagée, et la désignation des droits cédés. Il faudra aussi déterminer dans les documents particuliers du marché, la nature de l'exploitation

envisagée, les supports d'exploitation qui sont susceptibles d'être utilisés, et le montant de la redevance envisagée trouvant à s'appliquer à chaque mode d'exploitation visé.

En d'autres termes, l'option B du CCAG-PI et du CCAG-TIC est beaucoup plus encadrée que l'option A du point de vue de la forme et du fond du marché public, pour la raison évidente qu'elle est beaucoup plus restrictive des droits du titulaire du marché. Cependant, et dans les mêmes conditions qu'il est possible avec l'option A de déroger à l'absence d'exclusivité ou à l'interdiction d'exploiter commercialement les résultats, les documents particuliers du marché peuvent sous l'option B autoriser le titulaire du marché à exploiter les résultats, moyennant le versement d'une redevance à la personne publique. En pareille situation, les rôles sont complètement inversés et c'est alors la personne publique qui pourra consentir dans les documents particuliers du marché une concession de licence de certains droits, pour certains modes d'exploitation au bénéfice du titulaire du marché.

L'option B du CCAG-PI et du CCAG-TIC doit être envisagée dans des situations bien précises, et c'est pour cette raison que l'option A est envisagée par défaut : elle convient en réalité à la majorité des marchés publics concernés par des droits de propriété intellectuelle et correspond aux hypothèses où l'objectif de la personne publique est d'utiliser les résultats pour ses besoins propres. La logique de l'option B est opposée : la personne publique souhaite utiliser les résultats du marché au delà de ses besoins propres. Cette option vise le cas où le développement des résultats du marché a vocation à être exploité par d'autres personnes publiques au-delà des tiers désignés dans les documents particuliers du marché.

Par exemple, l'on pourrait imaginer que les Hôpitaux de Paris éprouvent un besoin particulier en matière de systèmes d'informations hospitalières. Pour cette raison, ils pourraient commander dans le cadre d'un marché public, un logiciel informatique adapté à leurs besoins. Si le besoin que les Hôpitaux de Paris cherchent à satisfaire est très spécifique au fonctionnement de l'établissement, et que ce besoin ne se fait pas ressentir dans d'autres établissements publics exerçant la même activité, alors l'objectif de la personne publique est d'utiliser les résultats pour ses besoins propres et l'option A du CCAG TIC trouve à s'appliquer. Cependant, il est plus probable que

les besoins en matière de systèmes d'informations hospitalières ressentis par les Hôpitaux de Paris soient ressentis par d'autres établissements publics de santé en France. Dès lors, pourquoi ne pas faire bénéficier ces autres personnes publiques du logiciel ainsi commandé dans le cadre du marché ? Cela pourrait notamment permettre une harmonisation des systèmes d'informations hospitalières. En pareille hypothèse, les résultats du marché ont vocation à être exploités par d'autres personnes publiques au-delà des tiers désignés dans les documents particuliers du marché, et l'option B du CCAG-TIC prend tout son sens. La personne publique sera alors en position de distribuer à qui elle l'entend le nouvel outil dont elle aura fait l'acquisition.

L'option B du CCAG-PI et du CCAG-TIC permet à la personne publique adjudicatrice de disposer des pleins pouvoirs sur le sort réservé aux résultats du marché : elle décide qui peut les exploiter, dans quelles mesures et sous quelles conditions, et choisit ses éventuels cocontractants. Cela permet d'éviter, sur des sujets sensibles tels que la sécurité ou la défense nationale²³⁵, de subir la concurrence de tiers et de risquer que des informations qui ont vocation à demeurer secrètes ne soient diffusées sans leur accord.

Ainsi, l'option B du CCAG PI et du CCAG TIC vise en réalité deux hypothèses : celle de la volonté de la personne publique de diffuser plus largement le résultat du marché et où sa commande excède ses propres besoins, et le cas où la personne publique souhaite opérer un contrôle absolu sur l'exploitation desdits résultats. Le choix de l'option constitue ainsi donc une véritable stratégie d'acquisition des résultats du marché pour les personnes publiques. Il s'agit de déterminer, en fonction des ressources pouvant être mobilisées pour la réalisation du marché public, si la simple concession prévue par l'option A est suffisante, ou si le recours à la cession de l'option est nécessaire. Dans les deux cas, les CCAG-PI et TIC appliquent les conditions du contrat de concession de licence et de la cession qui sont prévus par le Code de la propriété intellectuelle.

²³⁵ Il existe des dispositions spécifiques, au plan européen visant les marchés publics portant sur des prestations liés à la défense, et notamment la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Sous – section 2 : Le renvoi à un cahier des clauses administratives générales introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun.

Le marché public est un contrat administratif qui est par essence exorbitant du droit commun. Cependant, toutes les commandes publiques de prestations intellectuelles ne sont pas nécessairement des marchés publics (1). Cependant, la référence à un CCAG dans un contrat de prestations intellectuelles introduit dans le contrat des prérogatives exorbitantes du droit commun (2).

1) La commande de prestations intellectuelles est-elle toujours un marché public ?

Pour comprendre pourquoi le renvoi à un cahier des clauses administratives générales introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun de la propriété intellectuelle, il faut rappeler que par essence, le marché public est un contrat administratif. Pour autant, le juge reconnaît que tous les contrats de commande de prestations intellectuelles ne sont pas nécessairement des marchés publics.

L'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dispose que « *les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs* ». Pour autant, le critère de la clause exorbitante du droit commun continue de s'appliquer à tous les contrats conclus par des personnes publiques non soumises au Code des marchés publics tels que les groupements d'intérêt économique²³⁶ et les EPIC nationaux.

Le Conseil d'État, dans une décision du 29 juillet 2002²³⁷, a précisé que n'étaient considérés comme des contrats administratifs par effet de la loi que les contrats passés obligatoirement en application du Code des marchés publics. Cela signifie que les contrats qui sont volontairement passés en application du Code des marchés

²³⁶ CE 3 juin 2009, *Groupement d'intérêt public - Carte du professionnel de santé*, req. No 319103, Lebon ; AJDA 2009. 1126

²³⁷ CE, sect., avis, 29 juill. 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, req. n°246921, Lebon ; AJDA 2002. 755, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2002. 395, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD com.* 2003. 70, obs. G. Orsoni ; *BJCP* 2002. 427, concl. Piveteau ; *CJEG* 2003. 163, note Gourdou et Bourrel ; *Contrats Marchés publ.* 2002. 207, note Llorens

publics notamment par les GIP ne sont pas considérés comme des contrats administratifs par l'effet de la loi²³⁸. Comme le relèvent S. Braconnier et J-D. Dreyfus, « *opter pour une solution contraire aurait abouti, de facto, à laisser aux entités pouvant se soumettre au code le choix du droit applicable et du juge compétent, ce qui ne paraissait guère acceptable.*²³⁹ »

En conséquence, selon le Conseil d'Etat, « *la soumission d'un contrat aux dispositions du Code des marchés publics ne lui confère pas par elle-même le caractère d'un contrat administratif.*²⁴⁰ »

Cela signifie que les personnes publiques peuvent passer des contrats de commande de prestations intellectuelles qui ne sont pas des marchés publics. Il peut s'agir de contrats de droit privé ou de contrats administratifs.

Par exemple, dans deux espèces identiques de 1938 et 1940, le Conseil d'État a énoncé que « *considérant qu'il résulte de l'instruction que nonobstant une référence aux clauses et conditions du marché général des postes, télégraphes et téléphones, qui apparaît dans l'espèce comme sans effet utile, le Ministre, lorsqu'il a conclu les conventions litigieuses, s'est placé sur le terrain du droit privé ; qu'il a entendu traiter, notamment avec la Société des Gens de Lettres de France et la Société des Auteurs et Compositeurs dramatiques, dans les mêmes conditions que les entreprises particulières de radiodiffusion, et en s'abstenant d'insérer dans les contrats toute clause exorbitante de droit commun ; que dans ces conditions, ces contrats ne sauraient être rangés parmi les marchés de fourniture prévus par le décret du 11 juin 1806 et qu'ils n'ont pas non plus par eux-mêmes un caractère administratif.*²⁴¹ »

La nature de contrat administratif est également retenue dans des hypothèses diverses, telles que par exemple la commande d'une étude à un ingénieur-conseil²⁴²:

²³⁸ TA Nancy, ord., 29 juill. 2004, *SNC Eurovia*, Dr. adm. 2004. 160 ; et CAA Paris, 5 déc. 2006, *Sté F2Eaux Concept*, req. n° 04PA02610, *JCP Adm.* 2007. 2075, obs. Corouge – v. égal' CE 3 juin 2009, *Opac du Rhône*, req. No 324405, Lebon ; *AJDA* 2009. 1126 ; *Contrats Marchés publ.* 224, note Piétri.

²³⁹ S. Braconnier et J-D. Dreyfus, *Marchés publics de travaux : notion, Œuvre collective sous la direction de Ph. Malinvaud*, Dalloz, dossier 410, 2013 n°640.

²⁴⁰ Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, no 94-19.885, Dr. adm. 1997, comm. no 122, note Richer L. ; voir aussi Cass. 1re civ., 16 mars 1999, no 97-11.329, *BJCP* 1999, no 5, p. 473, D. 1999, I.R., p. 100

²⁴¹ CE, 21 jan. 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 1, 356 ; v. également CE, 5 mai 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 2, 230.

²⁴² CE, 30 jan. 1963, *Sieur Belin*, Rec. p. 59.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le Sieur Pin a été chargé par l'association syndicale de reconstruction de Saint-Lô d'étudier les fondations nécessaires à la stabilité de l'immeuble litigieux et d'établir les projets permettant de proposer au Ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme la prise en charge des fondations exceptionnelles rendues nécessaires par la nature du terrain ; que ce contrat revêt le caractère d'un contrat de droit public ».

2) *Le recours au CCAG intègre des clauses exorbitantes du droit de la propriété intellectuelle dans le contrat.*

La référence dans un marché à un CCAG emporte la qualification de contrat administratif et intègre dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun. La clause exorbitante est, depuis une décision du Tribunal des conflits du 13 octobre 2014 définie comme suit : *« le contrat litigieux ne comporte aucune clause exorbitante qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs²⁴³. »* Cette définition suppose que deux conditions cumulatives soient satisfaites pour considérer qu'une clause est exorbitante du droit commun : elle s'exerce dans un but d'intérêt général et, soit accorde *« à la personne publique, des prérogatives ou des avantages exorbitants »*, soit soumet *« son cocontractant à des obligations ou des sujétions exorbitantes »*.

Dans un arrêt du 3 juin 2009²⁴⁴, le Conseil d'État énonce *« qu'aux termes de l'article 4 du cahier des clauses administratives particulières, le marché ici en cause est soumis au CCAG-PI ; que ce renvoi doit être regardé comme introduisant dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun ; qu'il résulte que ce contrat présente un caractère administratif. »*

Cette décision est intéressante pour notre thèse, car si le seul fait de recourir au CCAG-PI *« introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun »*, cela confirme que le marché public de prestations intellectuelles investit les

²⁴³ T. confl., 13 oct. 2014, n° 3963, *SA AXA France IARD* ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 322, note G. Eckert.

²⁴⁴ CE 3 juin 2009, *préc.*, req. No 319103, Lebon ; AJDA 2009. 1126

personnes publiques de prérogatives élargies en matière de propriété intellectuelle par rapport au droit privé. Il nous faut donc déterminer quelles sont ces clauses exorbitantes du droit commun qui s'exercent dans un but d'intérêt général et, soit accordent « *à la personne publique, des prérogatives ou des avantages exorbitants* », ou imposent à « *son cocontractant des obligations ou des sujétions exorbitantes* ».

La difficulté de cette question est que l'arrêt du Conseil d'État du 3 juin 2009 est centré sur la question de la compétence du juge administratif, comme toutes des décisions relatives à la qualification de contrat administratif par le recours à un CCAG.

Or, en matière de propriété intellectuelle, la question de la compétence du juge est tranchée au profit du juge judiciaire depuis la décision du Tribunal des conflits du 7 juillet 2014 qui énonce que le juge judiciaire bénéficie d'une compétence exclusive pour connaître de la méconnaissance par une personne publique des droits de propriété littéraire et artistique, y compris dans le cadre d'un marché public²⁴⁵. Le juge énonce ainsi que « *par dérogation à la règle énoncée par l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 selon laquelle les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs de sorte que les litiges nés de leur exécution ou de leur rupture relèvent de la compétence du juge administratif, la recherche de la responsabilité contractuelle des personnes morales de droit public en matière de propriété littéraire et artistique, relève, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.* »

Le Tribunal des conflits a donné une interprétation identique à l'article L. 521-3-1 du Code de la propriété intellectuelle qui comporte la même rédaction pour les actions en matière de dessins et modèles²⁴⁶. La compétence judiciaire est également reconnue en matière de contrefaçon de la marque Minitel et de la demande des requérants d'interdire à l'État d'utiliser cette dénomination²⁴⁷ et en matière de brevets²⁴⁸.

²⁴⁵ J.-M. Pastor, TC. 7 juillet 2014, *M. A. c. Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle* AJDA 2014 .1463

²⁴⁶ TC. 2 mai 2011, n° 3770, *Société d'équipements industriels urbains c/ Société Frameto et Commune de Ouistreham* ; AJDA 2011. 924

²⁴⁷ TC 27 juin 1988, n° 2542, *Société Design programmes et Tallon*, Lebon 490

²⁴⁸ TC 6 juin 1989, n° 2572, *Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Paris*, Lebon T. 794 ; D. 1990. 151, obs. J. M. Mousseron et J. Schmidt.

Ainsi, le commissaire du gouvernement qui conclut dans la décision du Tribunal des conflits le 7 juillet 2014 énonce que « *le législateur avait ainsi déjà commencé à mettre en place un bloc de compétence pour une partie du droit de la propriété intellectuelle. La rédaction uniforme qu'il a adoptée, dans la loi du 17 mai 2011, peut être regardée comme l'extension de cette logique à l'ensemble des aspects de ce droit.* »

Les questions de l'existence de clauses exorbitantes du droit commun liées à la référence à un CCAG et celle de la compétence judiciaire sont donc intimement liées. Dans l'arrêt du 3 juin 2009, le Conseil d'État a dû trancher la question de savoir si le marché public de prestations intellectuelles passé par un GIP était de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire. Dans un premier temps, le Conseil d'État rappelle que certaines personnes publiques telles que les GIP ne sont pas soumises au droit des marchés publics en énonçant que « *sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, aux termes de l'article 3 de cette ordonnance, les marchés conclus par les « organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial » (...).* »

Le Conseil d'État énonce ensuite que le recours au CCAG-PI introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun, entraînant la qualification de contrat administratif. Du caractère administratif du contrat découle la « *compétence du juge des référés précontractuels ; que ce juge est, dans une telle hypothèse, compétent pour sanctionner les éventuels manquements de la personne publique à ses obligations de publicité et de mise en concurrence découlant de l'ordonnance du 6 juin 2005 ou des directives communautaires portant coordination des procédures de marchés publics ainsi que des autres règles qui s'imposent à la collectivité au terme des dispositions législatives et réglementaires.* »

Malheureusement, le Conseil d'État n'énonce pas la nature des clauses exorbitantes du droit de la propriété intellectuelle contenues dans le CCAG-PI. C'est pourtant ce

qui nous intéresse pour déterminer si le marché public de prestations intellectuelles qui se réfère au CCAG-PI est bien exorbitant du droit commun.

Deux décisions du Tribunal des conflits du 5 juillet 1999²⁴⁹ énoncent que « *considérant toutefois qu'un marché passé (...) à la demande d'une personne publique peut néanmoins avoir le caractère d'un contrat administratif, (...), soit qu'à défaut il comporte une clause exorbitante du droit commun ; qu'il en va ainsi au cas où le marché se réfère à un cahier des charges qui lui-même comprend une clause exorbitante du droit commun ; que constitue notamment une telle clause le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles.* » Ces deux décisions énoncent que le contrat est administratif parce qu'il renvoie à un CCAG qui comporte lui-même une clause exorbitante du droit commun, à savoir le pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique en dehors de tout manquement de son cocontractant.

L'espèce du 3 juin 2009 est sensiblement différente : le Conseil d'État n'énonce pas que le CCAG-PI comporte une clause exorbitante du droit commun. Il juge que la référence au CCAG-PI introduit dans le contrat des clauses exorbitantes du droit commun. Mais lesquelles ? L'arrêt du 3 juin 2009 n'apporte aucun élément de réponse, car le contenu du CCAG-PI n'est pas visé dans la décision.

Cependant, la lecture du CCAG-PI révèle que les dispositions relatives à la faculté de résiliation du contrat par la personne publique sont identiques à celles contenues dans le CCAG-FCS visé dans les décisions du Tribunal des conflits du 5 juillet 1999.²⁵⁰ La clause exorbitante du droit commun contenue dans le CCAG-PI visée par le Conseil d'État dans sa décision du 3 juin 2009 réside dans le pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique en dehors de tout manquement de son cocontractant²⁵¹.

²⁴⁹ TC., 5 juill. 1999, no 3142, *Cne de Sauve c/ Sté Gestener*, AJDA 1999, p. 626, chr. Raynaud F. et Fombeur P., BJCP 1999, no 6, p. 526, concl. Schwartz R., obs. Terneyre Ph., RFD adm. 1999, p. 1163, RDP 2000, p. 247, note Llorens F., CJEG mai 2000, p. 169, chr. de Béchillon D. et Terneyre Ph., RFD adm. 1999, p. 1163, concl. Schwartz R. ; T. confl., 5 juill. 1999, no 3142, *UGAP c/ Sté SNC Activ CSA*, AJDA 1999, p. 626, chr. Raynaud F. et Fombeur P., BJCP 1999, no 6, p. 526, obs. Terneyre Ph., RDP 2000, p. 247, note Llorens F., CJEG mai 2000, p. 169, chr. de Béchillon D. et Terneyre Ph., AJDA 2000, p. 115, note Fardet

²⁵⁰ TC., 5 juill. 1999, no 3142, *préc.*, AJDA 1999, p. 626 ; T. confl., 5 juill. 1999, no 3142, *préc.*, AJDA 1999, p. 626,

²⁵¹ Art. 29 et suivants du CCAG-PI

Ainsi, l'arrêt du 3 juin 2009 permet ainsi, même si la jurisprudence n'est pas totalement homogène sur ce point, de considérer que le renvoi au CCAG-PI est une clause illégale et impossible dans un contrat privé, notamment en raison des facultés de résiliation exorbitantes du droit commun dont jouit la personne publique adjudicatrice.²⁵²

Le marché public de prestations intellectuelles constitue donc une voie d'accès à la propriété intellectuelle pour les personnes publiques dans des conditions exorbitantes du droit commun, notamment en raison de la faculté de résiliation unilatérale dont elles disposent en dehors de tout manquement de leur cocontractant. Cette situation caractérise le fait qu'en matière de propriété intellectuelle, les personnes publiques jouissent de prérogatives étendues par rapport aux personnes privées. En effet, elles peuvent, pour un motif d'intérêt général, bénéficier d'avantages exorbitants dans le cadre de l'exécution des contrats mettant en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

La mise en œuvre des clauses exorbitantes du droit commun en matière contractuelle n'est cependant pas l'expression la plus visible des prérogatives exceptionnelles dont jouissent les personnes publiques en matière propriété intellectuelle. Le recours à la contrainte pour l'acquisition des droits de propriété intellectuelle sur une création demeure le marqueur le plus significatif de la mise en œuvre de la puissance publique.

²⁵² CE, sect., 17 nov. 1967, *Roudier de la Brille*, Rec. CE, p. 428, AJDA 1968. II. 123, *ibid.* I. 98, chron. Massot et Dewost ; T. confl. 10 mai 1971, *Sté des Laboratoires Derveaux c/ SNIAS*, Rec. CE, table, p. 966 ; CE, sect., 24 nov. 1972, *Sté Ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Rec., p. 753 ; CE, 20 mai 1977, *Union générale des coopératives agricoles françaises du groupe La Fayette et autres*, Rec. CE, p. 232 ; CE, 4 mars 1981, *Cne d'Arzereix c/ Nasarre*, Rec., table, p. 655 ; En sens contraire ou avec des nuances : CE 26 janv. 1951, *SA minière, métallurgique, industrielle, chimique et commerciale*, Rec., p. 49 ; T. confl. 14 nov. 1960, *Sté Vaudroy-Jaspar c/ ONIC*, Rec. CE, p. 867, AJDA 1961. II. 89 ; CE 21 déc. 1960, *Favier*, CE, p. 720 ; CE, 24 avr. 1974, *Sté des entreprises Campenon-Bernard*, Rec., table, p. 903

Section 2 : Le recours à la contrainte.

Parmi les procédés d'acquisition de créations intellectuelles exorbitants du Code de la propriété intellectuelle, le recours à la contrainte est sans doute l'expression la plus manifeste des prérogatives exorbitantes du droit commun dont sont investies les personnes publiques dans l'exercice de leurs missions. A propos de l'utilisation de la contrainte par les personnes publiques, R. Denoix de Saint Marc énonce : « *alors, c'est un droit d'inégalité ? Eh bien oui, c'est un droit d'inégalité. Alors, c'est un droit de prérogatives exorbitantes du droit commun ? Eh bien oui, c'est un droit de prérogatives exorbitantes du droit commun.*²⁵³ »

Cependant, F. Moderne concluait sa thèse en 1960 sur la notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français par ces mots : « *on ne peut se défendre d'éprouver une certaine déception : la notion de puissance publique et celle de prérogative de puissance publique dont on pressent pourtant l'importance fondamentale semblent reposer partiellement sur des équivoques tenant à leur nature même ou l'évolution du droit, qui en rendent le maniement singulièrement malaisé.*²⁵⁴ » Cette approche confirmée par le rapport général sur le colloque « Puissance publique ou impuissance publique ?²⁵⁵ » de 1999 ayant pour objet la crise de la puissance publique. Ce rapport montre que l'administration dispose des moyens nécessaires pour assumer ses missions, mais signale qu' « *en dépit des apparences, la puissance publique a perdu de sa superbe, ce qui est bien, mais aussi de son efficacité.* »

En matière de propriété intellectuelle, un constat du même ordre peut être établi. Les personnes publiques disposent de deux voies de droit - strictement encadrées et limitées à des hypothèses restreintes - permettant d'obtenir par voie de contrainte des droits de propriété intellectuelle : les licences administratives (Sous-section 1) et le recours à l'expropriation (Sous-section 2).

²⁵³ R. Denoix de Saint Marc, *Puissance publique ou impuissance publique ? Conclusion sur la contrainte*, AJDA 1999 .56

²⁵⁴ F. Moderne, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, 1960, *Conclusion*.

²⁵⁵ J-M. Delarue, *Puissance publique ou impuissance publique ? Rapport général*, AJDA 1999. 108

Sous – section 1 : Les licences administratives.

La loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention a souhaité renforcer les facultés d'intervention des personnes publiques en matière de licences autoritaires en instaurant la licence d'office et le régime de la licence d'office. Comme le soulignent J. Schmidt-Szalewski et J-M. Mousseron, « *nous ne connaissons pas d'application de ces formules dont certains s'étaient inquiétés à leur apparition, bien à tort, semble-t-il.*²⁵⁶ »

L'absence de mise en œuvre des licences d'origine administrative, et l'absence subséquente de décisions publiées sont révélatrices du fait que d'autres licences ne mettant pas en œuvre la puissance publique existent en matière de brevet (1) et que licences administratives sont réservées à des hypothèses très restreintes (2).

1) L'existence de licences contraignantes ne mettant pas en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Les licences judiciaires ou obligatoires sont accordées par le juge du Tribunal de grande instance à la demande de toute personne publique ou privée et ont pour vocation de sanctionner deux types d'abus du droit de propriété sur un brevet. Elles sont contraignantes car elles obligent celui qui en est l'objet à supporter l'exploitation forcée de son brevet par le demandeur. Mais ce n'est pas la force contraignante spécifique aux personnes publiques qui est ici mise en œuvre : c'est celle du juge qui est compétent pour prononcer la licence judiciaire.

Les licences judiciaires ne sont donc pas l'expression de la puissance publique, et peuvent être obtenue par toute personne dans deux types de situations : d'une part, le défaut d'exploitation du brevet par le titulaire des droits²⁵⁷ (a), et d'autre part le refus illégitime du titulaire d'un brevet dominant d'accorder une licence de dépendance²⁵⁸ (b).

²⁵⁶ J. Schmidt-Szalewski et J-M. Mousseron, *Brevet d'invention*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, avril 2003 – actualisation juin 2015 .649

²⁵⁷ Art. L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle

²⁵⁸ Art. L. 613-15 du Code de la propriété intellectuelle

a) La licence judiciaire pour défaut d'exploitation d'un brevet

La licence obligatoire qui sanctionne le défaut d'exploitation se fonde sur la théorie de l'abus de droit : le titulaire des droits sur un brevet se trouvant en situation de monopole, refuse d'en concéder licence à un tiers, alors qu'il n'exploite pas lui-même son invention.

Cette situation est délicate à interpréter du point de vue de la théorie du droit de propriété : le droit de propriété est démembré en trois attributs hérités du droit romain, parmi lesquels *l'usus*, littéralement le droit d'utiliser un bien. Le droit *d'utiliser* le bien signifie que le propriétaire peut l'affecter à l'activité de son choix, tout autant qu'il lui est loisible de ne pas l'utiliser. La sanction prévue par le Code de la propriété intellectuelle en cas de non utilisation d'un brevet par son inventeur peut sembler contraire à l'esprit du droit de propriété.

La philosophie de Code de la propriété intellectuelle sur ce point est très favorable à l'intérêt général : c'est l'un des rares points de contact entre « *ce qui est pour le bien public*²⁵⁹ » et le droit de la propriété privée. Le législateur considère que l'importance pour la société d'avoir accès aux inventions et à l'innovation surpasse le droit dont tout propriétaire de brevet dispose sur son bien.

Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *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 illégitimes 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 État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État 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.*²⁶⁰ »

²⁵⁹ G. Cornu (dir.) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « *Quadrige* », 2005, 7e éd., 970, « Intérêt général », p 496

²⁶⁰ Art. L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle

La précision explicite de l'ouverture de cette procédure aux personnes publiques peut être considérée comme une volonté du législateur d'inciter les personnes publiques à exploiter les brevets abandonnés par leur propriétaire. D'ordinaire, le législateur invite « toute personne » à entamer les procédures contenues dans le Code de la propriété intellectuelle. La mention expresse des personnes publiques aux côtés des personnes privées est l'indicateur que ce texte tend à encourager les personnes publiques à agir dans les secteurs de l'innovation.

La personne publique qui sollicite une licence obligatoire pour absence d'exploitation doit en revanche être en mesure d'apporter la preuve qu'elle dispose des moyens exploiter l'invention de manière effective et sérieuse. Elle doit également démontrer qu'elle n'a pas pu obtenir du titulaire des droits une licence d'exploitation par la voie amiable²⁶¹.

Le juge est chargé de fixer les modalités de la licence ainsi prononcée qui ne peut en aucun cas être exclusive. La non exclusivité résulte en premier lieu du caractère coercitif de la mesure, qui prendrait une proportion trop importante si le titulaire des droits était privé de son droit d'exploitation. En outre, en sanctionnant l'abus de droit commis par le titulaire du brevet n'exploitant pas son invention, le juge poursuit l'objectif d'empêcher que le brevet ne devienne un instrument de paralysie des concurrents. En aucun cas la sanction du non usage ne peut être la privation du droit d'utiliser soi-même son bien, c'est pourquoi la licence judiciaire pour défaut d'usage est simplement sanctionnée par l'obligation faite à l'inventeur de permettre une exploitation par un tiers pour satisfaire l'évolution de la recherche scientifique ou technologique.

b) La licence judiciaire pour refus d'accorder une licence de dépendance.

Il peut arriver qu'un brevet soit dépendant d'un brevet dominant. Le Code de la propriété intellectuelle aborde cette question à travers les termes de brevet postérieur portant atteinte à un brevet antérieur²⁶². Cette terminologie vise le cas d'un conflit pouvant naître entre deux titulaires de droits sur deux brevets, induit par l'interdiction

²⁶¹ Art. L. 613-12 du Code de la propriété intellectuelle

²⁶² Art. L 613-15 du Code de la propriété intellectuelle

faite au titulaire d'un brevet portant sur un perfectionnement de l'exploiter sans l'accord du titulaire du brevet antérieur.

Sous son ancienne rédaction²⁶³, le Code de la propriété intellectuelle prévoyait que si le titulaire du brevet antérieur s'opposait à la concession d'une licence au titulaire du brevet de perfectionnement, celui-ci pouvait demander au juge de lui accorder une licence judiciaire. Le titulaire du brevet de perfectionnement devait alors rapporter la preuve que le nouveau brevet apporterait « *un progrès technique important* ».

La formulation issue de la réforme de 2004²⁶⁴ vise à renforcer le régime des licences judiciaires et à aménager la résolution des cas de dépendance entre des brevets. Pour ce faire, le législateur a étendu le champ de la licence de dépendance à tous les brevets dépendant d'un brevet dominant sans qu'il s'agisse obligatoirement de perfectionnement.

La personne publique qui souhaite obtenir une licence obligatoire dans ces conditions doit démontrer que le brevet dont elle dispose constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable. Si ces conditions sont réunies, le juge est susceptible de lui concéder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans les conditions nécessaires à l'exploitation de son brevet.

Etant donné que les deux brevets sont très liés, et en réalité interdépendants, le titulaire du brevet antérieur peut obtenir, s'il en formule la demande, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur²⁶⁵.

Un dernier cas de licence obligatoire doit être envisagé. La licence de dépendance de brevet à certificat d'obtention végétale aménage les relations entre le titulaire d'un brevet et le titulaire d'un certificat d'obtention végétale dont les droits coexistent sur le même végétal. La protection de la propriété industrielle sur les variétés végétales est assurée par le brevet et un certificat d'obtention végétale qui garantit à l'obteneur²⁶⁶ une exclusivité d'utilisation de la variété protégée.

²⁶³ Loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le code de la propriété intellectuelle en application de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce

²⁶⁴ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

²⁶⁵ Art. L. 613-12 à L. 613-14 du Code de la propriété intellectuelle

²⁶⁶ Se dit de celui qui a procédé à la sélection de la nouvelle variété protégée

La directive européenne relative à la protection des inventions biotechnologiques²⁶⁷ est transposée dans le Code de la propriété intellectuelle qui instaure des licences obligatoires pour dépendance de certificat d'obtention végétale à brevet et de brevet à certificat d'obtention végétale. Le Code tente ainsi de contourner les paralysies malveillantes du titulaire d'un brevet sur une plante envers un obtenteur qui aurait conçu une variété dont les composants seraient brevetés et inversement.²⁶⁸

Les deux cas de licence judiciaire pour défaut d'exploitation et pour dépendance sont révélateurs de la volonté d'intégrer des contrats d'innovation aux propriétés immatérielles des personnes publiques. Cependant, il existe un autre type de licence contrainte réservé aux personnes publiques et qui ont pour unique objet de satisfaire l'intérêt général dans des domaines sensibles tels que la santé publique ou la défense nationale.

2) *Le recours aux licences administratives mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique limité à des hypothèses restreintes.*

Contrairement aux licences judiciaires, qui sont ouvertes aux personnes publiques et privées, les licences administratives sont réservées aux seules personnes publiques car elles mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Ainsi, des licences à caractère administratif peuvent être imposées à tout titulaire d'un brevet dès lors que celui-ci entre dans l'une des catégories d'intérêt prévues par le Code de la propriété intellectuelle. Quelle que soit la catégorie visée, la licence consentie ne peut jamais être exclusive.²⁶⁹ Ces catégories rassemblent ce que le législateur considère comme étant les grands thèmes intéressant l'intérêt général qui, « *dépassant chaque individu, est en quelque sorte l'émanation de la volonté de la collectivité des citoyens en tant que telle.*²⁷⁰ »

Ces catégories correspondent pour certaines aux attributions régaliennes classiques de l'État, et pour d'autres à des considérations plus contemporaines. Sont ainsi

²⁶⁷ Directive n° 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques

²⁶⁸ Art. L. 613-15-1, L. 613-22-1 et L. 613-22-2 du Code de la propriété intellectuelle

²⁶⁹ Art. L613-13 du Code de la propriété intellectuelle

²⁷⁰ JJ. Rousseau, *Le contrat social*, essai de philosophie politique, 1762

répertoriés la santé publique²⁷¹, le développement économique²⁷², la défense nationale, l'économie, l'élevage et la technologie des semi-conducteurs²⁷³.

Le droit de l'Union européenne instaure également des licences administratives découlant de l'accord ADPIC qui prévoit que l'autorité administrative peut se voir adresser la demande d'une licence obligatoire pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique²⁷⁴.

En pratique, ces licences administratives ne sont pas utilisées, et il n'existe pas de contentieux en la matière. Cela s'explique d'une part par le fait que les personnes publiques ne sont pas spécialisées dans la recherche technique. En revanche, la possibilité offerte aux personnes publiques de solliciter des licences d'office dans ces domaines semble conduire les titulaires de brevets à se conformer naturellement à l'intérêt général²⁷⁵. Les titulaires de brevets dans ces domaines cruciaux pour la société sont ainsi incités à tenir leur rôle de développement de la recherche et de l'innovation. D'autre part, la mise en œuvre des licences administratives est rigoureusement encadrée : il faut que des circonstances exceptionnelles le justifient, comme par exemple une carence grave dans la distribution d'un médicament, qui mette en danger la santé publique.

Dès lors que l'exploitation insuffisante d'un brevet particulier contrevient au développement économique, le ministre chargé de la propriété industrielle (en pratique, le ministre de l'industrie) peut mettre en demeure le propriétaire du brevet d'entreprendre l'exploitation de son invention afin de satisfaire aux besoins de l'économie nationale. A défaut de commencement d'exploitation dans un délai d'un an, une licence d'office au bénéfice d'une personne publique compétente pourra être prise par décret en Conseil d'Etat²⁷⁶.

²⁷¹ Art. L. 613-16 du Code de la propriété intellectuelle

²⁷² Art. L. 613-18 du Code de la propriété intellectuelle

²⁷³ Art. L. 613-19 du Code de la propriété intellectuelle

²⁷⁴ Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2006, concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique

²⁷⁵ J. M. Mousseron, *Traité des brevets* : Litec, 1984, n° 659.

²⁷⁶ Art. L613-18 du Code de la propriété intellectuelle

L'État peut obtenir des licences d'office pour l'exploitation d'une invention utile pour les besoins de la défense nationale. Cette exploitation peut être conduite par l'État lui-même, ou par un tiers qu'il choisit. La licence doit alors être sollicitée par le ministre de la Défense auprès du chargé de la propriété industrielle. Le cas échéant, l'arrêté pris par celui-ci fixe les conditions de la licence requise, à l'exception du montant de la redevance qui est fixée à l'amiable ou à défaut par le juge judiciaire en chambre du conseil²⁷⁷.

Le ministre ministère de l'agriculture de l'agroalimentaire et de la forêt peut solliciter auprès du ministre en charge de la propriété industrielle la concession d'une licence d'office pour un brevet d'invention non exploité qui contrevient au bon développement de l'agriculture. Tel peut par exemple être le cas de l'absence d'exploitation d'un brevet de médicament vétérinaire permettant d'améliorer significativement les conditions d'élevage du bétail en France²⁷⁸. La décision du ministre chargé de la propriété industrielle est prise par voie d'arrêté.

Le Code du travail énonce qu'une licence d'office ne peut être accordée en matière de produits électroniques que pour une utilisation à des fins publiques et non commerciales, ou pour remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle à la suite d'une procédure juridictionnelle ou administrative²⁷⁹.

Il existe un conflit d'intérêts entre le brevet en matière de produits pharmaceutiques et particulièrement en ce qui concerne les médicaments, incarné par les problématiques de santé publique. Le brevet en matière de médicament a fait l'objet d'interdictions et de réintégrations successives en droit français jusqu'à ce qu'il soit entériné définitivement en 1978. Pourtant, la brevetabilité des médicaments serait plutôt de nature à dynamiser le secteur pharmaceutique et à favoriser le développement et l'accès du public à de nouveaux traitements. Les personnes publiques sont très sensibilisées à la santé publique et à l'égalité des droits d'accès aux soins, c'est pourquoi elles répugnent à accorder trop de liberté en matière de brevet médical. Pour poursuivre leur objectif d'amélioration des conditions de soin

²⁷⁷ Art. L613-19 du Code de la propriété intellectuelle

²⁷⁸ Art. L5141-3 du Code de la santé publique

²⁷⁹ Art. L613-19-1 du Code de la propriété intellectuelle

sur le territoire national, les personnes publiques ont multiplié les interventions dans ce domaine, plus que dans les autres catégories intéressant l'intérêt général.

Pour garantir la sécurité de la population, les personnes publiques ont encadré la mise sur le marché de nouveaux médicaments par des conditions très rigoureuses. Pour rationaliser ce marché, les processus de développement des produits pharmaceutiques est contraignant, implique un travail d'instruction long et qui engage de fortes dépenses. En outre, les formalités de publicité sont réglementées, les prix de vente sont pas libres pour les médicaments remboursés par l'assurance maladie et le remboursement des médicaments par la sécurité sociale répond à des critères précis.

Pour entériner la protection de la population mise en œuvre par les personnes publiques en matière de droit médical, le Code de la propriété intellectuelle est venu préciser que *« 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. »*

Il est encore précisé que *« 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.²⁸⁰ »*

²⁸⁰ Art. L613-16 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de la loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 - art. 10 JORF 9 décembre 2004

Cet article permet d'étendre le champ de la licence d'office à d'autres produits que le médicament, et fait prévaloir l'intérêt de la santé publique pour corriger les abus qui pourraient naître du fait des droits que confère le brevet à son titulaire.

En outre, la reconnaissance de cas d'urgence dans lesquels la personne publique n'a pas besoin de rechercher un accord amiable, permet une rapidité d'exécution dans les mesures devant être prises et garantit la célérité requise dans le cadre de la gestion d'une crise sanitaire par les pouvoirs publics.

Le Code de la propriété intellectuelle place sous l'autorité des personnes publiques le contrôle de la préservation de la santé publique, ainsi que l'encadrement des prix et des pratiques concurrentielles.

Les licences d'office en matière administrative sont donc davantage un moyen de préserver l'intérêt général et la protection des populations dans des domaines où la carence de l'initiative privée à travers une absence d'exploitation est préjudiciable. Même si cette procédure ne fait pas l'objet d'une application pratique, son existence permet de dynamiser les opérateurs privés présents sur ces marchés.

L'absence de mise en œuvre des licences administratives montre que cette prérogative exorbitante du droit commun mise à la disposition des personnes publiques par le législateur est sans incidence sur la pratique publique de la propriété intellectuelle. La possibilité d'obtenir de telles licences existe, mais elle ne fait l'objet d'aucune application pratique. Cela démontre que même si les personnes publiques sont investies de prérogatives exorbitantes du droit commun en matière de propriété intellectuelle, celles-ci tendent à se rapprocher des personnes privées par leur réserve à exercer ces prérogatives exceptionnelles.

Sous – section 2 : L'expropriation.

L'expropriation est certainement l'expression la plus pure des prérogatives de puissance publique dont sont investies les personnes publiques. Le droit positif consacre le droit de chacun au respect de ses biens, mais n'exclut pas la possibilité pour l'État de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ni, comme nous l'avons montré, de régler l'usage de ces biens pour des motifs d'intérêt général.

L'expropriation des brevets est le seul cas d'expropriation prévu par le Code de la propriété intellectuelle²⁸¹ (1), et constitue une mesure exceptionnelle rigoureusement encadrée (2).

1) L'expropriation dans le Code de la propriété intellectuelle.

Le recours à l'expropriation est une mesure traditionnellement réservée aux biens immeubles et aux droits immobiliers : le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui regroupe les textes applicables en la matière, ne mentionne pas la possibilité de recourir à l'expropriation en matière de brevet. L'article L-11 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique se borne à énoncer que *« l'expropriation d'immeubles, en tout ou partie, ou de droits réels immobiliers, ne peut être prononcée qu'autant qu'elle aura été précédée d'une déclaration d'utilité publique intervenue à la suite d'une enquête et qu'il aura été procédé contradictoirement à la détermination des parcelles à exproprier, ainsi qu'à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres intéressés. »*

Pourtant, l'expropriation des brevets n'est pas une idée nouvelle : elle est apparue au cours du XX^{ème} siècle et notamment à l'occasion des guerres : le décret du 11 août 1914²⁸², survenu à peine une semaine après le début de la première guerre mondiale crée *« une commission supérieure chargée d'étudier et, éventuellement, d'expérimenter les inventions intéressant la défense nationale »*.

²⁸¹ Art. L. 613-19 et R.613-34 à R.613-38 du Code

²⁸² Journal Officiel du 13 Aout 1914

La loi du 12 avril 1916²⁸³ est la première à envisager que des inventions faisant l'objet d'une demande brevet peuvent intéresser la défense nationale et prévoit la possibilité pour les ministres de la guerre et de la marine d'exproprier par décret le titulaire ou d'exploiter pour le compte de l'État « *les inventions intéressant la défense nationale, et faisant l'objet de demandes de brevets, ou de brevets délivrés* ». Cette loi énonce que le décret peut prévoir plusieurs intensités dans l'expropriation, allant de la dépossession absolue et définitive, partielle ou temporaire, au simple sursis à la publication de la demande de brevet.

Abrogée à la fin de la première guerre mondiale, cette loi et ses dispositions sur l'expropriation du brevet sont abandonnées jusqu'au début des années 1930 où le climat européen laisse présager la seconde guerre mondiale. Le décret-loi du 30 octobre 1935²⁸⁴ portant sur les brevets d'invention intéressant la défense nationale reprend les dispositions de la loi de 1916. Ce texte énonce que les ministres de la guerre et de la marine peuvent procéder à l'expropriation de ces inventions qui intéressent la défense nationale, en vue d'exploiter l'invention ou de la conserver secrète, suspendant ainsi la publication et la délivrance du brevet.

Ces dispositions ont survécu jusqu'à être intégrées dans le Code de la propriété intellectuelle lui-même par la loi du 2 janvier 1968. F. Goutorbe énonce à propos de l'expropriation des brevets qu' « *au cours des quarante dernières années, l'État a progressivement transféré les fabrications d'armement au secteur privé. La mise en œuvre de ces mesures, licence d'office et expropriation, est donc maintenant hautement improbable. Leur inscription dans le Code de la propriété intellectuelle conserve néanmoins son utilité dans les négociations entre le ministère et un titulaire de brevet dont les exigences seraient exorbitantes.*²⁸⁵ »

L'objet de l'expropriation est l'invention elle-même, et se justifie par la satisfaction des besoins de la défense nationale qui constitue l'utilité publique à l'expropriation.

²⁸³ Journal Officiel du 14 Avril 1916

²⁸⁴ Journal Officiel du 31 Octobre 1935

²⁸⁵ F. Goutorbe, Fasc. *Défense Nationale*, Jcl. Brevets, LexisNexis, juin 2016 n°102.

L'expropriation des brevets qui intéressent la défense nationale constitue l'unique cas d'expropriation dans le Code de la propriété intellectuelle. Cela n'en fait pas pour autant une expropriation « de droit commun » : elle est réservée à l'État dans des conditions strictement encadrées qui en font une mesure tout à fait exceptionnelle et qui ne connaît pas d'applications pratiques.

2) L'expropriation des brevets : une mesure exceptionnelle.

Les brevets qui intéressent la défense nationale sont soumis à une réglementation spécifique, qui permet à l'État, « à tout moment, par décret, exproprier, en tout ou partie, pour les besoins de la défense nationale, les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevet.²⁸⁶ » Le décret qui prononce l'expropriation est notifié par le ministre en charge de la propriété industrielle au propriétaire du brevet.

Cette procédure peut être mise en œuvre une fois le brevet déposé, ou pendant la procédure de dépôt, au cours de laquelle le Ministre de la défense, par l'intermédiaire du Bureau de la Propriété Intellectuelle de la Direction Générale de l'Armement, met en œuvre la procédure d'instruction des demandes de brevets²⁸⁷. Cette procédure d'instruction peut éventuellement donner lieu à la mise au secret de ceux-ci si l'intérêt public ne requiert, sans toutefois que l'expropriation préalable ne soit nécessaire²⁸⁸.

L'expropriation des brevets a été étendue aux obtentions végétales. Une obtention végétale est une variété végétale nouvelle, créée ou découverte. Une telle découverte n'est pas brevetable²⁸⁹, mais elle peut bénéficier d'une protection par le certificat d'obtention végétale²⁹⁰. Certaines variétés ainsi découvertes peuvent intéresser la défense nationale²⁹¹, ce qui justifie que dans les mêmes conditions que pour les brevets, le Ministre de la Défense puisse examiner confidentiellement des demandes et en interdire la divulgation et l'exploitation²⁹². Pour cette raison, l'État peut « à tout

²⁸⁶ Art. L.613-20 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁸⁷ Art. L612-8 du Code de la propriété intellectuelle

²⁸⁸ Art. L612-10 du Code de la propriété intellectuelle

²⁸⁹ Art. L623-2 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹⁰ Art. L623-4 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹¹ Art. L623-20 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹² Art. L. 623-8 à L. 623-11 et L. 623-20 à L. 623-22 du Code de la propriété intellectuelle

*moment, par décret, exproprier, en tout ou en partie, pour les besoins de la défense nationale les obtentions végétales, objet de demandes de certificat ou de certificats.*²⁹³ »

Le Code de la propriété intellectuelle n'impose que peu de conditions de fond à la mise en œuvre de la procédure d'expropriation en matière de brevet. En fait, l'unique condition requise consiste dans l'existence de « *besoins de la défense nationale*²⁹⁴ ». Le Code de la propriété intellectuelle ne se livre à aucune description ou énumération de nature ou des formes que peuvent prendre ces besoins. La raison en est simple : les brevets recouvrent une telle multitude de domaines d'ingénierie technique qu'une formule plus restrictive ne permettrait pas l'application de ces dispositions. Le législateur rappelle encore que l'expropriation peut porter sur « *les inventions, objet de demandes de brevet ou de brevets*²⁹⁵ ».

La notion d'invention intéressant la défense nationale est précisée dans l'instruction interministérielle du 13 février 1973 (toujours en vigueur) qui précise qu'il faut donner à cette expression une « *acception (...) très large* », qui « *s'étend au-delà des matériels de guerre* »²⁹⁶. Ce texte énonce également que la notion d'invention intéressant la défense nationale « *présente nécessairement un caractère évolutif compte tenu de l'état de la technique et des besoins des armées* ».

La directive du Parlement européen du 13 juillet 2009²⁹⁷ relative aux marchés de défense et de sécurité propose également une définition des inventions intéressant la défense nationale. L'article 2 de la directive énonce que celle-ci s'applique : « *a) la fourniture d'équipements militaires, y compris de leurs pièces détachées, composants et/ou sous-assemblages ; b) la fourniture d'équipements sensibles, y compris de leurs pièces détachées, composants et/ou sous-assemblages ; c) des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé aux points a) et b) pour tout ou partie de son cycle de vie ; d) des travaux et services destinés à des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services sensibles.* »

²⁹³ Art. L. 623-22 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹⁴ Art. L613-20 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹⁵ Art. L613-20 du Code de la propriété intellectuelle

²⁹⁶ Instruction interministérielle n° 9062/DN/CAB du 13 février 1973

²⁹⁷ Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative aux marchés de défense et de sécurité

L'expropriation de brevet peut être modulée dans son intensité. Aussi, l'Etat peut procéder à une expropriation totale ou partielle du brevet, dans le cas où seule l'une de ses applications entre dans le champ d'intérêt de la défense nationale. Une expropriation totale entraîne une dépossession intégrale du brevet pour son auteur, tandis qu'une expropriation partielle permet au titulaire des droits de poursuivre l'exploitation de son brevet dans la limite des droits qu'il conserve.

Le Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue du décret du 10 avril 1995²⁹⁸ prévoit que le décret qui prononce l'expropriation d'un brevet est notifié par le ministre chargé de la propriété industrielle au propriétaire du brevet²⁹⁹. Dans sa rédaction antérieure, la mesure d'expropriation était également prise par décret, mais ce décret devait être pris en fonction du rapport conjoint du ministre chargé de la propriété industrielle et du ministre chargé de la défense nationale.

Il est intéressant de remarquer que l'autorité compétente pour prononcer l'expropriation n'est pas la même en matière d'expropriation pour utilité publique et en matière d'expropriation de brevet. Dans le premier cas, la procédure est dite mixte et c'est le juge judiciaire, gardien de la propriété privée qui prononce le transfert de propriété. Le recours au décret en matière d'expropriation de brevet implique que c'est l'État lui-même qui prononce l'autorisation de procéder à l'expropriation. Cette spécificité du régime d'expropriation en matière de brevet peut sembler très protectrice des intérêts publics. Tel est en effet l'objet de cette disposition qui vise à donner à la personne publique les moyens d'assurer la sécurité publique. Pour autant, la prise de décrets est encadrée par la compétence du juge administratif, et le Conseil d'État peut être amené - sous réserve de l'application des dispositions tendant à préserver le secret - à examiner si « *besoins de la défense nationale*³⁰⁰ » justifiaient ou non le recours à l'expropriation.

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 établit que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition*

²⁹⁸ D. n° 95-383, 10 avr. 1995, art. 3

²⁹⁹ Art. R. 613-39 du Code de la propriété intellectuelle

³⁰⁰ Art. L613-20 du Code de la propriété intellectuelle

*d'une juste et préalable indemnité*³⁰¹ ». Cette indemnité est calculée en matière d'expropriation de brevet selon la même procédure que celle prévue dans le cas de la licence d'office pour les besoins de la défense nationale. Cette procédure prévoit deux étapes dans la fiction du prix de l'expropriation : en premier lieu, le titulaire des droits sur le brevet communique par courrier au ministre de la Défense la somme qu'il entend percevoir en rémunération de l'expropriation dont il fait l'objet. Si le titulaire du brevet et le ministre de la Défense ne parviennent pas à un accord dans un délai de quatre mois à compter de la réception de la demande, le juge judiciaire peut être saisi en vue de la fixation du montant de la rémunération envisagée.³⁰²

Le recours à l'expropriation en matière brevet est l'expression des fonctions régaliennes de la personne publique, qui caractérisent la mise en œuvre de la souveraineté de l'Etat. La défense nationale illustre particulièrement efficacement ce type de fonctions, qui justifient que les moyens les plus étendus soient mis à la disposition des personnes publiques dans le cadre de l'exercice de leurs missions. Le recours à l'expropriation demeure sans doute l'exemple le plus topique de l'exercice des prérogatives de puissance publique dont disposent les personnes publiques : l'intensité de la mesure est maximale, tant dans sa mise en œuvre que dans les effets qu'elle produit.

³⁰¹ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

³⁰² Art. R. 613-36 du Code de la propriété intellectuelle

Conclusion du Chapitre

En matière de procédés d'acquisition des créations intellectuelles par des procédés exorbitants du droit commun, les personnes publiques sont investies de prérogatives étendues par rapport aux personnes privées.

Cependant, l'étude de ces procédés d'acquisition exorbitants du droit commun révèle que les modes d'acquisition involontaires, qui sont l'expression des prérogatives de puissance publique, ne font pas en pratique l'objet d'une quelconque application. Les licences administratives et l'expropriation sont prévues par le Code de la propriété intellectuelle et réservées à l'État, mais elles demeurent des prérogatives inusitées. Leur présence rappelle le statut exorbitant du droit commun des personnes publiques et leur objet témoigne des missions régaliennes de l'État, notamment en matière de sécurité publique.

Seuls les marchés publics font l'objet d'une réelle application pratique, suscitant des décisions de jurisprudence qui confirment que les marchés publics visant le CCAG-PI sont des contrats administratifs, même si en matière de propriété intellectuelle, la compétence de principe est celle du juge judiciaire. Au fond, les CCAG spécialisés en propriété intellectuelle appliquent le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, le CCAG-PI fait référence aux régimes de la concession de licence et de la cession, bien connues du Code de la propriété intellectuelle. Les licences judiciaires peuvent être mises en œuvre par les personnes tant publiques que privées.

Ces éléments permettent de considérer que l'acquisition des créations intellectuelles par personnes publiques, qu'elle mette en œuvre le droit commun de la propriété intellectuelle ou des prérogatives exorbitantes de celui-ci, est très proche de la propriété intellectuelle de droit commun qui s'applique aux personnes privées.

TITRE II : DES PREROGATIVES POUR LA GESTION DES CREATIONS INTELLECTUELLES PEU INSPIREES PAR L'INTERET GENERAL.

Nous avons montré que les personnes publiques ont la possibilité d'acquérir des créations intellectuelles selon le régime de droit commun ou en application des prérogatives exorbitantes du droit commun dont elles sont titulaires³⁰³. Il faut ici envisager la nature de l'activité de gestion des créations intellectuelles publiques.

S'interroger sur la légitimité des personnes publiques à exploiter leurs créations intellectuelles revient à déterminer le type d'action publique dans lequel cette activité s'intègre. En conséquence, l'objet de ce titre sera d'analyser la nature de l'activité publique d'exploitation des créations intellectuelles publiques. Cette activité constitue-t-elle une activité de service public ou doit-elle être rattachée aux intérêts patrimoniaux des personnes publiques ?

Il pourrait sembler inadéquat d'aborder la question de la nature du droit des personnes publiques de d'exploiter un patrimoine intellectuel après avoir constaté que le droit positif leur permet d'acquérir des droits de propriété intellectuelle en vue d'une exploitation. Cela revient à observer ces éléments dans un ordre à priori illogique. Pour autant, c'est ainsi que la situation se présente en pratique : les personnes publiques constituent et exploitent leurs créations intellectuelles dans le cadre de leurs activités, sans que la question du rattachement de cette activité à un service public ou à des intérêts patrimoniaux ne soit posée.

Les personnes publiques ont pour objet de satisfaire l'intérêt général, qui par définition s'oppose aux intérêts particuliers. En effet, J-J. Rousseau n'a-t-il pas écrit que « *la manifestation des intérêts particuliers ne peuvent que nuire à l'intérêt général qui, dépassant chaque individu, est en quelque sorte l'émanation de la volonté de la collectivité des citoyens en tant que telle* »³⁰⁴. Il est donc intéressant de s'interroger sur la capacité des créations intellectuelles à satisfaire l'intérêt général en droit

³⁰³ Partie I, Titre I

³⁰⁴ J.J Rousseau, *Le Contrat Social*, 1762.

public, tandis qu'elles ne s'adressent qu'à des intérêts particuliers en droit privé. En quoi l'acquisition des droits de propriété intellectuelle sur un logotype et son exploitation constituent-ils une activité visant à la satisfaction de l'intérêt général ? Cette question revient à analyser l'élasticité de la matière de la propriété intellectuelle. Nous avons déterminé dans le Titre I que la propriété intellectuelle est suffisamment polymorphe pour s'adapter aux spécificités des personnes publiques et leur permettre d'acquérir des propriétés intellectuelles selon des voies de droit exorbitantes du droit commun.

Nous nous interrogeons ici sur la capacité de la propriété intellectuelle à s'intégrer dans l'action des personnes publiques, à travers la recherche de l'intérêt général dans l'activité d'exploitation du patrimoine intellectuel. Pour ce faire, nous rechercherons si cette activité s'exerce dans le cadre d'un service public ou si elle doit être rattachée aux intérêts patrimoniaux des personnes publiques. De plus, nous chercherons à identifier la domanialité du patrimoine intellectuel public, qui détermine les conditions de son exploitation (Chapitre 1).

L'incorporation des créations intellectuelles dans le domaine privé contribue à encourager une gestion des actifs intellectuels des personnes publiques selon le droit privé. L'évolution du droit de la personnalité publique suit cette dynamique, si bien qu'en matière d'exploitation de leurs créations intellectuelles, les personnes publiques se comportent souvent comme des acteurs de droit privé. Pour cette raison, à l'instar des personnes privées, les personnes publiques se voient aujourd'hui reconnaître le bénéfice de droit moraux (Chapitre 2). Cette situation contribue à développer une personnalité publique calquée sur la personnalité privée, qui renforce l'application unifiée du droit de la propriété intellectuelle sans distinction de genre.

Chapitre 1 : La gestion des créations intellectuelles des personnes publiques est-elle d'intérêt général ?

L'activité de gestion du patrimoine intellectuel est traditionnellement rattachée aux intérêts particuliers des personnes privées. Pour cette raison, il est difficile d'imaginer que cette activité puisse être légitime lorsqu'elle est exercée par les personnes publiques qui sont réputées rechercher la satisfaction de l'intérêt général. En effet, l'intérêt général et les intérêts particuliers sont considérés comme concurrents, même s'ils ne s'excluent pas nécessairement. J. M. Keynes³⁰⁵ considère qu'« *on ne saurait déduire des principes de l'économie politique que l'intérêt personnel dûment éclairé œuvre toujours au service de l'intérêt général. Il n'est même pas vrai que l'intérêt personnel soit généralement éclairé.* » Apparaît ici la première difficulté de l'analyse de l'intérêt général : il ne fait pas l'objet d'une définition stable et admise par tous. On considère qu'il désigne les intérêts partagés par l'ensemble des membres de la société, et que sa satisfaction vise à procurer un bien-être à tous les individus.

L'intérêt général est l'une des grandes matrices du droit public. Le droit public fonctionne selon l'idée que l'administration accomplit une mission spécifique tendant à la satisfaction de l'intérêt général, ce qui implique que celui-ci constitue non seulement le fondement, mais aussi le but et la limite de l'action de l'administration³⁰⁶. L'intérêt général fonctionne comme un cadre qui présente un intérêt à deux égards : d'une part, les personnes publiques peuvent l'invoquer pour développer leurs prérogatives³⁰⁷. D'autre part, elles doivent s'assurer que leurs actions soient guidées par lui. Cette ambivalence et cette double influence de l'intérêt général se retrouvent dans les décisions du juge, qui lui accorde une importance capitale. Il est à la fois une cause d'illégalité et de légitimité de l'action des personnes publiques. Ainsi, le juge annule l'acte administratif qui poursuit un but étranger à l'intérêt général et valide celui qui a pour objet de restreindre les conditions d'exercice de certains droits des personnes privées dans la mesure où l'intérêt général

³⁰⁵ J.M. Keynes, *La fin du laissez-faire*, 1924

³⁰⁶ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, *Economica*, 1986, p. 21 et s.

³⁰⁷ D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre*, Conseil d'État, rapp. public 1999, La documentation française, p. 363.

le justifie. Dans ces conditions, et puisque l'intérêt général est la « *pierre angulaire de l'action publique*³⁰⁸ », nous devons déterminer quel intérêt il présente du point de vue de la propriété intellectuelle des personnes publiques. Est-il le fondement de l'activité de gestion des propriétés intellectuelles des personnes publiques ?

Considérer que toutes les actions menées par les personnes publiques sont par principe des activités d'intérêt général serait une erreur. La perte du monopole des activités d'intérêt général a mis en lumière le fait que les personnes publiques se livrent parfois à des activités qui ne visent pas à satisfaire l'intérêt général. Cette deuxième affirmation est primordiale pour envisager l'activité de gestion des créations intellectuelles des personnes publiques. Ainsi, et même si cela est établi en droit positif, il nous semble important de réitérer l'affirmation selon laquelle toutes les activités des personnes publiques ne sont pas des services publics.

Pour autant, l'exploitation de ce patrimoine a lieu dans des conditions imprécises notamment sur l'appartenance des propriétés intellectuelles à la domanialité publique ou privée. Cette question pourtant cruciale pour permettre une gestion pérenne du patrimoine intellectuel des personnes publiques. En effet, les biens qui appartiennent au domaine public sont réputés indisponibles et inaliénables³⁰⁹. Ainsi, la personne publique qui en est propriétaire ne peut pas librement disposer³¹⁰ de sa propriété si elle appartient au domaine public. Cette indisponibilité est justifiée par l'affectation des biens à une fonction déterminée telle qu'un service public. A l'inverse, la domanialité privée permet une gestion libre des actifs qui s'y trouvent.

Nous envisagerons dans une première section dans quelles conditions les personnes publiques concourent à rechercher la domanialité privée de propriétés intellectuelles publiques (Section 1), avant d'étudier en quoi l'affectation domaniale joue un rôle déterminant dans la qualification de l'activité de gestion de ces actifs (Section 2). En effet, une jurisprudence ancienne et renouvelée établit que l'activité de gestion des biens du domaine privé n'est pas un service public si elle ne vise qu'à satisfaire des intérêts patrimoniaux.

³⁰⁸ Conseil d'État, *Rapport public 1999*. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général, La Documentation française, 1999, p. 245.

³⁰⁹ Art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles* ».

³¹⁰ La libre disposition d'un bien est le pouvoir qui est conféré à son propriétaire d'accomplir des actes juridiques relativement à son bien, et en particulier la faculté de procéder à la cession de ses droits.

Section 1 : Une préférence pour la domanialité privée qui stimule la gestion des créations intellectuelles des personnes publiques.

L. Duguit écrit qu' « *on est loin d'être d'accord sur les biens qui appartiennent au domaine public et ceux qui dépendent du domaine privé. Des controverses sans fin s'élèvent encore sur le point de savoir quel est le critère auquel on reconnaît les uns et les autres.*³¹¹ » L'objectif de valorisation des créations intellectuelles des personnes publiques conduit à une évolution de la perception de la domanialité publique. Jusqu'ici envisagé comme un régime protecteur des biens qui le composent, le domaine public est remis en question par l'existence de la propriété publique intellectuelle. En effet, la recherche de la performance économique des créations intellectuelles conduit à lui préférer le domaine privé, permettant une gestion libre. L'exploitation du patrimoine intellectuel des personnes publiques dépend ainsi de la domanialité choisie. Selon que les créations intellectuelles appartiennent à l'un ou l'autre des deux domaines, les possibilités offertes en matière d'exploitation à la personne publique titulaire ne sont pas les mêmes.

Le domaine public est destiné à offrir une protection renforcée aux biens qui s'y trouvent. Nous verrons que l'émergence de nouveaux critères propres aux biens meubles corporels et incorporels permettent aux actifs intellectuels d'exister dans le domaine public (Sous-section 1).

Le domaine privé est une catégorie juridique qui regroupe les biens des personnes publiques exclus de la catégorie du domaine public³¹². En conséquence, tous les actifs intellectuels qui ne sont pas rattachés au domaine public en font partie. Ils bénéficient à ce titre d'un régime hybride inspiré du droit privé, qui permet une plus grande souplesse dans leur gestion (Sous-section 2).

³¹¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III : 1930, p. 347

³¹² Art. L. 2211-1, alinéa 1 du CGPPP « *Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre I^{er} du Livre 1.* »

Sous – section 1 : L'appartenance limitée des créations intellectuelles au domaine public.

L'étude des propriétés intellectuelles publiques nous conduit à aborder un point sensible de la question de la domanialité publique. Il n'est pas contestable que des propriétés intellectuelles existent dans le domaine public, ce que nous rappellerons et démontrerons ci-après. Ce n'est donc pas sur cette question dont la réponse est établie en droit positif, que se concentrera notre analyse. L'intérêt de la question de situe davantage du point de vue des créations intellectuelles immatérielles, qui éprouvent des difficultés à être envisagées comme éligibles à l'intégration du le domaine public.

En effet, l'existence des créations intellectuelles immatérielles dans le domaine public est l'objet de nombreuses controverses, qui reposent d'une part sur le fait que la doctrine a longtemps hésité à inclure dans le domaine public des biens incorporels. En outre, l'objectif de valorisation économique et d'exploitation des actifs intellectuels publics s'oppose au principe d'indisponibilité des biens du domaine public. Pour ces raisons, les personnes publiques évitent autant que possible l'intégration leurs propriétés immatérielles au domaine public, sauf cas particuliers. De fait, il n'y a pas de contentieux des biens immatériels du domaine public pour démontrer leur existence au sein de la domanialité publique. Dans ces conditions, notre étude consiste à démontrer qu'au delà de l'apparente hostilité du domaine public envers les biens immatériels, ceux –ci ont leur place dans le domaine public au même titre que les biens corporels (1) et faire l'objet d'une exploitation (2).

1) L'existence de créations intellectuelles immatérielles dans le domaine public.

L'existence des créations intellectuelles immatérielles dans le domaine public est démontrée par la mise en relation de deux éléments distincts : d'une part, l'existence d'un domaine public intellectuel (a), et d'autre part l'intégration dans le domaine public de meubles incorporels (b).

a) Existence d'un domaine public intellectuel

La liste des biens qui intègrent le domaine public par détermination de la loi n'a pas toujours mentionné pas la présence de propriétés intellectuelles. En effet, le Code civil énonce que « *sont considérés comme des dépendances du domaine national les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables et flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et, généralement, toutes les portions du territoire français qui ne pas susceptibles de propriété privée.*³¹³ » En 1947, la Commission de réforme du Code civil a proposé une refonte de cette définition, moins focalisée sur l'opposition du domaine public à la propriété en déclarant qu' « *appartient au domaine public l'ensemble des biens des collectivités publiques et établissements publics qui sont soit mis à la disposition directe du public usager soit affectés à un service public* ». Les critères d'admission d'un bien dans le domaine public sont établis par la jurisprudence qui exige la réunion de l'appartenance à une personne publique et de son affectation à l'utilité publique.

Les propriétés intellectuelles occupent une place spécifique dans le domaine public, en ceci qu'elles constituent des immeubles (telles que certaines œuvres d'art installés dans des ouvrages publics qui constipent des immeubles par destination) et des meubles. Or, diverses théories doctrinales ont en premier lieu exclut les meubles du domaine public. Cela s'explique par le fait que les immeubles ont toujours occupé la majorité des réflexions patrimoniales, en droit privé comme en droit public. L'article 538 du Code civil précité n'a inspiré à T. Ducrocq³¹⁴ que des réflexions centrées sur les biens immobiliers, sans doute à cause de l'usage répété du terme « *portions du territoire* »

Alors même que les juridictions civiles énonçaient que les œuvres culturelles majeures devaient intégrer le domaine public, G. Jèze³¹⁵ tentait de démontrer que les biens culturels de grande valeur devaient intégrer le domaine privé mobilier de l'État. Pourtant dès le XIXème siècle, l'existence d'un domaine public mobilier est

³¹³ Art. 538 du Code civil

³¹⁴ T. Ducrocq, Cours de droit administratif : Fontemoing, 7e éd., 1900, t. IV, p. 85

³¹⁵ G. Jèze, *La définition du domaine public*. Note ss CE, 21 mars 1930, Sté agricole et industrielle Sud algérien : RDP 1931, p. 764 s.

progressivement admise. Non pas qu'elle consacre les meubles comme une partie du domaine public : elle se contentera de le définir comme n'excluant pas les meubles³¹⁶.

M. Hauriou pose les bases de l'intégration des biens mobiliers dans le domaine public lorsqu'il énonce que « *des objets mobiliers peuvent être protégés par la domanialité publique, s'ils sont des propriétés administratives et s'ils ont reçu une destination d'utilité publique évidente.*³¹⁷ » La doctrine actuelle s'appuie sur cette théorie pour admettre unanimement l'existence de meubles dans le domaine public³¹⁸.

Les juridictions civiles ont été plus promptes à inclure des propriétés intellectuelles dans le domaine public. Déjà au XIXe siècle, plusieurs juridictions civiles ont accordé la domanialité publique à des propriétés intellectuelles. C'est par exemple le cas d'un tableau du Musée du Louvre³¹⁹, d'un autographe de Molière appartenant à la Bibliothèque Nationale³²⁰, de pièces appartenant au musée de la céramique de Sèvres³²¹, ou encore d'une esquisse de Georges Seurat³²².

Le Conseil d'Etat a longtemps exprimé des réticences à reconnaître l'existence d'un domaine public mobilier³²³, ce qui s'explique par le fait que la saisine des juridictions administratives est rare en la matière. Cependant, le juge administratif a fini par admettre l'existence de meubles dans le domaine public de manière explicite³²⁴, sans pour autant donner de critères précis permettant de déterminer méthodiquement si un meuble appartient au domaine public ou privé.

Cette reconnaissance jurisprudentielle devait faire l'objet d'une confirmation textuelle pour être pleinement entérinée. Si quelques textes éparses reconnaissaient entre les lignes l'existence d'un domaine public mobilier, notamment pour la conservation des collections publiques³²⁵, aucune disposition codifiée n'y faisait

³¹⁶ R. Saleilles, Note ss CA Lyon, 10 juill. 1894, *Ville Mâcon c/ Ville Lyon et Bonnin* : S. 1895, 2, p. 185

³¹⁷ M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public : Sirey, 11e éd., 1927, p. 665

³¹⁸ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens* : LGDJ, 13e éd., 2008, p. 103 s.

³¹⁹ Cass. civ., 10 août 1841, cité par M. Waline, Note ss CA Nîmes, 4 déc. 1944

³²⁰ CA Paris, 3 janv. 1846, *Naudet, administrateur de la Bibliothèque nationale c/ Charron* : DP 1846, 2, p. 212

³²¹ T. corr. Montluçon, 29 sept. 1965, D. 1965. 774, note Delpech.

³²² Civ. 1^{re}, 2 avr. 1963, *Sieur Montagne c/ Réunion des Musées de France*, AJDA 1963. II. 486, note J. Dufau ; La Cour de cassation, estimant que l'appartenance au domaine public ne présentait aucune difficulté sérieuse, a affirmé explicitement l'appartenance du tableau au domaine public compte tenu de que les biens des musées sont l'objet même du service public.

³²³ CE, 7 mai 1880, *Meikle* : Rec. CE 1880, p. 448.

CE, 27 juill. 1990, n° 77773, *Sté Hancock Shipping Co Ltd*, Dr. adm., n° hors série, déc. 2001, comm. 185 et 287.

³²⁴ CE, 19 juin 1990, *Épx Berckelaers* : RDP 1992, p. 1176.

³²⁵ Loi n° 2002-5, 4 janv. 2002, relative aux musées de France, art. 11, II : Journal Officiel 5 Janvier 2002

réellement référence. C'est finalement le Code général de la propriété des personnes publiques qui consacre le principe en énonçant que « (...) *font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique (...)*³²⁶ » et en consacrant un chapitre entier au domaine public mobilier. Ainsi, les collections publiques (musées, Centre national des arts plastiques, Fonds national d'art contemporain, bibliothèques publiques), les objets classés au titre des monuments historiques, les biens culturels de valeur et les archives publiques font partie du domaine public mobilier.

b) L'intégration des meubles incorporels dans le domaine public.

Les créations intellectuelles des personnes publiques ne sont pas toujours des biens meubles corporels. Que le domaine public intègre les tableaux, les archives, les œuvres d'art est une chose. Qu'il intègre les meubles incorporels tels que les marques ou les logiciels en est une autre. Le CGPPP est muet sur cette question. Il énonce onze catégories de meubles corporels intégrant le domaine public mobilier dans une liste non exhaustive qui ne semble pas exclure les meubles incorporels.

La rédaction du CGPPP appelle donc une réflexion particulière. Tout d'abord, il précise que ses dispositions s'appliquent « *sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels*³²⁷ ». Pourtant, le Code du patrimoine ne déroge pas aux principes posés par le CGPPP en matière d'appartenance des biens meubles au domaine public. Le rapprochement opéré par le CGPPP avec le Code du patrimoine situe l'étude du domaine public mobilier à la croisée des approches domaniale et patrimoniale. D'ailleurs, l'article 1 du Code du patrimoine n'exclut pas les propriétés incorporelles - sans les nommer - de sa définition du patrimoine : « *le patrimoine s'entend (...) de 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* ». De plus, le GCPPP ne donne pas de définition précise du domaine public

³²⁶ Art. L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

³²⁷ Art. L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

meuble mais propose une énumération pouvant être enrichie puisqu'elle s'ouvre sur l'adverbe « *notamment* ».

Le domaine public n'est pas le royaume des propriétés incorporelles, et la plupart de celles-ci sont intégrées dans le domaine privé. Pourtant, et comme l'affectation au domaine privé se fait par défaut, il convient de déterminer si certaines propriétés incorporelles remplissent les conditions nécessaires à l'intégration du domaine public.

Il s'agit en fait de déterminer s'il existe un domaine public mobilier immatériel. Cette question fait l'objet d'un quasi-oubli en doctrine en raison du très faible nombre de propriétés concernées. Beaucoup d'auteurs ont tendance à considérer que tous les biens immatériels intègrent le domaine privé, et peu s'interrogent de la présence de tels biens dans le domaine public³²⁸.

Le premier critère de l'intégration d'un bien au domaine public est qu'il appartienne à une personne publique. Le rattachement des propriétés intellectuelles immatérielles au domaine public n'est possible que si elles font l'objet d'un droit de propriété. Les propriétés intellectuelles immatérielles visées sont celles que nous décrivons dans le Titre I, à savoir les œuvres de l'esprit, les marques, les brevets, etc. En conséquence, le patrimoine immatériel des personnes publiques qui ne peut pas faire l'objet d'une appropriation n'est pas éligible à l'intégration dans le domaine public. Il en va ainsi de certaines données publiques, ou encore du nom des collectivités territoriales.

Tel pourrait être le cas de certaines propriétés publiques immatérielles pouvant présenter un intérêt public « *du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique*³²⁹ » susceptible de justifier leur rattachement au domaine public. Par exemple, une innovation stratégique brevetée appartenant à une personne publique peut intégrer le domaine public si elle présente un intérêt public du point de vue de la technique.

Avant l'entrée en vigueur du CGPPP, une propriété intellectuelle intégrait le domaine public si elle était directement affectée à l'usage du public³³⁰ ou à un service public.

³²⁸ J.-M. Bruguière, *L'immatériel à la trappe* : D. 2006, p. 2804

³²⁹ au sens de l'Art. L. 2112-1 du Code général des propriétés des personnes publiques

³³⁰ C'est-à-dire sans intermédiaire institutionnel.

Dans les deux hypothèses, la propriété intellectuelle devait être spécialement aménagée à cet effet. Cette condition d'affectation n'est plus requise que pour les biens immobiliers.

Comme le souligne J-G. Sorbara, « *le code général de la propriété des personnes publiques crée une petite révolution dans la théorie du domaine en donnant une définition du domaine public mobilier qui ne correspond pas à celle du domaine public immobilier. (...) Désormais, l'article L. 2112-1 du code général le définit comme l'ensemble des biens, propriétés de la personne publique, « présentant un intérêt du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique ».* Le domaine public immobilier restant, quant à lui, classiquement défini comme l'ensemble des biens affectés soit à l'usage direct du public, soit à un service public.³³¹ » Cette évolution est la manifestation de l'adaptation du droit du domaine public aux propriétés intellectuelles, qui éprouvaient par leur nature des difficultés à les conditions de la domanialité publique. Une propriété intellectuelle peut être affectée à la culture, mais la condition de l'aménagement spécial qui était également requise soulevait des difficultés : comment, techniquement, aménager une propriété intellectuelle spécialement pour telle ou telle affectation ? La simplification des critères posés par le CGPPP est bienvenue.

2) Le régime de l'exploitation des créations intellectuelles immatérielles du domaine public

L'exploitation des créations intellectuelles intégrées au domaine public est entravée par le principe d'indisponibilité de tous les biens qui le composent. Le droit romain évoquait les prémices de la mise hors du commerce de certains de biens publics affectés à l'usage de tous. Cette forme d'indisponibilité a traversé les époques jusqu'à la division domaniale au XIXe siècle. Depuis, les biens du domaine public sont frappés d'indisponibilité.

Il s'agit d'une restriction au pouvoir de disposer des personnes publiques propriétaires, qui a été récemment consacrée par le législateur dans le CGPPP qui énonce que « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui*

³³¹ J-G. Sorbara, *Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2007. 619

*relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles*³³² ». Cette mesure est originellement destinée à préserver l'affectation à l'usage du public ou à un service public des biens qui composent le domaine public. C'est bien la destination des biens qui est en cause, et non la personnalité publique du propriétaire ou la nature des biens. A travers l'indisponibilité et l'inaliénabilité, c'est le principe de la continuité de l'État et des services publics qui est protégé : le législateur a souhaité que les services publics ne se trouvent pas dépossédés de leurs moyens d'action par le jeu d'aliénations malheureuses. Le législateur a ainsi voulu éviter l'appropriation privative³³³ des biens du domaine public tant que leur affectation à l'utilité publique est maintenue.

Cependant, nous avons montré que les biens meubles du domaine public ne remplissent plus le critère de l'affectation à tel usage ou tel service public. Leur indisponibilité et leur inaliénabilité sont donc remises en cause : s'il n'y a pas d'affectation à protéger, pourquoi les soumettre à un régime aussi strict ? C'est sans doute l'un des arguments qui conduit les personnes publiques à intégrer leurs propriétés intellectuelles à leur domaine privé.

Lorsqu'elles sont soumises aux règles de la domanialité publique, les propriétés intellectuelles ne peuvent en principe ni être vendues, ni faire l'objet d'une prescription acquisitive. Cependant, et dans une démarche de précaution, les effets de l'article L. 3111-1 du CGPPP dépassent le cadre de ces deux interdictions. En effet, elle vise par principe les différents modes d'aliénations volontaires (a) et d'aliénations forcées (b).

a) Interdiction relative des aliénations volontaires.

L'inaliénabilité du domaine public consiste dans l'impossibilité de transférer une propriété intellectuelle qui en ferait partie vers un patrimoine privé. Toute opération qui entraîne un transfert de propriété d'un bien du domaine public vers un patrimoine privé est frappée de nullité. Ainsi, par exemple, les aliénations de biens composant les collections des musées de France sont nulles³³⁴.

³³² Art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

³³³ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public* : Sirey, 1914, 8e éd., p. 683 et 694

³³⁴ Art. 11, IV de la loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 sur les musées de France

La seule voie de droit pour procéder à la cession d'un bien du domaine public à une personne privée est sa désaffectation et son déclassement : ainsi, le bien cesse d'être affecté à l'utilité publique. La fin de l'affectation doit être constatée par l'autorité qui gère la propriété du domaine public concernée. Le déclassement est prononcé par décision expresse de l'autorité domaniale, et la propriété intellectuelle déclassée du domaine public intègre le domaine privé de la personne publique propriétaire, qui peut alors lui donner une nouvelle affectation, ou procéder à sa cession.

Or, le critère de l'affectation n'étant pas requis pour les créations intellectuelles, comment peuvent-elles faire l'objet d'un déclassement ? Est-ce à considérer que les propriétés immatérielles qui auraient intégré le domaine public sans être affectées à l'utilité publique ne pourraient plus en sortir, faute de pouvoir satisfaire au formalisme du déclassement ? Ou que les propriétés immatérielles seraient une catégorie spécifique des biens du domaine public permettant de déroger au formalisme du déclassement ? Il n'y a, à ce sujet, aucune certitude. La domanialité apparaît ici assez inadaptée à intégrer les créations intellectuelles publiques, sans pour autant que l'association du domaine public et de la conservation des créations intellectuelles publiques ne soit impossible.

La place de la volonté de la personne publique dans l'intégration de ses biens à l'un ou l'autre des deux domaines est remise en cause par l'application du CGPPP : comme l'écrit T. Soleilhac, « *indépendamment de la volonté de son propriétaire, un meuble appartient donc désormais au domaine public en raison de son intérêt culturel, de ses qualités intrinsèques, autant dire de sa nature patrimoniale, et non de son affectation.*³³⁵ »

Le CGPPP, en excluant le critère de l'affectation pour les biens meubles du domaine public, a déplacé les garanties offertes par la domanialité publique pour garantir la conservation du bien et non pas la protection de son utilisation.³³⁶

³³⁵ T. Soleilhac, *Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel*, AJDA 2008. 1133

³³⁶ J. Untermaier, *La qualification des biens culturels en droit français*, in Y. Jégouzo, *Droit du patrimoine culturel immobilier*, Economica, 1985, p. 17

L'aliénation au profit des acteurs privés est un facteur primordial de valorisation des créations intellectuelles des personnes publiques. L'inaliénabilité des propriétés intellectuelles qui composent le domaine public entrave le logique de performance et de rentabilité aujourd'hui conduite par les personnes publiques. Pour cette raison, certains auteurs³³⁷ refusent d'admettre que les marques publiques intègrent le domaine public. Il s'agit davantage d'une stratégie d'exploitation du patrimoine intellectuel public que d'une réelle opération de qualification juridique. En effet, en s'abritant derrière l'argument selon lequel le domaine public éprouve des réticences à inclure des biens immatériels, ces auteurs recherchent l'attribution domaniale la plus fonctionnelle, à défaut d'être la plus juste en droit. Pourtant, il faut l'admettre : même si elle est résiduelle, la catégorie des créations intellectuelles immatérielles du domaine public existe.

Ce n'est pas parce que l'affectation n'est plus un critère de la domanialité publique pour les meubles que certaines créations intellectuelles ne sont pas affectées à un service public. Comme le relève R. Léonetti, « *un grand nombre d'entre eux peut être qualifié de biens affectés au service public, soit parce qu'ils sont un instrument du fonctionnement du service (l'usufruit d'un immeuble affecté par exemple), soit parce que leur mise à disposition, leur accès, constitue l'objet même du service (pour les informations publiques par exemple).* »³³⁸

Il ne semble pas incohérent de considérer que des créations intellectuelles présentant un intérêt public intègrent le domaine public mobilier, comme l'affirment T. Soleilhac pour les bibliothèques numériques, du fait de l'intérêt historique qu'elles représentent³³⁹, et J-G Sorbara pour bases de données, par exemple des bases d'archives, ou encore pour les brevets qui présenteraient un intérêt public suffisant au regard de la science ou de la technique³⁴⁰.

L'aliénation d'un bien du domaine public au bénéfice d'une personne privée est frappée de nullité, mais il en va autrement de la cession au bénéfice d'une autre personne publique. En effet, les propriétés intellectuelles du domaine public des

³³⁷ E. Hoffman, L. Bouchard, J. Capioux, *Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés*, Gazette du Palais, 10 décembre 2011 n° 344, p.11

³³⁸ R. Léonetti, *La protection de l'affectation au service public des biens incorporels*, AJDA 2009. 1689

³³⁹ T. Soleilhac, *préc.*, AJDA 2008. 1133

³⁴⁰ J-G. Sorbara, *préc.*, AJDA 2007. 619

personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 du CGPPP peuvent être cédées « à l'amiable, sans déclassement préalable entre des personnes publiques³⁴¹ ». Il s'agit d'une avancée majeure dans le droit de la cession des propriétés du domaine public.

Jusqu'en 2006, les personnes publiques devaient procéder au déclassement du bien avant de le céder, mais elles risquaient l'annulation de la vente si ce bien restait affecté à l'usage direct du public ou à un service public. Elles ne pouvaient pas non plus vendre la dépendance sans la déclasser sans quoi l'opération tombait sous le coup de l'inaliénabilité. Le CGPPP permet deux types d'aliénations : celles de dépendances du domaine public qui conservent la même affectation malgré le transfert de propriété, et les aliénations dont l'affectation initiale sera remplacée par une nouvelle affectation répondant, elle aussi, aux exigences de l'article L. 2111-1.

Ainsi, si l'acquéreur public n'envisage ni de poursuivre l'affectation publique initiale, ni d'en attribuer une nouvelle, le bien qui devient sa propriété est destiné à rester dans son domaine privé. Il est donc logique que, contrairement aux hypothèses précédentes, l'aliénateur désaffecte et déclassé préalablement sa dépendance. L'opération n'entre plus alors dans le champ de l'article L. 3112-1.

b) Interdiction absolue des aliénations forcées.

L'interdiction des aliénations forcées fait référence à l'insaisissabilité des biens des personnes publiques. Elle repose sur la personnalité publique, et s'étendant à l'ensemble du patrimoine public, incluant ceux du domaine public³⁴². Ainsi, les créanciers privés des personnes publiques ne peuvent pas saisir les biens du domaine public de leur débiteur s'il est défaillant³⁴³. Il s'agit d'une protection très forte des propriétés intellectuelles composant le domaine public, destinée à assurer le maintien de leur affectation à l'utilité publique.

Ainsi, le régime d'exploitation des biens du domaine public est uniquement orienté vers l'exploitation qui doit avoir lieu dans le cadre de l'affectation de la propriété

³⁴¹ Art. L. 3112-1 du CGPPP

³⁴² Art. L. 2311-1 du CGPPP

³⁴³ TC, 9 déc. 1899, *Assoc. Syndicale canal de Gignac c/ Ducornot* : S. 1900, 3, p. 51, note Hauriou.

intellectuelle à l'utilité publique. Toutes les autres formes d'exploitation que celle-ci sont proscrites. L'on comprend aisément pourquoi les acteurs publics préfèrent considérer que les propriétés intellectuelles font partie du domaine privé.

3) La sortie des biens du domaine public vers le domaine privé.

L'intérêt majeur de la domanialité publique en matière de propriétés intellectuelles affectées à un usage public est qu'il offre un régime très protecteur mais qui n'est pas définitif. En effet, les propriétés intellectuelles qui composent le domaine public n'ont pas vocation à y demeurer éternellement : le domaine public n'est pas figé. Les personnes publiques ont la liberté de réintégrer leurs propriétés intellectuelles dans le domaine privé dès lors que les biens considérés ne sont plus nécessaires à la réalisation de l'affectation qui avait justifié leur soumission à la domanialité publique. Dans ces conditions, la soumission à ce régime exorbitant du droit commun devient sans objet.

Les personnes publiques peuvent souhaiter demeurer propriétaires de leur patrimoine intellectuel mais selon un régime moins strict, ou décider de les céder à des tiers. Cependant, la sortie du domaine public est régie par des règles strictes, qui encadrent le déplacement des biens d'un domaine à l'autre. Ce formalisme très rigoureux s'oppose à la facilité d'intégration d'un bien dans le domaine public : tandis qu'à l'entrée la simple affectation matérielle d'un bien à l'utilité publique suffit, la sortie requiert l'accomplissement d'une procédure stricte.

La sortie du patrimoine intellectuel du domaine public suit deux étapes qui peuvent être mises en œuvre l'une après l'autre ou concomitamment : la désaffectation de la dépendance et son déclassement, constaté par un acte administratif. Il n'existe donc pas de symétrie entre l'entrée d'un bien dans le domaine public, qui peut être de fait, et sa sortie qui nécessite un acte administratif : la désaffectation pour les biens affectés (a) et le déclassement (b).

a) La désaffectation

Il s'agit d'un élément matériel qui consiste à revenir sur l'affectation du bien à l'usage direct du public ou à un service public. C'est donc l'opération qui consiste à ne plus utiliser ce bien conformément à son affectation initiale. C'est par exemple, la fermeture du site internet d'un service public. La simple affectation d'un bien à l'utilité publique lui faisant intégrer le domaine public, sa désaffectation pourrait suffire à l'en faire sortir. Ce n'est pas le cas, pour une raison simple : l'économie de la domanialité publique repose sur un régime très protecteur des biens. Leur incorporation est facilitée, mais leur sortie est formalisée par une seconde étape entérinant la sortie du bien déclassé du domaine public vers le domaine privé.

La désaffectation s'applique aux biens qui ont fait l'objet d'une affectation préalable. En matière de propriété immatérielle, l'affectation à l'utilité n'est pas une condition requise pour l'intégration du domaine public. Il existerait donc théoriquement des propriétés immatérielles dans le domaine public qui ne font pas l'objet d'une telle affectation. Puisque les propriétés immatérielles du domaine public ne sont plus obligatoirement affectées à l'usage du public, se pose alors la question de savoir comment désaffecter un bien qui n'a pas fait l'objet d'une affectation.

Il faut considérer qu'en matière de propriété publique immatérielle, la condition de la désaffectation est surabondante et que, ne pouvant être satisfaite, elle ne peut être remplie. Ainsi, le CGPPP énonce qu' « *un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement*³⁴⁴ ». Ainsi, en matière de propriétés publiques immatérielles, la seule condition du déclassement doit être remplie.

b) Le déclassement

Le déclassement est une formalité permettant formellement d'organiser la sortie d'une propriété intellectuelle désaffectée du domaine public. Il s'agit d'un acte administratif qui n'est ni individuel, ni réglementaire³⁴⁵ qui énonce qu'un bien a

³⁴⁴ Art. L2141-1 du CGPPP

³⁴⁵ Décret, arrêté, délibération, décision ministérielle ad hoc.

perdu son caractère de dépendance du domaine public. Il est le préalable à toute aliénation d'un bien issu du domaine public à une personne privée. Le juge administratif et le CGPPP exigent un cumul des deux actions, à savoir à la fois une désaffectation de fait et un acte formel de déclassement. La sortie d'un bien du domaine public est conditionnée par le fait que le déclassement s'accompagne d'une désaffectation³⁴⁶.

Lorsque le bien remplit la double condition de désaffectation et de déclassement, il quitte le domaine public et entre dans le domaine privé. Le déclassement ne constitue pas un acte par lequel une personne publique perd l'une de ses propriétés intellectuelles : le bien déclassé demeure sa propriété. La désaffectation et le déclassement génèrent simplement un changement de régime domanial. En conséquence, ils n'affectent aucunement le droit de propriété.

Certaines questions très contemporaines s'intègrent dans la logique de transition du patrimoine immatériel du domaine public vers le domaine privé. Ainsi, dans son allocution d'ouverture des entretiens du Conseil d'État consacrés au patrimoine immatériel des personnes publiques, J-M. Sauvé s'interroge sur la question de la dématérialisation d'un bien relevant du domaine public³⁴⁷. La question posée est de déterminer si la dématérialisation d'un bien du domaine public constitue une extension du domaine public ou un transfert vers le domaine privé ?

Cette problématique vise essentiellement la numérisation des livres qui font partie du domaine public. La question est de déterminer quel est le statut de ces fichiers numérisés : sont-ils une extension du domaine public ou tombent-ils dans le domaine privé ? Bien entendu, cette question n'est posée que parce qu'elle remet en question le sort des contrats que certaines personnes publiques passent avec des entreprises comme Google, qui numérisent des livres. En effet, la problématique de la numérisation ne pose pas de difficulté pratique lorsque les fichiers sont numérisés par la bibliothèque publique pour son propre usage.

³⁴⁶ CE, 9 mai 1958, *Delort* : AJDA 1958, II, p. 331, concl. Long

³⁴⁷ Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé le 16 mars 2012 à l'ENA sur le thème : *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*. La documentation française, 2013 p.250.

Qu'advient-il de ces fichiers numérisés dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public en ligne gratuitement sous forme de bibliothèque numérique, et que la personne publique ne dispose plus réellement de pouvoirs de gestion sur ce fonds ?

T. Soleilhac³⁴⁸ considère qu'un tel fichier numérisé ne réunit pas les critères qui font du livre un bien du domaine public. Ils estiment que la version numérisée n'est pas aussi rare, ancienne ou précieuse que le livre original. Sur ce point, leur opinion ne peut pas être combattue : un fichier numérisé ne satisfait à aucun de ces qualificatifs.

Cependant, déduire de cette considération que le fichier numérisé sort du domaine public pour intégrer le domaine privé serait oublier le double formalisme de la sortie de la domanialité publique ! La numérisation d'un livre sous forme de fichier numérisé ne peut être considéré comme une œuvre au sens du droit de la propriété intellectuelle, car elle ne remplit pas la condition d'originalité requise. En conséquence, la numérisation d'un livre du domaine public ne constitue pas une nouvelle propriété immatérielle qui peut intégrer le domaine privé.

Tout au plus, la numérisation d'un livre ne peut être entendue que comme la transposition d'une œuvre papier sous un format digital. Dès lors, les droits qui gouvernent le fichier numérisé ne font que découler de ceux qui s'appliquent au livre du domaine public. Le fichier numérisé n'est en réalité qu'une extension du livre intégré au domaine public. Ainsi, pour qu'il puisse intégrer le domaine privé, le fichier numérisé doit faire l'objet d'un déclassement et d'une désaffectation.

Ainsi, il faut être prudent concernant l'exploitation commerciale systématique des créations intellectuelles par le seul usage de la domanialité privée. Telle n'est pas la logique du droit administratif qui poursuit la satisfaction de l'intérêt général par l'accomplissement d'activités utiles au public. Le domaine public intègre les propriétés intellectuelles publiques affectées à l'usage public. La domanialité publique est un atout considérable dès lors qu'elle n'est pas définitive, et qu'elle permet une véritable gestion raisonnée des propriétés intellectuelles. Dès lors que celles-ci sont exploitées dans le cadre d'un service public, elles peuvent bénéficier d'une protection renforcée, qui laisse place à un régime plus libéral lorsque

³⁴⁸ T. Soleilhac, *préc.*, AJDA, 2008, p. 1133.

l'affectation cesse et que l'exploitation s'effectue dans le cadre des intérêts privés des personnes publiques.

Il est très délicat de dresser une liste des créations intellectuelles du domaine public, car il n'existe pas d'état des biens du domaine public permettant d'identifier précisément les créations intellectuelles qui s'y trouvent. De nombreux auteurs tels que R. Léonetti sont défavorables à la reconnaissance de l'existence de créations intellectuelles dans le domaine public, mais s'interrogent tout de même sur la domanialité applicable : « *Peut-on raisonnablement soumettre à la seule domanialité privée les biens incorporels, lorsqu'ils sont indispensables au service public, alors que la jurisprudence du Conseil constitutionnel³⁴⁹ impose au législateur de prévoir, dans de pareils cas, un régime de substitution au régime de la domanialité publique ?³⁵⁰* »

Le même auteur relève pourtant que « *la fonction et le régime de la domanialité publique semblent parfaitement adaptés aux besoins de protection et d'accès de biens que constituent les archives publiques immatérielles. A notre connaissance, le Conseil d'Etat n'a été confronté directement à cette question qu'à l'occasion d'une espèce dans laquelle était en cause la détérioration de logiciels, à propos desquels le commissaire du gouvernement indiquait au juge qu'il était alors « présence non d'un bien meuble corporel mais d'un élément incorporel qui tient à la licence que l'établissement a payé pour avoir le droit de les utiliser³⁵¹* ». Cette précision de M. Bachelier ne saurait toutefois être un argument décisif en faveur de la domanialité publique des biens incorporels puisque l'arrêt ne mentionne pas ces licences mais uniquement à leurs supports matériels, les logiciels, qui, en tant que meubles corporels, ne remplissaient pas en l'espèce les critères de la domanialité publique. Mais il n'est pas non plus possible d'affirmer avec certitude que le Conseil d'Etat a entendu en l'espèce exclure cette qualification. »

³⁴⁹ Cons. const. 14 avr. 2005, n° 2005-513, E. Fatôme, *Le régime juridique des biens affectés au service public*, AJDA 2006. 178

³⁵⁰ R. Léonetti, *préc.*, AJDA 2009. 1689

³⁵¹ CE 28 mai 2004, *Aéroport de Paris*, BJCL 2004. 629, concl. G. Bachelier

L'intégration des propriétés intellectuelles au domaine privé demeure l'option quasi-unanime des personnes publiques. Les partisans ³⁵² de la domanialité privée des créations intellectuelles énoncent que tous les biens qui ne sont pas mentionnés à l'article L. 2112-1 du CGPPP doivent être intégrés au domaine privé.

³⁵² E. Hoffman, L. Boucharde, J. Capioux, *Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés*, Gazette du Palais, 10 décembre 2011 n° 344, p.11.

Sous – section 2 : La gestion favorisée des créations intellectuelles intégrées au domaine privé.

Puisque le domaine privé a pour objet d’offrir une liberté de gestion des actifs qui s’y trouvent, il n’est pas destiné à accueillir des biens immatériels affectés à l’usage du public, tels que les collections des musées ou les archives nationales de grande valeur. Il a pour objet de permettre une circulation libre des actifs qui ont vocation à être dans le commerce. Pour cette raison, notre analyse s’attachera particulièrement à démontrer que le domaine privé présente un intérêt majeur du point de vue des propriétés intellectuelles immatérielles, opérant ainsi un rééquilibrage rendu nécessaire par leur rejet quasi-systématique du domaine public.

Réitérant le constat établi par L. Duguit dans les années trente, J.-M. Auby, énonçait que sur des « *questions aussi importantes que celle de la définition ou de la composition du domaine privé, la doctrine fait preuve, le plus souvent, d'une regrettable imprécision.*³⁵³ »

La confusion décrite résulte du fait que la doctrine a d’abord été très réticente à intégrer officiellement dans le domaine privé les propriétés immatérielles des personnes publiques autres que les droits incorporels de chasse et de pêche³⁵⁴ au domaine privé.

J.-M. Auby écrit que « *la composition du domaine donne lieu à un certain nombre de controverses. Il en va ainsi, par exemple, à propos des meubles incorporels, tels les actions et obligations qui constituent le portefeuille appartenant à l'Administration, ou des droits incorporels (par exemple, le droit de pêche ou de chasse sur les dépendances domaniales)*³⁵⁵ ». L’auteur en concluait la présence « *dans la classification des biens administratifs [d'une] troisième catégorie innommée* ».

³⁵³ J.-M. Auby, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration* : EDCE 1958, n° 12, p. 35

³⁵⁴ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I : 1887, p. 509 et 535

M. Hauriou, *Précis de droit administratif* : 11e éd., 1927, p. 920 à 926

³⁵⁵ J.-M. Auby, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration* : EDCE, 1958, p. 36

La doctrine moderne considère que le patrimoine intellectuel immatériel des personnes publiques est attaché au domaine privé³⁵⁶. Le Conseil d'Etat a adopté cette position dans une décision à propos du droit des marques³⁵⁷.

La domanialité privée est donc reconnue aujourd'hui en doctrine comme le seul véritable domaine de propriété des personnes publiques. En effet, le domaine public n'est pas réellement compatible avec les droits que confère la propriété à son titulaire. Plus qu'un régime de propriété, le domaine public est un régime de séquestre d'un bien pour la durée de son affectation à un service public. Mais la détention de créations intellectuelles dans le domaine public empêche leur exploitation, et ne vise qu'à les maintenir là où elles ont été affectées.

Or, le droit de la propriété n'est pas un droit d'indisponibilité, c'est même tout le contraire. Le domaine public est donc un régime de puissance publique qui n'a pas vocation à s'articuler avec le droit de la propriété³⁵⁸. Pour cette raison, à l'instar de toutes les autres propriétés publiques, les propriétés intellectuelles s'épanouissent dans le domaine privé (1) et leur exploitation est soumise à un régime favorable (2).

1) L'épanouissement des créations intellectuelles dans le domaine privé.

Le domaine privé ne répond pas à un critère particulier³⁵⁹, et recouvre les biens qui n'entrent pas dans le domaine public. En effet le CGPPP énonce que « *font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre I^{er} du livre I^{er}*³⁶⁰ ». Pour cette raison, J.-M. Auby admet que le droit public ne dispose que d'une « *définition négative du domaine privé*³⁶¹ ». Cette position incontestable ne doit cependant pas faire oublier certains biens des personnes publiques sont qualifiés par des textes comme appartenant domaine privé. Aucun texte n'attribue explicitement les propriétés intellectuelles au domaine privé, mais la jurisprudence s'est prononcée en ce sens.

³⁵⁶ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Paris, LGDJ, 13^e éd., 2008, p. 321-322.

³⁵⁷ CE, 23 mars 1960, *Sté Spiesshofer et Braun* : Rec. CE 1960, p. 215

³⁵⁸ H. Moysan, *Le droit de propriété des personnes publiques*, LGDJ 2001 p. 184

³⁵⁹ TC, 22 oct. 2007, n° C3625, *Douce dame c/ Dpt des Bouches-du-Rhône*, AJDA 2008, p. 1145

³⁶⁰ Art. 2211-1 du CGPPP

³⁶¹ J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby et Ph. Terneyre, *Droit administratif des biens*, 2007, 5^e éd.

En effet, la jurisprudence reconnaît explicitement l'existence de propriétés intellectuelles dans le domaine privé de l'Etat, et notamment des marques. Dans l'affaire *Sté Spiesshofer et Braun*, le Conseil d'Etat a établi qu'une marque pouvait appartenir au domaine privé de l'État.

En l'espèce, la société allemande était propriétaire de la marque Triumph avant la guerre 1939-1945., marque placée sous séquestre par l'État français pendant la période de guerre. La paix revenue, l'administration des domaines avait été saisie d'une réclamation d'une société française concurrente, et avait procédé à la radiation de cette marque. Dans le cadre d'un contentieux relatif au rejet de la demande de cession de la société Spiesshofer, le Conseil d'Etat énonce qu'il « *est constant que la marque « Triumph », détenue antérieurement à la guerre de 1939-1945 par la société allemande Spiesshofer et Braun, a été mise sous séquestre et a fait partie du domaine privé de l'Etat français* ». L'intégration dans le domaine privé de la marque n'est pas la conséquence de la mise sous séquestre : elle énonce le principe selon lequel les marques ont leur place dans le domaine privé des personnes publiques, sans pour autant affirmer qu'elles sont exclues du domaine public.

Cette jurisprudence constitue le socle du courant moderne qui vise à inclure les créations intellectuelles dans le domaine privé. Les conséquences cette intégration des actifs intellectuels publics au domaine privé sont évidentes : elles visent à contourner l'indisponibilité imposée par la domanialité publique et à envisager la personne publique propriétaire comme un acteur de droit privé.

Le domaine privé des personnes publiques a vocation à remplir « *une fonction financière et patrimoniale*³⁶² », qui s'accorde parfaitement avec les impératifs de valorisation économique que les personnes publiques mettent en œuvre à propos de leurs créations intellectuelles.

La domanialité privée permet une exploitation très libre du patrimoine qu'elle intègre. Elle permet notamment à la personne publique de procéder aux actes d'administration de son patrimoine intellectuel, comme le ferait une personne de droit privé. L'acte

³⁶² J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby et Ph. Terneyre, *Droit administratif des biens*, 2016, 6^e éd.

d'administration est ici entendu comme « *l'acte tendant, par des procédés normaux, à la conservation et à l'exploitation du patrimoine, ainsi qu'à l'emploi des revenus*³⁶³ ».

L'exploitation du domaine privé des personnes publiques est placée sous un régime hybride très influencé par le droit commun et mettant en œuvre certains principes droit public. En conséquence, la liberté dont disposent les personnes publiques dans l'exploitation de la propriété publique immatérielle est très proche de celle dont disposent les personnes privées. Les personnes publiques disposent d'une liberté totale concernant le mode d'exploitation de leurs propriétés, qu'elles peuvent exploiter elles-mêmes directement ou par l'intermédiaire d'un tiers.

Le Conseil d'Etat a déclaré dans le cadre du contentieux des bases de données juridiques, « *qu'il était loisible à l'État d'organiser le service public des bases de données juridiques en recourant, en ce qui concerne la diffusion, au procédé de la concession*³⁶⁴ ».

En matière de propriétés immatérielles, les personnes publiques jouissent de la plus grande liberté, qu'il s'agisse du choix de leur cocontractant, de la fixation du montant de la cession des droits ou encore de la perception et de l'affectation des fruits. De ce point de vue, les personnes publiques exercent sur leur propriété publique immatérielle des prérogatives similaires à celles dont disposent les personnes privées.

Le droit d'exploitation des propriétés immatérielles est traditionnellement envisagé comme l'expression de la dimension économique du droit d'auteur. Il a été développé pour protéger les intérêts matériels de l'auteur et constitue un droit patrimonial à part entière, qui est la manifestation du droit de propriété de la personne publique.

Il est une émanation du droit privé, qui s'applique aux propriétés immatérielles des personnes publiques du domaine privé en raison de la soumission de la domanialité privée au droit privé. A ce titre, le droit d'exploitation constitue un droit de propriété qui suppose une relation exclusive entre la personne publique propriétaire et son bien.

³⁶³ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, Les personnes : Paris, LGDJ, 2e éd., 1952, n° 274

³⁶⁴ CE, 17 déc. 1997, *Ordre avocats à la cour de Paris*, Req. n° 181611, Lebon 491 ; AJDA 1998. 362, concl. J.-D. Combrexelle, note B. Nouel ; D. 1998. 591, note B. Jorion

Ainsi, le droit d'exploitation vise à protéger la propriété immatérielle publique vis à vis des tiers.³⁶⁵

En d'autres termes, le droit d'exploiter est d'abord celui d'interdire aux tiers de se livrer à un usage non autorisé de la propriété immatérielle, à défaut de quoi le propriétaire peut intenter une action en contrefaçon.

Mais ce n'est pas cette faculté d'interdiction qui intéresse réellement les personnes publiques dans le cadre de leur activité de valorisation de leur patrimoine immatérielle. Certes, cette prérogative est nécessaire à la protection de leurs actifs ; elle leur permet surtout de mettre en œuvre sereinement une deuxième prérogative, celle de la faculté d'autoriser l'exploitation des œuvres dont elles sont propriétaires par des tiers, moyennant rémunération.

En effet, le principe de la liberté des conventions prévoit que tous les types d'obligations peuvent être créés sur les œuvres de l'esprit. Cela permet une liberté totale des personnes publiques dans la gestion de leur patrimoine immatériel, qui s'étend au delà des nombreux contrats énumérés par le Code de la propriété intellectuelle.

2) Le régime d'exploitation des créations intellectuelles du domaine privé.

Le droit d'exploitation doit être dissocié de la notion de paternité de l'œuvre. En effet, un auteur est toujours titulaire du droit moral, qualifié par la loi et en jurisprudence de droit de la personnalité³⁶⁶. Les droits patrimoniaux d'exploitation, qui composent le patrimoine immatériel des personnes publiques ne répondent pas à la même logique. En effet, le droit de la propriété intellectuelle peut dissocier l'auteur de l'œuvre titulaire droit de paternité et le bénéficiaire du droit d'exploitation.

Dans ce cas, la titularité du droit d'exploitation est alors attribuée parfois dès la conception de l'œuvre à une autre personne que l'auteur. C'est cette situation que nous avons évoquée notamment à propos du cas des œuvres de certains agents publics

³⁶⁵ F. Zénati et Th. Revet, *Les biens* : PUF, 3e éd. 2008, n° 71, p. 120.

³⁶⁶ Art. L.121-1, al. 1er à 3 du Code de la propriété intellectuelle: « L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible ».

pour lesquelles le droit d'exploitation est accordé à la personne publique gestionnaire du service. En matière de propriété publique immatérielle, la situation est celle-ci : en tant que personne morale de droit public, la personne publique n'est le plus souvent titulaire que du droit d'exploitation³⁶⁷ qui constitue le droit patrimonial attaché à une œuvre. Mais il peut arriver, nous l'avons vu, qu'elle jouisse de la qualité d'auteur d'un œuvre³⁶⁸, ce qui lui permet de bénéficier des droits moraux attachés à la personnalité de l'auteur. Lorsque la personne publique est titulaire du droit d'exploitation, elle obtient la maîtrise de l'utilité de l'œuvre.

La doctrine privatiste s'est interrogée sur les limites du droit d'exploitation. Le Code de la propriété intellectuelle énumère les prérogatives de l'auteur³⁶⁹, c'est pourquoi certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité de lui reconnaître le statut de droit de propriété. En effet, le Code civil définit la propriété comme un droit absolu, limité seulement par la loi et les règlements. T. Revet³⁷⁰ considère que l'énumération des prérogatives de l'auteur dans le Code de la propriété intellectuelle n'est pas limitative, en conséquence de quoi le titulaire du droit d'exploitation est pleinement libre de ses actions des les limites précitées.

Le titulaire du droit d'exploitation est donc le propriétaire de l'œuvre. Il peut en conséquence autoriser ou en interdire l'exploitation aux tiers. Ce principe d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous est parfaitement admis en doctrine et en jurisprudence, et se concrétise par la mise en place de mécanismes techniques et juridiques.

La propriété publique immatérielle, qui inclut les créations intellectuelles, bénéficie d'un régime de protection et est soumise à un ensemble de règles qui tempèrent le principe de liberté d'exploitation. Par exemple, le droit constitutionnel³⁷¹ soumet la propriété publique immatérielle à une interdiction de cession en deçà de sa valeur réelle. Il s'agit en réalité d'éviter que les personnes publiques ne commettent des

³⁶⁷ cf. Titre 1, Chapitre 2

³⁶⁸ cf. Titre 1, Chapitre 1

³⁶⁹ Art. L. 123-1, al. 1er du Code de la propriété intellectuelle

³⁷⁰ J. M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, *De la propriété comme modèle*, Mél. A. Colomer : Litec, 1993, p. 281 à 305 et p. 288

³⁷¹ Cons. const., 26 juin 1986, déc. n° 86-207 DC, consid. 58, D. 1998. 591, note B. Jorion DC, Privatisations, Rec. p. 61 ; AJDA 1986, p. 575, note J. Rivero ; RDP 1989, p. 399, note L. Favoreu

erreurs de gestion du patrimoine public en consentant des cessions qui ne seraient pas dans leur intérêt. Le juge constitutionnel a choisi d'entraver la liberté contractuelle des personnes publiques pour s'assurer de la gestion pérenne des deniers publics. Ainsi, le Conseil constitutionnel établit en 1986 que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* ». Cette prohibition de principe est justifiée par plusieurs impératifs découlant du droit constitutionnel. En effet, le respect du principe d'égalité commande aux personnes publiques de ne pas appliquer de traitement privilégié à certains administrés.

Cette limitation majeure du droit d'exploiter librement le patrimoine immatériel public est considérée par P. Delvolvé, comme un principe général du droit qui interdit strictement les « *cessions à titre gratuit ou pour un montant inférieur à la valeur du bien cédé*³⁷² ».

Ce principe doit cependant être tempéré par l'existence de propriétés immatérielles dont la valeur ne peut être évaluée, et dont l'utilisation gratuite concourt à la bonne marche d'un service public. C. Blaizot- Hazard remarque que « *certaines droits sont exercés dans des conditions non génératrices de ressources. Il en est ainsi, par exemple, des cours oraux des professeurs d'université, des conclusions des magistrats, des brochures d'information diverses conçues et distribuées gracieusement, de l'élaboration de panneaux de signalisation routière*³⁷³ ».

En outre, toutes les propriétés immatérielles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une cession, comme l'énonce le CGPPP qui prévoit qu'il « *n'est pas procédé à l'aliénation des objets de caractère historique, artistique ou scientifique appartenant à l'Etat et destinés à être placés dans les musées de l'Etat ou dans un établissement public de l'Etat ayant vocation à recevoir de tels objets ou dans un immeuble classé ou inscrit au titre des monuments historiques pour y être classés dans le domaine*

³⁷² P. Delvolvé, *Droit de propriété et droit public*, in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant* : Dalloz, 1996, p. 159

³⁷³ C. Blaizot-Hazard, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français* : LGDJ, 1991, p. 145

*public ainsi que des œuvres contrefaisantes mentionnées par la loi du 9 février 1895 sur les fraudes en matière artistique*³⁷⁴. »

Toutes les propriétés immatérielles ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'une cession. Ici encore se manifeste le régime protecteur du droit public, qui vise à limiter la fuite du patrimoine culturel au profit des acheteurs privés.

Les personnes publiques exploitent librement leurs propriétés immatérielles dans le respect des règles que le droit public leur impose. Par exemple, les personnes publiques sont soumises au respect du droit de la concurrence, puisque le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne établit que les entreprises chargées de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles définies par le traité en matière de concurrence³⁷⁵. En droit interne, les règles qui s'appliquent en matière de régulation de prix et de la concurrence s'appliquent aux activités de production, de distribution et de services des personnes publiques³⁷⁶.

Ainsi, les personnes publiques sont libres d'exploiter leur patrimoine immatériel, mais cette liberté est relative. Elle s'exprime, comme pour les personnes privées, dans le respect de la loi et des règlements, mais également dans le respect des grands principes qui régissent l'action des personnes publiques.

3) La sortie des créations intellectuelles immatérielles du domaine privé.

La sortie des propriétés immatérielles du domaine privé s'effectue par la cession du droit patrimonial à un tiers. Ce tiers peut être une autre personne publique ou une personne privée. Dans le cas d'une personne publique qui se porterait acquéreur d'une propriété publique du domaine privé, celle-ci transiterait d'un patrimoine public à l'autre. Dans le cas de la cession d'une propriété publique à une personne privée, le bien perd sa qualité publique, pour devenir un bien commun et ainsi rejoindre la vie civile.

³⁷⁴ Art. L. 3211-19 du CGPPP

³⁷⁵ Art. 106-2 TFUE

³⁷⁶ Art. 53 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifiée dans le Code de commerce par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. L.410-1 à L.470-8) et CE, Collectivités publiques et concurrence - Rapport public 2002

Le régime de la cession des propriétés immatérielles qui composent le domaine privé est soumise à un régime hybride : la nature du contrat est civile, mais les formalités sont administratives.

Le régime de la domanialité privée est construit sur la base du droit civil, ce qui explique que le contrat de cession d'une propriété immatérielle issue du domaine privé soit un contrat de droit civil.

La transition d'une propriété publique du domaine privé vers un autre patrimoine (public ou privé) ne peut se faire sans le respect d'un formalisme strict, qui se justifie par la nécessité de sécuriser la transmission des actifs des personnes publiques et privées.

La cession du droit d'exploitation requiert un formalisme strict tel que l'exigence d'un écrit³⁷⁷, et la présence de mentions légales³⁷⁸. Ce principe signe ici la présence d'un ordre public contractuel protecteur, la nullité n'étant que relative³⁷⁹.

La conséquence de ce formalisme est triple : il ne peut y avoir de cession tacite du droit d'exploitation, les mentions requises par le Code de la propriété intellectuelle doivent être suffisamment précises et le contrat doit faire l'objet d'une interprétation restrictive³⁸⁰. Cette règle est cependant relativisée par l'autorisation encadrée des clauses accordant le droit d'exploiter une œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat³⁸¹. Certaines catégories de cession font l'objet d'un formalisme restreint dans les hypothèses de présomption de cession (production audiovisuelle, contrat de commande pour la publicité, contrat portant sur les logiciels).

³⁷⁷ Art. L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle pour les contrats de représentation, d'édition et le contrat de production audiovisuelle.

³⁷⁸ Art. L. 131-3, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle : « *la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation de droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* »

³⁷⁹ Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-21.090 ; Comm. com. électr. 2002, comm. 94, C. Caron. et Cass. crim., 27 oct. 1987 : D. 1988, somm. p. 395, obs. J.-J. Burst

³⁸⁰ Cass. 1re civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990, Éd. Cercle d'Art : GA propr. intell. 2004, n° 14, p. 189

³⁸¹ Art. L. 131-6 du Code de la propriété intellectuelle

Si la cession de propriétés immatérielles poursuivie à titre onéreux fait l'objet de contrats civil, sa passation est assujettie à des formalités administratives. Ainsi, le CGPPP énonce que « *lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'Etat ou un établissement public de l'Etat, les biens et droits mobiliers du domaine privé de l'Etat et de ses établissements publics peuvent être vendus dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.*³⁸² »

Selon le décret du 22 novembre 2011 relatif aux parties réglementaires du CGPPP, le formalisme requis pour l'aliénation d'un bien ou d'un droit mobilier du domaine privé de l'Etat consiste dans la double exigence de publicité et mise en concurrence soit par adjudication publique, soit par voie de marchés d'enlèvement³⁸³.

Le formalisme qui s'applique en matière de cession de propriétés publiques immatérielles est donc particulièrement lourd, et témoigne de la réticence du législateur à autoriser la cession des actifs publics qui sont les garants du bon exercice de l'action des personnes publiques.

Ainsi, nous avons démontré que les propriétés intellectuelles sont intégrées en quasi-totalité au domaine privé des personnes publiques. Cet état de fait a une conséquence majeure en matière de qualification de l'activité d'exploitation des propriétés intellectuelles (section 2). Une jurisprudence régulière rappelle que les activités de gestion et d'exploitation du domaine privé des personnes publiques ne sont pas, par principe, des activités de service public. Pourtant, certaines activités des personnes publiques en lien avec leurs propriétés intellectuelles remplissent les conditions du service public. Dans ces conditions, il semble nécessaire de déterminer si la double activité de constitution et d'exploitation du patrimoine intellectuel des personnes publiques est un service public, et de déterminer le cas échéant de quel type d'activité il s'agit.

³⁸² Art. L. 3211-17 du CGPPP

³⁸³ Art. R3211-36 du Décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques

Section 2 : La gestion des créations intellectuelles des personnes publiques est-elle d'intérêt général ?

L'objectif poursuivi par l'activité de service public doit être la satisfaction de l'intérêt général, qui constitue la raison d'être du service public. L'intérêt général a connu une évolution considérable depuis l'époque où il était limité aux seules activités indispensables au maintien de l'équilibre social, telles que les activités de souveraineté ou l'instruction publique, l'aide sociale et l'hygiène publique³⁸⁴. Mais l'intérêt général est une notion très évolutive et indexée sur les circonstances de temps et de lieu³⁸⁵. Ainsi, l'intérêt général ne commande pas les mêmes mesures en temps de guerre et en temps de paix, en zone urbaine et rurale, ou encore sur le littoral et en haute montagne.

Ainsi, étaient par principe historiquement exclues de l'assiette de l'intérêt général les activités industrielles et commerciales poursuivant un objectif de rentabilité. Ces dernières relevaient en principe des personnes privées par respect de la liberté du commerce et de l'industrie³⁸⁶. L'évolution de la notion conduira plus tard le Conseil d'Etat à considérer par exception que l'action des services publics dans le domaine commercial répond à un souci d'intérêt général « *si, en raison de circonstances de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière*³⁸⁷ ». Précisant cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a rappelé dans son arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris*³⁸⁸ que les personnes publiques disposent d'un domaine d'intervention naturel qui recouvre les « *activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies* » et dans le cadre duquel elles jouissent de la plus grande liberté d'action. Ce domaine d'intervention naturel est opposé au domaine économique qui constitue en principe le champ d'action des opérateurs privés. Pour justifier l'intervention de la personne publique en matière économique, il faut que celle-ci « *justifie d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* ».

³⁸⁴ Matter concl. sur TC, 22 janv. 1921, *Sté commerciale de l'ouest africain* : DP 1921, 3, p. 1

³⁸⁵ CE, 28 juin 1918, Heyriès, Lebon 651 ; S. 1922. 3. 49, note Hauriou ; GAJA, no 31 ; GDJDA, p. 414.

³⁸⁶ CE, 29 mars 1901, Casanova : Rec. CE 1901, p. 333 ; S. 1901, 3, p. 73, note Hauriou.

J.-P. Machelon, *La naissance du socialisme municipal [1882-1911]*. Retour sur un vieux débat, in *Mélanges Lavroff* : Dalloz, 2004, p. 437

³⁸⁷ CE, 30 mai 1930, Ch. syndicale du commerce en détail de Nevers : Rec. CE 1930, p. 583 ; S. 1931, 3, p. 73, concl. Josse, note Alibert

³⁸⁸ CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. CE 2006, p. 272 ; AJDA 2006, p. 1592, chron. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006, p. 1048, concl. D. Casas ; ACCP, n° 59, oct. 2006, p. 78, note L. Renouard

Aujourd'hui, il est admis en doctrine que l'intérêt général comprend ce que la société, dans le contexte global actuel, considère comme tel. Ainsi, J.-M. Pontier et D. Truchet³⁸⁹ constatent que la notion d'intérêt général est subjective et que sa définition n'est que la résultante de la volonté des pouvoirs publics à un instant donné. C'est ainsi que l'intérêt général visant uniquement les fonctions régaliennes de l'Etat s'est mué en une notion tentaculaire qui inclut désormais des activités multiples. La laxité du critère de l'intérêt général permet d'inclure dans le champ du service public un nombre croissant d'activité, mais comporte le risque d'une multiplication excessive des services publics au détriment de l'initiative privée. Il semble donc possible d'admettre que la gestion du patrimoine intellectuel public puisse constituer une mission de service public.

Cependant, nous ne pouvons nous défaire de la sensation que la majorité des hypothèses dans lesquelles les personnes publiques se livrent à cette activité correspond à la satisfaction de leur propre intérêt patrimonial. En effet, le Musée du Louvre est un établissement public administratif exerçant une activité de service public. La création de son site internet destiné à assurer une meilleure communication aux usager et donc un meilleur service intervient dans le cadre du domaine d'intervention naturel qui recouvre les « *activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies* » décrit par l'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris³⁹⁰. Dans ces conditions, l'acquisition des droits de propriétés immatérielles par le Musée du Louvre sur son site internet apparaît comme une activité de service public, d'autant que le site internet est affectée à l'exécution du service. Que penser du dépôt d'une marque « Musée du Louvre » auprès de l'INPI ? C'est la problématique de la marque muséale, qui soulève des interrogations du point de vue de sa légitimité. En effet, la marque est un outil issu de la publicité qui permet aux personnes privées d'identifier leur produit et de le différencier de ceux de leurs concurrents pour améliorer leur rentabilité. Or, la mission de service public d'un musée ne vise pas un objectif de profit. Ainsi que le prévoit le Code du Patrimoine, « *les musées de France ont pour missions permanentes de conserver, restaurer,*

³⁸⁹ J.-M. Pontier, L'intérêt général existe-t-il encore ? : D. 1998, jurispr. p. 327.

D. Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, t. 125 : LGDJ, BDP, 1977

³⁹⁰ CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris : *préc.*

*étudier et enrichir leurs collections ; Rendre leurs collections accessibles au public le plus large ; Concevoir et mettre en œuvre des actions d'éducation et de diffusion visant à assurer l'égal accès de tous à la culture ; Contribuer aux progrès de la connaissance et de la recherche ainsi qu'à leur diffusion*³⁹¹. » L'international Council of Museums propose la définition universelle suivante « *les musées sont des institutions non-lucratives permanentes au service de la société et de son développement, ouvertes au public, qui acquièrent, conservent, étudient, exposent et transmettent le patrimoine matériel et immatériel de l'humanité et de son environnement aux fins d'enseignement, d'étude et de divertissement*³⁹² ».

Il n'existe pas dans ces définitions d'éléments justifiant le dépôt d'une marque muséale, destinée à accroître la réputation, la fréquentation et la vente de produits dérivés estampillés « Musée du Louvre ». Pourtant, la multiplication des produits dérivés associés à des marques culturelles et le renforcement des espaces marchands dans les musées témoigne de l'activité d'exploitation commerciale des musées en France³⁹³. L'activité de développement d'une marque, qui s'effectue en marge de la mission des musées telle que définie par la loi, constitue-t-elle un service public ? L'activité de vente de produits dérivés de cette marque dans des espaces dédiés au sein du musée ne correspond-elle pas à la satisfaction des intérêts patrimoniaux de l'établissement public administratif ?

Il apparaît que le critère de l'intérêt général est central dans la détermination de la nature de l'activité de gestion patrimoine intellectuel des personnes publiques qui peut théoriquement constituer un service public (Sous-section 1), mais qui se rattache systématiquement à leurs intérêts patrimoniaux (Sous-section 2).

³⁹¹ Art. L441-2 du Code du Patrimoine

³⁹² Librement traduit de l'anglais : « *A museum is a non-profit, permanent institution in the service of society and its development, open to the public, which acquires, conserves, researches, communicates and exhibits the tangible and intangible heritage of humanity and its environment for the purposes of education, study and enjoyment.* » - <http://icom.museum/the-vision/museum-definition/>

³⁹³ M. Levy et J-P Jouyet, *Rapport de la Commission de l'Economie de l'immatériel*, « l'économie de l'immatériel, la croissance de demain », p. 105.

Sous – section 1 : La gestion des créations intellectuelles des personnes publiques peut constituer une activité de service public.

A première vue, l'activité de constitution d'un patrimoine intellectuel par les personnes publiques pourrait constituer un service public notamment parce que l'exercice par une personne publique d'une activité présume de sa qualité de service public. Pour autant, cette présomption doit être vérifiée au regard des critères d'identification du service public dégagés par la doctrine et la jurisprudence.

Il n'existe pas de définition constitutionnelle, législative ou réglementaire de la notion de service public. Cette constatation vaut tout autant pour les services publics nationaux, c'est-à-dire ceux qui relèvent de la compétence de l'État, que pour les services publics locaux qui relèvent de la compétence des collectivités territoriales. Le service public fait l'objet de définitions multiples, *parfois* convergentes.

Les analyses doctrinales sur la notion de service public ont connu des évolutions au cours du siècle. Il est à retenir qu'au moins deux acceptions majeures se distinguent. D. Truchet est partisan du caractère indéfini de la notion de service public³⁹⁴. R. Chapus et Y. Gaudemet proposent d'identifier le service public à l'aide de plusieurs critères préalablement déterminés : un critère matériel, un critère organique, la satisfaction d'un intérêt général, l'existence d'une autorité organisatrice publique et la mise en œuvre de prérogatives exorbitantes du droit commun.

Ainsi, R. Chapus³⁹⁵ écrit qu'une « *une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue de l'intérêt public* ». Y. Gaudemet³⁹⁶ l'analyse comme l'activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général, assurée par une personne publique ou par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique et soumise à un régime juridique particulier. Selon A. Laubadère³⁹⁷, il s'agit d'une « *activité assurée par une collectivité publique en vue de donner satisfaction à un besoin d'intérêt général* ».

³⁹⁴ D. Truchet, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut de service public*, Actualité Juridique du Droit Administratif 1982, p.427 et suivantes

³⁹⁵ R. Chapus, *Droit administratif général* : t. 1, Montchrestien, 15e éd., p. 579

³⁹⁶ Y. Gaudemet, *Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès*, in *Mélanges Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002

³⁹⁷ A. Laubadère, *Traité de droit administratif* : t. I, 8e éd., LGDJ, p. 616

Si la satisfaction d'un intérêt général constitue incontestablement le critère fondamental du service public, il n'est pas cependant à lui seul suffisant. En effet, l'intérêt général n'est pas exclusif de la notion de service public³⁹⁸. De même, toute activité d'intérêt général poursuivie par une personne publique ne constitue pas nécessairement une activité de service public au sens matériel du terme³⁹⁹.

La « critérisation » a pour objet de permettre une identification du service public mécanique par le juge, mais cette systématisation de la notion apparaît défailante à deux égards. En premier lieu, elle ignore le pouvoir d'interprétation du juge dans la qualification de l'intérêt général. De plus, elle ne permet pas de contextualiser chaque critère : peut-on qualifier mécaniquement l'existence d'une prérogative de puissance publique ? Or, le pouvoir d'interprétation du juge repose sur sa faculté à contextualiser chaque élément de fait pour reconnaître ou non l'existence d'une activité de service public.

Néanmoins, ce procédé a le mérite de permettre une identification aisée du service public, c'est pourquoi il constitue la meilleure méthode pour déterminer si l'activité de constitution et d'exploitation de leur patrimoine immatériel par les personnes publiques est un service public. Reprenant les critères posés par la jurisprudence, nous observerons l'élément organique (1), matériel (2), et fonctionnel (c).

1) Élément organique : la présence d'une personne publique.

L'hypothèse de notre étude est celle d'une personne publique gérant un patrimoine intellectuel. A ce propos, il convient de préciser que même nationalisées, les entreprises publiques ont en général le statut de personnes privées. Seules sont des personnes publiques celles qui ont le statut d'établissement public. En outre, poursuivre un objet industriel et commercial n'exclut pas nécessairement le service public, même de la part d'une personne privée. Enfin, c'est bien l'activité exercée qui peut être ou ne pas être un service public.

³⁹⁸ CE, sect., 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell* : Rec. CE 1976, p. 268 ; AJDA 1977, p. 42 : Des organismes privés peuvent poursuivre des activités d'intérêt général sans être considérés comme investis d'une mission de service public.

³⁹⁹ CE, 7 juill. 2004, *Cne Celoux* ; Rec. CE 2004, p. 319 ; Dr. adm. 2004, comm. 57 ; JCP G 2004, p. 1102, note Glaser et Semers : « Des activités présentant un intérêt public local ne constituent pas des activités de service public ».

Création de nouvelles personnes publiques. Au delà de l'État, des collectivités territoriales ou des établissements publics, de nouvelles personnes publiques émergent en droit positif. Il s'agit par exemple d'établissements privés devenus des personnes publiques « sui generis » selon le Tribunal des conflits, tels que la Banque de France⁴⁰⁰. Les groupements d'intérêt public sont soumis à un régime hybride s'inspirant de celui de l'établissement public tout en refusant de s'y soumettre complètement⁴⁰¹. Enfin, les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale sont des personnes publiques à part entière depuis 2003⁴⁰².

Or, ces nouvelles personnes publiques telles que l'Autorité des Marchés Financiers ou la Banque de France disposent toutes de propriétés immatérielles telles qu'une charte graphique, un logotype, un site internet et des marques déposées. A peine créées, elles constituent et exploitent déjà des patrimoines intellectuels. Le dynamisme et la variété des personnes publiques peuvent être problématiques dans l'identification des services publics, ce d'autant que certaines personnes publiques présentent parfois des difficultés de qualification.

La remise en cause de l'établissement public. Or cas où le service public assuré par une personne publique est mis en œuvre par l'Etat ou une collectivité territoriale, il est le plus souvent confié à un établissement public. Or, l'établissement public est une forme de personnalité publique aujourd'hui remise en cause dans son existence. Outre la création de nouvelles personnes publiques qui concurrencent le modèle de l'établissement public, la multiplication des missions qui lui sont confiées brouille la perception binaire originelle qui distingue l'établissement public administratif et industriel et commercial (EPA ou EPIC).

Cette situation entraîne une difficulté particulière pour déterminer si la double activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel est un service

⁴⁰⁰ TC, 16 juin 1997, *Société La Fontaine de mars, M. et Mme Muet*, concl. J. Arrighi de Casanova, RFD adm. 1997. 823

⁴⁰¹ TC 14 février 2000, N° 03170, Publié au recueil Lebon : les GIP sont « des personnes publiques soumises à un régime spécifique ; que ce dernier se caractérise, sous la seule réserve de l'application par analogie à ces groupements des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière de création d'établissements publics proprement dits, par une absence de soumission de plein droit de ces groupements aux lois et règlements régissant les établissements publics » ; confirmé par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (art. 98) et Décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public.

⁴⁰² Art. L. 621-1 du Code monétaire et financier : l'Autorité des Marchés Financiers est une « autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale »

public. En effet, nous avons démontré que la grande majorité des personnes publiques se livraient à cette double activité, qui est par essence commerciale, dès lors qu'elle consiste à acquérir et exploiter des droits de propriété immatériels visant à développer l'image d'une marque ou à commercialiser des produits dérivés. En conséquence, l'activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel devrait être réservée à des EPIC, et interdite aux EPA.

Or, le Musée du Louvre est un établissement public administratif (EPA). Par essence, ce type d'établissement n'a pas vocation à se livrer à des activités industrielles et commerciales, c'est pourquoi il est soumis au juge et au droit administratifs. En conséquence, sa création sous la forme d'un EPA semble indiquer que la mission qui lui a été confiée n'implique pas d'activités industrielles ou commerciales. En conséquence, il pourrait être soutenu que l'EPA qui se livre à des activités industrielles et commerciales sort du cadre de la mission qui lui a été initialement confiée et donc n'agit pas dans l'intérêt général.

Le décret instituant la personne publique Musée du Louvre énonce qu' « *il est créé un établissement public national à caractère administratif, placé sous la tutelle du ministre chargé de la culture*⁴⁰³ ». Cependant, ce même décret énonce encore que « *l'Établissement public du musée du Louvre a pour missions: (...) d'assurer l'accueil du public, de développer la fréquentation du musée et de favoriser la connaissance de ses collections, par tout moyen approprié*⁴⁰⁴ (...) ».

Le décret précise que le Musée du Louvre « *a la capacité d'accomplir tout acte juridique de droit privé utile à l'exécution de ses missions. Il peut acquérir et exploiter tout droit de propriété littéraire, artistique ou informatique, faire breveter toute invention ou déposer en son nom tout dessin, modèle, marque ou titre de propriété industrielle correspondant à ses productions, valoriser selon toute modalité appropriée tout apport intellectuel lié à ses activités. Il peut réaliser des productions audiovisuelles ou y participer.*⁴⁰⁵ »

⁴⁰³ Art. 1 Décret no 92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'Établissement public du musée du Louvre

⁴⁰⁴ Art. 2 Décret no 92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'Établissement public du musée du Louvre

⁴⁰⁵ Art. 5 Décret no 92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'Établissement public du musée du Louvre

Ainsi, le Musée du Louvre est statutairement autorisé à exercer l'activité de gestion de son patrimoine intellectuel. Ainsi, lorsqu'il dépose sa marque ou un logotype, il contribue à l'exécution de sa mission de service public visant à développer sa fréquentation et sa notoriété. Pourtant, ces activités sont en partie commerciales, en ce qu'elles génèrent des bénéfices et se rapprochent de l'activité des personnes privées. Est-ce à dire que le Musée du Louvre relève de l'EPIC et non pas de l'EPA?

La qualification d'EPA du Musée du Louvre serait-elle fautive ? Le créateur de l'établissement l'aurait-il qualifié expressément d'EPA alors qu'il n'en a ni l'objet, ni le statut, ni même le mode de financement⁴⁰⁶ ? La solution est plus modérée : le Musée du Louvre appartient à la catégorie hybride des établissements publics mixtes. Ainsi, sa qualification d'EPA n'exclut pas qu'il puisse exercer des activités de nature différente. L'établissement cumule l'exercice d'activités administratives et d'activités industrielles et commerciales. La qualification donnée par le décret peut être contournée s'il existe au sein du même service public des activités administratives et des activités industrielles et commerciales. En outre, il existe depuis longtemps des établissements publics « à double visage » ou à « visage inversé ».

En conséquence, même s'il exerce des activités commerciales, il est un service culturel par nature, ce qui justifie sa qualité d'EPA⁴⁰⁷. Ses recettes sont hybrides, en partie composées de subventions de l'Etat et des collectivités territoriales, caractéristiques de l'EPA, et en partie des redevances des usagers qui sont l'apanage de l'EPIC. Ainsi, le critère organique du service public appelle une vigilance particulière aux évolutions contemporaines que connaît la personnalité publique.

2) Élément matériel : régime juridique dérogatoire au droit privé.

La doctrine a longtemps estimé que la nature spécifique de la mission confiée dans le cadre d'un service public impose qu'il soit régi par un régime exorbitant du droit commun. Par régime exorbitant du droit commun, il faut entendre un régime qui permette l'exercice de prérogatives de puissance publique, c'est à dire le droit

⁴⁰⁶ TC, 24 juin 1968, 01917, *Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles [F.O.R.M.A.]* : publié au recueil Lebon, pour une fautive qualification d'EPIC

⁴⁰⁷ Par exemple, le Port autonome de Dunkerque est géré comme un EPIC alors qu'il a une activité à la fois administrative, industrielle et commerciale. Sa nature dominante d'EPIC détermine la structure choisie pour sa gestion

administratif. Ainsi, R. Odent énonce qu' « *on ne peut parler de service public que si certaines prérogatives de puissance publique appartiennent ou ont été accordées aux agents qui gèrent ou exécutent le service d'intérêt général*⁴⁰⁸ ». Cette position a été reprise par le juge qui recherchait la présence de prérogatives de puissance publique pour déterminer si une activité pouvait être qualifiée de service public⁴⁰⁹.

Depuis la décision « *Ville de Melun* » de 1990, le Conseil d'État admet les missions de service public sans prérogatives de puissance publique lorsqu'il énonce qu'une association créée par une ville en vue de « *coordonner les efforts de toutes personnes physiques et morales pour l'animation culturelle de Melun* » doit être regardée, « *alors même que l'exercice de ses missions ne comporterait pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, comme gérant, sous le contrôle de la commune, un service public communal*.⁴¹⁰ » M. Pochard, dans ses conclusions sur l'arrêt *Ville de Melun*, considère qu'il ne se dégage de la jurisprudence aucune « *approche absolument catégorique* » pour qualifier un service public. Il ajoute que le Conseil d'Etat retient la qualification de service public « *à partir d'un certain degré de sujétion et de dépendance de l'organisme privé, même si les prérogatives de puissance publique sont ténues au point de disparaître complètement*.⁴¹¹ »

La décision du Conseil d'État « *APREI* » du 6 mars 2007 ajoute que « *même en l'absence de [prérogatives de puissance publique]* », et dans le silence de la loi, une personne privée peut être considérée comme chargée d'une mission service public si plusieurs indices suffisamment forts sont réunis, et non plus seulement sur des critères cumulatifs, c'est à dire « *lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission*.⁴¹² »

⁴⁰⁸ R. Odent, *Cours de contentieux administratif* : Les cours du droit, 1977-1981

⁴⁰⁹ CE, 28 juin 1963, *Narcy* : Rec. CE 1963, p. 401 ; RDP 1963, p. 1186, note Waline

⁴¹⁰ CE 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association Melun Culture Loisirs c/ M. Vivien et autres*, Leb. p. 220 ; AJDA1990, p. 820, concl. Marcel Pochard ; D. 1991, p. 578, note G. Vlachos ; JCP 1991.II.21663, note Etienne Fatôme ; Petite Affiches 27 mai 1991, p. 22, note E. B

⁴¹¹ CE 20 juill. 1990, *préc.*, concl. M. Pochard

⁴¹² CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, req. no 264541, Lebon 92, concl. C. Vérot ; AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP A 2007, note G. Guglielmi et G. Koubi ; RFDA 2007. 803, étude C. Boiteau

Dans le cas de la double activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel, les personnes publiques peuvent appliquer les règles de la domanialité privée ou publique, c'est à dire de se conformer au régime de droit privé ou de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique.

Ainsi, les personnes publiques créatrices ou non d'œuvres intellectuelles peuvent en obtenir la propriété par des voies de droit commun, à savoir la conclusion de contrats de licence par exemple. Non pas que les personnes publiques veuillent se comporter comme des personnes privées ou utiliser une voie de droit commun : c'est parce qu'en matière d'acquisition de droits sur une œuvre, le droit commun de la propriété intellectuelle trouve à s'appliquer aux personnes publiques et aux personnes privées sans distinction. Dans la plupart des situations, les personnes publiques n'ont pas besoin d'exercer les prérogatives de puissance publique dont elles disposent pour acquérir et exploiter un patrimoine intellectuel.

3) Élément fonctionnel : la poursuite de l'intérêt général.

Nous avons rapporté que la notion d'intérêt général est évolutive et que la jurisprudence admet qu'elle intègre « *activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont sont investies les personnes publiques* »⁴¹³. Par conséquent, il faut considérer que toute activité qui contribue à la réalisation d'un service public doit être considérée comme une activité d'intérêt général.

Existence d'un intérêt général. Par exemple, la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) est un établissement public industriel et commercial (EPIC) qui assure une mission de service public de transport de voyageurs en Ile de France. Lors de la création de l'établissement public, il a donc été décidé que la forme de l'EPIC serait la plus adaptée pour permettre l'exécution du service public. Ainsi, dès l'origine de la RATP, il était admis que la pratique d'activités industrielles et commerciales serait nécessaire à la mise en œuvre de l'activité confiée. Le dépôt de

⁴¹³ CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris : *préc.*

la marque « RATP » auprès de l'INPI⁴¹⁴, ou le développement d'une application mobile permettant aux utilisateurs de calculer leur itinéraire ou de connaître l'heure d'arriver de leur train s'inscrivent dans le cadre d'une démarche permettant un meilleur service pour les usagers.

Bien entendu, le développement de l'image de la marque « RATP » s'inscrit également dans une logique commerciale, qui est justifiée par la nature de l'établissement public. En conséquence, la création de ces outils de communication qui constituent des actifs intellectuels a vocation à permettre aux usagers de mieux identifier le service et de faciliter son utilisation. Dans ces conditions, et quand bien même elles auraient une vocation commerciale, l'acquisition de droits de propriété intellectuelle et leur exploitation entrent dans le cadre de l'activité d'intérêt général confiée à l'établissement public. Le critère fonctionnel est donc ici rempli.

Dans le cas du Musée du Louvre, l'intérêt général est également caractérisé : le décret instituant l'établissement public dresse la liste des missions qui lui sont confiées incluant celle d' « *acquérir et exploiter tout droit de propriété littéraire, artistique ou informatique, faire breveter toute invention ou déposer en son nom tout dessin, modèle, marque ou titre de propriété industrielle correspondant à ses productions, valoriser selon toute modalité appropriée tout apport intellectuel lié à ses activités.* » Ainsi, il ne fait aucun doute que la double activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel fait partie de la mission de service public qui lui est confiée et qu'elle satisfait à un besoin d'intérêt général.

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) édite un guide de gestion de la propriété intellectuelle à l'attention des musées⁴¹⁵. Ce guide énonce que les musées ne sont pas seulement des usagers des droits de propriété intellectuelle, mais ajoute qu'ils en sont également titulaires. Plus encore, il explique que les personnes publiques culturelles ont la responsabilité de gérer leur patrimoine intellectuel. Ainsi, l'OMPI raisonne en terme de droits et obligations des musées au

⁴¹⁴ La base de données des marques déposées de l'INPI compte trente deux marques déposées contenant l'occurrence « RATP ».

⁴¹⁵ R. Elster Pantalony, *Guide de gestion de la propriété intellectuelle à l'attention des musées*, Publication de l'OMPI N°1001F WIPO 2013

regard de la propriété intellectuelle, et érige au rang d'obligation la nécessité d'exploiter leur patrimoine intellectuel.

Remise en cause de l'existence d'un intérêt général. Pour d'autres personnes publiques qui se livrent à une activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel, le rattachement à une activité d'intérêt général est moins évident. Par exemple, le dépôt de leurs marques par les Universités Panthéon-Sorbonne et Panthéon-Assas soulève des questions.

Les statuts des l'Universités Panthéon-Sorbonne et Panthéon-Assas prévoient qu'elles sont des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, et qu'elles ont pour vocation la formation initiale et continue ainsi que la recherche dans leurs domaines scientifiques respectifs. Ces dispositions ne font référence à aucune activité commerciale, mais uniquement aux activités de formation culturelles et scientifiques de l'établissement.

Pourtant, ces Universités ont déposé à plusieurs reprises leur nom en tant que marque, assortie de logotypes différents et disposent de sites internet. Cette démarche pourrait être justifiée par la nécessité de permettre aux étudiants d'identifier et d'accéder facilement aux services des Universités. En effet, la mise en place de tels outils peut être justifiée par la proximité géographique et par la quasi homonymie des deux établissements, car elle vise à éviter tout risque de confusion entre eux. Dans ce cas, la constitution et l'exploitation d'un patrimoine intellectuel entrerait de plein droit dans le cadre de l'activité de service public en permettant une meilleure identification du service pour les usagers.

L'observation des catégories pour lesquelles les marques des Universités sont enregistrées auprès de l'INPI démontre leur volonté de protéger et d'exploiter leurs marques dans un but scientifique. Ainsi, les deux Universités protègent leurs marques notamment dans le domaine des abonnements à des publications scientifiques, de l'éducation et de la formation⁴¹⁶. Cette activité s'intègre sans difficulté dans les

⁴¹⁶ <https://bases-marques.inpi.fr>

missions confiées aux Universités, et doit être considérée comme étant d'intérêt général.

Cependant, les marques « Sorbonne Université ⁴¹⁷ » et « Université Paris II Panthéon Assas ⁴¹⁸ » sont également déposées dans les catégories suivantes : joaillerie, produits de l'imprimerie, cuir et imitation du cuir, vêtements, chaussures, chapellerie, jeux, jouets et publicité. Des catégories pour le moins éloignées du cœur de métier de l'Université. La création d'un espace de vente de produits dérivés de ces marques tels que des vêtements, cartes postales, briquets dans les murs de l'Université (Université Panthéon-Sorbonne) ou sur un site internet marchand (Université Panthéon-Sorbonne et Panthéon-Assas) peut-elle être d'intérêt général ?

Le cas de l'Université Panthéon-Sorbonne est particulier, en ce que le déposant de la marque « Sorbonne Université » est un établissement public : la communauté d'université et établissements (COMUE) Sorbonne Université. La COMUE ⁴¹⁹ de la Sorbonne est un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP), avec d'importantes conséquences en termes de gouvernance et de représentativité des membres de la communauté universitaire. En outre, la marque « Université Paris II Panthéon Assas » a été déposée par l'Université Panthéon-Assas Paris 2, qui est également un EPSCP. Dans ces deux hypothèses, les produits dérivés des deux marques qui ont pu être commercialisés leur ont directement apporté un revenu. Il apparaît donc que certaines universités exercent une activité commerciale qui est étrangère à la mission de service public qui leur est confiée. Cette activité ne peut que relever des intérêts patrimoniaux des personnes publiques.

⁴¹⁷ <https://bases-marques.inpi.fr>

⁴¹⁸ <https://bases-marques.inpi.fr>

⁴¹⁹ originellement PRES, prévu par la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, devenu COMU sous la loi de finance n° 2013-660 du 22 juillet 2013

Sous – section 2 : La gestion des créations intellectuelles publiques satisfait les intérêts patrimoniaux des personnes publiques.

Il faut se défaire de l'idée que toutes les activités des personnes publiques constituent des services publics. Cette erreur est liée au fait que le service public est la seule activité des personnes publiques faisant l'objet d'une étude commune, approfondie, communiquée et enseignée. Ainsi, G. Cornu écrit-il à propos de l'activité des personnes publiques que l'intérêt général est « *ce qui est pour le bien public*⁴²⁰ ». Le droit administratif serait destiné à permettre à l'administration d'agir dans une finalité unique : la satisfaction de l'intérêt général⁴²¹. En d'autres termes, les personnes publiques n'auraient vocation qu'à satisfaire l'intérêt général via l'exercice d'une mission de service public.

Dans le droit fil de cette conception, nous avons démontré dans la Sous-Section qui précède que l'activité d'exploitation et de constitution d'un patrimoine intellectuel pouvait réunir tous les critères d'identification du service public. Ainsi, du seul point de vue du raisonnement juridique, cette double activité *peut* être qualifiée d'activité de service public.

Cependant, derrière ce raisonnement théorique se dissimule une autre réalité, qui illustre la complexité de notre droit positif. En effet, la conception du droit public à travers le prisme du service public omet le fait que les personnes publiques, comme les personnes privées, se livrent à de nombreuses activités qui sont parfois non dénuées de lien avec un service public, et parfois totalement dépourvues de tout rattachement avec une telle activité. Ce sont ces activités qui nous intéressent ici, celles auxquelles la doctrine ne prête que peu d'attention car elles s'exercent en marge de l'activité principale des personnes publiques.

Pourtant, du point de vue de l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques, ces activités nous semblent particulièrement intéressantes. En effet, l'activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel ne constitue

⁴²⁰ G. Cornu (dir.) et Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 2005, 7^e éd., 970 p, « Intérêt général », p 496

⁴²¹ J-M Pontier, *Cours de droit Public* UNJF Paris 1 la Sorbonne

jamais, mis à part le cas des musées et des bibliothèques, le cœur de la mission de service public confié à la personne publique. Dans les faits, une mission de service public est confiée à une personne publique, et c'est elle qui va développer une activité de constitution et d'exploitation d'un patrimoine intellectuel autour de sa mission.

Bien entendu, l'objet premier de l'activité de constitution et d'exploitation du patrimoine intellectuel est toujours en premier lieu, une activité liée au service et à la mission d'intérêt général confiée à la personne publique. Mais il arrive très fréquemment que la personne publique développe cette activité au delà des besoins de sa mission, et qu'elle satisfasse ainsi son intérêt patrimonial.

La satisfaction de cet intérêt se manifeste par l'exercice d'activités générant des revenus mais qui ne sont pas liées directement liées à la satisfaction de l'intérêt général. Elles consistent dans l'enrichissement du patrimoine de la personne publique par l'acquisition de de droits dont l'exploitation génère un bénéfice. La prise de conscience des personnes publiques de leur intérêt propre en matière de patrimoine intellectuel est concomitante à la création de l'APIE en 2007. L'émergence du droit public économique ainsi que des outils de valorisation du patrimoine intellectuel ont contribué à éveiller les personnes publiques à l'intérêt de développer leur patrimoine et leur compétitivité dans les domaines industriels et commerciaux.

La difficulté scientifique de l'analyse des activités satisfaisant l'intérêt patrimonial des personnes publiques est de deux ordres. D'une part, il est possible que la doctrine écarte de son analyse les activités des personnes publiques qui ne constituent pas des services publics parce qu'elle s'intéresse principalement à leur mission de satisfaction de l'intérêt général. D'autre part, il est envisageable de considérer que les activités des personnes publiques qui ne sont pas directement rattachables à un service public et qui ont pour objet d'enrichir leur patrimoine constituent une forme d'activité d'intérêt général puisqu'elles contribuent indirectement au bon fonctionnement des services publics.

La question de savoir si l'exploitation des propriétés intellectuelles des personnes publiques satisfait un intérêt patrimonial public présente double intérêt. Premièrement, elle permet de démontrer que toutes les activités des personnes

publiques ne constituent pas des services publics (1). Ainsi, l'exploitation des propriétés intellectuelles publiques pourrait être une activité lucrative qui bénéficie à une personne publique mais qui ne constitue pas un service public, tout autant que cette activité pourrait être un service public sous certaines conditions. En outre, certaines activités qui ne sont pas des services publics peuvent être considérées comme accessoires d'un service public (2). Ainsi, l'exploitation des propriétés intellectuelles publiques pourrait être considérée comme étant l'accessoire de la mission de service public à laquelle elle se rattache, sans pour autant être qualifiée elle-même de service public.

1) Toutes les activités économiques des personnes publiques ne sont pas des services publics.

L'affirmation selon laquelle toutes les activités des personnes publiques ne sont pas des services publics est doublement vérifiée. Tout d'abord, et contrairement à ce que l'on pourrait croire, toutes les activités d'intérêt général des personnes publiques ne sont pas des services publics. En outre, toutes les activités économiques des personnes publiques ne sont pas des services publics, de telle sorte que le juge opère une distinction très habile entre les activités qui ne visent à satisfaire que l'intérêt patrimonial des personnes publiques et qui ne peuvent pas être considérées comme des activités de service public, et celles qui peuvent s'y rattacher.

En outre, le juge administratif admet que toutes les activités économiques des personnes publiques ne constituent pas des services publics⁴²². Le Conseil d'Etat établit ainsi que les personnes publiques peuvent prendre en charge des activités économiques indépendamment de l'accomplissement des missions de service public dont elles sont investies, mais uniquement « *dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* ». L'existence d'une jurisprudence sur l'intervention des personnes publiques dans la sphère économique et leur soumission au droit de la concurrence démontre que les personnes publiques peuvent conduire des activités économiques qui ne visent pas à satisfaire uniquement l'intérêt général.

⁴²² CE, 30 mai 1930 - *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, req. n° 06781, Lebon 583 ; CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : préc.

En outre, la construction européenne de la notion de service public accorde une importance toute particulière aux services d'intérêt économique général (« SIEG »). Il s'agit de services de nature économique, telles que des activités de production ou de commercialisation de services marchands, que les États membres ou que la Communauté européenne soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. Ainsi, l'évolution européenne de la notion de service public admet que les personnes publiques se comportent comme des entreprises privées, dans la continuité et la réaffirmation de la jurisprudence société commerciale de l'ouest africain.

Les activités de gestion de certains biens publics font l'objet d'un débat qui présente un intérêt très particulier du point de vue de notre étude. En effet, la doctrine administrativiste reconnaît par principe l'intérêt général attaché à la gestion de tous les biens publics⁴²³. Pourtant, dans certains cas particuliers, le juge refuse de reconnaître à l'activité de gestion des biens publics le caractère de service public, en se fondant sur la nature essentiellement patrimoniale de cette activité.

Tel est notamment le cas en matière de gestion des forêts, qui alimente une jurisprudence⁴²⁴ dense et précise sur cette question. En effet, le juge se fonde sur l'intérêt patrimonial que présentent les forêts pour leur propriétaire public et sur le fait que ce dernier agit comme un propriétaire ordinaire que se fonde le rejet du service public de gestion de la forêt. Ainsi, le juge considère que « *lorsqu'une personne publique gère son domaine forestier à seule fin de procéder à des ventes de bois, elle accomplit une activité de gestion de son domaine privé qui n'est pas, par elle-même, constitutive d'une mission de service public*⁴²⁵. »

Cette position est très proche de la situation que nous constatons en matière de gestion et d'exploitation de la propriété intellectuelle publique. Les personnes publiques se livrent à des activités purement lucratives en matière d'exploitation qui ne remplissent pas toujours les critères de l'intérêt général.

⁴²³ J.-M. Auby, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration* : EDCE 1958, p. 35

⁴²⁴ TC, 24 nov. 1894, *Loiseleur* : Rec. CE 1894, p. 631.

CE, 6 févr. 1903, *Terrier* : S. 1903, 3, p. 25. ; TC, 10 janv. 1983, *Caule* : JurisData n° 1983-001355 ; Rec. CE 1983, p. 758. ; CE, 26 sept. 1986, *Épx Héberlin* : Rec. CE 1986, p. 221

⁴²⁵ TC., 19 janv. 2004, n° 3375, *Cne Wildenstein*, AJDA 2004, 1045

Contrairement à ce qu'une comparaison superficielle pourrait laisser penser, les points de concordance entre le régime des forêts et les propriétés intellectuelles publiques sont assez nombreux. D'abord, les forêts publiques appartiennent au domaine privé de l'Etat, tout comme la majeure partie des propriétés intellectuelles publiques⁴²⁶. Dans les deux cas, le propriétaire public tire un intérêt patrimonial de l'exploitation de son bien, que ce soit à travers la vente de bois ou l'exploitation de ses droits de propriétés intellectuelle.

Cependant, il est également vrai que les forêts publiques remplissent des fonctions d'intérêt général, par exemple parce qu'elles sont ouvertes au public et que leur entretien et leur exploitation contribuent à la protection de la nature et de l'environnement. Tout autant, les propriétés intellectuelles publiques remplissent une fonction d'intérêt général lorsqu'elles permettent l'identification d'un service public.

En outre, les forêts publiques sont soumises à un régime juridique particulier qui comporte néanmoins de nombreux principes issus du droit privé. Ainsi, les forêts publiques sont aliénables, prescriptibles et susceptibles d'être l'objet de droits réels, ce qui situe les propriétaires publics sur le même plan que les propriétaires forestiers privés. Ainsi, et même si les forêts privées remplissent les mêmes fonctions écologiques que les espaces forestiers publics et peuvent être ouvertes au public, on ne considère pas que le propriétaire forestier privé exerce une mission de service public. Pour cette raison, le juge estime que les personnes publiques se livrant à l'activité patrimoniale qu'est la gestion forestière n'exercent pas un service public.

Dans les mêmes conditions, les propriétés intellectuelles publiques sont soumises à un régime spécifique qui met en application de nombreuses règles de droit privé, puisque les propriétés intellectuelles du domaine privé sont gérées comme les propriétés des personnes privées. Ainsi, lorsqu'un auteur personne physique décide de déposer son œuvre et de l'exploiter, il ne remplit pas une mission de service public. Pourquoi la personne publique qui se livre à la même activité et dans les mêmes conditions devrait-elle faire l'objet d'un traitement différent ? Il serait parfaitement recevable de considérer, en application de la jurisprudence applicable

⁴²⁶ Cf. Section 2, sous-section 2 du présent Chapitre

aux forêts, que la personne publique se livre à une activité patrimoniale qui exclut la reconnaissance d'une activité de service public.

La mise en valeur du patrimoine forestier public requiert une gestion dynamique dans l'intérêt patrimonial du propriétaire que ne permet pas aisément le régime de la domanialité publique. En effet, la soumission des forêts à la domanialité publique rendrait en fait les conditions de cette exploitation beaucoup plus difficiles. Pour cette raison, le juge administratif comme des gestionnaires forestiers s'entendent pour construire une jurisprudence constante incluant les forêts publiques dans le domaine privé pour permettre une exploitation efficace. Cette solution est parfaitement logique : le régime juridique suit l'affectation principale d'un bien. Ainsi, et puisque les forêts sont destinées à être exploitées, il est logique de les soumettre à un régime empreint de droit privé pour ce faire.

Nous verrons dans la Section 2, Sous-section 2 du présent Chapitre que le même régime de droit privé est appliqué aux propriétés intellectuelles des personnes publiques, et pour les mêmes raisons, à savoir la nécessité de permettre une exploitation sereine et libre de ces biens. Ainsi, forêts et propriétés intellectuelles partagent plus qu'il n'y paraît !

La solution jurisprudentielle qui consiste à refuser la qualification de service public à l'activité d'exploitation des forêts publiques se situe donc dans la continuité du raisonnement qui conduit le juge et le législateur à inclure les forêts des personnes publiques dans leur domaine privé. Puisque le juge a d'ores et déjà établi que la plupart des propriétés intellectuelles des personnes publiques sont incluses dans le domaine privé, ne semblerait-il pas logique qu'il considère (par analogie avec sa solution en matière de forêts) que l'activité d'exploitation de ce patrimoine ne satisfait que des intérêts patrimoniaux et qu'il rejette officiellement l'hypothèse de l'exercice d'un service public ?

La solution n'est pas si simple : en effet, en matière de forêts publiques comme en matière de propriété intellectuelle publique, des éléments perturbent la vision manichéenne que tente d'imposer le juge. Bien sur, sa position est parfaitement

justifiée si l'on considère uniquement son approche finaliste. A un besoin donné, il tente de répondre en appliquant le régime le plus apte à sa satisfaction.

Mais une approche plus juridique révèle des incohérences. Par exemple, la gestion des forêts domaniales est placée sous la responsabilité de l'Office national des forêts qui est un établissement public qui cumule l'exercice d'activités administratives et d'activités industrielles et commerciales. Qualifié d'établissement public industriel et commercial par la loi, il gère bien une mission de service public industriel et commercial (vente des coupes de bois, la gestion de la chasse dans les forêts domaniales), mais exerce également une mission de service public administratif lorsqu'il assure la protection, la conservation et la surveillance de la forêt⁴²⁷.

La même difficulté se retrouve en matière de propriété intellectuelle, lorsqu'une personne publique qui exerce légalement une mission de service public intervient dans la gestion de ses actifs intellectuels dans une logique de satisfaction de ses intérêts patrimoniaux. Compte tenu du fait qu'elle exerce déjà une mission de service public, doit-on par principe exclure qu'elle puisse mener cette activité de gestion et d'exploitation dans le cadre de la mission globale qui lui a été confiée ?

Ces interrogations sur les intérêts patrimoniaux des personnes publiques en matière de gestion des actifs ne conduisent pourtant pas le juge à remettre en cause son opinion, qui est confirmée par le Tribunal des conflits dans la décision précitée commune de Wildenstein, qui considère que les activités d'exploitation qui visent à satisfaire un intérêt patrimonial ne peuvent pas être qualifiées de service public.

Pourtant, dans une décision isolée et très spécifique, le juge a eu l'occasion de qualifier de service public administratif une activité de restauration et d'entretien d'une forêt domaniale. Ainsi, la Cour de cassation a qualifié de service public les activités d'exploitation et d'entretien d'une forêt strasbourgeoise⁴²⁸. Il s'agissait en réalité d'une activité spécifique de pérennisation et de restauration d'une forêt située près d'une agglomération urbaine. Pour autant, le juge civil déclare que « *le tribunal d'instance a exactement décidé que le service de la ville de Strasbourg assurant*

⁴²⁷ TC, 9 juin 1986, *Com. De Kintzheim, c. ONF*, req. no 2428, Rec. Lebon, table, p. 448

⁴²⁸ Cass. 2e civ., 29 avr. 1998, n° 97-60.585, D. 2000, p. 232, note Schmitt

l'exploitation et l'entretien de la forêt privée de la ville constitue un service public administratif ».

La jurisprudence paraît opérer une distinction entre deux cas. Tout d'abord celui dans lequel les personnes publiques gèrent les forêts qui leur appartiennent « *à seule fin de procéder à des ventes de bois* », c'est à dire afin de satisfaire leur intérêt patrimonial ce qui exclut l'exercice d'un service public. D'autre part, le juge distingue les activités d'intérêt général comme la protection du milieu naturel ou les activités de loisir, qui constituent selon lui des activités de service public. Il existe donc une subtilité dépendant du type d'activité mis en œuvre par le gestionnaire forestier.

Le parallèle que nous opérons dans notre démonstration entre les forêts domaniales et les propriétés intellectuelles peut nous conduire à appliquer cette analyse à notre matière : ainsi, lorsque les personnes publiques visent simplement à enrichir leur patrimoine à travers notamment la commercialisation d'objets dérivés d'une marque publique, elles ne peuvent pas être considérées comme exerçant une activité de service public. A l'inverse, lorsqu'elles sont dans une logique de pérennisation et d'entretien de leur patrimoine, par exemple en renouvelant la protection accordée à une marque publique via le paiement des frais requis par l'INPI, elles assureraient une mission de service public.

Une telle distinction nous paraît juridiquement juste, et fonctionnelle en pratique. Elle tient compte de l'opposition philosophique entre activités visant à satisfaire un intérêt général et un intérêt patrimonial, tout en empêchant une sclérose totale de l'activité de gestion des actifs intellectuels par les personnes publiques. Enfin, elle intègre la solution doctrinale selon laquelle les activités de plus grand profit peuvent permettre ou faciliter l'exercice d'activités de plus grand service⁴²⁹, sans pour autant la dénaturer au point de considérer que toutes les activités de plus grand profit ont vocation à satisfaire l'intérêt général.

⁴²⁹ R. Chapus, Droit administratif général, t. 1 : Montchrestien, Domat droit public, 2001, 15e éd., n° 755 s.

2) Certaines activités économiques périphériques sont l'accessoire du service public.

Nous venons d'exposer que la jurisprudence considère que les activités de gestion et d'exploitation des biens du domaine privé des personnes publiques ne peuvent être assimilées à un service public dès lors qu'elles ont pour objet de satisfaire un intérêt patrimonial. Nous avons établi que lorsque ces situations présentent un caractère exceptionnel, le juge accepte de reconnaître l'existence d'une activité de service public. C'est le cas des activités de plus grand service, tels que la restauration ou l'entretien d'un bien public. La dualité opérée par le juge, qui considère que les activités de plus grand profit excluent celles de plus grand service ne doit pas pour autant nous conduire à considérer que l'intérêt patrimonial exclut nécessairement le rattachement à un service public.

En effet, il existe une seconde manière d'envisager une activité qui n'est pas un service public mais qui n'est pas dénué de tout lien avec celui-ci. L'étude de cette théorie revêt un intérêt particulier en matière de propriété intellectuelle dès lors que nous avons démontré que l'exploitation de ces actifs sont souvent des activités périphériques au service public, voir déclarées par le juge dénuées de tout lien avec celui-ci lorsqu'elles ne satisfont qu'un intérêt patrimonial. Le droit positif considère ainsi qu'il existe des activités industrielles et commerciales satisfaisant un intérêt général qui ne sont pas des services publics.

R. Chapus rappelle qu'en principe, une personne publique ne peut pas exercer d'activité qui ne soit pas directement reliée aux compétences qui lui ont été attribuées. Pour ce faire, elle doit « *s'en tenir à l'exercice de la mission ou des missions connexes qui lui ont été attribuées et qui sont définies en termes précis*⁴³⁰ ». Dès lors que cette condition est remplie, il est loisible aux personnes publiques de se livrer à des activités économiques qui ne correspondent pas strictement à la mission exercée, mais qui en sont le prolongement. C'est ce que l'on appelle la théorie de l'accessoire du service public.

⁴³⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1 : Montchrestien, 15e éd., 2001, n° 519

Afin que ces activités respectent le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, elles doivent constituer le complément « *nécessaire ou normal* » de la mission principale. Par exemple, J.-D. Combrexelles expose que « *l'État, au sens large, principal « producteur » de données publiques dans le cadre de ses activités régaliennes d'édition de normes et de décisions de justice « doit pouvoir » instituer un service public visant à recueillir et à diffuser les bases de données constituées par ses propres services*⁴³¹ ».

La théorie de l'accessoire n'est recevable que si l'activité en cause se rattache de façon suffisamment directe à la mission de service public. Cela suppose l'existence d'un lien fonctionnel entre la mission de service public et l'activité accessoire. Il faut que sa prise en charge au regard par la personne publique soit fondée au regard de la mission principale. La jurisprudence est vigilante sur la nature de cette justification, et recherche quatre types de situation : la satisfaction des besoins propres, le bon fonctionnement du service, le rattachement à un intérêt public ou, encore, les besoins de la population. Ces quatre hypothèses visent des hypothèses dans le cadre desquelles au moins un autre intérêt que l'intérêt patrimonial est satisfait. La théorie de l'accessoire exclut donc par principe les activités de pur profit, telles que par exemple la vente de produits dérivés de la marque « Université Paris II Panthéon-Assas » sur un site marchand par exemple.

Il s'agit de prestations qui présentent un intérêt pour le service ou la population. L'acquisition et la revente d'ouvrages par un fond d'archives publiques ou une bibliothèque ou d'œuvres d'art par un musée sont des activités qui peuvent être envisagées comme des activités accessoires au service public confié aux personnes publiques.

⁴³¹ J.-D. Combrexelles, concl. sur CE, 17 déc. 1997, Ordre avocats CA Paris : AJDA 1998, p. 362 ; CJEG 1998, p. 105

Conclusion du Chapitre

La course à la valorisation du patrimoine intellectuel public et la recherche d'une rentabilité là où jusqu'ici seule la satisfaction de l'intérêt général était recherchée, a conduit les personnes publiques à se comporter comme des entreprises privées du point de vue de leurs créations intellectuelles.

Au delà des activités de plus grand service que nous avons décrites, nous avons établi que les personnes publiques multiplient les activités de plus grand profit. Ces activités n'ont pour objet que la rentabilité, et sont dénuées de tout lien avec les missions de service public qui leur sont confiées et la satisfaction de l'intérêt général.

Dans ces conditions, il faut considérer que l'exploitation des créations intellectuelles fonctionne selon la dynamique impulsée par l'intérêt général. Soit l'activité d'exploitation poursuit un but d'intérêt général, et elle peut être soit un service public, soit une activité accessoire à un service public. Soit l'activité ne vise qu'à satisfaire un intérêt patrimonial, et elle est dans ce cas exclusive d'une activité de service public.

Chapitre 2 : Le droit moral des personnes publiques est-il d'intérêt général ?

Le juge reconnaît depuis longtemps sans difficultés que les personnes publiques ne doivent pas porter atteinte au droit moral des auteurs. Dans un litige datant de 1936 se rattachant au défaut d'entretien d'un ouvrage public, un sculpteur demandait réparation de l'atteinte qu'il estimait avoir subi dans sa réputation d'artiste suite aux dégradations et à la destruction d'une pièce d'eau que lui avait commandée la commune de Baixas. Le conseil de préfecture de Montpellier avait alors estimé que le sculpteur « *était en droit de compter pour sa notoriété sur la durée de cette exposition publique* » et avait retenu la responsabilité de la commune⁴³². Dans une affaire « Koenig » de 1999, le Conseil d'Etat⁴³³ a explicitement reconnu le principe du respect du droit moral d'un facteur d'orgue et énoncé qu'il appartient à l'administration de démontrer le caractère « *strictement indispensable* » des modifications qu'elle a apportées à une œuvre. La responsabilité des personnes publiques peut donc être retenue à l'égard de l'auteur en raison du non-respect de son droit moral.

Toutefois, nous avons montré que les personnes publiques peuvent être les auteures d'œuvres, notamment par le recours à l'œuvre collective. Cela signifie que les personnes publiques peuvent être investies des prérogatives patrimoniales et morales de l'auteur.

La reconnaissance des droits moraux au profit des personnes publiques, et notamment la protection de l'identité des personnes publiques (Section 1) a, du point de vue du droit public, une conséquence troublante : les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que l'intérêt général (Section 2).

⁴³² Conseil de préfecture de Montpellier 9 décembre 1936, *Sudre c/ Commune de Baixas*, D. 1936, n° 3, p. 69, sur renvoi de CE 3 avril 1936, *Sieur Sudre*, D. 1936, n° 3, p. 57, concl. Josse, note M. Waline ; pour un autre exemple de sculpture modifiée, v. CAA Bordeaux 27 décembre 1990, *M. Valiente*, RFDA 1991, p. 441 ; v. J.-M. Pontier, *Le contentieux culturel devant le juge administratif*, RD publ. 1989, p. 1607

⁴³³ CAA Nancy 2 mai 1996, *Consorts Koenig et Commune de Sarre-Union*, AJDA 1996, p. 950, et p. 895, chron. J.-P. Piétri ; puis à la décision, CE 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, AJDA 1999, p. 938, note G. Guiheux ; RFDA 2000, p. 600, note Y. G. ; JCP II.10209, p. 2147, concl. J.-D. Combrexelle

Section 1 : Le droit moral protège la personne publique dans son identité.

Selon la définition proposée par B. Beignier⁴³⁴ « *la personnalité, c'est l'individu, soit l'ensemble des aspects d'une personne qui la distingue de tous ses semblables passés, présents ou futurs* ». Le droit positif protège cette personnalité à travers un ensemble de droits dits « de la personnalité » qui ont vocation à rassembler tous les droits fondamentaux dont tout être humain peut se prévaloir et qui sont inséparables de sa personne. La personnalité juridique est une notion clé de la structure de notre étude générale, puisque la personnalité en droit est la capacité pour une personne physique ou morale d'être sujet de droit. Or, tout sujet de droit se voit reconnaître des droits et est assujetti à des obligations.

Il n'existe pas un droit de la personnalité unique⁴³⁵, mais l'évolution du droit a fait émerger une forme de protection stricte de la tranquillité et de la dignité de l'individu. Ainsi, le droit civil regroupe sous l'appellation « droits de la personnalité » le droit au secret de la correspondance et des conversations téléphoniques, le droit de s'opposer au traitement de données nominatives, le respect de la vie privée, le droit à l'image, le droit d'auteur, le droit à la voix et le droit au nom.

L'on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'aborder la question des droits visant à protéger les attributs de la personnalité privée dans une thèse sur les personnes publiques. Cette question est légitime dès lors que l'on accorde une importance à la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé. Et pourtant, à l'instar de notre démonstration en matière de propriété intellectuelle, les droits de la personnalité s'étendent du droit privé au droit administratif. Ainsi J. Antippas relève très justement que « *la théorie des droits de la personnalité (...) assez solidement élaborée par le droit privé, peut aujourd'hui s'étendre au champ du droit administratif et le conquérir*⁴³⁶ ».

⁴³⁴ B. Beignier, *Le Droit de la personnalité*, PUF, Que sais-je ?, 1992.

⁴³⁵ E. Pierrat, *Protection des droits de la personnalité*, *legicom* 2/1996 (N° 12), p. 87-93 : « *La Commission de réforme du code civil en 1951 avait à cet égard prôné en vain l'instauration d'un véritable et unique droit de la personnalité. Le mécanisme français de protection fait autant appel à des notions purement prétoriennes qu'à une législation qui s'est voulue en son temps parfois si précise et technique qu'elle semble n'avoir pas nécessairement pris la mesure des avancées technologiques.* »

⁴³⁶ J. Antippas, *Les droits de la personnalité : De l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé*, Thèse Paris 2, 2010, dir. J. Huet (Prix Robert Abdesselam 2011) p. 23.

Par exemple, le droit à l'image des collectivités territoriales est reconnu en droit positif. La Cour de Cassation⁴³⁷ a reconnu l'existence d'un préjudice moral au bénéfice de la ville de Cannes conséquente à la condamnation de son maire pour corruption. La Chambre criminelle a considéré « *que la corruption de son premier magistrat a porté atteinte à la notoriété d'une ville connue dans le monde entier à raison du prestige international de son festival et que cette atteinte est constitutive d'un préjudice moral spécifique causé par l'infraction* ».

La propriété intellectuelle est très performante dans cet exercice et transcende la *summa divisio* en s'appliquant tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Sans affirmer son statut de matière autonome, il doit être relevé que la propriété intellectuelle est autonome de la *summa divisio*, ou en tous les cas qu'elle propose une communauté de règles entre les personnes publiques et les personnes privées qui ne repose pas sur cette distinction. Tel est également le cas des droits de la personnalité qui franchissent cette limite, à savoir le droit sur l'image, le droit au respect de l'honneur et de la réputation des individus et le droit moral des auteurs et artistes-interprètes d'œuvres intellectuelles.

Ces droits sont ceux que le juge administratif reconnaît et intègre dans ses décisions, à l'instar du juge judiciaire. Pour autant, tous ces droits ne sont pas reconnus aux personnes publiques. Cependant, l'évolution du droit conduit à intégrer des droits au bénéfice des personnes publiques qui visent à les protéger sur un terrain identique ou contigu aux droits de la personnalité.

Pour être protégées dans leur action, les personnes publiques doivent être en mesure d'être identifiées et protégées dans leur identité. De même, parce que les personnes publiques sont une émanation de l'État, leur image et leur dignité doivent être préservées. Pour satisfaire à ces exigences, l'identité des personnes publiques est protégée d'une manière générale (Sous-section 1) et plus spécifiquement par le droit d'auteur (Sous-section 2).

⁴³⁷ Crim. 8 févr. 2006, no 05-80.488, *Michel M. et Jean C.*, Droit pénal 2006, comm. 73, M. Véron ; Crim. 14 mars 2007, no 06-81.010, *Joël Y. et Nessim Z.*, Bull. crim. no 83 ; AJDA 2007. 1374 ; BJCL 2007. 607, obs. L. Janicot ; Droit pénal 2007, comm. 85 M. Véron

Sous – section 1 : La protection de l’identité des personnes publiques à titre général.

Le droit positif organise un certain nombre de mesures destinées à protéger l’identité des personnes publiques des risques qui pèsent sur elles du fait de différents facteurs : la modification du nom des collectivités territoriales par les élus est strictement encadré (1), mais c’est principalement la protection du nom des collectivités des appropriations abusives sous forme de marques qui est source de contentieux (2).

1) L’encadrement de la modification du nom des collectivités territoriales.

Le nom des personnes publiques, et plus particulièrement des collectivités territoriales, constitue un point de repère géographique et institutionnel pour les administrés. Le nom des communes, par exemple, remonte souvent à des usages bien antérieurs à la Révolution, et les noms des communes françaises ont été légalement fixés par un décret du 9 fructidor An IX⁴³⁸.

Le juge a établi que les élus municipaux peuvent rebaptiser à leur guise des rues et les lieux dits de leur commune⁴³⁹, mais la loi subordonne la modification du nom des communes à un décret en Conseil d’État, sur demande du conseil municipal, après consultation du conseil départemental⁴⁴⁰.

La même précaution est adoptée pour la modification du nom des départements⁴⁴¹. Concernant le nom des régions, la loi du 16 janvier 2015⁴⁴² a renvoyé à un décret en Conseil d’État pris avant le 1er octobre 2016 le choix, après avis du conseil régional des régions nouvellement constituées, du nom et du chef-lieu de chacun d’entre elles.

⁴³⁸ Rec. Duvergier, vol. 13, p. 4-5

⁴³⁹ CE, 26 mars 2012, n° 336459, *Cne Vergèze* ; Vie communale et départementale 2012, n° 1009, p. 306, revenant sur CAA Marseille, 10 déc. 2009, *Sté Nestlé et a.* et sur TA Nîmes, 11 janv. 2008

⁴⁴⁰ CGCT, art. L 2111-1 et R 2111-1 ; Ph. Yolka, *Le nom en matière administrative* : AJDA 2015, p. 305

⁴⁴¹ CGCT, art. L 3111-1,

CE, 30 oct. 1970, n° 79388, *Perret*. – pour le changement des Basses-Pyrénées en Pyrénées-Atlantiques : loi non nécessaire ; et le décret n° 90-201 du 27 février 1990 pour celui des Côtes-du-Nord en Côtes-d’Armor.

⁴⁴² Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (*Journal Officiel 17 Janvier 2015*)

Le législateur est donc particulièrement attentif à la question de la protection du nom des personnes publiques, et fait soumettre tous les changements de nom des collectivités locales à un formalisme strict qui requiert l'avis du Conseil d'État.

Cet encadrement strict tend à préserver la continuité de l'État, à travers des mesures permettant d'assurer la stabilité et la bonne identification des collectivités territoriales.

2) *La protection du nom des personnes publiques contre le risque de confusion.*

Pour protéger le nom des personnes publiques, le législateur prévient le risque que des tiers ne décident d'utiliser leur nom à des fins commerciales, particulièrement à titre de marques (a). Pour cette raison, les personnes publiques ont également droit à la protection des éléments de leur statut sur internet (b).

a) *Le dépôt du nom d'une personne publique en tant que marque.*

La question de la protection du nom des personnes publiques est particulièrement sensible en matière de collectivités territoriales. En effet, la protection du statut des collectivités locales se traduit notamment par l'interdiction faite à tout organisme de s'intituler conseil municipal : une telle usurpation de titre ou fonction est sanctionnée par le Code pénal. Les collectivités publiques doivent ainsi être protégées dans toutes les dimensions : leur nom en premier lieu, et tous les éléments qui s'y rattachent comme l'image et la renommée.

La loi 91-7 du 4 janvier 1991 (article 4, h), dont les dispositions ont été reprises au Code de la propriété intellectuelle (article L. 711-4, h) énonce que « *ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment (...) au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale* ». Ainsi, un premier degré de protection du nom des personnes publiques est acquis par principe.

Dans le même sens, l'article L. 711-3, c) énonce que « *ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe : ... c) De nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du*

service ». Toutefois, cet article reprend en substance l'article 711-4, h) qui vise lui aussi l'hypothèse d'une confusion dans l'esprit du public.

Ces dispositions intégrées au Code de la propriété intellectuelle soulèvent la question du juge compétent, qui sur ce point doit être envisagée. L'identité de l'auteur de l'atteinte au statut de la personne publique influe sur la compétence du juge.

D'une part, si l'auteur de l'atteinte est une personne privée, la compétence du juge judiciaire doit être retenue. En effet, une collectivité publique ne peut pas assigner une personne privée devant le juge administratif⁴⁴³. L'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle n'étant pas sanctionné par le Code pénal, l'action de la collectivité relève du juge judiciaire. Toutefois, la procédure de référé de l'article 809 du Code de procédure civile, peut être utilisée pour obtenir le prononcé des mesures conservatoires nécessaires pour faire cesser « *un trouble manifestement illicite*.⁴⁴⁴ »

Par exemple, est considéré comme manifestement illicite le refus d'un office du tourisme constitué en association d'utiliser le nom de la commune de Verdun tel qu'il a été fixé par le Conseil municipal et par décret, et lui préférant celui de Verdun-sur-Meuse. Le juge énonce que « *la délibération du conseil municipal de Verdun et le décret (...) sont des actes administratifs qui doivent recevoir exécution* », et que leur *inexécution constitue un trouble manifestement illicite*.⁴⁴⁵ »

D'autre part, si le litige oppose deux collectivités publiques, le juge administratif est compétent car l'objet de l'instance porte à la fois sur le statut des personnes publiques et sur la responsabilité administrative de l'auteur de l'atteinte.

Le droit positif ne confère aucun droit exclusif aux personnes publiques sur leur nom. A ce sujet, le juge judiciaire est très explicite lorsque la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce dans un arrêt du 23 juin 2009 que « *l'article L. 711-4 h) du code de la propriété intellectuelle n'ayant pas pour objet d'interdire aux tiers, de*

⁴⁴³ En effet, il n'existe pas en matière d'atteinte au statut des personnes publiques de dispositions analogues à celles qui existent en matière de contravention de voirie.

⁴⁴⁴ TGI Albertville, ord. réf., 27 avr. 2010, *Commune de Modane c/ Sté coopérative pharmaceutique française*, JCP A 2010. 2183, note Ph. Yolka

⁴⁴⁵ TGI Verdun, réf., 9 juin 1986, *Ville de Verdun c. Office du tourisme - Syndicat d'initiative de Verdun*, JCP 1987. II. 20729, note B. Pacteau

*manière générale, de déposer en tant que marque un signe identifiant une collectivité territoriale mais seulement de réserver cette interdiction au cas où résulte de ce dépôt une atteinte aux intérêts publics, la cour d'appel n'avait pas à répondre à des conclusions inopérantes soutenant qu'une telle atteinte résulterait de ce seul dépôt.*⁴⁴⁶ » Cela signifie que les personnes publiques ne disposent pas de systèmes de protection réellement efficace contre les atteintes à leur nom.

En conséquence, le dépôt du nom de la personne publique comme marque peut constituer une solution intéressante, car la marque permet d'obtenir l'exclusivité et de se protéger des tiers. Cette solution est efficace dans de nombreuses hypothèses : le dépôt de la marque « Musée du Louvre » permet d'éviter efficacement que des tiers n'utilisent le nom du musée à des fins commerciales. Mais ce n'est que parce que la marque « Musée du Louvre » est exploitée que son dépôt protège efficacement le nom et les services de l'établissement public. En effet, l'article L714-5 du Code de la propriété intellectuelle énonce qu'« *encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans.* » Pour les collectivités territoriales, qui n'exploitent généralement pas leur nom, le recours au dépôt d'une marque n'est pas pertinent, et expose la personne publique à la déchéance pour cause d'absence d'exploitation.⁴⁴⁷

La protection du nom des collectivités territoriales est donc gouvernée par un principe de libre usage par les tiers de leur nom, dans la mesure où cette utilisation ne préjudicie pas à l'exercice des missions de service public de la collectivité.

Dans l'affaire dite « des couteaux Laguiole », un particulier avait déposé la marque « Laguiole » en France pour vendre de la coutellerie, et d'autres produits importés de Chine et du Pakistan. La commune de Laguiole dénonçait alors une spoliation de son nom, une pratique commerciale trompeuse et une « *atteinte à son nom, à son image et à sa renommée.*⁴⁴⁸ »

⁴⁴⁶ Com. 23 juin 2009, no 07-19.542, *Société Julou et Département du Finistère*, Bull. IV, no 87 ; D. 2009. 1967 ; PIBD 2009. III. 1354 ; Propr. intell. 2009, no 33, p. 416, obs. Sabatier

⁴⁴⁷ A. Chéron, *Une collectivité peut-elle déposer le nom de sa commune ou le numéro de son département en tant que marque ?*, AJCT 2011. 22.

⁴⁴⁸ CA Paris 3 nov. 1999, Ann. propr. ind. 2000. 115, obs. A. L.

Par un arrêt du 4 avril 2014, la Cour d'appel de Paris a débouté la commune de ses demandes en reprenant exactement le dispositif de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 juin 2009 : « *l'article L. 711-4h n'a pas pour objet d'interdire aux tiers, d'une manière générale, de déposer en tant que marque un signe identifiant une collectivité territoriale mais seulement de poser une telle interdiction au cas où résulte de ce dépôt une atteinte à des droits antérieurs et, notamment, au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale.*⁴⁴⁹ »

Cette décision reproche à la commune de Laguiole de ne pas rapporter la preuve que les marques et les produits dénoncés entraînaient un risque de confusion avec ses propres attributions, en référence à un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 14 mars 2007⁴⁵⁰ qui estime qu'une commune « *ne saurait, via son droit sur son nom, interdire à des entreprises d'exercer leurs activités sur son territoire en utilisant sa dénomination, sauf à démontrer que cet usage entraîne un risque de confusion avec ses propres attributions ou est de nature à lui porter préjudice ou à porter à ses administrés* ».

En revanche, un forgeron a pu obtenir une nullité partielle des marques communautaires « Laguiole », en se prévalant de la dénomination de sa société « Forge de Laguiole » devant Tribunal de l'Union Européenne le 21 octobre 2014.⁴⁵¹ Cette solution démontre que les juridictions s'emploient à réguler l'utilisation des dénominations commerciales pour protéger les entreprises privées, mais elle est sans intérêt dans le cadre de la protection du nom des collectivités territoriales car la commune n'est ni partie ni intervenante devant le Tribunal, saisi d'un recours formé par un particulier contre une décision de l'OHMI.

Dans un arrêt du 4 octobre 2016⁴⁵², la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2014 et renvoie l'affaire devant une nouvelle Cour d'appel qui, selon un communiqué de la commune de Laguiole « *sera invitée à*

⁴⁴⁹ CA Paris, 4 avr. 2014, AJCT 2014. 455, J.-D. Dreyfus, *Nom des collectivités et droit des marques*, AJCT 2013, p. 127.

⁴⁵⁰ TGI Paris, 14 mars 2007, Ville de Paris c/ Gilbert L.

⁴⁵¹ Tribunal de l'Union Européenne 21 octobre 2014, *Gilbert Szajner c/ OHMI*, aff. T-453/11, D. 2015. 230, obs. J.-P. Clavier, N. Martial-Braz et C. Zolynski

⁴⁵² Cass, com. 4 oct. 2016, non publié.

s'interroger sur le fait de savoir si l'usage par un tiers du nom d'une commune de 1300 habitants mais connue par 47 % d'un échantillon représentatif de la population française est, ou pas, de nature à altérer la décision d'achat du consommateur moyen. » La Cour d'appel de renvoi devra également envisager « le risque qu'encourt le consommateur moyen de penser qu'il acquière un produit originaire de Laguiole, alors que tel n'est pas le cas⁴⁵³. »

La ville de Paris a obtenu satisfaction dans le cadre de son recours contre un particulier qui avait déposé la marque « Paris 2012 », « Paris 2016 », « Paris 2020 », « Paris 2024 » et « Paris 2028 » alors que la ville était candidate à l'organisation des jeux olympiques. Dans cette espèce, le juge a reconnu que le dépôt de ces marques représentait un risque pour les intérêts moraux et patrimoniaux de la ville.⁴⁵⁴

Le Tribunal de grande instance de Paris apporte des précisions sur les conditions de la reconnaissance d'une atteinte au nom d'une collectivité territoriale : *« une commune étant une collectivité territoriale, personne morale de droit public, ne peut voir son nom protégé qu'en rapport avec des missions de services publics qui lui sont confiés pour le compte de ses administrés. S'il est de principe qu'elle a une compétence générale pour statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal qui ne sont pas dévolues par les textes d'autres personnes, il est constant qu'elle ne peut intervenir dans les activités réservées aux particuliers. Ainsi, elle ne saurait, via son droit sur son nom, interdire à des entreprises ou des associations d'exercer leurs activités sur son territoire en utilisant sa dénomination sauf à démontrer que cet usage entraîne un risque de confusion avec ses propres attributions de nature à lui porter préjudice ou à porter préjudice à ses administrés.⁴⁵⁵ »*

Sur ce fondement, les activités de service public des collectivités territoriales telles que le développement du réseau haut-débit ou des manifestations organisés par une commune sont protégées. Ainsi, le dépôt par un particulier de la marque « Paris sans-fil » a été considéré comme entraînant un risque de confusion avec le développement

⁴⁵³ Communiqué de la commune de Laguiole du 11 octobre 2016 dans « la dépêche du Midi »,

<http://www.ladepeche.fr/article/2016/10/11/2437009-la-commune-de-laguiole-gagne-la-premiere-manche-en-cassation.html>

⁴⁵⁴ TGI Grasse 13 janv. 2004, PIBD 2004. III. 297 ; TGI Paris, 3e ch., 14 mars 2007, *CNOSF et Ville de Paris c/ Louis*, cité par S. Pénaut, *Nom des collectivités territoriales : utilisation par des tiers comme marque ou nom de domaine Internet*, RLCT no 25, 2007

⁴⁵⁵ TGI Paris, 3e ch., 10 janv. 2007, *Ville de Paris c/ Association Centre international de séjour à Paris*, cité par S. Pénaut, *préc.* RLCT no 25, 2007

du réseau wifi par la ville de Paris⁴⁵⁶. Dans le même sens, le dépôt de la marque « Paris l'été » a été considéré comme perturbant l'identification des manifestations estivales organisées par la ville de Paris qui associe régulièrement son nom au terme « l'été⁴⁵⁷ ».

Le législateur a innové en 2014 en établissant un niveau supérieur de protection selon lequel « *toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale peut demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination, dans des conditions fixées par décret, afin de prévenir les litiges en la matière*⁴⁵⁸ ». Le nouvel article 712-4 du Code de la propriété intellectuelle énonce encore que « *pendant le délai mentionné à l'article L. 712-3, opposition à la demande d'enregistrement peut être faite auprès du directeur de l'INPI par une collectivité territoriale, dès lors que cette indication comporte le nom de la collectivité concernée*⁴⁵⁹ ».

Cette mesure confirme l'existence d'un contentieux dense en matière de protection du nom des collectivités territoriales et vise à prévenir l'émergence de nouveaux litiges. La procédure d'alerte permet aux personnes publiques, qui ne peuvent empêcher que leur dénomination soit réservée à titre de marque, d'anticiper la naissance d'un contentieux en s'opposant au dépôt d'une marque susceptible de porter atteinte à leur nom, à leur renommée ou à leur image.

b) La protection du nom des personnes publiques sur internet.

L'essor du numérique transpose la question de la protection du nom des personnes publiques sur internet, et plus particulièrement en matière de noms de domaine.

⁴⁵⁶ TGI Paris, 3e ch., 6 juillet 2007, *Ville de Paris c/ Association Paris-sans fil*, no 06/01925, PIBD 2007. III. 646 ; RLDI 2007, no 30, obs. Auroux, et no 31, obs. Lacke

⁴⁵⁷ CA Paris, 4e ch. A, 12 déc. 2007, no 06/20595, *Ville de Paris c/ Stéphane s.*, Propr. intell. 2007, no 27, p. 172, obs. Fajgenbaum et Lachacinski

⁴⁵⁸ Nouvel article L. 712-2-1 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issu de la L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : Journal Officiel 18 Mars 2014 ; JCP A 2014, 269

⁴⁵⁹ Nouvel article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issu de la L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation : Journal Officiel 18 Mars 2014 ; JCP A 2014, 269

Le premier texte spécialement consacré aux noms de domaine est le décret 6 février 2007⁴⁶⁰ qui fixe, en application de l'article L. 45 du Code des postes et télécommunications issu de la loi 9 juillet 2004⁴⁶¹, les principes d'attribution et de gestion des noms de domaine « .fr », par principe réservés aux collectivités territoriales.

Toutefois, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, à énoncé que « *l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre ; qu'en se bornant à prévoir que l'attribution par des organismes désignés par le ministre chargé des communications électroniques d'un nom de domaine est assurée dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect des droits de la propriété intellectuelle, et en renvoyant pour le surplus à un décret en Conseil d'État, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence. Les actes réglementaires pris sur le fondement de l'article L. 45 ne sont privés de base légale qu'à compter du 1er juillet 2011, les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité.*⁴⁶² »

Le législateur répondit à cette décision par la loi du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, qui reprend le décret de 2007 et ajoute quelques nouveaux éléments.

Le nouvel article L. 45-1 du Code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi du 22 mars 2011 énonce que « *les noms de domaine sont attribués et gérés dans l'intérêt général selon des règles non discriminatoires et transparentes, garantissant le respect de la liberté de communication, de la liberté d'entreprendre et des droits de propriété intellectuelle* » (al. 1), et « *sous réserve des*

⁴⁶⁰ Décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électroniques.

⁴⁶¹ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

⁴⁶² Cons. constit. 6 oct. 2010, no 2010-45 QPC, *Mathieu M.*, D. 2010. Actu. 2285, obs. C. Manara

dispositions de l'article L. 45-2, le nom de domaine est attribué au demandeur éligible ayant le premier fait régulièrement parvenir sa demande ».

L'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques précise que « dans le respect des principes rappelés à l'article L. 45-1, l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est : [...] 3^o 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. Le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 45-7 et les règles d'attribution de chaque office d'enregistrement définissent les éléments permettant d'établir un usage de mauvaise foi et l'absence d'intérêt légitime. Le refus d'enregistrement ou de renouvellement ou la suppression du nom de domaine ne peuvent intervenir, pour l'un des motifs prévus au présent article, qu'après que l'office d'enregistrement a mis le demandeur en mesure de présenter ses observations et, le cas échéant, de régulariser sa situation. »

B. Retailleau, dans son avis au nom de la commission de l'économie du Sénat, énonce que « le texte proposé par l'Assemblée nationale modifie en outre légèrement le niveau de protection des noms de collectivités et des institutions puisqu'il devient possible d'enregistrer le nom d'une collectivité si le demandeur a un intérêt légitime (son nom de famille, ou le nom d'une marque) et agit de bonne foi (ne cherche pas à porter atteinte à la collectivité, ou ne se livre pas à des activités relevant du parasitisme, par exemple).⁴⁶³ »

Ainsi, le nom des personnes publiques fait l'objet d'une protection relative par le législateur qui vise à éviter le risque de confusion entre un service public et une marque déposée par une personne privée. La protection du nom des communes, même lorsqu'elle n'est pas la conséquence de la mise en œuvre du droit moral de l'auteur, entretient nécessairement des liens avec la propriété intellectuelle. Cette situation est

⁴⁶³ Avis n° 252 (2010-2011) de B. Retailleau sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques fait au nom de la commission de l'économie, déposé le 25 janvier 2011

notamment la conséquence de l'encadrement par le Code de la propriété intellectuelle de la protection du nom des communes.

Sous – section 2 : La protection du nom des personnes publiques auteures d’une œuvre de l’esprit par le droit moral

L’accès des personnes publiques à la qualité d’auteur leur permet de bénéficier des droits attachés à ce statut particulier. Le droit moral de l’auteur est composé de plusieurs attributs que sont le droit de divulguer l’œuvre, le droit à la paternité, le droit à l’intégrité ou au respect de l’œuvre, le droit de retrait ou de repentir et le droit au respect du nom. L’artiste-interprète est protégé par un droit moral sur l’interprétation dit voisin du droit d’auteur mais limité au seul droit au nom et à l’intégrité. C’est le droit au respect du nom de l’auteur qui retient ici particulièrement notre attention.

Il n’est pas contestable que le droit de la propriété intellectuelle n’a pas été conçu pour les personnes publiques⁴⁶⁴. Certains auteurs sont même farouchement opposés à ce que les personnes publiques puissent accéder à la qualité d’auteur d’une œuvre. Il en va ainsi de X. Linant De Bellefonds qui affirme qu’« *il est fort discutable que des personnes de droit public puissent être considérées comme des auteurs*⁴⁶⁵ ».

Certes, la philosophie du droit d’auteur vise originellement à protéger la personne physique dont la personnalité et l’imaginaire se sont exprimés dans une création de l’esprit. De ce point de vue, le droit moral serait un droit de la personnalité susceptible d’appartenir seulement à des personnes physiques. Cependant, le droit positif reconnaît sans difficulté que les personnes publiques peuvent être cessionnaires des droits patrimoniaux sur une œuvre.

La réticence à reconnaître le droit moral à une personne publique ne résulte donc pas dans le fait que sa qualité d’auteur soit remise en cause, mais s’appuie sur sa qualité de personne morale. Nous avons montré que les personnes publiques sont titulaires originaires du droit d’auteur dans le cas d’une œuvre collective au sens de l’article L. 113-2 al. 3 Code de la propriété intellectuelle.

⁴⁶⁴ P. Delvolvé dans la préface de la thèse de C. Blaizot-Hazard, *préc.* LGDJ, bibl. Dr. pub. t. 159, 1991, p. 15

⁴⁶⁵ X. Linant De Bellefonds, *Droits d’auteur et droits voisins*, 2e éd. Dalloz, 2004, p. 70, n° 201

Or, l'œuvre collective n'a rien d'exceptionnel dans l'activité de création intellectuelle des personnes publiques : c'est, au contraire, l'hypothèse privilégiée de création publique d'œuvres protégées par des droits de propriété littéraire et artistique. Le Conseil d'État énoncé en 1972 dans son avis OFRATEME les émissions pédagogiques réalisées par ses agents sont des œuvres collectives. Le Conseil d'État énonce en 1996⁴⁶⁶ que le répertoire S.I.R.E.N.E créé et exploité par l'INSEE « *constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective pouvant légalement inclure des droits relevant de la propriété intellectuelle au profit de l'INSEE, donc de l'État* ». La même qualification a été choisie par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux⁴⁶⁷ en 2004 à propos d'un CD-ROM créé à l'initiative et sous la direction d'un lycée en partenariat avec une société privée spécialisée dans la réalisation audiovisuelle.

Ainsi, les personnes publiques sont parfaitement éligibles à la qualité d'auteur et bénéficiaire de la protection du droit moral. Plus encore, elles sont les plus à même d'exercer le droit moral⁴⁶⁸ car leurs prérogatives correspondent en tous points aux caractères du droit moral qui est perpétuel, inaliénable et imprescriptible. Aussi, il ne faut pas que le trouble du droit sur la notion de personnalité morale en matière de propriété intellectuelle devienne le notre : le droit d'auteur et le droit public s'articulent naturellement et harmonieusement⁴⁶⁹.

J. Antippas relève à propos du droit moral que « *la raison d'être même de ce droit, qui constitue un droit de la personnalité, est de protéger la sensibilité de la personne physique s'étant exprimée dans une œuvre ou, le cas échéant, dans une interprétation*⁴⁷⁰. » La pertinence de telles observations ne suffit pas, à notre sens, à écarter l'intérêt et la légitimité de l'éligibilité des personnes publiques à la protection du droit moral. Il est l'apanage de tout auteur, personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public. Relever que cette éligibilité est artificielle revient à critiquer la pertinence de la fiction juridique de la personnalité morale, mais ce n'est pas, à notre sens, une contestation recevable de la qualité d'auteur des personnes publiques.

⁴⁶⁶ CE, Ass., 10 juill. 1996, *Sté Direct Mail Promotion*, (Cons. n° 13), Rec., tables, p. 876

⁴⁶⁷ CAA Bordeaux, 21 oct. 2004, *SARL Virtual Media Graphic*, JCP A, n° 51, 13 déc. 2004, 1823, note J. Moreau

⁴⁶⁸ En ce sens, v. C. Blaizot-Hazard, *préc.*, p. 179 et s.

⁴⁶⁹ J.-M. Bruguière, « *Droit d'auteur et service public : plaidoyer en faveur d'une union harmonieuse* », Propri. intell. avr. 2003, n° 7, p. 124, 1^{er} col

⁴⁷⁰ J. Antippas, *préc.* p.137

La protection du nom de l'auteur d'une œuvre de l'esprit est donc applicable aux personnes publiques ayant acquis la qualité d'auteur (1). Il convient ici d'envisager comment la protection du nom de la personne publique auteure d'une œuvre de l'esprit complète le dispositif légal de la protection générale du nom des personnes publiques (2).

1) Le droit au respect du nom de l'auteur : une protection strictement délimitée.

La protection du nom de l'auteur découle de l'article L. 121-1, alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre.* »

De nombreux auteurs tels que P. Frémond et J. Raynard⁴⁷¹ estiment que le droit au nom est un droit à la paternité de l'œuvre en s'appuyant sur la combinaison des termes « nom » et « qualité » de l'article L. 121-1, alinéa 1^{er}.

Le droit au respect du nom de l'auteur d'une œuvre de l'esprit s'applique aux personnes publiques, c'est à dire qu'il leur permet, comme à tout auteur, de s'affirmer dans leur statut d'auteur en exigeant que leur nom soit mentionné lors de la divulgation de l'œuvre.

En cela, le droit au respect du nom de l'auteur est sensiblement différent de la protection plus générale du nom des personnes publiques : il protège la personne publique contre les usages abusifs qui pourraient être faits de son nom, mais seulement parce qu'elle a la qualité d'auteur et dans le cadre de l'utilisation de ses œuvres. Le droit au respect du nom de l'auteur est donc restreint dans son application, car il est limité à des hypothèses d'utilisations frauduleuses ou d'absence de mention du nom d'une personne publique auteure d'une œuvre.

Comme le souligne A. Bertrand, « *la loi distingue entre « le respect du nom de l'auteur », et « le respect de la qualité d'auteur », au sens d'être auteur. La*

⁴⁷¹ P. Frémond, *Le droit au nom d'une œuvre artistique*, Cah. dr. auteur 1988, n° 4, p. 11 ; J. Raynard, *Le droit à la paternité de l'œuvre de l'esprit*, Cah. dr. entr. 1989, n° 2, p. 33.

*distinction est importante en ce sens que le respect au nom vise effectivement le droit de voir son nom mentionné sur l'œuvre alors que le droit au respect de la qualité d'auteur vise le droit de revendiquer le fait d'avoir créé l'œuvre ou participé à sa création, sans pour autant que ce droit s'accompagne d'une mention sur l'œuvre elle-même.*⁴⁷² »

Dès lors que le droit au respect du nom de l'auteur est distinct du droit au respect de la qualité d'auteur, il a pu être jugé que le droit au nom et à la paternité de l'auteur existait même si son œuvre n'était pas protégée par le droit d'auteur par absence d'originalité, c'est à dire pour de simples idées donnant lieu à une création.⁴⁷³

Le Code de la propriété intellectuelle ne donne pas de définition à la notion de droit au respect du nom de l'auteur. Le juge a donc apporté des précisions sur les droits de l'auteur qui découlent de cet article, et les limites au droit au respect du nom de l'auteur. Ainsi, le juge a précisé que ce droit permet à l'auteur d'exiger que son nom soit mentionné, correctement orthographié⁴⁷⁴, et faire rétablir la vérité si son œuvre a été usurpée⁴⁷⁵. Il permet également à l'auteur qui le souhaite de demeurer anonyme.

Le droit au respect du nom de l'auteur est imprescriptible, à l'instar des autres droits moraux de l'auteur ; cela implique que l'auteur peut revendiquer la paternité de son œuvre de nombreuses années après la création, et ce même s'il avait renoncé tacitement ou par contrat à être identifié⁴⁷⁶.

Ainsi, le droit à la paternité est limité à l'usage du nom de l'auteur dans le cadre de sa relation avec l'œuvre qu'il a créée. Le droit au respect du nom de l'auteur ne protège donc pas le nom de l'auteur de manière générale, c'est à dire contre toutes les atteintes qui pourraient être perpétrées, mais seulement contre celles qui portent sur l'œuvre.

⁴⁷² A. Bertrand, *Droits de l'auteur*, Dalloz action droit des auteurs, Dalloz, 2010, chap. 106 n°36

⁴⁷³ TGI Paris, 3^e ch., 13 nov. 1970, André c/ Fibrociment, *RIDA* 1971, n° 68, p. 90.

⁴⁷⁴ CA Paris, 1^{re} ch., 25 sept. 1987 : *RIDA* 1/1988, p. 104 ; D. 1988, somm. p. 205, obs. C. Colombet

⁴⁷⁵ TGI Paris, 1^{re} ch., 17 janv. 1990 : D. 1991, somm. p. 95, obs. C. Colombet

⁴⁷⁶ CA Paris, 4^e ch., 20 avr. 1989, *Mortureux de Faudoas c/ Sté Distrivet*, D. 1989, IR 177 ; *RIDA* 1990, n° 143, p. 317

2) Le droit au respect du nom de l'auteur peut être intégré dans le régime général de la protection de l'identité des personnes publiques.

F. Pollaud-Dulian expose que le droit au respect du nom de l'auteur « *ne protège que le rapport entre l'auteur et une œuvre déterminée dont il est le créateur - à l'instar des autres attributs du droit moral. Ce droit ne protège pas le nom de l'auteur en lui-même, indépendamment d'une œuvre. Cette fonction ressortit à une autre prérogative qui, pour être également extrapatrimoniale en principe, relève d'une autre branche du droit : le droit général de la personnalité sur le nom ou le pseudonyme qui identifie un individu par rapport aux autres.*⁴⁷⁷ »

Nous avons montré que le droit de la personnalité sur le nom protège les personnes publiques et plus particulièrement les collectivités territoriales à tel point que des articles du Code de la propriété intellectuelle lui sont consacrés.

Le droit au respect du nom de l'auteur ne permet pas à lui seul d'empêcher l'utilisation commerciale du nom de l'artiste par des tiers, car « *« le droit moral de l'auteur au respect de son nom est attaché à l'œuvre de l'esprit qui porte l'empreinte de sa personnalité ; c'est, dès lors, à bon droit que la cour d'appel a retenu que M. Sango ne pouvait prétendre, sur le fondement de l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle, à la protection de son nom patronymique en tant que tel, fût-il utilisé pour l'exercice de son activité artistique, ce nom, quelle que soit sa renommée prétendue, ne constituant pas, en lui-même, une œuvre de l'esprit ».*⁴⁷⁸ La protection du nom de l'auteur doit donc s'appuyer d'une part sur l'article l'article L. 121-1, alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle, et sur le fondement de l'atteinte à son droit de la personnalité.

En effet, un auteur peut faire interdire l'utilisation de son nom si celle-ci entraîne un « *risque de confusion dans l'esprit du public*⁴⁷⁹ », qui se déduit notamment de la

⁴⁷⁷ F. Pollaud-Dulian, *Droit moral, droit au nom*, RTD com. 2013, n°285.

⁴⁷⁸ Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525, E. Méchin, *Droits de la personnalité - Droit d'auteur - Absence de protection d'un nom patronymique au titre du droit moral de l'auteur*, JAC 2013, n°4, p.11 ; D. 2013. 992 ; CE juillet 2013, n° 73, obs. C. Caron

⁴⁷⁹ Civ. 1^{re}, 26 mai 1970 n° 68-13.193, D. 1970, p. 520

notoriété du patronyme, plus aisée à démontrer dans le cas d'une collectivité territoriale que dans celui d'un particulier.⁴⁸⁰

On retrouve ici l'imbrication des différents procédés légaux de protection du nom des personnes publiques, organisé à titre général par la protection des droits de la personnalité et à titre particulier par le respect du nom de l'auteur.

⁴⁸⁰ Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525, préc. : Le requérant « ne démontrait pas que le patronyme "X" aurait acquis, auprès des consommateurs français ou des professionnels du cinéma ou de l'audiovisuel, une notoriété certaine attachée à sa personnalité », mais après plusieurs recherches, il apparaissait « que ce nom était amplement porté ».

Section 2 : Les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que l'intérêt général.

Les caractères du droit moral de la personne publiques auteure d'une œuvre de l'esprit sont définis par l'article L 121-1 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce que « *l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.* » Le droit moral de l'auteur est également insaisissable, c'est à dire que les créanciers d'un auteur ne pourront jamais exiger la diffusion d'une œuvre aux fins de recouvrer les sommes dues par l'auteur.

L'observation de ces caractères est particulièrement intéressante du point de vue du droit public, et encore plus lorsque l'on s'interroge sur la question de savoir si le droit moral de l'auteur personne publique est d'intérêt général : les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que l'intérêt général. En effet, nous avons montré que la domanialité publique, qui intègre les propriétés publiques qui servent l'intérêt général est gouvernée par les principes de la perpétuité, de l'inaliénabilité, de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité.

Cette identité de caractères entre le droit moral de l'auteur et de l'intérêt général doit retenir notre attention, ce d'autant que le droit positif ne connaît pas d'autres exemples d'application de ces critères cumulatifs (Sous-section 1).

En outre, il convient de déterminer si cette identité de critères donne un rôle spécifique à l'intérêt général dans la protection des créations intellectuelles des personnes publiques, ou si, au contraire, l'intérêt général ne joue qu'un faible rôle (Sous-section 2).

Sous – section 1 : Inaliénabilité, insaisissabilité, imprescriptibilité.

Les critères de la domanialité publique que sont l’inaliénabilité, l’insaisissabilité, et l’imprescriptibilité sont communs au droit moral de l’auteur de son œuvre. Pourtant, les deux matières sont à priori très distinctes, c’est pourquoi il peut sembler surprenant qu’elles partagent des caractéristiques à ce point identiques. Il convient de revenir sur chacun de ces critères pour vérifier si le sens qu’à entendu leur donner le législateur est le même : en d’autres termes, il s’agit de réaliser une analyse sémantique croisée entre le Code de la propriété intellectuelle et le Code général de la propriété des personnes publiques.

Nous rapprocherons dans un premier temps les notions voisines de perpétuité et d’imprescriptibilité (1), avant d’envisager les mécanismes d’immobilisation que sont l’insaisissabilité et d’inaliénabilité (2).

1) Perpétuité et imprescriptibilité.

La perpétuité du droit moral de l’auteur se traduit par le fait que celui-ci ne peut pas faire l’objet ni d’une prescription acquisitive, ni d’une prescription extinctive. L’imprescriptibilité ajoute à cela que le droit moral de l’auteur ne peut pas se perdre par le non-usage.

F. Pollaud-Dulian reprend cette distinction très précisément lorsqu’il expose que *« l'article L. 121-1 mentionne à la fois la perpétuité et l'imprescriptibilité du droit moral : si l'idée générale est la même, les deux notions sont distinctes. En consacrant la perpétuité du droit moral, le législateur signifie à la fois que la durée du droit moral n'est pas identique à celle du monopole d'exploitation qui est temporaire, et que ce droit, quoiqu'étant destiné à protéger la personnalité de l'auteur telle qu'il l'a exprimée dans son œuvre, n'est pas non plus un droit viager, à la différence des droits généraux de la personnalité. Quant à l'imprescriptibilité, elle ne fait pas double emploi avec la perpétuité : elle signifie que le droit moral ne se perd pas par*

*le non-usage, que l'auteur ou ses ayants droit ne peuvent se voir opposer une longue inertie dans la défense du droit moral comme une cause d'extinction de ce droit.*⁴⁸¹ »

Par ces deux caractères, le législateur a entendu protéger le droit moral de l'auteur des effets du temps, à tel point que même la mort de l'auteur n'empêche pas la survie des droits moraux.

En matière de droit moral de la personne publique auteure d'une œuvre, il convient de relever que personne ne peut appréhender aussi bien la notion de perpétuité que les personnes morales, de droit privé comme public. Et pour cause : elles ne s'éteignent pas « à cause de mort » comme les personnes physiques. L'on peut d'ailleurs s'interroger sur les raisons qui ont poussé le législateur à inventer un droit au bénéfice des personnes physiques qui dépasse la durée de leur vie.⁴⁸² C'est une spécificité française, qui s'oppose à certaines conceptions étrangères : le législateur français a fait le choix de la perpétuité. L'œuvre, qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur va survivre à sa mort.

L'imprescriptibilité du droit moral de l'auteur a pour conséquence que comme tous les autres droits de la personnalité, le droit moral de l'auteur ne se perd par le non-usage, même trentenaire⁴⁸³. Pour cette raison, parce que le droit à la paternité imprescriptible, l'action tendant à rétablir la paternité de l'auteur est elle-même imprescriptible.⁴⁸⁴ En outre, l'acquisition par la prescription est inconnue en droit de la propriété intellectuelle.

En droit public, la notion d'imprescriptibilité est traitée différemment : le Code civil énonce que la prescription acquisitive⁴⁸⁵ s'applique aux biens publics. En effet, l'article 227 du Code civil énonce que « *l'État, les établissements publics et les*

⁴⁸¹ F. Pollaud-Dulian, *De la prescription en droit d'auteur*, RDT civ, 1999 .585 ;

⁴⁸² Pour un critique de la perpétuité du droit moral de l'auteur, v. J-M. Bruguière, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, propr. ind. n° 10, oct. 2010, dossier 10

⁴⁸³ CA Paris, 31 mai 1989 : RIDA janv. 1989, n° 139, p. 183. ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* : Coll. Droit fondamental : PUF, 5e éd. 2004, n° 122

⁴⁸⁴ Cass. 1re civ. 13 nov. 1973 : Bull. civ. 1973, I, n° 302, p. 269 ; D. 1974, p. 533, obs. C. Colombet ; JCP G 1975, II, 18029, note M.C. Maigne ; CA Paris, 20 avr. 1989 : RIDA, janv. 1990, n° 143, p. 317. ; CA Paris, 11 janv. 1983 : D. 1983, inf. rap. p. 432.

⁴⁸⁵ Art. 2219 du Code civil : « *La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous des conditions déterminées par la loi* »

communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer ».

Pour autant, cela ne signifie pas que tous les biens publics sont soumis à la prescription acquisitive : la Cour de cassation rappelle que seuls les biens qui ne font pas partie du domaine public sont susceptibles d'usucapion.⁴⁸⁶

L'article L. 3111-1 du CGPPP énonce clairement que les biens du domaine public sont imprescriptibles: « *Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L1 qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles.* »

L'imprescriptibilité joue en matière de domaine public le même rôle que pour le droit moral : elle vise à éviter de des occupants de bonne foi ne puissent priver les personnes publiques de la jouissance de leurs biens. Le principe est régulièrement rappelé, si bien que même si les personnes publiques renoncent à revendiquer la domanialité d'un bien pendant une longue période, l'occupant ne peut jamais en obtenir la propriété, parce que ces biens « *faisant partie du domaine public, étaient inaliénables et imprescriptibles.*⁴⁸⁷ »

À la règle de l'imprescriptibilité s'ajoute aussi l'imprescriptibilité de l'action en réparation des dommages causés au domaine public et l'interdiction d'ordonner la démolition des dépendances du domaine public.⁴⁸⁸ Même si la notion de perpétuité n'est pas explicitement abordée pour les biens du domaine public, l'idée est tout de même présente : l'imprescriptibilité tend à assurer la pérennité des biens du domaine public à l'épreuve du temps.

En conséquence, le Code de la propriété intellectuelle et le CGPPP donnent le même sens à la notion d'imprescriptibilité : absence de prescription acquisitive et absence de prescription extinctive.

⁴⁸⁶ Cass. 3e civ, 2 octobre 1975 ; Bull. civ. III, no 274, p. 208 ; JCP 1975. IV. 338

⁴⁸⁷ Par ex : CE 13 octobre 1967, *Cazeaux* : Lebon p. 368 ; RDP 1968. 887, note Waline.

⁴⁸⁸ CE, 2 mars 1977, *Sutra-Barbier* : Rec. CE 1977, tables p. 732 ; Dr. adm. 1977, comm. n° 141

2) Insaisissabilité et inaliénabilité.

Au delà de l'intégration du principe d'imprescriptibilité au droit moral et à la domanialité publique, ces deux régimes mettent également en œuvre les principes d'insaisissabilité (a) et d'inaliénabilité (b).

a) *L'insaisissabilité du droit moral et des biens du domaine public.*

L'insaisissabilité du droit moral de l'auteur est la conséquence de sa nature extrapatrimoniale et de son caractère personnel. A. Lucas-Schloetter énonce sur ce point qu'on « *ne voit pas très bien à quoi pourrait correspondre en pratique la saisie du droit moral et quel intérêt auraient les créanciers de l'auteur à se voir attribuer en justice une prérogative dont ils ne peuvent a priori tirer aucun revenu. L'hypothèse est tout au plus envisageable à propos du droit de divulgation, le créancier revendiquant l'exercice de la prérogative pour exploiter une œuvre que l'auteur refuse de communiquer au public. Mais on est alors plus proche de l'action oblique.*⁴⁸⁹ »

L'insaisissabilité du droit moral de l'auteur ne figure pas dans les critères énoncés par l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, mais le fait que le droit moral soit un droit de la personnalité a pour conséquence qu'il est insaisissable. Cette solution a été entérinée par le juge très longtemps avant que le législateur ne consacre l'existence des prérogatives morales de l'auteur.

Dans une décision du 18 février 1870, la Cour d'appel de Dijon a énoncé que « *la pensée, alors même qu'elle est fixée par écrit, reste la propriété personnelle et exclusive de celui qui l'a produite, ce dernier étant seul en mesure de décider si elle a reçu sa forme définitive et si elle doit devenir publique à une époque quelconque.*⁴⁹⁰ »

⁴⁸⁹ A. Lucas-Schloetter, *Droit moral. Théorie générale du droit moral*, Jcl. Civil annexe, propriété littéraire et artistique, LexisNexis, septembre 2014 n°13

⁴⁹⁰ CA Dijon, 18 févr. 1870 préc., S. 1870, p. 212, D. 1871, p. 221

Ainsi, l'insaisissabilité du droit moral de l'auteur repose sur son caractère personnel et extrapatrimonial. Le droit de la propriété publique, par essence objectif et patrimonial applique-t-il une règle identique ?

La réponse est positive : puisque les moyens de contrainte ne peuvent pas être exercés contre l'administration, et que la disponibilité des biens publics nécessaires à l'exercice des missions de service public doit être assurée, la Cour de cassation a énoncé en 1987 qu'il existe un principe général du droit selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables.⁴⁹¹

Pour autant, même si l'insaisissabilité des biens du domaine public est entérinée par la jurisprudence, elle ne fait pas l'objet d'une adhésion unanime en doctrine. L'un des facteurs de « doute » repose sur le fait que peu de temps avant la décision de 1987, la Cour d'appel de Paris⁴⁹² a estimé que l'insaisissabilité des biens du domaine public pouvait susciter des problématiques en matière de concurrence entre les opérateurs privés et publics. De plus, cette décision dénonce l'impossibilité d'hypothéquer les biens du domaine public en raison de leur insaisissabilité.

En outre, faire reposer l'insaisissabilité des biens sur le principe de continuité du service public soulève des questions dès lors que la Cour de cassation considère que les biens des personnes privées gérant un service public sont saisissables.⁴⁹³

Toutefois, quelques soient les critiques formulées par la doctrine, le législateur est explicite : l'article L. 2311-1 du CGPPP énonce que « *les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables.* »

Ici encore, le régime du Code de la propriété intellectuelle et des droits de la personnalité accorde le même sens à la notion d'insaisissabilité que le CGPPP. Dans les deux cas, les créanciers ne peuvent avoir recours à des mesures obligatoires sur le droit moral de l'auteur et sur les biens qui composent le domaine public.

⁴⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières* : CJEG 1988. 107, note Richer ; JCP 1989, no 21183, note B. Nicod ; RFDA 1988. 771, concl. Charbonnier, note B. Pacteau ; Rev. trim. droit civil, 1989, p. 145, chron. R. Perrot

⁴⁹² CA Paris, 11 juill. 1984, *SNCF c. Groupement national des Assedic de la région parisienne* : AJDA 1984. 615, note M. Bazex ; D. 1985. 174, note R. Denoix de Saint-Marc.

⁴⁹³ Cass. 2^e civ. 15 novembre 1995, *Cusset c. CRAVAM*, ; H. Moysan, *Les biens des personnes privées gérant un service public sont saisissables* : Dr. adm. 1996, chron. 11

b) L'inaliénabilité du droit moral et des biens du domaine public.

L'inaliénabilité du droit moral de l'auteur est la conséquence de sa double qualité de droit extrapatrimonial et de droit de la personnalité. H. Desbois emploie à ce sujet une formule éloquente : « *l'auteur ne saurait renoncer à la défense de sa personnalité, sous peine de commettre un « suicide moral »*.⁴⁹⁴ » Pour cette raison, la règle de l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur est d'ordre public.

L'inaliénabilité s'applique au droit moral dans son ensemble, mais la loi ne la consacre expressément que concernant le droit à la paternité et à l'intégrité. L'inaliénabilité ne s'applique pas dans les mêmes conditions à toutes les prérogatives de l'auteur issues du droit moral. Par exemple, en matière de divulgation, il s'agira surtout de déterminer quelles sont les conséquences de la signature du contrat d'exploitation sur l'exercice de la prérogative par l'auteur. En outre, il ne fait aucun doute que l'engagement contractuel de ne pas exercer le droit de repentir serait nul.

C'est certainement pour ces raisons que le législateur s'est concentré sur le droit à la paternité et à l'intégrité, qui soulèvent des difficultés dans le cadre de la validité des clauses contractuelles souscrites par le titulaire du droit moral de l'auteur. L'inaliénabilité pose comme principe que l'auteur ne peut renoncer à l'exercice de son droit moral et ne peut signer aucune clause de renonciation.

Nécessairement, l'inaliénabilité en droit public ne peut pas reposer sur les mêmes fondements, dès lors que l'inaliénabilité du droit moral de l'auteur est rendue nécessaire par son caractère personnel. Pourtant, même si le droit public fonde l'inaliénabilité des biens du domaine public sur des règles différentes, le même principe est appliqué, avec une rigueur équivalente.

L'inaliénabilité du domaine public est très ancienne : elle remonte à l'ordonnance de Moulins de février 1566 qui avait pour objet de protéger les biens de la Couronne contre les rois dispendieux.

⁴⁹⁴ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France* : 3e éd. 1978, n° 382.

Les grands théoriciens du droit public, tels que P-J Proudhon⁴⁹⁵ ont repris le principe de l'inaliénabilité des biens du domaine public. Dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle, le Conseil d'État a développé la règle de l'inaliénabilité du domaine public, et le CGPPP énonce que « *les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles* ». Traditionnellement, l'inaliénabilité empêche la vente, la constitution de droits réels, et l'impossibilité d'exproprier les biens du domaine public.

Cependant, le Conseil constitutionnel a précisé que le principe de l'inaliénabilité du domaine public n'avait pas valeur constitutionnelle et que le législateur pouvait valablement y déroger.⁴⁹⁶ En conséquence, le Conseil constitutionnel n'interdit pas l'aliénation des biens du domaine public mais impose que la vente, l'échange ou le don soit précédé de la désaffectation du bien. Sans cela, le juge administratif comme le juge judiciaire sanctionnent systématiquement les aliénations des biens du domaine public⁴⁹⁷.

Ainsi, la notion d'inaliénabilité est envisagée de façon assez similaire par le régime du droit moral de l'auteur et celui de la domanialité publique : le juge contrôle l'application du principe, et sanctionne les aliénations illégales.

⁴⁹⁵ P-J. Proudhon, *Traité du domaine public*, 1^{ère} éd. 1833.

⁴⁹⁶ Cons. Cons., 18 septembre 1986, *Décision 86-217 DC, Loi autorisant la conclusion de baux emphytéotiques sur les biens domaniaux des collectivités locales* : Rec., p. 141 ; AJDA 1987. 102, note Waschmann

⁴⁹⁷ CE 7 octobre 1977, Sect., 13 octobre 1967, *Cazeaux* : Lebon p. 368 ; RDP 1968. 887, note Waline ; CE 25 janvier 1985, *Ville de Grasse c. Montlaur* : D., 1985, p. 466, note Gilli ; JCP 1985. II. 20515, note Genevoix ; Cass 1^{re} civ., 2 avril 1963, *Montagne* : AJDA 1963. 486

Sous – section 2 : Le faible rôle de l'intérêt général dans la protection des créations intellectuelles des personnes publiques.

Il est frappant de constater que les caractéristiques du droit moral de l'auteur sont les mêmes que celles de la domanialité publique. Pourtant, ces effets ont été attribués par le législateur pour des raisons totalement opposées : le droit moral de l'auteur bénéficie de ce statut très protecteur en raison de son caractère personnel et extrapatrimonial.

A ce propos, J-M. Bruguière énonce que « *cette extrapatrimonialité qui trouve notamment son origine dans la distinction des biens innés et de biens acquis faite par de auteurs anciens⁴⁹⁸ s'explique parfaitement. Le respect de la personnalité passe par le respect de la personne dont l'article 16 du code civil assure la primauté. Ce primat de la personne signifie que les droits de la personnalité sont avant tout ordonnés autour d'une protection morale (et non matérielle) du sujet.⁴⁹⁹ »*

A l'inverse, le droit public accorde un régime très protecteur à la domanialité publique précisément en raison du caractère objectif et patrimonial des biens qui la composent. Pourquoi, donc, des régimes parfaitement distincts, dont l'objet est totalement différent, partagent-ils les mêmes caractéristiques ?

Il ne peut pas s'agir d'une simple coïncidence, dès lors que ces deux régimes sont les seuls, dans le droit positif, à partager ces règles (1). L'identité de régime du droit moral de l'auteur et de la domanialité publique permet-elle de considérer que l'intérêt général, à travers le régime de la domanialité publique, contribue à la protection de l'auteur personne publique, et plus généralement des créations intellectuelles des personnes publiques (2) ?

⁴⁹⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 280. : « *En agissant, une personne peut acquérir des droits : par exemple un droit de propriété ou de créance. À côté de ces droits qu'elle acquiert, elle possède aussi un certain nombre de prérogatives qui lui sont innées, du seul fait qu'elle est une personne humaine ; ces prérogatives ne résultent pas de son activité car elle les acquiert au berceau. Elles sont appelées (...) droits de la personnalité lorsqu'elles interviennent dans les rapports entre particuliers.* »

⁴⁹⁹ J-M. Bruguière, *Droits patrimoniaux de la personnalité*, RDT civ. 2016 .1

1) La recherche de l'intangibilité du droit moral de l'auteur et de la domanialité publique.

Le facteur commun qui gouverne le droit moral de l'auteur et celui de la domanialité est celui de la recherche d'une certaine forme d'intangibilité, qui se justifie différemment dans les deux matières, mais qui tend à produire les mêmes effets.

La recherche de l'intangibilité signifie que le bien ou le droit qui en est l'objet doit demeurer intact, et qu'il ne doit pas lui être porté atteinte. L'intangibilité semble parfaitement adaptée pour qualifier l'objectif des régimes respectifs du droit moral de l'auteur et de la domanialité publique.

Dans un article consacré à l'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres, M. Cornu énonce à propos de la domanialité publique et des biens qui la composent qu'« *il reste que ce régime présente un intérêt réel pour leur conservation. L'idée de l'Etat gardien naturel des éléments majeurs du patrimoine national irrigue l'ensemble des législations culturelles et la propriété publique a toujours constitué le mode suprême de protection. Il est sûr que, frappés d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, d'insaisissabilité, les biens du domaine public bénéficient d'une protection juridique d'une grande efficacité.*⁵⁰⁰ »

La notion d'intangibilité n'est d'ailleurs pas étrangère au droit public des biens qui a longtemps connu l'adage selon lequel « *ouvrage public mal planté ne se détruit pas*⁵⁰¹ », entérinant le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public. Or l'ouvrage public est affecté à l'usage du public et est principalement intégré à la domanialité publique.⁵⁰² Même si cette position a été remise en cause par le Conseil d'État dans une décision du 29 janvier 2003⁵⁰³, le principe de l'intangibilité de l'ouvrage public n'a pas complètement disparu⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ M. Cornu, *L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres*, RDT civ, 2000 .697

⁵⁰¹ T. confl. 6 févr. 1956, *Cts Saavy*, Rec. CE, p. 586

⁵⁰² Sauf exceptions : par ex., le cas des routes forestières, ou des aéroports de Paris qui sont sortis du domaine public.

⁵⁰³ CE 29 janv. 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes c/ Commune de Clans*, req. n° 245239, AJDA 2003. 784, note P. Sablière; RFDA 2003. 477, concl. C. Maugué

⁵⁰⁴ N. Ach, *L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré*, RD publ. 2003. 163 ; D. Bailleul, *L'ouvrage public : de l'intangibilité de droit à l'intangibilité de fait ?* AJDA 2009. 1057

L'existence d'une police de la conservation du domaine public témoigne également de la nécessité qui existe à protéger et assurer la pérennité des biens du domaine public. Même si l'expression d'intangibilité n'est utilisée que pour l'ouvrage public, c'est bien cette notion qui gouverne la protection des biens du domaine public.

Concernant le droit moral de l'auteur, celui-ci bénéficie d'un régime de protection équivalent à celui du domaine public. Même si l'expression d'intangibilité du droit moral de l'auteur n'existe pas, elle peut être valablement retenue : le législateur a aménagé un régime de protection tellement rigoureux que le droit moral de l'auteur, en raison de son caractère personnel et extrapatrimonial, bénéficie de la protection la plus efficace dont dispose le droit positif.

C'est en cela que nous retenons la recherche de l'intangibilité comme critère commun au droit moral de l'auteur et à la domanialité publique, qui explique l'utilisation de caractéristiques identiques. La combinaison de l'inaliénabilité, de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité constitue certainement le régime de protection le plus performant jamais mis au point par le droit positif. Son application au droit moral de l'auteur et à la domanialité publique nous permet d'envisager à quel niveau de priorité le droit positif situe leur protection.

Il est également intéressant de constater que l'observation de l'application de ces règles à deux matières très différentes et très spécialisées révèle que ces critères s'appliquent aussi bien à des matières supposées de droit privé et de droit public.

Toutefois, le simple fait que les personnes publiques sont éligibles à l'application du droit moral de l'auteur tempère la rigueur de la distinction classique entre le droit public et le droit privé. Les exemples de point de contact entre les deux branches du droit sont nombreux dans notre thèse. L'application des mêmes règles pour des raisons distinctes à deux régimes très différents témoigne de l'unité et de la cohérence du droit positif.

2) *Le faible rôle de l'intérêt général dans la protection des créations intellectuelles des personnes publiques.*

L'identité des règles de la domanialité publique et du droit moral de l'auteur pourrait laisser penser que l'intérêt général joue un rôle déterminant dans la protection de la propriété intellectuelle publique. Tel n'est pas le cas.

Par principe, il faut partir du postulat que l'intérêt général doit être présent dans la protection des droits de la personne publique, mais il n'y joue qu'un faible rôle en matière de protection du droit moral de l'auteur, en particulier parce que les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que lui.

Il ne faut donc pas être distrait par l'identité de régime entre le droit moral de l'auteur et le droit de la domanialité publique : il n'existe entre eux que très peu de points communs. La domanialité publique protège un patrimoine, alors que le droit moral de l'auteur est par nature extrapatrimonial.

D'une part, nous avons montré que l'application des règles de l'inaliénabilité, de l'insaisissabilité et de l'imprescriptibilité au droit moral de l'auteur n'est pas inspirée par l'intérêt général, mais par la protection, entre autres, de la personnalité de l'auteur.

D'autre part, l'intérêt général ne joue un rôle dans la protection des créations intellectuelles des personnes publiques que pour la catégorie très résiduelle des créations intellectuelles du domaine public. Puisque le recours à la domanialité privée est privilégié pour les créations intellectuelles, force est de constater que le rôle de l'intérêt général est finalement assez faible. Il n'en demeure pas moins très intéressant : la domanialité privée offre peut d'intérêt pour notre étude dès lors qu'elle met en œuvre les règles de droit privé contenues dans le Code de la propriété intellectuelle. C'est la domanialité publique qui, par la combinaison des règles de droit public et de droit de la propriété intellectuelle présente le plus grand intérêt.

Enfin, l'intérêt général est à l'origine de mesures protectrices des créations intellectuelles des personnes publiques tout autant qu'il met à la charge des personnes publiques des obligations qui n'ont pas pour objet de protection des créations intellectuelles publiques. C'est par exemple le cas de l'ouverture des données publiques, dont nous verrons qu'elle perturbe l'exercice normal des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Conclusion du Chapitre

L'existence d'un droit moral des personnes publiques auteures d'une œuvre de l'esprit constitue un indice de l'excellente propension du droit de la propriété intellectuelle à s'appliquer aux personnes publiques. Toutefois, il ne faut pas considérer que la reconnaissance du droit moral de l'auteur au profit des personnes publiques bouleverse le régime de la protection des personnes publiques et de la propriété intellectuelle des personnes publiques. Le droit moral de l'auteur personne publique est circonscrit à des hypothèses précises et ses effets, s'ils s'articulent très bien avec la protection du statut des personnes publiques, sont sans lien avec l'intérêt général.

En effet, d'une part, le droit moral de l'auteur est acquis aux personnes publiques uniquement dans le cas où elles sont titulaires du droit d'auteur à titre originaire, c'est à dire dans la double hypothèse d'une œuvre de l'esprit qui est également une œuvre collective. Ainsi, une création industrielle, ou une œuvre de l'esprit dont les droits de propriété intellectuelle auraient été acquis par la personne publique, ne serait pas concernée par l'existence d'un droit moral. C'est bien l'acte de création d'une œuvre littéraire et artistique qui conditionne la naissance du droit moral au profit de l'auteur.

D'autre part, nous avons montré l'absence de l'intérêt général dans la protection du droit moral de l'auteur personne publique, simplement en relevant qu'il est absent de la protection du droit moral de l'auteur personne privée. Le droit moral de l'auteur est un droit de la personnalité qui présente un intérêt dans le cadre plus général de la protection du statut des personnes publiques, et plus particulièrement de leur identité.

Le droit moral de l'auteur personne publique constitue ainsi un outil supplémentaire, issu du droit privé et étranger à l'intérêt général, qui permet de sécuriser juridiquement l'exercice d'une activité de création par les personnes publiques. L'identité de régime unique entre le droit moral de l'auteur et celui de la domanialité publique permet de mesurer l'importance qu'a entendu lui donner le législateur en lui accordant le régime de protection le plus efficace du droit positif.

PARTIE 2 : LES OBLIGATIONS DES PERSONNES PUBLIQUES.

Nous avons démontré dans la première partie de notre thèse qu'en matière de propriété intellectuelle, les personnes publiques jouissent de certaines prérogatives élargies par la personnalité publique par rapport au droit privé. Nous allons démontrer dans cette seconde partie que ces avantages sont compensés par l'existence d'obligations renforcées. Ces obligations sont principalement de deux ordres.

La première est l'ouverture des données publiques (open data) qui est la conséquence d'un mouvement mondial visant à faciliter la croissance économique et l'accès des administrés aux documents publics pour dynamiser la citoyenneté et renforcer la transparence de l'action publique. En effet, la loi du 17 juillet 1978⁵⁰⁵ (loi « CADA ») instaure un droit d'accès individuel aux documents administratifs, complété par un droit à la réutilisation des données publiques depuis l'ordonnance du 6 juin 2005⁵⁰⁶ qui transpose la directive du 17 novembre 2003⁵⁰⁷ concernant la réutilisation des informations du secteur public (Titre 1).

Si l'open data n'est pas attentatoire aux droits de propriété intellectuelle publics en droit positif, nous démontrerons que son évolution peut conduire à restreindre très significativement le droit d'auteur des personnes publiques. Pour cette raison, le patrimoine intellectuel public est en danger.

La seconde obligation qui pèse sur les personnes publiques pourrait constituer une solution à cette problématique. La valorisation et la protection du patrimoine public font partie des exigences auxquelles les personnes publiques sont soumises, y compris en matière de patrimoine intellectuel.

⁵⁰⁵ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978 page 2851

⁵⁰⁶ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

⁵⁰⁷ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

Cette obligation implique des interactions intéressantes entre la nécessité de protéger et de valoriser le patrimoine public et sa mise à disposition du public. Cette problématique gouverne notamment la matière de l'open data. Le droit à la réutilisation gratuite des données publiques semble éprouver des difficultés à s'articuler avec l'idée de valorisation, tandis que l'atteinte qu'elle pourrait porter aux droits de propriété intellectuelle publics est contraire à l'objectif de protection. (Titre 2).

TITRE 1 : LES OBLIGATIONS A L'EGARD DU PUBLIC.

En matière d'ouverture de données publiques (open data), le droit français distingue deux droits distincts. Tout d'abord, le droit fondamentalement démocratique à l'information des citoyens également évoqué sous le terme de droit d'accès ou droit de communication. Ce droit d'information est le préalable du droit à la réutilisation, qui a une finalité totalement différente. Ainsi que le souligne W. Gilles « *l'information procède en effet du gouvernement ouvert, alors que la réutilisation procède de la logique des données ouvertes*⁵⁰⁸ ».

En matière de droit à la communication des informations publiques, la loi du 17 juillet 1978⁵⁰⁹ a constitué un tournant déterminant, puisqu'elle a fait du droit à l'information un droit opposable, les administrés pouvant désormais se prévaloir de dispositions juridiques positives à l'appui de leurs demandes. Cette loi leur permet également de recourir à la Commission d'accès aux documents administratifs, à la Commission nationale de l'informatique et des libertés et aux tribunaux en cas de litige né du refus d'une personne publique de leur communiquer un document administratif qu'elle détient.

L'ordonnance du 6 juin 2005⁵¹⁰ relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, prise pour la transposition de la directive du 17 novembre 2003⁵¹¹ concernant la réutilisation des informations du secteur public a, dans un deuxième temps, introduit le droit de réutilisation des informations publiques.

Une distinction doit nécessairement être mise en œuvre entre deux types d'informations administratives. D'une part, on distingue les documents administratifs

⁵⁰⁸ W. Gilles, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

⁵⁰⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978 page 2851

⁵¹⁰ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

⁵¹¹ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public (dite « directive PSI »)

(aujourd'hui désignées par le terme « données publiques⁵¹² »), qui sont soumis au principe de communication instauré par la loi du 17 juillet 1978. D'autre part, les informations nominatives, (aujourd'hui désignées par le terme « données personnelles ») qui bénéficient du régime de protection de la loi du 6 janvier 1978⁵¹³ relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

En outre, le développement de l'open data provoque des conflits de libertés publiques. En effet, le droit d'accès aux documents administratifs⁵¹⁴, la propriété intellectuelle⁵¹⁵ et la protection de la vie privée⁵¹⁶ sont des libertés fondamentales qui entrent en concurrence par l'accélération du développement de la politique d'ouverture des données publiques.

S'il est intéressant d'identifier cette liberté publique et les conflits qu'elle éprouve avec l'open data, la protection de la vie privée doit être écartée de notre étude, car elle n'est pas incluse dans les droits garantis par la propriété intellectuelle. Pour cette raison, nous excluons également de notre analyse la problématique de la protection des données personnelles, qui constitue une véritable obligation pour les personnes publiques renforcée par rapport au droit privé, mais qui n'entre pas dans le champ de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

L'open data peut donc juridiquement être envisagée en deux étapes : d'abord, la mise à disposition par les administrations, en vertu du régime d'accès aux documents administratifs des données publiques, puis leur réutilisation par le public. Cette approche permet de rendre compte de l'existence de la problématique fondamentale du conflit de libertés publiques. Pour cette raison, nous confronterons d'abord la propriété intellectuelle publique au droit d'accès aux documents administratifs, puis au droit à la réutilisation de ces données.

⁵¹² Documents administratifs et données publiques ne sont pas synonymes, même si l'on passe de plus en plus des premiers aux secondes. En 1978, visait surtout les supports (surtout papier, mais déjà informatique), même si en visant les supports, il désignait aussi les informations qu'ils contenaient. Aujourd'hui, la dématérialisation fait qu'il vise surtout les informations.

⁵¹³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁵¹⁴ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, *Ullmann*, AJDA 2002, p. 691, note P. Raimbault ; RFDA 2003, p. 135

⁵¹⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, considérants 14 et 15

⁵¹⁶ Cons. const., du 23 juillet 1999 n° 99-416 DC

Le choix de cette méthode peut être critiqué car il opère une segmentation de l'open data, alors que celle-ci intègre tout autant le droit d'accès aux documents administratifs que le droit de réutilisation. Pourtant, ces deux prérogatives des administrés n'ont pas la même valeur, et ne produisent pas les mêmes effets en matière de propriété intellectuelle. Pour ces raisons, ils doivent être envisagés séparément, et dans l'ordre chronologique de leur exercice, c'est à dire la mise à disposition par les administrations en premier lieu, puis leur réutilisation.

Ainsi, dans le Chapitre 1 du présent Titre, l'open data sera évoquée comme politique publique d'ouverture des données publiques, tandis qu'elle sera envisagée dans le Chapitre 2 comme politique publique de réutilisation des données publiques.

Ici encore, la sémantique est ambiguë : l'open data que nous traduisons en français par l'ouverture des données publiques comporte deux types de droits ainsi que nous l'avons démontré. Le droit d'accès et la diffusion des données publiques s'intègrent parfaitement dans le vocable « ouverture » des données publiques. Car c'est de cela qu'il s'agit : d'une ouverture des données au profit des administrés. Pour cette raison, le terme ouverture des données publiques aura dans ce Titre deux significations : une signification *lato sensu*, qui désigne la politique d'open data dans sa globalité, et une autre *stricto sensu* qui fait référence au droit d'accès et à la diffusion des données publiques.

Le droit de réutilisation est donc partie intégrante de l'ouverture des données publiques *lato sensu* (open data), mais est distinct de la notion *stricto sensu*. Cette terminologie est la résultante de l'histoire du droit de l'ouverture des données publiques, né en 1978 et auquel on a ajouté en 2005 le droit à la réutilisation sous l'impulsion du droit européen. Ainsi, la notion de réutilisation non initialement intégrée à celle d'ouverture n'apparaît pas explicitement dans la terminologie d'ouverture des données publiques. Pour cette raison, le législateur préfère évoquer les notions d'accès aux documents administratifs et de réutilisation des informations publiques séparément⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

Nous reprenons cette scission pour les besoins de notre démonstration, mais elle ne doit cependant pas faire oublier que ces deux droits, quoique très différents, sont les deux faces d'une même pièce, et que le droit à la réutilisation ne peut exister sans le droit d'accès aux documents administratifs.

Le droit d'accès aux documents administratifs contraint les personnes publiques à communiquer et diffuser les données publiques qu'elles détiennent. Mais rien n'indique que les personnes publiques ne détiennent pas de droits de propriété intellectuelle sur ces données. L'ouverture des données publiques *stricto sensu* transgresse-t-elle les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Chapitre 1) ?

En outre, les données publiques sont par principe éligibles à la protection du Code de la propriété intellectuelle. La question de leur réutilisation pose difficulté, à plus forte raison dès lors qu'elles sont répertoriées dans des bases de données sur lesquelles les personnes publiques détiennent des droits de propriété intellectuelle. La réutilisation de ces données peut-elle être exercée sans transgresser les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Chapitre 2) ?

Ainsi, nous tenterons de déterminer si l'open data échappe à la propriété intellectuelle, ou si elle instaure une relation entre les personnes publiques et les données qu'elles produisent différente de la propriété intellectuelle. L'intérêt général incarné par l'open data joue-t-il contre la propriété intellectuelle des personnes publiques ? Cette question doit être éclaircie pour déterminer si l'open data est une exception ou une illustration de notre thèse.

Chapitre 1 : L'ouverture des données publiques conciliable avec les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Les personnes publiques collectent et génèrent un volume important de données, simplement parce que les missions de service public qu'elles conduisent requièrent la compilation d'un certain nombre d'informations. Ces informations permettent aux personnes publiques de suivre l'évolution d'un certain nombre de facteurs au moyen d'outils statistiques, ou leur permettent de mieux appréhender le territoire avec la science de la cartographie. Elles collectent également des informations environnementales et de santé publique avec notamment l'observation de l'épidémiologie.

Il est à peine utile de rappeler combien les services publics détiennent des données dans les domaines les plus variables : l'INSEE pour les données statistiques, l'INPI et les greffes des Tribunaux de commerce pour les données légales, l'INSERM pour les données concernant la santé, la Direction de la Météorologie Nationale pour les données climatiques, ou encore l'Institut National de l'Information géographique et forestière et le cadastre pour les données sur le territoire. Les données publiques concernent tout autant les biens que les personnes, et sont devenues une ressource de premier ordre.

Dès les années 1970, le législateur a pris soin d'encadrer l'utilisation des informations publiques. L'utilisation faite de ces données doit être connue du public, car l'action des personnes publiques doit être transparente. La recherche de cette transparence est concrétisée de longue date en droit positif à travers, par exemple, le régime de publicité des décisions administratives. L'objectif de ce régime est double : il vise à garantir l'information des administrés tout en rappelant aux personnes publiques que leurs actions et décisions ne peuvent demeurer secrètes. En ce sens, dès les années 1960, l'opacité des informations détenues par les personnes publiques a inspiré aux administrés la revendication d'un droit d'accès aux documents administratifs.

Cette revendication des administrés désormais éveillés aux problématiques publiques a tout de suite été envisagée par les personnes publiques comme le moyen d'améliorer leur image et de fédérer les citoyens autour de leurs actions. C'est ainsi que fut adopté le titre premier de la loi du 17 juillet 1978⁵¹⁸ intitulé « *de la liberté d'accès aux documents administratifs* », qui est partie intégrante d'un ensemble de mesures⁵¹⁹ plus vaste visant à promouvoir la transparence de l'administration.

Par ces dispositions, la loi de 1978 a instauré un principe nouveau dont il convient de relever l'importance. En effet, comme le relève R. Denoix De Saint Marc, « *il n'allait pas de soi que, dans un pays comme le nôtre, pays de forte administration, où les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens sont marquées par l'inégalité et les prérogatives de la puissance publique, ce droit à la communication des documents administratifs soit, d'abord, établi et, ensuite, respecté.*⁵²⁰ »

Pourtant, ce droit a été accueilli avec enthousiasme par l'ensemble de la doctrine dès la fin des années 1970 comme étant de nature à encourager le développement du civisme et l'intérêt pour l'action publique.

Le droit de l'accès aux documents administratifs est aujourd'hui intégré et renforcé dans ses effets par la politique publique d'open data. L'open (ouvert) data (donnée numérique d'origine privée ou publique) est un mouvement qui vise à la diffusion⁵²¹ des données publiques pour enrichir le débat démocratique, la vie publique et moderniser les services publics. Depuis le lancement de la plateforme publique « *data.gouv* », le 5 Décembre 2011, de très nombreuses collectivités territoriales ont ainsi ouvert leurs données publiques. La loi de 1978 est codifiée dans le Code des relations entre le public et l'administration : depuis le 18 mars 2016, le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 relatif à la réutilisation des informations public est codifié au livre III (titre II) du code des relations entre le public et l'administration.

⁵¹⁸ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978

⁵¹⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives

⁵²⁰ R. Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'État, président de l'IFSA, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, « *transparence et secret* », La Documentation Française, octobre 2003, p. 13.

⁵²¹ et à l'appropriation collective, comme nous le verrons dans le Chapitre 2 du présent Titre

Le lancement de cette plateforme marque donc définitivement l'entrée de la France dans une politique publique généralisée et structurée d'open data. Elle est pilotée par la mission Etalab sous l'autorité du Premier ministre. Cette mission agit dans le cadre d'une politique publique plus vaste qui est celle de la modernisation de l'action publique. Son meilleur atout est le portail interministériel data.gouv.fr, qui lui permet d'organiser la mise à disposition libre des informations publiques détenues par des personnes publiques ou privées chargées d'une mission de service public.

La consécration de la politique publique d'open data en France est la signature de la Charte du G8 pour l'Ouverture des Données Publiques le 18 juin 2013. Le communiqué des chefs d'État faisant suite à la signature de ce texte énonce qu'il « *contribuera à accroître la quantité de données publiques ouvertes dans les secteurs essentiels de l'action publique, comme la santé, l'environnement ou les transports ; à soutenir le débat démocratique ; et à faire en sorte de faciliter la réutilisation des données publiées*⁵²² ».

Ainsi, les personnes publiques sont soumises au droit d'accès aux documents administratifs issu de la loi de 1978 et à la mise en œuvre de la politique publique d'open data. À ce titre, elles sont tenues de respecter l'obligation générale de communiquer les informations qu'elles détiennent.

Cependant, nous démontrons que cette obligation n'est pas symétrique vis à vis des personnes privées. Pour cette raison, nous considérons qu'en matière d'ouverture des données publiques *stricto sensu*, les personnes publiques sont soumises à des obligations renforcées par rapport au droit privé.

Pour vérifier que l'ouverture des données publiques *stricto sensu* est conciliable avec les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, il conviendra en premier lieu de s'interroger sur les relations entretenues par les données publiques avec le droit de la propriété intellectuelle (Section 1), avant de déterminer si l'ouverture de données publiques s'exerce au détriment des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Section 2).

⁵²² Communiqué des Chefs d'Etat suite à la signature de la Charte du G8 pour l'Ouverture des Données Publiques le 18 juin 2013, paragraphes 46 à 50 (*traduction libre de l'anglais*).

Section 1 : L'ouverture des données publiques et leur éligibilité à la protection de la propriété intellectuelle.

L'ouverture des données publiques est un thème d'actualité en droit positif pour plusieurs raisons. D'abord, il est *relativement* nouveau, et suscite à ce titre une réflexion doctrinale importante. En effet, la prise en considération de la problématique de l'ouverture des données publiques remonte à la fin des années 2000 en France, mais s'inscrit dans le cadre de la politique de transparence administrative qui est bien plus ancienne. Déjà la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen prévoit en 1789 que « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration*⁵²³. »

Nous avons démontré que dans cet esprit, la loi de 1978⁵²⁴ marque un tournant considérable dans les relations entre les personnes publiques et les administrés en mettant fin au principe antérieur du secret des documents publics. Par cette loi fondamentale, l'information des administrés est devenue un droit opposable aux personnes publiques. Pour cette raison, le droit à la communication des documents administratifs n'est donc pas vraiment nouveau.

Le concept originel d'open data a vu le jour dans un domaine complètement étranger au droit. En effet, c'est un article de recherche scientifique américain publié dans la revue « National Research Council » qui utilise pour la première fois en 1995 le terme d'open data⁵²⁵ pour évoquer l'intérêt de partager des données géophysiques et environnementales. Pour cette raison, la paternité de l'open data est souvent attribuée aux États-Unis. Mais l'Europe et plus particulièrement la France ne sont pas restées en marge de ce mouvement, bien au contraire.

Déjà en 2002, le Conseil d'État a consacré l'importance du droit d'accès aux documents administratifs, énonçant que « *les dispositions susmentionnées, relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs, concernent les garanties*

⁵²³ Art. 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

⁵²⁴ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978 page 2851

⁵²⁵ Cité dans l'ouvrage de S. Chignard, *Open data - Comprendre l'ouverture des données publiques*, FYP éditions, France, 2012.

*fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*⁵²⁶ ». En tant que liberté publique, le droit d'accès aux documents administratifs s'impose comme un droit fondamental. Or, c'est sur le fondement du droit d'accès aux documents administratifs que s'est construite l'open data. En réalité, l'apport de l'open data par rapport au droit d'accès réside dans l'extension de l'obligation de publication de certains documents administratifs déjà intégrée dans la loi de 1978.

En outre, l'open data bouleverse le mode de communication des documents administratifs : désormais, ce n'est plus à l'administré de solliciter la communication d'un document auprès d'une personne publique. La politique publique d'open data « *s'inscrit dans une démarche proactive* », comme le souligne J. Chevallier⁵²⁷. Cela signifie que la personne publique publie très largement tous les documents dont elle dispose afin d'anticiper la demande de l'administré.

Cette logique d'anticipation rejoint complètement la théorie de R. Chapus⁵²⁸ sur les activités de « *plus grand service* », qui visent à satisfaire les administrés par opposition à la recherche d'un profit qui est ici inexistant puisque le principe du droit d'accès est la gratuité. Or les activités d'intérêt général sont des activités de plus grand service.

Ainsi, il convient tout d'abord de démontrer que l'ouverture des données publiques *stricto sensu* est une politique publique d'intérêt général (Sous-section 1) qui vide en partie le droit d'accès aux documents administratifs de sa substance, et qui est attentatoire aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Section 2).

⁵²⁶ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, *préc.*, AJDA 2002, p. 691, note P. Raimbault ; RFDA 2003, p. 135

⁵²⁷ J. Chevallier, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques*, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

⁵²⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, p. 583

Sous - section 1 : L'open data, politique publique d'ouverture des données.

Les personnes publiques sont soumises à une obligation générale de communication de leurs ressources documentaires. Celle-ci prenait initialement la forme d'une obligation de produire ces documents en cas de sollicitation sous l'empire de la loi de 1978. L'open data l'a transformée en une obligation de publication quasiment systématique et spontanée.

Cette obligation qui pèse sur les personnes publiques peut conduire à s'interroger sur le fait que les personnes privées consomment ces données, sans être tenues en retour de contribuer elles-mêmes à l'effort d'open data. Toutefois, parmi les données détenues et publiées par les personnes publiques, beaucoup proviennent de personnes privées et le législateur peut imposer aux personnes privées d'ouvrir leurs données. L'open data est une politique publique qui concerne autant les personnes publiques que les personnes privées. Il convient donc de déterminer comment cette politique publique universelle concerne tant les personnes publiques que privées et tend à satisfaire l'intérêt général.

1. L'open data, une politique publique universelle.

L'open data est une politique publique, c'est à dire selon la définition classique proposée par J-C. Thoening « *un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales*⁵²⁹ ». La politique publique est donc un moyen mis en œuvre par une personne publique pour atteindre des objectifs spécifiques : c'est le cas de la politique de la ville, de la santé ou de la sécurité. Les politiques publiques sont donc nombreuses, variées, évolutives et ont toutes pour objet de permettre l'épanouissement de l'intérêt général. Elles tiennent compte des circonstances de temps et de lieu qui font évoluer les besoins de la société. Comme toute politique publique, l'open data correspond à une époque et à un besoin identifié du public. À l'heure de la société de l'information et du développement du

⁵²⁹ J-C. Thoening, *Traité de science politique* sous la direction de J. Leca et M. Grawitz, Paris, Presses Universitaires de France, Volume 4 « *les politiques publiques* », 1985

numérique, il n'est donc pas surprenant que le droit d'accès aux documents administratifs évolue sous les traits de la politique publique de l'open data.

La particularité de la politique publique d'open data est que ce mouvement se développe au plan mondial. Peu de politiques publiques françaises connaissent une telle ampleur au delà de nos frontières : cela s'explique par le fait que les besoins des populations sont liés aux circonstances locales. Mis à part des pandémies ou guerres mondiales, qui nécessiteraient la mise en place de politiques publiques sanitaires et sécuritaires simultanées et dont l'objet serait semblable dans tous les pays concernés, il est difficile d'imaginer que tous les pays du monde développent en même temps des politiques publiques identiques. C'est pourtant le cas en matière d'open data : avant la France, les États-Unis ont adopté la loi sur le libre accès à l'information en 1966⁵³⁰ qui a été amendée notamment en 2007 par la loi Open Government Act⁵³¹. La ville de Rennes, ou encore la ville de Paris ont été parmi des premières communes en France à se positionner en matière d'ouverture des données publiques *stricto sensu*.

En effet, dès les mois de juin⁵³² et décembre⁵³³ 2010 le maire de Paris sollicitait le Conseil de Paris pour permettre au public d'accéder librement et gratuitement à ses ressources documentaires. La Grande Bretagne⁵³⁴, la Suisse et le Canada⁵³⁵, et les pays du nord de l'Europe sont également investis dans des politiques publiques d'open data en 2010 et 2011.

Dans quasiment tous les pays qualifiés d'émergents par la science économique, la même politique publique d'open data a été mise en œuvre au même moment que dans les pays occidentaux. C'est le cas au Kenya qui, dès 2011, démarrait une politique

⁵³⁰ The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, as amended by public law NO. 104-231, 110 STAT. 3048

⁵³¹ Open Government Act, December 17, 2007, Referred to the Committee on Oversight and Government Reform, « *Loi favorisant l'accessibilité, la responsabilité et la transparence du gouvernement en renforçant l'article 552 du titre 5 du Code des États (...), et à d'autres fins. (An act to promote accessibility, accountability, and openness in Government by strengthening section 552 of title 5, United States Code (commonly referred to as the Freedom of Information Act), and for other purposes)* ».

⁵³² Délibération affichée à l'Hôtel-de-Ville et transmise au représentant de l'État le 22 juin 2010 ; Reçue par le représentant de l'État le 22 juin 2010 : « *Article 1 : Le principe de la diffusion des données publiques de la ville de Paris est approuvé. Article 2 : M. le Maire de Paris met en œuvre la diffusion progressive de ces données (...)* »

⁵³³ Délibération affichée à l'Hôtel-de-Ville et transmise au représentant de l'État le 21 décembre 2010 ; Reçue par le représentant de l'État le 21 décembre 2010 : « *Le projet de licence « Open Data » relative à la diffusion par la ville de Paris des données publiques en sa possession annexé à la présente délibération est approuvé.* »

⁵³⁴ Mise en ligne du site internet data.gov.uk, équivalent du site data.gouv en France par G. BROWN en 2010.

⁵³⁵ Mise en ligne du site internet data.gc.ca, équivalent du site data.gouv en France par le ministre S. DAY en 2011.

publique « *Kenya Open Data Initiative*⁵³⁶ ». Ainsi, le portail kenyan opendata.go.ke expose que « *le Kenya est le premier pays en développement à créer un portail d'ouverture des données publiques. Il est le premier en Afrique subsaharienne et le deuxième sur le continent après le Maroc. Cette initiative a été approuvée mondialement comme l'une des étapes les plus importantes déployées par le Kenya pour améliorer l'action publique et mettre en œuvre les dispositions de la nouvelle Constitution sur l'accès à l'information*⁵³⁷ ». Le Maroc, la Mauritanie, la Tunisie, le Pakistan ou l'Irak et la Syrie sont également des pays actifs dans la politique publique d'open data et ont tous mis en place des portails équivalents à *data.gouv* en France.

Selon l'Open Knowledge Foundation qui établit un classement annuel⁵³⁸ des pays selon la qualité et le résultat de leur politique publique d'open data, 122 pays sont recensés en 2015 comme pratiquant l'ouverture de données publiques. Outre le fait que cette étude classe la France dixième, derrière les États-Unis (huitième), la Grande-Bretagne (deuxième) et Taiwan (premier), elle permet surtout de mesurer le caractère mondial et universel de la politique d'open data.

Il ne peut donc pas être soutenu que l'ouverture des données publiques correspond à des circonstances de temps et de lieu déterminées, car la circonstance de lieu est inopérante. C'est en réalité la circonstance de temps dont il doit être tenu compte dès lors qu'entre 2010 et 2013, quasiment tous les États du monde se sont impliqués dans le conduite de politiques publiques d'open data, en ce compris des pays en guerre, en paix, développés ou en voie de développement, indifféremment situés dans chacun des deux hémisphères de notre planète.

À ce titre, l'ouverture des données publiques est une politique publique qui doit être regardée comme unique en son genre. Il convient d'observer à l'échelle de la France comment la politique publique d'ouverture des données s'applique aux personnes publiques et aux personnes privées.

⁵³⁶ Le 8 Juillet 2011, le Président M. Kibaki a lancé l'Initiative Open Data Kenya, rendant les informations publiques librement accessibles au public par le biais d'un portail en ligne unique. Le recensement de la population, les dépenses nationales et régionales, et des informations sur les services publics sont disponibles sur ce portail.

⁵³⁷ Librement traduit de l'anglais : « *Kenya is the first developing country to have an open government data portal, the first in sub-Saharan Africa and second on the continent after Morocco. The initiative has been widely acclaimed globally as one of the most significant steps Kenya has made to improve governance and implement the new Constitution's provisions on access to information* ».

⁵³⁸ Classement annuel 2015 de l'Open Knowledge Foundation, voir <http://fr.okfn.org/2015/12/09/open-data-index-2015-des-donnees-fondamentales-toujours-indisponibles-en-france/>

2. L'open data et les personnes publiques.

En 1994, la circulaire relative à la diffusion des données publiques établit que « *pour exercer ses missions, l'administration collecte, enregistre, conserve et traite d'importantes quantités de données. Elle dispose ainsi d'une ressource qu'elle doit gérer dans le respect de ses missions, en conformité avec les principes du droit public et dans l'intérêt du public. Dans cette perspective, les administrations ou services publics qui disposent d'informations non confidentielles présentant un intérêt pour le public et notamment pour les entreprises doivent pouvoir en envisager la diffusion*⁵³⁹ ». L'ouverture des données publiques n'est donc pas récente, même si elle ne représente pas à l'époque une « *une obligation pour l'administration détentrice* ».

En 2008, la métropole de Brest constituait un groupe de travail sur la question de l'ouverture des données publiques. La première collectivité territoriale à mettre en œuvre un portail d'accès à ses données publiques est la communauté d'agglomération de Rennes en 2010, suivie par d'autres grandes agglomérations telles que Paris la même année. En conséquence, les collectivités territoriales sont les premières personnes publiques à avoir anticipé l'intérêt de l'open data et à avoir organisé son exercice, avant même la mise en ligne du site *data.gouv* par la mission Etalab.

Pour autant, ainsi que le relève S. Manson, « *les dispositifs par lesquels l'État et les collectivités territoriales mettent à disposition les informations publiques qu'ils produisent ou collectent se conforment, pour l'heure, à des principes identiques*⁵⁴⁰ ». Cela signifie que les mêmes textes régissent la mise à disposition du public en France, à savoir un principe de gratuité⁵⁴¹ et l'exclusion des données à caractère personnel et de celles qui sont l'objet de droits de propriété intellectuelle de tiers.

L'enthousiasme de certaines collectivités territoriales à mettre en œuvre la politique d'open data s'explique en partie par la logique de proximité propre à ces personnes publiques et par la diversité des services publics qui collectent une masse de données

⁵³⁹ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques

⁵⁴⁰ S. Manson, « *La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales* », AJDA 2016. p.97

⁵⁴¹ Déjà présent dans la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs ainsi qu'à la réutilisation des informations publiques, la gratuité de principe est réaffirmée par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la protection et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public.

considérable. En effet, au plan local, les citoyens sont en demande de données qui les concernent dans leur vie quotidienne, ce qui est moins évident au plan national⁵⁴².

Il ne faudrait donc pas croire que les collectivités locales sont réticentes à ouvrir leurs données, car tel n'est pas le cas même si l'enthousiasme de toutes les collectivités n'est pas le même. Outre le fait qu'elles sont pionnières en la matière, ces collectivités utilisent l'open data pour assurer le fonctionnement de leurs services. Ainsi, le mouvement de l'ouverture des données publiques a été mis en œuvre au niveau national au moyen de circulaires des Premiers ministres successifs, sans qu'il soit nécessaire que le législateur n'intervienne. Au niveau local, les collectivités ont globalement suivi le mouvement, voire même devancé l'État dans la mise en place de stratégies d'open data.

Mais cette bonne volonté n'a pas suffi à éviter que le législateur ne tente de contraindre les collectivités locales à exécuter la politique d'open data. L'article 29 du projet de loi de développement des solidarités territoriales et de la démocratie locale⁵⁴³ vise à contraindre notamment les collectivités territoriales de 3 500 habitants à publier des informations publiques se rapportant à leur territoire et dont ils disposent au format électronique, par une mise en ligne sur internet. Le projet de loi pour une République numérique⁵⁴⁴, que nous étudierons dans le prochain Chapitre reprend ces dispositions pour renforcer la mise en œuvre de la politique publique d'open data.

Ainsi, les personnes publiques sont soumises à l'objectif d'ouverture de leurs données. *Quid* des personnes privées ? Puisque notre étude tend à démontrer que les personnes publiques et les personnes privées sont soumises à un régime commun en matière de propriété intellectuelle mais que les personnes publiques voient leurs obligations renforcées, il est intéressant de vérifier que les personnes privées se voient appliquer un régime allégé en matière d'open data.

⁵⁴² S. Chignard, « *Open data : Comprendre l'ouverture des données publiques* », Fyp éd., 2012

⁵⁴³ Art. 29 du projet de loi de développement des solidarités territoriales et de la démocratie locale (n° 497, 2012-2013), déposé le 10 avril 2013 au Sénat

⁵⁴⁴ Projet de loi pour une République numérique, présenté au nom de M. Manuel Valls, Premier ministre, par M. Emmanuel Macron, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et par Mme Axelle Lemaire, secrétaire d'État chargée du numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015. (Renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

3. L'open data et les personnes privées.

L'open data en France est fondée sur l'ouverture des données des personnes publiques. Mais il ne faut pas éluder le fait que les entreprises du secteur privé sont les premières à utiliser ces données. Les personnes publiques avant-gardistes en matière d'open data ont attiré l'attention des entreprises privées, qui tentent de s'intégrer dans ce mouvement, ou qui en sont contraintes. En outre, il ne faut pas ignorer que l'open data est librement pratiquée par les personnes physiques dans leur vie quotidienne sous des formes certes différentes de l'ouverture des données publiques, mais qui s'en rapprochent incontestablement.

a) *Open data et personnes physiques.* Certaines personnes physiques décident de leur plein gré d'appliquer une politique d'open data à leurs propres données personnelles. Ce mouvement s'est développé en marge de la politique publique d'open data, notamment avec la mise en ligne de la version française du site internet américain Facebook⁵⁴⁵ en 2008. La coïncidence de temps avec la politique d'ouverture des données publiques ne peut ici être ignorée. Il faut à notre sens envisager ce constant comme la confirmation que la philosophie de l'open data transcende complètement la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé, c'est à dire qu'elle peut s'appliquer aux personnes publiques et privées. Pour autant, l'open data n'emporte pas les mêmes conséquences selon qu'elle s'applique à l'une ou à l'autre. En effet, la politique publique d'open data contraint les personnes publiques par principe, et les personnes privées par exception.

En matière d'open data appliquée aux personnes physiques, il convient de relever la sémantique utilisée par site internet américain Facebook. Celle-ci fait directement référence à la terminologie de l'open data : le site comprend des profils d'utilisateurs « *ouverts* », dont les données sont accessibles à n'importe quel utilisateur d'Internet, par opposition aux profils « *fermés* » qui limitent l'accès aux données qu'ils contiennent. Les termes d'ouverture et de fermeture des profils des utilisateurs de Facebook révèlent qu'une politique d'ouverture des données privées se développe incontestablement en marge de l'ouverture des données publiques.

⁵⁴⁵ <https://www.facebook.com>

Ainsi, aujourd'hui, l'ouverture volontaire des données des personnes physiques touche non seulement la vie privée (Facebook, Instagram par exemple), mais aussi la carrière professionnelle. Des réseaux sociaux comme LinkedIn⁵⁴⁶ mettent en ligne le *curriculum vitae* de millions d'utilisateurs et revendent ces informations à des sociétés spécialisées dans les ressources humaines qui développent des statistiques d'après les informations contenues dans ces données. Ces éléments permettent d'affirmer que le mouvement d'open data est pleinement entré dans les mœurs françaises, y compris à l'échelle des personnes physiques.

b) Open data et personnes morales de droit privé. Les délégataires de services publics se sont inspirés de l'ouverture des données pratiquée par les personnes publiques. Observant les avantages et les techniques de mise en application de l'open data par les collectivités territoriales notamment, ils ont à leur tour proposé des services d'ouverture des données en ligne. Par exemple, la Lyonnaise Des Eaux, inspirée par le portail « *data.grandlyon* », renseigne les administrés sur la qualité d'eau de chaque commune. L'argument peut paraître commercial, mais il semble également s'inscrire dans une logique d'open data. Ainsi, F. Charles, directeur de l'innovation de La Lyonnaise Des Eaux déclarait ainsi dans un entretien en juillet 2012 que « *des chercheurs pourraient prédire les inondations grâce à l'historique du niveau des cours d'eau dont nous disposons* ».

Ces entreprises qui côtoient les personnes publiques s'investissent dans la mise en œuvre de l'ouverture de leurs données. Tout comme les personnes publiques elles-mêmes, ces sociétés telles que La Poste sont intéressées par l'open data comme outil de communication sur leur transparence et leur efficacité.

Par suite, des personnes privées étrangères aux personnes publiques telles que le Crédit agricole ou Nike⁵⁴⁷ ont décidé d'ouvrir à leur tour certaines de leurs données. Dans ces cas, l'open data est envisagée comme un argument commercial sur la transparence et la qualité des prestations proposées. Et pour cause : aucune entreprise privée ou publique ne se compromettrait volontairement en publiant des données qui

⁵⁴⁶ <https://fr.linkedin.com>

⁵⁴⁷ Nike fait de l'open data une politique de communication après le scandale lié au travail des enfants chez ses sous-traitants, en Asie notamment.

mettraient en doute la qualité de ses services. Cette crainte des personnes publiques de communiquer des données qui terniraient leur image est d'ailleurs l'un des freins à l'open data, selon le rapport rédigé par le magistrat à la Cour des comptes M. Trojette⁵⁴⁸.

Mais les personnes publiques n'ont pas l'avantage du choix : elles doivent satisfaire à la politique publique d'open data, tandis que les personnes privées ont en principe l'initiative de cette ouverture et choisissent les données qu'elles diffusent au public.

Dans ces conditions, il ne peut pas être nié que les personnes publiques sont soumises à des obligations renforcées par la personnalité publique par rapport au droit privé.

c) L'obligation d'ouverture de certaines données privées. Il est intéressant de s'interroger sur l'existence d'une obligation faite aux personnes privées de mettre en œuvre l'open data comparable à celle qui s'applique aux personnes publiques. Les personnes privées peuvent-elles être contraintes de communiquer des données dans les mêmes conditions que les personnes publiques ? Pour trouver un exemple d'ouverture forcée de données privées, il faut s'intéresser à la question de la santé publique, ou à la gestion des services publics par les personnes privées.

L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que doivent être communiqués de plein droit à quiconque en fait la demande les documents administratifs qui émanent des personnes de droit privé chargés de la gestion d'un service public. Pour cette raison, ces documents émis ou reçus par les personnes privées dans le cadre de la mission de service public sont soumis aux dispositions de la loi de 1978. En revanche, les autres documents, rattachés à l'activité privée de l'organisme sont exclus de l'obligation d'ouverture.

La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire⁵⁴⁹ est l'aboutissement des réflexions faisant suite à l'affaire dite du *Médiateur*⁵⁵⁰. Dans cette

⁵⁴⁸ M. Trojette, Rapport au Premier Ministre, Ouverture des données publiques : « *Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?* », la Documentation Française, juillet 2013.

⁵⁴⁹ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JORF n°0302 du 30 décembre 2011 page 22667

espèce, les conflits d'intérêts entre laboratoires pharmaceutiques et professionnels de santé font partie des dysfonctionnements identifiés comme ayant engendré la mise sur le marché d'un médicament dangereux. Dans ce texte, la prévention des conflits d'intérêt est donc au cœur des préoccupations du législateur en matière de médicament. Cette loi vise également à redonner confiance au public dans le système sanitaire en général, en renforçant sa transparence. D'ailleurs, le terme est central dans le texte puisque l'intitulé du chapitre Ier est ainsi rédigé : « *Liens d'intérêts et transparence* ». Pour le législateur, la transparence est obtenue par la publication d'informations et par l'ouverture obligatoire des données scientifiques des laboratoires pharmaceutiques.

Publication obligatoire d'informations. La loi du 29 décembre 2011 prévoit que les entreprises du secteur de la santé doivent publier l'existence des gratifications qu'elles octroient aux professionnels de santé. Elle étend cette obligation très largement, et notamment « *aux étudiants, associations de professionnels de santé, associations de patients, fondations, établissements de santé, éditeurs de presse, de radio et de télévision, éditeurs de logiciels d'aide à la prescription et à la délivrance, et aux personnes morales assurant ou participant à la formation initiale des professionnels de santé*⁵⁵¹ ».

Le Code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi du 29 décembre 2011 impose encore l'établissement d'une déclaration d'intérêts à tous les responsables ou experts d'autorités sanitaires lors de leur prise de fonctions, ainsi qu'aux conseillers des cabinets ministériels qui mentionne « *les liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonctions, avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques et les produits entrent dans le champ de compétence de l'autorité sanitaire au sein de laquelle il exerce ses fonctions ou de l'organe consultatif dont il est membre ainsi qu'avec les sociétés ou organismes de*

⁵⁵⁰ Le médiateur n'était pas un médicament « coupe-faim », mais il était prescrit et utilisé comme « coupe-faim » en dehors des indications de son AAM.

⁵⁵¹ Art. L. 1451-1.-I du Code de la santé, Créé par loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 - art. 1

conseil intervenant dans les mêmes secteurs. Elle est rendue publique. Elle est actualisée à l'initiative de l'intéressé⁵⁵². »

Cette modification du Code de la santé publique prévoit encore que *« tout titulaire d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament (...) est tenu (...) de mettre à la disposition du public sur son site internet la désignation des principes actifs de ce médicament selon leur dénomination commune internationale recommandée par l'Organisation mondiale de la santé ou, à défaut, leur dénomination dans la pharmacopée européenne ou française⁵⁵³. »* En obligeant les laboratoires pharmaceutiques à publier sur leur site internet des données scientifiques sur leurs produits, le législateur démontre que les personnes privées peuvent elles aussi être soumises de manière obligatoire à l'open data.

En conséquence, personnes publiques comme privées peuvent être soumises à une obligation d'ouvrir leurs données. Cette situation s'explique en partie par le fait que la définition de l'open data en fait une politique générale, qui ne distingue pas entre les personnes publiques et les personnes privées. Cependant, les personnes publiques sont soumises dans des conditions plus contraignantes que les personnes privées à la politique publique d'open data.

En effet, la communication des données n'est obligatoire dans les deux cas que lorsqu'elle est imposée par le législateur. Cependant, les hypothèses de communication obligatoires pour les personnes publiques sont bien plus nombreuses que pour les personnes privées.

Pour cette raison, l'obligation d'ouvrir leurs données est donc plus limitée pour les personnes privées que pour les personnes publiques, tout simplement parce que les personnes privées sont soumises à la politique publique de l'open data dans des cas très marginaux. Dans ces conditions, l'open data est un exemple pertinent d'obligation renforcée par la personnalité publique par rapport au droit privé.

⁵⁵² Art. L. 1451-1.-I du Code de la santé, Créé par loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 - art. 1

⁵⁵³ Art. L5121-1-3 du Code de la santé publique, Créé par loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 - art. 19

Il convient de s'intéresser à la raison d'être de l'obligation d'ouvrir des données. Nous avons établi que l'open data chez les personnes publiques vise à dynamiser la vie publique et stimuler la conscience citoyenne et améliorer la transparence de l'action publique. Nous rapportons un exemple d'open data forcée chez les personnes privées en matière de protection de la santé publique. La recherche du dénominateur commun n'est pas complexe : outre la redondance de la volonté de garantir la transparence de l'action menée, l'open data vise incontestablement à satisfaire l'intérêt général.

Cette hypothèse est corroborée par le très récent projet de loi pour une République numérique⁵⁵⁴ dans lequel le premier Ministre émet le souhait de la création de la notion de données d'intérêt général, qu'il définit comme « *des données commerciales qui appartiennent à des entreprises mais qui, si elles étaient ouvertes, pourraient bénéficier à la communauté et à l'intérêt général*⁵⁵⁵. » Il s'agit des données créées par des personnes privées telles l'Établissement français du sang dont la mise à disposition du public est d'intérêt général.

Nous avons démontré que les entreprises privées sont réticentes à ouvrir leurs données, notamment parce que l'opinion publique ne cesse d'asséner à juste titre qu'elles sont l'or noir du XXI^e siècle. En matière de valorisation de leurs ressources, les personnes privées sont en avance sur les personnes publiques, et craignent non seulement que l'ouverture de leurs données soit source d'insécurité juridique, mais également de perte de profit.

Si la notion de donnée d'intérêt général venait à être adoptée en droit positif, elle pourrait contribuer à résorber l'inégalité qui frappe les personnes publiques et les personnes privées en matière d'open data. Ainsi, le législateur pourrait énoncer, comme il le fait pour les personnes publiques, quelles sont les données qui doivent être communiquées et quelles sont celles qui peuvent ne pas l'être, ou ne doivent pas l'être.

⁵⁵⁴ Projet de loi pour une République numérique, *préc.*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015. (Renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

⁵⁵⁵ E. Macron, Compte-rendu de l'audition devant la « commission numérique », mars 2015

Il ne faudrait pas que ce nouveau rattachement à l'intérêt général conduise à penser que nous recherchons systématiquement à intégrer cette notion à nos développements, car tel n'est pas le cas. Mais il ne peut pas être nié à cette étape de notre thèse que le droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques entretient des rapports complexes avec l'intérêt général. L'omniprésence de ces liens dans notre thèse tient simplement au fait que les personnes publiques naviguent dans le sillage de l'intérêt général.

4. L'open data et l'intérêt général.

L'open data est-elle d'intérêt général ? Indéniablement oui. L'idée qui gouverne l'open data est que les données possédées par les personnes publiques constituent un patrimoine immatériel qui doit être mis en valeur pour l'ensemble de la collectivité. Ainsi, le site « [opendata.paris](http://opendata.paris.fr) » énumère les usages que les administrés peuvent faire de ces données ouvertes : *« les chercheurs peuvent y trouver matière à nourrir leurs travaux et expériences, les développeurs peuvent créer des services innovants utilisant ces données, les citoyens et journalistes y trouvent des informations brutes, les entreprises peuvent fournir une valeur ajoutée à ces données, et ainsi créer de l'emploi et de la richesse pour la collectivité⁵⁵⁶ »*.

L'idée soutenue par l'open data est donc qu'au nom des politiques publiques de modernisation et de transparence de l'action publique, la personne publique met à la disposition du public toutes les données dont elle dispose. Le moins que l'on puisse en penser est que l'open data fait des personnes publiques des êtres altruistes ! Aucune entreprise privée n'accepterait de se soumettre à une telle obligation. Et pour cause : les personnes publiques exposent des frais considérables pour créer, acquérir et compiler les informations administratives qu'elles possèdent. Les mettre à disposition gratuitement est donc contreproductif d'un point de vue économique. Nous verrons dans le prochain Titre que cette situation est complexe à articuler avec la nécessité de valoriser le patrimoine intellectuel public.

⁵⁵⁶ <http://opendata.paris.fr/page/lademarche/>

La complexité de la mise en œuvre de l'ouverture des données publiques provient de plusieurs facteurs. Tout d'abord, du travail préalable de mise en forme des données et de la difficulté technique à évaluer le degré de confidentialité des données pouvant être rendues publiques. Ces opérations nécessitent du temps et un investissement du point de vue des ressources humaines. De plus, outre la difficulté technique d'ouverture d'un portail et le choix de la licence appropriée, l'investissement pécuniaire de la personne publique peut varier de quelques milliers d'euros à quelques centaines de milliers selon l'unique étude conduite en la matière par le laboratoire d'études SerdaLAB⁵⁵⁷ en 2012.

Cependant, cette même étude démontre que l'échantillon de 60 acteurs publics et collectivités locales interrogé s'investit dans la politique publique d'open data pour mener à bien sa mission de service public (57% des sondés), améliorer son propre service (43%), sa transparence (43%) et favoriser la participation citoyenne (41%). Les motivations des personnes publiques à s'investir dans l'open data sont donc a priori purement liées à l'intérêt général, dès lors que des considérations telles que l'amélioration de l'image du service ou la volonté d'animer une communauté open data n'interviennent que dans des proportions très mineures.

Cette recherche de l'intérêt général de la part des personnes publiques qui mettent en œuvre l'open data est confirmé par le rapport rédigé par le magistrat à la Cour des comptes M. Trojette en juillet 2013 seuls « *une vingtaine de services publics administratifs avaient institué ou maintenu des redevances de réutilisation*⁵⁵⁸ » en 2012. Le principe de l'open data est la gratuité et la redevance l'exception, comme l'affirme la circulaire de 2011 qui énonce qu' « *il convient donc que le portail « data.gouv.fr » mette à disposition librement, facilement et gratuitement le plus grand nombre d'informations publiques. (...) La décision de subordonner la réutilisation de certaines de ces informations au versement d'une redevance devra être dûment justifiée par des circonstances particulières*⁵⁵⁹ ». Ce principe de gratuité alimente l'idée que les personnes publiques ne recherchent pas la satisfaction de leur intérêt patrimonial dans la mise en œuvre l'open data, mais bien l'intérêt général.

⁵⁵⁷ SerdaLAB, « *Open Data en France : acteurs, projets et tendances* », novembre 2012

⁵⁵⁸ M. Trojette, *préc.* la Documentation Française, juillet 2013.

⁵⁵⁹ Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques.

La mise en œuvre de l'open data constitue donc bien une activité de plus grand service (et non pas de plus grand profit). Un exemple patent de cette situation est celui de l'Institut National de l'Information Géographique et Forestière, qui a pu se montrer réticent à fournir gratuitement ses données à des entreprises privées. Si cet établissement public à caractère administratif avait un statut privé, il conserverait ses données et procéderait à leur exploitation! Mais en application de la politique publique d'open data, cet organisme public est tenu de communiquer ses données à des opérateurs privés, tels que notamment les fabricants de GPS, qui en tirent profit et développent ainsi leur activité à moindre coût, voire gratuitement.

Sous - section 2 : L'éligibilité de la donnée publique à la protection de la propriété intellectuelle.

La première Partie de notre thèse est consacrée à la démonstration que les personnes publiques produisent et acquièrent des biens intellectuels notamment protégés par le droit d'auteur. La politique publique d'open data bouleverse nécessairement la relation entre les personnes publiques et leurs propriétés intellectuelles ainsi que l'exercice de ces droits.

Il s'agit de déterminer si sont inclus dans la politique d'ouverture des données publiques les documents protégés par des droits de propriété intellectuelle détenus par les personnes publiques. Si tel est le cas, il est difficile d'imaginer comment la propriété intellectuelle des personnes publiques et l'open data peuvent s'articuler.

Pour répondre à cette question, il convient de tenter d'apporter une définition précise de la donnée publique pour déterminer si elle est éligible à la protection de la propriété intellectuelle, ou si au contraire « *les données ne sont pas grevées de droits de propriété intellectuelle (...)* », comme le dit D. Bourlange⁵⁶⁰, directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE).

1. Qu'est-ce qu'une donnée publique ?

Pour comprendre l'enjeu de l'open data du point de vue des droits de propriété intellectuelle, il faut identifier ce qu'est précisément une donnée publique. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les réflexions conduites sur l'open data n'aboutissent pas à une définition précise de la donnée publique. En réalité, on n'a jamais pu donner de la donnée publique une définition stable et admise par tous.

J. Chevallier confirme la nécessité de proposer une définition de la donnée publique en ces termes : « *qu'entend-on par « documents administratifs » ? L'article 1er dresse une liste longue mais non exhaustive, ce qui n'est pas satisfaisant. Les textes*

⁵⁶⁰ D. Bourlange, directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014 p. 143

étrangers, notamment les directives européennes, préfèrent l'expression d'information publique. La loi de 1978, revue en 2005, distingue les documents administratifs et l'information publique, réutilisable et dont les documents administratifs constituent l'un des supports. Ne faut-il pas simplifier ?⁵⁶¹ »

En effet, dès la distinction législative issue de la loi du 6 janvier 1978 entre informations à caractère nominatif ou non-nominatif, la question plus large de l'identification exacte du document administratif et de la donnée publique en tant que telle a émergé. Si le document administratif fait l'objet d'une définition législative, tel n'est pas le cas de la notion de donnée publique.

a) Difficultés de définition

L'analyse de la notion de donnée publique est complexe, car l'absence de définition légale laisse place à une multiplicité d'approches qu'il convient de rappeler et de confronter pour faire émerger une définition complète de la notion de donnée publique.

La loi du 17 juillet 1978 instaure le principe de liberté d'accès aux documents administratifs, et vise à l'époque essentiellement les documents papiers. Mais aujourd'hui la loi instaure le principe de neutralité des supports, c'est à dire que tout administré peut avoir accès à des documents sur support informatique ou obtenus par traitements automatisés.

Le terme « donnée publique » a fait sa première apparition dans la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques. Quelques années plus tard, M. Mandelkern et B. Du Marais rédigent le rapport « *Diffusion des données publiques et révolution numérique*⁵⁶² ».

⁵⁶¹ J. Chevallier, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

⁵⁶² D. Mandelkern et B. Du Marais, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La Documentation Française, décembre 1999

Le projet de loi pour la société de l'information en 2001⁵⁶³ proposait l'insertion d'un nouveau titre dédié à l'accès aux données publiques numérisées dans la loi du 17 juillet 1978. L'article 3 de ce projet « *insère dans la loi du 17 juillet 1978, qui traite actuellement de l'accès aux documents administratifs, un nouveau titre consacré à la diffusion des données publiques numérisées* ». Ce même article précise encore que « *ce nouveau titre de la loi de 1978 définit les données publiques qui devront être accessibles en ligne gratuitement* ».

Ainsi, ce projet de loi proposait qu' « *à l'exception de celles qui ne sont pas communicables en application de l'article 6 ou de l'article L. 124-1 du code de l'environnement, les données numérisées, collectées ou produites, dans l'exercice de leur mission de service public, par les personnes publiques ainsi que par les personnes privées chargées d'une telle mission, sont mises à la disposition de toute personne qui en fait la demande*⁵⁶⁴. »

Repris par le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique en 2004⁵⁶⁵, l'ajout du titre consacré à la diffusion des données publiques numérisées à la loi de 1978 et les définitions qu'il proposait, ont finalement été écartées par le Sénat, qui a jugé que ces définitions devraient être précisées dans le cadre de la transposition de la directive de 2003.

Cette définition finalement jamais adoptée est critiquable car elle restreint la donnée publique aux seuls documents informatiques. L'arrêté du 22 décembre 1981⁵⁶⁶ propose une définition de la donnée similaire en la limitant aux « *informations formatées pour être traitées par un système informatique* ». Or, le critère de la donnée publique n'est pas son caractère informatique, comme le suggère cette formulation étroite.

Pour cette raison, la définition proposée par la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques nous paraît être plus efficace lorsqu'elle énonce que l' « *on pourrait entendre, au sens étroit du terme, une information formatée pour*

⁵⁶³ Projet de loi sur la société de l'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2001.

⁵⁶⁴ Art. 14 du projet de loi sur la société de l'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2001.

⁵⁶⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

⁵⁶⁶ Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, Journal Officiel du 17 janvier 1982.

*être traitée par un système informatique. Elle sera entendue ici au sens large d'information collectée ou produite sur n'importe quel support, pas seulement informatique*⁵⁶⁷ ».

La directive de 2003⁵⁶⁸ reprend le principe de l'indifférence du support, mais utilise une formulation très large de la notion d'information du secteur public qui peut viser toute représentation d'actes, de faits ou d'informations sur tous supports, détenus par un organisme du secteur public : « *a) tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel). b) toute partie de ce contenu*⁵⁶⁹ ». L'ordonnance du 6 juin 2005 qui transpose cette directive n'apporte en outre aucun élément de définition de la donnée publique.

Il ne faudrait cependant pas s'égarer sur la notion de support qui est indifférente : la donnée publique est avant tout *publique*. Pour cette raison, il convient de préciser quels sont les critères qui permettent d'affirmer le caractère public d'une donnée. La circulaire de 1999 apporte des précisions intéressantes à ce sujet en énonçant que « *par publique, il faut entendre une donnée collectée ou produite, dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics*⁵⁷⁰ ». H. Maisl propose de ne retenir qu'un seul critère d'identification de la donnée publique, celui de sa détention par une personne publique⁵⁷¹.

Ce critère semble également être celui retenu par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁵⁷² qui énonce que les personnes publiques ont l'obligation de communiquer tous les documents qui sont en leur possession.

Mais la détention ne semble pas être le seul critère, comme le souligne B. Du Marais, selon qui « *la définition des données publiques repose sur la notion de collecte. Les*

⁵⁶⁷ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

⁵⁶⁸ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public L 345/90

⁵⁶⁹ Considérant n°07 de la Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public L 345/90

⁵⁷⁰ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

⁵⁷¹ H. Maisl, *La commercialisation des données publiques* : AJDA 1988, p. 637 ; La diffusion des données publiques : AJDA 1994, p. 355 ; Régime de la protection juridique des bases de données publiques, AJDA 1997.

⁵⁷² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

*données publiques se distinguent ainsi des simples documents, correspondances, textes administratifs, dans la mesure où elles supposent l'existence d'un instrument de collecte relativement permanent, organisant systématiquement la collecte d'information auprès d'une pluralité de personnes physiques ou morales sur un territoire donné*⁵⁷³ ».

Le rapport « *Diffusion des données publiques et révolution numérique* »⁵⁷⁴, énonce que « *les données collectées ou produites, dans le cadre de sa mission, par un service public sur fonds publics* », au sens de la circulaire du 14 février 1994 précitée sont des données publiques. Ce rapport ajoute encore que la donnée doit avoir vocation à être diffusée. Cette précision permet de prévenir les situations de secrets protégés par la loi (secret médical, secret défense, etc.).

Puisque nous ne disposons pas d'une disposition légale de la notion de données publiques, il est naturel de se référer à celle du document administratif, qui remplit la condition de détention par une personne publique.

Aux termes de l'article 1er de la loi de juillet 1978 « *sont considérés comme documents administratifs, au sens du présent titre, tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions, qui émanent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes de droit public ou privé chargés de la gestion d'un service public. Ces documents peuvent revêtir la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de documents existant sur support informatique ou pouvant être obtenus par un traitement automatisé d'usage courant*⁵⁷⁵. » Cette définition est reprise à l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

⁵⁷³ D. Mandelkern et B. Du Marais, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La Documentation Française, décembre 1999 qui s'appuie sur P. Gaudrat, Rapport relatif à la commercialisation des données publiques, 1992, La Documentation Française, « *est publique la donnée produite usuellement par un service public au sens large* »

⁵⁷⁴ D. Mandelkern et B. Du Marais, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La Documentation Française, décembre 1999

⁵⁷⁵ Art 1 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

La notion de document administratif reprise et complétée par l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui modifie la loi de 1978 qui énonce que « *sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quel que soit le support utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu, les documents élaborés ou détenus par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre de leur mission de service public. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions*⁵⁷⁶ ».

Cette définition est intégralement reprise par le Code des relations entre le public et l'administration en vigueur le 1er janvier 2016 qui énonce que « *sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions*⁵⁷⁷ ».

Au mois de décembre 2015, un projet de loi pour une République numérique a été proposé à l'Assemblée nationale par le gouvernement. Ce texte a pour vocation de modifier l'article 7 de la loi de 1978. Il ne propose étonnamment aucune définition de la donnée publique. Pourtant, il fait explicitement référence à la notion de donnée publique lorsqu'il explique qu'il vise à la circulation des données et du savoir par le « *renforcement et élargissement de l'ouverture des données publiques* ».

⁵⁷⁶ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, JORF n° 131 du 7 juin 2005 page 10022, texte n° 13

⁵⁷⁷ Art. L300-2 du Code des relations entre le public et l'administration dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration

Le projet de loi fait seulement référence à la notion de document administratif, sans préciser si la notion de document administratif doit être intégrée à celle de la donnée publique. L'article 1 du projet de loi énonce que « *les administrations (...), diffusent publiquement en ligne dans un standard ouvert aisément réutilisable les documents suivants, sous réserve des dispositions de l'article 6, lorsqu'ils sont disponibles sous forme électronique : 1° les documents qu'elles communiquent en application des procédures prévues par le présent titre, ainsi que leurs mises à jour ; 2° l'ensemble des documents qui figurent dans le répertoire mentionné à l'article 17 ; 3° les bases de données qu'elles produisent ou qu'elles reçoivent, ainsi que les données dont la publication présente un intérêt économique, social ou environnemental.* »

Le législateur est donc très précis sur la définition de la notion de documents administratifs. La confrontation des définitions proposées en matière de données publiques nous conduit à la conclusion que la notion de donnée publique recouvre un champ beaucoup plus vaste. En réalité, tout document administratif est une donnée publique. Mais la réciproque n'est pas vraie.

Ainsi, devant l'insuffisance des définitions proposées en matière de donnée publique, la recommandation du Forum des Droits de l'Internet sur la politique de diffusion des données publiques a proposé la définition suivante en 2003 : « *constituent des données publiques, toutes les données, numériques ou non, produites ou collectées par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans le cadre d'une mission de service public. De même, sont incluses dans le champ des données produites, les données produites ou collectées par les personnes privées gestionnaires d'une mission de service public dans le cadre de cette mission (comme par exemple, les données de trafic produites par les sociétés autoroutières, les informations légales enregistrées par les greffes ...)*⁵⁷⁸ ».

Cette définition nous semble être la plus complète et la plus adaptée à la notion de donnée publique. Elle synthétise les propositions éparées de définition dès lors

⁵⁷⁸ Le Forum des droits sur l'internet (FDI) Recommandation : « *Quelle politique de diffusion des données publiques ?* » Rendue publique le 14 avril 2003. Le FDI est un organisme spécial chargé de réfléchir sur les questions juridiques posées par l'internet créé en décembre 2000 sous l'impulsion du premier Ministre, suite au rapport du Conseil d'État de 1998 intitulé « *Internet et les réseaux numériques* ».

qu'elle s'appuie sur la notion de service public⁵⁷⁹, et la notion de collecte et de production de la donnée au moyen fonds publics⁵⁸⁰.

Définition. Pour intégrer ces éléments dans une définition concise et universelle, nous proposons de définir la donnée publique comme « *toute information quelle qu'en soit la forme et le support, produit ou reçu par une personne publique ou une personne privée chargée d'une mission de service public dans le cadre de cette mission* ».

La donnée est une notion délicate à appréhender et demeure l'une des notions les plus mystérieuses du droit. Elle est devenue une sorte d'équivalent français de « data ». Cette définition permet de rendre compte du fait que la donnée publique peut être une création, réalisée par la collecte puis la production. Cependant, toutes les données publiques ne sont pas nécessairement le fruit d'une création, puisque la simple collecte suffit à créer une donnée publique. C'est pour cette raison que nous distinguons au sein des données publiques celles qui sont reçues (collectées) et celles qui sont produites (créées). Pour déterminer si la création de la donnée publique est protégée par le droit de la propriété intellectuelle, nous devons déterminer comment elle est créée pour déterminer quels sont les droit attachés à sa production.

b) La création des données publiques

La collecte des informations brutes nécessaires à la création des données publiques se concrétise par des moyens matériels mis en œuvre par les personnes publiques pour recueillir des informations auprès des administrés.

L'hypothèse privilégiée de cette entreprise de collecte est l'utilisation de l'un des 1500 formulaires administratifs disponibles en France. C'est, par exemple, le cas où un administré transmet des informations dans le cadre d'une demande de permis de construire. De plus, la collecte permet de recueillir des informations tant sur les

⁵⁷⁹ P. Gaudrat, *Rapport relatif à la commercialisation des données publiques*, 1992, La Documentation Française, « *est publique la donnée produite usuellement par un service public au sens large* », définition reprise par D. Mandelkern et B. Du Marais, dans le rapport sur la diffusion des données publiques et révolution numérique, La Documentation Française, décembre 1999, préc.

⁵⁸⁰ Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

personnes (état civil par exemple) que sur les biens (conservation des hypothèques, cadastre, etc.).

La collecte d'informations permet aux personnes publiques de compiler une masse d'information vertigineuse dans tous les domaines. Prenons l'exemple des biens immobiliers : les personnes publiques sont en possession de documents indiquant la contenance cadastrale, la nature des sols, la localisation des biens, l'identité des propriétaires, les éventuelles sûretés qui grèvent les biens, etc. En d'autres termes, aucune information ne leur échappe.

Mais ce n'est pas l'opération de collecte de l'information brute qui peut en elle-même susciter l'apparition de droits de propriété intellectuelle. Pour cette raison, P. Gaudrat établit que les personnes publiques transforment ces informations en données publiques en leur apportant une plus-value « *technique, intellectuelle et documentaire qui sont non exclusives les unes des autres*⁵⁸¹ ». En conséquence, avant traitement, l'information collectée est « *considérée dans un état antérieur à tout enrichissement*⁵⁸² ». C'est donc cet enrichissement de la donnée qui éveille notre intérêt car lui seul peut être de nature à faire naître des droits de propriété intellectuelle. Cependant, tous les enrichissements de la donnée brute ne se valent pas sur le terrain de la propriété intellectuelle, c'est pourquoi il convient de les envisager séparément pour observer leur répercussion sur le terrain du droit d'auteur.

Lorsque les personnes publiques apportent une plus-value technique à une information, elles en modifient le support initial pour la rendre plus accessible ou plus facilement consultable. C'est par exemple le cas des opérations de numérisation, et de retranscription de l'information sur des supports informatiques performants tels que le CD-Rom, le DVD, le Blu-Ray ou encore le Cloud. En d'autres termes, la substance de l'information et sa présentation ne sont pas modifiées, mais seulement le support sur lequel elle apparaît. La Bibliothèque Nationale de France (BNF) a, par exemple, une politique ancienne de numérisation du patrimoine mise en œuvre au moyen du portail Gallica qui date de 1998. Demeurée artisanale jusqu'alors, la politique de numérisation de la BNF s'est développée à grande échelle suite à

⁵⁸¹ P. Gaudrat, *Rapport relatif à la commercialisation des données publiques*, 1992, La Documentation Française

⁵⁸² J.M. Bruguière, « *Les données publiques et le droit* », Litec, 2002

l'annonce de Google de diffuser massivement des contenus littéraires via *Google Books*.

Depuis 2009, la BNF numérise des collections spécialisées, c'est à dire des manuscrits, partitions, estampes, gravures, photographies, cartes et plans, monnaies et médailles. Autant de documents physiques détenus par la BNF qui font la singularité de son patrimoine. L'objectif poursuivi par la BNF est de rendre accessibles à distance ses collections, puisque leur consultation est limitée aux lecteurs accrédités. La numérisation est également un moyen intéressant de conservation des manuscrits fragiles très peu accessibles, qui peuvent ainsi être consultés sans provoquer l'altération des originaux. Cette campagne de numérisation est l'exemple de la plus-value technique par excellence.

Cependant, la BNF ne met pas à disposition que des numérisations de documents puisqu'au delà des documents eux mêmes, les « métadonnées » sont mises en ligne. Il s'agit notamment des notices descriptives des documents et des notices bibliographiques, qui caractérisent un apport intellectuel qui est différent de la simple plus-value technique, et qui est de nature à faire naître des droits d'auteurs. Les différentes plus-values sont donc souvent complémentaires, puisque la même personne publique peut apporter plusieurs plus-values différentes à une même donnée.

La plus-value documentaire est d'une toute autre nature, mais est facilitée par la plus-value technique : il s'agit de la systématisation de l'information brute par la compilation. Ainsi, P. Gaudrat a écrit que « *le seul fait de collecter et de rassembler des informations isolées constitue déjà une plus-value* » puisque par définition « *l'information existe déjà en deçà de ce rassemblement, mais le rassemblement apporte un plus : une chose est de savoir la température qu'il fait aujourd'hui à midi ; une autre est de savoir la température qu'il a fait chaque jour à midi, dans ce lieu, depuis un demi siècle*⁵⁸³ ». Les ensembles informationnels permettent de constituer des bases de données dont l'intérêt est d'opérer un classement enrichissant des informations brutes en fonction de critères déterminés.

⁵⁸³ P. Gaudrat, *Rapport relatif à la commercialisation des données publiques*, 1992, La Documentation Française

C'est en ce sens que D. Bourlange⁵⁸⁴ énonce que « *les données ne sont pas grevées de droits de propriété intellectuelle, mais la structure de la base de données peut l'être* ». Cela signifie que les données brutes ne sont pas protégées par le droit de la propriété intellectuelle, mais que la plus-value documentaire qui aboutit à la création d'une base de données est susceptible d'être protégée par le droit de la propriété intellectuelle ou par le droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

Enfin, la plus-value intellectuelle est celle qui est apportée aux informations brutes lorsque les personnes publiques les utilisent pour réaliser un document original dans lequel elles intègrent des commentaires. Les exemples sont nombreux. Ainsi, J.M. Bruguière expose que « *le rapport de fouilles, document administratif par excellence, regroupe, outre des faits bruts, le constat qu'en tel lieu figure tel vestige, toute une documentation archéologique tels des graphiques, photos, voire films susceptibles d'une protection au titre du droit d'auteur et au delà, tout un travail d'analyse, de commentaire de données qui méritent une égale protection*⁵⁸⁵. »

Le rapport de fouille n'est pas le seul exemple de document créé au moyen d'informations brutes et de l'apport intellectuel d'une personne publique. L'Institut National de l'Information Géographique et Forestière compile des données géodésiques brutes pour les intégrer dans des cartes. Ces cartes sont le résultat à la fois des choix du concepteur dans la sélection des informations qu'il souhaite faire figurer, ainsi que de l'ajout d'informations telles que des légendes, des codes couleurs, des symboles (dont le graphisme est créé de manière originale)⁵⁸⁶.

c) L'éligibilité des données publiques à la protection de la propriété intellectuelle.

Le travail effectué par les personnes publiques pour apporter une plus-value aux informations brutes qu'elles ont collecté est-il de nature à faire naître des droits de

⁵⁸⁴ D. Bourlange, directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014 p. 143

⁵⁸⁵ J.M. Bruguière, « *Les données publiques et le droit* », Litec, 2002

⁵⁸⁶ http://www.ign.fr/sites/all/files/legende_cartes.pdf

propriété intellectuelle ? Si la plus-value technique ne suppose pas un réel travail intellectuel, les plus-values intellectuelles et documentaires décrites par P. Gaudrat font naître des droits de propriété intellectuelle. Pour autant, certaines données demeurent exclues de cette protection.

Exclusion par exception de certaines données publiques de la protection de la propriété intellectuelle. Deux types de données publiques font l'objet d'une exclusion systématique de la protection du droit d'auteur : d'abord les données brutes parce qu'elle ne sont le fruit d'aucun traitement, et résultent simplement d'un travail de collecte, et d'autre part les données officielles en vertu du principe selon lequel nul n'est sensé s'approprier la loi.

Puisque la directive du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données et la loi du 1er juillet 1998 posent le principe que la protection par le droit de la propriété intellectuelle porte sur l'organisation originale des données, les informations brutes ne sont pas éligibles à la protection par le droit d'auteur⁵⁸⁷. Ainsi, les données brutes qui feraient seulement l'objet d'une collecte ne sont jamais protégées par le droit de la propriété intellectuelle. Seul le traitement effectué par la personne publique de ces informations est susceptible de faire naître des droits de propriété intellectuelle, à condition qu'il soit original.

En outre, les données officielles sont exclues de la protection du droit d'auteur. Il existe un consensus très ancien en doctrine et en jurisprudence sur l'impossibilité de s'approprier la loi, et donc les droits de propriété intellectuelle qui pourraient résulter de sa création. A. C. Renouard a écrit que « *les pouvoirs publics, institués pour gouverner, non seulement dans l'intérêt général mais aussi dans l'intérêt de chaque citoyen pris individuellement, ne font point acte de propriété lorsqu'ils créent et promulguent des lois*⁵⁸⁸ ». Ainsi, il faut considérer que les textes publiés de portée

⁵⁸⁷ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données transposée par la loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

⁵⁸⁸ A.C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, 1839

générale, qui ont vocation à s'imposer à tous et qui émanent des personnes publiques doivent être exclus de la protection du droit d'auteur.

Eligibilité de principe des données publiques à la protection de la propriété intellectuelle. Le travail effectué par une personne publique sur des données brutes pour les intégrer dans une œuvre intellectuelle ou documentaire est de nature à faire naître des droits de propriété intellectuelle au bénéfice de celle-ci. Les trois catégories de plus-values décrites par P. Gaudrat correspondent à des traitements différents de la donnée brute.

Les plus-values technique et documentaire sont très liées car l'une est souvent le préalable de l'autre. En effet, la plus-value documentaire vise à compiler et synthétiser des données brutes pour en faire un ensemble faisant sens. C'est le cas de l'annuaire ou du catalogue, et, plus généralement des bases de données. Le travail de compilation de données rend parfois nécessaire la mise en œuvre de moyens techniques, tels que la numérisation de documents pour les intégrer dans un même répertoire. En ce sens, la plus-value technique, peut être intégrée au processus de plus-value documentaire. Les données qui émanent d'une plus-value documentaire sont protégées par le droit de la propriété intellectuelle qui établit deux régimes de protection : le droit d'auteur et le droit *sui generis* du producteur de base de données instauré par la directive du 11 mars 1996 transposée par la loi du 1er juillet 1998⁵⁸⁹.

Selon l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle, le producteur d'une base de données « *bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel* ». Cet article subordonne la protection des bases de données par le droit *sui generis* à la preuve d'un investissement substantiel. La plus-value technique, si elle remplit cette condition de substantialité peut s'intégrer à la protection accordée en matière de bases de données. Enfin, nous avons démontré que la protection par le droit d'auteur est acquise dès lors que la base de donnée répond au critère d'originalité.

⁵⁸⁹ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données transposée par la loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

La plus-value intellectuelle, comme son nom l'indique, est une catégorie qui découle naturellement sur la mise en œuvre du droit d'auteur. Dès lors qu'elle suppose que la personne publique commente et systématise des données brutes, elle implique que la donnée publique ainsi créée constitue une véritable œuvre de l'esprit.

Nous évoquions plus tôt l'exemple des cartes proposées par l'Institut National de l'Information Géographique et Forestière. Au sens de l'article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, « *Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences* ».

Mais là n'est pas le seul exemple de donnée publique constituant une œuvre : dès lors que ce même article énonce que constituent également des œuvres de l'esprit les « *écrits littéraires, artistiques et scientifiques* », les rapports publiés à la Documentation Française, les commentaires effectués à partir de statistiques dans les publications de l'INSEE sont également protégés par le droit d'auteur.

Le même régime s'applique aux conclusions des rapporteurs publics, en vertu de ce même article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle qui énonce encore que constituent des œuvres de l'esprit les « *plaidoiries et autres œuvres de même nature* ». Pour cette raison, le Conseil d'État qui organise la diffusion de ces conclusions rappelle qu'elles « *peuvent être communiquées après la séance de jugement, si leur auteur y consent. Il n'y est jamais obligé*⁵⁹⁰ ». Ces conclusions sont donc la propriété personnelle de leur auteur, ne sont pas détachables de la procédure juridictionnelle et, « *au même titre que les jugements, ordonnances et décisions rendues par ces juridictions, n'ont pas le caractère de documents administratifs*⁵⁹¹ ».

En conséquence, la définition de la donnée publique est délicate à établir car son objet est extrêmement polymorphe. Elle n'est pas établie par le législateur, mais cette

⁵⁹⁰ <http://www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-Publications/Se-procurer-les-actes-du-Conseil-d-État>

⁵⁹¹ CE, 26 janv. 1990, n° 104236, *Vincent* ; Dr. adm. 1990, comm. 184 ; JCP G 1990, IV, p. 105. ; CE, 20 janv. 2005, n° 276625, *Hoffer* ; AJDA 2005, p. 621

situation pourrait changer à l'occasion du projet de loi pour une République numérique ou par l'adjonction d'une définition dans le Code des relations entre le public et l'administration. Pour autant, nous avons démontré que cette définition est possible à établir dans des termes simples et ouverts, car cette notion est par nature extensive.

À l'exception des deux exclusions de principe que nous avons évoquées, la donnée publique est éligible à la protection de la propriété intellectuelle. En réalité, la donnée publique constitue même le cœur du patrimoine intellectuel des personnes publiques. Les personnes publiques se livrent quotidiennement au traitement d'informations brutes collectées : sans ce travail technique, intellectuel ou documentaire, elles ne revêtent en réalité aucun intérêt. La création intellectuelle est à ce titre permanente au sein des administrations, générant toujours plus de droits de propriété intellectuelle au bénéfice des personnes publiques.

Cependant, ces droits de propriété intellectuelle sont-ils affectés par la politique publique d'open data ? Puisque la donnée est qualifiée d'or noir du XXI^{ème} siècle par les personnes privées, les personnes publiques doivent veiller à ne pas s'en départir à mauvais escient. Pour cette raison, il convient de déterminer si l'ouverture des données publiques *stricto sensu* est conciliable avec la propriété intellectuelle.

Section 2 : L'ouverture des données publiques est-elle conciliable avec la propriété intellectuelle ?

Nous avons établi que les données publiques sont en principe éligibles à la protection du droit de la propriété intellectuelle, sauf lorsqu'il s'agit d'informations brutes simplement collectées ou de textes officiels. Il s'agit désormais de déterminer dans quelle mesure la mise en œuvre de la politique publique d'open data est susceptible d'entrer en conflit avec ces droits de propriété intellectuelle.

Le droit d'accès aux documents administratifs instauré par la loi de 1978 et reconnu comme une liberté publique par le Conseil d'État depuis 2002⁵⁹² a pour objet l'accompagnement des administrés dans leurs demandes de communications de documents administratifs adressées aux personnes publiques.

La Commission d'accès aux documents administratifs énonce que l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 « *n'a ni pour objet, ni pour effet d'interdire la communication au public des documents entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 ou du code de la propriété intellectuelle et notamment ceux qui présentent le caractère d'œuvre de l'esprit*⁵⁹³ ». En conséquence, le droit d'accès aux documents administratifs et leur diffusion peuvent concerner des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. Seule leur réutilisation est soumise à des règles particulières édictées par le Code de la propriété intellectuelle. Mais la communication et la diffusion de données protégées par le droit d'auteur sont-elles conciliables avec la propriété intellectuelle ?

L'ouverture des données publiques a bouleversé l'économie du droit d'accès aux documents administratifs. La création de la mission Etalab⁵⁹⁴ et des licences permettant l'ouverture des données publiques a en réalité fait évoluer la notion de droit d'accès aux documents administratifs vers la notion de données publiques

⁵⁹² CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, *préc.*

⁵⁹³ Site internet de la CADA, La réutilisation des informations publiques et la propriété intellectuelle, www.cada.fr

⁵⁹⁴ Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques

ouvertes. Le droit d'accès aux documents administratifs est aujourd'hui « *vidé d'une partie de sa substance* », comme le relève très justement J. Chevallier⁵⁹⁵.

En effet, il est légitime de s'interroger sur l'intérêt de solliciter la communication de documents que les personnes publiques ont d'ores et déjà mis à disposition des administrés sur internet. Comme le souligne P. Yolka⁵⁹⁶, la mise en œuvre de l'open data a provoqué l'évolution du « *droit « des » informations publiques vers un droit « aux » informations publiques* ».

Analyser le droit de l'ouverture des données publiques *stricto sensu* revient à étudier distinctement le droit d'accès à ces données et celui de leur diffusion au public encouragé par la politique d'open data.

Le Code des relations entre le public et l'administration opère une distinction voisine en consacrant un titre au droit d'accès aux documents administratifs qui se décompose en deux chapitres, l'un consacré au droit à la communication des données publiques et l'autre à leur diffusion. Le second titre est consacré à la réutilisation des données publiques.

Cette architecture ne nous paraît pas refléter la réalité, car elle suggère que la diffusion des données publiques serait partie intégrante du droit d'accès. Or, il nous apparaît qu'il s'agit du contraire : la diffusion massive des données publiques sous l'impulsion de l'open data contribue à amoindrir le droit d'accès instauré par la loi de 1978. Il nous paraît plus exact de considérer que la politique d'ouverture des données publiques vide d'une partie de sa substance le droit d'accès par sa propension à encourager la diffusion massive des données, sans pour autant en exclure l'application.

Puisque le droit d'accès aux documents administratifs semble daté de l'époque pré-open data, pourquoi le mettre en avant dans le nouveau Code des relations entre le public et l'administration ? Parce qu'il s'agit de codification à droit constant, avec quelques exceptions cependant pour le Code des relations entre le public et

⁵⁹⁵ J. Chevallier, *préc.* 5 juin 2014.

⁵⁹⁶ P. Yolka : *Open data : « L'ouverture, c'est l'aventure »*, AJDA 2016. 79

l'administration. Ce Code énonce à ce sujet que « *le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique*⁵⁹⁷ ». La politique d'open data limite donc très fortement l'objet du droit d'accès aux documents administratifs.

Le Livre III du Code des relations entre le public et l'administration⁵⁹⁸ pourrait s'intituler « *l'ouverture et la réutilisation des données publiques* », ce qui serait l'occasion de proposer - enfin - une définition légale de la donnée publique. Ainsi, la notion unique de donnée publique viendrait remplacer celles de documents administratifs et d'informations publiques, qui font l'objet de définitions établies mais qui ne permettent pas d'évoquer la notion de donnée publique dans sa globalité. Ce Livre pourrait être divisé en deux Titres, « *l'ouverture des données publiques* » et « *la réutilisation des données publiques* »⁵⁹⁹. Enfin, le Titre 1 pourrait être composé de deux Chapitres : « *le droit d'accès aux données publiques* », reprenant les vestiges du droit d'accès aux documents administratifs, et « *la diffusion des données publiques* », réelle nouveauté issue de l'open data qui conduit à la notion de données publiques ouvertes.

Puisque cette analyse n'est pas celle que le législateur a choisi de codifier, nous tiendrons compte de la terminologie du Code des relations entre le public et l'administration dans les intitulés du plan de cette Section, tout en rappelant nos réserves dans les développements. Ainsi, pour déterminer si l'open data se développe au détriment des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, il convient d'analyser la conséquence du glissement du droit d'accès aux documents administratifs, respectueux des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Sous-section 1), vers la notion de données publiques ouvertes qui est nettement plus attentatoire (Sous-section 2).

⁵⁹⁷ Art. L311-2 du Code des relations entre le public et l'administration

⁵⁹⁸ code des relations entre le public et l'administration, « *livre III : l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques* » (art. L300-1 à L300-2)

⁵⁹⁹ code des relations entre le public et l'administration, « *titre Ier : le droit d'accès aux documents administratifs* », et « *titre II : la réutilisation des informations publiques* »

Sous - section 1 : Le droit d'accès aux documents administratifs respectueux des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Tel qu'institué par la loi de 1978, le droit d'accès aux documents administratifs n'est pas fondamentalement attentatoire aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. Le Code des relations entre le public et l'administration énonce d'ailleurs que « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique*⁶⁰⁰ ».

Le droit d'accès aux documents administratifs vise à permettre aux administrés de consulter sur demande un document administratif ou d'en obtenir une copie. Il peut d'agir d'une demande de consultation de son propre dossier médical ou fiscal par un administré, d'un courrier ou d'une enquête publique, ou encore d'un dossier de permis de construire.

Cette situation est intéressante du point de vue de ses interactions avec la propriété intellectuelle publique, car ce droit d'accès ne connaît pas d'équivalent en droit privé. En effet, il n'existe pas en droit privé de situations dans lesquelles un individu pourrait se voir accordé un droit d'accès aux créations intellectuelles d'un auteur. La raison est simple : tant qu'une œuvre n'a pas fait l'objet d'une divulgation, c'est à dire qu'elle n'est pas portée à la connaissance du public par l'auteur, nul ne peut disposer d'un droit d'accès sur elle.

La problématique est légèrement différente matière de propriété intellectuelle publique, car il peut être soutenu que les documents administratifs étant établis dans l'intérêt général et au moyens de deniers publics, il est légitime que les administrés bénéficient d'un droit accès vers eux. C'est en ce sens notamment que la loi de 1978 instaure un droit d'accès, qui constitue donc une obligation justifiée par la personnalité publique par rapport au droit privé.

Pourtant, dès lors que nous avons établi que certaines données publiques sont éligibles à la protection du droit d'auteur, celles-ci bénéficient *de facto* du régime de

⁶⁰⁰ Art L311-4 du Code des relations entre le public et l'administration

la divulgation. Ainsi, le droit d'accès aux documents administratifs est-il compatible avec l'exercice du droit de divulgation reconnu à tout auteur ?

Le droit d'accès aux documents administratifs prévu par la loi de 1978 constitue le fondement de l'open data en droit positif. Il est consacré par le Conseil d'État en 2002⁶⁰¹ qui considère que « *les dispositions relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ». Consacré comme une liberté publique, le droit d'accès aux documents administratifs est donc fondamental dans le droit positif.

L'exercice de ce droit est cependant circonscrit à des hypothèses précises, dès lors que le Code des relations entre le public et l'administration énonce que : « *le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Le droit à communication ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration. Cependant, les avis, prévus par les textes législatifs ou réglementaires, au vu desquels est prise une décision rendue sur une demande tendant à bénéficier d'une décision individuelle créatrice de droits, sont communicables à l'auteur de cette demande dès leur envoi à l'autorité compétente pour statuer sur la demande. Lorsque les motifs de l'avis n'y figurent pas, ceux-ci doivent être également communiqués au demandeur en cas d'avis défavorable. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, les avis qui se prononcent sur les mérites comparés de deux ou plusieurs demandes dont l'administration a été saisie ne sont pas communicables tant que la décision administrative qu'ils préparent n'a pas été prise. Le droit à communication ne s'exerce plus lorsque les documents font l'objet d'une diffusion publique (...)*⁶⁰² ».

Ces dispositions limitent l'assiette du droit d'accès aux documents administratifs, qui se trouve encore restreinte par l'exclusion par l'article 6 de la loi de 1978 notamment des avis des sections administratives du Conseil d'État, des documents des juridictions financières et des accréditation et audits des établissements de santé ne sont pas communicables.

⁶⁰¹ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, *préc.*

⁶⁰² Art. L311-2 du Code des relations entre le public et l'administration

En dehors de ces cas, tout administré peut solliciter la communication d'un document administratif. Le demandeur dispose du choix du mode d'accès à ces documents, et la personne publique saisie doit le satisfaire⁶⁰³. Les personnes publiques ne peuvent pas conditionner la communication du document à l'obligation d'indiquer les raisons de la démarche ou l'usage que l'administré qui formule la demande entend en faire⁶⁰⁴.

L'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 codifié aux articles L. 311 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration prévoit que doivent être communiqués de plein droit à quiconque en fait la demande les documents administratifs qui émanent des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des organismes (y compris de droit privé) chargés de la gestion d'un service public. Les établissements publics sont visés sans distinguer les établissements à caractère administratif de ceux à caractère industriel et commercial. Pour cette raison, tous les établissements publics sont concernés par le droit d'accès aux documents administratifs⁶⁰⁵. Les organismes de droit privé gérant une mission de service public sont parfois difficilement identifiables. Il peut s'agir d'associations para-administratives, de sociétés d'économie mixte locales, ou d'entreprises titulaires d'une délégation de service public. Dans tous ces cas, seuls les documents qui relèvent de l'activité de service public sont concernés par l'application de la loi de 1978.

Les personnes publiques ne disposent pas du pouvoir de déterminer librement les documents qu'elles entendent communiquer. En effet, comme nous l'avons démontré, les règles de communication sont définies par le législateur pour garantir aux administrés un droit d'accès très large aux documents détenus par les personnes publiques.

⁶⁰³ Dès lors que le mode choisi ne nuit pas à la conservation du document ni ne se heurte à des difficultés techniques et que l'intéressé est disposé à prendre en charge les frais : CE, 20 févr. 2008, n° 287721, *Ligue Normandie karaté et arts martiaux* ; AJDA 2008, p. 954.

⁶⁰⁴ CADA, avis, 15 janv. 1998, MALYE : 9e Rapp., p. 121

⁶⁰⁵ CADA, 9e rapport d'activité sur la période 1995-1998, *La communication des documents administratifs des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*, La Documentation Française, 1998 : « Sont en particulier concernés les établissements publics de coopération intercommunale (syndicats de communes, districts, communautés de communes, communautés de ville, communautés urbaines), les centres hospitaliers, les bureaux d'aide sociale ou les centres communaux d'action sociale, les offices publics d'habitations à loyer modéré, les offices du tourisme ».

Pour cette raison, le droit d'accès aux documents administratifs n'exclut pas qu'un administré demande à consulter, ou à obtenir une copie d'un document sur lequel la personne publique détient des droits de propriété intellectuelle.

Cependant, contrairement à la logique de diffusion que nous aborderons dans la Section suivante, la simple communication d'un document protégé par le droit d'auteur n'est pas forcément contraire à la logique de la propriété intellectuelle.

La Commission d'accès aux documents administratifs rappelle que l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 énonce que « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ». Elle précise dans ses avis que cette disposition « *n'a ni pour objet, ni pour effet d'interdire la communication au public des documents entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 ou du code de la propriété intellectuelle et notamment ceux qui présentent le caractère d'œuvre de l'esprit*⁶⁰⁶ ».

Ainsi, lorsque la Commission est saisie d'une demande qui nécessite d'arbitrer une question de propriété intellectuelle, elle effectue un rappel des règles posées par le Code de la propriété intellectuelle : l'usage privé d'une œuvre de l'esprit est autorisé, mais l'utilisation collective est interdite⁶⁰⁷. La Commission rappelle donc les limites à l'usage ultérieur des documents que le demandeur pourrait projeter de faire⁶⁰⁸. Enfin, la commission précise que l'article 10 de loi de 1978 énonce que sont exclus du droit à réutilisation les informations publiques contenues dans des documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle.

La Commission précise en outre que les personnes publiques saisies d'une demande de communication « *doivent rappeler au bénéficiaire les restrictions qui s'attachent à leur usage en vertu de la loi, ainsi que les sanctions auxquelles il s'expose s'il ne les respecte pas*⁶⁰⁹ ». En d'autres termes, les personnes publiques doivent alerter les

⁶⁰⁶ CADA, 16 mars 2006, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux*

⁶⁰⁷ CADA, 14 janvier 1982, *Foyer Langrois des jeunes travailleurs*

CADA, 6 décembre 1990, *Ministre de la Culture*

⁶⁰⁸ CADA, 4 mars 1993, *Conseil au maire de Chamalières*, 8ème rapport, p. 101

⁶⁰⁹ CADA, 16 mars 2006, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux*

CADA, 7 janvier 1993, *Directeur général de la concurrence*

administrés des risques encourus s'ils envisagent de se livrer à une utilisation qui dépasse le cadre de l'usage privé.

En effet, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (...)*⁶¹⁰ ».

Cette référence au Code de la propriété intellectuelle établie par la Commission d'accès aux documents administratifs dans ses avis confirme que les personnes publiques sont titulaires de droits de propriété intellectuelle sur les documents et les informations publics. En effet, en rappelant que l'utilisation collective des données publiques (telles que notamment la reproduction, la diffusion ou l'utilisation à des fins commerciales des données publiques) est interdite, la Commission d'accès aux documents administratifs fait référence au Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, elle confirme que les données publiques peuvent être protégées par le droit d'auteur, et que le cas échéant la communication de ces données s'effectue en application de l'exception de copie privée consacrée à l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle.

En outre, par cette référence, la Commission d'accès aux documents administratifs démontre que le droit d'accès et la diffusion s'effectuent dans le respect des règles de la divulgation, puisque l'exception de copie privée ne s'applique qu'aux œuvres de l'esprit ayant fait l'objet d'une divulgation. Ainsi, la divulgation est un droit de l'auteur qui doit être respecté en matière de droit d'accès aux documents administratifs et de diffusion, sans quoi l'exception de copie privée ne peut pas être appliquée.

⁶¹⁰ Art L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle

1. Le droit de divulgation en matière de droit d'accès aux documents administratifs.

En effet, le droit d'accès aux documents administratifs s'exerce selon une procédure de demande adressée à une personne publique par un administré en vue de la communication d'un document. Dans ce cadre, celui-ci adresse par écrit (courrier ou e-mail) une demande claire et précise identifiant le document souhaité à la personne publique qui le détient. Si le document est de nature administrative, que l'administration l'a effectivement en sa possession et qu'il n'entre pas dans le champ des exclusions mentionnées, la demande doit être satisfaite.

Une telle communication ne remet pas en cause l'existence des droits de propriété intellectuelle de la personne publique à qui la demande est soumise, mais soulève néanmoins une difficulté relative à l'exercice des droits moraux qui découlent de sa qualité d'auteur.

En effet, nous avons démontré que les personnes publiques créatrices d'œuvres originales sont titulaires des droits patrimoniaux et moraux acquis à l'auteur. Parmi les droits moraux, le Code de la propriété intellectuelle intègre le droit de divulgation : *« l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. (...) il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci.⁶¹¹ »*

Le droit de divulgation est un droit spécifique de l'auteur, dont certains auteurs affirment qu'il est *« certainement la prérogative qui recèle la plus grande part d'ombre parmi les attributs du droit moral⁶¹² »*. Le législateur accorde une place particulière au droit de divulgation dans le Code de la propriété intellectuelle, puisque contrairement aux autres droits moraux, il consacre au droit de divulgation une disposition spécifique. L'une des raisons de cet égard pour le droit de divulgation est qu'il consiste dans une décision qui suppose la réalisation d'un acte matériel qui concrétise l'élément moral qui réside dans la volonté de divulguer.

Dans un premier temps, la divulgation suppose nécessairement qu'un acte matériel soit accompli, c'est à dire que l'œuvre soit portée à la connaissance du public. Mais le

⁶¹¹ Art. L121-2 du Code de la propriété intellectuelle

⁶¹² A. Lucas-Schloetter, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand* : PUAM 2002

droit de divulgation ne se résume pas à ce simple acte matériel, et il ne peut emporter aucune conséquence juridique s'il ne constitue pas l'expression de la volonté de l'auteur. Ceci a pour conséquence qu'une « *œuvre portée à la connaissance du public contre la volonté de l'auteur n'est pas divulguée au sens du droit d'auteur*⁶¹³ ». Pour cette raison, la volonté de l'auteur joue un rôle absolument primordial en matière de droit de divulgation.

Le droit d'accès aux documents administratif est soumis à un régime particulier qui se justifie par l'intérêt général établi des administrés à se voir communiquer les documents détenus par les personnes publiques. Mais ce régime est-il compatible avec le droit de divulgation que nous venons d'envisager ?

L'élément matériel de la divulgation d'un document public consiste dans sa communication à l'administré qui en formule la demande. En ce sens, il s'agit d'un acte positif visant à porter le document à la connaissance du public, au sens littéral du terme. Les questions doctrinales en droit privé sur la nature du public destinataire de l'œuvre sont ici vidées de leur substance. L'open data consiste dans une ouverture au public, c'est à dire à l'ensemble de la population.

Pour ces raisons, l'élément matériel de la divulgation des documents publics en matière de droit d'accès est tout à fait compatible avec le Code de la propriété intellectuelle, avec toute fois une spécificité. En effet, le Code prévoit que l'auteur est maître du procédé de divulgation et de la fixation des conditions de celle-ci.

En matière de droit d'accès aux documents administratifs, tel n'est pas exactement le cas, dès lors que le Code des relations entre le public et l'administration énonce que cet accès se fait au choix du demandeur par « *1° La consultation gratuite sur place, sauf si la préservation du document ne le permet pas ; 2° Sous réserve que la reproduction ne nuise pas à la conservation du document, par la délivrance d'une copie sur un support identique à celui utilisé par l'administration ou compatible avec celui-ci et aux frais du demandeur, sans que ces frais puissent excéder le coût de cette reproduction, dans des conditions prévues par décret ; 3° Par courrier*

⁶¹³ A. Lucas-Schlotter, A. Lucas et H.-H. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique* : LexisNexis, 4e éd. 2012

*électronique et sans frais lorsque le document est disponible sous forme électronique*⁶¹⁴. »

Cette réserve peut être contournée, notamment parce que les modes de consultation et de communication du document sont en réalité fixés par la personne publique, ce qui a pour conséquence que le choix du demandeur ne s'exerce que dans des limites préétablies, et que la personne publique demeure maître du procédé de divulgation de ses conditions.

Nous avons établi que la dimension morale du droit de divulgation suppose que l'acte matériel de divulgation soit l'expression de la volonté de l'auteur de l'œuvre. Or ni la loi de 1978 ni le Code des relations entre le public et l'administration ne font référence à la notion de volonté de la personne publique en matière de droit d'accès aux documents administratifs. L'obligation faite aux personnes publiques de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent semble à ce titre constituer une atteinte au droit de divulgation de l'auteur.

Il faut se garder des conclusions hâtives sur cette question, car le rôle central de la volonté de l'auteur en matière de droit de divulgation est complexe et doit être envisagé spécifiquement par rapport aux personnes publiques.

Ainsi, en droit privé, quand il est saisi de la question de savoir si une œuvre a été ou non divulguée, le juge recherche, dans chaque cas d'espèce, l'existence d'une volonté de l'auteur. Il a ainsi pu considérer que « *le droit de divulgation s'entend de la décision de porter l'œuvre à la connaissance du public*⁶¹⁵ », et qu'il s'agit de « *la décision discrétionnaire de l'auteur (...) de permettre (la) divulgation*⁶¹⁶ ».

Si le juge ne propose aucun critère de détermination de l'existence de la volonté des personnes publiques de divulguer leurs œuvres, il nous indique que la volonté de l'auteur se traduit toujours par une décision. Or, s'il est impossible de savoir ce que

⁶¹⁴ Article L311-9 du Code des relations entre le public et l'administration

⁶¹⁵ CA Paris, pôle 3, ch. 1, 4 juill. 2012, n° 11/05506 ; Propr. intell. 2013, p. 49, obs. A. Lucas

⁶¹⁶ CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 mai 2013, n° 10/15508, veuve Hantai c/ Sté Lille Métropole Enchères ; Propr. intell. 2013, p. 389, obs. A. Lucas

les personnes publiques ont en tête, il est en revanche incontestable qu'elles prennent des décisions.

Ce sont ces décisions qu'il convient d'analyser pour démontrer que l'élément moral de la divulgation peut être satisfait par les personnes publiques lorsqu'elles communiquent un document administratif sur demande.

2. La spécificité de la prise de décision publique

Le droit de divulgation repose en partie sur la volonté de l'auteur de divulguer l'œuvre. Nous avons établi que le Code de la propriété intellectuelle avait initialement vocation à gouverner les relations entre les personnes physiques et leurs propriétés intellectuelles. En conséquence, la notion de volonté qu'il évoque fait référence à la volonté des hommes.

Selon R. Descartes, la volonté est une faculté proprement humaine⁶¹⁷. Elle vise en effet à transcender les tendances naturelles de l'homme pour lui permettre d'opérer des choix libres. La volonté de l'auteur personne physique ne peut donc être comparée à la décision de l'auteur personne publique.

Le concept de volonté, psychologique et philosophique, est mal adapté aux personnes publiques parce qu'il s'agit de personnes morales. Pour cette raison, les personnes morales matérialisent leur « volonté » dans des décisions. Ainsi, il convient de s'intéresser à la décision administrative.

La question technique de la décision administrative pourrait sembler éloignée du droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques, mais nous estimons au contraire qu'elle présente un intérêt majeur en matière de droit de divulgation. Plus précisément, la décision administrative de communication d'un document doit-elle être considérée comme l'équivalent de la volonté de l'auteur dans l'exercice du droit de divulgation ?

⁶¹⁷ R. Descartes, *Les Méditations Métaphysiques*, 1641

Ainsi que le souligne J-M Sauvé, « *la figure de l'administration qui a pendant longtemps dominé est jacobine : elle puisait sa force dans la puissance que lui conférait son rôle de servante passive et muette de la volonté générale exprimée, dans la tradition rousseauiste, par le Parlement au travers de la loi. L'administration ainsi représentée laisse peu de place à la discussion et la délibération. Administrer, c'est alors ordonner, au sens de « mettre de l'ordre » et de « donner des ordres », et être obéi⁶¹⁸ ».*

Nous avons démontré l'évolution majeure des relations entre les personnes publiques et les administrés au cours du XXe siècle, qui est à l'origine, entre autres, de la création du droit d'accès aux documents administratifs. Cette transformation de l'administration a modifié la prise de décision administrative, comme l'explique J-M Sauvé : « *administrer n'est plus seulement ordonner ; c'est aussi interagir⁶¹⁹ ».*

La recherche de la transparence administrative de la fin des années 1970 qui est à l'origine de l'adoption de la loi en 1978 est également le fondement de l'obligation de motivation des décisions administratives. Motivation des décisions administratives et droit d'accès aux documents administratifs sont donc presque conscrits.

En effet, l'article 1 de la loi du 11 juillet 1979⁶²⁰ relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public pose pour règle que les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives qui les concernent. Même si cette loi n'abolit pas le principe séculaire de la motivation facultative, elle constitue une avancée majeure en matière de droit à l'information des citoyens.

Non seulement la motivation des décisions administratives satisfait le culte de notre époque pour la transparence et la communication, mais elle constitue un outil d'analyse précieux des mécanismes de prise de décision des personnes publiques. Pour obtenir de telles révélations sur la volonté humaine, des années de psychanalyse

⁶¹⁸ J-M Sauvé, Intervention lors du Forum de Trans Europe Experts organisé le 30 mars 2012 sur le thème : « *Les enjeux juridiques européens - Nouvelles gouvernances et nouvelles régulations en Europe.* »
Voir également : J. Lemasurier, *Vers une démocratie administrative, du refus d'informer au droit d'être informé* : RDP 1980, p. 1239.

⁶¹⁹ J-M Sauvé, Intervention lors du Forum de Trans Europe Experts organisé le 30 mars 2012 sur le thème : « *Les enjeux juridiques européens - Nouvelles gouvernances et nouvelles régulations en Europe.* »

⁶²⁰ La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public, Journal Officiel 12 Juillet 1979

seraient nécessaires ! L'obligation de motivation des décisions administratives qui découle de la loi du 11 juillet 1979⁶²¹ révèle que celles-ci sont prises d'après des considérations de droit et de fait, articulées selon raisonnement qui figure dans les motifs de la décision⁶²².

Cette obligation est littéralement intégrée au Code des relations entre le public et l'administration qui énonce que « *la motivation exigée par le présent chapitre doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision*⁶²³. »

La personne publique prend ses décisions selon un raisonnement structuré qui s'appuie sur des règles juridiques et des faits d'espèce. Ainsi, la personne publique se distingue de la personne humaine, qui peut agir sous le coup d'une pulsion ou d'un sentiment. La prise de décision administrative n'est ni spontanée ni intuitive, et apparaît au contraire être le fruit d'un exercice de qualification juridique et d'application de la règle de droit.

Ces éléments d'observation de la décision administrative révèle que les personnes publiques sont capables d'exprimer leur « volonté » de divulguer une œuvre par la prise de décisions, qui constituent l'équivalent en droit public de l'expression de la volonté humaine en matière de droit de divulgation. En d'autres termes, lorsqu'une personne publique rend une décision autorisant l'accès à un document administratif, elle exerce son droit de divulgation dans des conditions compatibles avec l'exercice du droit de divulgation prévues par le Code de la propriété intellectuelle.

⁶²¹ La loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public, Journal Officiel 12 Juillet 1979

⁶²² CE, 17 nov. 1982, Kairenga : Rec. CE 1982, p. 385 : « *Cons. qu'il résulte des termes mêmes de l'article 31 de l'ordonnance du 4 février 1959, que toute décision prononçant une sanction disciplinaire doit être motivée ; que, par cette disposition, le législateur a entendu imposer à l'autorité qui prononce une sanction l'obligation de préciser elle-même, dans sa décision, les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre du fonctionnaire intéressé, de sorte que ce dernier puisse, à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la sanction qui le frappe ; que la volonté du législateur n'est pas respectée lorsque la décision prononçant la sanction ne comporte, par elle-même, aucun motif et se borne à se référer à l'avis, même conforme, d'un organisme purement consultatif ; (...)* » ; CE, 13 févr. 1970, *min. Équip., Log. c/ Sté Neuilly-Aucelle* : Rec. CE 1970, p. 114

⁶²³ Art. L211-5 du Code des relations entre le public et l'administration

3. La communication des documents administratifs est une décision de divulgation.

La communication des documents administratifs aux administrés par les personnes publiques selon la procédure envisagée par la loi est respectueuse des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. En effet, elle satisfait l'élément moral et l'élément matériel requis par le Code de la propriété intellectuelle.

a) Élément moral

Nous avons établi que le droit d'accès aux documents administratifs prévu par la loi de 1978 établit une procédure de demande de communication spécifique. Cette procédure prévoit que l'administré qui sollicite auprès d'une personne publique la communication d'un document doit adresser une demande écrite qui précise à quel document il entend accéder.

Pour répondre à cette demande, la personne publique doit prendre une décision, c'est à dire choisir d'accéder à la demande ou de ne pas la satisfaire. Nous avons établi que cette décision est prise en application des règles juridiques et des faits d'espèce.

Tout d'abord, la décision de la personne publique s'appuie sur les critères de recevabilité de la demande que nous avons exposés au début de cette Sous-section qui sont issus de la loi de 1978. En fonction de l'adéquation de la demande aux conditions légales, la personne publique peut alors rendre une décision.

Si la demande formulée par l'administré est jugée recevable par la personne publique, celle-ci la satisfait en accordant un droit de consultation ou en délivrant une copie du document visé.

La personne publique peut expressément refuser la communication du document visé par une décision motivée⁶²⁴. Mais la décision de rejet peut également naître du « *silence gardé pendant plus d'un mois par l'autorité compétente, saisie d'une*

⁶²⁴ Art. 25 de la loi du 17 juillet 1978

*demande de communication de documents*⁶²⁵ ». Le rejet tacite n'est en principe pas soumis à l'obligation de motivation⁶²⁶.

Lorsqu'une personne publique se trouve devant une demande qu'elle ne parvient pas à identifier comme recevable, elle peut saisir la Commission d'accès aux documents administratifs pour avis à titre consultatif.

Le refus de communication peut faire l'objet d'un recours devant la Commission d'accès aux documents administratifs qui prévoit une procédure simple et rapide qui permet le plus souvent de purger les litiges entre les administrés et les personnes publiques. La loi du 17 juillet 1978 énonce que ce recours est un préalable obligatoire à tout recours contentieux.

Cependant, les avis de la Commission d'accès aux documents administratifs ne sont pas contraignants et ne sauraient constituer à ce titre des décisions administratives faisant grief⁶²⁷. Ainsi, le recours pour excès de pouvoir n'est pas ouvert contre ces avis. Pour cette raison, l'administré qui n'aurait pas obtenu satisfaction peut saisir la juridiction administrative qui est compétente pour connaître des litiges intéressant l'application par les personnes publiques de la loi du 17 juillet 1978. La décision ne peut pas faire l'objet d'un recours en appel devant la cour administrative d'appel⁶²⁸, et ne peut donc être contesté que devant le Conseil d'État.

Ainsi, il ne peut pas être nié que la décision de la personne publique est assez libre en matière de communication de documents administratifs. Elle dispose du choix de communiquer ou de ne pas communiquer, en fonction des critères établis par la loi.

Bien sur, la qualité du choix offert aux personnes publiques peut être contestée : une personne publique ne peut pas décider souverainement de ne pas communiquer un document administratif car elle préfère le conserver secret pour des raisons qui lui sont propres, comme un auteur qui ne souhaiterait pas divulguer son œuvre. En

⁶²⁵ Art. 17 al. 1 du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978

⁶²⁶ Art. 5 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public

⁶²⁷ CE, 27 avril 1983, Époux Deplace ; CE, 21 octobre 1983, Mme Delannay

⁶²⁸ Art. R. 222-13 et R. 811-1 du Code de la justice administrative

d'autres termes, la décision administrative ne pourra jamais être identique à l'expression de la volonté d'un auteur personne physique, mais elle en constitue le substitut le plus similaire.

L'obligation de motivation des décisions administratives révèle que les décisions administratives suivent toujours un raisonnement juridique, qui, lorsqu'il est erroné est sanctionné par le juge. C'est le cas en matière de droit d'accès aux documents administratifs.

Ainsi, puisque la jurisprudence considère que « *le droit de divulgation s'entend de la décision de porter l'œuvre à la connaissance du public*⁶²⁹ », la décision de la personne publique de communiquer un document administratif à un administré correspond à la mise en œuvre du droit de divulgation de l'auteur prévu par le Code de la propriété intellectuelle. L'élément moral du droit de divulgation est donc satisfait.

b) Élément matériel

L'exercice du droit de divulgation classique suppose que l'auteur ait la maîtrise du procédé de divulgation et de ses conditions. Or, en matière de droit d'accès aux documents administratifs, c'est à l'administré que revient le choix du mode de communication requis.

Nous avons constaté que la rédaction de l'article L311-9 du Code des relations entre le public et l'administration pose ce principe selon lequel : « *l'accès aux documents administratifs s'exerce, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration (...)* ».

Une première lecture de cet article suggère que c'est le demandeur qui maîtrise le procédé de communication du document administratif. Mais une lecture plus attentive révèle que les personnes publiques sont en réalité à l'origine du choix des procédés de divulgation. En effet, l'article susvisé suppose l'idée que les personnes publiques ont

⁶²⁹ CA Paris, pôle 3, ch. 1, 4 juill. 2012, n° 11/05506 ; Propr. intell. 2013, p. 49, obs. A. Lucas

organisé les modes de consultation du document en amont la demande de l'administré.

Ainsi, la personne publique, antérieurement à la demande formulée par l'administré a eu le choix de décider par quels moyens ce document pourrait être rendu accessible. Elle peut par exemple décider que le document fragile sera rendu disponible par le procédé de la numérisation, comme c'est le cas pour les manuscrits fragiles de la Bibliothèque Nationale de France, apportant ainsi une plus-value technique à la donnée d'origine. Le document ainsi numérisé pourra être reproduit, ou communiqué sur les supports mis à disposition par la personne publique : email, CD-Rom, clé USB, etc. Ainsi, l'administré ne bénéficie en réalité que d'un choix parmi des options préétablies par la personne publique.

En ce sens, la personne publique « *détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci*⁶³⁰ » comme le prévoit le Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, la divulgation des documents publics est intrinsèquement différente de celle des œuvres littéraires et artistiques visées par la Code de la propriété intellectuelle. L'expression de la volonté de l'auteur ne prend pas nécessairement les mêmes chemins que dans le cas d'un auteur personne physique, mais elle aboutit au même point : une décision de divulgation ou de non divulgation.

⁶³⁰ Art. L121-2 du Code de la propriété intellectuelle

Sous - section 2 : La diffusion des documents publics pour l'instant conciliable avec les droit de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Nous avons montré que le droit d'accès aux documents administratifs n'entre pas nécessairement en conflit avec le droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques. Au contraire, assez curieusement, ces deux libertés fondamentales s'articulent d'une manière plutôt satisfaisante.

Le droit d'accès aux documents administratifs établi par la loi de 1978 est le socle du développement de la politique publique d'open data qui enjoint aux personnes publiques d'ouvrir leurs données.

Nous avons constaté que le droit d'accès aux documents administratifs et leur diffusion sont très liés, puisque les administrés ne peuvent pas demander la communication de documents déjà publiés et que les personnes publiques sont amenées à diffuser les documents administratifs communiqués aux administrés en application de la procédure prévue par la loi de 1978. Le droit d'accès aux documents administratifs et la diffusion des documents administratifs sont donc deux notions assez voisines.

Si ces notions sont proches, elles n'en sont pas moins très différentes. Nous avons établi dans la précédente Sous-section que le droit d'accès aux documents administratifs est consacré comme une liberté publique par le Conseil d'État. Tel n'est pas le cas du principe de la diffusion des documents administratifs, ou en tous les cas pas explicitement. Bien entendu, la diffusion des documents publics constitue le prolongement du droit d'accès aux documents publics, ce en quoi elle pourrait être envisagée comme un droit fondamental elle-même. Mais aucune décision n'est venue à ce jour le confirmer.

En outre, la notion de diffusion n'est pas la même que le droit d'accès, dès lors que ce dernier suppose que l'administré satisfasse à une procédure de demande, tandis que la diffusion ne requiert de celui-ci que quelques clics sur Internet. La diffusion s'inscrit donc dans une logique d'anticipation, et réduit l'intérêt du droit d'accès aux documents administratifs.

En d'autres termes, il apparait que le législateur tend à substituer progressivement la diffusion des documents administratifs à l'exercice de la demande de droit d'accès. Sur ce point, nous ne pouvons qu'approuver : la logique de diffusion soulage les personnes publiques du traitement des demandes parfois récurrentes de communication d'un document. Elle permet également à la Commission d'accès aux documents administratifs de concentrer son activité sur les problèmes liés à la réutilisation des données publiques qui suscite de nombreuses interrogations en droit positif.

Cependant, le glissement du régime du droit d'accès vers celui de la diffusion ne risque-t-il pas d'entrer en conflit avec les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, et le droit de la propriété intellectuelle en général ?

La notion de diffusion des données publiques a été évoquée pour la première fois par le législateur dans le projet de loi sur la société de l'information en 2001⁶³¹ qui proposait d'insérer, dans la loi du 17 juillet 1978, un titre consacré à ce sujet. Ce projet abandonné a été repris en partie dans le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004⁶³². Mais cette deuxième tentative s'est soldée - comme la première - par un échec, le Sénat ayant considéré que leur insertion dans le texte qui viendrait transposer la directive du 17 novembre 2003⁶³³ serait plus pertinente.

Finalement, ainsi que le Sénat l'avait souhaité, c'est l'ordonnance du 6 juin 2005⁶³⁴ qui insère de nouvelles dispositions dans la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui reprises dans le Code des relations entre le public et l'administration, qui fixent le régime de la diffusion des données publiques.

⁶³¹ Projet de loi sur la société de l'information, renvoyé à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du règlement. Présenté au nom de M. Lionel Jospin, Premier Ministre, par M. Laurent Fabius, Ministre de l'économie, des Finances et de l'industrie. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2001.

⁶³² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Journal Officiel n° 143 du 22 juin 2004

⁶³³ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

⁶³⁴ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

1. La diffusion facultative et le droit de divulgation de l'auteur.

Le Code des relations entre le public et l'administration consacre un chapitre à la diffusion des documents administratifs, dont il énonce ainsi le principe : « *les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 peuvent rendre publics les documents administratifs qu'elles produisent ou reçoivent (...)*⁶³⁵ ». Le Code précise que cette diffusion ne doit pas porter atteinte à la vie privée des administrés. Mais aucune précision n'est apportée concernant l'atteinte éventuelle qui pourrait être portée par cette diffusion à des droits de propriété intellectuelle.

La référence à une simple faculté de diffusion des documents publics est troublante, car dans certaines situations les personnes publiques sont soumises à une véritable obligation de diffusion de certaines données publiques.

Cette obligation est souvent la conséquence d'une activité de service dont la diffusion des données publiques constitue soit l'objet même du service, soit une sorte de prolongement. Par exemple, la Direction des Journaux officiels est soumise à une double obligation : d'une part celle d'assurer la publication en ligne sur le site *legifrance.gouv.fr* notamment des actes à caractère normatif, et de la jurisprudence, mais également celle mais aussi de veiller à leur mise à jour⁶³⁶.

Dans des conditions similaires, l'Institut National de la Propriété Industrielle (établissement public administratif) est chargé de la tenue du registre national du commerce et des sociétés. Ce registre a pour objet de centraliser et de diffuser les données des registres locaux établis dans les greffes des tribunaux de commerce. Cette obligation découle du Code de la propriété intellectuelle selon lequel l'INPI doit centraliser « *le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers, le Bulletin officiel d'annonces civiles et commerciales ; il assure la diffusion des informations techniques, commerciales et financières contenues dans les titres de propriété industrielle et instruments centralisés de publicité légale*⁶³⁷ ».

⁶³⁵ Art. L312-1 du Code des relations entre le public et l'administration

⁶³⁶ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'Internet

⁶³⁷ Art. L 411-1, 2° du Code de la propriété intellectuelle

La loi de 1978 impose également aux personnes publiques productrices ou détentrices d'informations publiques de tenir à la disposition des usagers un répertoire des principaux documents dans lesquels ces informations figurent⁶³⁸.

Le Code des relations entre le public et l'administration et la loi de 1978 reprennent cette notion d'obligation de diffusion pour certains documents : « *font l'objet d'une publication les instructions, les circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives*⁶³⁹. »

Cependant, elles laissent à l'appréciation des personnes publiques la faculté de diffuser d'autres documents administratifs : « *les administrations mentionnées à l'article L. 300-2 peuvent rendre publics les documents administratifs qu'elles produisent ou reçoivent (...)*⁶⁴⁰ ».

Ce mode de diffusion n'est pas, a priori, incompatible avec le respect du droit de la propriété intellectuelle : la faculté de diffuser des documents publics n'est pas en soi attentatoire au droit d'auteur. Cela signifie que dès lors qu'elle est librement exercée, la simple faculté de diffuser des documents administratifs protégés par le droit de la propriété intellectuelle ne remet pas en cause l'exercice du droit de divulgation de l'auteur. En outre, la divulgation est indifférente au procédé employé pour porter l'œuvre à la connaissance du public : qu'il s'agisse de la communication à un administré ou de la diffusion sur un site Internet, le résultat est le même et l'élément matériel de la divulgation est réalisé. Dans ces conditions, la diffusion des données publiques apparaît comme le prolongement intelligent du droit d'accès aux documents administratifs, c'est à dire qu'elle vise les mêmes objectifs et produit les mêmes effets. Cependant, le service apporté aux administrés est amélioré tout en délestant les personnes publiques et la Commission d'accès aux documents administratifs du traitement des demandes qui peuvent être satisfaites par la diffusion. Ce système apparaît donc satisfaisant à tous les niveaux. Mais la diffusion « par défaut » remet en cause la liberté d'exercer le droit de divulgation.

⁶³⁸ Art. 17 de la loi du 17 juillet 1978

⁶³⁹ Art. L312-2 du Code des relations entre le public et l'administration

⁶⁴⁰ Art. L312-1 du Code des relations entre le public et l'administration

2. Vers la publication par défaut des données publiques ?

Nous avons démontré que la simple faculté de diffuser des documents administratifs prévue par le Code des relations entre le public et l'administration tend à évoluer progressivement vers la logique de diffusion.

Cependant, cette approche évolutive n'est pas celle du gouvernement. Ainsi, l'article 4 du projet de loi pour une République numérique⁶⁴¹ propose de modifier le Code des relations entre le public et l'administration en créant un « *nouvel article L. 312-1-1 du Code des relations entre le public et l'administration pour rendre obligatoire la publication en ligne par défaut de documents administratifs, en particulier ceux qui ont déjà été communiqués en vertu du droit d'accès aux documents administratifs garanti par le Code des relations entre le public et l'administration, et les bases de données produites ou reçues par les administrations* ». Dans le droit fil de la mise en œuvre de l'ouverture des données publiques *lato sensu*, ce projet de loi propose donc d'instaurer le principe d'open data par défaut, ainsi que le souligne J-M Pastor⁶⁴².

Ce projet n'est en soi pas surprenant, car l'open data est d'une telle ampleur et d'une telle intensité qu'elle a vocation à s'étendre et à s'intensifier. A notre sens, il faut considérer que ce projet de loi est un bon indicateur des évolutions à venir du droit des données publiques.

L'idée de l'open data par défaut n'est d'ailleurs pas une innovation du projet de loi pour une République numérique : dans un rapport d'information du 16 avril 2014 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, « *les rapporteurs recommandent donc de poser le principe d'une obligation de mise en ligne des données détenues par les administrations*⁶⁴³ ».

⁶⁴¹ Projet de loi pour une République numérique, *préc.* enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015. (Renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

⁶⁴² J-M Pastor, « *Les politiques publiques dans la République numérique* », AJDA 2015. 2348 : « *Le texte n'est pas une loi-cadre et ne contient pas de grands principes mais il modifie de nombreux codes et les lois majeures en la matière des 7 janvier et 17 juillet 1978. Il pose un principe d'ouverture par défaut et de diffusion des données (rapports, études, statistiques...) produites par les administrations, sauf exceptions (sécurité publique, défense nationale ou protection de la vie privée).* »

⁶⁴³ G. Gorce et F. Pillet, Rapport d'information n° 469 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'open data et la protection de la vie privée, « *La protection des données personnelles dans l'open data : une exigence et une opportunité* » déposé le 16 avril 2014

Ceci suppose de prévoir une période transitoire pendant laquelle les administrations achèveront le recensement des jeux de données qu'elles détiennent, indiqueront ceux qui ne pourront faire l'objet d'une publication pour une des raisons précitées et élaboreront, pour les autres, un calendrier de mise en ligne.

Pour autant, si nous avons démontré que la diffusion facultative peut être conciliée avec les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, qu'en est-il de la diffusion par défaut des documents administratifs ? Cette question appelle une réponse en deux temps.

Documents ayant déjà fait l'objet d'une divulgation. D'abord, les documents administratifs qui ont fait l'objet d'une demande de communication en application du droit d'accès reconnu par la loi de 1978 ont été divulgués dans le respect des règles de la propriété intellectuelle. Pour cette raison, la création d'un nouvel article L312-1-1 du Code des relations entre le public et l'administration par le projet de loi pour une République numérique qui prévoit que ces documents sont ensuite publiés en ligne ne nous paraît pas contraire aux règles du droit d'auteur.

En effet, le document administratif a été porté à la connaissance du public lors de sa communication originelle, et sa diffusion postérieure ne constitue pas une seconde divulgation. En effet, la jurisprudence s'accorde sur le fait que le droit de divulgation s'épuise par la première communication au public⁶⁴⁴. Diffuser une œuvre préalablement divulguée ne pose donc pas de difficultés, en tous les cas pas sur le terrain de la divulgation.

Documents non divulgués. Cependant, le projet de loi ne fait pas seulement référence aux documents administratifs ayant fait l'objet d'une communication en vertu du droit d'accès. Il énonce une obligation générale de « *publication en ligne par défaut des documents administratifs* ». Or les documents administratifs qui n'ont jamais été communiqués en vertu du droit d'accès n'ont jamais fait l'objet d'une divulgation dans les règles, c'est à dire que la personne publique n'a jamais pris la décision de les

⁶⁴⁴ Par ex. CA Toulouse, 10 mai 2007, n° 06/00389, *Gollier c/ Chahi* ; Propr. intell. 2008, p. 102, obs. A. Lucas. La terminologie d' « épuisement » est issue des travaux de A. Françon, « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ?* » : GRUR Int. 1973, p. 264

divulguer et que ce droit n'est donc pas épuisé. En effet, la diffusion des documents publics par défaut ne fait pas, par définition, l'objet d'une décision administrative. Elle est rendue obligatoire, c'est à dire que la personne publique n'est investie d'aucun pouvoir décisionnel, ce qui a pour conséquence qu'elle ne permet pas l'exercice effectif du droit de divulgation.

En conséquence, il convient de déterminer si l'open data par défaut est compatible avec le droit de divulgation, pour déterminer si ce mode de diffusion des documents administratifs est attentatoire aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Nous avons montré que les personnes publiques sont en mesure de prendre la décision de divulguer leurs œuvres lorsqu'elles sont sollicitées par des administrés au titre du droit d'accès aux documents administratifs instauré par la loi de 1978.

L'article L312-1-1 du Code des relations entre le public et l'administration proposé par le projet de loi pour une République numérique transforme une simple faculté (« *les administrations (...) peuvent rendre publics les documents administratifs* ») en une obligation (« *rendre obligatoire la publication en ligne par défaut de documents administratifs* »). Une obligation de publication n'a rien de commun avec une décision de divulgation, c'est même tout le contraire : une obligation légale de publication constitue un cas de divulgation forcée.

La divulgation forcée est une hypothèse qui n'existe pas en droit privé mis à part, peut-être, l'hypothèse d'une divulgation obtenue par la violence. La jurisprudence⁶⁴⁵ a cependant posé le principe selon lequel en vertu du droit de divulgation, un auteur qui a passé un contrat de commande peut refuser de livrer son œuvre pourtant achevée. L'exécution forcée en nature étant impossible, l'obligation se résout en dommages et intérêts⁶⁴⁶. Cette jurisprudence consacre le principe établi selon lequel tout créateur dispose du droit de juger de l'opportunité de la publication de ses

⁶⁴⁵ Célèbre affaire *Whistler*, CA Paris, 2 déc. 1897 : DP 1898, 2, p. 465, concl. BULOT, note Planiol. Et sur pourvoi, Cass. civ., 14 mars 1900 : DP 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins

⁶⁴⁶ Même si certains auteurs tels que P. Tafforeau et C. Monnerie soutiennent que « *ce n'est pas l'exercice du droit de divulgation qui donne lieu au paiement d'indemnités, mais l'inexécution de l'obligation de livrer l'œuvre. Celle-ci n'est due qu'en vertu du droit commun des contrats (article 1147 du Code civil).* », Droit de la propriété intellectuelle : Propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international, 4e éd., Lextenso, 2015

œuvres. Pour cette raison, il n'est pas admissible qu'il puisse être contraint de divulguer son œuvre. Pour N. Binctin, c'est « *un pouvoir exclusif de l'auteur, non susceptible d'une exécution forcée*⁶⁴⁷ ». Cette solution prévaut pour toutes les formes d'expression de la propriété littéraire et artistique : l'auteur est investi du droit de décider s'il souhaite rendre publique son œuvre, et nul ne peut le contraindre dans cette décision. C'est pourtant ce que préconise explicitement le projet de loi pour une République numérique.

Peut être cette solution est-elle proposée car il ne peut pas être soutenu que les personnes publiques entretiennent un lien réellement « *intime* » avec leurs créations, qui justifie la sacralisation du droit de divulgation en matière de propriété intellectuelle. D'une part parce qu'elles sont des personnes morales et que l'intimité est un concept qui leur sied mal (mais cela ne fait pas obstacle à l'application de la divulgation aux personnes morales de droit privé). D'autre part parce que les documents produits par les personnes publiques sur fonds publics sont des documents de travail, ou destinés à être connus soit d'un public restreint (un autre service de l'administration par exemple), soit du public tout entier.

Les spécificités du document administratif en feraient ainsi une œuvre si particulière qu'il serait possible de déroger au droit de divulgation de l'auteur. Si une telle hypothèse venait à se vérifier, elle illustrerait parfaitement notre thèse en démontrant qu'en matière de propriété intellectuelle, les personnes publiques peuvent être soumises à des obligations renforcées qui peuvent aller jusqu'à aménager les droits issus des prérogatives morales de l'auteur.

⁶⁴⁷ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle : Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ, 3e ed, 2014, .129

3. Vers une diffusion des documents administratifs doublement attentatoire à la propriété intellectuelle publique

Nous avons vu que dans sa rédaction actuelle, la diffusion des documents administratifs prévue par Code des relations entre le public et l'administration n'est pas contraire au droit de la propriété intellectuelle, mais nous avons également démontré que l'évolution suggérée par la dynamique d'open data concrétisée dans le projet de loi pour une République numérique tend à instaurer l'idée d'une donnée publique ouverte par défaut qui contrarie notamment l'exercice du droit de divulgation.

Mais le droit de divulgation n'est pas le seul droit reconnu à l'auteur mis en péril par la diffusion des documents administratifs : nous avons démontré que l'auteur est le propriétaire de son œuvre et qu'il bénéficie à ce titre d'un monopole d'exploitation. Ce droit d'exploitation est souvent envisagé comme l'expression de la dimension économique du droit d'auteur, visant à protéger ses intérêts matériels. Mais surtout, le droit d'exploitation confère normalement à la personne publique auteur le pouvoir d'exclure les autres dans la relation qu'elle a avec son œuvre⁶⁴⁸.

En effet, tout auteur a normalement le droit d'interdire « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit*⁶⁴⁹ » effectuée en violation de ses droits. La diffusion forcée d'une œuvre non divulguée est donc contraire au monopole d'exploitation reconnu à l'auteur d'une œuvre.

La diffusion par défaut des documents administratifs non communiqués en application du droit d'accès est donc doublement attentatoire au droit de la propriété intellectuelle : d'abord elle consiste dans une divulgation forcée, mais elle peut également être considérée comme une forme de contrefaçon.

⁶⁴⁸ S. Strömholm, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave* : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1973, vol. II, t. 2, Stockholm, n° 196, p. 237 (pour une analyse en droit privé)

⁶⁴⁹ Art. L335-3 du Code de la propriété intellectuelle

En effet, nous avons montré que l'hypothèse d'une diffusion des documents publics par défaut ne met pas en œuvre le droit de divulgation et qu'elle consiste dans une divulgation forcée. Mais l'exécution forcée du droit de divulgation n'est pas reconnue en droit positif, ce qui a pour conséquence que la diffusion des documents administratifs non préalablement communiqués en application du droit d'accès s'effectue en violation des droits de la personne publique auteur.

Or, le Code de la propriété intellectuelle énonce que constitue « *un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* ⁶⁵⁰ ».

Puisqu'il s'agit d'un projet, il ne faut pas exclure l'hypothèse que la proposition de diffusion par défaut des documents publics soit involontairement attentatoire aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. Dans un souci de valoriser la France dans le classement mondial des pays mettant en œuvre de l'open data, les rédacteurs ont sans doute voulu démontrer leur ambition de mettre en œuvre des mesures efficaces.

Mais l'hypothèse opposée ne doit pas non plus être écartée : il est possible - et même probable - que le gouvernement projette délibérément de contraindre les personnes publiques à abandonner leurs droits de propriété intellectuelle sur les données publiques dans l'intérêt général.

Dès lors, deux solutions peuvent être envisagées au sujet de la proposition de diffusion par défaut des documents administratifs. La première solution serait de considérer que les personnes publiques sont réputées accepter de divulguer systématiquement leurs données publiques par voie de diffusion, ce qui reviendrait à créer un nouveau régime de propriété intellectuelle spécifique aux personnes publiques. En d'autres termes, la diffusion par défaut des données publiques anéantirait notre conception unifiée du droit de la propriété intellectuelle : les personnes publiques ne seraient plus reconnues comme des auteurs au même titre que

⁶⁵⁰ Art. L335-3 du Code de la propriété intellectuelle

les personnes privées puisqu'elles n'exerceraient plus le droit de divulgation qui est une prérogative reconnue à tout auteur par le Code de la propriété intellectuelle. Dans ce cas, c'est la qualité d'auteur des personnes publiques qui serait atteinte. Une telle évolution remettrait en cause la vision de la propriété intellectuelle soutenue dans notre thèse.

La seconde option serait de considérer que la diffusion des données publiques n'est pas soumise aux Code de la propriété intellectuelle. C'est la solution choisie par la Norvège, qui prévoit que l'ouverture des données publiques - y compris à des fins de réutilisation - n'entre pas en conflit avec la propriété intellectuelle. Comme l'explique E. Smith, « *une loi de 1961 règle la question et prévoit que la propriété intellectuelle ne s'oppose pas à l'accès aux documents administratifs*⁶⁵¹ ». Dans ces conditions, les données publiques sortiraient du droit de la propriété intellectuelle, et deviendraient une catégorie non pas d'œuvres, mais de documents non éligibles à la protection de la propriété intellectuelle. Cette hypothèse constituerait ainsi une sorte d'exception à notre thèse : les personnes publiques seraient soumises au même régime que les auteurs personnes privées, sauf en matière de données publiques pour lesquelles un régime spécial prendrait le relais.

Cette exception pourrait même se transformer en illustration de notre thèse si l'on considère que l'exclusion des données publiques de la protection de la propriété intellectuelle constitue une contrainte spécifique aux personnes publiques par rapport au droit privé visant à satisfaire l'intérêt général.

Toutefois, le projet de loi pour une République numérique n'apporte aucun élément de réponse à cette interrogation. Pourtant, nous verrons dans le Chapitre 2 du présent Titre qu'en matière réutilisation des données publiques, ce texte propose des mesures de nature à faire céder la protection de la propriété intellectuelle.

Enfin, l'article 5 du projet de loi pour une République numérique propose de modifier l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration pour élargir aux documents publiés en ligne l'obligation de respecter les droits de propriété

⁶⁵¹ E. Smith, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.

littéraire et artistique. Pour autant, il ne précise pas à quels droits de propriété littéraire et artistique il est fait référence. S'agit-il de ceux des tiers, de ceux des personnes publiques, ou des deux ?

Il est très peu probable que le projet de loi fasse référence aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, dès lors que le simple principe d'une diffusion par défaut est doublement attentatoire aux fondements de la propriété intellectuelle.

À notre sens, il faut se référer à la directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public⁶⁵² qui évoque la question de l'articulation des droits de propriété intellectuelle avec la politique d'open data. À ce propos, le premier article énonce que « *la présente directive ne s'applique pas: (...) b) aux documents dont des tiers détiennent les droits de propriété intellectuelle* ».

Cependant, la directive précise encore qu'elle « *n'affecte pas l'existence ou la titularité de droit de propriété intellectuelle par des organismes du secteur public, de même qu'elle ne restreint en aucune manière l'exercice de ces droits en dehors des limites qu'elle fixe. (...)* »

L'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques⁶⁵³ qui transpose la directive de 2003 en droit interne modifie la loi de 1978 en remplaçant son article 9 par la disposition suivante : « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ».

Il faut donc considérer que l'imprécision de l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration et de l'article 5 du projet de loi pour une République numérique est issue de la formulation imprécise de l'ordonnance du 6

⁶⁵² Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public : « *La présente directive n'affecte pas les droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers. Pour éviter tout malentendu, les termes « droits de propriété intellectuelle » se réfèrent uniquement aux droits d'auteur et aux droits voisins (incluant les formes de protection sui generis). La présente directive n'est pas applicable aux documents visés par les droits de propriété industrielle, comme les brevets, les dessins déposés et les marques déposées. La présente directive n'affecte pas l'existence ou la titularité de droit de propriété intellectuelle par des organismes du secteur public, de même qu'elle ne restreint en aucune manière l'exercice de ces droits en dehors des limites qu'elle fixe. Les obligations imposées par la présente directive ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions des accords internationaux sur la protection des droits de propriété intellectuelle, notamment la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (« la convention de Berne ») et l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« l'accord TRIPS »). Les organismes du secteur public devraient, toutefois, exercer ces droits de façon à faciliter la réutilisation des documents.* »

⁶⁵³ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

Pour autant, puisque ce texte transpose la directive qui est limpide sur les effets qu'elle emporte sur l'application du droit de la propriété intellectuelle en matière de diffusion des documents administratifs, il doit être entendu comme énonçant la même règle.

Ainsi, la directive du 17 novembre 2003, reprise en droit positif, énonce deux éléments importants concernant l'application des droits de propriété intellectuelle.

D'une part, la politique d'ouverture des données publiques exclut de son assiette les documents sur lesquels les tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle, et doit en outre se montrer respectueuse de ces droits lorsqu'elle y est confrontée.

D'autre part, la mise en œuvre de l'open data n'empêche pas les personnes publiques d'être titulaires de droits de propriété intellectuelle (ce qui confirme que les données publiques sont éligibles à la protection du droit d'auteur). Cependant, elle peut en limiter l'exercice : par exemple déroger l'application du droit de divulgation ou au monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre. Nous verrons dans le Chapitre 2 du présent Titre que l'open data est également attentatoire au droit de la propriété intellectuelle dans son second volet qui concerne le droit de réutilisation des données publiques.

Conclusion du Chapitre

Le droit d'accès aux documents administratifs est respectueux des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. Il s'exerce finalement dans des conditions similaires à celles qui s'appliquent aux personnes privées, même si l'objet du droit de propriété intellectuelle est différent.

Si la loi de 1978 a institué un droit pour les citoyens (et donc une contrainte pour l'administration), elle ne supprime pas la nécessité d'une décision de la part de la personne publique et elle est donc compatible avec l'élément moral de la divulgation en droit de la propriété intellectuelle.

Dans le même sens, la logique de diffusion des données publiques n'est pas en elle-même attentatoire au droit de divulgation des personnes publiques, puisqu'elle peut être la conséquence d'une décision de la part de la personne publique.

En revanche, la diffusion « par défaut », c'est à dire l'obligation de principe faite aux personnes publiques de diffuser les données publiques qu'elles détiennent ne respecte pas le droit de divulgation, car la diffusion n'est alors pas librement consentie par la personne publique. Cette proposition du projet de loi pour une République numérique est donc incompatible avec l'exercice normal du droit de divulgation et donc du droit de la propriété intellectuelle.

Qu'en dirait le Conseil constitutionnel si la loi était adoptée en l'état et s'il était saisi sur ce point ? Nul ne le sait bien sûr, mais il n'y verrait sans doute pas d'inconstitutionnalité en raison de la conception qu'il a du droit de propriété et de l'intérêt général poursuivi par le législateur.

Chapitre 2 : La réutilisation des données publiques attentatoire aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

La directive du 17 novembre 2003⁶⁵⁴ qui consacre le principe de la libéralisation des données publiques constate que « *le secteur public recueille, produit, reproduit et diffuse un large éventail d'informations dans un grand nombre de domaines, qu'il s'agisse d'informations sociales, économiques, géographiques, météorologiques ou touristiques, d'informations sur les entreprises, sur les brevets ou sur l'enseignement*⁶⁵⁵ ». Elle énonce encore que « *les informations émanant du secteur public constituent une matière première importante pour les produits et les services de contenu numérique et deviendront une ressource de plus en plus importante sur le plan du contenu à mesure que les services de contenu sans fil se développeront* » et que « *l'amélioration des possibilités de réutilisation des informations émanant du secteur public devrait notamment permettre aux entreprises européennes d'exploiter le potentiel de ces informations et contribuer à la croissance économique et à la création d'emplois*⁶⁵⁶ ».

Ainsi, au delà de l'ouverture des données publiques stricto sensu, l'open data prévoit également que ces données puissent faire l'objet d'une réutilisation. Cette réutilisation est l'objet d'un régime distinct de celui du droit d'accès aux données publiques et de leur diffusion.

La réutilisation des données publiques s'exerce-t-elle au détriment des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques (Section 1) ? Instaure-t-elle une autre relation que le droit d'auteur entre la personne publique et la donnée publique (Section 2) ?

⁶⁵⁴ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Journal officiel de l'Union européenne 31 décembre 2003

⁶⁵⁵ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Considérant (4) L 345/90

⁶⁵⁶ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Considérant (5) L 345/90

Section 1 : La réutilisation des données publiques s'exerce-t-elle au détriment de la propriété intellectuelle ?

Le Code des relations entre le public l'administration en vigueur au 1er janvier 2016 comporte un titre entier dédié au régime de la réutilisation des document administratifs. Cependant, ce titre ne comporte pour l'instant aucune disposition. Pour cette raison, les règles qui gouvernent la réutilisation données publiques sont issues de la directive du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, et de la loi de 1978 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques qui transpose cette directive.

Le principe de la réutilisation des données publiques est inscrit dans la directive du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public en ces termes : *« la présente directive ne contient aucune obligation d'autoriser la réutilisation de documents. La décision d'autoriser ou non la réutilisation est laissée à l'appréciation des États membres ou de l'organisme du secteur public concernés. La présente directive devrait s'appliquer aux documents qui sont mis à disposition aux fins d'une réutilisation lorsque les organismes du secteur public délivrent des licences, vendent, diffusent, échangent ou donnent des informations⁶⁵⁷ »*. À l'origine, donc, l'autorisation de la réutilisation des données publiques n'est pas une obligation, mais au contraire une simple faculté.

L'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques modifie la loi de 1978 en insérant un chapitre sur la réutilisation des informations publiques dont le premier article énonce que *« les informations figurant dans des documents élaborés ou détenus par les administrations mentionnées à l'article 1er, 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*

⁶⁵⁷ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Considérant (9)

élaborés ou sont détenus. Les limites et conditions de cette réutilisation sont régies par le présent chapitre, même si ces informations ont été obtenues dans le cadre de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs régi par le chapitre 1er⁶⁵⁸ ». Elle précise encore que *« la réutilisation d'informations publiques peut donner lieu au versement de redevances. »*

L'intégration en droit interne des dispositions de la directive de 2003 a donc conduit à transformer une simple faculté pour les personnes publiques de permettre la réutilisation de leurs documents en une possibilité pour les administrés de réutiliser les informations publiques. Mais ce renversement n'est pas le seul opéré : la principale nouveauté portée par l'ordonnance de 2005 est l'inversion de la règle d'interdiction de réutilisation à des fins commerciales qui prévalait jusqu'alors, contenue dans l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978.

Le projet de loi pour une République numérique⁶⁵⁹ tend à poursuivre l'extension du droit de réutilisation des informations publiques en modifiant encore cet article 10 de la loi de 1978. *« Il précise que ce droit concerne toutes les informations figurant dans des documents administratifs qui ont été communiqués ou publiés. Il supprime l'exception prévue pour les services publics industriels et commerciaux (SPIC), qui conservent toutefois la possibilité de prévoir des redevances ».* La loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public pose le principe de la gratuité de la réutilisation des données publiques : *« la réutilisation d'informations publiques est gratuite. Toutefois, les administrations mentionnées à l'article 1er peuvent établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public⁶⁶⁰ ».*

Enfin, le projet de loi pour une République numérique vise à écarter l'application du droit de la propriété intellectuelle aux personnes publiques en proposant *« une*

⁶⁵⁸ Art. 10 de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

⁶⁵⁹ Projet de loi pour une République numérique, *préc.* à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015.

⁶⁶⁰ Art. 5 de la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public

dérogation spécifique au droit sui generis du producteur d'une base de données, lorsque ce producteur est une personne publique et qu'il a l'obligation de mettre publiquement en ligne cette base de données⁶⁶¹ ».

Ainsi, la réutilisation des données publiques se développe-t-elle au détriment de la propriété intellectuelle ? Nous démontrerons que le droit à la réutilisation des données publiques est par essence attentatoire au droit d'auteur des personnes publiques (Sous-section 1), mais que le droit de la propriété intellectuelle résiste encore à cette dérogation (Sous-section 2).

⁶⁶¹ Art. 7 du Projet de loi pour une République numérique enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015

Sous - section 1 : Le régime de la réutilisation des données publiques

La réutilisation des données publiques entretient une relation intéressante avec le droit d'accès aux documents administratifs. En effet, ces deux droits sont nécessairement liés, ce qui est confirmé par la lecture de la directive du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, qui s'appuie sur le droit d'accès aux documents administratifs : *« les informations émanant du secteur public constituent une matière première importante pour les produits et les services de contenu numérique et deviendront une ressource de plus en plus importante sur le plan du contenu à mesure que les services de contenu sans fil se développeront. Il sera aussi essentiel, à cet égard, d'assurer une vaste couverture géographique transfrontalière. L'amélioration des possibilités de réutilisation des informations émanant du secteur public devrait notamment permettre aux entreprises européennes d'exploiter le potentiel de ces informations et contribuer à la croissance économique et à la création d'emplois⁶⁶² »* .

La réutilisation n'est en effet possible que si les données publiques sont portées à la connaissance du public, par la voie du droit d'accès qui conduit à la communication. Pour cette raison, la transposition de cette directive en droit interne traite conjointement des deux notions y compris dans son intitulé : il s'agit de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques.

Il existe donc une relation de dépendance entre la réutilisation des données publiques et le droit d'accès à celles-ci. Pourtant, la réutilisation des données publiques n'a pas la même valeur que le droit d'accès, consacré depuis 2002⁶⁶³ comme une liberté publique. La réutilisation des données publiques s'appuie sur un droit fondamental sans pour autant en être un elle-même.

⁶⁶² Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, Considérant (5)

⁶⁶³ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, préc.

En droit positif, seule la loi de 1978 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 6 juin 2005 contient des dispositions à valeur législative concernant la réutilisation des données publiques. Le Code des relations entre le public et l'administration est pour l'instant dépourvu de toute mesure concernant la réutilisation. Il s'agit donc d'un droit relativement nouveau, non codifié, qui entre en conflit avec d'autres droits fondamentaux, et particulièrement avec la propriété intellectuelle.

La doctrine s'intéresse à un autre aspect de la réutilisation des données publiques : celui de la protection des données personnelles⁶⁶⁴. Ainsi, G. Gorce et F. Pillet soutiennent que « *les administrations doivent s'investir dans cette voie et mettre en œuvre une doctrine de protection des données personnelles, en anticipant et évaluant les risques, en y adaptant les formats de diffusion des données et en exerçant une veille vigilante. (...)* ». La protection des données personnelles constitue ainsi une obligation renforcée par la personnalité publique par rapport au droit privé, mais comme nous l'avons déjà établi, elle n'est pas l'objet de notre étude.

En matière de propriété intellectuelle, la réutilisation des données publiques soulève d'autres interrogations. En permettant la réutilisation à des fins commerciales des données publiques, elle entre en contrariété avec le monopole d'exploitation dont jouit l'auteur d'une œuvre de l'esprit et avec le droit du producteur de bases de données.

L'article 10 de la loi de 1978 énonce que les informations publiques, c'est-à-dire les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations, peuvent être utilisées par toute personne à d'autres fins que celles de la mission de service public pour laquelle elle avait été produite ou reçue.

1. L'économie de la réutilisation des données publiques.

La réutilisation des données publiques est en quelque sorte l'aboutissement de la politique d'open data. En effet, il n'est pas possible, en droit positif, d'imaginer une

⁶⁶⁴ Voir, par exemple : G. Gorce et F. Pillet, Rapport d'information n° 469 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'open data et la protection de la vie privée, « *La protection des données personnelles dans l'open data : une exigence et une opportunité* » déposé le 16 avril 2014

mesure plus radicale en matière d'ouverture de données publiques. Le régime de la réutilisation s'est construit sur l'idée que les données publiques constituent un gisement d'informations de grande valeur dont la libre consultation et la réutilisation gratuite peuvent dynamiser la vie citoyenne et économique.

Une telle politique est cependant contraire à l'objectif de valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques, qui vise à générer des richesses à partir des ressources immatérielles produites ou acquises par les personnes publiques. La politique publique d'open data a bouleversé cette vision en matière de données publiques en imposant que ces données soient librement réutilisables par les administrés à d'autres fins que la mission de service public pour laquelle elles ont été produites ou reçues.

La réutilisation des données publiques ne s'inscrit pas dans le même cadre que le droit d'accès aux documents administratifs : elle ne vise pas à permettre une vie citoyenne dynamique, ou à augmenter la participativité des citoyens aux décisions publiques. Au contraire, la logique de la réutilisation des données publiques est de dynamiser la vie économique, c'est à dire de favoriser le développement d'entreprises essentiellement privées.

La réutilisation est définie par la directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public selon laquelle il s'agit de *« l'utilisation par des personnes physiques ou morales de documents détenus par des organismes du secteur public, à des fins commerciales ou non commerciales autres que l'objectif initial de la mission de service public pour lequel les documents ont été produits. (...) »*⁶⁶⁵.

Mais cette définition ne la rend pas pour autant aisément identifiable : la réutilisation est extrêmement polymorphe en raison de la diversité des données publiques qu'elle concerne. Ainsi, une société spécialisée dans la publication des résultats d'examens et de concours opère une réutilisation d'informations administratives⁶⁶⁶, de même que

⁶⁶⁵ Art. 2.4) de la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

⁶⁶⁶ CADA, 2 mars 2006, Avis 20060881, Recteur de l'Académie d'Aix-en-Provence : *« La commission estime, d'une part, qu'il résulte de ces dispositions que la circonstance que des informations visées par l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 fassent l'objet d'un*

l'exploitation par un journaliste de données publiques dans un article de presse, ou encore l'élaboration de supports graphiques à partir de cartes géographiques élaborées par une personne publique.

La Commission d'accès aux documents administratifs distingue cependant la réutilisation de la situation dans laquelle une information publique qui a vocation à être publiée est communiquée, par exemple en matière de publication des bans pour un mariage : *« la commission constate que l'objet même des bans et de leur publication « à la porte de la maison commune », en application de l'article 63 du code civil, est précisément de rendre publics les mariages à venir. Compte tenu de cet objet, elle estime que leur publication dans la presse locale ne constitue pas une utilisation de ces informations « à des fins autres que celles de la mission de service public pour laquelle » ils ont été élaborés mais en est le prolongement. Il ne s'agit dès lors pas d'une « réutilisation » au sens du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 et les dispositions de l'article 13 de cette loi ne sont dès lors pas opposables⁶⁶⁷. »*

Cette décision confirme la définition de la réutilisation de la directive de 2003 qui s'effectue dans un but *« autre que l'objectif initial de la mission de service public pour lequel les documents ont été produits »*.

2. L'assiette des données publiques réutilisables.

L'analyse conjointe des articles 10 et 11 de la loi de 1978 permet d'établir que certaines informations publiques sont exclues du champ de la réutilisation. Ces informations peuvent être écartées du droit à réutilisation en raison de leur nature, de

diffusion publique au sens de l'article 2 de cette loi n'est en aucun cas de nature, contrairement à ce que soutient en l'espèce le recteur de l'académie d'Aix-en-Provence, à faire obstacle à l'exercice, par toute personne qui le souhaite, du droit à réutilisation. Cette diffusion a pour effet, au contraire, en application du a) du premier alinéa de l'article 10, de faire entrer dans le champ d'application du droit à réutilisation les informations contenues dans des documents dont la communication ne constituerait pas un droit en application du chapitre Ier du titre Ier de la loi, consacré à la liberté d'accès aux documents administratifs. La commission relève, d'autre part, que les résultats aux examens cités constituent des informations publiques au sens de l'article 10 de la loi, sur lesquelles s'exerce le droit à réutilisation posé par le premier alinéa de cet article. Ils figurent en effet dans des documents administratifs élaborés et détenus, notamment sur support électronique, par le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche qui, par ailleurs, n'entrent dans aucune des catégories énumérées par le deuxième alinéa du même article. La commission estime également que leur mise à disposition du public par la société France-Examen constitue une réutilisation régie par le chapitre II du titre Ier de la loi. La commission émet donc un avis favorable à la réutilisation des informations visées par la demande d'avis qui lui est soumise. Elle constate en outre qu'une telle réutilisation suppose la communication, conformément aux termes de cette demande, d'une copie du support électronique utilisé par l'administration, au même moment où les résultats sont rendus publics ».

⁶⁶⁷ CADA, 14 septembre 2006, Conseil 20063781, Maire de Foug

leur auteur, ou parce qu'un autre droit entre en concurrence avec le droit à réutilisation.

Les données écartées du droit à la réutilisation en fonction de leur nature fait référence à celles qui ne sont pas considérées comme des informations publiques. Ce cas de figure renvoie au régime du droit d'accès, c'est à dire aux documents dont la communication ne constitue pas un droit⁶⁶⁸, à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une diffusion publique.

L'exclusion de certaines données publiques du droit à la réutilisation peut également relever de l'identité de leur auteur, c'est à dire viser certaines données produites ou reçues par certaines personnes publiques. Cette exclusion vise deux catégories de personnes publiques : d'une part, celles qui opèrent dans le cadre d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial, et d'autre part les établissements culturels. Cependant, nous avons démontré que le projet de loi pour une République numérique propose de supprimer l'exception prévue pour les services publics industriels et commerciaux.

Enfin, les données publiques sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation.

⁶⁶⁸ Art. 2 de la loi du 17 juillet 1978 : « le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. Il ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration ». Art. 6 de la loi du 17 juillet 1978 « I. - Ne sont pas communicables : « 1° Les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives, les documents de la Cour des comptes mentionnés à l'article L. 141-10 du code des juridictions financières et les documents des chambres régionales des comptes mentionnés à l'article L. 241-6 du même code, les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision, les documents élaborés ou détenus par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans le cadre des missions prévues à l'article 20 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les documents préalables à l'élaboration du rapport d'accréditation des établissements de santé prévu à l'article L. 6113-6 du code de la santé publique, les documents préalables à l'accréditation des personnels de santé prévue à l'article L. 1414-3-3 du code de la santé publique, les rapports d'audit des établissements de santé mentionnés à l'article 40 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et les documents réalisés en exécution d'un contrat de prestation de services exécuté pour le compte d'une ou de plusieurs personnes déterminées ; « 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : « a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ; « b) Au secret de la défense nationale ; « c) A la conduite de la politique extérieure de la France ; « d) A la sûreté de l'État, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ; « e) A la monnaie et au crédit public ; « f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ; « g) A la recherche, par les services compétents, des infractions fiscales et douanières ; « h) Ou, sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi ; « II. - Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : « - dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; « - portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommément désignée ou facilement identifiable ; « - faisant apparaître le comportement d'une personne, dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice. « Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique. « III. - Lorsque la demande porte sur un document comportant des mentions qui ne sont pas communicables en application du présent article mais qu'il est possible d'occulter ou de disjoindre, le document est communiqué au demandeur après occultation ou disjonction de ces mentions. « Les documents administratifs non communicables au sens du présent chapitre deviennent consultables au terme des délais et dans les conditions fixés par les articles L. 213-1 et L. 213-2 du code du patrimoine. Avant l'expiration de ces délais et par dérogation aux dispositions du présent article, la consultation de ces documents peut être autorisée dans les conditions prévues par l'article L. 213-3 du même code. »

Cette dernière exclusion qui vise l'hypothèse dans laquelle autre droit entre en concurrence avec le droit à réutilisation intéresse particulièrement notre démonstration. Tout d'abord parce qu'elle témoigne du fait que tant la directive du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public que l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques ont pris la mesure de la difficulté d'articuler la réutilisation des données publiques avec le droit de la propriété intellectuelle.

3. Réutilisation et propriété intellectuelle.

La directive de 2003 et l'ordonnance de 2005 considèrent que la réutilisation des données publiques est susceptible d'entrer en conflit uniquement avec les droits de propriété intellectuelle. Cependant, aucun des deux textes ne précise qui est titulaire de ces droits, par exemple s'il peut s'agir des droits de propriété intellectuelle d'une personne publique.

La Commission d'accès aux documents administratifs apporte des éléments de réponse à cette question en clarifiant la question de l'applicabilité de la loi de 1978 à l'échange de documents entre personnes publiques, et en explicitant les dispositions relatives au respect de la propriété intellectuelle.

a) Réutilisation de données publiques entre personnes publiques.

Tout d'abord, la Commission d'accès aux documents administratifs a établi que l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que l'échange de données publiques entre personnes publiques aux fins de l'exercice de leur mission de service public ne constitue pas une réutilisation au sens des dispositions concernées. Pour cette raison, la Commission décline sa compétence en matière de demande de réutilisation, notamment dans le cas d'une demande formulée par une collectivité territoriale⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ CADA, 8 mars 2007, Avis 20070498, Ministre de l'équipement (DDE de l'Indre) « *La commission rappelle qu'elle est habilitée à se prononcer sur le fondement des articles 20 et 21 des dispositions de la loi du 17 juillet 1978. Cette loi garantit au profit des administrés un droit d'accès aux documents administratifs et n'a pas vocation à régir les transmissions de documents entre les autorités mentionnées à son article 1er qui doivent, le cas échéant, être traitées par les textes relatifs à ces autorités et à leur mission. Or la demande du maire de Châteauroux a précisément pour but de permettre aux services de cette commune d'accéder à des informations et documents détenus par une autre administration en vue de faciliter l'accomplissement de leurs missions. Au surplus, la commission*

Cela signifie que la réutilisation par une personne publique des données détenues par une autre personne publique peut intellectuellement être considérée comme une réutilisation, mais elle échappe au champ d'application de la loi et donc à la compétence de la CADA.

Ainsi, puisque la loi de 1978 « *garantit au profit des administrés un droit d'accès aux documents administratifs et n'a pas vocation à régir les transmissions de documents entre les autorités (...)* », la réutilisation des données publiques exclut les conflits de propriété intellectuelle entre personnes publiques.

Il existe à ce sujet une véritable problématique, car il ne peut être nié que les personnes publiques détiennent des droits de propriété intellectuelle sur leurs données publiques, et que leur contrefaçon par une autre personne publique devrait être sanctionnée. Cependant, la CADA n'est pas compétente pour traiter de la transmission de documents interservices. Les textes relatifs aux personnes publiques et à leurs missions de service public ne tranchent pas la question des droits de propriété intellectuelle pouvant être heurtés dans le cadre de leur exercice. Ainsi, la question de la réutilisation des données publiques d'une personne publique par une autre reste pendante. La difficulté réside dans le fait qu'il n'existe pas de contentieux de réutilisation des données publiques entre les personnes publiques. Puisqu'elles coopèrent entre elles, l'échange de données entre les personnes publiques ne pose pas, en pratique, de difficultés.

Si une difficulté survenait, il faudrait se rapporter aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel l'auteur dispose d'un monopole d'exploitation sur son œuvre, et peut donc interdire que celle-ci soit réutilisée par un autre. En conséquence, en cas de litige entre deux personnes publiques relatif à la communication d'un document administratif, il faut se placer sur le terrain du droit de la propriété intellectuelle car l'échange d'informations publiques entre personnes

relève que le dernier alinéa de l'article 10 de cette loi précise que " l'échange d'informations entre les autorités mentionnées à l'article 1er aux fins de l'exercice de leur mission de service public, ne constitue pas une réutilisation au sens du présent chapitre ". Elle se déclare en conséquence incompétente pour se prononcer sur la demande. »

publiques aux fins de l'exercice de leur mission de service public ne constitue pas une réutilisation au sens de la loi de 1978.

b) Réutilisation et droits de propriété intellectuelle des personnes publiques

Nous avons montré que la Commission d'accès aux documents administratifs considère que l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 « *n'a ni pour objet, ni pour effet d'interdire la communication au public des documents entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 ou du code de la propriété intellectuelle et notamment ceux qui présentent le caractère d'œuvre de l'esprit*⁶⁷⁰ ». Cette analyse est applicable en matière de droit d'accès aux documents administratifs ainsi que nous l'avons établi dans la précédente Sous-section.

En matière de droit à réutilisation, la Commission d'accès aux documents administratifs considère qu'aux termes de l'article 10 la loi de 1978, sont exclues les informations publiques contenues dans des documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle.

Elle a par exemple pu établir que les images aériennes numériques obtenues dans le cadre d'un marché public ne sont pas des informations publiques et sont donc insusceptibles de faire l'objet d'une réutilisation⁶⁷¹. Par droit de propriété intellectuels de tiers, cet article évince donc explicitement les personnes publiques de la protection contre la réutilisation de leurs œuvres de l'esprit. La communication des données publiques protégées par des droits de propriété intellectuelle n'est possible qu'en application de l'exception de copie privée consacrée à l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle, leur diffusion est impossible. Par conséquent, deux hypothèses se dégagent.

⁶⁷⁰ CADA, 16 mars 2006, Conseil 20061210, Président de la communauté urbaine de Bordeaux

⁶⁷¹ CADA, 14 septembre 2006, Conseil 20063777, Président de la communauté d'agglomération du Grand Toulouse : « *La commission d'accès aux documents administratifs a examiné dans sa séance du 14 septembre 2006 votre demande de conseil relative à la question suivante : dans le cadre d'un marché public (orthophotoplan : image aérienne numérique), le Grand Toulouse, sur sa demande, dispose des droits d'exploitation les plus étendus sur cette information, et cependant l'entreprise titulaire du marché conserve des droits de propriété intellectuelle non cessibles ; l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 modifié par l'ordonnance 2005-650 du 6 juin 2005 s'applique-t'il en l'espèce, et toute information acquise dans ce cadre peut-elle-être considérée comme une donnée publique ? La commission confirme qu'en vertu de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, modifiée par l'ordonnance du 6 juin 2005, les informations contenues dans des documents détenus par des collectivités publiques et sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ne sont pas considérées comme des informations publiques et se trouvent, dès lors, soustraites au droit à la réutilisation des informations publiques défini par le chapitre II de la loi précitée. Il en est, notamment, ainsi dans l'hypothèse où une communauté d'agglomération détient des informations issues d'un marché public relatif à des images aériennes numériques sur lesquelles l'entreprise titulaire du marché conserve des droits de propriété non cessibles* ».

Soit la communication est intervenue en application de l'exception de copie privée consacrée à l'article L. 122-5, 2° du Code de la propriété intellectuelle, ce qui interdit au bénéficiaire de la communication d'en faire une utilisation collective. La personne publique qui accorde la communication du document doit alors spécifier au bénéficiaire qu'il a l'interdiction de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales le document qui lui est communiqué en application des avis⁶⁷² de la Commission d'accès aux documents administratifs du 6 mars 2006 « *Président de la communauté urbaine de Bordeaux* » et du « *7 janvier 1993, Directeur général de la concurrence* ». Dans ce cas, la réutilisation est impossible.

Soit la diffusion de la donnée publique est intervenue à l'initiative de la personne publique auteur, exerçant ainsi son droit de divulgation qui porte l'œuvre de l'esprit à la connaissance du public. En application de l'article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui prévoit que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public (...)* », la personne publique choisit en quelque sorte de permettre la réutilisation de son œuvre.

Pour cette raison, il n'est pas nécessaire que la loi de 1978 précise le régime de la réutilisation des données publiques protégées par des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, car leur sort est déterminé par le Code de la propriété intellectuelle. La CADA considère, en accord avec le Conseil d'État⁶⁷³ que « *font l'objet d'une diffusion publique et ne sont dès lors pas soumises aux conditions d'accès fixées par le chapitre Ier de cette loi, non seulement les données qui font l'objet d'une publication officielle telle qu'une parution au JO ou une mise sur un site internet dans des conditions d'accessibilité aisée, mais encore celles qui font l'objet d'une commercialisation à un prix raisonnable comme les cartes de l'IGN, le fichier SIRENE de l'INSEE, le registre des sociétés tenu par les greffes des tribunaux de commerce ou encore les normes de l'AFNOR*⁶⁷⁴ ».

⁶⁷² CADA, 6 mars 2006, Conseil 20061210, Président de la communauté urbaine de Bordeaux, préc.

CADA, 7 janvier 1993, Directeur général de la concurrence, préc.

⁶⁷³ CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 26 jan. 2007, 276928, Publié au recueil Lebon, La légalité de l'octroi d'un droit exclusif à l'Institut géographique national ; S. Nicinski, AJDA 2007. 744

⁶⁷⁴ CADA, 19 avril 2007, Conseil 20071492 Directeur du GIP Aménagement du Territoire et Gestion des Risques

Sous - section 2 : La résistance du droit de la propriété intellectuelle à la réutilisation des données publiques.

Nous avons montré que le droit de la propriété intellectuelle peut être articulé avec la notion de réutilisation des données publiques, puisque l'article L.122-7-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public (...)* ». Cependant, cette hypothèse est celle dans laquelle les personnes publiques acquiescent à la réutilisation de leurs données publiques. Mais sont-elles vraiment libres de refuser ?

La question se pose particulièrement en matière de réutilisation de bases de données publiques, car les données sont le plus souvent compilées dans des répertoires protégés par le droit de la propriété intellectuelle.

Les bases de données font l'objet d'une protection spécifique depuis 1996 au plan européen⁶⁷⁵ qui est transposé en droit français depuis 1998⁶⁷⁶. Ainsi, l'article L 112-3 du Code de la propriété intellectuelle établit qu'une base de donnée est « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen*⁶⁷⁷ ».

La base de données est un objet intéressant en matière de propriété intellectuelle car elle ne comprend pas nécessairement des œuvres protégées par le droit d'auteur. Ainsi, dès lors qu'elle est l'objet d'un travail intellectuel original, la base de donnée peut ne contenir que des données brutes non éligibles à la protection du droit d'auteur, mais être en elle-même protégée par le droit d'auteur. Elle est également protégée par un droit *sui generis* qui récompense l'investissement substantiel de son producteur. Ces deux protections peuvent être mises en œuvre conjointement, à condition que la base de donnée remplisse la condition d'originalité requise par le droit d'auteur.

⁶⁷⁵ Directive 96/9/CE du Parlement européenne et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données

⁶⁷⁶ Loi n°98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

⁶⁷⁷ Art. L 112-3 du Code de la propriété intellectuelle

Les personnes publiques peuvent être titulaires des droits de propriété intellectuelle sur une base de données créée par leurs services par le mécanisme de l'œuvre collective⁶⁷⁸. Or le Code de la propriété intellectuelle prévoit que « *le producteur d'une base de données a le droit d'interdire (...) la réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme. (...)*⁶⁷⁹ ».

Il était nécessaire d'envisager ces éléments dans la première partie de notre thèse pour être en mesure d'appréhender pleinement les dispositions de la loi de 1978 qui énonce que « *les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er, 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 produits ou reçus*⁶⁸⁰ ».

Le droit à la réutilisation des bases de données est contraire aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle. Ce conflit de lois est la résultante de plusieurs facteurs : tout d'abord la prise de conscience de la capacité des personnes publiques à être titulaires de droits de propriété intellectuelle est récente, ce qui peut expliquer qu'en 1978 le législateur ait ignoré cette première difficulté. De plus, la politique d'ouverture des données publiques ne tient pas compte de la nature de ces données ni des droits dont ils peuvent être grevés sauf lorsqu'il s'agit de droits tiers.

L'intérêt contemporain pour l'articulation entre le droit de la propriété intellectuelle publique et l'open data est en réalité lié au développement concomitant des techniques de valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. En effet, puisque les droits de propriété intellectuelle sont des actifs immatériels précieux, il faut déterminer s'ils doivent s'effacer devant la politique publique de l'open data. Finalement, cette question revient à s'interroger sur le fait de savoir si

⁶⁷⁸ Art. L 113-2 al 3 du Code de la propriété intellectuelle

⁶⁷⁹ Art. L 342-1 du Code de la propriété intellectuelle

⁶⁸⁰ Art. 10 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

l'intérêt général n'est pas devenu l'ennemi du droit d'auteur avec l'avènement de l'open data.

Nous nous interrogeons dans la première partie de notre thèse sur la question de savoir si la propriété intellectuelle des personnes publiques est d'intérêt général⁶⁸¹. À cette occasion, nous évoquons le fait que l'intérêt général est présent dans la protection des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, mais qu'il n'y joue qu'un faible rôle, en particulier parce que les caractères du droit moral produisent les mêmes effets que lui.

Notre analyse des conséquences de la réutilisation des données publiques va plus loin: l'intérêt général qui fonde la politique publique d'open data commande que les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques s'inclinent devant lui. L'explication de la faible importance de l'intérêt général en matière de protection des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques est peut être ici : l'on ne peut concomitamment protéger *et* transgresser le même droit. En l'occurrence, la réutilisation des données publiques transgresse totalement le droit d'auteur des personnes publiques.

Mise à part la possibilité marginale et limitée offerte aux personnes publiques de subordonner la réutilisation de leurs données publiques au versement de redevances et à la délivrance d'une licence⁶⁸², aucune disposition légale ne compense cette négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en matière d'open data.

Les bases de données créées dans le cadre de marchés publics sont soumises à des licences qui visent à éliminer les obstacles à l'ouverture et à la réutilisation des données publiques. Nous avons vu dans la première partie de notre thèse que les marchés publics qui portent sur des prestations de services potentiellement couvertes par des droits de propriété intellectuelle, doivent viser le CCAG PI. Puisque la structure de la base de données peut être grevée de droits de propriété intellectuelle, plusieurs facteurs doivent être réunis pour que la réutilisation et l'ouverture soient

⁶⁸¹ Partie 1, titre 2 de la thèse

⁶⁸² Articles 15 et 16 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

rendues possibles. Tout d'abord, lorsqu'un prestataire crée une base de données déterminée, en fonction des besoins d'une personne publique, celle-ci veille à ce que le contrat de marché public comporte une clause de cession des droits de propriété intellectuelle de l'auteur. Cette clause permet de rendre possible la réutilisation des données par la personne publique elle-même.

La personne publique pourra indiquer, dans les documents particuliers du marché, qu'elle souhaite pouvoir autoriser, sans l'accord préalable et écrit du titulaire du marché, des tiers à exploiter la base de données dans le cadre de la réutilisation des informations publiques. Par exemple, L'APIE propose l'insertion de la clause suivante dans les contrats de marchés publics : *« Pour permettre la réutilisation des informations publiques au sens de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, le pouvoir adjudicateur souhaite mettre à disposition de tiers la base de données, objet du marché, dans laquelle seront incorporées des informations publiques. Le titulaire du marché autorise le pouvoir adjudicateur à permettre à des tiers, sans son accord préalable, de reproduire, représenter, adapter ou modifier tout ou partie de la base de données. Plus généralement, le titulaire du marché autorise l'exploitation de la base, à titre gratuit ou onéreux, par des tiers dans le cadre de la réutilisation des informations publiques⁶⁸³ ».*

L'APIE propose également des clauses types à intégrer dans les marchés publics pour faire en sorte que les droits de propriété intellectuelle du créateur des bases de données soient systématiquement cédés à l'administration, dans le respect de l'article L 131-3 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel *« la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».*

Lorsque les personnes publiques souhaitent ouvrir au public les bases de données qu'elles ont ainsi commandées, elles ont recours à des licences qui peuvent prendre plusieurs formes. L'intérêt du choix de la licence réside dans le fait que les

⁶⁸³A-C. Viala, *Réutilisation des informations publiques, bases de données et marchés publics*, Cahier pratique, Les ressources de l'immatériel, APIE, septembre 2011

obligations et libertés accordées aux réutilisateurs ne sont pas les mêmes. Puisque l'open data vise à faciliter la diffusion et la réutilisation des données publiques, sans faire de discrimination envers tel ou tel usager ou usage, les licences libres sont les plus adaptées. Elles permettent aux administrés qui souhaitent réutiliser les données de se livrer à quatre types d'activités : l'utilisation, l'étude, la modification et la redistribution des modifications.

Dans ce contexte, deux types de licences coexistent majoritairement, à savoir la licence ouverte d'Etalab et la licence Open Database license (ODbL). Ces deux licences peuvent fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs sans restriction d'accès ou de mise en œuvre. Cela qui permet de croiser les données quand bien même elles proviennent d'administrations différentes, du public ou du privé, des collectivités locales ou de l'État.

Cependant, l'hypothèse des licences est celle d'une acceptation par la personne publique de la réutilisation de sa base de données. La meilleure preuve est que dès la conclusion du marché public, elle a souhaité que la base de données mise à disposition en open data ne soit plus grevée de droit d'auteur. Mais la question est très différente concernant les bases de données créées par les personnes publiques elles-mêmes et dont elles ne souhaitent pas permettre la réutilisation.

Confronté à la nécessité d'arbitrer la rivalité entre la mise en œuvre de l'open data et la protection des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques qui ne souhaitent pas permettre la réutilisation de leurs bases de données, le juge a été contraint de statuer en matière d'archives.

La loi du 15 juillet 2008⁶⁸⁴ a établi une nouvelle définition des archives : « *les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité*⁶⁸⁵. ». À l'intérieur de cet ensemble prennent place les archives publiques, qui sont soumises au Code du patrimoine qui vise à faciliter l'accès aux

⁶⁸⁴ Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives

⁶⁸⁵ Art. L. 211-1 du Code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-696, 15 juill. 2008, art. 1er et 2

archives en retenant une définition simplifiée. Désormais, relèvent du droit d'accès les documents « *qui procèdent de l'activité, dans le cadre de leur mission de service public, de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public ou des personnes de droit privé chargées d'une telle mission* ».

Dans ce cadre, une espèce doit particulièrement retenir notre attention. En 2009, la société *NotreFamille.com* a saisi le Tribunal administratif de Poitiers suite au refus du service d'archives départementales de la Vienne d'autoriser la réutilisation commerciale de ses registres d'état civil. Le motif invoqué par le service d'archives était alors le coût de 230.000 euros devant être assumé par la collectivité pour satisfaire à la demande de la société *NotreFamille.com* d'obtenir des reproductions numériques des recensements et des registres de l'état civil ancien du département.

Dans une décision du 31 janvier 2013, le Tribunal administratif de Poitiers a considéré le département comme un producteur de données ayant mis en œuvre des moyens de production et des investissements, et déclaré que le département était libre de commercialiser ou non ses archives.

Puisqu'en qu'en 2012 le département du Cantal⁶⁸⁶ (à l'instar du Rhône, de la Savoie, de la Vendée et des Yvelines), après avoir essuyé deux avis négatifs de la CADA, avait finalement consenti à une réutilisation gratuite de ses données par la société *NotreFamille.com*, cette dernière a formé appel de la décision du Tribunal administratif de Poitiers devant la Cour administrative de Bordeaux, persuadée d'obtenir gain de cause.

Tel n'a pas été le cas, puisque dans un arrêt du 26 février 2015 la Cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé que le droit *sui generis* qui protège les bases de données l'emporte sur le respect des dispositions de la loi du 17 juillet 1978. En effet, après avoir rappelé la qualification de base de données du stockage d'archives départementales réalisé par le département de la Vienne, la Cour a confirmé l'éligibilité du département au statut de producteur. Au soutien de cette analyse, la

⁶⁸⁶ TA Clermont-Ferrand, 13 juill. 2011, n° 1001584, AJDA 2012. 375, note D. Connil ; CAA Lyon, 4 juill. 2012, n° 11LY02325, *Département du Cantal*, AJDA 2013. 301, note D. Connil

Cour relève son investissement substantiel, et ajoute que « *la possibilité pour le producteur de base de subordonner la réutilisation d'informations publiques au versement de redevances, prévue par l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978, ne saurait être le corollaire d'une obligation d'autoriser l'extraction*⁶⁸⁷ ».

Opérant une articulation précise entre le Code de la propriété intellectuelle et la loi de 1978, cette décision énonce encore que « *pour reconnaître au département de la Vienne des droits de propriété intellectuelle en tant que producteur de base de données, le tribunal administratif s'est fondé sur les articles L. 341-1 et L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, et sur les articles 10 et suivants de la loi du 17 juillet 1978 relatifs au droit de réutilisation des données publiques ; que les premiers juges ont ainsi statué sur la possibilité pour les personnes publiques détentrices de données publiques d'opposer leur droit de propriété intellectuelle aux demandes de réutilisation de ces données ; que, dès lors, le moyen tiré de l'insuffisante motivation du jugement doit être écarté.* »

Cette espèce est isolée car le contentieux de la propriété intellectuelle publique est récent et difficilement identifiable. D'ailleurs, le service des archives départementales de la Vienne ne s'est pas opposé à la réutilisation de ses archives dans le cadre de l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle mais au motif que le coût de la reproduction numérique des recensements et des registres de l'état civil ancien du département était trop lourd à supporter pour la collectivité.

Cependant, la position adoptée par la Cour administrative d'appel de Bordeaux a le mérite d'être particulièrement motivée sur la question de la propriété intellectuelle, ce qui semble indiquer que le juge a décidé de s'emparer de cette question, quoiqu'elle ne fût pas vraiment au cœur de la requête qui lui était soumise. Ainsi, il énonce « *que l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 permet aux services culturels de fixer les conditions dans lesquelles les informations qu'ils détiennent dans l'exercice de leur mission peuvent être réutilisées, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit à l'accès aux documents administratifs reconnu aux administrés ; que, toutefois, un service culturel producteur d'une base de données peut interdire la réutilisation de la*

⁶⁸⁷ CAA Bordeaux, 26 févr. 2015, n° 13BX00856, *NotreFamille.com c/ Conseil général de la Vienne*, AJDA 2015. 1078

totalité ou d'une partie substantielle du contenu de cette base de données en faisant état des droits que lui confère l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle.»

Le juge administratif n'est pas coutumier des questions de propriété intellectuelle qui sont par essence l'apanage du juge judiciaire. Cette décision est une manifestation de la volonté active du juge administratif de ne pas abandonner la question de la protection des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Cette décision unique en son genre est parvenue jusqu'au Conseil d'État sous la forme d'une demande de QPC⁶⁸⁸ formée par la société *NotreFamille.com* portant sur la conformité de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle aux droits et libertés garantis par la Constitution. Rappelant que cet article du Code de la propriété intellectuelle se borne à transposer en droit interne la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, le Conseil d'État relève « *l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* » et renonce à transmettre la question au Conseil constitutionnel.

L. Cluzel-Metayer s'interroge sur l'opportunité de voir dans cette décision « *une réticence du Conseil d'État à faire prévaloir l'ouverture des données sur le droit de la propriété intellectuelle*⁶⁸⁹ ». Cette question est bien légitime, mais il est difficile de lui apporter une réponse précise. En refusant de consacrer l'existence d'un droit absolu à l'information publique qui serait « *un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* », le Conseil d'État élude la question de l'articulation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques et de la réutilisation des données publiques. Il se borne à rappeler la légitimité des dispositions du Code de la propriété intellectuelle en matière de bases de données.

En réalité, admettre l'intérêt de la question posée par la requérante reviendrait à admettre l'idée que la réutilisation des données publiques *pourrait* justifier que les

⁶⁸⁸ CE 14 sept. 2015, n° 389806, *Société NotreFamille.com*, Lebon T. ; AJDA 2015. 2441, note F. RASSU ; D. 2015. 2214, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Trefigny

⁶⁸⁹ L. Cluzel-Metayer : Les limites de l'*open data*, AJDA 2016. 102

personnes publiques ne soient plus soumises à la protection des bases de données de droit commun.

En effet, cela reviendrait à envisager que le droit à l'information publique et à sa réutilisation remet en question l'applicabilité de l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle aux personnes publiques productrices de bases de données. De ce point de vue la réutilisation des données publiques apparaîtrait non plus seulement comme une obligation renforcée par la personnalité publique par rapport au droit privé, mais comme une négation de ses droits d'auteurs.

Dans ces conditions, la décision du Conseil d'État doit être analysée comme mesurée et prudente. Renoncer à transmettre la question au Conseil constitutionnel retarde le moment où il faudra trancher cette question épineuse, d'autant que le gouvernement tend davantage à contourner les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques qu'à les aménager. En effet, le projet de loi pour une République numérique⁶⁹⁰ adopté le 9 décembre 2015 en Conseil des ministres projette d'interdire aux personnes publiques d'exercer leurs droits de propriété intellectuelle pour s'opposer la réutilisation du contenu de leurs bases de données.

⁶⁹⁰ Projet de loi pour une République numérique *préc.* enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015

Section 2 : La réutilisation des données publiques instaure-t-elle une nouvelle relation entre la personne publique et la donnée publique ?

Le conflit qui existe entre la réutilisation des données publiques et les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques entre dans une nouvelle dimension avec le projet de loi pour une République numérique⁶⁹¹. En effet, celui-ci propose d'interdire aux personnes publiques de s'opposer la réutilisation du contenu des bases de données qu'elles ont créées sur le fondement de leurs droits de propriété intellectuelle. Ce projet de loi témoigne de l'influence du droit de la réutilisation des données publiques et de l'ouverture des données publiques *lato sensu* sur les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. Cette évolution proposée doit nous interpeller : que signifie, en droit, le fait d'interdire au titulaire d'un droit légalement acquis de l'exercer ? S'agit-il de la négation de ce droit ? S'agit-il plutôt d'une expropriation - partielle ou totale - du titulaire de son propre droit ? Ou bien s'agit-il d'une nouvelle relation envisagée pour permettre l'articulation de la réutilisation des données publiques avec le droit de la propriété intellectuelle ?

Cette proposition témoigne du fait que la réutilisation des données publiques est fondamentalement transgressive du droit de la propriété intellectuelle. La réutilisation de certaines données privées est pratiquée : les données de navigation Internet, recueillies au moyen de « *cookies* » font l'objet d'une réutilisation commerciale par des sociétés spécialisées qui vendent ces informations à des publicitaires. L'utilisateur de sites internet souscrit à une charte de réutilisation des données qu'il communique, et accepte explicitement l'utilisation de « *cookies* ». Mais il ne s'agit pas de données protégées par le droit de la propriété intellectuelle, et les personnes privées sont toujours libres de refuser la réutilisation de leurs données. Tel n'est pas le cas en matière de données publiques. Dans ces conditions, et puisque la propriété intellectuelle des personnes publiques semble être paralysée par le législateur en matière de réutilisation des données publiques, faut-il considérer qu'elle conduit à l'expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle (Sous-section 1) ou qu'elle provoque une dénaturation du droit d'auteur des personnes publiques (Sous-section 2) ?

⁶⁹¹ Projet de loi pour une République numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, préc.

Sous - section 1 : La réutilisation des données publiques n'est pas constitutive d'une expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle.

Le projet de loi pour une République numérique vise à renforcer l'obligation faite aux personnes publiques de permettre la réutilisation de leurs données. Cependant, l'absence de considération de ce projet de loi pour la protection des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques doit nous interpeller. Tout d'abord parce qu'il conduit à la négation de ces droits, et ensuite parce qu'il tend à instaurer un régime inédit, qui se construit indéniablement au détriment des personnes publiques.

En effet, l'article 7 du projet de loi pour une République numérique propose d'insérer dans la loi de 1978 l'article suivant « *sous réserve de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les droits des administrations, au titre des articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle, ne peuvent faire obstacle à la réutilisation, au sens de l'article 10, du contenu des bases de données que ces administrations ont obligation de publier en application du 3° de l'article L. 312-1-1 du code des relations entre le public et l'administration*⁶⁹² ».

Visant les articles du Code de la propriété intellectuelle qui protègent les personnes publiques productrices de bases de données, le projet de loi énonce que celles-ci ne pourront plus invoquer les droits dont elles sont titulaires en qualité de producteurs desdites bases de données afin de s'opposer à la réutilisation libre du contenu de celles-ci. L'analyse de ce projet de loi nous conduit donc naturellement à nous interroger sur la propension de la politique publique d'open data à entraîner la négation totale des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Ce projet de loi doit être envisagé pour ce qu'il est : un document de travail, qui illustre le tâtonnement du gouvernement dans la recherche d'un corpus législatif adapté au développement de l'open data.

⁶⁹² Art. 7 du projet de loi pour une République numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, préc.

Mais il est révélateur de plusieurs éléments très intéressants pour notre étude. D'abord, le fait que le gouvernement tend à faire primer le développement de l'ouverture des données publiques *lato sensu* sur les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques. Sur ce point précis, le projet de loi pour une République numérique est sans équivoque : il instaure la primauté absolue de l'open data.

De plus, il démontre que dans sa volonté de bien faire en matière d'open data, le gouvernement perd de vue les enjeux économiques qui gravitent autour de la notion de donnée publique. Alors qu'en 2007 l'État créait l'APIE pour valoriser son patrimoine intellectuel, et générer des ressources à partir des droits de propriété intellectuelle détenus par les personnes publiques, il propose en 2015 la remise en cause du droit d'auteur des personnes publiques productrices de bases de données. Nul besoin d'être un observateur avisé pour comprendre la confusion qui perdure en matière d'appréhension juridique du patrimoine intellectuel public. Cette confusion n'est pas nouvelle : nous l'avons constatée tout au long de notre démonstration. Pour autant, peut-elle conduire à l'expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle ?

L'article 7 du projet de loi pour une République numérique prévoit une dérogation spécifique au droit *sui generis* du producteur d'une base de données, lorsque ce producteur est une personne publique et qu'il a l'obligation de mettre publiquement en ligne cette base de données. En privant les personnes publiques de la faculté de s'opposer à la réutilisation des bases de données dont elles sont productrices, le projet de loi pour une République numérique refuse l'application des droits de propriété intellectuelle sur ces bases et leur contenu.

Une telle affirmation constitue une exception à la consécration de l'existence des droits des personnes publiques que nous avons démontré dans la première partie de notre thèse.

Cette proposition du gouvernement nous interpelle à double titre, car il est difficile de comprendre quel régime elle tend à instaurer : s'agit-il de la négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, et le cas échéant celle-ci est-elle juridiquement possible ? Ou bien s'agit-il d'une forme inédite d'expropriation des

personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle pour permettre la réutilisation des données publiques ?

1. La négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques est-elle admissible ?

Nous avons consacré la première partie de cette thèse à démontrer que les personnes publiques ont la faculté d'acquérir des droits de propriété intellectuelle par différents moyens et qu'elles bénéficient à ce titre de prérogatives parfois élargies par rapport à celles dont jouissent les personnes privées.

Le sort des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques prévu par le projet de loi pour une République numérique se matérialise par l'éviction expresse et totale de la possibilité pour celles-ci d'invoquer le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. Le premier réflexe à la lecture de cette proposition est de considérer qu'elle s'inscrit dans une démarche non seulement inconstitutionnelle mais encore contraire au droit conventionnel.

En effet, la protection par le droit de la propriété intellectuelle des producteurs de bases de données résulte de la loi du 1er juillet 1998⁶⁹³ relative à la protection des bases de données qui transpose dans le Code de la Propriété intellectuelle la directive européenne du 11 mars 1996. Ces dispositions s'appliquent à tous les producteurs de bases de données, personnes publiques comme personnes privées.

La protection constitutionnelle de la propriété intellectuelle est entérinée par la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006⁶⁹⁴ dans laquelle il énonce d'abord que « *la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; que son article 17 proclame : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition*

⁶⁹³ Loi no 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

⁶⁹⁴ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15.

Voir également J.F De Montgolfier dans les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (*Dossier : le droit des biens et des obligations*), mars 2011

d'une juste et préalable indemnité ». Le juge constitutionnel ajoute ensuite que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins*⁶⁹⁵ ».

La négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques est donc impossible en droit positif. Pour cette raison, l'article 7 du projet de loi pour une République numérique qui rappelle l'existence des « *droits des administrations mentionnées à l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration, au titre des articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle* » tout en excluant leur application devrait être regardé comme inconstitutionnel et non conforme au droit conventionnel qui instaure le principe d'une protection du producteur de bases de données.

Pourtant, si l'on considère la rédaction de ce projet de loi, l'expression « *les droits des administrations (...) ne peuvent faire obstacle à la réutilisation* » ne correspond pas nécessairement à une forme de négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Plus précisément, le projet de loi vise expressément les articles du Code de la propriété intellectuelle qui protègent le producteur de bases de données par le droit d'auteur et énonce qu'il vise à « *prévoir une dérogation spécifique au droit sui generis du producteur d'une base de données* ».

Nous avons établi que le droit positif ne tolère pas de dérogation ou de négation du droit de propriété, qui est absolu et opposable à tous par l'effet des dispositions des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. En outre, nous avons démontré que le Conseil constitutionnel affirme que les droits de propriété intellectuelle sont une extension du droit de propriété.

⁶⁹⁵ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 D, précitée, considérants 14 et 15

En conséquence, il faut explorer l'hypothèse selon laquelle le projet de loi pour une République numérique évoque maladroitement non pas la négation, ou la *dérogation* aux dispositions protégeant les personnes publiques productrices de bases de données, mais peut-être l'expropriation de celles-ci de leurs droits de propriété intellectuelle.

2. L'hypothèse peu convaincante d'un régime d'expropriation des personnes publiques de leur patrimoine intellectuel pour cause d'utilité publique.

Nous nous interrogeons en début de Section sur l'émergence d'une nouvelle relation entre la donnée publique et la personne publique liée au développement de l'open data. Le projet de loi pour une République numérique nous permet d'apporter des éléments de réponse à cette question.

Nous étudions ici les conséquences du développement de l'open data sur les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques, ce qui nous conduit à des développements potestatifs. En ce sens le projet loi pour une République numérique constitue un indicateur des pistes de recherches explorées par le gouvernement en la matière.

L'article 7 du projet qui prévoit que « (...) *les administrations, (...) ne peuvent faire obstacle à la réutilisation (...) du contenu des bases de données* ⁶⁹⁶ » ne conduit pas à une simple négation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques productrices de bases de données, mais pourrait conduire implicitement - *et peut être même sans s'en rendre compte* - à une expropriation pure et simple des personnes publiques desdits droits. Si tel était le cas, ce projet de loi projetterait alors de créer un nouveau régime d'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'expropriation et la propriété intellectuelle publique ont déjà été évoqués dans la première partie de notre thèse à propos de la faculté exorbitante du droit commun des personnes publiques à exproprier le titulaire des droits sur un brevet lorsque celui-ci intéresse notamment la défense nationale. Il s'agissait alors du rapport inverse, la personne publique expropriant la personne privée.

⁶⁹⁶ Art. 7 du projet de loi pour une République numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, préc.

Le projet de loi pour une République numérique évoque-t-il sans la nommer l'hypothèse contraire, celle d'une expropriation visant des propriétés publiques ?

Pour répondre à cette question, il faut déterminer si le régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique peut s'appliquer aux droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Les conditions de l'expropriation sont strictement encadrées par les dispositions du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique. La conséquence de ce cadre juridique très rigoureux est que toute procédure d'expropriation non respectueuse des dispositions constitue une atteinte illégitime au droit de propriété. Il convient donc de déterminer si l'open data est une cause d'utilité publique justifiant la mise en œuvre de l'expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle.

Les hypothèses dans lesquelles des textes précis prévoient que certaines circonstances clairement définies justifient le recours à l'expropriation sont très rares, et ne concernent pas l'open data. Il s'agit de l'élimination de l'habitat insalubre⁶⁹⁷, de la prévention des risques de glissement de terrain, d'avalanches ou de pluies torrentielles menaçant gravement des vies humaines⁶⁹⁸, l'expropriation des terrains ayant fait l'objet d'une déclaration d'état d'abandon manifeste⁶⁹⁹ ou encore la prévention des risques miniers⁷⁰⁰ et technologiques⁷⁰¹. Dans ces conditions, parce que le législateur propose une définition très lacunaire de l'utilité publique, il appartient au juge de définir le contenu de la notion.

Au fil de sa jurisprudence très casuistique sur la définition de l'utilité publique, le juge a mis en œuvre une méthode de recherche de l'utilité publique systématisée pour la première fois par B. Dondoux dans ses conclusions sur l'arrêt de section *Malardel*

⁶⁹⁷ Loi n° 70-612 du 10 juillet 1970 tendant à faciliter la suppression de l'habitat insalubre et ordonnance n° 2014-1345 du 6 novembre 2014 relative à la partie législative du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique portant modification des art. L. 511-1 et suivants du Code de l'expropriation.

⁶⁹⁸ Art. L. 561-1 du Code de l'environnement prévoit que « lorsqu'un risque prévisible de mouvements de terrain ou d'affaissements de terrain dus à une cavité souterraine ou à une marnière, d'avalanches, de crues torrentielles ou à montée rapide ou de submersion marine, menace gravement des vies humaines, l'État peut déclarer d'utilité publique l'expropriation par lui-même, les communes ou leurs groupements, des biens exposés à ce risque, dans les conditions prévues par le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et sous réserve que les moyens de sauvegarde et de protection des populations s'avèrent plus coûteux que les indemnités d'expropriation ».

⁶⁹⁹ Art. L. 2243-4 du Code général des collectivités territoriales

⁷⁰⁰ Art. L. 174-5 et L. 174-6 du Code minier

⁷⁰¹ Art. L. 515-16 du Code de l'environnement

du 29 juin 1979⁷⁰². Celui-ci démontre que le juge reconnaît l'utilité publique dès lors que la situation satisfait à trois critères cumulatifs : l'intérêt général du projet, la nécessité de recourir à l'expropriation pour le réaliser et l'absence de caractère excessif des inconvénients qu'elle comporte par rapport à l'intérêt qu'elle présente.

À ce titre, deux situations reconnues par la jurisprudence comme caractérisant une utilité publique doivent retenir notre attention en matière d'open data : l'hypothèse d'une expropriation poursuivie afin de procurer un avantage à des entreprises privées et celle conduite au bénéfice de services publics.

D'abord, dans l'arrêt *Ville de Sochaux* du 20 juillet 1971⁷⁰³, le juge dégage le principe selon lequel le fait que l'expropriation procure un avantage « *direct et certain* » à une entreprise privée n'exclut pas un but d'utilité publique. Cela montre que dans certains cas, l'intérêt d'une entreprise privée peut répondre à l'intérêt général. Cette décision nous intéresse car le droit à réutilisation des données publiques instauré par l'ordonnance du 6 juin 2005 transposant la directive du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 tend à favoriser les entreprises privées. C'est ainsi que l'envisage le projet de loi pour une République numérique lorsqu'il énonce que « *le projet de loi énonce le principe selon lequel les informations publiques qui ont été communiquées ou rendues publiques sont librement réutilisables à d'autres fins que la mission de service public pour laquelle elles ont été produites ou reçues* », autorisant notamment leur exploitation commerciale par des entreprises privées.

L'arrêt *Ville de Sochaux* du 20 juillet 1971 pourrait, en ce sens, fonder l'utilité publique de l'open data dans la mesure où il énonce qu'« *il est conforme à l'intérêt général de satisfaire (...) les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale* ».

Le juge, qui admet ainsi qu'une opération d'expropriation peut principalement bénéficier à une entreprise privée, ajoute encore trois autres critères pour reconnaître l'utilité publique.

⁷⁰² CE, 29 juin 1979, *Min. Int. c/ Malardel* : Rec. CE 1979, p. 294, concl. Dondoux ; CJEG 1981, p. 4, note P.L. ; RDP 1980, p. 1167, note Waline ; AJDA 1979, p. 20, chron. Robineau et Feffer ; D. 1979, inf. rap. p. 516, obs. BON

⁷⁰³ CE, 20 juill. 1971 : Rec. CE 1971, p. 561 ; AJDA 1972, p. 227, note Homont

D'une part, il exige que l'avantage procuré aux entreprises privées ait un impact réel sur l'économie locale⁷⁰⁴, et vérifie que l'opération ait pour conséquence d'autres avantages que celui procuré à l'entreprise privée⁷⁰⁵. Ces avantages peuvent être de toute nature, comme par exemple la poursuite d'autres buts d'utilité publique. Enfin, le juge rappelle que « *si les avantages présentés par l'opération se limitent à des aspects strictement économiques, l'opération en cause ne sera pas en principe d'utilité publique, sauf s'il apparaît que ces avantages ne bénéficient pas à une seule entreprise*⁷⁰⁶ ».

Ces trois critères semblent satisfaits par la politique publique d'open data, qui est décrite dans le projet de loi pour une République numérique comme une « *nouvelle opportunité de développement, de croissance et de partage pour notre pays, nos entreprises et nos concitoyens. Il est également un formidable moyen de renforcer les valeurs fondamentales de notre République.* »

Ainsi, elle vise à stimuler l'économie en accordant des avantages aux entreprises privées (comme l'illustre l'espèce *Notrefamille.com* évoquée dans ce Chapitre) mais également de stimuler l'implication citoyenne comme nous l'avons démontré. Ainsi, l'open data satisfait pleinement aux conditions fixées par le juge pour être reconnue d'utilité publique.

Le juge a établi que le fait qu'une procédure d'expropriation conduite au bénéfice des services publics soit mise en œuvre en vue de l'amélioration du fonctionnement d'un service public peut révéler, toutes autres considérations mises à part, son caractère d'utilité publique⁷⁰⁷.

Or, le projet de loi pour une République numérique évoque la création d'un service public de la donnée lorsqu'il énonce que « *la mise à disposition et la publication des*

⁷⁰⁴ Mais le juge est très souple sur la reconnaissance de ce critère. Pour une illustration, voir : TA Toulouse, 4 nov. 2001 : Administrer 2002, n° 194, p. 22 : la perspective de création de quelques emplois peut suffire à considérer qu'une opération d'expropriation est d'utilité publique.

CAA Marseille, 19 févr. 2007, n° 04MA02301, Berton : la création d'un parc d'activités pour accueillir des entreprises de taille moyenne sur le territoire d'une commune présente un caractère d'utilité publique

⁷⁰⁵ CAA Paris, 18 juin 1998, dans *Le droit de l'expropriation, 10 ans de jurisprudence 1992-2002* : Dr. adm. 2002, Hors-Série, comm. 54 et 109

⁷⁰⁶ CE, 19 janv. 1994, *Cne Chailley et a.* dans *Le droit de l'expropriation, 10 ans de jurisprudence 1992-2002* : Dr. adm. 2002, Hors-Série, comm. 49

⁷⁰⁷ CE, 28 avr. 1976, *Cts Jouve* : Rec. CE 1976, p. 212

données (...) en vue de faciliter leur réutilisation constituent une mission de service public relevant de l'État. Toutes les autorités administratives concourent à cette mission⁷⁰⁸ ».

Ces deux cas de reconnaissance d'une utilité publique démontrent que l'expropriation des personnes publiques de leurs droit de propriété pourrait être légitimée par la nécessité de mettre en œuvre la politique d'open data.

Le juge, pas plus que le législateur ne se sont prononcés sur la question de l'utilité publique de l'open data. En outre, la rédaction maladroite du projet de loi pour une République numérique devrait faire l'objet de modifications pour clarifier sur quel terrain elle entend priver les personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle sur les bases de données qu'elles produisent.

A notre sens, la réutilisation des données publiques ne peut pas être qualifiée d'expropriation : au profit de qui cette expropriation serait –elle prononcée ? A qui seraient transférés les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques expropriées ? A tout le moins, il s'agirait d'une expropriation indirecte, comme c'est le cas pour un terrain devenu inconstructible à la suite d'un plan local d'urbanisme qui exproprie indirectement le propriétaire de son droit à construire.

Il faut voir dans la réutilisation des données publiques une autre hypothèse : sans être privées de leurs droits sur les bases de données, les personnes publiques ne peuvent les opposer aux tiers pour empêcher leur réutilisation dans le cadre de l'open data. On assiste à une dénaturation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques sous l'influence de la politique d'open data.

⁷⁰⁸ Art. 9 du projet de loi pour une République numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, préc.

Sous - section 2 : La réutilisation des données publiques conduit à la dénaturation des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Le projet de loi pour une République numérique nous indique que le gouvernement ne projette pas d'aménager une articulation entre les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques et la politique publique d'open data réellement satisfaisante. Contrairement à ce qui se pratique en matière d'ouverture des données publiques *stricto sensu*, la réutilisation des données publiques ne semble pas pouvoir coexister sereinement avec les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques.

Les collectivités locales visées par le projet de loi pour une République numérique sont majoritairement très actives en matière d'open data, dès lors que nous avons démontré qu'elles ont été les premières sur le territoire national à appliquer l'ouverture des données. Les réticences de certaines personnes publiques à ouvrir leurs données ne sont pas fondées sur l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle mais dans la plupart des cas sur le fait que les dépenses publiques devant être mises en œuvre pour répondre à la demande des administrés sont trop élevées pour être prises en charge par la collectivité. C'est le cas que nous évoquons avec l'espèce de la société *Notrefamille.com*⁷⁰⁹.

L'ouverture des données publiques ne devrait pas conduire à la privation de la propriété, mais seulement à son aménagement.

Le droit positif est constamment confronté à l'articulation de droits concurrents, qu'il convient d'aménager pour n'en léser aucun. C'est la difficulté soulevée par la coexistence des grandes libertés publiques.

Dans sa décision du 27 juillet 2006⁷¹⁰, le Conseil constitutionnel établit que les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins sont des extensions du droit de propriété. Même si la Constitution française ne traite pas directement de la propriété publique, le Conseil constitutionnel⁷¹¹ applique l'article 17

⁷⁰⁹ CAA Bordeaux, 26 févr. 2015, n° 13BX00856, *NotreFamille.com c/ Conseil général de la Vienne*, AJDA 2015. 1078

⁷¹⁰ Cons. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 D, précitée, considérants 14 et 15

⁷¹¹ Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social : Rec. Cons. const. 1986, p. 61 ; Pouvoirs 1987, p. 178, note P. AVRIL et J. GICQUEL

de la Déclaration des droits de l'homme aux personnes publiques. Ainsi, il étend la protection de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme aux personnes publiques en énonçant qu'elle « ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques⁷¹² ». Puisque la propriété est une liberté publique, la propriété intellectuelle publique est comme une liberté publique, ce que confirme le juge dans un arrêt du 9 octobre 2005 : « *Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. » ; Que le droit de propriété des personnes publiques a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de ces dispositions.*⁷¹³ »

L'open data s'inscrit dans le cadre d'une autre liberté publique, celle du droit à l'information des citoyens. Nous avons exposé que dès les années 1970, la France a institué un droit d'accès aux documents administratifs, lequel a été érigé par le Conseil d'État en 2002⁷¹⁴ en liberté publique. La réutilisation des données publiques n'est pas en elle-même une liberté publique mais elle s'inscrit dans ce mouvement global d'accès aux données publiques, qui pourrait devenir une liberté publique. Telle serait l'évolution logique du glissement du droit à l'information des citoyens vers celui de l'ouverture des données publiques.

Sans anticiper cette consécration, il est intéressant d'analyser comment les libertés publiques évoluent pour s'articuler entre-elles. En d'autres termes, nous proposons d'envisager quels moyens juridiques autres que l'expropriation pourraient être mis en œuvre pour assurer la coexistence du droit de propriété des personnes publiques et de l'open data. Pour cela, il convient de s'inspirer des solutions juridiques appliquées aux libertés publiques concurrentes pour assurer leur coexistence. Cela peut nous

⁷¹² Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social préc. cons. 58

⁷¹³ CE, ord. 9 octobre 2015, n° 393895, *Cne de Chambourcy*, J.-M. Pastor, Dalloz actualité, 19 oct. 2015

⁷¹⁴ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, préc.

permettre de découvrir quels outils juridiques peuvent rendre possible l'articulation de propriété intellectuelle et de l'open data.

1. La coexistence de libertés publiques concurrentes en droit positif.

Le droit de propriété est l'une des premières libertés fondamentales à avoir été reconnue par le droit à tout individu. S'il apparaît explicitement dans la Déclaration des droits de 1789⁷¹⁵, il fait l'objet de nombreux tempéraments pour être concilié avec d'autres libertés. C'est dans ce contexte que le projet de loi pour une République numérique tente maladroitement de faire primer le nouveau droit d'accès aux documents administratifs reconnu depuis 2002⁷¹⁶ sur la propriété intellectuelle publique.

Le développement des conflits de libertés publiques est incontestablement la conséquence de l'intervention des États au sein des rapports interindividuels. La consécration récurrente de nouvelles libertés publiques individuelles entraîne nécessairement des conflits entre elles.

Ces conflits sont majoritairement soumis à la Cour européenne des droits de l'homme qui tente d'arbitrer les espèces en articulant les droits concurrents invoqués. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme organise la coexistence de la liberté individuelle d'une partie contre la protection du droit à la vie de l'autre⁷¹⁷. Elle vise à garantir la protection du droit au respect de la vie familiale des parents tout en appliquant le principe de protection de l'intégrité physique de leurs enfants⁷¹⁸, ou procède encore à l'articulation délicate du droit à la liberté d'expression des journalistes avec le droit à la vie privée des citoyens⁷¹⁹.

La Cour fait explicitement référence à la problématique des conflits de droits dans l'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999⁷²⁰ lorsqu'elle évoque l'hypothèse

⁷¹⁵ Art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

⁷¹⁶ CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, préc.

⁷¹⁷ CEDH, arrêt *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, § 116

⁷¹⁸ CEDH, (GC), arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2004, § 74

⁷¹⁹ CEDH, arrêt *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004

⁷²⁰ CEDH, (GC) arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999

suivante : « si ces « droits et libertés » figurent eux-mêmes parmi ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits ou libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une « société démocratique ». La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un « besoin social impérieux » susceptible de justifier une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention. »

La Cour définit ici le conflit de libertés publiques comme la situation dans laquelle un État ne peut pas respecter une des libertés sans ingérence dans une autre.

Pour trancher ces conflits, la Cour s'appuie sur plusieurs méthodes dont nous pouvons nous inspirer pour organiser la coexistence pérenne des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques avec l'open data.

Comme elle l'explique dans la décision « *Chassagnou c. France* » du 29 avril 1999⁷²¹, c'est à dire dans les hypothèses de contradiction logique de deux dispositions antinomiques, la Cour opère une balance des intérêts (balancing of interests). Cette méthode a pour objet la recherche solution équilibrée au conflit de libertés, c'est à dire d'une conciliation de ces libertés qui serait satisfaisante.

Cependant la balance des intérêts en matière de propriété intellectuelle publique et d'open data présente une difficulté majeure, soulignée à titre général par B. Frydman⁷²² : il n'existe pas de méthode permettant de hiérarchiser l'importance respective des libertés publiques. Pour cette raison, il n'existe pas de moyen non-empirique permettant de déterminer qui de l'open data ou des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques doit primer.

⁷²¹ S. Van Drooghenbroeck, « *Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999* », Journal des tribunaux. Droit européen, 1999, pp. 62 et s.

⁷²² B. Frydman, *Le sens des Lois*, Bruxelles, Bruylant / L.G.D.J., 2005, p. 436.

Cependant la recherche d'une solution équilibrée, d'une conciliation de ces libertés ne doit pas, à notre sens, se traduire par la privation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle. Si tel était le cas, l'une des deux libertés anéantirait l'autre, ce qui est l'opposé d'une solution équilibrée.

Le droit interne devrait s'inspirer de la méthode de la balance des intérêts appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu de laquelle si les libertés publiques doivent être aménagées pour coexister entre elles, il n'est pas admissible que la mise en œuvre de l'une consume l'autre.

2. La coexistence de la propriété intellectuelle publique et de l'open data par la restriction du droit de propriété des personnes publiques.

Le droit de propriété est reconnu comme une liberté publique fondamentale par le bloc de constitutionnalité en droit positif. Pour autant, il n'est pas absolu et il est susceptible de subir, de manière légitime, un certain nombre d'atteintes. Ces atteintes sont prévues pour permettre la coexistence du droit de propriété avec d'autres libertés publiques. D'ailleurs seule la concurrence d'autres droits d'égale importance avec le droit de propriété, c'est à dire d'autres libertés publiques, peuvent justifier qu'une atteinte lui soit portée.

C'est à partir de cette affirmation que nous allons démontrer que si l'open data devenait une liberté publique, elle pourrait justifier qu'une atteinte soit portée au droit de propriété intellectuelle des personnes publiques, sans pour autant entraîner son extinction par l'expropriation.

En matière d'atteintes portées au droit de propriété, on opère traditionnellement une distinction entre la privation totale et forcée du droit de propriété et la restriction du droit de propriété. C'est à notre sens le point de départ de l'aménagement de la coexistence entre la propriété intellectuelle publique et l'open data. Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme, et la Cour de justice de l'Union européenne s'accordent pour distinguer les restrictions au droit de propriété

en fonction de la gravité de l'atteinte qu'elles induisent⁷²³. De l'application de cette méthode se distinguent d'une part les restrictions qui affectent la substance du droit de propriété, et d'autre part les restrictions simples portant davantage sur l'usage du bien. Mais cette division est délicate à mettre en œuvre en pratique, comme en témoigne le fait que certaines atteintes que le Conseil constitutionnel censure comme étant des atteintes au droit de propriété, sont des atteintes à l'usage des biens. La différence entre ces restrictions correspond en réalité le contrôle que le juge opère : il est plus strict en matière de dénaturation du droit de propriété qu'en matière d'atteinte à l'usage des biens.

L'atteinte à l'usage du bien d'imposer à une personne quel usage elle doit faire de son bien. Ainsi, en matière immobilière et locative, elle peut consister dans une interdiction faite à un propriétaire de construire⁷²⁴, dans la fixation par l'État du montant des loyers d'un appartement⁷²⁵, ou encore dans une interdiction d'importer un bien⁷²⁶. En fait, elle réside dans une obligation de faire ou de ne pas faire un usage particulier de son bien adressée à un propriétaire.

L'atteinte à l'usage du bien n'est pas, à notre sens, une restriction du droit de propriété permettant de résoudre le conflit de libertés entre la propriété intellectuelle publique et l'open data. En effet, le fait d'écarter l'application de certaines dispositions du Code de la propriété intellectuelle aux personnes publiques productrices de bases de données nous paraît être une mesure trop grave pour ne constituer qu'une atteinte à l'usage du bien. Car plus qu'à l'usage du bien, l'éviction des articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle proposé par le Projet de loi pour une République numérique est avant toute chose une atteinte à la substance du droit de propriété intellectuelle du procureur de bases de données.

La catégorie des dénaturations du droit de propriété permet de désigner celles qui ne sont ni des privations de propriété, ni de simples réglementations de l'usage des biens. Cette catégorie est identifiée par la Cour européenne des droits de l'homme⁷²⁷ et la

⁷²³ A.-F. Zattara-Gros, *Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété* : thèse, 2000, Université de La Réunion, p. 459

⁷²⁴ CEDH, arrêt *Allan Jacobsson c/ Suède* du 25 oct. 1989, série A n° 163

⁷²⁵ Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, consid. 93 : Rec. Cons. const. 2002, p. 49

⁷²⁶ CEDH, arrêt *Agosi c/ Royaume-Uni* du 24 oct. 1986 série A n° 108, § 52

⁷²⁷ CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, requêtes n° 7151/75 et n° 7152/75

Cour de justice de l'Union européenne⁷²⁸ comme des restrictions affectant la substance du droit de propriété. C'est le Conseil constitutionnel qui fait référence à la notion de dénaturation du droit de propriété lorsqu'il évoque le concept d'« atteinte au droit de propriété dénaturant le sens et la portée de celui-ci (...) »⁷²⁹. » C'est cette terminologie, très exacte à notre sens que nous retiendrons pour évoquer cette catégorie de restrictions du droit de propriété.

L'élaboration de cette sous-branche de la limitation du droit de propriété est une pure construction juridictionnelle, car ni à l'article 17 de la Déclaration, ni l'article 1er du premier protocole, à l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne l'évoquent. Mais les trois juges parviennent à une conclusion identique sur cette catégorie : dans les cas de dénaturation tout transfert de propriété, comme l'expropriation est ici exclut. En revanche, le droit de propriété intellectuelle peut être limité à tel point qu'il perd sa substance, mais sans disparaître complètement.

La véritable difficulté réside dans le fait qu'au delà de l'identification de cette catégorie de restrictions, les juges n'ont pas identifié explicitement ce qu'est la substance du droit de propriété. Dans notre cas, cela soulève de nombreuses questions : jusqu'à quel point le droit de propriété intellectuelle des personnes publiques peut-il subir une distorsion ? Cela peut-il aller jusqu'à les priver de certains des droits dont elles sont titulaires en tant que productrices de bases de données ? Certainement.

Pour la Cour européenne, l'atteinte à la substance du droit de propriété semble désigner les restrictions qui mettent à la charge du propriétaire une charge spéciale et exorbitante, ainsi que celles qui conduisent *in fine* à une privation du droit⁷³⁰. Cette analyse est étayée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui précise que « *de telles limitations revêtent un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* »⁷³¹.

⁷²⁸ CJCE, aff. 265/87, arrêt *H. Schröder HS Kraftfutter GmbH c/ Hauptzollamt Gronau* du 11 juill. 1989 : Rec. CJCE 1989, p. 2237

⁷²⁹ Cons. const., n° 84-172 DC, 26 juill. 1984, Contrôle des structures et exploitations agricoles, consid. 3

⁷³⁰ A.-F. ZATTARA-GROS, *Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété*, préc., p. 463

⁷³¹ Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 22

A la lumière des développements qui précèdent, reprenons l'article 7 du projet de loi pour une République numérique qui prévoit que *« les droits des administrations mentionnées à l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration, au titre des articles L. 342-1 et L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle, ne peuvent faire obstacle à la réutilisation, au sens de l'article 10, du contenu des bases de données que ces administrations ont obligation de publier en application du 3° de l'article L. 312-1-1 du code des relations entre le public et l'administration⁷³². »*

Ce texte établit que les personnes publiques productrices de bases de données sont privées du droit *« d'interdire : 1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ; 2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme⁷³³»,* ainsi que *« l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données⁷³⁴ ».*

Ce régime nous semble être une illustration de la dénaturation du droit de propriété. Ainsi, le droit de propriété est vidé en partie de sa substance, dès lors que l'application de certains articles du Code de la propriété intellectuelle est exclue, mais les droits de propriété intellectuelle de la personne publique sur la base de donnée dont elle est productrice ne s'éteignent pas. La personne publique créatrice d'une base de données peut toujours en être reconnue l'auteur en application de l'article L341-1 du Code de la propriété intellectuelle⁷³⁵. Il faut néanmoins nuancer notre propos en précisant que les cas d'applications de cette catégorie d'atteinte au droit de propriété sont très peu fréquents et très hétérogènes. En effet, le Conseil

⁷³² Art. 7 du projet de loi pour une République numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015, préc.

⁷³³ Art. L 342-1 du Code de la propriété intellectuelle

⁷³⁴ Art. L 342-2 du Code de la propriété intellectuelle

⁷³⁵ Art. L 341-1 du Code de la propriété intellectuelle : *« Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants (...) »*

constitutionnel n'en a reconnu que très peu d'applications dans des domaines étrangers à la propriété intellectuelle (notamment en matière d'urbanisme⁷³⁶).

⁷³⁶ Cons. const., décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 22, préc.

Conclusion du Chapitre

Le projet de loi pour une République numérique laisse perdurer une certaine incertitude sur l'articulation du droit de propriété intellectuelle des personnes publiques et de l'open data. La rédaction actuelle de l'article 7 du projet insinue que la coexistence de ces libertés n'est pas possible, en instaurant pour la première fois le refus d'appliquer la protection accordée aux producteurs de bases de données aux personnes publiques. De ce point de vue, l'open data transgresse totalement la propriété intellectuelle. La transgression du droit d'auteur est même telle qu'il est justifié de s'interroger sur la propension de cet article à suggérer sans la nommer l'expropriation des personnes publiques de leurs droits de propriété intellectuelle, ce que certains observateurs⁷³⁷ dénoncent. Mais l'admission de l'expropriation comme solution à l'aménagement des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques et de la politique publique d'open data apparaît hasardeuse et insatisfaisante.

Pour tenter de qualifier le régime de l'articulation de la propriété intellectuelle publique et de l'ouverture des données publiques, nous avons recherché comment le juge arbitre les conflits de libertés publiques. Nous avons montré la dénaturation du droit de propriété, qui consiste à maintenir le droit dans son existence tout en altérant sa substance semble être de nature à fonder en droit l'article 7 du projet de loi pour une République numérique. Toutefois, si le projet de loi était adopté en l'état, rien n'indique que le juge serait enclin à admettre le principe d'une dénaturation du droit de propriété intellectuelle des personnes publiques. La complexité de la réutilisation des données publiques explique sans doute que le Code des relations entre le public et l'administration ne comporte à ce jour aucune disposition. Pour autant, l'intervention du législateur sur cette question est nécessaire et attendue pour fixer l'état du droit sur cette question délicate.

⁷³⁷ A. Chéron, « *Open data, sauvegarde du patrimoine immatériel des entités publiques et protection des données à caractère personnel* », village de la justice, janvier 2016 : « (...) le projet de loi Lemaire nie purement et simplement l'existence de droits de propriété intellectuelle sur ces bases et leur contenu, ce qui s'apparente ici à une véritable expropriation des administrations de leur patrimoine immatériel ».

TITRE 2 : LES OBLIGATIONS A L'EGARD DES CREATIONS INTELLECTUELLES

L'étude du régime de l'open data démontre que l'existence d'obligations pesant sur les personnes publiques vis à vis du public peut directement menacer l'intégrité de leurs créations intellectuelles⁷³⁸. Si celles-ci peuvent être atteintes, il convient de rechercher l'existence de mécanismes permettant d'assurer leur protection.

Ainsi, nous démontrerons dans ce Titre que si les personnes publiques sont soumises à des obligations envers le public, elles peuvent également être soumises à des obligations envers leurs biens en vue de garantir leur conservation.

Ces obligations résultent du cumul de deux régimes de protection des créations intellectuelles publiques distincts (1), dont la combinaison instaure une obligation spécifique pesant sur les personnes publiques (2).

1) Cumul de régimes de protection des créations intellectuelles publiques.

L'étude de la protection des créations intellectuelles publiques s'appuie sur le régime général des propriétés publiques. En effet, les créations intellectuelles publiques sont des propriétés publiques à part entière, mais qui ont la particularité d'être intellectuelles. À ce titre, elles sont soumises à deux régimes de protection différents mais qui ne sont pas incompatibles.

Régime de protection de la propriété publique exorbitant du droit commun. Sans revenir sur la protection accordée par la domanialité que nous avons déjà envisagée, il convient de rappeler ici que la première des protections accordées aux propriétés intellectuelles des personnes publiques est assurée par l'effet de la domanialité publique ou privée qui s'applique à toutes les propriétés publiques. La domanialité publique est par essence un régime exorbitant du droit commun, tandis que la

⁷³⁸ Partie 2, Titre 1

domanialité privée est soumise principalement au droit privé mais rend les biens insaisissables.

Régime de protection de la propriété intellectuelle dérogatoire au droit commun. À cette protection accordée de manière générale par le régime de la propriété publique, la propriété intellectuelle ajoute deux types de protection dérogatoires au droit commun de la propriété classique adaptés à la nature spécifique des créations intellectuelles : la protection contre l'extinction et la protection contre la contrefaçon. Ces deux régimes de protection ne résultent pas de la même atteinte perpétrée sur la création : la protection contre l'extinction protège contre l'abandon, tandis que la contrefaçon sanctionne les appropriations abusives. En conséquence, ces deux régimes concernent des situations et des intervenants différents : la protection contre l'abandon concerne la personne publique dans sa relation avec sa création, tandis que la protection contre l'appropriation abusive des créations vise les tiers qui s'immiscent frauduleusement dans la relation entre la personne publique et sa création.

En outre, ces deux régimes de protection résultent de procédures différentes : la protection contre l'abandon est non juridictionnelle, puisqu'elle consiste dans le simple entretien du titre de propriété par la personne publique. En revanche, la protection contre les appropriations frauduleuses nécessite l'intervention du juge judiciaire dans le cadre d'une action contentieuse.

Cette double divergence d'objet et de moyen justifie que ces deux régimes de protection soient envisagés distinctement, quoiqu'ils puissent en pratique être mis en œuvre ensemble ou séparément. Cependant, leur objet est commun : ils concourent tous les deux à assurer la protection des créations intellectuelles publiques.

Pour ces raisons, nous aborderons tout d'abord la phase non contentieuse de la protection des créations intellectuelles publiques qui consiste simplement dans l'entretien du titre de propriété par la personne publique (Chapitre 1), avant d'envisager l'obligation de protection du titre de propriété contre les contrefacteurs par le recours au juge (Chapitre 2).

2) Existence d'une obligation spécifique de protection des créations intellectuelles publiques.

Dans le cadre de notre démonstration, nous nous attacherons à démontrer que la simple faculté de protection des créations intellectuelle des personnes privées à travers le régime commun de la propriété intellectuelle se transforme en une véritable obligation dès lors que la création intellectuelle est publique.

Absence d'obligation de protection des créations intellectuelles en droit commun. Il est constant en droit privé que le droit de propriété permet à son titulaire d'assurer la conservation et la protection de son bien, tout autant qu'il lui est loisible de le laisser à l'abandon. En conséquence, il n'existe pas en droit privé d'obligation de protection des créations intellectuelles. Le propriétaire est libre de laisser périr ses biens.

Obligation de protection des dépendances intellectuelles du domaine public. L'objet de ce Titre est de démontrer que lorsque les créations intellectuelles des personnes publiques sont intégrées au domaine public, leur statut de dépendance intellectuelle du domaine public soumet les personnes publiques à une obligation spéciale de protection.

En effet, les personnes publiques sont soumises au droit commun de la propriété intellectuelle mais cette sujétion est renforcée par l'application du régime spécifique de la protection de la propriété publique. Le régime de la protection de la propriété publique fait naître une obligation de conservation du domaine public à la charge des personnes publiques. Ce cumul de régime de protection entraîne l'émergence d'obligations inconnues du droit privé et spécifiques aux personnes publiques en matière de protection des créations intellectuelles.

Pout autant, nous démontrerons que les obligations d'entretien et de protection contre les tiers qui découlent de l'obligation de conservation des dépendances du domaine public se transposent aisément aux dépendances intellectuelles du domaine public. L'obligation d'entretien se traduit par l'obligation de protéger les dépendances intellectuelles contre l'extinction ; l'obligation de protection contre les tiers se

concrétise par l'obligation de poursuivre les contrefacteurs de la dépendance intellectuelle du domaine public.

En matière de protection contre l'extinction, le régime spécifique des dépendances intellectuelles du domaine public auquel sont soumises les personnes publiques rend impératif l'accomplissement de certaines formalités qui ne sont pas obligatoires en droit privé. En matière de protection contre la contrefaçon, il se traduit par une obligation d'agir en justice contre les contrefacteurs qui n'est qu'une simple faculté en droit privé.

Ainsi, la transformation de simples facultés pour les personnes privées en obligations pour les personnes publiques illustre notre thèse selon laquelle en matière de propriété intellectuelle, les personnes publiques sont soumises à des obligations renforcées par rapport au droit privé.

Chapitre 1 : L'obligation de protection de certaines créations intellectuelles publiques contre l'extinction.

Même si cette situation n'est pas souhaitée par le droit civil, qui encourage les propriétaires à gérer efficacement leur patrimoine ou au moins « *en bon père de famille* », le régime de la propriété de droit commun admet qu'un propriétaire abandonne son bien, ou le laisse dépérir⁷³⁹.

La société de consommation est propice à la généralisation de l'abandon des biens, et particulièrement des meubles. Elle nous invite même si ardemment à nous prévaloir de ce droit que nous manquons de place pour contenir tous les biens meubles abandonnés dans les décharges publiques. Dans ces conditions, il ne fait aucun doute qu'une personne privée peut abandonner le droit de propriété dont elle est titulaire sur un bien meuble⁷⁴⁰. Cette affirmation se vérifie également pour les immeubles⁷⁴¹, dès lors que des bâtisses abandonnées menaçant ruine sont très nombreuses sur le territoire. Si les biens corporels peuvent être si aisément abandonnés, les propriétés immatérielles sont particulièrement exposées par leur nature.

L'objet de ce Chapitre est de démontrer que la faculté d'abandon reconnue au propriétaire privé par le droit commun ne peut pas être appliquée à la propriété publique. En effet, le principe de bonne gestion des deniers publics impose la conservation des biens publics dans le patrimoine public.

Il serait intolérable que par négligence ou désintérêt les personnes publiques abandonnent les biens publics, provoquant par là même l'extinction de leur droit de propriété. Une telle situation caractériserait une gestion désastreuse et un gaspillage inadmissible contraire aux principes de la gestion publique. Pour prévenir cette situation, les personnes publiques sont tenues de servir les intérêts du contribuable et

⁷³⁹ Sous réserve des dommages qui peuvent être occasionnés par cet abandon, notamment en matière d'immeubles vis à vis du voisinage, susceptibles d'engager la responsabilité du propriétaire indélicat.

⁷⁴⁰ En témoigne l'existence des *res derelictae*, des choses non pas égarées par leur propriétaire mais bien abandonnées. L'abandon implique la volonté chez le propriétaire de perdre la propriété de la chose ; la chose abandonnée devient alors *res nullius*. Sur ce point, voir J. MAZEAUD et F. CHABAS, t. 2., 2e vol., *Les biens*, 8e éd., 1994, par F. CHABAS, Montchrestien, no 1585

⁷⁴¹ L'existence de la procédure de déclaration de parcelle en état d'abandon, régie par les articles L 2.243-1 à L 2.243-4 du Code général des collectivités territoriales qui énonce que « *lorsque, dans une commune, des immeubles, parties d'immeubles, installations et terrains sans occupant à titre habituel ne sont manifestement plus entretenus, le maire, à la demande du conseil municipal, engage la procédure de déclaration de la parcelle concernée en état d'abandon manifeste* ».

de la collectivité en gérant leur patrimoine, en évitant des choix économiquement médiocres⁷⁴².

La mise en œuvre de l'obligation de conservation doit ici être envisagée en deux étapes : la propriété de certaines créations intellectuelles peut s'éteindre par l'inaction des personnes publiques (Section 1), ce qui implique l'existence d'obligations spécifiques pesant sur les personnes publiques visant à la conservation de ces créations intellectuelles dans leur patrimoine (Section 2).

⁷⁴² V. par exemple, CAA Nantes, 20 mai 2011, n° 10NT00404, Heslouis c/ Cne La Genevraie
G. Lemeé, *Le domaine privé des collectivités locales* : Études foncières 1996, n° 70, p. 25

Section 1 : La propriété de certaines créations intellectuelles n'est pas imprescriptible.

En principe, les propriétés publiques sont imprescriptibles. Mais cela n'est pas vrai pour toutes les propriétés publiques, dès lors que seules les dépendances du domaine public sont protégées par la règle de l'imprescriptibilité. Les dépendances du domaine privé ne bénéficient pas de cette protection. Énoncée ainsi, la règle semble simple, mais qu'en est-il des dépendances intellectuelles du domaine public, dès lors que l'on sait que certaines créations intellectuelles sont prescriptibles ?

La conservation des dépendances du domaine public est une obligation qui pèse sur les personnes publiques : elle découle de leur obligation générale de bonne gestion des propriétés publiques et des deniers publics. Elle vise également à préserver l'affectation des propriétés à l'usage du public ou à un service public. Cependant, les créations intellectuelles ont une nature spécifique, si bien que le Code de la propriété intellectuelle soumet certaines de ces créations à des régimes dérogatoires au droit commun de la propriété privée et publique. Le cumul de ces régimes de protection entraîne un renforcement des obligations des personnes publiques en matière de conservation de leurs propriétés intellectuelles.

Ce régime hybride entre le droit privé et le droit public fait naître des obligations spécifiques à la charge des personnes publiques, car l'obligation de conserver le patrimoine public rend obligatoires des formalités ou des actions qui ne sont que facultatives en droit privé en raison de la possibilité reconnue aux propriétaires privés d'abandonner leurs biens.

Ainsi, parce que la conservation des propriétés publiques est une obligation (Sous-section 1), les personnes publiques sont contraintes de satisfaire aux exigences spécifiques du droit de la propriété intellectuelle pour certaines créations intellectuelles prescriptibles (Sous-section 2).

Sous - section 1 : La conservation de certaines créations intellectuelles constitue une obligation pour les personnes publiques.

L'obligation de conservation des dépendances intellectuelles du domaine public constitue la cause et le fondement des obligations spécifiques des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle que nous évoquerons dans le présent Chapitre. La transformation de simples facultés en véritables obligations par l'effet de la propriété publique illustre pleinement le renforcement des obligations des personnes publiques par rapport au droit privé en matière de propriété intellectuelle dont la démonstration est l'objet de la thèse. Nous étudierons dans cette Sous-section l'influence de la domanialité publique ou privée sur l'obligation de conservation.

L'obligation de conservation du domaine public est explicite car elle vise à préserver l'affectation du bien à une activité (1). Le domaine privé est soumis au droit privé, qui n'impose pas au propriétaire privé d'obligation de conservation. Pourtant, nous démontrerons que le domaine privé doit poursuivre l'objectif de conservation de ses dépendances (2).

1) L'obligation de conservation et d'entretien des propriétés intellectuelles du domaine public.

Le principe de l'obligation de conservation du domaine public est établi en droit positif, et implique une obligation générale d'entretien des dépendances du domaine⁷⁴³, même si le Code général de la propriété des personnes publiques n'évoque pas cette problématique.

En effet, il est certain que l'entretien des dépendances du domaine public participe à la conservation de l'intégrité du domaine public et s'inscrit dans la même logique que les servitudes administratives grevant les propriétés voisines et la police de la conservation.

⁷⁴³ O. David-Beauregard Berthier, *Droit administratif des biens*, Gualino, 7e éd., 2011, p. 108

Obligation générale de conservation et d'entretien du domaine public. L'obligation de conservation du domaine public consiste matériellement dans celle du propriétaire public d'un bien immobilier ou mobilier, qui satisfait aux critères généraux du domaine public ou qui relève du domaine public par détermination de la loi, de se maintenir dans son état juridique de propriétaire tant que ce bien ne sort pas du domaine public.

Cette obligation de demeurer le propriétaire du bien résulte du principe d'inaliénabilité du domaine public. Le législateur a voulu s'assurer que la propriété du domaine public n'échappe pas à la personne publique. La reprise par le Code général de la propriété des personnes publiques de cette obligation confirme la volonté de protection du droit de propriété de la personne publique, qui est nécessaire à la conservation de l'affectation de la dépendance.

Ainsi en est-il des règles constitutives de servitudes au profit de la personne publique propriétaire et de l'obligation d'entretien du domaine public corporel. Par exemple, le Code général de la propriété des personnes publiques énonce que « *les servitudes administratives qui peuvent être établies dans l'intérêt de la protection, de la conservation ou de l'utilisation du domaine public sont instituées et régies par les dispositions législatives qui leur sont propres ainsi que par les textes pris pour leur application*⁷⁴⁴ ».

L'existence d'une obligation générale d'entretien contraint les personnes publiques à procéder à l'entretien des biens de leur domaine public pour garantir l'effectivité de leur affectation.

Le juge est très explicite à ce sujet lorsqu'il énonce que : « *considérant que si, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public maritime, il appartient à l'administration d'accorder à titre temporaire (...) des autorisations d'occupation privative dudit domaine, ces autorisations ne peuvent légalement intervenir que si, compte tenu des nécessités de l'intérêt général, elles se concilient avec les usages conformes à la destination du domaine que le public est normalement en droit d'y*

⁷⁴⁴ Art. L. 2131-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

*exercer, ainsi qu'avec l'obligation qu'a l'administration d'assurer la conservation de son domaine public*⁷⁴⁵. »

La protection du domaine public vise à protéger les biens qui le composent contre la négligence de la personne publique propriétaire. D'ailleurs, le juge précise que la conservation du domaine public incombe à la personne publique qui en est propriétaire⁷⁴⁶, allant même jusqu'à organiser la répartition de la charge de la conservation quand le bien la personne affectataire est différente de celle qui en est propriétaire.

La nécessité de conserver le domaine public est telle qu'il existe une police spéciale dévolue à sa protection. La police de la conservation consiste dans les prérogatives accordées aux autorités compétentes de recourir à des mesures préventives assorties de sanctions pénales visant à garantir la conservation matérielle du domaine public et le respect de son affectation. En d'autres termes, il s'agit d'empêcher que les biens et dépendances publics ne se dégradent et d'assurer leur utilisation normale.

Le commissaire du gouvernement J. Romieu disait au début du XX^e siècle que *« l'ouvrage (public) une fois créé, elle (l'Administration) est tenue de l'entretenir conformément aux conditions dans lesquelles il a été établi ; les particuliers sont en droit de compter sur cet ouvrage tel qu'il a été construit*⁷⁴⁷ ». Cette formule est imprégnée de la vision corporelle du domaine public de l'époque, mais est aisément transposable au patrimoine immatériel. Ainsi pourrait-on affirmer que la création intellectuelle une fois créée ou acquise, la personne publique qui en est titulaire est tenue de la conserver conformément aux conditions dans lesquelles il a été intégré au domaine public.

Dans le même sens, le commissaire du gouvernement G. Braibant déclare que *« si un ouvrage a été édifié, la puissance publique doit l'entretenir normalement afin qu'il offre les avantages que les particuliers peuvent normalement en attendre*⁷⁴⁸. » Cette

⁷⁴⁵ CE, 3 mai 1963, *Ministre des Travaux Publics c/ Cne Saint-Brevin-les-Pins* : AJDA 1963, p. 343, chron. Gentot et Fourre ; RD publ. 1963, p. 1174, note M. Waline ; Cette formule du Conseil d'État est réutilisée dans les mêmes termes par CE, 19 janv. 1968, *Club aérien « les Gerfauts »*.

⁷⁴⁶ CE, 4 avr. 1962, *Ministre des Travaux publics c/ Sté Chais d'Armagnac* : Rec. CE 1962, p. 245

⁷⁴⁷ Conclusions sur CE 17 novembre 1905, *Syndicat de l'île de Barthelasse* : Lebon p. 874

⁷⁴⁸ Conclusions sur CE 5 février 1962, *Ministre des Travaux publics c. Société des chais d'Armagnac* : AJDA 1962. II. 592

affirmation est exacte en matière de propriétés intellectuelles du domaine public : la marque publique affectée à un service public doit être renouvelée pour offrir aux usagers du service les avantages qu'ils « *peuvent normalement en attendre* », à savoir l'identification du service par exemple.

En effet, l'obligation de conservation du domaine public incombe à la personne publique titulaire du titre de propriété⁷⁴⁹, et implique que celle-ci mette tous les moyens à sa disposition en œuvre pour conserver le bien dans son patrimoine.

L'absence de satisfaction de ces diligences par la personne publique propriétaire l'expose à la mise en œuvre de sa responsabilité dès lors que le dépositaire des pouvoirs de la police de la conservation est tenu d'exercer les prérogatives que lui attribuent les textes. En effet, le juge sanctionne son inertie en engageant sa responsabilité, et énonce que « *les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public maritime sont tenues (...) d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur, (...). Si l'obligation ainsi faite à ces autorités trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elles ont la charge et, notamment, dans les nécessités de l'ordre public, elles ne sauraient légalement s'y soustraire pour des raisons de simple convenance administrative*⁷⁵⁰. » Ainsi, le juge refuse que les personnes publiques se désintéressent de la conservation de leur domaine public.

Obligation de conservation et d'entretien des créations intellectuelles du domaine public. Aucun texte ne précise que les créations intellectuelles ne peuvent pas être intégrées au domaine public. Et pour cause : c'est l'affectation qui provoque l'intégration au domaine public. Dans ces conditions, il doit être admis que des créations intellectuelles peuvent constituer des dépendances du domaine public. À ce titre, elles sont soumises à l'obligation de conservation. La même solution peut-elle être retenue en matière d'entretien ?

⁷⁴⁹ La police de la conservation - sauf textes contraires - est une attribution du propriétaire de la dépendance ou du bien concerné. Ainsi, pour le domaine public communal, elle revient au maire, pour le domaine public départemental au président du conseil général et pour le domaine public régional au président du conseil régional.

⁷⁵⁰ CE, 23 févr. 1979, min. Equip. c/ Assoc. « *Les Amis des chemins de ronde* » : Rec. CE 1979, p. 75, concl. Bacquet.

Il existe des situations dans lesquelles un texte prévoit une obligation d'entretien spécifique à l'obligation d'entretien : tel est par exemple le cas de l'article L. 2224-17 du Code général des collectivités territoriales qui énonce que « *l'obligation générale d'entretien à laquelle sont soumis les propriétaires et affectataires du domaine public comporte celle d'assurer ou de faire assurer la gestion des déchets qui s'y trouvent* ». Parfois, cette obligation est moins explicite⁷⁵¹. Pourtant, une doctrine majoritaire s'accorde sur l'existence d'une obligation générale d'entretien des dépendances du domaine public⁷⁵². En réalité, dans la plupart des cas, l'obligation d'entretien des dépendances du domaine public est davantage liée à leur caractère d'ouvrages publics pour lesquels l'obligation d'entretien est certaine, qu'à leur nature de dépendance du domaine public.

Cependant, le caractère « *général* » de l'obligation d'entretien des dépendances du domaine public permet d'intégrer sans difficultés les créations intellectuelles. Comme le souligne H. de Gaudemar, « *l'obligation d'entretien devrait se définir par ce qu'il est nécessaire d'entreprendre pour assurer le maintien du domaine dans un état propre à satisfaire son affectation*⁷⁵³ ».

En matière de propriété intellectuelle, cette affirmation est intéressante. En effet, puisque la propriété industrielle requiert l'accomplissement de formalités de renouvellement, « *assurer le maintien du domaine dans un état propre à satisfaire son affectation* » suppose la satisfaction de ces diligences. Dans ces conditions, il peut être affirmé que les personnes publiques ont l'obligation de conserver et d'entretenir les créations intellectuelles de leur domaine public en se soumettant aux exigences requises par le Code de la propriété intellectuelle pour le maintien du titre de propriété des créations industrielles.

⁷⁵¹ V. CE, 15 juill. 1927, Schneider : Rec. CE 1927, p. 798. – CE, ass., 17 mai 1946, *min. Travaux publics c/ Cne Vieux-Boucau* : Rec. CE 1946, p. 135 sur la question de savoir sur qui pèse l'obligation d'entretien et de le curage des cours d'eaux domaniaux résultant de l'art. L. 2124-11 du Code général de la propriété des personnes publiques qui énonce que :

⁷⁵² P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 324 ;

C. Lavalie, *Droit administratif des biens*, PUF, 1996, p. 102 ;

J. Dufau, *Le domaine public*, Le Moniteur, 5e éd., 2001, p. 289

Même si J.-M. Auby, P. Bon, J.-B. Auby et P. Terneyre, *Droit administratif des biens* : Dalloz, 2011, 6e éd., n° 147 considèrent que l'obligation d'entretien du domaine public est très étendue, mais qu'elle n'est pas générale et ne s'applique qu'à certains domaines publics identifiés en vertu de textes spéciaux.

⁷⁵³ H. de Gaudemar, fasc. 62 : *Conservation du domaine public*, JurisClasseur Propriétés publiques, LexisNexis, 2012 n°26 à propos de la décision CAA Bordeaux, 7 févr. 2006, n° 02BX00024, X

2) L'objectif de conservation des propriétés intellectuelles du domaine privé.

La question de l'obligation de conservation des propriétés intellectuelles du domaine privé est plus délicate que celle du domaine public. En effet, si l'existence d'une obligation de conservation du domaine public ne fait pas débat, il en va différemment en matière de domanialité privée, qui est soumise au droit privé qui ne connaît pas d'obligation de conservation.

Absence de d'obligation de conservation des biens en droit privé. Il existe en droit privé un principe de liberté dans l'administration du patrimoine. Puisqu'elle est « *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou les règlements*⁷⁵⁴ », la propriété ne saurait contraindre le propriétaire à conserver ses biens dans son patrimoine. En effet, laisser périr son bien n'est en principe pas « *prohibé par la loi ou les règlements* ».

Le droit privé propose un régime de propriété si libre qu'il admet même qu'un propriétaire puisse abandonner son bien, c'est à dire d'abdiquer son statut de propriétaire. La réception en droit positif de l'existence des « *res derelictae* », biens abandonnés par leur propriétaire, constitue la preuve de cette acceptation.

Pour cette raison, il n'existe pas d'obligation de conservation des biens dans le patrimoine en droit privé. La liberté de se départir de ses biens est telle que le droit privé a mis au point un ensemble de mesures judiciaires destinées à rendre indisponibles les biens du débiteur pour assurer le paiement de ses créanciers. Cette hypothèse est la seule à permettre de contraindre une personne privée à conserver ses biens dans son patrimoine.

La mise en œuvre de mesures conservatoires en matière de voies d'exécution et de procédures collectives permet à toute personne dont la créance paraît fondée en son principe et dont le recouvrement est menacé de demander au juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur. Ces mesures conservatoires ont pour conséquence de placer un bien du débiteur sous la main de

⁷⁵⁴ Art. 544 du Code civil

justice pour assurer l'efficacité des mesures d'exécution qui seront prises et qui pourront être mises en œuvre une fois les délais de recours passés ou les recours épuisés. Ces mesures prennent la forme de saisies telles que la saisie conservatoire⁷⁵⁵. Lorsque le bien objet de la mesure de saisie est placé sous la garde du débiteur, celui-ci est alors tenu à une obligation de conservation puisque le bien est rendu indisponible par l'effet de la mesure conservatoire. Le débiteur s'expose à des sanctions pénales s'il tente de se soustraire à cette obligation : *« le fait, par le saisi, de détruire ou de détourner un objet saisi entre ses mains en garantie des droits d'un créancier et confié à sa garde ou à celle d'un tiers est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende⁷⁵⁶. »*

Toutefois, ces mesures spécifiques et limitées en droit privé ne s'appliquent pas au domaine privé des personnes publiques, puisque celui-ci est insusceptible de faire l'objet d'une mesure conservatoire en raison de son caractère insaisissable⁷⁵⁷. L'insaisissabilité du domaine privé est confirmée par la Cour de cassation lorsqu'elle énonce : *« attendu qu'il résulte du premier de ces textes que les biens n'appartenant pas à des personnes privées sont administrés et aliénés dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ; que, s'agissant des biens appartenant à des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale, le principe de l'insaisissabilité de ces biens ne permet pas de recourir aux voies d'exécution de droit privé⁷⁵⁸ »*. Cette position est confirmée par le législateur dans la loi du 9 juillet 1991⁷⁵⁹ qui opère une refonte du droit des procédures d'exécution.

En conséquence, les seules mesures du droit positif permettant de contraindre un propriétaire à conserver ses biens ne sont pas applicables au domaine privé des personnes publiques.

Pourtant, s'il est admissible que des propriétaires privés se livrent à une mauvaise administration de leur patrimoine, il nous paraît insupportable que les deniers publics ayant permis l'acquisition de biens du domaine privé soient gaspillés par une

⁷⁵⁵ Art. L511-1 du Code des procédures civiles d'exécution

⁷⁵⁶ Art. 314-6 du Code pénal

⁷⁵⁷ Art. L. 2311-1) du Code général de la propriété des personnes publiques

⁷⁵⁸ Cass. 1re civ., 21 déc. 1987, n° 86-14.167, *Bureau de recherches géologiques et minières [BRGM] c/ Sté Llyod Continental* : Bull. civ. 1987, I, n° 348 ; GAJA, n° 110 ; RFDA 1988, p. 771, concl. Charbonner, note Pacteau ; JCP G 1989, II, 21183, note Nicod ; RTD civ. 1989, p. 145, note Perrot ; CJEG 1988, p. 107, note Richer.

⁷⁵⁹ Loi n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, Journal Officiel 13 Juillet 1991

mauvaise gestion. Pour cette raison, il existe à notre sens un simple « objectif » de conservation du domaine privé de personnes publiques, inspiré de l'obligation de conservation qui gouverne le domaine public.

Intérêt de la conservation des biens du domaine privé. Le domaine privé des personnes publiques est soumis au droit privé qui ne comporte pas d'obligation de conservation des biens dans le patrimoine. Pourtant, les personnes publiques ne sont pas des personnes privées, leurs ressources proviennent des deniers publics et leurs propriétés sont des propriétés publiques quand bien même elles appartiennent au domaine privé.

Que le droit privé admette que les personnes privées peuvent être de piètres gestionnaires et aillent jusqu'à abandonner leurs biens ou les délaisser jusqu'au dépérissement est une chose. Admettre que les personnes publiques fassent de même en est une autre.

En effet, même si « *le principe d'une propriété des personnes publiques sur les biens de leur domaine privé n'est guère discuté*⁷⁶⁰ », dès lors qu'elles acquièrent leurs propriétés en utilisant les deniers publics, elles sont à notre sens investies d'une responsabilité spécifique de les gérer efficacement, qui découle naturellement de l'obligation de bonne gestion des deniers publics.

Pour ces raisons, il nous semble que les personnes publiques ne peuvent pas se comporter comme des gestionnaires irresponsables et que cette affirmation entraîne pour elles non pas une obligation formelle, mais la poursuite de l'objectif de conservation de leurs propriétés dans leur patrimoine privé.

En effet, l'intérêt général est présent dans la gestion du domaine privé et « *l'obligation générale de gestion dans l'intérêt public implique qu'une collectivité propriétaire ne pourra jamais exercer son droit comme un particulier*⁷⁶¹ ».

⁷⁶⁰ P. Yolka, *Fasc. 60 : Protection des propriétés publiques - régime général*, JurisClasseur Propriétés publiques, LexisNexis, 2016 n°2

⁷⁶¹ H. Moysan, *Le droit de propriété des personnes publiques*. Préface D. Truchet : LGDJ, 2001, p. 196.

Les règles de la domanialité privée étant différentes de celles du domaine public, le fondement de cet objectif de conservation n'est pas le même. Il ne s'agit pas, en effet, de conserver le bien en raison de son affectation. A notre sens, l'objectif de conserver les biens du domaine privé résulte de la nécessité de ne pas gaspiller les deniers publics.

Dans sa décision du 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a énoncé que la protection constitutionnelle de la propriété publique « *s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédées à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur*⁷⁶² ». C'est ainsi qu'est apparu le principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique. Cela signifie que les biens du domaine privé ne peuvent faire l'objet de cessions à titre gratuit⁷⁶³ ou au rabais⁷⁶⁴. Il existe cependant de nombreuses exceptions à ce principe, justifiées par l'intérêt général, telles que la cession pour un euro symbolique par exemple. Même si ces exceptions ne sont pas l'objet de notre étude, elles doivent conduire à nuancer la principe de protection constitutionnelle de la propriété publique.

Toutefois, ce principe, régulièrement repris depuis n'est en soi pas une découverte : il résulte simplement de l'interdiction générale faite aux personnes publiques de consentir des libéralités⁷⁶⁵. La raison de cette interdiction est notamment que les biens publics sont acquis au moyen des deniers publics⁷⁶⁶. Ces deniers et leur utilisation doivent faire l'objet d'une gestion performante.

Nous avons démontré dans la première partie de la thèse que la gestion du domaine privé est une activité de droit privé et non de service public. Pour cette raison, elle est soumise aux principes qui caractérisent la gestion des patrimoines privés et, notamment, l'exigence de la gestion en bon père de famille et la valorisation du patrimoine.

⁷⁶² CC n° 86-207 DC du 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, préc.

⁷⁶³ CE, 10 févr. 1928, Ch. syndicale propriétaires marseillais : Rec. CE 1928, p. 222

⁷⁶⁴ CE, sect., 3 nov. 1997, *Cne Fougerolles* : Rec. CE 1997, p. 391 ; AJDA 1997, p. 1010, obs. L. Richer ; CJEG 1998, p. 16, concl. L. Touvet ; D. 1998, jurispr. p. 131, note J.-F. Davignon ; Dr. adm. 1997, comm. 387, obs. L. Touvet ; JCP G 1998, II, 10007, note R. Piasta ; JCP G 1998, I, 165, § 34, chron. J. Petit ; LPA 6 févr. 1998, p. 16, note J. Calvo ; RFDA 1998, p. 12, concl.

⁷⁶⁵ CE, 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'est*, D. 1894, p. 119, concl. J. Romieu

⁷⁶⁶ F. Bourrachot, *La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens*, RFDA, 2003, p. 1110.

Le Code civil fait référence à la notion de bon père de famille à plusieurs reprises, à propos des obligations qui pèsent sur celui qui a la conservation⁷⁶⁷, et l'administration⁷⁶⁸ du bien d'autrui. Cette expression fait référence à la notion latine de « *bonus pater familias* », c'est-à-dire le bon propriétaire. H. Roland et L. Boyer considèrent qu'il s'agit d'un « *l'homme honnête (...) qui se comporte le mieux possible*⁷⁶⁹ ». Cette définition est complétée par R. Guillien et J. Vincent qui énoncent que le bon père de famille est un homme « *de vertu ordinaire, normalement avisé, soigneux, diligent, servant de référence abstraite pour apprécier si tel comportement a été fautif ou non ou pour déterminer si la personne en charge des intérêts d'autrui ou détentrice d'un de ses biens a correctement rempli son obligation*⁷⁷⁰ ».

Le concept privatiste de gestion en bon père de famille a été repris explicitement par le droit public. Ainsi, l'article L. 221-2 du Code de l'urbanisme dans sa formulation antérieure au 4 août 2014 énonçait que les personnes publiques doivent « *assurer la gestion en bon père de famille* » des réserves foncières ». Cependant, la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a remplacé la formule consacrée par le concept de « *gestion raisonnable*⁷⁷¹ ». La sémantique change, mais la portée est identique. Sur le même concept, le Code forestier évoque la notion similaire de « *sage gestion économique*⁷⁷² ». Ni Code général de la propriété des personnes publiques ni le Code général des collectivités territoriales ne reprennent l'idée de « *gestion raisonnable* » pour les autres dépendances du domaine privé.

Pourtant, le juge administratif ne se prive pas de rappeler l'application de ce principe aux personnes publiques en contrôlant la « bonne gestion » ou la « bonne administration » du domaine privé⁷⁷³. Les personnes publiques sont donc soumises à

⁷⁶⁷ Art. 1137, 1880 et 1962 du Code civil

⁷⁶⁸ Art. 1374 du Code civil

⁷⁶⁹ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français* : Litec, 1993, 3e éd., V° *Bonus pater familias*

⁷⁷⁰ R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques* : Dalloz 2005, 15e éd., V° *Bon père de famille*

⁷⁷¹ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : « *Au premier alinéa de l'article L. 462-12 du code rural et de la pêche maritime, les mots : « en bon père de famille » sont remplacés par le mot : « raisonnablement ».IV. - A la fin du premier alinéa de l'article L. 221-2 du code de l'urbanisme, les mots : « en bon père de famille » sont remplacés par le mot : « raisonnablement ».V. - A la fin de la seconde phrase du deuxième alinéa de l'article L. 641-4 du code de la construction et de l'habitation, les mots : « en bon père de famille » sont remplacés par le mot : « raisonnablement ».* »

⁷⁷² Art. L. 112-2, R. 312-13, L. 175-4 du Code forestier

⁷⁷³ CE, 21 janv. 1959, Benzi : Rec. CE 1959, p. 50.

CAA Bordeaux, 19 mai 2005, n° 01BX01863, *SARL La Talemellerie* : « *Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait par ailleurs à la commune de procéder en vue de l'attribution des locaux du nouveau centre commercial, qui relevaient de son domaine privé, à un appel public à candidatures ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le conseil municipal ait mis en place une telle procédure ; qu'en conséquence, la commune, dont il n'est pas soutenu que son choix ait été dicté par des considérations étrangères à la bonne gestion de son domaine, n'était pas tenue de retenir la candidature de la SARL LA TALEMELERIE ;* »

une obligation de bons soins et de diligence dans la gestion de leur domaine privé. La conséquence de cette affirmation est qu' « *elles ne peuvent pas, en principe, s'en désintéresser ni laisser les biens qui le composent se dégrader*⁷⁷⁴ ».

En conséquence, la bonne gestion des créations intellectuelles du domaine privé fait obstacle à ce que les personnes publiques ne les laissent dépérir par manque d'intérêt. En outre, le standard de la gestion « raisonnable » issue de la notion de gestion en bon père de famille impose que soit organisée une exploitation des biens, selon leur destination et au prix du marché⁷⁷⁵.

En matière de propriétés industrielles notamment, l'exploitation est également une condition à part entière de maintien du titre dans le patrimoine du titulaire, qui sera envisagée dans la prochaine Section. La bonne gestion du domaine privé suppose donc un investissement des personnes publiques dans la conservation des titres de propriété intellectuelle en vue de leur exploitation.

Cependant, c'est au juge que revient la mission de sanctionner les éventuelles fautes de gestion du domaine privé. La question se pose dès lors que les personnes publiques sont parfois très loin de satisfaire à une bonne gestion de leur domaine privé, comme en témoigne la connaissance approximative par les administrations de leur patrimoine intellectuel⁷⁷⁶.

3) Vers une vision unifiée de la propriété publique en matière de conservation des créations intellectuelles publiques ?

L'étude de la conservation des créations intellectuelles invite à adopter une vision unifiée de la notion de propriété publique. En effet, l'obligation de conservation des dépendances du domaine public et l'objectif de conservation des dépendances du domaine privé peuvent-elles être envisagées comme une seule et même règle de conservation du patrimoine public ?

⁷⁷⁴ C. Chamard-Heim, *JurisClasseur Propriétés publiques*, LexisNexis, 2012, Fasc. 58 : Domaine privé, Gestion, n°84

⁷⁷⁵ *Cour des comptes, Le parc automobile des services centraux de la police nationale : Rapp. publ. 2010*, p. 159

⁷⁷⁶ Cette mauvaise gestion existe aussi pour des biens immobiliers du domaine privé : Tel est le cas des occupations privatives moyennant des loyers très nettement en dessous des prix du marché et qui ne sont pas toujours justifiés par l'intérêt général - *C. comptes, Rapp. public annuel 2001*, p. 415, sur les immeubles du ministère de la Culture ; *Rapp. public annuel 2003*, p. 59, sur les immeubles des services judiciaires ; *Rapp. public particulier mars 2005*, p. 125, concernant les bâtiments de la Banque de France

Vision unifiée des biens publics. Il s'agirait alors de considérer la notion de biens publics comme celle regroupant simplement tous les biens qui sont la propriété des personnes publiques, qu'il s'agisse de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des autres personnes publiques spéciales.

Cette approche est inspirée de la position de D. Mandelkern selon laquelle « *l'ensemble de ces biens constituent uniformément des biens publics, puisque appropriés par des personnes publiques et que les différents régimes de domanialité – dont la domanialité publique est le plus important, mais non le seul - qui s'appliquent à certains d'entre eux ne sont pas des régimes de propriété mais des régimes liés aux diverses affectations d'utilité publique que ces biens sont susceptibles de recevoir*⁷⁷⁷ ».

En application de cette hypothèse, tous les biens publics sont soumis à un principe général de conservation qui s'appliquerait sans réelle considération pour la notion de domanialité. En effet, nous avons démontré que les biens affectés à une utilité publique sont protégés par une obligation de conservation qui vise à garantir l'effectivité de leur affectation. Les biens non affectés sont soumis à un simple objectif de conservation mais sur un fondement différent, celui la bonne gestion des deniers publics.

Critique de l'approche binaire du droit positif. La notion de conservation du patrimoine public en droit positif repose sur le concept de domanialité et d'affectation, qui conditionne la nature contraignante ou non-contraignante de la conservation et son fondement (protection de l'affectation ou bonne gestion des deniers publics).

Pourtant, il nous semble évident que l'intérêt général commande que les personnes publiques conservent leur patrimoine tant public que privé. D'ailleurs, l'administration du domaine privé n'est pas exclusive de la poursuite d'intérêt général, à tel point qu'il a pu être soutenu que la gestion du domaine privé était un

⁷⁷⁷ D. Mandelkern, *Valorisation des propriétés publiques*, Rapport du groupe de travail, Institut de la gestion déléguée, p.9

service public, même si cette solution est explicitement rejetée par la jurisprudence⁷⁷⁸.

Pour cette raison, l'absence d'obligation de conservation des dépendances du domaine privé nous semble illégitime. Il n'est pas contestable que le domaine privé est soumis au droit privé et qu'il doit suivre les règles du droit privé. Pour autant, le domaine privé n'est pas soumis au seul régime du droit privé puisqu'il est insaisissable et incessible à vil prix. Pourquoi ne pas le soumettre également à une obligation de conservation ? Cette proposition fait sens dès lors que l'insaisissabilité et l'incessibilité à vil prix constituent des mesures de protection du domaine privé, qui pourraient être valablement complétées par l'obligation de conservation.

Exception au principe d'absence d'obligation des dépendances du domaine privé.

Une hypothèse d'obligation de conservation des dépendances du domaine privé doit être relevée, car elle a une importance considérable en matière de conservation de la propriété des créations industrielles.

Il est établi en matière de domanialité publique que la conservation des dépendances se traduit principalement par une obligation d'entretien, dont le non respect est sanctionné⁷⁷⁹. Les chemins ruraux étant des dépendances du domaine privé, ceux-ci ne sont pas soumis à cette obligation d'entretien. Pourtant, le juge a précisé que lorsque les communes acceptent spontanément d'entretenir les chemins communaux, elles sont responsables d'un éventuel défaut d'entretien normal⁷⁸⁰. Cela signifie que lorsque la commune a exécuté des travaux destinés à assurer ou à améliorer la viabilité d'un chemin rural, elle accepte implicitement d'en assurer l'entretien et est responsable des dommages qui pourraient survenir du fait du défaut d'entretien.

Dans cette décision, le juge considère que dès lors que la personne publique a volontairement commencé à entretenir une dépendance du domaine privé, celle-ci devient responsable de l'entretien de ce bien, dans des conditions finalement identiques à celles qui s'appliquent aux dépendances du domaine public.

⁷⁷⁸ TC 24 novembre 1894, *Loiseur*, Rec. Lebon, p. 631 à propos des forêts domaniales

⁷⁷⁹ TC, 17 décembre 2012, *Cne de la Revest-les-eaux c/ Mme Escailler*, D. adm. avril 2013, p. 34, note F. BLANC

⁷⁸⁰ CE, 20 novembre 1964, *Ville de Carcassonne*, Rec. Lebon, p. 573 ; AJDA 1965, p. 183, concl. BERTRAND

Cette solution peut être transposée à la matière de la propriété intellectuelle. Par exemple, en matière de créations industrielles, lorsqu'une personne publique crée une marque ou un brevet, elle doit déposer sa création auprès de l'INPI. Pour cela, outre la réalisation des formalités d'enregistrement, la personne publique doit s'acquitter du paiement des redevances inhérentes au dépôt.

À notre sens, le dépôt est le premier acte d'entretien de la création, puisqu'une création non déposée ne peut pas être protégée. Le dépôt est donc un acte différent de celui de la création. D'une part, il intervient après la création, et d'autre part il a pour seule finalité de protéger la création afin d'en assurer une exploitation pérenne.

En conséquence, si l'on considère que le dépôt est le premier acte d'entretien du titre de propriété intellectuelle, cela signifie que toutes les créations intellectuelles ayant fait l'objet d'un dépôt à l'INPI seraient soumises à une obligation d'entretien ultérieure.

En effet, de même que le juge énonce que le fait de procéder à un premier acte d'aménagement du chemin communal contraint la personne publique à continuer d'assumer son entretien, il est raisonnable de considérer que le fait de procéder au dépôt ou à l'enregistrement d'une création intellectuelle contraint également la personne publique à continuer d'en assurer la l'entretien.

À notre sens, les personnes publiques sont soumises à l'obligation de conservation de toutes leurs créations ayant fait l'objet d'un dépôt, éloignant ainsi la question de la domanialité de la problématique de la conservation. En effet, la domanialité publique est soumise à l'obligation de conservation traditionnelle basée sur la préservation de l'affectation ; Les dépendances intellectuelles du domaine privé sont également soumises à une obligation de conservation, basée sur le critère reconnu par la jurisprudence de la réalisation spontanée d'opérations d'entretien sur la dépendance.

Ainsi, en matière de conservation des créations intellectuelles publiques, il est possible d'adopter une vision unifiée de la notion de conservation. Qu'il s'agisse de l'accomplissement d'une formalité de dépôt à l'INPI ou d'un premier acte de restauration sur une œuvre corporelle, le commencement d'entretien d'une

dépendance du domaine privé est constitutif d'une obligation de conservation. Cette solution a le mérite de continuer à garantir une protection systématique des dépendances du domaine public, tout en garantissant que les deniers publics mis en œuvre pour l'acquisition ou la création des propriétés intellectuelles du domaine privé ne seront pas gaspillés par la négligence des personnes publiques qui peuvent parfois se comporter en propriétaires indéliçats.

L'évocation de cette exception au principe d'absence d'obligation de conservation du domaine privé doit cependant être appréciée pour ce qu'elle est : une hypothèse qui n'est pour l'instant vérifiée ni par le juge, ni par le législateur. Toutefois, en matière de créations intellectuelles du domaine privé, elle soulève une véritable problématique.

Ainsi, nous considèrerons dans la suite de notre démonstration que les dépendances intellectuelles du domaine public sont soumises à l'obligation de conservation, et que les dépendances du domaine privé soumises à la formalité du dépôt sont soumises la même obligation.

Sous - section 2 : La conservation des créations intellectuelles temporaires.

Les créations intellectuelles dérogent à plusieurs égards aux grands principes qui gouvernent le droit patrimonial tant public que privé. La doctrine privatiste classique déduit le caractère perpétuel de la propriété du fait que le législateur n'a pas limité ce droit dans sa durée⁷⁸¹.

En conséquence, le Code civil ne prévoit par principe aucun terme extinctif, ce qui implique que la propriété ne peut donc en principe se perdre par le non-usage. La perpétuité du droit de propriété est même désormais légalement consacrée par la loi du 17 juin 2008 qui modifie la rédaction de l'article 2227 du Code civil consacrant la formule selon laquelle « *le droit de propriété est imprescriptible* ».

Cependant, la propriété temporaire est prévue par exception par le droit positif⁷⁸². Tel est par exemple le cas de toutes les formes de baux où le preneur se voit conférer un droit réel sur le sol, tout en devenant propriétaire, pour la durée du bail, des constructions situées sur ledit terrain. L'usufruit peut également être envisagé comme une propriété temporaire dont le régime est précisément défini par le Code civil.

Ainsi, il est par principe établi en droit des biens que le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose, c'est à dire que la propriété n'est pas limitée à la vie de son titulaire : à son décès, la propriété ne disparaît pas, elle est transmise à un autre titulaire. Pourtant, la propriété littéraire et artistique prévoit un régime dérogatoire à cette règle en énonçant que les droits d'exploitation pécuniaire d'une œuvre sont transmis au décès de l'auteur à ses héritiers ou légataires, et persistent pendant l'année en cours et les 70 années suivantes⁷⁸³.

⁷⁸¹ Les propriétés temporaires existent sous forme d'exceptions au principe droit positif : les ventes à réméré aux termes de l'article 1659 du Code civil, le bail à construction et l'emphytéose. Par ailleurs la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (complétée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008) a institué la fiducie, propriété temporaire.

⁷⁸² V. la célèbre affaire de l'étang de Napoléon, Cass. ass. plén., 23 juin 1972, D. 1972.705, concl. R. Lindon ; JCP 1973.II.17331, note G. Goubeaux et Y. Jegouzo ; RTD civ. 1973.147, obs. J.-D. Bredin. *Des marais qui appartenaient à un particulier ayant été découverts à la suite d'une tempête, ils étaient devenus la propriété de l'État ; soixante-dix ans après, la mer a reculé, découvrant les étangs, et la Cour de cassation a reconnu aux héritiers le droit de revendiquer.* Également Cass. 3e civ., 22 mars 1994, n° 92-15.701 et Cass. 1re civ., 2 juin 1993, n° 90-21.982 ; Bull. civ. 1993, I, n° 197.

⁷⁸³ Art. L. 123-1 du CPI, « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent* ». À l'expiration de ce délai l'œuvre tombe dans le domaine public, si bien que son utilisation est libre sous réserve de respecter les droits moraux de l'auteur.

Ce n'est cependant pas cette dérogation qui retiendra notre attention dans la présente Sous-section⁷⁸⁴, mais celles prévues par la propriété industrielle.

En effet, la propriété industrielle comporte une exception à la règle de la perpétuité de la propriété en établissant que certaines créations ne sont pas perpétuelles.

Ainsi, la marque est soumise à un régime de déchéance du titre de propriété par le non-usage. L'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle prévoit qu'en cas de non-exploitation d'une marque pendant un délai ininterrompu de cinq ans, le propriétaire s'expose à une action en déchéance. La conservation dans le patrimoine public des créations intellectuelles visées par la déchéance pour cause de non-usage est donc conditionnée par leur exploitation effective.

Les brevets sont également soumis à une déchéance du titre en cas de non paiement des annuités requises pour conserver sa propriété. En effet, le Code de la propriété intellectuelle énonce qu'« *est déchu de ses droits le propriétaire d'une demande de brevet ou d'un brevet qui n'a pas acquitté la redevance annuelle prévue à l'article L. 612-19 dans le délai prescrit par ledit article. La déchéance prend effet à la date de l'échéance de la redevance annuelle non acquittée*⁷⁸⁵ ».

Nous nous attacherons à démontrer que les créations industrielles sont des créations intellectuelles spécifiques qui justifient une dérogation à la perpétuité de la propriété. En effet, la propriété sur ces créations incorporelles se traduit par un monopole d'exploitation qui est différent d'un droit de propriété classique (1). La non-perpétuité des créations industrielles nous conduit également à nous interroger sur leur compatibilité avec l'imprescriptibilité de la domanialité publique (2).

⁷⁸⁴ Et pour cause : la perpétuité des personnes publiques vide de sa substance l'intérêt de l'article L.123-1 du CPI en matière de création littéraire et artistique publique.

⁷⁸⁵ Art. L613-22 du Code de la propriété intellectuelle

1) Le monopole d'exploitation des personnes publiques sur les créations industrielles est temporaire.

Le droit de propriété des personnes publiques sur les créations industrielles consiste dans un monopole d'exploitation qui est opposable à tous et qui doit être distingué de la propriété traditionnelle des biens corporels. En effet, cette propriété est par essence temporaire, ce qui déroge au principe de la perpétuité de la propriété. Cette dérogation se justifie par le fait que le monopole d'exploitation est soumis à de nombreuses conditions qui concourent à sauvegarder le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ainsi, toutes les créations industrielles sont caractérisées par l'absence de perpétuité du monopole accordé à leur titulaire, qu'il s'agisse des marques, brevets, dessins et modèles, ou encore certificats d'obtention végétale.

Devant la diversité des créations industrielles, ce caractère temporaire apparaît même comme l'un des éléments de l'unité de la propriété industrielle. Pour autant, la marque se distingue des autres créations industrielles par un caractère temporaire qui n'exclut pas que la marque puisse bénéficier d'une protection perpétuelle sous certaines conditions.

En matière de marques. En application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle⁷⁸⁶, l'enregistrement d'une marque est effectué pour une durée de dix ans. Au terme de cette période, les droits peuvent être indéfiniment maintenus pour des périodes successives de dix ans, dès lors que le titulaire procède au renouvellement de la marque.

Du point de vue de la durée de la protection, la marque occupe une place spécifique : le législateur a voulu qu'elle ne soit pas imprescriptible, mais a aménagé une forme de perpétuité conditionnée. Pour cette raison, le caractère temporaire de la protection

⁷⁸⁶ Art. L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. La marque peut être acquise en copropriété. L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable. »

décennale accordée par le Code de la propriété intellectuelle à l'enregistrement est compatible avec la possibilité de rendre la marque perpétuelle.

En effet, pour comprendre l'admission de la perpétuité conditionnée de la marque, il faut revenir à la fonction intrinsèque de cette création. En droit public, les marques ont pour objet de permettre au public d'identifier les services offerts au public par les personnes publiques de ceux de la concurrence. Cette vocation de protection du consommateur des services ou des produits proposés par le déposant est consacrée de longue date par la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁸⁷. Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, la vocation principale de la marque est de « *garantir au consommateur l'identité d'origine du produit marqué ou du service identifié* ».

Pour cette raison, il n'est pas absurde que le législateur ait aménagé un régime de renouvellement spécifique pour la marque, car cela lui assure une certaine pérennité qui satisfait tout autant l'intérêt du déposant que celui du consommateur.

Ainsi, les marques publiques peuvent désigner des labels ou marques « de reconnaissance ». Tel est le cas du label Agriculture biologique (« label AB »), qui est un label de qualité français créé en 1985 certifiant les produits exempts de chimie de synthèse. Il permet au consommateur d'identifier les produits issus de l'agriculture biologique. Le ministère français de l'agriculture est déposant de la marque « Certifié AB Agriculture Biologique⁷⁸⁸ », mais il n'est pas tenu de la renouveler.

Il serait illogique de considérer que la mise en œuvre d'un tel label puisse être limitée à dix ans, car sa vocation est au contraire de garantir de manière pérenne l'existence de produits correspondant à une certaine charte de qualité. Le maintien du titre dans le temps est d'ailleurs plus dans l'intérêt des consommateurs et des produits labellisés que dans celui des personnes publiques. On retrouve ici la vocation à satisfaire l'intérêt général des marques publiques.

⁷⁸⁷ CJCE, 22 juin 1976, aff. 119/75, *Terrapin c/ Terranova* : Rec. CJCE 1976, p. 1039.

CJCE, 23 mai 1978, aff. 102/77, *Hoffmann Laroche* : Rec. CJCE 1978, p. 1139.

CJCE, 3 déc. 1981, aff. 1/81, *Pfizer c/ Eurim Pharm* : Rec. CJCE 1981, p. 2913.

CJCE, 11 juill. 1996, aff. C-232/94, *MPA Pharma c/ Rhône Poulenc* : Rec. CJCE 1996, I, p. 3671

⁷⁸⁸ Site internet de l'INPI, Base marques, <https://bases-marques.inpi.fr>.

La marque « Certifié AB Agriculture Biologique » a été déposée le 24 mars 1978 par l'État français - Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation (Direction Générale de l'Alimentation), comme une marque internationale.

En conséquence, le renouvellement perpétuel offert par le législateur tient à la fonction même des signes distinctifs. L'absence de possibilité de renouvellement de la marque serait en réalité en contradiction avec l'objectif de protection du consommateur contre la tromperie et ne répondrait à aucun besoin légitime de concurrence⁷⁸⁹.

Le caractère spécifique de la marque vis à vis du consommateur, ou de l'utilisateur du service public justifie donc l'existence d'une dérogation sous conditions au principe de monopole d'exploitation temporaire des créations industrielles.

En matière de brevets. L'article L.613-1 du Code de la propriété intellectuelle fixe le point de départ de l'effet de l'appropriation à la date de dépôt de la demande de brevet. La Convention sur le brevet européen énonce que « *le brevet européen confère à son titulaire, à compter de la date à laquelle la mention de sa délivrance est publiée au Bulletin européen des brevets et dans chacun des États contractants pour lesquels il a été délivré, les mêmes droits que lui conférerait un brevet national délivré dans cet État.*⁷⁹⁰ » Le titre ainsi délivré rétroagit à cette date et pour vingt ans⁷⁹¹.

Ainsi, le monopole d'exploitation du déposant sur un brevet est limité à vingt années. Cependant, aucune obligation ne pèse sur le titulaire de conserver vingt ans son titre de propriété : libre à lui de s'en départir sous réserve de ses éventuels engagements contractuels.

Ainsi que le précise N. Binctin, « *il ressort des statistiques que la durée moyenne de conservation d'un brevet est d'un peu plus de dix années, plusieurs facteurs pouvant expliquer cette durée*⁷⁹². » En conséquence, le caractère temporaire du brevet ne semble pas poser de difficultés dans la majeure partie des cas, puisque les titulaires optent pour des cessions avant le terme de la protection légale.

⁷⁸⁹ En ce sens, voir : CA Paris, 24 juin 1993 : Ann. propr. ind. 1993, p. 25

⁷⁹⁰ Art. 64 de la Convention sur le brevet européen.

⁷⁹¹ Art. 63 de la Convention sur le brevet européen : « *La durée du brevet européen est de vingt années à compter de la date de dépôt de la demande.* »

Art. L611-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les brevets d'invention, délivrés pour une durée de vingt ans à compter du jour du dépôt de la demande.* »

⁷⁹² N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e Ed., LGDJ, p. 386.

Déjà en 1867, A. Batbie s'interroge le sens de l'absence de perpétuité du brevet : « *pourquoi le brevet est-il temporaire, et si on l'appelle propriété industrielle, pourquoi le législateur ne lui a-t-il pas donné le caractère de la propriété, c'est à dire la perpétuité ?*⁷⁹³ ». Selon A. Batbie, la réponse à cette question tient dans le fait que la découverte aurait tout aussi bien pu être faite par quelqu'un d'autre, et que le brevet n'en récompense que la primeur. En effet, le brevet est un titre de propriété industrielle délivré au premier déposant d'une invention. A. Batbie distingue le brevet de la création littéraire et artistique dont la forme est éminemment personnelle et qui justifie selon lui un réel droit de propriété perpétuel pour le droit moral (mais dont le monopole d'exploitation n'est pas, ainsi que nous l'avons démontré, perpétuel).

Au terme du délai de vingt années, le brevet tombe dans le domaine public, et chacun a la liberté d'en faire l'usage qu'il souhaite. Cette durée de vingt ans de protection du brevet est marginalement atteinte.

Les personnes publiques sont actives en matière de demande de brevet : ainsi, le CNRS a enregistré plusieurs brevets à l'INPI depuis le début de l'année 2016, notamment concernant le traitement thermique d'un câble électrique⁷⁹⁴, les particules d'acide hyaluronique pour des applications cosmétiques ou dermatologiques⁷⁹⁵, ou encore la fonctionnalisation de fibres ligno-cellulosiques par thiolène par voie photochimique⁷⁹⁶ déposée conjointement par le CNRS et l'Université Paris-est Créteil Val de Marne.

⁷⁹³ A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1867, Tome 5 p. 600

⁷⁹⁴ Base brevets INPI, numéro et date de publication de la demande : FR3033212 - 2016-09-02 (BOPI 2016-35) « *L'invention concerne un câble électrique, comportant : - une âme (1) destinée à faire circuler un courant électrique (is) générant un champ magnétique (B) au moins à l'extérieur de l'âme, et - au moins une gaine (3) entourant l'âme et comportant un matériau thermomagnétique, la gaine étant conductrice pour faire circuler un courant électrique auxiliaire (iT) coopérant avec le champ magnétique (B) pour générer, par effet Etingshausen, un gradient de température (gradT) entre l'âme du câble et l'extérieur de la gaine.* »

⁷⁹⁵ Base brevets INPI, numéro et date de publication de la demande : FR3033134 - 2016-09-02 (BOPI 2016-35), « *La présente invention concerne le domaine cosmétique ou dermatologique. En particulier, la présente invention concerne des particules comprenant de l'acide hyaluronique modifié par des groupes hydrophobes et leur utilisation comme agent stimulateur de l'épiderme et/ou du derme. En particulier, ces assemblages sont utiles d'une part, comme agent hydratant et/ou repulpant et/ou volumateur. D'autre part, ces particules comprenant de l'acide hyaluronique hydrophobisé sont utiles pour réactiver l'expression d'acide hyaluronique endogène permettant ainsi la réduction et/ou la prévention des imperfections de la peau telle que le comblement des rides et ridules.* »

⁷⁹⁶ Base brevets INPI, numéro et date de publication de la demande : FR3033173 - 2016-09-02 (BOPI 2016-35), « *La présente invention concerne un procédé de fonctionnalisation d'une fibre végétale ligno-cellulosique et de préparation d'un renfort pour la conception d'un matériau composite (A) comprenant ladite fibre végétale ligno-cellulosique fonctionnalisée, comprenant les étapes de : (a1) mise en contact de la fibre végétale ligno-cellulosique avec au moins une molécule polythiol et un amorceur radicalaire, (a2) greffage de ladite (ou desdites) molécule(s) polythiol(s) sur la fibre végétale ligno-cellulosique par réaction de thiolène, (b1) mise en contact de la fibre végétale ligno-cellulosique fonctionnalisée avec au moins une molécule comprenant un seul groupement insaturé carbone-carbone non aromatique et un amorceur radicalaire, (b2) greffage de la molécule comprenant un seul groupement insaturé carbone-carbone non aromatique sur la molécule polythiol par réaction de thiolène. La présente invention concerne également un procédé de préparation d'un renfort (B), dans lequel les étapes (a1), (b1) et (a2), (b2) sont combinées.* »

En France et dans certains autres pays, la durée du brevet peut être renouvelée ou prorogée dans le cas de demandes concernant certains domaines spécifiques. Il en va ainsi des produits pharmaceutiques ou alimentaires, qui sont soumis à une approbation administrative avant de pouvoir être écoulés sur le marché.

Par exemple, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *tout propriétaire d'un brevet d'invention produisant ses effets en France et ayant pour objet un médicament, un procédé d'obtention d'un médicament, un produit nécessaire à l'obtention de ce médicament ou un procédé de fabrication d'un tel produit peut, lorsque ceux-ci sont utilisés pour la réalisation d'une spécialité pharmaceutique faisant l'objet d'une autorisation de mise sur le marché conformément aux articles L. 601 ou L. 617-1 du code de la santé publique, et à compter de sa délivrance, obtenir, dans les formes et conditions fixées par le présent livre et précisées par décret en Conseil d'État, un certificat complémentaire de protection pour celles des parties du brevet correspondant à cette autorisation*⁷⁹⁷. »

Cette disposition est complétée par l'article L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle qui en prévoit la durée : « *les certificats complémentaires de protection rattachés à un brevet dans les conditions prévues à l'article L. 611-3, prenant effet au terme légal du brevet auquel ils se rattachent pour une durée ne pouvant excéder sept ans à compter de ce terme et dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à ce même article.* »

L'objet de cette prorogation par le certificat complémentaire de protection en matière de médicaments⁷⁹⁸ est de prendre en considération le délai des essais cliniques nécessaires à l'obtention de la mise sur le marché du médicament. L'idée est de maintenir un haut niveau de qualité des médicaments sur le marché, tout en évitant de priver le titulaire du brevet de jouir de son droit pendant laps de temps trop important après la délivrance du brevet. En effet, si ce mécanisme de prorogation n'existait pas,

⁷⁹⁷ Art. L611-3 du Code de la propriété intellectuelle

⁷⁹⁸ Le CPP en matière de médicaments est issu du règlement (CEE) n° 1768/92 du Conseil du 18 juin 1992 concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments et du règlement codifié (CE) n° 469/2009 du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments.

le titulaire du brevet serait pénalisé par la durée des essais cliniques en raison de la réduction de la durée effective de l'exploitation de son brevet.

N. Binctin énonce justement à ce sujet que « *le certificat complémentaire est une compensation pour l'empiètement sur cette durée d'exploitation effective engendré par les mesures sanitaires et de santé publique, elle prend l'aspect d'une indemnisation pour une limitation de la libre jouissance de la propriété*⁷⁹⁹. »

Il ne faudrait toutefois pas considérer que cette prorogation très spécifique du brevet a les mêmes conséquences que la possibilité de renouveler indéfiniment la marque. La faculté de renouvellement la marque est acquise à toutes marques, ce qui en fait un mécanisme potentiellement utilisable par tous les déposants.

Le certificat complémentaire de protection correspond en réalité à une indemnisation de l'impossibilité temporaire d'exploiter le brevet pendant la durée de la satisfaction des procédures administratives requises pour obtenir une autorisation de mise sur le marché d'un produit identifié. L'objectif du certificat complémentaire de protection n'est donc pas de contourner le caractère temporaire du brevet, mais au contraire de l'entériner, dès lors que le certificat complémentaire de protection n'entraîne en aucun cas la perpétuité du brevet.

En outre, le certificat complémentaire de protection est encadré et limité à des hypothèses très précises par la Cour de justice de l'Union Européenne⁸⁰⁰. Pour ces raisons, le brevet est un monopole d'exploitation temporaire.

En matière de certificat d'obtention végétale. Les obtentions végétales sont protégées par un titre spécial, distinct du brevet : le certificat d'obtention végétale. La durée de la protection accordée au certificat d'obtention végétale est de vingt-cinq ans à partir de la délivrance. Le Code de la propriété intellectuelle énonce que le « *certificat*

⁷⁹⁹ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2e Ed., LGDJ, p. 386.

⁸⁰⁰ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-422/10, *Georgetown University*, Europe 2012, comm. 43, obs. L. Idot ; Propr. Industr. 2012, chron. 6, n°13, obs. H. Gaumont-Prat : « *L'article 3, sous b), du règlement (CE) n° 469/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, doit être interprété en ce sens que, sous réserve que les autres conditions prévues à cet article soient également remplies, il ne s'oppose pas à ce que les services compétents de la propriété industrielle d'un État membre octroient un certificat complémentaire de protection pour un principe actif, figurant dans le libellé des revendications du brevet de base invoqué, lorsque le médicament dont l'autorisation de mise sur le marché est présentée au soutien de la demande de certificat complémentaire de protection comprend non seulement ce principe actif, mais également d'autres principes actifs.* »

*délivré par l'organisme mentionné à l'article L. 412-1 prend effet à la date de la demande*⁸⁰¹ ». Cette durée est étendue à 30 ans pour les arbres forestiers, fruitiers ou d'ornement, les vignes, les graminées et légumineuses fourragères pérennes, les pommes de terre et les lignées endogames utilisées pour la production de variétés hybrides. Cette durée est identique en droit interne et en droit communautaire depuis le 1er mars 2006⁸⁰². En conséquence, bien que distinct du brevet, le certificat d'obtention végétale offre une protection temporaire.

L'institut national de la recherche en agronomie (INRA) est par exemple très actif dans la recherche de plusieurs espèces végétales résistantes à la sécheresse, et a eu l'initiative de l'organisation d'un colloque sur les obtentions végétales le 1^{er} février 2012 à la Société nationale de l'horticulture de France avec le Groupement national interprofessionnel des semences et le Ministère en charge de l'Agriculture⁸⁰³.

En matière de dessins et modèles. Le Code de la propriété intellectuelle énonce qu'en matière de dessins et modèles « *l'enregistrement produit ses effets, à compter de la date de dépôt de la demande, pour une période de cinq ans, qui peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à un maximum de vingt-cinq ans*⁸⁰⁴ ». Le règlement du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires instaure une réduction de ce délai qui était jusqu'alors de vingt-cinq ans renouvelable une fois. La réduction de moitié du délai de protection accordé par le dépôt d'un dessin ou modèle témoigne de son caractère temporaire, renforcé par l'influence du droit communautaire.

Par exemple, l'Université Panthéon-Assas a déposé le logo de l'Association des Anciens d'Assas « Assas Alumini » comme dessin et modèles à l'INPI le 15 septembre 2009.⁸⁰⁵ L'État français est également identifié comme le déposant de centaines de dessins et modèles après de l'INPI, qu'il s'agisse des képis des

⁸⁰¹ Art. L623-7 du Code de la propriété intellectuelle

⁸⁰² Loi n° 2006-236 du 1er mars 2006 relative aux obtentions végétales, JORF n°52 du 2 mars 2006 page 3136

⁸⁰³ La conférence est disponible en ligne à l'adresse : <https://www6.inra.fr/ciag/CIAG-Agriculture/Certificat-d-Obtention-Vegatale>

⁸⁰⁴ Art. L513-1 du Code de la propriété intellectuelle ; Art. 12 du Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires.

⁸⁰⁵ Base dessins et modèles INPI, Référence du modèle : 094360 – 001, Numéro d'enregistrement : 094360, Objet : Logo de l'Association des Anciens d'Assas - Assas Alumini, Déposant : Université Panthéon-Assas Paris 2, Etablissement à caractère public 12 place du Panthéon 75231 PARIS CEDEX 05 FR (SIREN 197517188)

gendarmes, des logos de la police et de la gendarmerie, ou encore des médailles, ou d'équipements militaires.

En matière de semi-conducteurs. Le Code de la propriété intellectuelle énonce à propos de la propriété des semi-conducteurs (c'est à dire des puces électroniques) qu'elle « *est acquise au titulaire de l'enregistrement jusqu'au terme de la dixième année civile qui suit*⁸⁰⁶ ». De nombreuses universités travaillent avec le CNRS dans la recherche sur les semi-conducteurs, telles que l'Université Grenoble Alpes, et particulièrement l'institut Neel qui lui est rattaché. Les inventions issues de ces laboratoires de recherche universitaire témoignent de l'activité des personnes publiques en matière de recherche et d'innovation en matière de semi-conducteurs.

Ainsi, toutes les formes de propriété industrielle sont soumises à un régime fondé sur le même principe : le monopole d'exploitation accordé par le dépôt est temporaire. Cette affirmation ne pose pas de difficulté lorsque les personnes publiques intègrent des créations industrielles à leur domaine privé, qui est soumis au droit privé et est insaisissable. En revanche le caractère temporaire de cette forme de propriété est-il compatible avec l'imprescriptibilité du domaine public ?

2) Le caractère temporaire de la propriété des créations industrielles est-il compatible avec l'imprescriptibilité de la domanialité publique ?

Si le droit public est familier de la notion d'occupation temporaire, il ne l'est pas de la propriété limitée dans le temps. La raison en est simple : le domaine privé est soumis au droit civil qui considère que « *le droit de propriété est imprescriptible*⁸⁰⁷ ». Le domaine public est soumis explicitement à la règle de l'imprescriptibilité. Dans ces conditions, la question de savoir si des biens prescriptibles ont leur place dans la domanialité publique doit être posée.

Nous avons démontré que la doctrine considère généralement que le patrimoine intellectuel des personnes publiques est intégré au domaine privé. C'est également la

⁸⁰⁶ Art. L622-6 du Code de la propriété intellectuelle

⁸⁰⁷ Art. 2227 du Code civil

position adoptée par le Conseil d'État dans une ancienne décision *Spiesshofer et Braun* du 23 mars 1960⁸⁰⁸ à propos de la marque « *Triumph* ».

Mais certains auteurs tels que J-B. Auby⁸⁰⁹ sont moins péremptoires et admettent l'idée de la domanialité publique de certains biens intellectuels. Ils proposent de distinguer selon que la personne publique exploite la marque comme un opérateur économique de droit privé⁸¹⁰ ou selon qu'elle l'exploite comme support visuel ou informatif d'un service public. Dans ce cas, il peut être fait application de la solution proposée par l'arrêt *Société « le Béton »*⁸¹¹ qui a consacré l'affectation au service public comme critère d'intégration au domaine public. En outre, on sait que le Conseil d'État a développé une jurisprudence très extensive du domaine public par les biais de la théorie de l'accessoire pour des biens non affectés mais présentant un lien avec un bien lui-même affecté⁸¹², ou encore de la domanialité publique globale⁸¹³.

Les pistes de réflexion actuelles sur la domanialité des créations intellectuelles n'excluent donc pas, voire même confortent l'idée selon laquelle celles-ci peuvent intégrer le domaine public. Cette affirmation se vérifiera particulièrement dans la suite de notre démonstration consacrée aux dépendances intellectuelles du domaine public.

Cette situation appelle une remarque : comment le domaine public imprescriptible peut-il accueillir des biens prescriptibles ? Ces questions sont légitimes dès lors l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques qui désigne les biens mobiliers appartenant au domaine public ne mentionne par les propriétés industrielles. Cependant, la liste proposée est non-exhaustive (en raison de l'adverbe « *notamment* ») et précise que « *font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire, les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique* ». Or les créations industrielles telles que le brevet ou le certificat d'obtention végétale ne

⁸⁰⁸ CE, 23 mars 1960, Société Spiesshofer et Braun, n°46221, Rec. p. 215

⁸⁰⁹ J-B. Auby, *L'immatériel dans l'État*, Droit administratif n°6, Juin 2007, repère 6

⁸¹⁰ En application des critères de distinction de la décision : TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, GAJA

⁸¹¹ CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, RDP, 1957, p. 310, conclusions M. Long.

⁸¹² CE 17 mars 1967, *Ranchon*, RDP, 1968, p. 180, note M. Waline

⁸¹³ CE 1^{er} octobre 1958, *Hild*, Lebon p. 463

présentent-elles pas justement un intérêt du point de vue de la technique ou de la science ?

Absence de prise de position du juge. La véritable difficulté de cette question est qu'il n'existe pas de contentieux en la matière, si bien que le juge administratif ne s'est jamais prononcé sur la question de la compatibilité entre créations industrielles prescriptibles et domanialité publique. Et pour cause : il existe un premier obstacle à cette réflexion puisque la domanialité publique des créations industrielles pose une difficulté de compétence juridictionnelle.

En effet, par détermination de la loi, le juge judiciaire se voit attribuer compétence pour statuer sur les recours contre les décisions du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle en matière de marques ou de brevets⁸¹⁴. Cette compétence légale se justifie par le fait que le juge judiciaire est le juge de la propriété intellectuelle⁸¹⁵, et qu'il est pour cette raison le mieux à même de trancher de la question de la déchéance des marques par exemple.

La détermination du juge compétent en matière de déchéance de marque est complexe si l'on admet qu'une marque peut être intégrée au domaine public, car seul le juge administratif est compétent pour se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public⁸¹⁶. Or, prononcer la déchéance d'une marque c'est en faire perdre la propriété, c'est à dire remettre en cause l'existence d'un bien du domaine public et par la même son étendue.

S'opposent ici deux compétences : celle du juge administratif qui est compétent en matière de domaine public, et celle du juge judiciaire qui est compétent en matière de propriété intellectuelle. S'il est admis que le contentieux de la propriété intellectuelle des personnes publiques est acquis à la compétence judiciaire, l'appartenance de la création au domaine public a-t-elle une incidence sur cette compétence ?

⁸¹⁴ Art. L. 411-4 et L. 712-14 du Code de la propriété industrielle ; V. *Droit public des affaires*, Lamy, 2000, numéro 885

⁸¹⁵ T. confl., 7 juill. 2014, n° 3954 et n° 3955, Lebon ; AJDA 2014. 1463 ; *ibid.* 2364, note J.-M. Pontier ; RDI 2015. 180, obs. N. Foulquier ; RTD com. 2014. 611, obs. F. Pollaud-Dulian ;

⁸¹⁶ Pour une illustration de ce principe : CE, 25 mai 2005, req. no 274683, *Sté cinémas Huez Chamrousse*, AJDA 2005. 1804 : « Considérant, en premier lieu, qu'il appartient au juge administratif, en l'absence de toute contestation portant sur les titres de propriété, de se prononcer sur l'existence, l'étendue et les limites du domaine public, même en l'absence d'acte administratif de délimitation. (...) »

Depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2011⁸¹⁷, l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que les actions relatives à la propriété littéraire et artistique « *sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire* ». Lors de son adoption, cette disposition a établi une spécialisation des tribunaux judiciaires. Elle a également soulevé la question de savoir si dans le cadre de litiges relevant normalement de la compétence du juge administratif, le juge judiciaire devait intervenir en application de cette compétence spéciale.

La question a été tranchée en faveur du juge judiciaire pour les cas de contrefaçon. Cette solution est retenue tant en matière de propriété littéraire et artistique⁸¹⁸ qu'en matière de propriété industrielle. Par exemple, le Tribunal des conflits a pu attribuer une « *compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître d'une action en contrefaçon de dessins et modèles dirigée par une personne privée à la fois contre une autre personne privée et une personne publique. C'est la première fois que le Tribunal des conflits est amené à interpréter l'article L. 521-3-1 du code de la propriété intellectuelle*⁸¹⁹ ». La même solution⁸²⁰ est retenue en matière de marques, de brevets, et d'obtentions végétales. Ces décisions n'apportent toutefois pas de lumière particulière sur la question de la compétence juridictionnelle pour prononcer la déchéance d'une marque publique.

Toutefois, les décisions du Tribunal des conflits concurrent toutes à unifier le contentieux du droit de la propriété intellectuelle. Pour cette raison, la compétence du juge judiciaire dans tous les domaines rattachés à la propriété intellectuelle, y compris en matière de déchéance semble s'imposer.

⁸¹⁷ Article 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi Murcef »

⁸¹⁸ T. confl., 7 juill. 2014, n° 3955, *préc.* Lebon: « *Considérant qu'il résulte du premier alinéa de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel « Les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire », que par dérogation à la règle (...), la recherche de la responsabilité contractuelle des personnes morales de droit public en matière de propriété littéraire et artistique, relève, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* »

⁸¹⁹ TC, n° 3770 du 2 mai 2011, *Société industrielle d'équipements urbains c/ Société Frameto et commune de Ouireham* : En décidant que l'action en contrefaçon opposant la requérante à la société Frameto relève des juridictions judiciaires, le Tribunal retient une solution classique (TC, 22 octobre 1979, *Balandraux c/ Compagnie d'assurances générales de France*, n° 02128 ; TC, 3 avril 2002, *société Cardon et autres c/ société Sacmat*, n° 3265).

⁸²⁰ TC, 27 juin 1988, n°2542 ; TC, 6 juin 1989, n°2572 ; Loi du 17 mai 2011 pour les indications géographiques et les certificats d'obtention végétale.

En effet, si l'on considère que les créations publiques sont avant tout des créations avant d'être publiques, il faut considérer que la déchéance de marque - *quand bien même celle-ci serait intégrée au domaine public* - est de la compétence du juge judiciaire.

Cette solution s'impose du point de vue de la logique générale et de l'unité du droit de la propriété intellectuelle. En effet, l'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle énonce que l'action en déchéance peut être demandée en justice « *par toute personne intéressée* ». Cette formulation du législateur volontairement large⁸²¹ vise à faciliter la saisine du juge en vue de l'obtention de la déchéance du titre.

Dans cette logique d'ouverture et de simplification de la procédure de demande de déchéance, il serait illogique que le demandeur ait à s'interroger sur le juge compétent selon l'identité du déposant de la marque. La raison en est simple : publique ou privée, une marque reste une création industrielle soumise au Code de la propriété intellectuelle. Pour cette raison, le juge judiciaire demeure compétent quand bien même la marque serait intégrée au domaine public. À notre sens, l'idée est que le juge judiciaire est compétent en matière de créations intellectuelles, peu importe qui en est l'auteur. Cette approche est la seule solution pour unifier le droit de la propriété intellectuelle comme le propose le Tribunal des conflits dans ces décisions. Pour cette raison, la propriété intellectuelle transcende les règles de la domanialité de droit public. Ce qui importe ici en matière de compétence juridictionnelle ce n'est pas le critère organique (l'auteur) mais bien le critère matériel, c'est à dire que la présence d'une création intellectuelle emporte la compétence du juge judiciaire.

Cependant, la compétence du juge judiciaire n'apporte pas de solution à la question de la compatibilité des propriétés temporaires avec la domanialité publique. En effet, ces problématiques sont éloignées de la nature des contentieux soumis à son analyse, car la domanialité de la création industrielle n'entre pas en jeu dans la solution du litige.

⁸²¹ Plus large que celle posée par le Code de procédure civile : l'article 31 ouvre l'action en justice « *à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention* »

Le domaine public imprescriptible peut-il accueillir des biens prescriptibles ?

Puisque le juge n'apporte pas de réponse à cette question, il convient de proposer une solution à ce problème.

L'imprescriptibilité vise à neutraliser les possessions acquisitives du domaine public et à protéger l'affectation des biens publics à une activité de service public. Le principe est que la propriété du domaine public ne peut se perdre par aucun moyen. L'imprescriptibilité des biens du domaine public est destinée à éviter que les personnes publiques ne se trouvent privées de la propriété de leurs biens par le simple écoulement du temps, sans qu'elles s'en rendent compte⁸²².

Le juge judiciaire fait application de cette règle comme le rappelle la Cour de cassation dans sa décision du 5 juin 1991 en énonçant : « *attendu que la voirie des communes comprend les voies communales, qui font partie du domaine public ; que les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles*⁸²³. »

Une première hypothèse serait de considérer que les marques et les brevets sont rendus imprescriptibles par l'effet de la domanialité publique. En effet, puisque que l'intégration à la domanialité publique d'un bien, quel qu'il soit, lui procure la double protection de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité, pourquoi n'en serait-il pas ainsi des marques et des brevets ?

À notre sens, la domanialité publique ne peut en aucun cas rendre imprescriptibles les créations industrielles. En effet, une marque ou un brevet imprescriptible ne serait tout simplement plus une marque ou un brevet. La création industrielle ne peut pas, par son objet, être perpétuelle.

Telle n'est pas la vocation que le législateur lui confère : la création industrielle protège pour une certaine durée les créations et les innovations et a pour vocation leur protection et leur valorisation. Le caractère temporaire du monopole d'exploitation

⁸²² CE 13 octobre 1967, *Cazeaux* : Lebon p. 368 ; RDP 1968. 887, note Waline. – CE, 22 juillet 1994, *Carreau -Gaschereau* : 10 ans de jurisprudence 1991-2001, numéro 323

⁸²³ Cass. 3e civ., 5 juin 1991, *Commune de Rutall c. Colonna*

imposé par la propriété industrielle tend à la sauvegarde du principe supérieur de la liberté du commerce et de l'industrie.

En réalité, rendre imprescriptibles les créations industrielles reviendrait à établir un nouveau régime de propriété intellectuelle propre aux créations publiques, en instaurant un monopole permanent et inextinguible des personnes publiques sur les créations qui leur appartiennent, qui dénaturerait profondément la notion de création industrielle en droit positif. Cette hypothèse n'est à notre sens pas du tout convaincante. Puisque les créations industrielles ne peuvent pas être rendues imprescriptibles par l'effet de la domanialité publique, les marques et les brevets publics du domaine public constituent-ils une exception au principe d'imprescriptibilité ?

Le caractère temporaire des créations industrielles ne les rend pas impropres à intégrer le domaine public. Contredire cette affirmation reviendrait à admettre que des biens affectés à un service public puissent être intégrés au domaine privé, dès lors qu'il est certain que certaines marques peuvent être affectées à un service public. Or, telle n'est pas la conception de notre droit positif, qui construit la notion de domanialité sur le concept d'affectation.

Par exemple, l'extension des missions de service public locales en matière de tourisme, conduit les collectivités territoriales à protéger leur nom par le dépôt de marques, puisque leur sont applicables les articles L. 711-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Ainsi que le souligne J. Fialaire, « *elles déploient des stratégies de marketing territorial au service de leurs politiques touristiques. Ainsi, les régions Centre et Pays de la Loire misent sur leur marque « Val de Loire », lancée début 2014, pour « booster » les exportations de vins et le tourisme international*⁸²⁴ ». Nul doute que la marque est affectée à l'activité tendant à promouvoir la fréquentation touristique de cette collectivité territoriale qui relève d'une mission d'intérêt général, et de service public lorsque les critères sont réunis. Par conséquent, la marque « Val de Loire » fait partie du domaine public des régions Centre et Pays de Loire.

⁸²⁴ J. Fialaire, Gaz. cnes 21 juill. 2014, p. 31

La notion de domaine public remonte à l'Ancien Régime et à l'ancien domaine royal, puisqu'on le fait traditionnellement remonter à l'Édit de Moulins de 1566. Il s'agit d'une notion séculaire, bien antérieure à l'émergence du patrimoine immatériel des personnes publiques. Nulle doute que cette différence de génération entrave la bonne articulation des deux notions.

Il nous semble juste de considérer que les créations industrielles peuvent être affectées à un service public et intégrer la domanialité publique lorsqu'elles sont affectées à un service public sans pour autant que cette intégration ne remette en cause leur caractère temporaire. Finalement, cette position revient à réaffirmer que la propriété intellectuelle est dérogoire au droit des biens tant publics que privés. En soi, ce n'est pas une nouveauté. Puisque la propriété intellectuelle est dérogoire au droit commun, pourquoi ne le serait-elle pas vis à vis du droit de la domanialité publique ? La spécificité du droit de la propriété intellectuelle justifie que des biens prescriptibles puissent être intégrés à un patrimoine par principe imprescriptible, et ainsi en constituer l'exception. Cette exception n'est pas des moindres : l'imprescriptibilité du domaine public est une règle majeure, conséquence nécessaire de l'inaliénabilité⁸²⁵.

Cependant, il convient de tempérer l'effet de cette exception. D'abord, pour qu'une création industrielle intègre le domaine public, il faut qu'elle soit affectée à un service public. Nous avons démontré sans difficulté que la marque est l'exemple type de la création industrielle susceptible d'être affectée à un service public. Les autres créations industrielles sont d'une part plus rares dans le patrimoine public, et d'autre part présentent un intérêt plus relatif avec les missions de service public (quoique les brevets aient un intérêt notamment pour l'exécution des missions des services publics de la défense et de la santé). En pratique, c'est la notion de marque qui nourrit le débat de la domanialité davantage que le brevet ou le certificat d'obtention végétale. Cet intérêt pour la marque n'est pas neutre : à la différence des autres créations industrielles, la marque est indéfiniment renouvelable par son exploitation effective et son renouvellement tous les dix ans auprès de l'INPI. Il n'est pas illégitime de

⁸²⁵ CE, 13 octobre 1967, *Cazeaux*, Rec. Lebon p. 308 ; RDP 1968, p. 887, note Waline

s'interroger sur cette faculté de renouvellement infini de la marque : constitue-t-elle une sorte d'imprescriptibilité conditionnée ?

Dans ce cas, l'idée d'intégrer la marque au domaine public serait une quasi-exception à l'imprescriptibilité du domaine public, puisque sous réserve de l'exécution de certaines diligences par son titulaire, la marque peut être rendue perpétuelle et donc imprescriptible.

Y. Gaudemet écrit que « *le régime de la domanialité publique apparaît comme une réglementation supplémentaire, s'ajoutant aux droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien*⁸²⁶ ». Cette affirmation suppose que le régime de la domanialité publique se situe « au dessus » des droits et obligations que la personne publique tient de sa qualité de propriétaire du bien. En matière de propriété intellectuelle des personnes publiques, cette affirmation ne se vérifie pas.

Selon nous, le régime de la domanialité publique est le droit commun des biens qui composent le domaine public. L'acte d'affectation à un service public déclenche l'application de ce droit commun à tous les biens du domaine public. Cependant, certains de ces biens, tels que les créations industrielles ont une spécificité si tenace qu'ils sont soumis à un régime dérogatoire à celui de la domanialité publique en raison de leur nature. Ainsi, en matière de créations industrielles du domaine public, deux catégories de biens dérogent au principe d'imprescriptibilité.

Premièrement, les biens les plus transgressifs du principe d'imprescriptibilité tels que le brevet, qui se prescrivent à l'issue d'un délai légal. Le maintien de ces biens dans le patrimoine public pendant cette durée légale est conditionnée par le versement d'annuités. Deuxièmement, les biens qui aménagent une forme d'imprescriptibilité conditionnée tels que les marques qui sont indéfiniment renouvelables sous condition de paiement d'une taxe. Leur maintien dans le patrimoine public peut être perpétuel, à la condition que les formalités de renouvellement soient satisfaites dans les délais impartis.

⁸²⁶ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 12^e éd., 2014, p. 21

Section 2 : L'existence d'obligations positives visant à la conservation de certaines créations intellectuelles.

Si la durée de vie de la création industrielle est préétablie, il ne faut pas pour autant penser que le titulaire du titre de propriété peut s'en désintéresser pendant ce délai légal. En effet, à tout moment, l'inaction de la personne publique titulaire d'une création industrielle risque de mettre en danger la conservation du titre dans son patrimoine.

Le législateur a voulu que le monopole d'exploitation d'un titre de propriété industrielle ne soit accordé qu'en contrepartie d'une exploitation effective et de la réitération de la volonté du titulaire de conserver ce monopole par le versement d'annuités. Cette volonté du législateur traduit le fait que la création industrielle a pour vocation d'être exploitée, et qu'il considère anormale la situation dans laquelle le titulaire immobilise la création sans la développer. Dans ce cas, la société se trouve privée des bénéfices inhérents à l'exploitation de la création, alors que l'objet même de la protection des créations industrielles est d'en permettre l'exploitation et la diffusion dans la société civile.

Pour ces raisons, le Code de la propriété intellectuelle a mis au point deux obligations qui pèsent sur le titulaire d'une création industrielle. La première de ces obligations est celle de payer les annuités nécessaires au renouvellement des titres de propriété industrielle dans les délais impartis (Sous-section 1). La seconde est celle de procéder à une exploitation de la création (Sous-section 2). La sanction du non respect de ces obligations est la déchéance du titre ou la licence d'office.

Sous – section 1 : L’obligation de payer

En raison de leur statut, les personnes publiques sont *à priori* rarement soumises à une obligation de payer. Pourtant, l’obligation de conservation du patrimoine public fait naître une obligation de payer à l’endroit des personnes publiques qui n’existe pas sous la même forme en droit privé. En effet, nous avons démontré que l’obligation de conservation du patrimoine ne pèse pas de la même manière sur les personnes publiques et sur les personnes privées.

L’utilisation des deniers publics pour l’acquisition des biens publics impose, selon nous, que les personnes publiques soient obligées de les conserver, à la différence des personnes privées qui ne sont pas sanctionnées lorsqu’elles laissent périr leurs biens sauf en cas de dommage survenu du fait de cette négligence.

En conséquence, nous chercherons dans cette Sous-section à démontrer qu’en matière de conservation de leur patrimoine intellectuel, les personnes publiques sont soumises à une obligation de payer qui n’existe pas en droit privé, ce qui confirme le principe selon lequel la propriété intellectuelle soumet les personnes publiques à des obligations spécifiques par rapport au droit privé.

Conserver et entretenir un patrimoine requiert un investissement financier qui est susceptible de prendre des formes différentes selon la nature des biens qui le composent. Plus précisément, en matière de patrimoine intellectuel, deux types de biens peuvent être rencontrés : des biens corporels et des biens incorporels.

La corporalité du bien influe sur la nature de l’obligation de payer destinée à assurer sa conservation. Ainsi, deux types d’obligations de payer existent en matière de patrimoine intellectuel public.

D’une part, il existe une obligation de payer visant à permettre l’entretien matériel du bien (1). Comme c’est cas pour l’entretien du patrimoine public immobilier et mobilier, les personnes publiques sont soumises à obligation de conservation de leurs propriétés intellectuelles corporelles, telles que les sculptures, les tableaux, etc. Cette première obligation découle du caractère corporel de la création, qui nécessite que

soient prodigués des soins lui permettant de survivre au temps. D'autre part, les personnes publiques sont soumises à une obligation de payer pour le renouvellement des titres de propriété industrielle qui requièrent le paiement d'annuités et de taxes dans des délais précis (2). Cette seconde obligation constitue une déclinaison de la première, transposée au caractère incorporel des propriétés notamment industrielles. Leur conservation ne nécessite pas de restauration physique, mais au contraire la satisfaction d'obligations visant à ne pas les laisser s'échapper du patrimoine public en raison de leur caractère immatériel.

1) Payer pour l'entretien matériel des créations intellectuelles corporelles.

La nécessité de payer pour la conservation dans le patrimoine public des propriétés corporelles est largement admise, et se transpose aisément en matière de créations intellectuelles corporelles.

Obligation de payer pour conserver les propriétés publiques corporelles.
L'obligation de payer pour l'entretien du patrimoine corporel est ancrée en droit public. Ainsi, Y. Gaudemet⁸²⁷ énonce que « *l'administration est obligée d'entretenir le domaine public en état de satisfaire à son affectation. (...) Mais en outre l'obligation d'entretien est assortie d'un procédé administratif qui permet à l'État de contraindre les collectivités décentralisées à exécuter leurs obligations. La loi range en effet les dépenses d'entretien de nombreux immeubles administratifs parmi les dépenses obligatoires des budgets locaux, pour lesquelles joue la procédure de contrôle budgétaire instituée par les lois des 2 mars et 22 juillet 1982*⁸²⁸. »

Le Code général des collectivités territoriales prévoit que les dépenses d'entretien de certaines dépendances domaniales ont le caractère de dépenses obligatoires. Par exemple, l'article L. 2224-17 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *l'obligation générale d'entretien à laquelle sont soumis les propriétaires et affectataires du domaine public comporte celle d'assurer ou de faire assurer la gestion des déchets qui s'y trouvent* ».

⁸²⁷ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15e édition, 2014, p. 212

⁸²⁸ Art. L 221-2 du Code des communes, devenu l'Art. L 2321-2 du Code général des collectivités territoriales pour le domaine communal

Le Code général des collectivités territoriales et le Code de la voirie routière rappellent également le caractère obligatoire des dépenses d'entretien de certaines dépendances du domaine public local. Pour les communes, c'est le cas de l'entretien de l'hôtel de ville et des cimetières⁸²⁹ ainsi que des voies communales⁸³⁰.

Le Code général des collectivités territoriales⁸³¹ sanctionne le manquement à l'obligation d'entretien en énonçant qu'en cas d'abstention de la collectivité, le préfet, le comptable public concerné ou toute personne y ayant intérêt peut saisir la chambre régionale des comptes à l'effet de constater qu'une dépense obligatoire n'a pas été inscrite au budget de la collectivité et de lui adresser une mise en demeure. À l'expiration d'un délai d'un mois après cette mise en demeure, si elle n'est pas suivie d'effets, le préfet peut inscrire d'office la dépense dans le budget de la collectivité.

Ainsi, l'obligation de payer est parfaitement reconnue pour satisfaire à l'entretien des dépendances du domaine public, et le défaut d'entretien fait même l'objet de sanctions propres au droit administratif⁸³².

Obligation de payer pour conserver les créations intellectuelles publiques corporelles. L'obligation de payer pour conserver les dépendances du domaine public est aisément transposable aux créations intellectuelles corporelles.

Le « 1% artistique » est une mesure qui consiste à réserver, à l'occasion de la construction ou de l'extension de bâtiments publics, une somme permettant la réalisation d'une ou plusieurs œuvres d'art spécialement conçues pour le lieu. Les créations artistiques qui sont réalisées dans ce cadre sont encadrées par les dispositions figurant dans le décret du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques⁸³³. Selon ce texte, les créations peuvent être des œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie, des œuvres graphiques et typographiques, des œuvres photographiques, des œuvres des arts appliqués ou encore des œuvres utilisant de nouvelles

⁸²⁹ Art L. 2321-2, 1° et L. 2321-2, 14° du Code général des collectivités territoriales

⁸³⁰ Art. L. 141-8 du Code de la voirie routière : « les dépenses d'entretien des voies communales font partie des dépenses obligatoires mises à la charge des communes par l'article L. 221-2 du Code des communes »

⁸³¹ Art. L. 1612-15 du Code général des collectivités territoriales

⁸³² TC, 17 décembre 2012, *Cne de la Revest-les-eaux c/ Mme Escailler*, D. adm. avril 2013, p. 34, note F. BLANC

⁸³³ Décret n°2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation

technologies ou faisant appel à d'autres interventions artistiques, notamment pour l'aménagement d'espaces paysagers, la conception d'un mobilier original ou la mise au point d'une signalétique particulière. L'article 1 du décret du 29 avril 2002 énonce que *« la restauration des œuvres issues des obligations de décoration des constructions publiques incombe au maître de l'ouvrage ou, le cas échéant, à la personne publique responsable de l'entretien de l'ouvrage, qui peut solliciter l'apport financier de partenaires publics et privés. »*

Ainsi, il n'est pas discuté que l'entretien des œuvres d'art détenues par les personnes publiques est à leur charge. Il leur incombe d'en assumer les charges d'entretien et de restauration liées à leur caractère corporel.

La logique est strictement identique en ce qui concerne les créations immatérielles, mais elle se traduit par une obligation de payer qui est différente en raison du caractère incorporel du bien. Même si les créations intellectuelles n'ont pas besoin d'être restaurées, il existe tout de même une obligation de payer à la charge de leur titulaire pour assurer leur pérennité dans le temps.

2) **Payer pour renouveler les droits de propriété intellectuelle incorporels.**

Nous avons montré que le droit positif reconnaît qu'il existe une obligation de payer à la charge de la personne publique titulaire du droit de propriété sur des créations intellectuelles corporelles du domaine public pour assurer leur conservation.

Cette obligation est parfaitement transposable aux créations intellectuelles incorporelles du domaine public. En effet, leur caractère incorporel en fait des créations spécifiques, qui n'ont pas les mêmes caractères qu'une propriété matérielle. Pour cette raison, leur entretien n'exige pas d'opérations matérielles de restauration, mais au contraire l'accomplissement de formalités juridiques payantes pour assurer le maintien du droit de propriété. En ce sens, il existe donc une obligation formelle de payer pour entretenir les propriétés intellectuelles incorporelles du domaine public.

Obligation de payer pour le dépôt. Nous avons observé dans la première partie de la thèse que contrairement à la protection par le droit d'auteur qui ne nécessite l'accomplissement d'aucune formalité préalable, les créations industrielles doivent faire l'objet d'un dépôt auprès de différents organismes pour être protégées par la loi. Il s'agit de l'Institut national de la propriété industrielle pour la France. Cependant, les formalités de dépôt pour les créations industrielles ont un coût, parfois élevé.

En effet, en matière de demande d'enregistrement d'une création industrielle à l'Institut national de la propriété industrielle, le paiement d'une redevance constitue une condition de recevabilité de la demande. Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle énonce notamment que « *l'Institut national de la propriété industrielle perçoit des redevances, dont le montant et les modalités d'application sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé de la propriété industrielle et du ministre chargé du budget, à l'occasion des procédures et formalités suivantes : 1° Pour les brevets d'invention, certificats d'utilité et certificats complémentaires de protection : dépôt ; (...) 4° Pour les marques de fabrique, de commerce ou de service : dépôt ; (...) 5° Pour les dessins et modèles : dépôt ; (...)* ⁸³⁴ ».

Dès lors, toute personne publique qui souhaite être titulaire du droit de propriété sur sa création industrielle doit obligatoirement s'acquitter du paiement d'une redevance pour valider la demande d'enregistrement auprès de l'Institut national de la propriété industrielle.

Pour autant, l'obligation de payer au moment du dépôt n'a pas la même force obligatoire pour la personne publique productrice d'une création industrielle que l'obligation de payer les annuités de renouvellement.

En effet, le dépôt ne constitue pas en soi une obligation, c'est une faculté ouverte à quiconque souhaite protéger sa création. Il serait envisageable qu'une personne publique produise une création industrielle mais qu'elle ne procède pas à son enregistrement.

⁸³⁴ Art. R. 411-17 du Code de la propriété intellectuelle.

C'est une situation qui se rencontre régulièrement en matière de brevets dans les petites et moyennes entreprises, qui n'ont pas les ressources financières nécessaires pour enregistrer systématiquement leurs inventions. Ainsi, « *souvent, les entreprises attendent d'être victimes d'un premier litige avant de s'intéresser à la propriété intellectuelle* », déplore M. Planche, responsable du département brevet à l'Institut national de la propriété industrielle⁸³⁵.

Une bonne gestion des actifs publics suppose que les créations industrielles soient systématiquement enregistrées auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, mais il n'existe pas d'obligation explicite de déposer. Même si le dépôt entraîne l'obligation de payer, il n'existe pas d'obligation de payer pour le dépôt des créations industrielles pesant sur les personnes publiques de manière générale.

L'obligation de payer les redevances du dépôt s'applique donc seulement à toute personne publique ou privée souhaitant obtenir l'enregistrement de sa création, puisque l'absence de paiement de la redevance invalide la procédure de demande d'enregistrement.

Obligation de payer pour le renouvellement des droits. Puisque la propriété industrielle est par essence temporaire, une fois la propriété du titre acquise par l'enregistrement, il convient de maintenir le titre en vigueur. Sur ce point, les régimes de maintien du titre varient en fonction des types de créations industrielles. Dans tous les cas, le titulaire des droits sur la création devra satisfaire à une obligation de payer pour conserver son statut.

En conséquence, toutes les créations industrielles qui sont des dépendances du domaine public sont soumises à une obligation de conservation qui exige que soit acquittée la redevance de renouvellement du titre.

En matière de marque, l'enregistrement est délivré par l'Institut national de la propriété industrielle pour une durée de dix ans calculée à compter de la date de dépôt de la marque. Au terme de la période de dix ans, le maintien des droits pourra

⁸³⁵ M. Planche, dans *l'Express entreprises*, A-H Pommier, 22 mai 2008 p. 27

indéfiniment être assuré pour des périodes successives de dix ans, dès lors que son propriétaire en manifeste la volonté en procédant au renouvellement de la marque. En effet, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *l'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable*⁸³⁶. »

Le renouvellement donne lieu au paiement de redevances dont le montant est fixé par arrêté⁸³⁷ et dont le paiement constitue une condition de recevabilité de la procédure. Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *la déclaration doit à peine d'irrecevabilité : 1° Être présentée au cours d'un délai de six mois expirant le dernier jour du mois au cours duquel prend fin la période de protection et être accompagnée de la justification du paiement de la redevance prescrite. Toutefois, la déclaration peut encore être présentée ou la redevance acquittée dans un délai supplémentaire de six mois à compter du lendemain du dernier jour du mois d'expiration de la protection, moyennant le paiement d'un supplément de redevance dans le même délai.*⁸³⁸ »

En matière de brevet, le breveté est tenu en France et dans la plupart des autres États comportant une législation sur les brevets de payer à l'office national de la propriété industrielle des taxes annuelles. Ces annuités remplissent une double fonction. Tout d'abord, elles ont pour objet de garantir aux offices nationaux de la propriété industrielle des revenus leur permettant d'exercer ses missions⁸³⁹. La seconde vocation de ces annuités est de contraindre chaque année les titulaires de brevets à choisir s'ils veulent maintenir ou abandonner leurs droits de propriété industrielle.

Cette procédure a pour effet d'éviter aux titulaires de brevets de recourir à la procédure de renonciation au brevet visée par l'article R. 613-45 du Code de la propriété intellectuelle. En effet, le titulaire qui ne souhaite plus exploiter son brevet peut simplement cesser de régler les annuités et demeurer silencieux face aux notifications émanant de l'Institut⁸⁴⁰. Ainsi, l'article L. 612-19 du Code de la

⁸³⁶ Art. L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁸³⁷ Arrêté du 24 avr. 2008, relatif aux redevances : Journal Officiel 26 Avril 2008

⁸³⁸ Art. R. 712-24 du Code de la propriété intellectuelle

⁸³⁹ V. sur la nature des annuités, J.-L. Pierre, *La propriété industrielle en droit fiscal* : thèse Paris, 1979, p. 860 s.

⁸⁴⁰ F. Savignon, *Essai D'interprétation Economique Des Statistiques De Brevets*, Colloque Lyon 1965 : Propriété Industrielle Et Marché Commun : Dunod, 1966, P. 103, 108

propriété intellectuelle énonce que « *toute demande de brevet ou tout brevet donne lieu au paiement de redevances annuelles qui doivent être acquittées au plus tard au jour fixé par décret*⁸⁴¹ *pris en Conseil d'État.* »

La sanction du non respect de l'obligation de régler les annuités du brevet est la déchéance du brevet. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit que le propriétaire d'une demande de brevet ou d'un brevet qui n'a pas acquitté la redevance annuelle prévue à l'article L. 612-19 du même code dans le délai prescrit par cet article est déchu de ses droits⁸⁴². La déchéance est constatée par une décision du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle⁸⁴³, ou à la requête du breveté ou d'un tiers, et prend effet à la date de l'échéance de la redevance annuelle non acquittée.

Ainsi, l'obligation de conservation des dépendances intellectuelles du domaine public entraîne une obligation de payer par un « *effet de cascade* » avec les obligation inhérentes au droit de la propriété intellectuelle. Puisque les personnes privées ne sont pas soumises à l'obligation de conservation, il leur est possible de se soustraire au paiement des annuités et de perdre la propriété de leur création industrielle. Telle est, en matière de paiement des annuités pour une création industrielle, la différence entre les personnes publiques et les personnes privées. Cette affirmation se vérifie également avec l'obligation d'exploiter.

Il convient néanmoins de relever que le juge administratif ne s'est jamais prononcé sur la question de l'obligation de payer inhérente à la conservation dans le domaine public des créations industrielles. La raison de ce silence est qu'il n'existe pas de contentieux de la conservation des créations industrielles dans le domaine public, en raison de deux facteurs principaux : la controverse sur l'intégration dans le domaine public des créations industrielles d'une part, et la difficulté à recenser la perte d'une création industrielle et à identifier le préjudice qui en résulte.

⁸⁴¹ Arrêté du 24 avr. 2008, relatif aux redevances : Journal Officiel 26 Avril 2008

⁸⁴² Art. L. 613-22 du Code de la propriété intellectuelle

⁸⁴³ Cass. com., 26 mars 1973 : Ann. propr. ind. 1973, p. 207 ; PIBD 1973, n° 107, III, p. 188

Sous - section 2 : L'obligation d'exploiter.

En droit commun, le droit d'exploiter un bien implique également la liberté de ne pas l'exploiter. En principe, le propriétaire est libre de ne pas user de son bien, quand bien même cette abstention serait perpétuelle.

Cependant, il existe des cas spécifiques dans lesquels cette liberté de non-usage peut être restreinte si le défaut d'exploitation compromet l'intérêt général. Par exemple, le propriétaire d'une terre inculte peut être contraint de procéder à l'exploitation de son bien abandonné ou manifestement sous-exploité, à défaut de quoi l'exploitation de son fonds peut être confiée à un tiers⁸⁴⁴. De même, un propriétaire n'est pas autorisé à laisser son immeuble tomber en ruine. Une telle situation est sanctionnée par la procédure de l'arrêté de péril⁸⁴⁵ mise en œuvre par le maire de la commune, qui contraint le propriétaire négligent à démolir ou réparer son immeuble dans un délai déterminé. Cette procédure permet à la commune de se substituer au propriétaire et d'intervenir à ses frais si ce dernier refuse de procéder aux travaux dans les délais.

L'obligation d'exploiter est une obligation spécifique, qui consiste dans le devoir de « *tirer profit ou bon parti de quelque chose considéré comme objet d'exploitation*⁸⁴⁶ ». Elle s'oppose à l'obligation de ne pas exploiter, que les pouvoirs publics peuvent mettre en œuvre, par exemple dans le domaine agricole pour réduire certaines productions jugées excessives⁸⁴⁷. Cependant, dans le cas qui nous intéresse, l'obligation d'exploiter suppose la réalisation d'une activité déterminée, génératrice de profits et source de valorisation du bien.

⁸⁴⁴ Art. L 125-1 du Code rural et de la pêche maritime « *Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 188-1 à 188-10 du code rural relatives au contrôle des structures des exploitations agricoles, toute personne physique ou morale peut demander au préfet l'autorisation d'exploiter une parcelle susceptible d'une mise en valeur agricole ou pastorale et inculte ou manifestement sous-exploitée depuis au moins trois ans par comparaison avec les conditions d'exploitation des parcelles de valeur culturale similaire des exploitations agricoles à caractère familial situées à proximité, lorsque, dans l'un ou l'autre cas, aucune raison de force majeure ne peut justifier cette situation. (...)* » ; Voir également pour une autre limite : l'obligation d'acquitter la taxe sur les logements vacants créée par la loi du 29 juillet 1998 qui dissuade les propriétaires de ne pas exploiter leurs biens immobiliers. La loi du 29 juillet 1998 crée une procédure de réquisition des logements vacants (articles L. 642-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation), validée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, loi contre les exclusions)

⁸⁴⁵ Art. L. 511-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation

⁸⁴⁶ E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, 1874, p. 1571, v° *Exploiter*

⁸⁴⁷ S. Mazeaud-Leveneur, *Droit de propriété et liberté du propriétaire d'exploiter ses terres agricoles*, *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 725.

En conséquence, l'obligation d'exploiter ne se résume pas à une obligation d'usage matériel du bien, ni à son unique conservation. Tout au contraire, selon la définition de G. CORNU elle suppose un comportement actif à l'origine de la « *mise en valeur d'une source de richesse* », pour « *faire valoir un bien*⁸⁴⁸ ».

Ainsi que le souligne C. Algibes, « *l'une des constantes des diverses illustrations de l'obligation d'exploiter, réside dans la volonté de faire fructifier un bien, en s'orientant vers l'avenir*⁸⁴⁹ ». En d'autres termes, exploiter un bien consiste tout autant dans son exploitation matérielle que dans sa valorisation.

Ainsi, nous démontrerons que la propriété intellectuelle soumet les personnes publiques à une obligation d'exploitation qui se décompose en deux obligations distinctes : l'obligation de valoriser (1) et d'exploiter matériellement de certaines créations (2).

1) La valorisation des créations intellectuelles publiques.

Valoriser les propriétés intellectuelles des personnes publiques est un préalable nécessaire à leur exploitation. Cette affirmation se vérifie particulièrement en matière de créations industrielles, qui ont vocation à être exploitées au sens mercantile du terme.

La diversité des exemples d'obligation d'exploitation en droit positif contribue selon C. Atias à la constitution d'un « *principe général de non-stérilisation des biens*⁸⁵⁰ ». Dans cette optique de valorisation, le Code de la propriété des personnes publiques a remplacé l'approche traditionnelle qui distingue le domaine public du domaine privé par une vision centrée sur le droit de propriété lui-même⁸⁵¹. Ainsi que le souligne J-M. Sauvé, « *si la notion de domaine public renvoie fondamentalement à l'idée de protection, la propriété suggère pour sa part la valorisation*⁸⁵² ».

⁸⁴⁸ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, v *Exploitation*

⁸⁴⁹ C. Algibes, *L'obligation d'exploiter un bien*, RTD civ. 2014. 795

⁸⁵⁰ C. Atias, *Les biens*, 12^e éd., Litec, 2014, n° 104, note 45.

⁸⁵¹ C. Maugué, G. Bachelier, « *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques* », *AJDA*, 2006, p. 1073 et s.

⁸⁵² J-M. Sauvé, intervention lors du colloque organisé le 6 juillet 2011 dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit public économique.

Pour cette raison, de nombreux outils de valorisation financière du patrimoine public ont été créés tels que France Domaine, qui est l'opérateur unique dont la mission est d'assurer la représentation de l'État propriétaire. Tel est également le cas de la politique de cession de biens immobiliers par l'État, qui génère des recettes financières. En outre, l'articulation du Code général de la propriété des personnes publiques avec d'autres textes fait naître de nombreux outils de valorisation financière des biens publics, que ceux-ci relèvent du domaine public ou du domaine privé⁸⁵³.

Plus spécifiquement, la question de la valorisation financière de la propriété intellectuelle est au cœur des stratégies de développement des entreprises du secteur privé, et l'OMPI pointe du doigt le fait que *« selon une étude réalisée en 1997, la majorité des entreprises du Royaume-Uni ne procèdent pas à une évaluation officielle de leurs actifs de propriété intellectuelle. Une autre étude a montré que, même aux États-Unis, 76% des 226 entreprises figurant dans le classement des 500 plus grandes entreprises américaines établi par le magazine Fortune, n'attribuent pas une valeur à leurs actifs incorporels dans leur rapport annuel. (...) La valorisation de tout type d'actif, y compris un actif de propriété intellectuelle, permet à son propriétaire de choisir le moyen financier le plus avantageux pour utiliser cet actif, le protéger, l'assurer, le vendre, l'exploiter ou l'échanger sur le marché⁸⁵⁴. »*

Indépendamment de leur caractère public ou privé, les créations intellectuelles sont ainsi concernées par la logique de valorisation, qui permet notamment la mise en œuvre de moyens visant à assurer leur protection.

La valorisation des créations intellectuelles concerne tant les personnes privées que les personnes publiques. Cependant, concernant les personnes publiques, la politique de valorisation ne doit pas conduire à sacrifier d'autres exigences d'intérêt général. Par exemple, la valorisation ne doit pas s'effectuer au détriment de l'intégrité des créations intellectuelles, de leur valeur patrimoniale ou de leur affectation à un

⁸⁵³ Par exemple, les baux emphytéotiques administratifs ouverts aux établissements publics de santé depuis l'ordonnance du 4 septembre 2003 ou BEA dits « de valorisation », créés par la loi du 23 juillet 2010, qui permettent la restauration, la réparation ou la mise en valeur d'un bien immobilier appartenant à l'État ou aux chambres consulaires. Voir aussi : E. FATOME et M. RAUNET, Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation, AJDA 2010. 2475

⁸⁵⁴ Revue de l'OMPI, « Valorisation de la propriété intellectuelle : Quoi, Pourquoi, Comment ? », Sept.-Oct. 2003.

service public. Au contraire, l'objectif de la valorisation est de renforcer la protection de ces actifs.

Cependant, l'open data *lato sensu*⁸⁵⁵ semble ne pas s'accorder avec la valorisation financière du patrimoine intellectuel des personnes publiques. En effet, la gratuité de la diffusion et de la réutilisation des données publiques est contraire à la notion de rentabilité. Pour autant, faut-il comprendre que les données publiques échappent à la politique de valorisation des actifs publics ? Rien n'est moins sûr.

L'émergence de la politique publique d'open data conduit inévitablement à une redéfinition du concept de valorisation. La conception uniquement budgétaire et financière de la valorisation des propriétés publiques ne survit pas au développement de l'open data. La valorisation des données publiques repose donc sur une plus-value étrangère au bénéfice strictement comptable.

J-B. Auby définit la valorisation comme « *la volonté d'optimiser sur le plan économique le patrimoine en lui donnant l'usage le plus rentable ou en le mettant à la disposition de partenaires extérieurs*⁸⁵⁶. » Cette définition démontre qu'en 1993 l'idée que la valorisation pouvait être non-financière existait déjà. En effet, J-B. AUBY propose une définition de la valorisation qui repose sur les notions alternatives de rentabilité et de mise à disposition de tiers.

La mise à « *disposition de partenaires extérieurs* » nous intéresse particulièrement dans le cadre de la valorisation des données publiques, qui sont mises à la disposition du public. Cela signifie-t-il que le public serait envisagé comme un partenaire des personnes publiques dans la valorisation des données publiques ? Il s'agirait alors d'une nouvelle relation entre le public et l'administration, dès lors que le terme de partenariat fait référence à « *une forme exigeante de collaboration qui résulte d'une entente des parties égalitaires dans le traitement d'un même objet, tout en respectant les prérogatives de leur mission respective, et qui mettent en commun des ressources* ».

⁸⁵⁵ Ordonnance n°2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, le décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques et la circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etalab ».

⁸⁵⁶ J-B. Auby, *Le patrimoine hospitalier et l'évolution du droit des propriétés publiques*, D. 1993. p. 296

*complémentaires, financières, matérielles ou humaines, en vue de la réalisation d'une action commune*⁸⁵⁷ ».

En outre, J-D. Dreyfus précise que « *la valorisation du patrimoine par une personne publique doit lui permettre de poursuivre, à côté de la rentabilité, un certain nombre d'autres objectifs d'intérêt général. Lorsque l'on est une entité publique, valoriser ne peut signifier uniquement recueillir le maximum de profits de ses biens. C'est d'abord, nous semble-t-il, entretenir son patrimoine, le gérer, le diffuser lorsqu'il est immatériel et seulement ensuite en dégager des recettes complémentaires*⁸⁵⁸. » Cette définition met en avant des modes de valorisation non-financiers qui devraient primer sur la valorisation financière du patrimoine immatériel des personnes publiques en raison de la mission d'intérêt général qu'elle poursuit.

La dualité de modes de valorisation du patrimoine immatériel se vérifie en matière de valorisation des créations intellectuelles. De manière générale, la propriété industrielle est prise en compte selon des techniques identiques à celles de la valorisation de la propriété intellectuelle de droit commun. Cependant, les données publiques ont une valeur qui se calcule selon d'autres critères que des considérations financières.

Il existe donc une double distinction à opérer en matière de valorisation des créations intellectuelles fondée sur la technique de valorisation et sur l'objet de cette valorisation.

a) La valorisation financière des créations intellectuelles publiques.

La question de la valorisation financière des créations intellectuelles publiques est intégrée dans la réflexion plus vaste sur la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques.

Dans ce cadre, un premier rapport sur l'investissement immatériel s'est interrogé en 1982 sur les spécificités des biens incorporels publics et la question de leur

⁸⁵⁷ J. Choukir, *Le partenariat : une pratique et une notion en définition*, Les cahiers de l'ERGE n° 6, FSEG Sfax, CSE, 1995 : 23.

⁸⁵⁸ J-D. Dreyfus, *La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel*, AJDA 2009. p. 696

valorisation⁸⁵⁹. Il s'agit de la première étude institutionnelle sur ce thème complexe en raison du caractère très hétérogène des actifs concernés. Cependant, en dépit des réflexions menées à la suite cette première étude, la question de la valorisation des propriétés immatérielles publiques n'a pas réellement évolué pendant une vingtaine d'années.

La publication du rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel dirigé par M. Levy et J-P. Jouyet⁸⁶⁰ en 2006 constitue le déclencheur d'une nouvelle évolution sur la question de la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. En effet, ce rapport est le premier à dénoncer explicitement le manque de considération pour les actifs immatériels publics et à proposer des solutions qui intéressent spécifiquement la propriété intellectuelle.

Les répercussions de ce rapport essentiel sur la question de la valorisation financière des propriétés intellectuelles publiques sont nombreuses, mais la plus évidente est qu'il a permis à la notion économique de valorisation de s'étendre au droit public. Pour cette raison, l'année 2007 marque un tournant considérable sur la question de la valorisation des actifs immatériels.

En effet, une première circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État⁸⁶¹ confirme la volonté de valorisation. Reprenant littéralement les termes du rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, et le Premier Ministre énonce son intention de donner une « *impulsion forte à [la] politique d'évaluation et de gestion du patrimoine immatériel de l'État* ». Il exhorte chaque ministère, avant la fin de l'année civile, à « *poursuivre et d'accélérer le travail de recensement des actifs immatériels qui relèvent de votre champ de compétences ministériel, et d'engager le même exercice s'agissant des établissements publics placés sous votre tutelle. Pour chacun de ces actifs, vous procéderez à un examen critique des modalités de gestion dont il fait l'objet et vous évaluer les axes de valorisation potentiels ; de mettre en place une stratégie de valorisation du*

⁸⁵⁹ Commissariat général du plan, *Investissement non matériel et croissance industrielle*, dit « Rapport BONNAUD », Paris, La Documentation Française, 1982.

⁸⁶⁰ M. Levy et J-P. Jouyet, Commission sur l'économie de l'immatériel, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Paris, La Documentation Française, 2006

⁸⁶¹ Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, JORF n°99 du 27 avril 2007, p. 7490, non publiée sur circulaires.gouv.fr.

patrimoine immatériel identifié dans vos services ; en fonction des priorités et des axes de progrès que vous aurez identifiés, vous proposerez une ou deux actions pilotes. Ces actions pourront par exemple porter sur la valorisation des brevets ou des marques, en s'inspirant de certaines initiatives récentes dans le domaine culturel ». Cette même circulaire annonce la mise en place de l'APIE⁸⁶², qui est créée la même année.

b) La valorisation non-financière des créations intellectuelles publiques.

L'exemple de la diffusion des données publiques montre que d'autres stratégies de valorisation peuvent être poursuivies. La politique d'ouverture des données publiques *lato sensu* en constitue un exemple flagrant. Cette politique a pour objet de promouvoir d'autres bénéfices que les profits pécuniaires, en apportant une plus-value démocratique par la recherche de la transparence de l'action administrative.

Pour autant, il ne faudrait pas penser que cette valorisation non-financière n'a pas d'impact sur la vie économique, car c'est tout le contraire. L'ouverture des données publiques est un vecteur de croissance, puisqu'elle permet aux entreprises d'accéder gratuitement à des données de grande valeur, sans toutefois conduire systématiquement à un bénéfice comptable en faveur de la personne publique.

La Commission européenne⁸⁶³ est très favorable à la libre circulation des informations publiques. La perspective économique qu'elle décrit est très séduisante lorsqu'elle affirme que « *les avantages économiques globaux liés à une plus grande ouverture et une véritable exploitation de ces informations publiques représenteraient environ 40 milliards d'euros par an et le total des gains économiques directs et indirects s'élèverait pour leur part à 140 milliards d'euros par an. Ce n'est pas tant la rentabilité immédiate qui est recherchée que les*

⁸⁶² Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État ». Voir également le décret n°2007-905 du 15 mai 2007 portant création du comité d'orientation de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État.

⁸⁶³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, *L'ouverture des données publiques : un moteur pour l'innovation, la croissance et une gouvernance transparente*, COM (2011) 882 final.

*externalités positives engendrées par un patrimoine immatériel d'une grande valeur*⁸⁶⁴ ».

Ainsi, la notion de valorisation évolue au contact des créations intellectuelles qui ouvrent de nouvelles perspectives de mise en valeur du patrimoine intellectuel. Cependant, cette valorisation n'a d'intérêt que si elle conduit à permettre une exploitation effective et pérenne du patrimoine intellectuel public.

L'obligation d'exploiter certaines créations industrielles en vue du maintien du titre de propriété a une conséquence directe : elle entraîne l'obligation pour le comptable public de prendre en compte les recettes ainsi générées et de les inscrire au bilan de la personne publique concernée.

Valorisation comptable. Contrairement aux actes budgétaires⁸⁶⁵ la comptabilité publique repose sur une démarche *a posteriori* qui vise à rétablir l'historique et la conséquence de mouvements financiers exécutés par les personnes publiques. C'est pour cette raison que le traitement comptable de la propriété intellectuelle publique doit être envisagé après son exploitation juridique. La véritable difficulté de la question concerne la nature immatérielle des dépendances intellectuelles du domaine public, car la comptabilité publique est davantage adaptée à la prise en compte des biens corporels. Le comptable public doit reconnaître la nécessité d'élaborer des systèmes tenant compte de l'importance croissante de la propriété intellectuelle dans les recettes publique, ce d'autant que l'obligation d'exploitation de certaines créations industrielles est de nature à générer des revenus dont il faudra tenir compte dans la comptabilité publique.

Sur ce point spécifique, le comptable doit trouver une classification des actifs du bilan permettant d'identifier les créations intellectuelles, et tente de théoriser la prise en compte et la valorisation des actifs incorporels produits au sein des entreprises privées et des collectivités publiques. Actuellement, le système le plus performant en droit privé est celui selon lequel les sociétés transmettent des rapports volontaires sur la propriété intellectuelle en plus de leurs rapports financiers. Cette situation résulte

⁸⁶⁴ J-M Sauvé, Intervention lors du colloque organisé le 16 mars 2012 à l'ENA sur le thème : « *Le patrimoine immatériel des personnes publiques.* »

⁸⁶⁵ Qui consistent dans des autorisations et des prévisions, selon une logique *a priori* ;

du fait que la comptabilité est centrée sur les actifs corporels, et ignore les spécificités des actifs intellectuels. En outre, parce que les règles de la comptabilité imposent que tout actif soit enregistré à son prix dans une transaction commerciale, seule la propriété intellectuelle qui fait l'objet d'une licence ou d'une vente peut apparaître au bilan.

Mais là n'est pas la seule difficulté de l'intégration des actifs de propriété intellectuelle au bilan comptable : la détermination précise de la valeur de la propriété intellectuelle rend la tâche très délicate. Et pour cause : intégrer des actifs intellectuels au bilan comptable suppose d'anticiper des bénéfices, comporte le risque de surévaluer un actif ou d'inclure dans le bilan des actifs dont la valeur est instable, ce qui rend le travail très complexe. Le caractère mouvant de la valeur de la propriété intellectuelle n'est pas en adéquation avec le régime binaire sur le mode duquel fonctionne la comptabilité : profit ou perte, actif ou passif.

Pour cette raison, en droit privé, la propriété intellectuelle n'est pas envisagée de la même manière selon qu'elle émane d'une société qui en est l'auteur ou lorsqu'elle est acquise. La propriété intellectuelle ainsi créée dans un service de l'administration est envisagée par la comptabilité comme une dépense immédiate, et l'actif ainsi créé n'est pris en compte que lorsqu'il fait l'objet d'une transaction commerciale.

La propriété intellectuelle acquise figure au bilan, ce qui peut faire naître des situations très illogiques : un actif intellectuel créé « en interne » est considéré sans valeur, mais s'il fait l'objet d'une cession il peut soudain valoir des millions d'euros. Cette situation provoque une confusion dès lors qu'une personne morale qui décide de vendre ou de concéder sous licence un actif de propriété intellectuelle créé « en interne » semble faire des bénéfices pratiquement à partir de rien, puisque la propriété intellectuelle qui procure ces bénéfices ne figure pas sur le bilan.

Les personnes publiques sont donc riches d'un patrimoine immatériel inestimable dès lors que l'on tient compte du fait qu'il ne comprend pas que des propriétés intellectuelles. Bien sur, il intègre les brevets et les licences, les œuvres de l'esprit, les logiciels, les marques, les savoir-faire, les bases de données qui sont l'objet de notre étude. Mais il comprend aussi le spectre hertzien, les droits d'accès, les cartes,

les images etc. Autant d'actifs, nous l'avons démontré, qui ne sont pas réellement recensés par la comptabilité publique. L'objet de notre étude n'est pas de rechercher comment tous les actifs immatériels peuvent être valorisés dans la comptabilité des personnes publiques, mais bien de déterminer comment la propriété intellectuelle est traitée au plan comptable.

Nous verrons que les règles de la comptabilité publique actuelles ne permettent qu'un reflet très partiel du patrimoine intellectuel dans les états financiers des personnes publiques : c'est pourquoi de nouvelles méthodes et outils doivent être créés pour donner toute sa place à la propriété intellectuelle dans la comptabilité publique. Tel n'est pas le cas pour les actifs intellectuels corporels, qui répondent à des règles spécifiques énoncées par les normes comptables en vigueur, qui ne posent pas de difficultés d'application particulières.

L'intégration des propriétés intellectuelles corporelles dans la comptabilité publique. Les actifs intellectuels corporels sont intégrés dans les normes comptables de l'État. Ces quinze normes constituent la « bible » comptable qui trouve à s'appliquer aux opérations de l'État, et s'inspirent des normes IPSAS866, des normes IFRS et des normes françaises de comptabilité.

La norme n°6 sur les immobilisations corporelles a vocation à s'appliquer à tous les actifs corporels, mais la norme n°17 sur les biens historiques et culturels s'applique tout spécialement aux actifs intellectuels corporels. La norme n°17 relève très justement qu' « *il n'existe aucune définition des biens historiques et culturels immobiliers ou mobiliers dans les différents référentiels comptables. Seules quelques caractéristiques, ne se recoupant pas nécessairement, sont données de façon éparse*⁸⁶⁷. » Pour cette raison, le comptable public éprouve des difficultés à établir une liste exhaustive des actifs culturels et historiques pouvant être intégrés au bilan.

⁸⁶⁶ Les normes International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) sont inspirées des International Financial Reporting Standards (IFRS) et ont pour objet d'améliorer la qualité de l'information financière des entités du secteur public, pour permettre des décisions d'allocation de ressources fondées sur une information plus fiable, et ainsi améliorer la *transparence financière* et la responsabilité dans ce domaine.

⁸⁶⁷ Norme comptable n°17, I. Les biens historiques et culturels, p. 247

S'essayant à une définition propre des biens culturels et historiques, la norme comptable n°17 relève qu'il s'agit « *de biens immobiliers et mobiliers ayant un intérêt historique, esthétique ou scientifique ; de biens immobiliers et mobiliers ayant une valeur symbolique forte provenant de leur rareté et/ou de leur ancienneté ; de biens ayant un potentiel de service directement lié à leur nature ou à leur valeur symbolique qui n'est pas mesurable*⁸⁶⁸ ».

Enfin, s'appuyant sur les dispositions du Code du patrimoine, la norme n°17 énonce que « *les biens culturels qui appartiennent à une personne publique et qui soit figurent sur les inventaires des collections des musées de France et des autres musées ou des organismes qui remplissent des missions patrimoniales analogues, des archives ou des fonds de conservation des bibliothèques, soit sont classés monuments historiques ou archives historiques en application du code du patrimoine* » sont intégrés au bilan en tant que biens culturels et historiques. La même référence au Code du patrimoine est effectuée en matière d'immeubles.

La valorisation de ces actifs intellectuels corporels est effectuée soit selon leur coût d'acquisition à compter du 1er janvier 2013, étant entendu que les biens d'ores et déjà contrôlés à cette date sans avoir été comptabilisés, sont pris en compte à l'euro symbolique. Les biens déjà évalués conservent leur comptabilisation.

Ainsi, comme c'est souvent le cas, les propriétés corporelles sont aisément prises en compte par le droit positif, et par extension par la comptabilité. Ceci s'explique par le fait que les règles comptables ont été pensées pour la propriété corporelle, dans l'indifférence pour les propriétés immatérielles.

Ce constat est confirmé par la difficulté éprouvée par les règles de la comptabilité publique à intégrer les actifs intellectuels incorporels, qui répondent à un régime de propriété sensiblement différent et donc à des règles comptables plus délicates. Ces développements confirment le fait que la propriété en droit positif peine à s'adapter à la dématérialisation des actifs.

La délicate intégration des propriétés intellectuelles immatérielles dans la comptabilité publique. La logique patrimoniale du droit privé a été transposée dans la

⁸⁶⁸ Norme comptable n°17, I. Les biens historiques et culturels, préc., p. 247 ;

comptabilité publique par la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances qui prévoit que « *l'État tient [...] une comptabilité générale de l'ensemble de ses opérations*⁸⁶⁹ », et que « *la comptabilité générale de l'État est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations [...]. Les règles applicables à la comptabilité générale de l'État ne se distinguent de celles applicables aux entreprises qu'en raison des spécificités de son action*⁸⁷⁰. »

L'innovation majeure de ces dispositions consiste dans le fait qu'elles permettent de traiter l'ensemble de l'actif et du passif de l'État pour connaître sa situation patrimoniale. La loi organique relative aux lois de finances de 2001 propose une analyse comptable qui repose maintenant sur les mêmes grands principes que la comptabilité privée et s'oppose à la comptabilité budgétaire qui ne s'attache qu'à retracer des flux de trésorerie.

Les seuls actifs intellectuels réellement comptabilisés à ce jour au bilan de l'État sont les logiciels acquis et développés en interne et la structure technique des bases de données. Cette situation est dommageable car elle ne permet pas de rendre compte dans les documents comptables publics de la réalité de l'activité intellectuelle des personnes publiques qui tend avant tout à satisfaire aux impératifs de modernisation, d'attractivité et de performance des services publics. Si la propriété intellectuelle n'apparaît pas au bilan ou seulement sous la forme d'un passif, il est peu probable que soit favorisée par les personnes publiques.

La raison de la mauvaise prise en compte des propriétés intellectuelles dans la comptabilité publique résulte du fait que les règles comptables qui leur sont applicables ne sont pas vraiment adaptées à leur nature. La cinquième norme comptable de l'État porte sur « les immobilisations incorporelles » et trouve donc à s'appliquer aux propriétés intellectuelles.

Cette norme comptable n°5 ne vise pourtant qu'à titre indirect les propriétés intellectuelles, dès lors que son attention est d'abord focalisée sur « *les produits régaliens (produits fiscaux, amendes, etc.) ainsi que les recettes issues de la mise à disposition du domaine public de l'État (redevance pour occupation du domaine public, pour usage de fréquences,*

⁸⁶⁹ Art. 27 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

⁸⁷⁰ Art. 27 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

etc.)⁸⁷¹ ». Ce n'est que plus loin qu'elle reconnaît que « *l'État, comme les entreprises, est amené à acquérir ou à produire des éléments de nature incorporelle. Ces derniers prennent souvent la forme d'outils liés aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (logiciels, sites Internet)*⁸⁷² ».

La norme comptable n°5 distingue les propriétés intellectuelles créées en interne, et celles acquises selon le même schéma que la comptabilité privée : l'acquisition est une opération identifiée qui figure au bilan, ce qui ne pose pas de difficultés. En revanche, les actifs intellectuels générés en interne par la personne publique obligent à une opération comptable particulière : passer du statut de charges à celui d'actif du bilan. Pour cela, la norme comptable impose un suivi strict des dépenses avant d'envisager leur immobilisation au bilan comptable. La difficulté pour la comptabilité d'intégrer au bilan les actifs intellectuels générés en interne est bien visible.

Pour autant, des règles précises sont établies pour tenter d'intégrer les créations intellectuelles des personnes publiques au bilan : la norme comptable n°5 se propose de schématiser au plan comptable les étapes qui conduisent à la création. Ainsi, elle désigne une phase de recherche préalable, puis une phase de développement dont l'existence permet de comptabiliser un actif intellectuel généré en interne. La norme comptable n°5 établit un régime de comptabilisation des actifs intellectuels et exprime sa volonté que les propriétés intellectuelles intègrent le bilan de l'État.

La véritable complexité apparaît dès lors que la norme comptable n°5 énonce les critères de comptabilisation à appliquer. En effet, elle dispose qu' « *une immobilisation incorporelle est comptabilisée lorsque les conditions suivantes sont simultanément réunies : elle est contrôlée par l'État ; son coût ou sa valeur peut être évalué avec une fiabilité suffisante.*⁸⁷³ » Elle précise encore que « *le contrôle qui est généralement organisé sous une forme juridique déterminée (droit de propriété, droit d'usage...) se caractérise par (..) la maîtrise du potentiel de services et/ou des avantages économiques futurs dérivés de cette utilisation*⁸⁷⁴ ».

⁸⁷¹ Norme comptable n°5, I. Les immobilisations spécifiques à l'État p. 85 dans le document précité.

⁸⁷² Norme comptable n°5, I. Les immobilisations non spécifiques à l'État p. 87 dans le document précité.

⁸⁷³ Norme comptable n°5, Disposition Normatives, 2. Critères de comptabilisation p.90 dans le document précité.

⁸⁷⁴ Norme comptable n°5, Disposition Normatives, 2.1 Critères du contrôle p.91 dans le document précité.

Cette double exigence pose deux conditions très délicates à remplir pour la propriété intellectuelle : d'une part, la valeur des actifs intellectuels est malaisée à déterminer et une fois déterminée, elle est très évolutive. D'autre part, il est difficile d'anticiper les avantages économiques que la personne publique pourra tirer de son utilisation.

Lorsqu'un actif intellectuel répond aux critères de comptabilisation tels que définis ci-avant, c'est à dire qu'il a fait l'objet d'une acquisition ou qu'il a été créé par la personne publique elle-même, il convient de procéder à « l'évaluation initiale » qui vise à déterminer sa valorisation en vue de son entrée au bilan. Pour ce faire, quatre méthodes distinctes de valorisation sont proposées par la norme comptable n°5. Ces méthodes dépendent de la façon dont le bien est entré dans le patrimoine de la personne publique.

Si l'actif intellectuel a été acquis à titre onéreux, son évaluation est établie en tenant compte du prix d'achat et des frais accessoires d'acquisition. C'est par exemple le cas de l'achat d'une base de données par une personne publique. Les actifs intellectuels générés par la personne publique elle-même, sont valorisés selon la logique du coût de production, c'est à dire les frais afférents à la phase de recherche préalable et ceux engagés pendant la phase de développement sous la condition d'être identifiables et sous certaines conditions.

Ces trois hypothèses décrivent efficacement les techniques de valorisation applicables aux actifs intellectuels. Une quatrième méthode existe mais semble éloignée de la matière intellectuelle. Il s'agit de l'hypothèse où un actif attaché au domaine public génère des flux de trésorerie suite à une transaction qui met en évidence les avantages économiques futurs attribués à l'État. Cette méthode d'actualisation de la valeur de l'actif nous semble davantage applicable aux autres propriétés incorporelles, mais elle est peu susceptible d'intervenir en matière intellectuelle.

Ainsi, la comptabilité publique éprouve des difficultés à rendre compte de manière effective des actifs intellectuels immatériels, et des actifs immatériels à titre plus large. Pour preuve, les marques créées par les personnes publiques, le savoir-faire des administrations sont exclus du bilan de l'État. Pour cette raison, et comme le font les personnes privées, il faut envisager une gestion extra-comptable des actifs

intellectuels immatériels pour recenser, développer et pérenniser l'activité de création intellectuelle des personnes publiques.

De ce point de vue, les personnes publiques et les personnes privées rencontrent des difficultés similaires en matière de comptabilisation de leurs actifs intellectuels. La traduction au bilan comptable de propriétés incorporelles est délicate, mais doit impérativement évoluer. En effet, dès lors que le bilan comptable de l'État ne traduit pas l'existence de ces actifs, il ne rend pas compte de la situation financière exacte de celui-ci.

Ce principe de sincérité s'inspire directement du droit comptable privé et implique notamment l'exhaustivité et l'exactitude des informations financières fournies par l'État. L'absence de certaines propriétés intellectuelles immatérielles au bilan contrevient gravement à ce principe dès lors que certains actifs créés en interne peuvent représenter des sommes très élevées et ne pas apparaître au bilan. Cette difficulté grave est le symptôme de la difficulté du droit public à reconnaître l'existence de propriétés incorporelles dans son patrimoine et doit être combattu par l'édiction de règles comptables plus adaptées permettant une admission plus souple des actifs intellectuels immatériels générés par les personnes publiques.

2) L'obligation d'exploitation matérielle des créations intellectuelles publiques.

En matière de créations intellectuelles, le législateur exige ponctuellement le respect d'une obligation d'exploiter un bien à la charge de son propriétaire. Cette obligation constitue la contrepartie directe du monopole d'exploitation conféré. En matière de propriété industrielle, le législateur impose un comportement actif afin que la création ne dépérisse pas. Ces deux exigences du législateur doivent être satisfaites par les personnes publiques pour assurer la conservation de leurs actifs intellectuels.

En d'autres termes, en accordant des droits de propriété industrielle par le dépôt ou l'enregistrement, le législateur admet l'existence d'un droit privatif qui assure pour un temps donné une réservation de l'exploitation de cette création à son titulaire. Le corollaire de cette « réserve » est l'obligation d'exploitation. Selon P. Malaurie et L. Aynes, le droit exclusif d'exploitation et l'obligation d'exploiter sont

particulièrement liés⁸⁷⁵. De ce point de vue, le brevet et la marque ont un point commun indéniable : le monopole exclusif d'exploitation obtenu par l'enregistrement entraîne l'obligation d'exploitation.

Rappelons que l'article L714-5 du Code de la propriété intellectuelle énonce qu'« *encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ».

Le brevet est soumis à la même obligation, même si elle n'est pas expressément énoncée, mais déduite *a contrario* de l'article L. 613-11 du code de la propriété intellectuelle. Cet article énonce que lorsque le titulaire d'un brevet n'a pas exploité son invention pendant un délai de trois ans après la délivrance du brevet ou de quatre ans à compter du dépôt de la demande - notamment s'il n'a « *pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs sérieux pour exploiter l'invention* » - toute personne, de droit public ou privé, peut solliciter une licence obligatoire. En d'autres termes, cela signifie que le fait de ne pas faire fructifier le brevet constitue un abus du monopole d'exploitation accordé qui peut être sanctionné par une licence forcée⁸⁷⁶.

Même si la marque et le brevet demeurent les hypothèses privilégiées d'obligation d'exploitation en matière de propriété intellectuelle, deux mesures similaires existent en matière de propriété littéraire et artistique. Ces mesures sont plus marginales, mais méritent d'être évoquées car elles consistent elles-aussi dans une obligation d'exploitation qui s'impose aux héritiers dans le cas où ils refuseraient d'exploiter l'œuvre de leur auteur, commettant ainsi un abus dans l'usage (ou le non-usage) du droit de divulgation ou des droits d'exploitation. En pareille situation, les articles L. 121-3 et L. 122-9 du Code de la propriété intellectuelle autorisent le juge à « *ordonner*

⁸⁷⁵ P. Malaurie Et L. Aynes, *Les Biens*, 5e Ed., Defrénois 2013, N° 207 ; F. Zenati, *L'immatériel Et Les Choses*, Arch. Phil. Droit 1999, P. 91-92 : « *C'est Par La « Seule Grâce De Lois Spéciales » Que Sont Reconnues De Nouvelles Valeurs, Caractérisées Pour Certaines Par L'obligation D'exploiter* » ; T. Revet, *Les Nouveaux Biens. La Propriété*, Coll. Des « Travaux De L'association Henri Capitant », Société De Législation Comparée, 2006, N° 7, P. 275.

⁸⁷⁶ J.-M. Mousseron, L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention, in *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Librairies techniques, 1968, p. 345.

toute mesure appropriée », et notamment contraindre ces héritiers à faire fructifier cette création, c'est à dire à l'exploiter⁸⁷⁷.

L'exploitation de la propriété intellectuelle repose sur les droits patrimoniaux qui traduisent l'existence d'un droit de propriété de l'auteur sur son œuvre ou de l'inventeur sur son invention. Ce droit de propriété peut être exploité par le titulaire des droits de propriété intellectuelle lui-même ou cédé à des tiers. Le monopole d'exploitation acquis à l'Institut national de la propriété industrielle par le dépôt permet au titulaire des droits de propriété intellectuelle d'être le seul à pouvoir l'utiliser.

L'obligation d'exploitation posée par le Code de la propriété intellectuelle en matière de créations industrielles contraint la personne publique propriétaire d'une dépendance intellectuelle du domaine public à mettre en œuvre l'utilisation ou la fabrication de produits issus de sa marque ou de son brevet.

En matière de brevet, on retient un sens plus vaste de la notion d'exploitation qu'en matière de marque⁸⁷⁸, et E. Pouillet rappelle que « *l'obligation d'exploitation que "les brevets doivent servir à assurer la marche du progrès ; ils ne peuvent se transformer en barrières et l'entraver. Le breveté qui n'exploite pas, non seulement ne fait rien, mais il nuit à qui veut faire*⁸⁷⁹ ». L'exploitation requise par le Code de la propriété intellectuelle doit être entendue comme une exploitation industrielle. La fabrication sur le territoire national était, traditionnellement, une condition essentielle, et la jurisprudence avait toujours refusé d'assimiler une importation à un acte d'exploitation⁸⁸⁰.

Aujourd'hui, l'exploitation requise par le texte est plus large, et l'article L 613-11 Code de la propriété intellectuelle énonce que : « *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*

⁸⁷⁷ C. Caron, *Abus de droit et droit d'auteur*, avant-propos d'A. Françon, Litec, 1998, n^{os} 104 s. ; C. Carreau, *Propriété intellectuelle et abus de droit*, in *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, n^o 32, p. 31 ; S. Jacquier, *Le contrat forcé en droit d'auteur*, CCE nov. 2001, p. 13.

⁸⁷⁸ C. Akerman, *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention* : thèse Paris, Sirey, 1935 . M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique* : Litec, 1976, coll. CEIPI, n^o XII ;

⁸⁷⁹ E. Pouillet, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrication* : LGDJ, Marchal & Billard, 5e éd. 1909, n^o 506

⁸⁸⁰ CA Rennes, 12 juill. 1972 : PIBD 1973, III, p. 4 ;

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 État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État 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 ».

La Cour de justice a ainsi pu se prononcer dans ce sens à propos d'un certificat d'obtention végétale en affirmant qu'en « *ouvrant la possibilité de concéder des licences obligatoires lorsqu'un brevet d'invention ou d'obtention de nouvelles variétés végétales n'est pas exploité sous la forme d'une production sur le territoire national et lorsque le brevet est exploité sous la forme d'importation en provenance d'autres États membres, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du Traité de Rome*⁸⁸¹. »

En outre, l'exploitation doit avoir été mise en œuvre, ou à défaut des préparatifs effectifs et sérieux doivent avoir été réalisés dans le but d'exploiter l'invention. La notion est difficile à préciser, et c'est le juge qui apprécie au cas par cas la nature sérieuse des préparatifs à travers un certain nombre d'éléments objectifs. Par exemple, le juge considère que le fait d'éditer un catalogue, de passer des marchés avec l'État et de consentir une licence constitue un préparatif sérieux⁸⁸². Dans tous les cas, la mauvaise foi du breveté emportera la qualification des préparatifs non-sérieux⁸⁸³. Comme le rappelle F. Pollaud-Dulian, les préparatifs « *doivent avoir un caractère sérieux, et non symbolique, insignifiant ou simulé*⁸⁸⁴ ».

Lorsque l'exploitation consiste dans la commercialisation d'un produit, le Code de la propriété intellectuelle énonce que le produit doit être « *commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché* ». À ce propos, M. Sabatier précise que « *si le titulaire d'un brevet organise une fabrication partielle en France, il serait exonéré de l'exigence posée par ce texte. En revanche, dès lors que l'exploitation consiste seulement en une commercialisation, elle doit être à la mesure des débouchés du marché français*⁸⁸⁵. »

⁸⁸¹ CJCE, 18 févr. 1992, *Commission c/ République italienne* : JOCE n° C 61.6, 10 mars 1992 ; RTD com. 1993, p. 604, obs. J. Azéma ;

⁸⁸² CA Paris, 17 mai 1923 : Ann. propr. ind. 1927, p. 22 ;

⁸⁸³ TGI Rennes, 16 nov. 1970 aff. *Plastimo* : JCP G 1971, II, 16852, note X. Desjeux : *les juges se sont prononcés sur le comportement du breveté qui, pour éviter l'octroi de la licence obligatoire, a tenté de fabriquer en France une quantité de produits (3 200 taquets), par l'octroi d'une licence d'exploitation contractuelle à une tierce personne postérieurement à l'introduction d'une demande de licence obligatoire* ;

⁸⁸⁴ F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle* : Economica, 2e éd. 2011 n°630 ;

⁸⁸⁵ M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique* : Litec, 1976, coll. CEIPI, n° XII, n°27

En matière de marque, l'article L714-5 du Code de la propriété intellectuelle énonce qu'« *encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ». L'usage à titre de marque fait référence à l'usage dans la vie des affaires, pour identifier ou promouvoir des produits ou services.

Ainsi, pour permettre d'écarter la déchéance d'une marque, son titulaire doit apporter la preuve de son exploitation en France⁸⁸⁶. L'exploitation se traduit par l'usage de la marque, mais cette notion n'était pas réellement définie jusqu'à la décision de la Cour de justice des communautés européennes du 11 mars 2003.

Dans cette décision⁸⁸⁷, la Cour de justice a donné une définition précise de la notion d'« *usage conforme à la fonction essentielle de la marque* » qui « *suppose une utilisation de celle-ci sur le marché des produits ou des services protégés par la marque et pas seulement au sein de l'entreprise concernée* » c'est-à-dire « *une utilisation portant sur des produits ou services qui sont déjà commercialisés ou dont la commercialisation préparée par l'entreprise en vue de la conquête d'une clientèle notamment dans le cadre de campagnes publicitaires est imminente* ».

L'exploitation de la marque suppose donc une réelle utilisation de la marque dans un cadre commercial pour identifier des produits ou services, étant donc précisé que la seule utilisation de la marque au sein de l'entreprise n'est pas en elle-même constitutive d'un usage sérieux. En outre, comme en matière de brevet, le commencement d'exploitation peut être reconnu si les produits ou services ne sont pas encore commercialisés, mais que la commercialisation est « imminente ».

Ainsi, le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur un brevet ou une marque est tenu de procéder à son exploitation pour garantir sa pérennité. Lorsque cette création industrielle est une dépendance du domaine public, la simple faculté d'exploiter se transforme en une véritable obligation tirée de l'obligation de conservation du domaine public.

⁸⁸⁶ TGI Marseille, 8 juin 1985, *D.* 1987, *Somm. com.* 58 et obs. J.-J. Burst ; TGI Paris, 11 mars 1991, *PIBD* 1991. II. 461, n° 504, *Revue* 1991. 589, n° 8 ;

⁸⁸⁷ CJCE, aff. C-40/01 du 11 mars 2003, *Ansul*, *Rec. I.* 2439 ; *D.* 2003. 2691 ;

Cette affirmation peut sembler originale, contraindre les personnes publiques à exploiter les dépendances intellectuelles du domaine public, c'est également les « contraindre » à réaliser des recettes. En effet, l'exploitation d'une marque ou d'un brevet permet de réaliser des bénéfices financiers. Ainsi, la conservation du domaine public a en matière de propriété intellectuelle - *et particulièrement industrielle* - un effet totalement inattendu. Elle permet de générer des revenus.

Cette observation est tout à fait originale, étant entendu que l'obligation de conservation contraint le plus souvent les personnes publiques à exposer des frais, comme nous l'avons évoqué dans la précédente Sous-section à travers l'obligation de payer.

En matière de conservation des dépendances intellectuelles du domaine public, les dépenses exposées pour satisfaire à l'obligation de payer sont compensées par les recettes issues de l'obligation d'exploiter. Un équilibre financier existe donc naturellement dans le régime de la conservation des dépendances intellectuelles du domaine public.

L'existence de recettes nées de l'exploitation notamment des marques et des brevets intégrés au domaine public fait naître une nécessité d'opérer un traitement comptable de ces bénéfices, pour qu'ils puissent être intégrés dans la comptabilité publique.

Conclusion du Chapitre

L'obligation d'entretenir les créations industrielles est une obligation spécifique aux personnes publiques. En effet, les personnes privées sont libres de laisser dépérir leurs droits sur leurs créations intellectuelles. Cette obligation générale d'entretien qui pèse sur les personnes publiques est toutefois réservée à des cas précis.

D'une part, celui des dépendances intellectuelles du domaine public, qui font l'objet de mesures de conservation et d'entretien spécifiques, sanctionnées par la police de la conservation. D'autre part, celui des dépendances intellectuelles du domaine privé qui font l'objet d'une formalité de dépôt ou d'enregistrement. En effet, en matière de chemins ruraux, le juge considère que dès lors que la personne publique a volontairement commencé à entretenir une dépendance du domaine privé, celle-ci devient responsable de son entretien⁸⁸⁸. Transposée à notre thèse, cette hypothèse signifie que dès lors qu'une personne publique a payé pour l'enregistrement ou le dépôt d'une création intellectuelle du domaine privé, elle devient responsable de son entretien. Cette mesure pourrait donc être étendue à toutes les créations industrielles, qui nécessitent par nature l'accomplissement de formalités payantes de dépôt.

En outre, le contenu de cette obligation d'entretien est double : d'une part, l'obligation de payer les annuités de renouvellement des droits de propriété intellectuelle pour les créations dont la durée dans le temps est déterminée. D'autre part, l'obligation d'exploiter les créations intellectuelles dont la propriété peut se perdre par le non-usage.

⁸⁸⁸ TC, 17 décembre 2012, *Cne de la Revest-les-eaux c/ Mme Escailler*, D. adm. Avril 2013, p. 34, note F. Blanc.

Chapitre 2 : L'obligation de protection de certaines créations intellectuelles publiques contre la contrefaçon.

En droit privé, le titulaire de droits de propriété intellectuelle n'est jamais contraint de poursuivre son contrefacteur devant le juge. Lorsqu'ils sont poursuivis, certains contrefacteurs tentent de se défendre en rappelant les contrefaçons antérieures non poursuivies de l'œuvre originale. Or, à ce sujet le juge est clair : le titulaire des droits de propriété intellectuelle est libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre son contrefacteur, et l'absence de poursuites antérieures ne le prive pas d'exercer son droit par la suite.

Puisque la propriété intellectuelle s'applique tant aux personnes publiques que privées, l'appréciation de l'opportunité des poursuites devrait être laissée aux personnes publiques. L'objet de ce Chapitre est de démontrer que tel n'est pas le cas, et qu'elles sont soumises à une obligation de poursuivre le contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public.

Comme en matière de protection des créations intellectuelles publiques contre l'extinction, la nature publique de la création intellectuelle la soumet à des obligations renforcées par rapport à celles imposées par le seul droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit ici d'une illustration du double degré d'obligations auxquelles sont soumises les créations intellectuelles publiques : celles issues de la propriété publique et celles issues de la propriété intellectuelle.

À notre sens, à la différence des personnes privées, il existe une obligation pour les personnes publiques de poursuivre leurs contrefacteurs devant le juge judiciaire, seul compétent pour trancher les litiges en matière de propriété intellectuelle. Cette obligation prend ses racines dans la nécessité d'expulser toute personne qui occupe sans titre le domaine public. En effet, il existe un principe selon lequel l'autorité administrative est tenue de faire usage des pouvoirs qu'elle tient de la législation en

vigueur pour faire cesser les occupations sans titre⁸⁸⁹. En outre, la protection du domaine privé qui est également soumis à un principe de protection contre les occupants irréguliers est une question contemporaine, notamment alimentée par la multiplication des « *squats* » d'immeubles publics⁸⁹⁰.

L'obligation qui pèse sur les personnes publiques de poursuivre leurs contrefacteurs n'est pas démontrée en doctrine et n'est pas encore affirmée par le juge. Cette situation est aisément explicable : elle est la conséquence d'une double difficulté. Tout d'abord, du point de vue du juge compétent, le juge judiciaire est seul compétent pour connaître des litiges relatifs à la propriété intellectuelle, ce qui ne pose pas de difficultés pour l'expulsion des occupants du domaine privé qui suppose une décision de justice ordinairement rendue par la juridiction judiciaire⁸⁹¹. Cependant, seul le juge administratif est compétent pour expulser un occupant sans titre du domaine public. Quel est le juge compétent pour prononcer l'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public en matière de propriété intellectuelle ?

Ensuite, l'expulsion des occupants sans titres et irréguliers des propriétés publiques a été pensée pour des biens immobiliers et donc corporels. L'immatérialité des créations intellectuelles n'est pas intrinsèquement adaptée à ces procédures. D'ailleurs, le régime de la sanction de l'occupation sans titre du domaine public est essentiellement associé aux contraventions de grandes voiries. Cette situation illustre parfaitement l'opinion de J-B Auby lorsqu'il énonce que « *notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts, des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur...* »⁸⁹².

Pour ces raisons, les contreventions de grande voirie ne sont pas adaptées à la nature des créations intellectuelles. Cette situation pourrait sembler problématique s'il

⁸⁸⁹ V. notamment en matière de contravention de grande voirie : CE, 23 févr. 1979, *Min. équip. c/ Assoc. des amis des chemins de ronde* : Rec. CE 1979, p. 75, concl. Bacquet ; D. 1979, jurispr. p. 405, note Lombard ; JCP G 1990, II, 19329, note Davignon ; RD publ. 1979, p. 1157, note Waline.

⁸⁹⁰ V. notamment pour les biens immobiliers : Art. L. 2211-1, al. 2 du Code général de la propriété des personnes publiques ; Et auparavant : Ord. n° 2004-825, 19 août 2004 : Journal Officiel 21 Aout 2004 ; AJDA 2004, p. 1570 ; AJDA 2005, p. 584, étude Fatôme ; Dr. et patrimoine janv. 2005, p. 111, obs. Chamard-Heim ; JCP A 2004, 1150.

⁸⁹¹ *Cependant, il existe par exception deux titres de compétence du juge administratif : d'une part, à l'existence d'un contrat qui, bien que portant occupation du domaine privé, peut – par exception – être qualifié de contrat administratif, d'autre part, à l'existence d'actes administratifs unilatéraux détachables de la gestion du domaine privé.*

⁸⁹² J.-B. Auby, *L'immatériel dans l'État*, Droit administratif, juin 2007, p. 2.

n'existait pas déjà dans notre droit positif une procédure conçue spécialement pour les tiers venant prendre irrégulièrement possession des créations intellectuelles.

L'action en contrefaçon, traditionnellement rattachée au droit privé et pour laquelle le juge compétent est le juge judiciaire a le mérite de résoudre les deux difficultés sus-énoncées. D'une part, elle tranche la question du juge compétent en affirmant la compétence du juge judiciaire sans considération pour la domanialité de la création. Ensuite, elle est parfaitement adaptée à la nature de la création intellectuelle.

L'objet de ce Chapitre sera donc de démontrer que l'obligation qui pèse sur les personnes publiques de protéger leur domaine public contre l'occupation sans titre se traduit en matière de créations intellectuelles publiques par l'obligation de poursuivre les contrefacteurs devant le juge judiciaire.

Ainsi, l'action en contrefaçon est la cousine des actions visant à protéger le domaine public contre les occupants sans titres. Pour confirmer cette hypothèse, nous démontrerons que la contrefaçon constitue une occupation sans titre de la création intellectuelle publique (Section 1), qui implique donc une obligation de poursuivre les contrefacteurs de la création intellectuelle publique (Section 2).

Section 1 : La contrefaçon est une occupation sans titre de la dépendance intellectuelle du domaine public.

Montrer que la contrefaçon est une occupation sans titre de la dépendance intellectuelle du domaine public suppose que plusieurs éléments soient précisés. Nous avons déjà établi que les créations intellectuelles publiques sont des dépendances du domaine public ou du domaine privé en fonction de leur affectation. Cependant, cette seule affirmation ne permet pas d'établir que l'acte de contrefaire une création intellectuelle du domaine public est constitutif d'une occupation du domaine public.

Il convient d'envisager plus précisément la notion d'utilisation frauduleuse de la création. En d'autres termes, notre analyse doit ici s'attacher à démontrer que la contrefaçon est une utilisation frauduleuse (sans titre de propriété) de la création intellectuelle par un tiers, et qu'elle reprend donc à ce titre les critères de l'occupation sans titre d'une dépendance du domaine public.

En effet, le principe est que les dépendances domaniales doivent être utilisées conformément à leur affectation au public ou au service public. Pour cette raison, les dépendances du domaine public ne peuvent pas faire l'objet d'occupations privatives. De telles occupations ne sont admises que par exception, et doivent toujours faire l'objet d'une autorisation expresse de la personne publique affectataire ou gestionnaire de la dépendance concernée⁸⁹³. L'occupant, qui n'est pas titulaire d'une telle autorisation est alors dit « *sans titre* », et n'est pas admis à se maintenir dans les lieux. Le domaine privé est soumis à un risque sensiblement différent en raison du fait qu'il n'est en général pas (ou plus) destiné à l'usage public. A ce titre, le domaine privé des personnes publiques est vulnérable aux utilisations illégales, notamment - *entre autres* - en matière immobilière⁸⁹⁴. En la matière, le juge a affirmé la compétence du juge judiciaire en établissant : « *qu'il appartient aux tribunaux judiciaires de connaître d'une requête tendant à l'expulsion d'un occupant sans titre d'immeubles relevant du domaine privé d'une commune, à moins que le contrat relatif*

⁸⁹³ Art. L.2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

⁸⁹⁴ P. Yolka, *JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 69 : Domaine Privé – Protection contre les occupants irréguliers*, 5 Septembre 2014, n°2 ;

*à l'occupation de ces immeubles puisse, en raison d'une clause exorbitante du droit commun, être qualifié de contrat de droit public.*⁸⁹⁵ »

Le régime de la protection des dépendances intellectuelles du domaine privé ne pose aucune difficulté : puisque le domaine privé est soumis au droit privé, la personne publique dont la dépendance est contrefaite peut saisir le juge judiciaire d'une action en contrefaçon, dans les mêmes conditions que pourrait le faire une personne privée.

Le domaine public procède d'une difficulté supplémentaire : le régime de l'occupation sans titre est expressément prévu pour sanctionner l'utilisation irrégulière d'une dépendance du domaine public.

En matière de création intellectuelle, l'occupation irrégulière se manifeste par l'utilisation illégale de la création par un tiers qui n'est pas titulaire des droits de propriété intellectuelle. Celui-ci va se livrer à une exploitation de la création au mépris des droits de la personne publique propriétaire, en se comportant comme s'il était le titulaire des droits. De la sorte, il utilise la création « *sans titre* », pour reprendre la formule consacrée du droit administratif.

Dès lors, l'occupation irrégulière d'une création intellectuelle du domaine public consiste littéralement dans un acte de contrefaçon. L'objet de cette section sera donc de démontrer que l'utilisation irrégulière par un tiers d'une dépendance intellectuelle du domaine public est un acte de contrefaçon (Sous-section 1), et que cet acte de contrefaçon est constitutif d'une occupation sans titre de la dépendance (Sous-Section 2).

⁸⁹⁵ CE 12 décembre 2003, *Commune du Lamentin*, BJCL n°3/04, p. 185 ;

Sous - section 1 : La contrefaçon des créations intellectuelles.

Pour démontrer que la contrefaçon constitue une utilisation irrégulière de la création intellectuelle, il convient de revenir sur la notion de contrefaçon et la nature de l'atteinte qu'elle opère sur la création.

D'une manière générale, le droit de la propriété intellectuelle est constant sur la définition de la notion de contrefaçon. Qu'il s'agisse du droit de la propriété littéraire et artistique ou de la propriété industrielle, le droit de la propriété intellectuelle considère qu'il n'est pas logique d'accorder un monopole d'exploitation au titulaire des droits sur une création intellectuelle sans lui garantir une protection contre l'usurpation de ses prérogatives.

En dépit de la multitude de créations intellectuelles protégées par le droit de la propriété intellectuelle, il existe donc une infraction qui rassemble toutes les atteintes pouvant être perpétrées sur celles-ci.

De ce point de vue, la contrefaçon est fédératrice et constitue un élément de cohésion du droit de la propriété intellectuelle.

Pour rapprocher la contrefaçon de l'occupation sans titre, il convient de démontrer que leur point commun réside dans une utilisation irrégulière d'une propriété. En effet, l'utilisation irrégulière du domaine public consiste le plus souvent dans l'installation matérielle de personnes physiques dans un immeuble public en l'absence d'autorisation.

Cependant, en matière de création intellectuelle, l'utilisation irrégulière ne peut nécessairement pas prendre la même forme. Il convient donc de s'intéresser au contenu matériel de l'acte de contrefaçon pour démontrer qu'il s'agit d'une utilisation irrégulière.

1) Acceptions de la notion de contrefaçon en droit de la propriété intellectuelle.

Chaque branche du droit de la propriété intellectuelle propose une définition de l'acte de contrefaçon. Pour autant, qu'il s'agisse de la propriété littéraire et artistique ou de la propriété industrielle, ces définitions sont convergentes.

Propriété littéraire et artistique. Selon, J. Renouard « *le mot contrefaçon ne répond pas toujours exactement à sa signification étymologique (...). Il y a souvent contrefaçon sans qu'il y ait fabrication ou façon, contraire à une façon ou fabrication légitime (...). Contrefaire, c'est user d'un ouvrage appartenant au domaine d'autrui comme si on le possédait dans son propre domaine, ou comme si tout le public avait droit sur cet ouvrage*⁸⁹⁶ ».

Cette définition de la contrefaçon basée sur la notion d'usage traduit l'idée que l'action de contrefaire est constitutive d'un usage abusif d'une chose qui est la propriété d'autrui. L'élément légal de la contrefaçon correspond aux dispositions civiles⁸⁹⁷ et pénales⁸⁹⁸ contenues dans le Code de la propriété intellectuelle. La contrefaçon n'est réalisée qu'après la réalisation d'un élément moral et d'un élément matériel.

C'est à dire qu'il faut à la fois que le fait incriminé, assez largement entendu, ait porté atteinte à un droit d'auteur et que l'on puisse présumer la mauvaise foi de l'auteur de l'infraction.

A ce propos, P. Bouzat énonce qu' « *il paraît logique en effet que celui qui réalise une œuvre contrefaite, la reproduit ou la représente sans autorisation ait pleinement eu conscience d'opérer en violation des droits du propriétaire, d'agir frauduleusement. Si l'on croit qu'une œuvre originale a quitté le domaine privé pour tomber dans le domaine public, rien n'est plus simple que de se renseigner pour en acquérir la certitude*⁸⁹⁹ ».

⁸⁹⁶ J. Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, 1839, T. 2, n°4, p. 11

⁸⁹⁷ Art. L. 121-1 à L. 123-12 du Code de la propriété intellectuelle

⁸⁹⁸ Art. L. 335-1 à L. 335-9 du Code de la propriété intellectuelle

⁸⁹⁹ P. Bouzat, *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique* : RIDA juill. 1972, p. 177

Cependant, si la mauvaise foi intéresse le juge pénal pour rechercher le caractère intentionnel de l'infraction, elle n'a en réalité qu'une influence très relative sur le juge civil.

En effet, comme le relève E. Dreyer, « *on trouve à peu près autant de décisions reconnaissant un rôle à la bonne ou mauvaise foi, au titre de la responsabilité civile, que de décisions jugeant que l'état d'esprit de l'agent est indifférent à la mise en œuvre de ce régime de responsabilité*⁹⁰⁰ ».

Pour cette raison, nous nous intéresserons plus précisément à l'élément matériel dont la prise en compte par le juge est constante, à la différence de l'élément moral.

Il s'agit d'un comportement qui porte atteinte au droit d'un auteur⁹⁰¹. La contrefaçon ne se résume donc pas à la simple reproduction sans droit d'une œuvre protégée. Ainsi, le fait matériel de reproduction constitue l'une des formes possibles de la contrefaçon mais non la seule.

Dans tous les cas, la contrefaçon d'une œuvre littéraire et artistique réside dans une utilisation non autorisée par l'auteur de son œuvre. Qu'il s'agisse d'une communication de l'œuvre ou d'une reproduction, la contrefaçon est systématiquement la traduction d'une utilisation illégale de l'œuvre d'un autre.

Droit des marques. En matière de marque, la notion de contrefaçon désigne l'ensemble des atteintes portées au droit du propriétaire de la marque. Pour cette raison, les dispositions légales qui s'appliquent à la contrefaçon de marque retiennent sous cette même dénomination un grand nombre de comportements susceptibles d'être reprochés à leur auteur.

Les critères de la contrefaçon de marque *lato sensu* vont plus loin que la simple reproduction d'une marque pour des produits ou services « *identiques à ceux désignés dans l'enregistrement* ». La contrefaçon de marque recouvre l'ensemble des

⁹⁰⁰ E. Dreyer, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1610 : procédures et sanctions. – Contrefaçon. Éléments constitutifs (CPI, art. L. 121-1 à L. 123-12 et L. 331-1 à L. 336-4)*, 15 Mars 2015, n°129

⁹⁰¹ T. corr. Seine, 24 janv. 1962 : RIDA avr. 1962, p. 140

comportements dans lesquels la responsabilité du contrefacteur est tirée de la méconnaissance des intérêts du titulaire du droit protégé par la loi.

En réalité, la protection de la marque interdit que le monopole reconnu à son titulaire soit méconnu dans des circonstances qui caractérisent une usurpation de ses droits. C'est le cas des faits d'usage ou d'apposition de la marque en fraude des droits du titulaire⁹⁰². C'est également pour cette raison que la prohibition du choix d'un signe trop proche de celui déjà approprié par autrui est consacrée⁹⁰³.

Le délit d'usage illicite est souvent considéré comme le plus important des délits de contrefaçon⁹⁰⁴. Au sens classique, le délit d'usage illicite était destiné à saisir les actes d'exploitation de la marque qui sont dirigés vers le public, et qui représentent l'atteinte la plus vive au droit des marques⁹⁰⁵.

Le droit de l'Union européenne⁹⁰⁶ retient un sens large de la notion de contrefaçon et considère que tous les actes de contrefaçon sont des usages illicites de la marque. Ainsi, selon l'article 5.1 de la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États-membres sur les marques, « *le titulaire est habilité à faire interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage dans la vie des affaires : a) d'un signe identique à la marque pour des produits et services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée ; b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque* ».

⁹⁰² G. Bonet, *L'usage de la marque d'autrui dans la publicité* in *Le nouveau droit des marques en France* : Paris, Litec, 1991, coll. IRPI, p. 109 ;

⁹⁰³ CJCE, 10 avr. 2008, aff. C-102/07, *Adidas AG et Adidas Benelux c/ Marca Mode CV et a.* : D. 2008, p. 1205, obs. J. Daleau ;

⁹⁰⁴ Art. L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle : « *Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire : a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : " formule, façon, système, imitation, genre, méthode ", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ; b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée* » ;

⁹⁰⁵ P. Mathély, *Le droit français des signes distinctifs*, Journ. not. 1984. n° 3, p. 616 : « *L'usage illicite est l'acte qui porte le plus souvent et le plus sûrement une atteinte au droit de marque* ».

J. Passa, *Traité de droit de la propriété industrielle*, T. I, Marques et autres signes distinctifs, Dessins et modèles : LGDJ, 2e éd. 2009, n° 257 : « *l'usage consiste à utiliser le signe pour désigner, directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, des produits et services dans les rapports avec la clientèle, c'est-à-dire au-delà de la sphère privée ou interne de l'entreprise* » ;

⁹⁰⁶ Cons. UE, dir. 89/104/CE, 21 déc. 1988, rapprochant les législations des États-membres sur les marques, remplacée Cons. UE, dir 2008/95/CE, 22 oct. 2008 ;

Le délit d'usage illicite est constitué par l'usage d'un signe identique ou similaire à la marque et consiste dans le fait de désigner des produits identiques ou similaires à ceux pour lesquels celle-ci est déposée. Lorsque ces conditions sont remplies à la fois en ce qui concerne les signes et les produits ou services désignés, le délit est constitué, en principe indépendamment de la preuve de tout risque de confusion. Il s'agit en conséquence ici encore d'une utilisation irrégulière de la création.

Droit des brevets. Le traitement de l'acte de contrefaçon de brevet justifie que l'étude de ce dernier soit menée au triple regard de son élément matériel, de son élément moral et de l'élément légal. Comme en matière de propriété littéraire et artistique, l'élément matériel de la contrefaçon du brevet suppose qu'une atteinte soit portée par un tiers aux prérogatives du breveté⁹⁰⁷.

Ainsi, la contrefaçon du brevet est une utilisation irrégulière, exercée en fraude des droits du breveté. Elle peut être une opération préalable à la réalisation de la contrefaçon telle que la fourniture de moyens⁹⁰⁸, l'acte de contrefaçon lui-même - *même partiel*⁹⁰⁹ - ou la commercialisation d'un produit contrefait.

Droit des dessins et modèles. L'article L. 521-1 du Code de la propriété intellectuelle, modifié par la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, définit la contrefaçon comme « *toute atteinte portée aux droits du propriétaire d'un dessin ou modèle, tels qu'ils sont définis aux articles L. 513-4 à L. 513-8* ». Pour obtenir une définition précise de la contrefaçon en matière de dessins et modèles, il est nécessaire de se reporter à l'article L. 513-4 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que sont constitutifs d'actes de contrefaçon tous les actes de fabrication, d'offre, de mise sur le marché, d'importation d'exportation, d'utilisation d'un produit incorporant un dessin ou modèle protégé par l'enregistrement⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ CA Lyon, 13 févr. 1969 : PIBD 1969, III, p. 194 : « *La contrefaçon doit s'apprécier à la considération des ressemblances entre le brevet protégé et l'objet contrefaisant sans qu'il y ait lieu de s'arrêter aux différences qui peuvent exister entre eux, à la condition, toutefois, que les ressemblances portent sur les éléments qui font l'originalité du brevet et soient protégeables* » ;

⁹⁰⁸ TGI Paris, 7 oct. 1974 : Dossiers brevets 1975, II, 4 ;

Art. L. 613-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *Est également interdite, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, la livraison ou l'offre de livraison, sur le territoire français, à une personne autre que celles habilitées à exploiter l'invention brevetée, des moyens de mise en œuvre, sur ce territoire, de cette invention se rapportant à un élément essentiel de celle-ci, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que ces moyens sont aptes et destinés à cette mise en œuvre.* »

⁹⁰⁹ Cass. com., 22 déc. 1964 : Ann. propr. ind. 1968, p. 275 ;

⁹¹⁰ Cass. com., 10 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 9 ;

La contrefaçon est réalisée dès lors que le contrefacteur se livre à la reproduction à l'identique ou même seulement de quelques détails d'un dessin ou modèle protégé⁹¹¹, ou en tous les cas reproduit les caractéristiques essentielles du modèle protégé.

3) *Unité de la notion de contrefaçon en droit de la propriété intellectuelle.*

La notion de contrefaçon prend des formes différentes selon la nature de la création intellectuelle, car il est évident que l'on ne peut pas contrefaire selon les mêmes procédés techniques un tableau, une sculpture, une marque, un dessin ou un roman.

Pour autant, la notion de contrefaçon semble être indivisible. Le Code de la propriété intellectuelle s'accorde sur le fait qu'il s'agit d'une atteinte aux prérogatives du titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la création. Cet acte prend systématiquement la forme d'une utilisation irrégulière de la création. C'est cette utilisation irrégulière qui est sanctionnée par le juge civil et le juge pénal.

En d'autres termes, ce qui rend illégale l'utilisation de la création intellectuelle, c'est l'utilisation sans autorisation du titulaire des droits. Cela signifie que toute utilisation sans autorisation d'une création intellectuelle est une utilisation irrégulière qui est constitutive d'un acte de contrefaçon.

Ainsi, l'irrégularité de l'utilisation de la création intellectuelle apparaît être le critère universel pour qualifier un acte de contrefaçon.

Dans ce cadre, le législateur travaille à l'harmonie des règles en matière de contrefaçon. La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, adoptée à la suite de la directive CE 2004/48 du 29 avril 2004, touche tous les pans du droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle.

En conséquence, non seulement la contrefaçon est une utilisation irrégulière de la création, mais le critère de l'utilisation irrégulière permet d'adopter une vision unifiée de la notion de contrefaçon en matière de propriété intellectuelle.

⁹¹¹ Cass. com., 18 déc. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 327 ;

Sous - section 2 : La contrefaçon comme utilisation illicite du domaine public.

Nous avons établi que toute utilisation irrégulière d'une création intellectuelle est constitutive d'un acte de contrefaçon. Il convient désormais de démontrer que l'utilisation irrégulière qui caractérise la contrefaçon est une occupation sans titre de la création intellectuelle.

L'utilisation est une notion fondamentale du droit des biens. La raison principale de cette importance de la notion d'utilisation est qu'elle constitue l'une des principales manifestations de la jouissance, qui permet de profiter matériellement des utilités d'un bien.

L'article 544 du Code civil accorde une importance primordiale à la notion d'usage lorsqu'il énonce que « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

L'utilisation peut prendre deux types de formes. Tout d'abord, l'utilisation normale d'un bien est en général le fait de son propriétaire, ce qui ne pose aucune difficulté puisque le titre de propriété lui offre le pouvoir de jouir de son bien. C'est le cas d'une personne publique qui exploite elle-même sa création intellectuelle, en application des droits de propriété intellectuelle dont elle est titulaire.

D'autre part, il existe une seconde catégorie d'utilisations qui concerne des hypothèses dans lesquelles l'utilisateur est un tiers. Dans cette seconde catégorie d'utilisations d'un bien, deux cas doivent être distingués. Le premier cas est celui où cette utilisation par une autre personne que le propriétaire a fait l'objet d'une autorisation par le propriétaire, c'est à dire qu'un acte juridique est venu organiser l'utilisation du bien par le tiers, en accord avec le propriétaire.

La seconde hypothèse est celle de l'utilisation par le tiers qui s'exerce en fraude des droits du propriétaire, c'est à dire qu'elle n'a pas été autorisée par celui-ci. Le propriétaire se rend alors compte qu'un tiers s'est immiscé dans sa relation avec sa propriété et l'utilise de manière irrégulière. Ce type d'utilisation par un tiers indelicat

n'est donc pas fondé en droit. C'est le cas du contrefacteur d'une création intellectuelle et de l'occupant sans titre du domaine public.

Ainsi, la contrefaçon et l'occupation sans titre ont la caractéristique commune d'être des utilisations non autorisées de la propriété de tiers dans une situation qui requiert une autorisation (1). En outre, la contrefaçon et l'occupation sans titre du domaine public conduisent à la réparation du propriétaire spolié (2). Ces caractères communs de la contrefaçon et de l'occupation sans titre du domaine public conduisent à penser que la contrefaçon d'une création intellectuelle du domaine public est une occupation sans titre du domaine public (3).

1) Nécessité d'obtenir une autorisation pour utiliser régulièrement une création intellectuelle et une dépendance du domaine public.

Que ce soit en matière de création intellectuelle ou en matière de dépendance du domaine public, toute utilisation exercée par un tiers doit être autorisée par le propriétaire.

a) En matière de création intellectuelle.

Lorsque le contrefacteur reproduit la création intellectuelle, il ne se livre pas en soi à une activité illégale. En effet, l'activité de reproduction d'une création intellectuelle n'est pas en elle-même constitutive d'une infraction. Ce qui est interdit, c'est de reproduire cette création sans l'autorisation expresse du titulaire des droits de propriété intellectuelle.

La régularité de l'utilisation d'une création intellectuelle est conditionnée par l'obtention d'une autorisation de la part du titulaire des droits et par le respect des limites fixées dans cette autorisation.

Utilisations irrégulières d'une création intellectuelle. Nous avons démontré dans la précédente Sous-Section que l'utilisation irrégulière d'une création intellectuelle réside dans un acte matériel qui porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle du

titulaire de la création. Par définition, portent atteinte au titulaire des droits sur la création toutes les utilisations qu'il n'a pas expressément autorisées.

Ainsi, une autorisation doit avoir été sollicitée et obtenue avant l'accomplissement de tout acte relevant du monopole du titulaire des droits de propriété intellectuelle. Pour cette raison, il est établi qu'est irrégulière l'adaptation préalable de l'œuvre d'autrui en se promettant de solliciter plus tard l'accord des ayants droit, hors de l'exploitation de l'œuvre dérivée⁹¹².

Il est en outre nécessaire de préciser que le seul fait de négocier l'acquisition de droits sur une création intellectuelle ne permet pas d'entreprendre l'exploitation sans attendre la conclusion de l'accord et *a fortiori* lorsque l'entrée en vigueur de cet accord est subordonnée au versement de redevances⁹¹³.

Toute personne qui utilise une création intellectuelle en l'absence d'autorisation du titulaire des droits de propriété intellectuelle se rend coupable de contrefaçon. Le juge considère que l'existence de l'autorisation doit pouvoir être rapportée de façon incontestable⁹¹⁴. Il faut également que celui qui donne son autorisation à l'exploitation de la création ait qualité pour le faire⁹¹⁵. Si cette hypothèse peut sembler anecdotique, elle est loin d'être dénuée d'intérêt en matière de création intellectuelle publique, qui, ainsi que nous l'avons démontré dans la première partie de la thèse, se manifeste le plus souvent sous les traits d'une œuvre de collaboration.

En effet, l'un des coauteurs d'une œuvre de collaboration ne peut pas céder seul des droits d'exploitation sur l'ensemble de celle-ci⁹¹⁶. La Cour de cassation a ainsi rappelé « *que l'acte d'exploitation d'une œuvre de collaboration par l'un de ses auteurs, sans le consentement d'un autre coauteur et en méconnaissance de ses droits caractérise*

⁹¹² CA Paris, 4e ch. A, 12 mai 2004 : Comm. com. électr. 2005, comm. 1, obs. C. Caron ; RIDA oct. 2004, p. 314 ; Propr. intell. 2004, n° 13, p. 913, obs. A. Lucas

⁹¹³ Cass. crim., 5 mai 1981 : RIDA janv. 1982, p. 179

⁹¹⁴ CA Paris, 1re ch., 11 juin 1996 : D. 1997, somm. p. 89, obs. Th. Hassler

⁹¹⁵ CA Paris, 4e ch., 4 déc. 1998, n° 1995/17448 et n° 1996/02060 : « *en conséquence, a commis des actes de contrefaçon, l'indivisaire qui a organisé une exposition des œuvres de ses parents et en les proposant à la vente, portant ainsi atteinte au droit moral et aux droits patrimoniaux dont son frère est titulaire en indivision* ».

⁹¹⁶ TGI Paris, 3e ch., 4 juin 1997 : RIDA janv. 1998, p. 333

*la contrefaçon dans sa matérialité et implique que, sauf preuve contraire, le délit a été commis sciemment*⁹¹⁷ ».

En outre, même lorsque le titulaire des droits donne son accord pour l'utilisation de sa création par un tiers, toute utilisation non conforme aux termes de l'autorisation constitue une utilisation irrégulière.

Ainsi, en matière de marque, tout licencié qui outrepassé le droit d'utilisation de la création prévu dans le contrat se rend coupable d'un acte de contrefaçon. En effet, la licence peut être restreinte contractuellement dans son contenu et dans son étendue. Le titulaire de la marque peut ne délivrer la jouissance de celle-ci que pour certaines classes ou même, au sein d'une seule classe, que pour certains produits⁹¹⁸. Pour cette raison, lorsque le licencié enfreint ses obligations contractuelles et utilise la création dans des conditions non prévues par le contrat, il peut être poursuivi sur le terrain de la contrefaçon. C'est ce que prévoit le Code de la propriété intellectuelle lorsqu'il énonce que « (...) *les droits conférés par la demande d'enregistrement de marque ou par la marque peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence en ce qui concerne sa durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié. (...)*⁹¹⁹ ».

C'est également ce que rappelle la directive européenne du 22 octobre 2008 lorsqu'elle énonce que « *le titulaire d'une marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence, en ce qui concerne sa durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour*

⁹¹⁷ Cass. crim., 26 nov. 2013, n° 12-88.370 : « *Il résulte des articles L. 113-3 et L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle que l'acte d'exploitation d'une œuvre de collaboration par l'un de ses auteurs, sans le consentement d'un autre coauteur et en méconnaissance de ses droits caractérise la contrefaçon dans sa matérialité et implique que, sauf preuve contraire, le délit a été commis sciemment. En l'espèce, pour dire n'y avoir lieu à suivre du chef de contrefaçon en matière littéraire ou artistique, la chambre de l'instruction énonce que compte tenu de la collaboration ayant existé entre la société américaine et le gérant de la société française, il n'est pas incohérent que ce dernier ait participé à l'élaboration de la documentation technique et publicitaire, dont l'originalité est d'ailleurs insuffisamment démontrée, de même que l'intention frauduleuse du mis en cause ne ressort pas clairement de l'information. Cette décision encourt la cassation dès lors que la chambre de l'instruction n'a pas précisé en quoi l'œuvre était dépourvue d'originalité. »*

⁹¹⁸ Art. L. 714-1, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle et Art. 8 dir. 2008/95/CE

⁹¹⁹ Art. L. 714-1 al. 3 du Code de la propriété intellectuelle

lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié⁹²⁰ ».

La même solution est retenue en matière de violation du droit d'auteur, dès lors que le non-respect de l'autorisation est considéré sur le plan pénal comme une circonstance aggravante de la contrefaçon. Elle provoque le doublement des sanctions encourues parce que logiquement, dans cette hypothèse, les contrefacteurs « *connaissaient l'étendue du droit qu'ils ont violé, et qu'il leur aurait suffi de modifier le contrat en accord avec l'auteur⁹²¹* ». Ainsi, par exemple, le droit de reproduire un dessin original sur une affiche publicitaire à un moment déterminé n'a pas pour effet de permettre sa réutilisation pour une campagne ultérieure⁹²² ou sur un support différent⁹²³.

Utilisations régulières d'une création intellectuelle. La personne publique titulaire des droits de propriété intellectuelle peut tout à fait autoriser un tiers à utiliser sa création. Tel est par exemple le cas du contrat d'édition⁹²⁴ qui permet à l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou à ses ayants droit de céder à un éditeur le droit de fabriquer des exemplaires de l'œuvre et de la réaliser sous forme numérique. L'éditeur qui reproduit l'œuvre dans les conditions définies par le contrat d'édition ne se rend pas coupable d'un acte de contrefaçon.

Dans les mêmes conditions les contrats de licence de marque ou de brevet. Ainsi la concession de licence de marque consiste, pour le propriétaire, à accorder à un licencié le droit d'utiliser sa marque totalement ou partiellement moyennant le paiement de redevances. Le licencié pourra utiliser la marque du propriétaire dans les conditions prévues par le contrat. La concession d'une licence de marque peut être exclusive, c'est-à-dire que seul le licencié disposera du droit de l'exploiter, ou non exclusive. En cas de concession exclusive, le propriétaire doit garantir un usage

⁹²⁰ Art. 8 paragraphe 2 de la directive 2008/95/CE, 22 oct. 2008

⁹²¹ N. Quoy, *La contrefaçon par reproduction en droit d'auteur français et en droit comparé* : thèse Paris II, 1998, p. 85, n° 134.

⁹²² Cass. 1re civ., 12 nov. 1985 : RIDA juill. 1986, p. 127

⁹²³ Cass. 1re civ., 30 sept. 2010, n° 09-15.091 ; Gaz. Pal. 24 févr. 2011, p. 13, obs. L. Marino

⁹²⁴ Art. L 132-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Le contrat d'édition est le contrat par lequel l'auteur d'une œuvre de l'esprit ou ses ayants droit cèdent à des conditions déterminées à une personne appelée éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre ou de la réaliser ou faire réaliser sous une forme numérique, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion.* »

paisible de la marque au licencié et en contrepartie, ce dernier doit l'exploiter de manière loyale et suffisante⁹²⁵.

En matière de brevet, en dehors de l'exploitation par le titulaire des droits sur la création, la licence constitue le moyen le plus évident de commercialiser un brevet. L'octroi d'une licence est l'opération qui consiste pour le titulaire d'un brevet à accorder les droits d'exploitation de son brevet à un tiers. L'article L 613-8 du Code de la propriété intellectuelle énonce que « *les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie. Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive. Les droits conférés par la demande de brevet ou le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposées en vertu de l'alinéa précédent (...)* ».

Ainsi, il existe un grand nombre de situations dans lesquelles l'utilisation d'une création intellectuelle n'est pas irrégulière. Il convient donc de s'interroger sur ce qui distingue une utilisation régulière de la propriété intellectuelle d'une utilisation irrégulière.

La solution est simple mais doit ici être rappelée. L'utilisation d'une création intellectuelle n'est régulière que lorsqu'elle recueille préalablement l'accord de son titulaire. Ainsi, seule l'existence d'un contrat par lequel le titulaire des droits de propriété intellectuelle consent à un tiers un droit d'usage sur sa création permet de rendre l'utilisation régulière.

En conséquence, l'élément qui distingue une utilisation régulière d'une utilisation irrégulière d'une création intellectuelle est l'autorisation du titulaire des droits de propriété intellectuelle. L'utilisation de sa création n'est possible que lorsqu'il donne son accord exprès et dans les limites prévues dans le contrat.

⁹²⁵ Article L714-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter. La cession, même partielle, ne peut comporter de limitation territoriale. Les droits attachés à une marque peuvent faire l'objet en tout ou partie d'une concession de licence d'exploitation exclusive ou non exclusive ainsi que d'une mise en gage.* »

b) En matière de dépendance du domaine public.

Le rapprochement entre la contrefaçon et l'occupation sans titre d'une dépendance publique se justifie par le fait que l'obtention d'une autorisation préalable est nécessaire pour que l'utilisation soit régulière. Nous avons démontré qu'en matière de contrefaçon, cette autorisation prend la forme d'un contrat. En matière d'occupation d'une dépendance publique, cette autorisation peut prendre des formes différentes.

Le terme « d'occupation » du domaine public est troublant car il ne fait pas explicitement référence à une utilisation. Or, l'occupation sans titre du domaine public est bien constituée par une utilisation irrégulière. Cette difficulté sémantique est issue de la difficile reconnaissance d'un domaine public mobilier⁹²⁶ et particulièrement des propriétés immatérielles⁹²⁷. En effet, puisque le domaine public est classiquement entendu comme étant composé de routes et de ponts, la notion d'occupation fait référence au fait que « *ces biens sont susceptibles d'être occupés, c'est-à-dire de voir leur espace rempli entièrement ou partiellement de manière plus ou moins prolongée*⁹²⁸ ».

L'abondance récente de créations intellectuelles publiques remet en cause cette sémantique vieillissante. Force est de constater qu'aujourd'hui la notion d'« *utilisation du domaine public* » est plus pertinente que celle de l'occupation du domaine public.

Premièrement, il n'est pas possible d'occuper une création intellectuelle. Il n'est possible d'occuper ni une marque, ni un brevet, ni un tableau, ni une photographie et encore moins un roman. A ce titre, la notion d'occupation nous paraît inadaptée à la propriété intellectuelle publique.

En second lieu, la notion d'utilisation est bien plus adaptée à la réalité des atteintes perpétrées sur le domaine public. En effet, la notion d'occupation est inutilement

⁹²⁶ F. Hourquebie, *Le domaine public mobilier* : RDP 2005, p. 635.

O. De David Beauregard-Berthier, *La définition du domaine public mobilier par le Code général de la propriété des personnes publiques*, in Mélanges P.-L. FRIER : Publ. de la Sorbonne, 2010, p. 119

⁹²⁷ C. Malwé, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique* : Thèse Nantes, 2008

⁹²⁸ J-F Giacuzzo, *JurisClasseur Propriétés publiques, Domaine public. – Règles générales d'utilisation . – Utilisation conforme* ; 2015, n°8

restrictive, car l'occupant du domaine public est toujours un utilisateur alors que l'utilisateur peut ne pas être un occupant. L'exemple le plus topique de cette situation est celui, classique, de l'automobiliste qui circule sur une route : il est un utilisateur de la voirie publique mais pas un occupant⁹²⁹.

D'ailleurs, le Titre II du Code général de la propriété des personnes publiques ont intitulé le Titre II du livre 1er de la deuxième partie « *utilisation du domaine public* », tout en conservant la notion d'occupation comme l'une des hypothèses privilégiées de l'utilisation. Ce n'est donc pas la seule « *occupation* » du domaine public qui est soumise au régime de la domanialité publique, mais au contraire toutes les formes d'utilisations dont il peut être l'objet. En conséquence, lorsque l'on fait référence à l'occupation sans titre du domaine public, c'est bien de la régularité de son utilisation dont il est question.

Le Code général de la propriété des personnes publiques conçoit le domaine public comme étant de nature à être utilisé par le public. La véritable question qui se pose est de savoir si le domaine public est conçu à la fois pour une utilisation collective et pour une utilisation individuelle et privative. L'utilisation privative du domaine affecté à l'usage direct du public constitue une forme d'anomalie, car le domaine public est composé de biens qui ont vocation à être utilisés collectivement. Pour cette raison, le fait qu'une personne retire un profit personnel du domaine public qui excède celui des utilisateurs collectifs est illégitime.

L'utilisation privative du domaine public est effectuée non pas dans un but d'intérêt général mais d'intérêt privé ne correspond pas, sauf exception, à la destination du ou des biens en cause. Pour cette raison, cette utilisation est non-conforme avec la destination domaniale. De telles utilisations s'opposent aux usages collectifs des dépendances du domaine public qui sont impersonnels, libres, temporaires et en principe gratuits.

L'utilisateur individuel n'est pas simplement un usager parmi d'autres : il est identifiable. Pour ne pas être un occupant sans titre, il doit alors obtenir un titre

⁹²⁹ P. Delvolvé, *L'utilisation privative des biens publics. Essai de synthèse* : RFDA 2009, p. 229

l'autorisant nominativement à faire usage du domaine public. L'autorité domaniale dispose en principe du choix entre deux formes d'autorisations d'utilisation : le contrat ou l'acte unilatéral.

Exigence d'un titre administratif d'occupation. Le premier article du chapitre que le Code général de la propriété des personnes publiques consacré à l'utilisation du domaine public dispose explicitement que « *nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique (...) ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous*⁹³⁰ ».

L'autorisation est l'acte juridique par lequel l'autorité administrative compétente va décider d'autoriser un tiers nommément désigné à tirer profit de certaines des utilités d'une dépendance domaniale, ce qui aura pour effet d'en priver les autres utilisateurs, mais sans contrarier l'affectation publique.

L'autorisation peut porter sur deux types d'utilisations : il peut s'agir d'une autorisation d'occupation conforme ou d'une autorisation d'occupation compatible. C'est la notion d'affectation de la dépendance domaniale qui fonde la détermination du caractère conforme ou compatible d'une utilisation. La notion d'affectation constitue le moyen utilisé pour déterminer le degré de concordance entre la destination du bien et l'utilisation qui en est faite.

D'une part, lorsque l'utilisation correspond à la destination, elle est dite « conforme ». L'utilisation conforme bénéficie d'un régime juridique plus favorable car il existe un principe de liberté d'utilisation pour les utilisations conformes collectives. Les utilisations privatives sont soumises à l'obtention expresse d'un droit à l'utilisation.

D'autre part, l'utilisation qui n'est pas conforme à la destination de la dépendance domaniale est dite « compatible » et doit avoir été expressément autorisée par l'autorité gestionnaire de la dépendance. L'absence d'un régime de liberté d'utilisation pour les utilisations compatibles collectives s'explique par le fait qu'elles

⁹³⁰ Art L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

sont si résiduelles⁹³¹ que le législateur n'a pas entendu en tenir compte. En réalité, l'utilisation compatible est très souvent privative.

L'obtention d'une autorisation expresse pour toute utilisation privative du domaine public est enracinée en droit positif. Le Conseil constitutionnel a ainsi énoncé des « *exigences constitutionnelles* », lesquelles « *résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées* »⁹³².

Cette position du Conseil constitutionnel confirme la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle « *la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel ; (...) le pouvoir réglementaire ne pouvait donc légalement instaurer un régime d'autorisation tacite d'occupation du domaine public, qui fait notamment obstacle à ce que soient, le cas échéant, précisées les prescriptions d'implantation et d'exploitation nécessaires à la circulation publique et à la conservation de la voirie* »⁹³³.

Confirmant cette solution le Conseil d'État a ensuite réitéré le principe selon lequel la protection du domaine public doit être « *mise en œuvre par la nécessité d'obtenir une autorisation, nécessairement temporaire, pour l'occuper ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage appartenant à tous* »⁹³⁴.

L. Talinneau et F. Lombard rappellent que l'autorisation domaniale ne se confond pas avec la simple tolérance⁹³⁵, c'est à dire que l'inertie de la personne publique à régir à une utilisation n'est pas constitutive d'une autorisation, et que cette utilisation est

⁹³¹ Par ex. le cas de l'utilisation des écoles en bureaux de vote lors des élections, mais il n'existe que très peu d'exemples d'utilisation collectives qui ne sont que « compatibles ». Dans la plupart des cas, les autorisations d'utilisation collectives sont « conformes » comme c'est le cas pour les commerçants qui utilisent un emplacement dans les halles de marché ou pour les services funéraires qui utilisent les cimetières.

⁹³² Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : Rec. Cons. const. 2003, p. 382 ; GDDAB, n° 76, obs. Chamard-Heim ; Dr. adm. 2003, comm. 188, note Cuche ; Dr. adm. 2003, comm. 191, note Menemenis ; JCP A 2003, 1890, note Linditch ; RDP 2003, p. 1163, note Lichère ; AJDA 2003, p. 1353, obs. Dreyfus ; AJDA 2003, p. 1404, note Fatôme

⁹³³ CE, 21 mars 2003, *SIPPEREC* : Rec. CE 2003, p. 144 ; GDDAB, n° 48, obs. Chamard-Heim ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 128, note Eckert ; JCP A 2003, 1484, note Moreau ; RFDA 2003, p. 903, note Soulié ; AJDA 2003, p. 1935, note Subra De Bieusse

⁹³⁴ CE, 6 oct. 2010, n° 341537, *Muntoni* : RJEP 2011, comm. 10, note B. Delaunay.

⁹³⁵ L. Tallineau, *Les tolérances administratives* : AJDA 1978, p. 3.

F. Lombard, *Les tolérances administratives en matière d'occupation sans titre du domaine public* : RRJ 2007, p. 807

irrégulière. À moins d'avoir été expressément accordée, une tolérance n'est donc pas juridiquement valable⁹³⁶ et ne vaut pas autorisation.

En matière de propriété intellectuelle, le simple fait que la personne publique ait pu, par inertie, demeurer indifférente à une contrefaçon, n'emporte pas droit de contrefaire. C'est exactement la même solution qui est retenue en matière d'utilisation sans titre du domaine public : ce n'est pas parce que la personne publique a pu tolérer une utilisation sans titre qu'elle a donné son autorisation.

L'autorisation peut prendre la forme d'un acte administratif qui est caractérisé par le large pouvoir discrétionnaire reconnu à l'autorité domaniale, qu'il s'agisse de la décision d'autoriser ou non l'utilisation, dans le choix de la forme que revêtira le titre, ou encore dans le cadre de la procédure d'octroi.

Pour autant, l'acte administratif n'est pas la seule forme d'autorisation d'utilisation du domaine public, qui peut également prendre la forme contractuelle.

Convention d'occupation du domaine public. Comme c'est le cas en matière de contrefaçon, l'occupation d'une dépendance du domaine public requiert une autorisation qui peut prendre la forme d'un contrat. La référence à la notion de contrat est explicite dès lors que cette autorisation est désignée par le terme « *convention* » d'occupation du domaine public ou de ou de « *concession* » du domaine public. L'emploi du terme « *concession* » est critiqué par M. Waline qui déclare qu'il s'agit d'une « *détestable expression* » dont « *le caractère amphibologique [...] n'a pas fini non plus de susciter de véritables quiproquos*⁹³⁷ ».

Le fait que les personnes publiques puissent autoriser par contrat des tiers à se livrer à une occupation privative du domaine public contribue à rapprocher les notions de contrefaçon et d'utilisation sans titre du domaine public. En effet, nous avons démontré que seule l'existence d'un contrat distingue la contrefaçon de l'exploitation

⁹³⁶ CE, 19 mars 1943, *Cie Sablières de la Seine* : Rec. CE 1943, p. 74.

CE, 25 juin 1969, *Mosseri* : Rec. CE 1969, p. 342.

CE, 15 avr. 2011, n° 308014, *SNCF* : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 186, note Soler-Couteaux ;

⁹³⁷ M. Waline, note ss T. confl., 10 juill. 1956, *Sté Steeple-chases de France* : RDP 1957, p. 522, à propos de la confusion possible avec la concession de service public notamment.

régulière d'une création intellectuelle. En matière d'utilisation irrégulière du domaine public, l'existence d'une autorisation contractuelle permet de distinguer l'occupant sans régulier de l'occupant sans titre.

En outre, il existe des hypothèses dans lesquelles le recours à la forme contractuelle est rendue obligatoire en matière d'utilisation du domaine public. Tel est ainsi le cas du Code des postes et des communications électroniques qui transpose les objectifs de transparence fixés à l'article 11 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002⁹³⁸ en contraignant les autorités domaniales à recourir à la technique contractuelle en matière d'occupation du domaine public non routier lorsqu'il énonce que *« les autorités concessionnaires ou gestionnaires du domaine public non routier, lorsqu'elles donnent accès à des exploitants de réseaux de communications électroniques, doivent le faire sous la forme de convention, dans des conditions transparentes et non discriminatoires et dans toute la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec son affectation ou avec les capacités disponibles. La convention donnant accès au domaine public non routier ne peut contenir de dispositions relatives aux conditions commerciales de l'exploitation. Elle peut donner lieu à versement de redevances dues à l'autorité concessionnaire ou gestionnaire du domaine public concerné dans le respect du principe d'égalité entre les opérateurs. Ces redevances sont raisonnables et proportionnées à l'usage du domaine⁹³⁹. »*

Comme en matière de propriété intellectuelle, le contrat d'utilisation du domaine public ne peut pas être outrepassé, sans quoi le tiers qui en bénéficie se rend coupable d'une occupation sans titre. C'est ainsi qu'après la résiliation de la convention, le bénéficiaire ne peut pas se maintenir dans les lieux. Le juge est clair à ce sujet : *« dès lors qu'à la suite de la résiliation de la convention d'occupation d'un occupant de ce domaine, elle a dressé un procès-verbal de contravention de grande voirie contre cet occupant qui s'est maintenu sans titre sur le domaine, celui-ci ne peut pas exciper des stipulations de cette convention pour contester l'état exécutoire pris en application de ce procès-verbal et relatif au coût des travaux de remise en état du domaine⁹⁴⁰ ».*

⁹³⁸ Dir. 2002/21/CE, 7 mars 2002 : Journal Officiel de l'union européenne du 24 Avril 2002

⁹³⁹ Art. L. 46 du Code des postes et des communications électroniques

⁹⁴⁰ CE, 11 décembre 2009, n° 298873, Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'État 2009

Ainsi, l'exploitation d'une création intellectuelle par un tiers tout autant que l'occupation d'une dépendance du domaine public requièrent une autorisation préalable du propriétaire qui peut dans les deux cas prendre la forme d'une convention.

La difficulté du régime de l'expulsion des occupants sans titre du domaine public est qu'il a été pensé pour s'adapter à l'évacuation physique de personnes installées sur le domaine public immobilier. Il n'est donc pas à ce titre adapté à « *l'expulsion* » des contrefacteurs des dépendances du domaine public.

Cependant, l'identité de régime que nous démontrons entre l'action en contrefaçon et l'expulsion des occupants sans titre permet de soutenir l'idée du recours à l'action en contrefaçon contre les occupants sans titre des dépendances intellectuelles du domaine public.

2) *La contrefaçon et l'occupation sans titre du domaine public ouvrent droit à réparation.*

Nous avons démontré que l'occupation sans titre du domaine public et la contrefaçon ont le point commun de s'exercer en l'absence d'autorisation du propriétaire de la création ou de la dépendance du domaine public. Mais cette caractéristique n'est pas le seul point commun entre ces deux notions : chacune d'elle entraîne un dédommagement du propriétaire victime de la fraude.

En effet, qu'il s'agisse entre autres du paiement de dommages et intérêts en matière de contrefaçon ou du paiement d'une redevance à vocation indemnitaire en matière d'occupation sans titre du domaine public, chacune de ces deux infractions entraîne la condamnation du tiers qui agit frauduleusement à réparer sa faute.

a) Réparation du préjudice en matière de contrefaçon.

La réparation du préjudice en matière de contrefaçon est particulière car elle est à la fois civile et pénale selon que l'ayant droit, constitué partie civile, demande

réparation à la juridiction répressive saisie de l'action publique où qu'il décide d'engager une action en responsabilité civile devant le juge civil.

Les articles 3, 4 et 5 du Code de procédure pénale énoncent que l'action civile peut être exercée en même temps que l'action pénale ou séparément. Cependant, il convient de ne pas omettre le principe selon lequel « *le pénal tient le civil en l'état* » qui interdit au juge civil de rendre une décision contraire à celle rendue par les juridictions pénales, car les termes d'une décision pénale ont une autorité absolue devant le juge civil.

Ces deux voies de droit n'ont pas le même objet, dès lors que les sanctions civiles visent à rétablir l'équilibre brisé par la commission de l'infraction tandis que les sanctions pénales tendent à punir la commission de cette infraction.

En pratique, le recours au juge pénal est rarement emprunté malgré le caractère fortement dissuasif des sanctions pénales pouvant être prononcées ainsi que de leur inscription au casier judiciaire.

Qu'il s'agisse de la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques ou des créations industrielles, les titulaires des droits de propriété intellectuelle victimes se tournent plus volontiers vers le juge judiciaire pour obtenir réparation de leur préjudice.

Sanctions pénales. Le délit de contrefaçon est principalement punissable par des peines d'emprisonnement et des amendes. Ainsi, pour les œuvres littéraires et artistiques⁹⁴¹, les brevets⁹⁴² et les dessins et modèles⁹⁴³, depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « *Perben II* » qui renforce la sévérité des sanctions des atteintes au droit d'auteur, celles-ci sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Ces peines ne sont pas suffisantes à restaurer le droit violé de l'auteur, c'est pourquoi le juge peut également prononcer une injonction de cesser l'exploitation contrefaisante assortie d'une astreinte. Par exemple, en matière de marque, le juge

⁹⁴¹ Art. L. 335-2 et s. du Code de la propriété intellectuelle

⁹⁴² Art. L. 615-14 et s. du Code de la propriété intellectuelle

⁹⁴³ Art. L. 521-2 et s. du Code de la propriété intellectuelle

peut prononcer une interdiction de poursuivre les actes de contrefaçon⁹⁴⁴, éventuellement assortie d'une astreinte⁹⁴⁵.

Sanctions civiles. Le véritable intérêt en matière de contrefaçon est la réparation du préjudice du titulaire des droits sur la création contrefaite. Pour aider les juges du fond dans leur mission d'évaluation du préjudice subi par le titulaire des droits de propriété intellectuelle, la loi du 29 octobre 2007 qui transpose la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle introduit dans le Code de la propriété intellectuelle un article L. 331-1-3 qui pose les critères de la détermination du montant des dommages et intérêts. Ainsi, le Code de la propriété intellectuelle énonce que « *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.* »

En conséquence, plusieurs chefs de préjudice doivent être pris en compte par les juges du fond, c'est à dire que appréciation n'est considérée souveraine que dès lors qu'ils distinguent les chefs de préjudices et qu'ils ne se contentent pas d'une appréciation globale⁹⁴⁶.

b) Réparation du préjudice en matière d'occupation sans titre du domaine public.

La réparation de l'occupation sans titre fonctionne selon un principe assez similaire : il s'agit d'une part de sanctionner pénalement l'occupant sans titre et d'autre part de le condamner à payer une redevance à titre d'indemnité d'occupation⁹⁴⁷.

Sanctions pénales. Il existe une répression pénale des atteintes au domaine public visant à préserver son intégrité matérielle, qui n'existe pas en droit privé. Ce régime

⁹⁴⁴ Cass. com., 4 mai 1999 : RDPI 2000, n° 109, p. 14

⁹⁴⁵ CA Paris, 17 sept. 1998 : Ann. propr. ind. 1999, p. 99

⁹⁴⁶ C. Maréchal, « *La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* » : Comm. com. électr. 2014, étude 11

⁹⁴⁷ J.B Auby, RDI 1992. 488

de protection consiste dans des contraventions de voirie, et dans l'institution d'une police de la conservation qui le domaine public lui-même, mais également son affectation, en ce compris l'usage qui est fait du domaine.

Les contraventions de grande voirie sont dressées par le biais d'un procès verbal établi par un agent assermenté, tel que le préfet, qui le transmettra à l'autorité chargée de la police de conservation, et relèvent de la compétence du juge administratif.

Dans ce cadre, le juge est amené à prononcer deux types de sanction. D'une part, des sanctions pécuniaires telles que des amendes et des astreintes pour ordonner à la personne contrevenante de quitter les lieux dans un certain délai. D'autre part, le juge peut condamner au paiement de dommages et intérêts lorsqu'un dommage doit être réparé.

Contrairement à ce qui se pratique en matière de contrefaçon, parce que la sanction prononcée par le juge administratif est tout autant répressive qu'indemnitaire, aucune action civile ne peut accompagner l'action publique.

Il existe un second type de contraventions relatives au domaine public routier. Elles visent à sanctionner des infractions telles que l'empiètement sur la voie publique, ou les dégradations perpétrées par un automobiliste sur le domaine public routier. Un procès verbal est dressé par un agent assermenté puis transmis au procureur de la République et à l'ingénieur de l'équipement territorialement compétent.

En matière de contraventions relatives au domaine public routier, seul le juge judiciaire est compétent. Toutefois, le juge administratif connaît des recours pour excès de pouvoir contre le refus par l'autorité administrative de poursuivre une telle contravention.

Dans cette hypothèse, le juge judiciaire peut prononcer des sanctions pécuniaires, telles que des amendes, ou intervenir dans le cadre d'une action en réparation.

Ainsi, comme en matière de contrefaçon, la sanction de l'occupation sans titre se traduit par des sanctions pénales spéciales et par le paiement d'une redevance dont nous allons démontrer le caractère essentiellement indemnitaire.

Paiement d'une redevance à vocation indemnitaire. Le juge est très clair sur le fait que l'occupant sans titre du domaine public doit payer une redevance. En effet, il énonce expressément qu'aux « *termes de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques* : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.* ». Aux termes de l'article L. 2125-1 du même code : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance [...]* » ; qu'il résulte de ces dispositions que *l'occupation privative du domaine public, même sans titre, donne lieu au paiement d'une redevance par l'occupant*⁹⁴⁸ ».

En outre, le juge rappelle qu'il est nécessaire de procéder à la détermination *a posteriori* de la redevance exigible lorsqu'il énonce qu'une « *commune est fondée à réclamer à l'occupant sans titre de son domaine public, au titre de la période d'occupation irrégulière, une indemnité compensant les revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période ; qu'à cette fin, elle doit rechercher le montant des redevances qui auraient été appliquées si l'occupant avait été placé dans une situation régulière, soit par référence à un tarif existant, lequel doit tenir compte des avantages de toute nature procurés par l'occupation du domaine public, soit, à défaut de tarif applicable, par référence au revenu, tenant compte des mêmes avantages, qu'aurait pu produire l'occupation régulière de la partie concernée du domaine public communal*⁹⁴⁹. »

Par ces deux décisions, le juge administratif reconnaît l'idée qu'il faut indemniser la personne publique des « *revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier* » et fait référence aux « *revenus tenant compte des mêmes avantages, qu'aurait pu produire l'occupation régulière de la partie concernée du domaine public* ».

Cette conception de la réparation reprend en partie celle prévue en matière de contrefaçon par les articles L. 331-1-3, L. 615-7 et L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle qui fixent le montant des dommages et intérêts en tenant compte notamment du « *manque à gagner et la perte subis par la partie lésée* ».

⁹⁴⁸ TA Dijon 15 janvier 2009 ; AJDA 2009. 845

⁹⁴⁹ CE 16 mai 2011 ; AJDA 2011. 1848

Dans cette démarche, le juge administratif est même allé plus loin en énonçant que *« l'occupation sans droit ni titre d'une dépendance du domaine public constitue une faute commise par l'occupant irrégulier et que celui-ci doit réparer le dommage ainsi causé au gestionnaire du domaine par le versement d'une indemnité, calculée par référence, en l'absence de tarif applicable, au revenu, tenant compte des avantages de toute nature, qu'aurait pu produire l'occupation régulière de la dépendance en cause ; qu'en subordonnant le versement d'une indemnité par l'occupant irrégulier du domaine public fluvial à Voies navigables de France à l'existence de tarifs régulièrement fixés et rendus opposables aux bénéficiaires d'autorisations d'occupation du domaine, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé ⁹⁵⁰ »*.

Ainsi, la faute commise par l'occupant irrégulier doit être réparée par le versement d'une indemnité, c'est à dire que le paiement d'une redevance a une vocation uniquement indemnitaire du préjudice subi par le propriétaire de la dépendance du domaine public du fait de l'occupation sans titre.

3) La contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public est constitutive d'une occupation sans titre.

Nous avons montré que la contrefaçon et l'occupation sans titre du domaine public ont deux caractéristiques communes : tout d'abord, ces deux infractions sont commises à défaut d'avoir obtenu une autorisation d'utilisation de la part du titulaire des droits sur la création intellectuelle ou sur la dépendance du domaine public.

D'autre part, nous avons démontré que l'objet de la procédure contre le contrefacteur et l'occupant sans titre du domaine public a une vocation indemnitaire, qui vise à réparer pécuniairement le préjudice subi par le titulaire des droits sur une création contrefaite ou le propriétaire de la dépendance occupée sans titre.

⁹⁵⁰ CE 11 février 2013 ; AJDA 2013. 1198

Pour ces deux raisons, la contrefaçon et l'occupation sans titre sont très voisines. Cependant, un dernier point doit ici être abordé à propos de la vocation indemnitaire de ces deux actions. En effet, la sanction de l'occupation sans titre et de la contrefaçon tendent à réparer un manque à gagner.

En matière de contrefaçon, ce manque à gagner peut revêtir des formes multiples mais il est en général évalué en fonction des bénéfices réalisés par le contrefacteur et la marge bénéficiaire de la victime. L'objet de cette action est de réparer le gain que la victime de la contrefaçon aurait pu réaliser si elle avait été l'auteur des ventes contrefaisantes.

En matière d'occupation sans titre du domaine public, le manque à gagner est simplement calculé à partir des redevances que le propriétaire de la dépendance aurait pu percevoir si la dépendance avait été occupée régulièrement.

Les modes de calcul de l'indemnité sont dans les deux cas assez proches : d'un côté, on tiendra compte de la masse contrefaisante, de la durée de la contrefaçon, des capacités d'exploitation de la victime, mais également de l'existence d'autres produits concurrents sur le marché qui peuvent laisser penser que le client ne se serait pas nécessairement tourné vers les produits de la victime s'il n'y avait pas eu de contrefaçon. D'autre part, on observera également la durée de l'occupation sans titre, et on cherchera à établir le montant des redevances que le gestionnaire de la dépendance aurait pu percevoir dans le cadre d'une occupation régulière.

En fait, les articles L. 331-1-3, L. 615-7 et L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle qui fixent le montant des dommages et intérêts en tenant compte notamment du « *manque à gagner et la perte subis par la partie lésée* » coïncident avec la conception de la réparation de l'occupation sans titre.

Pourtant, ces articles du Code de la propriété intellectuelle reprennent d'autres critères de fixation du montant des dommages et intérêts qui sont étrangers à l'occupation sans titre. Ainsi, ils énoncent que doit également être tenu compte du « *2° préjudice moral causé à cette dernière (la partie lésée)* » et « *des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies*

d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits⁹⁵¹».

Cette différence des critères fixation du montant de l'indemnité constitue la preuve que le régime de l'occupation sans titre n'est pas adapté à l'occupation sans titre des dépendances intellectuelles du domaine public. En effet, ce régime pensé pour les routes et les ponts ne peut pas, en raison de la nature des biens auxquels il s'adresse, prendre en compte des éléments comme le droit moral de l'auteur ou les investissements intellectuels mis en œuvre pour l'élaboration d'une création intellectuelle.

La contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public est constitutive d'une occupation sans titre. Seulement, le régime de l'occupation sans titre n'est pas adapté à la nature des créations intellectuelles. Il apparaît donc comme un régime impropre à permettre la réparation du préjudice subi par l'utilisation irrégulière d'une création intellectuelle du domaine public.

La problématique est sans conséquence pour les créations intellectuelles du domaine privé, qui sont soumises au juge judiciaire dans le cadre de l'action en contrefaçon. Mais tel n'est pas le cas des créations intellectuelles du domaine public, qui sont par principe du ressort du juge administratif, qui plus est en matière d'occupation sans titre.

On pourrait soutenir qu'il convient de rénover la notion d'occupation sans titre pour permettre aux créations intellectuelles du domaine public d'être soumises au régime de l'utilisation irrégulière. Dans ces conditions, le juge administratif resterait compétent pour exclure les occupants sans titres, ou plutôt les utilisateurs irréguliers des créations intellectuelles du domaine public. Pour ce faire, le régime de l'occupation sans titre devrait se dédoubler, comprenant alors un régime spécifique à l'occupation sans titre des dépendances immobilières (tel qu'il existe déjà), et un régime nouveau adapté aux dépendances mobilières matérielles et immatérielles en ce compris les créations intellectuelles.

⁹⁵¹ Art. L. 331-1-3, L. 615-7 et L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle

À notre sens, cette solution doit être rejetée : notre étude du droit de la propriété intellectuelle démontre la recherche d'une unité de la matière. Elle démontre également que leur nature de création intellectuelle l'emporte souvent sur les autres spécificités des biens. Pour cette raison, fractionner la propriété intellectuelle entre le juge administratif et le juge judiciaire nous semble contraire à la logique générale du droit de la propriété intellectuelle. En outre, il serait inapproprié de soumettre au juge administratif un contentieux qui lui est inconnu, fondé sur un régime de réparation basé sur des critères qu'il ne maîtrise pas. Une telle position ne serait profitable ni au juge, ni aux victimes de contrefaçon qui seraient inévitablement indemnisées dans des mesures moindres qu'en application du Code de la propriété intellectuelle, dès lors que la redevance perçue suite à une occupation sans titre est calculée selon une méthode qui ne tient pas compte de tous les chefs de préjudice pris en compte par le Code de la propriété intellectuelle.

Notre proposition est donc la suivante : l'utilisation irrégulière des dépendances intellectuelles du domaine public doit faire exception au régime des occupations irrégulières du domaine public. Elle doit être soustraite au régime spécial de l'occupation sans titre, au bénéfice de l'action en contrefaçon, spécialement adaptée à la nature des créations intellectuelles. En quelque sorte, le carquois ne contient pas les bonnes flèches : la domanialité publique, même si elle peut intégrer des créations intellectuelles, ne dispose pas d'un régime adapté à leur conservation.

Cette affirmation a trois conséquences : d'abord, elle tranche la question du juge compétent, en établissant que seul le juge judiciaire, compétent en matière de propriété intellectuelle, est autorisé à statuer sur la contrefaçon des dépendances intellectuelles du domaine public.

Ensuite, elle unifie le contentieux de la propriété intellectuelle publique, en la soumettant entièrement au même juge, qu'elle soit attachée au domaine public ou au domaine privé. En réalité, la domanialité de la création n'a que très peu d'effets sur sa protection, car l'action en contrefaçon sanctionne sévèrement l'atteinte à toutes les créations, sans considération particulière pour la question de la domanialité qui est très étrangère au juge judiciaire.

Enfin, cette solution est bénéfique du point de vue de la valorisation des propriétés intellectuelles publiques. En effet, le régime de l'occupation sans titre sanctionne toute occupation ou utilisation privative irrégulière du domaine public par le paiement d'une redevance. Or, nous avons établi que le calcul de cette redevance étant pensé pour des biens essentiellement immobiliers, il ne tient pas compte du « 2° *préjudice moral causé à cette dernière (la partie lésée)* » et « *des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits*⁹⁵² » prévus par le Code de la propriété intellectuelle.

Dans ces conditions, d'une part le calcul de la redevance pour l'occupation sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public est très délicate à établir (et l'on sait combien les personnes publiques éprouvent des difficultés à fixer et à évaluer leur patrimoine intellectuel) ; d'autre part, le montant de la redevance ainsi calculée est nécessairement inférieur aux dommages et intérêts versés en matière de contrefaçon puisque le régime de l'occupation sans titre ne tient compte ni du préjudice moral, ni des économies réalisés par le contrefacteur.

Pour ces raisons, les personnes publiques peuvent tirer un profit supérieur du fait de l'octroi de dommages et intérêts dans le cadre d'une action en contrefaçon par rapport à la perception d'une redevance au titre de l'occupation sans titre du domaine public. Ainsi, l'action en contrefaçon des créations intellectuelles du domaine public est un outil intéressant de la valorisation du patrimoine intellectuel public.

⁹⁵² Art. L. 331-1-3, L. 615-7 et L. 716-14 du Code de la propriété intellectuelle

Section 2 : Existence d'une obligation de poursuivre les contrefacteurs de la dépendance intellectuelle du domaine public ?

Nous avons établi que l'occupation sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public est constitutive d'une contrefaçon, qui doit être poursuivie devant le juge judiciaire en application du principe selon lequel il est seul compétent en matière de propriété intellectuelle⁹⁵³.

Cependant, en raison des liens qui existent entre l'occupation sans titre et la contrefaçon d'une création intellectuelle du domaine public, il convient de s'interroger sur le caractère obligatoire de cette action. En effet, nous avons montré qu'il appartient au propriétaire privé de poursuivre ou de ne pas poursuivre les contrefacteurs de sa création intellectuelle. Il est à ce sujet parfaitement libre. Tel n'est pas, selon nous, le cas du gestionnaire d'une dépendance du domaine public qui fait l'objet d'une occupation sans titre. Pour le domaine privé, la solution est différente : si l'utilisation irrégulière peut être reconnue, il appartient à la personne publique de décider si elle entend ou non poursuivre le contrefacteur.

L'objet de la présente Section sera de déterminer s'il existe une obligation d'agir en justice pour sanctionner la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public. En d'autres termes, la personne publique titulaire des droits sur une création intellectuelle incorporée au domaine public est-elle contrainte de poursuivre son contrefacteur ?

La réponse à cette question est cruciale : si elle est positive, elle consacre l'existence d'obligations renforcées par la personnalité publique par rapport au droit privé en matière de propriété intellectuelle. En outre, elle soulève un aspect jusqu'ici inconnu du droit de la propriété intellectuelle, à savoir l'existence d'une obligation inédite de poursuivre les contrefacteurs d'une création intellectuelle.

⁹⁵³ TC, 7 juillet 2014, arrêts N°3954 et 3955, *M. A. c. Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle*.

Ainsi, selon nous, c'est parce qu'il existe une obligation de conservation du domaine public que la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public entraîne l'obligation pour la personne publique de poursuivre le contrefacteur.

Dans ce cadre, nous nous attacherons à démontrer que les personnes publiques sont soumises à une obligation de poursuivre les contrefacteurs de leurs créations intellectuelles incorporées au domaine public (Sous-section 1), qui vise à faire cesser le trouble en procédant à une sorte d'expulsion⁹⁵⁴ du contrefacteur de la dépendance intellectuelle du domaine public (Sous-section 2).

⁹⁵⁴ *Pour reprendre la sémantique des contreventions de grande voirie*

Sous – section 1 : L'obligation d'agir en justice de la personne publique propriétaire d'une dépendance intellectuelle du domaine public contrefaite.

Il existe une obligation pour la personne publique titulaire des droits de propriété sur une dépendance intellectuelle du domaine public qui fait l'objet d'une utilisation irrégulière d'agir en justice contre le contrefacteur.

Les contraventions de grande voirie sont des infractions à des textes spéciaux qui assurent la conservation des biens du domaine public autres que la voirie routière. Cette définition résulte de l'ordonnance du 27 décembre 1958⁹⁵⁵ qui a exclu du champ des contraventions de grande voirie toutes les infractions aux lois et règlements concernant la police de la conservation des voies publiques. Ainsi, demeurent dans ce régime les contraventions qui concernent une dépendance des domaines publics maritime, fluviale, ferroviaire et militaire, ainsi que la plupart des dépendances du domaine terrestre.

Pour que soit constituée une contravention de grande voirie, il faut qu'un texte spécial assure la protection juridique de la dépendance concernée, que celle-ci ne soit pas affectée à la circulation générale et qu'une infraction consistant en une dégradation ou une gêne causée à l'utilisation du domaine soit commise⁹⁵⁶.

Il faut apporter ici une précision fondamentale dans notre démonstration : les notions d'occupation sans titre et de contravention de grande voirie sont souvent confondues. Pourtant, elles ne se recoupent que partiellement, seulement lorsque des textes qualifient l'occupation sans titre de contravention de grande voirie.

Ainsi que le rappelle P. Yolka, « *il convient de noter que, parmi les dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques relatives aux contraventions de grande voirie, un seul article se réfère explicitement aux occupations sans titre du domaine public*⁹⁵⁷ ».

⁹⁵⁵ Ordonnance n°58-1351 du 27 décembre 1958 relative à la conservation du domaine public routier (infractions à la police de la conservation du domaine public routier. Personnes aptes à les constater, poursuite, réparation, juridiction), JORF du 29 décembre 1958 page 11966

⁹⁵⁶ A. Kouévi, *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie*, AJDA 2000. 393

⁹⁵⁷ P. Yolka, *JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 68 : Domaine Public – Protection contre les occupants sans titre*, Septembre 2014, n°122 ;

Ainsi, le Code général de la propriété des personnes publiques énonce que « *les contraventions définies par les textes mentionnés à l'article L. 2132-2, qui sanctionnent les occupants sans titre d'une dépendance du domaine public, se commettent chaque journée et peuvent donner lieu au prononcé d'une amende pour chaque jour où l'occupation est constatée, lorsque cette occupation sans titre compromet l'accès à cette dépendance, son exploitation ou sa sécurité*⁹⁵⁸. »

Le juge énonce qu'en l'absence d'un texte explicite, l'occupation sans titre ne constitue pas une contravention de grande voirie : « *considérant d'une part qu'à la supposer même constituée, l'occupation sans droit, ni titre d'une portion du domaine public d'un marché d'intérêt national, si elle contrevient aux dispositions de l'article L. 28 du code du domaine de l'État, n'est pas, à défaut d'un texte législatif ou réglementaire le prévoyant expressément, constitutive d'une contravention de grande voirie*⁹⁵⁹ ».

C'est ce point qui nous intéresse particulièrement en l'espèce : aucun texte n'énonce que l'utilisation irrégulière d'une dépendance intellectuelle du domaine public est constitutive d'une contravention de grande voirie.

Par conséquent, l'occupation sans titre d'une création intellectuelle du domaine public n'est pas soumise au régime des contraventions de grande voirie. En cela, tant mieux : le régime des contraventions de grande voirie est parfaitement inadapté à l'occupation sans titre des créations intellectuelles.

Pour autant, la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public ne peut pas être considérée comme une simple contrefaçon : elle est beaucoup plus grave car en portant atteinte au domaine public, elle touche à ce que le droit administratif des biens veut protéger le plus efficacement. Elle est même tellement grave qu'elle est la source d'une obligation inédite en droit positif de poursuivre le contrefacteur.

⁹⁵⁸ Art. L. 2132-27 du Code général de la propriété des personnes publiques ;

⁹⁵⁹ CAA Paris, 21 sept. 2000, *Sté D8, Sté Semmaris* : Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 181 ; TA Rouen, 9 janv. 1979, *Lanoy* : Rec. CE 1979, p. 499;

Nous démontrerons l'existence de cette obligation en rappelant qu'il existe une obligation de poursuivre l'occupant sans titre (1), et que cette obligation est parfaitement transposable à l'obligation de poursuivre le contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public (2).

1) L'obligation de poursuivre les occupants sans titre.

Nous avons démontré que toutes les occupations sans titre ne sont pas constitutives de contraventions de grande voirie, et que spécifiquement la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public est constitutive d'une occupation sans titre qui n'est pas une contravention de grande voirie.

Pour cette raison, l'obligation de poursuivre l'occupant sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public ne peut pas être uniquement fondée sur la décision du Conseil d'État qui énonce que *« les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public maritime sont tenues, par application des principes régissant la domanialité publique, de veiller à l'utilisation normale des rivages de la mer et d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elles tiennent de la législation en vigueur, y compris celui de saisir le juge des contraventions de grande voirie, pour faire cesser les occupations sans titre et enlever les obstacles créés de manière illicite, qui s'opposent à l'exercice par le public, de son droit à l'usage du domaine maritime ; que, si l'obligation ainsi faite à ces autorités trouve sa limite dans les autres intérêts généraux dont elle a la charge et, notamment, dans les nécessités de l'ordre public, elle ne saurait légalement s'y soustraire, en revanche, pour des raisons de simple convenance administrative⁹⁶⁰. »*

Cet arrêt est adaptable aux dépendances intellectuelles. En effet, il ne dit aucunement que l'autorité administrative serait dispensée d'agir en l'absence de texte instituant une contravention de grande voirie. Au contraire, il dit qu'elle doit user des moyens que lui offre la législation (et pourquoi pas l'action en contrefaçon), y compris, lorsqu'elle est utilisable, la contravention de grande voirie.

⁹⁶⁰ CE, 23 fev. 1979, *Min. Équipement c/ Assoc. « des amis des chemins de ronde »*, Rec. CE, p. 75, concl. A. Bacquet, chron. O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau, AJDA 1979. 83, note M. Waline, RD publ. 1979. 1157

Le principe est clair : les personnes publiques sont dépositaires d'une mission de conservation du domaine public en vue de garantir son affectation. De cette mission découle naturellement l'obligation pour les personnes publiques de demander l'expulsion des occupants sans titre. En cela, l'expulsion des occupants sans titre constitue simplement le corollaire de la nécessité d'un titre d'occupation pour utiliser une dépendance du domaine public⁹⁶¹.

En effet, c'est parce qu'un titre d'occupation est expressément requis pour permettre l'utilisation privative du domaine public que toute personne qui se livre à une telle utilisation sans autorisation doit être expulsée.

Le juge est explicite sur cette obligation et énonce notamment que « *l'autorité administrative est tenue, lorsque les travaux irrégulièrement entrepris empiètent sur le domaine public, d'exercer les pouvoirs qu'elle tient de la législation en vigueur pour faire cesser les occupations sans titre et enlever les obstacles créés de manière illicite.*⁹⁶² »

Dans les mêmes conditions, le juge considère que les personnes publiques exercent une compétence liée lorsqu'elles mettent en demeure l'occupant sans titre de retirer ses installations⁹⁶³, et que le juge confronté à un occupant sans titre est tenu de le condamner : « *que, par suite, et alors même que la décision de l'assemblée des professeurs du 20 janvier 1983 prononçant la résiliation de la convention du 4 juillet 1978 ne serait pas elle-même devenue exécutoire faute d'avoir été elle aussi approuvée, le Muséum était fondé à demander au juge administratif l'expulsion de M. Thomas, occupant sans titre ; que, saisi de cette demande, le tribunal administratif était tenu d'y faire droit sans pouvoir accorder à l'occupant un délai supplémentaire pour quitter les lieux.*⁹⁶⁴ »

Le juge est donc ferme sur la nécessité d'expulser les occupants sans titre. Pourtant, si cette obligation est simple en théorie, elle peut être difficile à mettre en pratique.

⁹⁶¹ CE, 20 juin 1980, *Cne Ax-les-Thermes* : Rec. CE 1980, p. 281 ; AJDA 1980, I, p. 527, chron. Ferrer et Pinault ; AJDA 1980, II, p. 551 ; RDP 1980, p. 1726, concl. Rougevin-Baville ;

⁹⁶² CE, 7 févr. 1992, *SOGRAGA* ; Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 218 ;

⁹⁶³ TA Cergy Pontoise, 19 mars 2001, *Sté CODIAM* : Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 125 ;

⁹⁶⁴ CE, 13 févr. 1991, *Thomas* ; Rec. CE 1991, p. 55 ; D. 1991, inf. rap. p. 74 ; Dr. adm. 1991, comm. 178 ; Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 491 ; JCP G 1991, IV, p. 131 ; RD imm. 1991, p. 184 ; RFDA 1991, p. 367 ;

Cependant, encore faut-il que la personne publique s'aperçoive de l'utilisation irrégulière, et qu'elle décide de la poursuivre. En effet, dans cette matière, même s'il existe une obligation de principe de poursuivre les infractions aux règles de protection du domaine public, l'effectivité de celle-ci est limitée par le fait que les personnes publiques ne sont pas toujours vigilantes et réactives sur ce terrain.

2) L'obligation de poursuivre le contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public.

Les occupations sans titre des dépendances du domaine public sont soumises au régime général des occupations sans titre, qui prévoit une obligation de poursuivre les occupants sans titre, mais elles ne sont *a priori* pas soumises au régime spécifique des contraventions de grande voirie.

Pour autant, certains auteurs ont une vision plus large de la notion de contravention de grande voirie qui pourrait intégrer les dépendances intellectuelles du domaine public. Cette position de la doctrine nous intéresse car elle peut constituer un second fondement de l'obligation de poursuivre les occupants sans titre, qui viendrait s'ajouter à celle qui découle simplement de la nécessité de sanctionner les atteintes au domaine public. En effet, nous avons précédemment énoncé que le Conseil d'État a établi que « *les autorités chargées de la police et de la conservation du domaine public sont tenues de (...) faire cesser les occupations sans titre (...)* » et qu' « *elles ne sauraient légalement s'y soustraire, en revanche, pour des raisons de simple convenance administrative*⁹⁶⁵. » Reconnaître que l'occupation sans titre des dépendances intellectuelles du domaine public est constitutive d'une contravention de grande voirie renforce l'obligation de poursuivre les contrevenants.

Ainsi, A. Kouévi énonce que « *s'il est un régime juridique véritablement exorbitant du droit commun, c'est bien celui de la domanialité publique. Il est spécialement aménagé pour assurer aux dépendances du domaine public de l'administration toute*

⁹⁶⁵ CE, 23 fév. 1979, *Min. Équipement c/ Assoc. « des amis des chemins de ronde »*, préc.

*la protection physique et juridique indispensable à la satisfaction de l'intérêt général*⁹⁶⁶ ».

Cette l'interprétation extensive de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 23 février 1979 « *Min. Équipement c/ Assoc. des amis des chemins de ronde* » ne renonce pas à l'intégration des biens intellectuels du domaine public dans les « *dépendances du domaine public de l'administration* » protégées par les contraventions de grande voirie.

En ce sens, G. Bachelier écrit que « *cette décision, rendue pour le domaine public maritime, a une portée générale et s'applique à toutes les dépendances domaniales, quel que soit le domaine public concerné*⁹⁶⁷ ».

Il apparaît donc que la portée de cette décision et des commentaires auxquels elle a donné lieu tend à admettre que tout ce qui n'est pas du ressort du domaine routier est englobé dans la notion de grande voirie.

Cette position n'est pas en soi illogique, car elle traduit le fait que seules deux catégories de contraventions viennent sanctionner les atteintes au domaine public : les contraventions de grande voirie et les contraventions de voirie routière. En application de l'ordonnance du 27 décembre 1958⁹⁶⁸, qui énonce que toutes les infractions aux lois et règlements concernant la police de la conservation des voies publiques sont rattachées aux contraventions de voirie routière, tout ce qui n'est pas du domaine routier est du domaine de la grande voirie. Ainsi, puisque les dépendances intellectuelles du domaine public ne sont pas incluses dans la définition du domaine public routier, les atteintes qui leur sont faites constituent des contraventions de grande voirie.

A priori, l'instinct conduit à penser que rapporter les créations intellectuelles du domaine public à la catégorie des contraventions de grande « *voirie* » est une erreur.

⁹⁶⁶ A. Kouévi, préc., AJDA 2000. 393

⁹⁶⁷ G. Bachelier, *Contraventions de grande voirie*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, septembre 2014, n°87

⁹⁶⁸ Ordonnance n°58-1351 du 27 décembre 1958 relative à la conservation du domaine public routier (infractions à la police de la conservation du domaine public routier. Personnes aptes à les constater, poursuite, réparation, juridiction), JORF du 29 décembre 1958 page 11966

En réalité, c'est la sémantique qui choque plus que le fond. En conséquence, il faut ici se détacher du verbe dont on sait en droit qu'il est tout autant nécessaire que souvent trompeur. En l'occurrence, le terme de « voirie » est daté d'une époque où le domaine public était constitué de dépendances immobilières. Il faut que le droit positif admette que cette époque est aujourd'hui révolue, et que la conservation du domaine public sous ses traits actuels requiert la sanction des atteintes à ses dépendances autres que les seules dépendances publiques maritimes, fluviales, ferroviaires et militaires, ou terrestres.

F. Hoffmann énonce très justement à ce propos qu'en droit positif « *il n'existe plus de grande voirie* », et qu'« *il aurait été souhaitable de modifier leur appellation et retenir, par exemple, celle de contravention domaniale.*⁹⁶⁹ »

L'idée d'une « *contravention domaniale* » qui ne s'appliquerait plus à ce seul domaine public maritime, fluvial, ferroviaire, aéronautique et militaire est séduisante : il est étonnant que le Code général de la propriété des personnes publiques qui a vocation à revaloriser la propriété publique⁹⁷⁰ ne se fonde pas davantage sur la propriété que sur l'affectation. Cette acception large par la notion de « *contravention domaniale* » permettrait d'intégrer les utilisations irrégulières des dépendances intellectuelles du domaine public.

Si la question du sort des utilisations irrégulières des dépendances intellectuelles du domaine public ne se pose pas en doctrine, c'est qu'elle ne fait l'objet d'aucun contentieux. Puisque les personnes publiques sont réticentes à incorporer à leur domaine public leurs propriétés intellectuelles, elles sont soumises au régime de droit privé prévu par la domanialité privée et qui suppose la mise en œuvre d'une action en contrefaçon.

⁹⁶⁹ F. Hoffmann, *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie*, AJDA 2013, p. 1721. : « *L'on rappellera seulement que, jusqu'en 1926 et sur le fondement de la loi du 28 pluviôse an VIII, les conseils de préfecture étaient compétents pour connaître des atteintes portées aux routes nationales et départementales, ainsi qu'aux rues de Paris. Quant au juge judiciaire, il connaissait lui des atteintes portées aux chemins vicinaux, aux voies urbaines autres que les rues de Paris et aux traverses de routes nationales et des chemins départementaux qui constituaient des contraventions de petite voirie. Toutefois, comme ce dernier connaissait également des infractions à la police de la circulation, il a été procédé à une unification à son profit de l'ensemble des infractions commises sur la voirie routière par le décret-loi du 28 décembre 1926 (DP 1927. 4. 333), confirmé par l'ordonnance du 27 décembre 1958 (D. 1959. 135) et dont les dispositions figurent aujourd'hui aux articles L. 116-1 et suivants du code de la voirie routière. Les contraventions de grande voirie ne sanctionnent donc plus les atteintes à une dépendance du domaine public routier.* » ;

⁹⁷⁰ Ph. Yolka, *Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques*, JCP Adm. 2006. Actu. 452 ;

Toutefois, cette problématique revêt un intérêt certain dès lors que nous avons démontré que le Code général de la propriété des personnes publiques est centré sur la notion d'affectation, et que certaines créations intellectuelles peuvent être affectées à un service public. Tel est le cas de la marque, ou du logotype par exemple qui permettent aux usagers d'identifier un service public.

Contrefaire une marque affectée à un service public entraîne des conséquences très dommageables pour le public et pour la personne en charge du service. Tout d'abord, le risque de confusion pour le public constitue un danger que la personne en charge du service public ne peut pas laisser perdurer. En outre, si la personne gestionnaire du service commercialise des objets ou des services estampillés de sa marque, la contrefaçon lui porte un préjudice financier évident.

Pour ces raisons, il n'est pas inconcevable de penser que notre droit positif peut intégrer à la poussiéreuse notion de contravention de grande voirie l'occupation sans titre des dépendances intellectuelles du domaine public, et par conséquent la contrefaçon des dépendances du domaine public.

F. Hoffmann considère même que « *l'extension des contraventions de grande voirie au domaine privé*⁹⁷¹ *pourrait être envisagée*⁹⁷² ». Nous nous accordons parfaitement avec cette position, car l'atteinte perpétrée sur la dépendance est la même que celle-ci soit incorporée au domaine public ou au domaine privé. Pourquoi distinguer le régime des poursuites ?

C'est en partie sur cette question que l'action en contrefaçon apporte une réponse satisfaisante. En effet, le droit de la propriété intellectuelle ignore la logique domaniale propre au droit public, ce qui a pour conséquence que la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle sera sanctionnée dans les mêmes conditions, que celle-ci soit incorporée au domaine public ou au domaine privé. En d'autres termes, l'action en contrefaçon est une action unique qui permet de sanctionner à la fois les atteintes sur le domaine public et sur le domaine privé.

⁹⁷¹ CE 28 mai 2004, *Aéroports de Paris c/ Société SADE CGTH*, n° 241304, Lebon 238, concl. G. BACHELIER ; AJDA 2004. 1214 ; CJCE 2004. 556, note P. Yolka ; JCP Adm. 2004, n° 1056 pour un refus d'extension des contraventions de grande voirie au domaine privé.

⁹⁷² F. Hoffmann, *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie*, préc., p. 1721 ;

La seule différence est l'étendue de l'obligation de la personne publique propriétaire : en matière de contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public, comme en matière d'occupation sans titre, la poursuite est obligatoire. En cas de contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine privé, c'est à la personne publique propriétaire de la création intellectuelle d'apprécier l'opportunité des poursuites.

En outre, le recours contre l'occupant sans titre ou le « *contrevenant domanial* »⁹⁷³ est assez inadapté à la nature des créations intellectuelles : par exemple, le recours au préfet⁹⁷⁴ pour dresser le procès verbal de la contravention de grande voirie, ou le recours au juge administratif pour obtenir l'expulsion de l'occupant sans titre sont inadaptés à la sanction de l'infraction de contrefaçon.

Ainsi, l'occupation sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public est une notion hypothétique car elle ne s'est pas encore matérialisée dans une espèce. Pour autant, même en l'absence de contentieux, il est évident que le régime de la sanction des occupations sans titre et des contraventions de grande voirie est inadapté en matière de dépendances intellectuelles.

Les occupations sans titre sont régies par un régime reposant sur la capacité des personnes publiques à repérer les utilisations irrégulières du domaine public, et sur leur rigueur puisque les tolérances qui sont légion sont en réalité fautives. Ce régime prévoit que les personnes publiques saisissent elles-mêmes le juge administratif pour obtenir une mesure d'expulsion qu'elles pourront ensuite exécuter.

Les contraventions domaniales sont régies par un régime unique où cohabitent une action pénale et une action civile ou domaniale⁹⁷⁵, dont on sait que les poursuites sont engagées, en principe, par le préfet et non par le propriétaire de la dépendance sur laquelle l'infraction est perpétrée. Nous avons démontré que cette situation est critiquée par la doctrine, et qu'elle n'est pas transposable au contentieux de la propriété intellectuelle, notamment en raison du rôle du préfet.

⁹⁷³ Pour reprendre l'expression de F. Hoffmann ;

⁹⁷⁴ Par exemple : CE, 9 nov. 1988, n° 85096, *secr. d'État mer c/ Denis Jain* ;

⁹⁷⁵ P. Gelard, *Le caractère mixte de la contravention de grande voirie*, AJDA 1967. 140 ; J.-M. AUBY, L'action domaniale, AJDA 1983. 507 ;

Les pistes de recherche en la matière tournent autour de deux axes, à savoir la scission de l'action pénale et de l'action civile ou domaniale, et le prononcé de dommages et intérêts punitifs. Ainsi, F. Hoffmann propose une première hypothèse dans laquelle « *le préfet serait compétent uniquement pour engager l'action pénale, tandis que la personne publique propriétaire (ou éventuellement le gestionnaire) engagerait seule l'action civile ou domaniale*⁹⁷⁶ ».

Une deuxième hypothèse serait de retenir le recours à une action unique diligentée par la collectivité propriétaire, et « *la sanction des atteintes au domaine public serait simplement civile : le contrevenant n'aurait qu'à remettre en état le domaine et réparer le préjudice subi. Toutefois, pour réprimer les comportements les plus graves, il pourrait être reconnu au juge administratif le pouvoir de condamner le contrevenant au versement de dommages-intérêts punitifs*⁹⁷⁷ ». N'est-ce pas justement l'objet de l'action en contrefaçon ?

Ainsi, lorsqu'une personne publique se rend compte qu'une des dépendances intellectuelles de son domaine public est utilisée irrégulièrement, elle a l'obligation de poursuivre le contrevenant. Sur ce point, il n'existe aucun doute, et l'existence de cette obligation spécifique renforcée par rapport au droit privé démontre que les personnes publiques sont soumises à un régime plus strict que les personnes privées en matière de propriété intellectuelle.

Pourtant, le régime des contraventions domaniales n'a pas encore subi l'évolution nécessaire pour s'adapter à la nature des poursuites qu'il convient d'engager contre un contrefacteur. Ainsi, l'administration doit poursuivre les contrefacteurs par les voies de droit dont elle dispose actuellement : ces voies de droit ne comportent pas la contravention de grande voirie.

Ce n'est en soi pas un problème, car la conjugaison du droit de la domanialité publique et du droit de la propriété intellectuelle fonctionne en réalité parfaitement bien : les personnes publiques sont soumises à l'obligation de poursuivre l'occupant

⁹⁷⁶ F. Hoffmann, *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie*, préc., p. 1721 ;

⁹⁷⁷ F. Hoffmann, *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie*, préc., p. 1721 ;

sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public dans le cadre de l'action en contrefaçon devant le juge judiciaire.

Sous - section 2 : « L'expulsion » du contrefacteur de la création intellectuelle pour rétablir le monopole de la personne publique.

Nous avons montré que le régime de l'occupation sans titre du domaine public et la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public comportent de très nombreuses similitudes.

C'est pour cette raison que l'action en contrefaçon doit être utilisée pour sanctionner les occupants sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public. Mais l'absence d'autorisation et la nécessité de réparer le préjudice ne sont pas les seuls points communs entre ces deux actions.

En effet, une troisième analogie existe entre ces deux régimes : dans les deux cas, c'est « *l'expulsion* » de l'occupant ou du contrefacteur qui est recherchée.

L'emploi du terme n'est pas neutre, il tend à démontrer que l'action contre la contrefaçon d'une dépendance intellectuelle du domaine public permet d'obtenir un résultat identique à l'action contre l'occupation sans titre d'une dépendance immobilière du domaine public, à savoir une évacuation physique du contrevenant. Cette observation constitue un aspect supplémentaire de l'assimilation que nous établissons entre les deux actions.

L'expulsion consiste dans l'action de contraindre l'occupant sans titre à évacuer les lieux, au besoin en ayant recours à la force publique. L'action en contrefaçon consiste pour sa part à mettre en œuvre tous les moyens de droit existants pour faire cesser l'utilisation irrégulière de la création intellectuelle par le contrefacteur.

Ainsi, dans la première hypothèse, le juge administratif exigera du contrevenant qu'il libère immédiatement les lieux irrégulièrement occupés. L'expulsion permet de restaurer le monopole de la personne publique dont la dépendance est occupée dans ses droits de propriétaire et de rétablir l'affectation qu'elle avait initialement prévue.

Dans la seconde hypothèse, le juge judiciaire ordonne au contrefacteur de cesser immédiatement tout acte contrefaisant. C'est une forme d'expulsion immatérielle,

c'est à dire qu'à défaut d'évacuer physiquement le contrefacteur, ce qui n'est pas possible en raison du caractère immatériel de la création, le juge le contraint à cesser l'utilisation frauduleuse. L'expulsion est donc également un outil de restauration du monopole du titulaire des droits de propriété intellectuelle sur la création, car celui-ci ne peut pas être rétabli tant que dure l'acte contrefaisant.

Ainsi, la sanction de l'occupation sans titre et de la contrefaçon visent toutes les deux à restaurer le monopole du propriétaire lésé par le recours à l'expulsion. L'expulsion peut donc être matérielle dans le cas de l'occupation sans titre d'une dépendance corporelle du domaine public. L'expulsion peut également être immatérielle dans le cas de l'occupation sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public, c'est à dire dans l'hypothèse d'un acte de contrefaçon.

L'action en contrefaçon rend simplement mieux compte du caractère immatériel de la création intellectuelle, qui explique que l'expulsion ne soit pas physique, c'est à dire que le contrefacteur ne soit pas physiquement « délogé ». En effet, « chasser » un contrefacteur consiste simplement à l'empêcher de poursuivre son activité irrégulière. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun acte matériel permettant de faire cesser la contrefaçon : par exemple, la saisie-contrefaçon⁹⁷⁸ permet au titulaire du droit de propriété industrielle s'estimant victime d'une atteinte à ce droit, sur autorisation du juge, de la faire constater par un huissier de justice habilité à pénétrer en tout lieu où l'atteinte peut être constatée et à saisir les preuves de celle-ci.

Pour autant, faire cesser un acte de contrefaçon consiste en premier lieu dans l'interdiction énoncée par le juge de poursuivre l'exécution des actes constitutifs de l'infraction.

Pour cette raison, la personne publique dont la dépendance intellectuelle du domaine public est utilisée en fraude de ses droits va rechercher à obtenir l'expulsion de celui-ci par référence au régime de la contravention de grande voirie auquel elle est traditionnellement soumise (1).

⁹⁷⁸ Art. L. 332-1 à L. 332-4 du Code de la propriété intellectuelle

Cependant, nous avons démontré que les contraventions de grande voirie sont inadaptées pour sanctionner les atteintes à la propriété intellectuelle. Pour cette raison, la personne publique dont la dépendance intellectuelle publique est utilisée en fraude de ses droits devra recourir à l'action en contrefaçon qui provoque les mêmes effets (2).

1) L'action en contrefaçon aboutit au même résultat que l'action contre l'occupant sans titre.

L'existence d'une obligation de l'administration de poursuivre les occupants sans titre emporte l'obligation de les condamner pour rendre au domaine public son intégrité et sa disponibilité. Le juge administratif doit obligatoirement condamner le contrevenant au paiement d'une amende⁹⁷⁹ et à la réparation du dommage causé au domaine public⁹⁸⁰.

L'objectif essentiel de la poursuite des contrevenants de grande voirie est de rendre le domaine public à nouveau disponible en procédant à leur évacuation au besoin par le recours à l'expulsion.

La procédure contre les occupants sans titre permet que le bien qui a été irrégulièrement utilisé soit restitué dans l'état dans lequel il était avant l'occupation. En effet, le premier objectif du recours contre les occupants sans titre du domaine public est de préserver l'intégrité de la dépendance, qui est inaliénable et imprescriptible en raison de son affectation à l'usage de tous. Cette action vise donc à préserver l'affectation de la dépendance à l'usage du public.

En pratique, l'expulsion est obtenue auprès du juge après une tentative infructueuse d'évacuer les occupants irréguliers du domaine public. L'expulsion peut être assortie d'une astreinte, ou de l'autorisation de recourir à la force pour évacuer les lieux. Elle peut également être accompagnée d'une autorisation de supprimer les installations de

⁹⁷⁹ CE 10 mars 1929, *Molinier* ; CE Sect. 16 novembre 1934, *Tardivier*, Lebon tables p. 1066 : la condamnation à une amende est prononcée même en l'absence de circonstances atténuantes

⁹⁸⁰ CE 25 juillet 1980, *Gaillard*, *RDJ* 1981, p. 242. : pour le caractère automatique de la condamnation à la réparation du dommage

l'occupant à ses frais, et de condamnations pécuniaires visant à indemniser le préjudice subi.

La procédure d'expulsion débute en principe par une injonction du gestionnaire de la dépendance à l'occupant de quitter les lieux sous condition de délai, même si le recours la mise en demeure préalable à la saisine du juge n'est pas une obligation⁹⁸¹. Si le gestionnaire n'obtient pas satisfaction, et que l'occupant sans titre se maintient dans les lieux, il ne peut pas en principe recourir à l'exécution forcée sans une décision du juge. À ce sujet, le Tribunal des conflits énonce que « *l'autorité administrative ne peut, sauf urgence ou en application de textes législatifs particuliers l'y habilitant, agir d'office pour prendre ou reprendre possession d'une parcelle du domaine public, sans avoir, au préalable obtenu du juge compétent, une décision enjoignant à l'occupant de vider les lieux*⁹⁸² ». Il faut qu'un le péril imminent soit caractérisé pour admettre la validité d'une mesure d'exécution forcée⁹⁸³, car lorsqu'il existe une urgence, le gestionnaire doit par principe employer en priorité la voie du référé.

Le Conseil d'État juge que « *l'occupation sans droit ni titre d'une dépendance du domaine public constitue une faute commise par l'occupant et qui l'oblige à réparer le dommage causé au gestionnaire de ce domaine par cette occupation irrégulière ; que, si l'autorité gestionnaire du domaine public n'a pas mis en demeure l'occupant irrégulier de quitter les lieux, ne l'a pas invité à régulariser sa situation ou a entretenu à son égard une ambiguïté sur la régularité de sa situation, ces circonstances sont de nature, le cas échéant, à constituer une cause exonératoire de la responsabilité de l'occupant, dans la mesure où ce comportement du gestionnaire serait constitutif d'une faute, mais elles ne sauraient faire obstacle, dans son principe, au droit du gestionnaire du domaine public à la réparation du dommage*

⁹⁸¹ CE, 31 juill. 1992, n° 94062, *Assoc. ouvriers plombiers couvreurs zingueurs et Pernod* : Rec. CE 1992, p. 957 ;

CAA Paris, 1er févr. 2007, n° 06PA02338 et n° 06PA02360, *X c/ Ville Paris : la motivation de la mise en demeure, lorsqu'elle intervient, n'est pas une obligation* ;

⁹⁸² T. confl., 24 févr. 1992, *Couach* : ; Rec. CE 1992, p. 479 ; AJDA 1992, p. 327, chron. Maugüé et Schwartz ; Dr. adm. 1992, comm. 190 et déc. 2001, n° hors-série, comm. 319 ; JCP G 1993, II, 21984, note Lavialle ; LPA 26 juin 1992, p. 31, chron. Cellérier ;

⁹⁸³ Cass. 3e civ., 22 nov. 1995, *Ruols* : ; Bull. civ. 1995, III, n° 241 ; D. 1996, inf. rap. p. 11 : « *Attendu que pour débouter M. X... de sa demande tendant à faire constater que la reprise des lieux exécutée par la commune était une voie de fait, l'arrêt retient que l'action des agents communaux, qui sont entrés dans la crypte où M. X... entreposait divers biens sans droit ni titre, n'était pas dépourvue de fondement juridique dans la mesure où un arrêté ministériel précisait que l'église de Saint-Saulge, appartenant à la commune, était classée monument historique ; Qu'en statuant ainsi, sans relever l'existence d'une autorisation de justice ou l'urgence née d'un péril imminent, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;* »

*résultant de cette occupation irrégulière*⁹⁸⁴ ». Ainsi, l'occupation sans titre est fautive et le dommage qu'elle occasionne doit être réparé. La réparation du dommage est l'expression de la compétence répressive du juge administratif qui s'ajoute à celle plus réparative qui marque également le contentieux des occupations sans titre⁹⁸⁵.

La réparation du préjudice infligé au domaine public peut revêtir plusieurs formes dont la principale est le paiement de dommages et intérêts permettant d'assumer les frais de remise en état. La réparation de l'atteinte portée au domaine public est imprescriptible dès lors que « *la prescription de l'action répressive en vertu des dispositions combinées des articles 7 et 9 du Code de procédure pénale, ne s'applique pas, en raison de l'imprescriptibilité du domaine public, à la réparation des dommages causés audit domaine*⁹⁸⁶ ». Enfin, le juge peut condamner le contrevenant au paiement des frais de procès-verbal⁹⁸⁷. Cette condamnation est l'accessoire de la condamnation à amende et de la réparation de l'atteinte au domaine, mais également les dépens correspondant aux frais occasionnés par les mesures d'instruction ordonnées par le juge⁹⁸⁸, de même que les frais exposés par les autres parties à l'instance et non compris dans les dépens⁹⁸⁹.

2) « L'expulsion immatérielle » du contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public.

Les régimes de l'action en contrefaçon et le recours contre les occupants sans titre partagent beaucoup de similitudes. En matière d'occupation sans titre, le juge tend donc à rétablir le monopole de la personne publique en procédant à l'évacuation de l'occupant sans titre. Ensuite, elle vise également à le condamner au paiement d'une amende⁹⁹⁰ et à la réparation du dommage causé au domaine public⁹⁹¹ qui peut prendre la forme de dommages et intérêts, ainsi qu'au paiement des frais de procédure.

⁹⁸⁴ Conseil d'État 15 avril 2011, AJDA 2011. 820 ;

⁹⁸⁵ P. Gélard, *Le caractère mixte de la contravention de grande voirie* : AJDA 1967, p. 140 ;

⁹⁸⁶ CE, 22 déc. 1965, *Cne Thyl* : Rec. CE 1965, p. 703 ;

⁹⁸⁷ CE, sect., 21 févr. 1947, *secr. d'Ét. production industrielle* : Rec. CE 1947, p. 68 ;

CE, 20 janv. 1960, *min. TP c/ Sté mines et produits chimiques* : Rec. CE 1960, p. 45 ;

CE, 5 juill. 1968, *min. Équip. c/ Le Rollé* : Rec. CE 1968, p. 420 ;

⁹⁸⁸ *Par exemple, frais d'expertise, d'enquête, etc.* ;

⁹⁸⁹ Art. L. 761-1 du Code de justice administrative ;

⁹⁹⁰ CE 10 mars 1929, *Molinier* ; CE Sect. 16 novembre 1934, *Tardivier*, préc. ;

⁹⁹¹ CE 25 juillet 1980, *Gaillard*, préc. ;

L'action en contrefaçon a également pour objet principal le rétablissement du monopole du titulaire des droits de propriété intellectuelle. C'est en cela qu'elle conduit à une forme « d'expulsion » du contrefacteur. Ensuite, de la même manière, elle vise à la réparation du dommage subi par l'allocation de dommages et intérêts et à l'indemnisation des frais du procès. Ces sanctions de caractère civil peuvent être prononcées quand l'action en contrefaçon est portée devant le juge civil. Le contrefacteur encourt également des sanctions pénales qui peuvent être prononcées quand les poursuites en contrefaçon sont portées devant la juridiction répressive, telles que des amendes par exemple.

La similitude entre les régimes de l'action en contrefaçon et le recours contre les occupants sans titre est évidente. La raison est simple : l'action en contrefaçon est le pendant du recours contre les occupants sans titre en matière de propriété intellectuelle.

a) Compétence juridictionnelle. Une difficulté peut ici être posée : celle de la compétence du juge. En application du Code de la propriété intellectuelle, l'action en contrefaçon est conduite devant le juge judiciaire. Cependant, le recours contre les occupants sans titre est par principe du ressort du juge administratif qui suppose l'application des règles du droit public. La compétence du juge administratif est en effet reconnue par principe en matière d'occupation irrégulière du domaine public⁹⁹². En 2001, le Tribunal des conflits a même apporté une confirmation à cette compétence du juge administratif en énonçant qu'il est seul compétent pour « *les litiges nés de l'occupation sans titre du domaine public, que celle-ci résulte de l'absence de tout titre d'occupation ou de l'expiration, pour quelque cause que ce soit, du titre précédemment détenu*⁹⁹³ ».

Pourtant, même si elle intervient à titre d'exception, la compétence du juge judiciaire n'est pas absente du contentieux de l'occupation sans titre du domaine public : elle

⁹⁹² CE, 13 juill. 1961, *Cie fermière du casino municipal de Constantine* : Rec. CE 1961, p. 487 ; AJDA 1961, p. 491, chron. Galabert et Gentot, p. 466 ; RDP 1961, p. 1087, concl. Bernard ;

⁹⁹³ T. confl., 24 septembre 2001, *Société B. E. Diffusion* ; BJCP, n° 20, janv. 2002, p. 61, concl. COMMARET ; BJCP, n° 20, janv. 2002, p. 66, obs. Ch. M. ; CJEG 2002, p. 217, note YOLKA ; Collectivités -Intercommunalités 2001, comm. 281, note MOREAU ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 242, note ECKERT ; D. 2002, inf. rap. p. 40 ; Gaz. Pal. 10-11 juill. 2002, p. 24 ; ; Procédures 2002, comm. 62, obs. DEYGAS ; RFDA 2002, p. 425.

est par exemple établie en matière de contravention de voirie routière⁹⁹⁴, de sous-location de dépendances du domaine public⁹⁹⁵, d'occupations sans titres constitutives de concurrence déloyale⁹⁹⁶ ou d'expulsion des nomades.⁹⁹⁷ Pourrait-il en être de même pour le contentieux de la propriété intellectuelle ?

Le Tribunal des conflits s'est exprimé très explicitement sur la compétence exclusive du juge judiciaire en matière de propriété intellectuelle en faisant application des dispositions de l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 pour la simplification et l'amélioration de la qualité du droit. N. Escaut, dans ses conclusions, relevait que la rédaction de cet article « *peut être lue comme attribuant une compétence exclusive au juge judiciaire en la matière* ».

Le Tribunal des conflits énonce que « *considérant qu'il résulte du premier alinéa de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel « les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire* », que par dérogation aux principes gouvernant la responsabilité des personnes publiques, la recherche d'une responsabilité fondée sur la méconnaissance par ces dernières de droits en matière de propriété littéraire et artistique relève, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, sous réserve qu'une décision juridictionnelle ne soit pas déjà intervenue sur le fond devant les juridictions de l'ordre administratif⁹⁹⁸ ». Cette décision reconnaît l'existence d'un bloc de compétence exclusive du juge judiciaire en droit de la propriété intellectuelle.

Pour cette raison, il n'y a aucune difficulté à reconnaître que l'occupation sans titre d'une dépendance intellectuelle du domaine public est de la compétence du juge judiciaire. Cela est parfaitement logique : puisque l'occupation sans titre d'une

⁹⁹⁴ Art. L 116-1 du Code de la voirie routière : « *La répression des infractions à la police de la conservation du domaine public routier est poursuivie devant la juridiction judiciaire sous réserve des questions préjudicielles relevant de la compétence de la juridiction administrative.* »

⁹⁹⁵ CAA Paris, 5 nov. 1998, n° 98PA01876, *Sté Coquelicot Promotion* : BJCP 1998, n° 5, p. 481 ;

⁹⁹⁶ CAA Marseille, 24 nov. 2003, *Cne Velleron* : AJDA 2004, p. 895 ;

⁹⁹⁷ loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (*Journal Officiel 7 Mars 2007*) modifiant l'article 9 de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 ;

⁹⁹⁸ T. confl., 7 juill. 2014, n° 3954 et n° 3955, *Lebon* ; AJDA 2014. 1463 ; *ibid.* 2364, note J.-M. Pontier ; RDI 2015. 180, obs. N. Foulquier ; RTD com. 2014. 611, obs. F. Pollaud-Dulian ;

dépendance intellectuelle du domaine public doit être sanctionnée par l'action en contrefaçon, il est cohérent que le juge judiciaire soit compétent.

c) *Rétablissement du monopole du titulaire des droits.*

Dans le cadre de l'action en contrefaçon, le rétablissement du monopole du titulaire des droits sur une création intellectuelle se fait par différents moyens : tout d'abord, le juge peut interdire la poursuite de la contrefaçon, c'est à dire imposer au contrefacteur de cesser immédiatement tout acte contrefaisant. Le juge peut en outre ordonner la confiscation ou la destruction des produits ou instruments contrefaisants et publier les condamnations. En principe, lorsqu'il constate la contrefaçon, le juge tend à cumuler ces trois mesures distinctes visant à rétablir le monopole. Toutefois, le cumul n'est pas obligatoire, et si l'interdiction est de droit, la publication de la décision et la confiscation sont facultatives et relèvent de son pouvoir de décision.

Interdiction de poursuivre la contrefaçon. La première étape - *et non la moindre* - du rétablissement du monopole du titulaire des droits sur une création contrefaite est l'interdiction de plein droit prononcée par le juge de poursuivre la contrefaçon. La jurisprudence a consacré le principe selon lequel le juge qui a constaté la contrefaçon est tenu par la loi de prononcer l'interdiction⁹⁹⁹.

Le juge précise dans le dispositif de sa décision l'objet de l'interdiction, par exemple celle de fabriquer ou importer les objets pour un contrefacteur direct, ou celle de vendre, offrir en vente, utiliser, les produits contrefaits dans le cas d'un contrefacteur indirect. En d'autres termes, le juge s'assure que le panel d'interdictions prononcées va effectivement permettre de faire cesser la contrefaçon, c'est à dire « *chasser* » le contrefacteur en l'empêchant d'utiliser à nouveau irrégulièrement la création.

Au besoin, le juge peut accompagner l'interdiction d'une astreinte.¹⁰⁰⁰ Le prononcé d'une astreinte n'est pas obligatoire, mais en pratique elle est presque automatiquement sollicitée et ordonnée en même temps que l'interdiction.

⁹⁹⁹ CA Paris, 16 mai 1927 : Ann. propr. ind. 1928, p. 13 ;

¹⁰⁰⁰ Art. L 131 du Code des procédures civiles d'exécution ;

Il faut ici être vigilant, car l'interdiction de contrefaire dure aussi longtemps que la protection accordée à la création. Par exemple, en matière de brevet, aucune interdiction ne peut plus être prononcée ni appliquée après l'expiration du délai de protection¹⁰⁰¹.

Confiscation des produits et objets de la contrefaçon. Le Code de la propriété intellectuelle énonce qu' « *en cas de condamnation civile pour contrefaçon, la juridiction peut ordonner, à la demande de la partie lésée, que les produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée*¹⁰⁰² ». Ces mesures peuvent porter d'une part sur les produits de la contrefaçon, d'autre part sur les instruments ayant servi à la contrefaçon, et le juge peut à la demande de la partie lésée ordonner que les objets en cause soient confisqués au profit de celle-ci.¹⁰⁰³

Publicité des condamnations. Le Code de la propriété intellectuelle énonce encore que « *la juridiction peut aussi ordonner toute mesure appropriée de publicité du jugement, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise. Les mesures mentionnées (...) sont ordonnées aux frais du contrefacteur.*¹⁰⁰⁴ »

La publicité des condamnations a pour fondement l'idée que le monopole du titulaire des droits n'est pas complètement rétabli si l'on se contente simplement de faire cesser les actes de contrefaçon et d'isoler les objets contrefaisants. En effet, que ce soit en matière de marque, de brevet, ou de création littéraire et artistique, la contrefaçon crée une confusion dans l'esprit du public qui a vu la contrefaçon et qui peut croire à l'absence de monopole.

¹⁰⁰¹ CA Paris, 2 Oct. 1986 : PIBD 1987, N° 403, III, P. 1 ;

¹⁰⁰² Art. L. 615-7-1, Alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle qui transpose en droit français l'article 10 de la directive 2004/48/ce ;

¹⁰⁰³ TGI Paris, 23 Sept. 2009 : PIBD 2009, N° 908, III, P. 1556, Marque ;

¹⁰⁰⁴ Art. L. 615-7-1, Alinéas 2 Et 3, Du Code De La Propriété Intellectuelle ;

Pour cette raison, le juge doit tout mettre en œuvre pour éviter que d'autres contrefaçons ne surviennent, et pour clarifier la situation vis à vis du public qui doit savoir que le domaine est réservé. En effet, on peut craindre un effet de contagion car l'existence de contrefacteurs encourage les tiers à contrefaire à leur tour.

Pour éviter cette situation, l'article 27 de la directive du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle du 29 avril 2004 énonce qu' « *à titre de dissuasion complémentaire à l'égard de futurs contrevenants et pour contribuer à la prise de conscience du public au sens large, il est utile d'assurer la diffusion des décisions rendues dans les affaires d'atteinte à la propriété intellectuelle* ».

Pour autant, cette prérogative n'est qu'une simple possibilité, car le juge peut également refuser de condamner à la publicité des condamnations¹⁰⁰⁵.

Ainsi, le juge judiciaire saisi de l'occupation sans titre d'une dépendance du domaine public rétablit le monopole de la personne publique sur la dépendance et lui permet de protéger son affectation à l'usage du public.

Comme le rappelle C. Dernoncourt, « *les communes, les départements et les régions cherchent sans cesse à améliorer le rayonnement et la qualité de leur image, principalement dans un but touristique. Les collectivités territoriales ont donc tout intérêt à se prémunir contre, d'une part, les manœuvres parasitaires tendant à profiter de leurs investissements et, d'autre part, les utilisations opportunistes de leurs dénominations qui risqueraient de nuire à la promotion de cette image.*¹⁰⁰⁶ »

En effet, l'enregistrement de marques publiques affectées au service public du tourisme démontre l'existence de marques revêtant la qualité de dépendances intellectuelles du domaine public et susceptibles d'être contrefaites. Il existe donc un intérêt très actuel à déterminer à quel régime elles sont soumises.

¹⁰⁰⁵ CA Paris, 11 Mai 2007, N° 05/17677 : PIBD 2007, N° 856, III, P. 474 Et 477 ;

¹⁰⁰⁶ C. Dernoncourt, *Marques Et Collectivités Territoriales : Enregistrement Et Protection Contre Les Usurpations En Droit Européen Et En Droit Français*, Propr. Indust. N° 7-8, Juillet 2014, Etude 18 ;

Conclusion du Chapitre

L'obligation de poursuivre le contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public n'est démontrée ni par la doctrine, ni par le juge. Elle n'existe pas dans le Code général de la propriété des personnes publiques, ni dans le Code de la propriété intellectuelle.

La démonstration de l'existence de cette obligation ne peut donc pas être menée « *de lege data* », mais au contraire « *de lege ferenda* », c'est à dire quant à la loi que l'on devrait appliquer. L'obligation de poursuivre les contrefacteurs d'une dépendance intellectuelle du domaine public devant le juge judiciaire dans le cadre d'une action en contrefaçon nous paraît résulter ainsi de la combinaison des régimes de la domanialité publique et de la propriété intellectuelle.

Ces deux régimes très distincts s'articulent aisément pour protéger les biens qui se situent à la croisée de leurs champs d'application respectifs. Il serait intéressant que le juge statue sur la procédure devant être suivie par une personne publique victime d'une contrefaçon d'une création intellectuelle du domaine public. Toutefois, une telle décision risque d'être attendue longtemps, car le contentieux de la propriété intellectuelle des personnes publiques est rare, particulièrement en ce qui concerne les créations intellectuelles du domaine public, qui n'ont à ce jour fait l'objet d'aucun litige.

Conclusion

L'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques soulève des questions complexes car la propriété intellectuelle et le droit administratif ont été pensés séparément, et personne n'avait imaginé jusqu'à une époque assez récente qu'ils puissent interagir. Pourtant, il n'est pas contestable en droit positif que les personnes publiques sont titulaires de droits de propriété intellectuelle qu'elles doivent exercer dans le respect des règles posées par le droit public auquel elles sont par principe soumises en raison de leur nature et des missions qui leur sont confiées.

Toute la difficulté réside dans l'articulation d'un droit pensé pour les personnes privées avec les problématiques propres du droit public, à savoir la satisfaction de l'intérêt général et des intérêts patrimoniaux des personnes publiques. En conséquence, la présente thèse révèle plusieurs éléments fondamentaux tant sur le droit administratif (2) que sur le droit de la propriété intellectuelle (1).

1) Ce que l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle sur le droit de la propriété intellectuelle.

Le Code de la propriété intellectuelle a longtemps été considéré comme le « *code des auteurs* », en ce que l'intention du législateur est avant toute chose de protéger l'auteur. Cette affirmation tend à considérer que le Code serait entièrement focalisée sur la personne de l'auteur. Pourtant, l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques permet d'envisager le droit de la propriété intellectuelle selon une approche différente.

En effet, la première difficulté rencontrée dans l'observation des interactions entre le droit public et le droit de la propriété intellectuelle est que la *summa divisio* entre le droit public et le droit privé est réputée opérer une séparation étanche entre le droit administratif et le droit de la propriété intellectuelle. Les points de contact entre les deux matières sont *a priori*

perçues comme des exceptions à ce principe de séparation du droit en deux branches distinctes.

Pourtant, l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques démontre que le Code de la propriété intellectuelle s'applique sans difficulté à la plupart des situations dans lesquelles les personnes publiques sont titulaires de droits de propriété intellectuelle.

Finalement, les seules exceptions à l'application du droit de la propriété intellectuelle correspondent à des hypothèses identifiées et exceptionnelles. Deux d'entre elles se situent au moment de l'acquisition d'une création ; il s'agit de l'expropriation d'un brevet et du procédé des licences d'office¹⁰⁰⁷.

Trois autres obligations dérogatoires au droit commun de la propriété intellectuelle s'appliquent aux créations déjà intégrées dans le patrimoine public : l'open data¹⁰⁰⁸, et l'obligation de protéger les créations intellectuelles du domaine public de l'extinction et de la contrefaçon qui découlent de l'impératif de conservation du domaine public¹⁰⁰⁹.

En dehors de ces hypothèses, le droit de la propriété intellectuelle s'applique aux personnes publiques titulaires de droits sur une création intellectuelle. Elles sont par exemple soumises à la procédure d'enregistrement des marques auprès d'un organisme national de la propriété industrielle, ou encore au paiement des redevances nécessaires au maintien du titre.

Pour cette raison, on peut affirmer que le droit de la propriété intellectuelle constitue le droit commun de la propriété intellectuelle des personnes publiques. Des règles propres au droit public ne s'applique que par exception, dans les situations où la nature spécifique des personnes publiques s'oppose à l'application du régime commun.

La conception du Code de la propriété intellectuelle comme code des auteurs est nécessairement affectée par cette approche. En effet, si ce Code est celui des auteurs, il devrait trouver à s'appliquer à tous les auteurs, personnes privées et publiques. Pour ce faire, le Code de la propriété intellectuelle devrait alors contenir des notions de droit public,

¹⁰⁰⁷ Partie 1, Titre 1 de la présente thèse

¹⁰⁰⁸ Partie 2, Titre 1 de la présente thèse

¹⁰⁰⁹ Partie 2, Titre 2 de la présente thèse

notamment sur la question domaniale, qui influe sensiblement sur les obligations du titulaire des droits de propriété intellectuelle.

Il n'en est rien : le Code de la propriété intellectuelle ne contient que des dispositions relatives aux procédés d'élaboration, de protection et d'exploitation des créations intellectuelles. Le titulaire des droits de propriété intellectuelle est évoqué par le Code seulement au titre de sa relation avec la création. Qu'il soit une personne publique ou privée est totalement indifférent au droit de la propriété intellectuelle.

Or, c'est justement la nature exorbitante du droit commun des personnes publiques qui peut constituer un obstacle par exception à l'application du droit de la propriété intellectuelle dans certaines hypothèses. Si le Code de la propriété intellectuelle est le code des auteurs, pourquoi ne prévoit-il pas deux régimes distincts pour les titulaires de droits personnes publiques et personnes privées ?

La raison pour laquelle le Code de la propriété intellectuelle s'applique si aisément aux personnes publiques tient justement à ce qu'il n'est pas le code des auteurs. Il est le « *code de la création* » elle-même. Il présente la création comme une notion universelle, qui transcende toutes les autres distinctions. Davantage qu'une propriété privée ou publique, elle est avant tout une création intellectuelle. C'est pour cette raison qu'avant d'être une dépendance du domaine public ou privé, la dépendance est une *création*. Cela conditionne la compétence d'un juge unique (le juge judiciaire), dans le cas d'une procédure unique (l'action en contrefaçon).

Ainsi, l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle que le droit de la propriété intellectuelle tire sa vocation universelle de la notion centrale et polymorphe de la notion de création intellectuelle. Quiconque crée ou acquiert une création intellectuelle est soumis par principe au Code de la propriété intellectuelle, et la présence d'une création intellectuelle déclenche automatiquement l'application du droit de la propriété intellectuelle à titre de droit commun. Dans un second temps, - seulement - l'identité du titulaire des droits de propriété intellectuelle doit être prise en compte pour déterminer l'opportunité de l'application d'un régime dérogatoire. En effet, l'étude du droit de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle que des dérogations au droit de la propriété intellectuelle sont nécessaires pour permettre l'application du droit public. L'étude de ces dérogations constitue

le cœur de la présente thèse, qu'il s'agisse des prérogatives¹⁰¹⁰ ou des obligations¹⁰¹¹ exorbitantes du droit commun de la propriété intellectuelle propres au régime de la propriété intellectuelle des personnes publiques.

2) *Ce que l'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle sur le droit public.*

L'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques est également riche d'enseignements sur le droit public, notamment en ce qui concerne le caractère exorbitant du droit commun des personnes publiques et le régime de la propriété publique. En effet, dès lors que les créations intellectuelles peuvent être des propriétés publiques, le régime de la domanialité s'applique. On assiste à une conjugaison du régime de la propriété publique avec celui de la propriété intellectuelle, donnant lieu à des obligations tout à fait inédites, telles que l'obligation de poursuivre le contrefacteur d'une dépendance intellectuelle du domaine public.

Cela signifie que toutes les propriétés intellectuelles publiques sont soumises au Code de la propriété intellectuelle, mais que par exception, dans certaines hypothèses, le régime de la domanialité va imposer le renforcement de certaines prérogatives ou obligations. Ainsi, puisque le domaine privé est majoritairement soumis au droit privé, ses dépendances intellectuelles sont soumises au droit commun de la propriété intellectuelle.

En revanche, les spécificités du régime de la domanialité publique entraînent l'application d'un régime spécial. Ce régime, dans sa substance, n'est pas contraire au régime de la propriété intellectuelle, mais il a pour conséquence de transformer de simples facultés issues du droit commun de la propriété intellectuelle en obligations spéciales visant à assurer la conservation du domaine public.

En outre, les personnes publiques disposent de prérogatives exorbitantes du droit commun, qui leur permettent, en matière de propriété intellectuelle, de recourir à des procédés dont les personnes privées ne disposent pas. La première Partie de la présente thèse qui présente les prérogatives élargies par la personnalité publique par rapport au droit privé peut laisser penser que les personnes publiques jouissent d'un statut plus favorable que les personnes privées en

¹⁰¹⁰ Partie 1 de la présente thèse

¹⁰¹¹ Partie 2 de la présente thèse

matière de propriété intellectuelle. Si cette hypothèse se vérifiait, elle conforterait l'idée que les rapports entretenus par les personnes publiques et le public se résume à l'adage du « *pot de terre contre le pot de fer*.¹⁰¹² »

L'étude de la propriété intellectuelle des personnes publiques révèle que cette approche est très étroite et surtout vraisemblablement fautive. La seconde Partie de la présente thèse s'emploie à démontrer qu'en matière de propriété intellectuelle, les personnes publiques sont soumises à des obligations renforcées par rapport au droit privé. Ces obligations résultent d'une part du régime très libéral de l'open data, qui est imposé sauf exceptions seulement aux personnes publiques, et d'autre part du régime de la domanialité publique qui les soumet à des obligations très strictes.

Or, les quelques hypothèses de prérogatives exorbitantes du droit commun en matière d'acquisition de propriétés intellectuelles publiques sont peu fréquentes à comparer des obligations multiples auxquelles sont soumises les personnes publiques. L'essor de l'open data n'est en outre pas de nature à rétablir l'équilibre entre les droits et les obligations des personnes publiques en matière de propriété intellectuelle, bien au contraire. Ainsi, il n'est pas illégitime de s'interroger sur l'évolution de la propriété intellectuelle des personnes publiques, menacée par l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, le développement fulgurant de l'open data et le statut de créateur en droit français, à l'heure où la société peine à admettre que les créations ne sont pas libres de droit.

¹⁰¹² Ecclésiaste, ch. XIII, v. 2 et 3.

Bibliographie

I. Ouvrages

- C. ATIAS, *Les biens*, 12e éd., Litec, 2014
- J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY et Ph. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 2016, 7^e éd, Dalloz
- J.-B. AUBY, *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, in Mélanges Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992
- A. BATBIE, *Introduction générale au droit public et administratif*, t.1, Paris, Librairie du Conseil d'Etat, 1861
- A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1867, Tome 5, Cotillon
- B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, Que sais-je ?, 1992
- N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle : LGDJ*, 4e éd., 2016
- F-P. BENOIT, *Le droit administratif français* : Paris, Dalloz, 1968
- G. BONET, *L'usage de la marque d'autrui dans la publicité in Le nouveau droit des marques en France* : Paris, Litec, 1991, coll. IRPI
- S. BRACONNIER et J-D. DREYFUS, *Marchés publics de travaux : notion, Œuvre collective sous la direction de Ph. Malinvaud*, Dalloz, dossier 410, 2013 n°640
- J.M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002
- C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur* : Paris, LGDJ, 1981
- C. CARREAU, *Propriété intellectuelle et abus de droit*, in Mélanges en l'honneur d'A. Françon, Dalloz, 1995, n° 32, p. 31
- C. CARON et H. LECUYER, *Droit des biens* : Dalloz, coll. connaissance du droit, 2002
- C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, avant-propos d'A. Françon, Litec, 1998
- J. CARBONNIER, *Les biens*, t. 3, 19^{ème} éd., PUF, 2000
- R. CHAPUS, *Droit administratif général* : t. 1, Montchrestien, Domat droit public, 2001, 15e éd
- S. CHIGNARD, *Open data - Comprendre l'ouverture des données publiques*, FYP éd., France, 2012

- C. COLOMBET, *Les grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé* : Litec, 2e Ed. 1992 p. 11
- G. CORNU (dir.) et Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 2005, 7e éd
- O. DAVID-BEAUREGARD BERTHIER, *Droit administratif des biens*, Gualino, 12e éd., 2016, p. 108
- O. De DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La définition du domaine public mobilier par le Code général de la propriété des personnes publiques*, in Mélanges P.-L. FRIER : Publ. de la Sorbonne, 2010, p. 119
- J.-F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1969
- H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978
- P. DELVOLVE, *Droit de propriété et droit public*, in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de G. Braibant* : Dalloz, 1996, p. 159
- T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. 4, Paris, Fontemoing, 7 éd., 1900
- P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952
- V. DUFAU, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif : l'administration sous la contrainte*, L'Harmattan, 2000
- J. DUFAU, *Le domaine public*, Le Moniteur, 5e éd., 2001
- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III : 1930, p. 347
- B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ? PUF, 3^{ème} éd., 1999, p. 39
- B. FRYDMAN, *Le sens des Lois*, Bruxelles, Bruylant / L.G.D.J., 2005
- Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens* : LGDJ, 15e éd., 2014
- Y. GAUDEMET, *Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrai et faux procès*, in Mélanges Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002
- P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique* : Coll. Droit fondamental : PUF, 9e éd. 2015, n° 122
- P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011
- J.-P. GRIDEL, *Les inventions de salariés*, LGDJ 1980
- R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques* : Dalloz 2011, 18e éd.
- M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public* : Sirey, 11e éd., 1927
- L. HILAIRE-PÉREZ, *L'invention technique au siècle des Lumières*, Paris, Albin Michel, 2000
- A.-H. HUARD, *Répertoire de législation et de jurisprudence en matière de brevets d'invention*, Paris, Cosse et Marchal, 1863

- L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997
- G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Giard, t. 2, 3e éd., 1930
- J.M. KEYNES, *La fin du laissez-faire*, 1924
- KHÖLER, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*. Stuttgart 1907
- F. LAFERRIERE, *Histoire du droit français*, t2, Paris, éd. Joubert, 1838
- E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I : 1887, p. 509 et 535
- A. LAUBADERE, *Traité de droit administratif* : t. I, 8e éd., LGDJ
- C. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, PUF, 1996
- M. LETOURNEUR, *Quelques réflexions sur la codification du droit administratif*, in Mélanges Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964
- X. LINANT DE BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2e éd. Dalloz, 2004
- A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4 éd., 2012, n°58.
- A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand* : PUAM 2002
- J.-P. MACHELON, *La naissance du socialisme municipal [1882-1911]. Retour sur un vieux débat*, in Mélanges Lavroff : Dalloz, 2004, p. 437
- Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 280.
- Ph. MINARD, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Paris, Fayard, 1998
- J.-M. MOUSSERON, *Les inventions de salariés*, Litec, 1995
- J.-M. MOUSSERON, *L'abus de monopole conféré par le brevet d'invention*, in Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac, Librairies techniques, 1968, p. 345
- J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT, *Les créations d'employés*, Mélanges Mathély, Litec, 1990
- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, *De la propriété comme modèle* in Mélanges A. Colomer : Litec, 1993
- R. ODENT, *Cours de contentieux administratif* : Les cours du droit, 1977-1981
- H. PAULIAT, *Usager, client, consommateur du SPIC local*, in Jean-Bernard Auby et Stéphane Braconnier, Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles, LGDJ, 2003
- A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel : essai d'approche de la notion de bien* in Études de Juglart : LGDJ, 1986

- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1, Les personnes : Paris, LGDJ, 2e éd., 1952
- E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique* : LGDJ, Marchal & Billard, 5e éd. 1909
- J.-B. Victor PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1 éd., 1833-1834.
- P.-J. PROUDHON, *Traité du domaine public*, 1ere éd. 1833
- P.-J. PROUDHON, *Les majorats littéraires* 1863, réédité in *Pierre- Joseph Proudhon, la propriété intellectuelle, c'est le vol !* sous la direction de D. Sagot-Duvaurox, Dijon, éd. Presses du réel, 2002
- J. RAYNARD, *Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier* : in *Mél. offerts à J.-J. Burst*, Litec 1997
- J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois, Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. M. Vivant, Litec, 1990
- A.C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, J. Renouard et Cie, 1839
- T. REVET, *Les Nouveaux Biens. La Propriété*, Coll. des travaux de l'association Henri Capitant, société de législation comparée, 2006
- H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français* : Litec, 1993, 3e éd.
- P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey t. 2, 1952-1954
- J.-J. ROUSSEAU, *Le contrat social*, essai de philosophie politique, 1762
- M. SABATIER, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique* : Litec, 1976, coll. CEIPI
- B. SEILLER, *Droit administratif*, Flammarion, t. 1, 6^e éd. 2016
- P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle : Propriété littéraire et artistique, propriété industrielle, droit international*, 4e éd., Lextenso, 2015
- S. VISSÉ-CAUSSE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Lextenso, 1^{ère} éd. 2014
- F. ZÉNATI, *L'immatériel et les choses*, Arch. Phil. Droit, 1999
- F. ZÉNATI et Th. REVET, *Les biens* : PUF, 3e éd. 2008

II. Thèses

- C. AKERMAN, *L'obligation d'exploiter et la licence obligatoire en matière de brevets d'invention*, Thèse, Paris, Sirey, 1935
- J. ANTIPPAS, *Les droits de la personnalité : de l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé*, Thèse, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013
- C. BLAIZOT-HAZARD, *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1991
- C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la définition de la notion de biens publics*, Thèse, Lyon, 2004
- C. DUREZ, *Le droit d'auteur des salariés*, thèse, Paris II, 1984
- C. ENGLERT, *L'invention faite par l'employé dans l'entreprise privée*, thèse, Bâle, 1960
- B. GARIDOU, *Recherche sur la théorie de la propriété publique en droit administratif français*, Thèse Toulouse, 2003
- C. MALWE, *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique*, Thèse, Nantes, 2008
- F. MODERNE, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, 1960
- H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, thèse Paris, LGDJ 2001
- J.-L. PIERRE, *La propriété industrielle en droit fiscal*, Thèse, Paris, 1979
- B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003
- N. QUOY, *La contrefaçon par reproduction en droit d'auteur français et en droit comparé : Thèse Paris II*, 1998
- Th. REVET, *La force de travail : étude juridique*, Thèse, Montpellier, 1991
- M. TARDY, *Les droits de l'Etat en matière de brevets d'invention*, Thèse, Paris, 1950
- D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, t. 125 : LGDJ, BDP, 1977
- Ph. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, Thèse Paris, LGDJ, 1997
- A.-F. ZATTARA-GROS, *Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété*, Thèse, La Réunion, 2000

III. Rapports et colloques

Par ordre chronologique

1) Rapports

Commissariat général du plan, *Investissement non matériel et croissance industrielle*, dit « Rapport Bonnaud », Paris, La Documentation Française, 1982

Ch. VANNESTE, Rapport n° 2349 fait au nom de la commission des lois, relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er juin 2005.

M. LEVY et J.-P. JOUYET, Commission sur l'économie de l'immatériel, Rapport : *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, Paris, La Documentation Française, 2006

M. TROJETTE, Rapport au Premier Ministre : *Ouverture des données publiques : les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes?* La Documentation Française, juillet 2013

G. GORCE et F. PILLET, Rapport d'information n° 469 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur l'open data et la protection de la vie privée, *La protection des données personnelles dans l'open data : une exigence et une opportunité*, déposé le 16 avril 2014.

Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques, enregistré à la Présidence du sénat, le 5 juin 2014.

2) Colloques

F. SAVIGNON, *Essai d'interprétation économique des statistiques de brevets*, Colloque Lyon 1965 : Propriété industrielle et marché commun : Dunod, 1966, P. 103, 108

Colloque AADA et Lamy, *La création salariée : propriété intellectuelle et droit du travail*, INPI 1988

Colloque *Puissance publique ou impuissance publique ? Une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens*, AJDA 1999, n° spécial

R. DENOIX DE SAINT MARC, vice-président du Conseil d'État, président de l'IFSA, Colloque pour le XXV anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, « *transparence et secret* », La Documentation Française, octobre 2003, p. 13.

J-M. SAUVE, intervention lors du colloque organisé le 6 juillet 2011 dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit public économique

O. MASSE et Th. VANNIER, *Les achats de prestations intellectuelles « un achat en mode collaboratif »*, Colloque organisé par l'Ecole Polytechnique le 9 janvier 2012, Paris.

J-M. SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'Etat lors du colloque organisé le 16 mars 2012 à l'ENA sur le thème : *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*. La documentation française, 2013 p.250

Colloque organisé par Bordeaux Métropole sur *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Levy-Jouyet*, le 23 septembre 2016, non publié.

IV. Articles

- N. ACH, *L'intangibilité de l'ouvrage public, un principe ébranlé mais loin d'être enterré*, RD publ. 2003. 163
- C. ALGIBES, *L'obligation d'exploiter un bien*, RTD civ. 2014. 795
- J-B. AUBY, *Le patrimoine hospitalier et l'évolution du droit des propriétés publiques*, Rec. D. 1993. 296
- J.-M. AUBY, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration* : EDCE 1958, n° 12, p. 35
- J-B. AUBY, *L'immatériel dans l'État*, Droit administratif n°6, Juin 2007, repère 6
- J.-M. AUBY, *L'action domaniale*, AJDA 1983. 507
- G. BACHELIER, *Contraventions de grande voirie*, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, septembre 2014, n°87
- D. BAILLEUL, *L'ouvrage public : de l'intangibilité de droit à l'intangibilité de fait ?* AJDA 2009. 1057
- A. BASSARD, *La composition d'une formule de parfum est-elle un œuvre de l'esprit au sens de la loi du 11 mars 1957 ?* RIPIA, 1979, p. 461
- A. BENSAMOUN, *La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint*. D. 2010, 2919.
- A. BENSAMOUN, *La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ?* D. 2013. 376
- A. BERTRAND, *Droits de l'auteur*, Dalloz action droit des auteurs, Dalloz, 2010, chap. 106 n°36
- F. BOURRACHOT, *La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens*, RFDA, 2003, p. 1110
- P. BOUZAT, *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique* : RIDA juill. 1972, p. 177
- J.-M. BRUGUIERE, *L'immatériel à la trappe* : D. 2006, p. 2804
- J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et service public : plaidoyer en faveur d'une union harmonieuse*, Propr. intell. avr. 2003, n° 7, p. 124, 1ere coll.
- J-M. BRUGUIERE, *Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique*, propr. ind. n° 10, oct. 2010, dossier 10
- J-M. BRUGUIERE, *Droits patrimoniaux de la personnalité*, RDT civ. 2016 .1

- B. CAILLAUD, *La propriété intellectuelle sur les logiciels*, Propriété intellectuelle, La documentation française, 2003, p.113, p 155 s.
- J. CAILLOSSE, *Le droit administratif contre la performance publique ?* AJDA 1999, p. 195
- J. CAILLOSSE, *Faut-il en finir avec la domanialité publique ?* Et. Foncières 2002, n° 100, p. 7
- C. CARREAU, *Droit d'auteur et esprit de l'œuvre*, RIDA, n°201, juillet 2004 p. 3 n°9.
- C. CARON, *Jcl. Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2013
- C. CARON, *Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP, CDE 2004, n° 4, p. 3 et s.
- C. CARON, *Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel*, RIDA avr. 2000, p. 3
- C. CARON, *L'Europe timide des brevets de logiciel*, Propr. industr. 2002, chron. 11 et CCE 2002, chron. 20.
- C. CHAMARD-HEIM, Fasc. 58 : Domaine privé, Gestion, JurisClasseur Propriétés publiques, LexisNexis, 2012
- A. CHERON, *Une collectivité peut-elle déposer le nom de sa commune ou le numéro de son département en tant que marque ?* AJCT 2011. 22.
- J. CHEVALLIER, *La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? Sur la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, D. 2000, Chron. p. 575
- J. CHOUKIR, *Le partenariat : une pratique et une notion en définition*, Les cahiers de l'ERGE n° 6, FSEG Sfax, CSE, 1995 : 23
- L. CLUZEL-METAYER, *Les limites de l'open data*, AJDA 2016. 102
- V. COTTEREAU, *Créations de salariés*, Jcl. Dr. soc, fasc. 18-50, 1996
- M. CORNU, *Droits d'auteurs des fonctionnaires : le périmètre contenu de l'exception de service public*, D. 2006, p.2185.
- M. CORNU, *La création des agents publics dans l'avant-projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* : Légipresse 2003, n° 199, III, p. 35
- M. CORNU, *L'espérance d'intangibilité dans la vie des œuvres*, RDT civ, 2000 .697
- J-M. DELARUE, *Puissance publique ou impuissance publique ? Rapport général*, AJDA 1999. 108
- P. DELVOLVE, *L'utilisation privative des biens publics. Essai de synthèse* : RFDA 2009, p. 229
- R. DENOIX DE SAINT MARC, *Puissance publique ou impuissance publique ? Conclusion sur la contrainte*, AJDA 1999 .56

- C. DERNONCOURT, *Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français*, Propr. Indust. N° 7-8, Juillet 2014, Etude 18
- H. DESBOIS, A. FRANÇON, A. KEREVER, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, 1978, Revue internationale de droit comparé, V 30, N2, p. 682
- E. DREYER, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, *Fasc. 1610 : procédures et sanctions. – Contrefaçon. Éléments constitutifs (CPI, art. L. 121-1 à L. 123-12 et L. 331-1 à L. 336-4)*, 15 Mars 2015
- J-D. DREYFUS, *La valorisation par l'Etat de son patrimoine immatériel*, AJDA 2009. 696
- J-D. DREYFUS, *Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics après la loi du 1^{er} août 2006*, AJDA 2006, 2179
- B. EDELMAN, *Droit d'auteur : nature du droit d'auteur, principes généraux*, Jcl. Propriété littéraire et artistique, LexisNexis, 2000, 1112 .37
- B. EDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, chr. P. 155
- A. FRANÇON, *L'auteur d'une œuvre de l'esprit épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait ?* GRUR Int. 1973, p. 264
- P. FREMOND, *Le droit au nom d'une œuvre artistique*, Cah. dr. auteur 1988, n° 4, p. 11
- H. De GAUDEMAR, fasc. 62 : *Conservation du domaine public*, JurisClasseur Propriétés publiques, LexisNexis, 2012
- Ph. GAUDRAT, *Rép. Civ., Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, septembre 2007
- P. GAUDRAT, *Rapport relatif à la commercialisation des données publiques*, 1992, La Documentation Française,
- P-Y. GAUTHIER, *Le contrat bouleversé : l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques*. D. 1990, chron. XXIV, p. 130 n°1
- P. GELARD, *Le caractère mixte de la contravention de grande voirie*, AJDA 1967. 140
- J-F GIACUZZO, *JurisClasseur Propriétés publiques, Domaine public. – Règles générales d'utilisation. – Utilisation conforme ; 2015, n°8*
- W. GILLES, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'accès aux documents administratifs et aux données publiques*, enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2014.
- F. GOUTORBE, Fasc. *Défense Nationale*, Jcl. Brevets, LexisNexis, juin 2016 n°102
- E. HOFFMAN, L. BOUCHARD, J. CAPIAUX, *Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés*, Gazette du Palais, 10 décembre 2011 n° 344, p.11

- F. HOFFMANN, *Pour une réforme de la procédure des contraventions de grande voirie*, AJDA 2013, p. 172
- F. HOURQUEBIE, *Le domaine public mobilier* : RDP 2005, p. 635
- S. JACQUIER, *Le contrat forcé en droit d'auteur*, CCE nov. 2001, p. 13.
- A. KEREVER, *Le droit d'auteur français et l'État* : RIDA oct. 1981, p. 85
- A. KOUEVI, *L'obligation de poursuite en matière de contravention de grande voirie*, AJDA 2000. 393
- G. LEMEE, *Le domaine privé des collectivités locales* : Études foncières 1996, n° 70, p. 25
- R. LEONETTI, *La protection de l'affectation au service public des biens incorporels*, AJDA 2009. 1689
- F. LICHERE, *L'évolution du critère organique du contrat administratif*, RFDA 2002. 341
- J-J. LOUIS, *Le droit moral des auteurs dans une exposition organisée par une collectivité publique*, RFDA 2004. 1220.
- A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral. Théorie générale du droit moral*, Jcl. Civil annexe, propriété littéraire et artistique, LexisNexis, septembre 2014 n°13
- F. LOMBARD, *Les tolérances administratives en matière d'occupation sans titre du domaine public* : RRJ 2007, p. 807
- H. MAISL, *La commercialisation des données publiques* : AJDA 1988, p. 637
- C. MALWE, *Valorisation du patrimoine immatériel: de quoi parle-t-on?* AJCT 2013. 120
- D. MANDELKERN et B. DU MARAIS, *Diffusion des données publiques et révolution numérique*, La Documentation Française, décembre 1999
- S. MANSON, *La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales*, AJDA 2016. p.97
- C. MARECHAL, *La loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon* : Comm. com. électr. 2014, étude 11
- C. MAUGÜE, G. BACHELIER, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA, 2006, p. 1073 et s.
- S. MAZEAUD-LEVENEUR, *Droit de propriété et liberté du propriétaire d'exploiter ses terres agricoles*, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, *Économica*, 2007, p. 725
- F. MELLERAY, *L'exorbitance du droit administratif en questions*, AJDA 2003. 1961
- B. MONTELS, *droit de la propriété littéraire et artistique et droit public de la communication audiovisuelle : du domaine séparé au domaine partagé* : RIDA 2003, n°195 p. 109

- J.-M. MOUSSERON, *Nouvelles technologies et créations de salariés*, Dr. soc. juin 1992, p. 563
- J.-M. MOUSSERON, *Les inventions d'employés*, RTD com. 1965.547
- J.-M. MOUSSERON, *Les inventions de salariés après la réforme des 13 juillet 1978, 4 septembre 1979 et 4 août 1980*, RTD com. 1980.185.
- J.-M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits* in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida* : Dalloz, 1991, p. 27
- R-E. PANTALONY, *Guide de gestion de la propriété intellectuelle à l'attention des musées*, Publication de l'OMPI N°1001F WIPO 2013
- B. PARISOT, *les relations entre le droit public de la communication audiovisuelle et la propriété littéraire et artistique* : D. 1993, chron. p.173.
- J-M PASTOR, *Les politiques publiques dans la République numérique*, AJDA 2015. 2348
- L. PFITSER, *La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle*, RIDA 2005 p. 117
- E. PIERRAT, *Protection des droits de la personnalité*, Legicom 2/1996 (N° 12), p. 87-93
- F. POLLAUD-DULIAN, *Propriétés intellectuelles et travail salarié*, RTD com. 2000. 273.
- F. POLLAUD-DULIAN, *Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés*, JCP 1999 éd. GI.150
- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit moral, droit au nom*, RTD com. 2013, n°285
- F. POLLAUD-DULIAN, *De la prescription en droit d'auteur*, RDT civ, 1999 .585
- F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle* : Economica, 2e éd. 2011 n°630
- J-M. PONTIER, *La commune, la plaquette et le droit moral de l'auteur au respect de son œuvre*, AJDA 2004.718
- J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?* : D. 1998, jurispr. p. 327
- J.-M. PONTIER, *Le contentieux culturel devant le juge administratif*, RD publ. 1989, p. 1607
- E. POURCEL, *Droit de la propriété intellectuelle appliqué aux marchés publics*, Jcl. Contrats et marchés publics, LexisNexis juin 2016 n°15.
- F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986, p. 21 et s.
- J. RAYNARD, *Le droit à la paternité de l'œuvre de l'esprit*, Cah. dr. entr. 1989, n° 2, p. 33.

- RENAUDIN, *Situation des agents publics au regard de la propriété artistique*, EDCE 58 p. 29.
- L. RICHER, *L'usager intermédiaire*, CJEG 1996, p.371
- J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* RDP 1953, p. 279
- R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RDT civ. 1958.331
- SERDALAB, *Open Data en France : acteurs, projets et tendances*, novembre 2012
- T. SOLEILHAC, *Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel*, AJDA 2008. 1133
- J-G. SORBARA, *Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2007. 619
- J. SCHMIDT, *La nouvelle loi sur la propriété industrielle* : ALD 1991, p. 29
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J-M. MOUSSERON, *Brevet d'invention*, Répertoire de droit commercial, Dalloz, avril 2003 – actualisation juin 2015 .649
- M. VIVANT, *Le programme d'ordinateur au pays des musées, observations sur la directive du 14 mai 1991*, JCP éd. E 1991.I.94
- L. TALLINEAU, *Les tolérances administratives* : AJDA 1978, p. 3
- J-C. THOENING, *Traité de science politique* sous la direction de J. Leca et M. Grawitz, Paris, Presses Universitaires de France, Volume 4 « *les politiques publiques* », 1985
- J. THYRAUD, *Rapport au nom de la Commission des lois du Sénat*, n° 233, 11 avr. 1990, p. 58 ; Rapp. Deb. Sénat, p. 451
- D. TRUCHET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État: retour aux sources et équilibre*, Conseil d'État, rapp. public 1999, La Documentation Française, p. 363
- D. TRUCHET, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut de service public*, Actualité Juridique du Droit Administratif 1982, p.427 et s.
- J. UNTERMAIER, *La qualification des biens culturels en droit français*, in Y. Jégouzo, *Droit du patrimoine culturel immobilier*, Economica, 1985, p. 17
- S. VAN DROOGHENBROECK, *Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation autour de l'arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999*, Journal des tribunaux. Droit européen, 1999, pp. 62 et s.
- A-C. VIALA, *Réutilisation des informations publiques, bases de données et marchés publics*, Cahier pratique, Les ressources de l'immatériel, APIE, septembre 2011
- P. YOLKA : *Open data : L'ouverture, c'est l'aventure !* AJDA 2016. 79

P. YOLKA, *Fasc. 60 : Protection des propriétés publiques - régime général*, JurisClasseur Propriétés publiques, LexisNexis, 2016 n°2

P. YOLKA, JurisClasseur Propriétés publiques, *Fasc. 69 : Domaine Privé – Protection contre les occupants irréguliers*, 5 Septembre 2014, n°2

P. YOLKA, JurisClasseur Propriétés publiques, *Fasc. 68 : Domaine Public – Protection contre les occupants sans titre*, Septembre 2014, n°122

Ph. YOLKA, *Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques*, JCP Adm. 2006. Actu. 452

V. Conclusions et notes de jurisprudence

Par ordre chronologique

R. SALEILLES, note ss CA Lyon, 10 juill. 1894, *Ville Mâcon c/ Ville Lyon et Bonnin* : S. 1895, 2, p. 185

Conclusions sur CE 17 novembre 1905, *Syndicat de l'île de Barthelasse* : Lebon p. 874

MATTER concl. sur TC, 22 janv. 1921, *Sté commerciale de l'ouest africain* : DP 1921, 3, p. 1

G. JEZE, *La définition du domaine public*. Note ss CE, 21 mars 1930, *Sté agricole et industrielle Sud algérien* : RDP 1931, p. 764 s.

M. WALINE, note ss CA Nîmes, 4 déc. 1944 cite Cass. civ., 10 août 1841

Conclusions sur CE 5 février 1962, *Ministre des Travaux publics c. Société des chais d'Armagnac* : AJDA 1962. II. 592

M. WALINE, note ss T. confl. 10 juill. 1956, *Sté Steeple-chases de France* : RDP 1957, p. 522

J.-D. COMBEXELLES, concl. sur CE, 17 déc. 1997, *Ordre avocats CA Paris* : AJDA 1998, p. 362 ; CJEG 1998, p. 105

Concl. B. DACOSTA sur CE 19 nov. 2010, *Office national des forêts c/ Girard-Mille*, JCP Adm. 2011, n° 3, p. 2020

Table de jurisprudence

I. Nationale

1) Constitutionnelle

CC, n° 84-172 DC, 26 juill. 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut de fermage*.

CC, 18 septembre 1986, *Décision 86-217 DC, Loi autorisant la conclusion de baux emphytéotiques sur les biens domaniaux des collectivités locales* : Rec., p. 141 ; AJDA 1987. 102, note Waschmann

CC, 25 et 26 juin 1986, n° 86-207 D.C., *Privatisations*, AJDA 1986, p. 575 note J. Rivero.

CC, n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*: Rec. Cons. const. 1986, p. 61; Pouvoirs 1987, p. 178, note P. Avril et J. Gicquel

CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : Rec. Cons. const. 2003, p. 382 ; GDDAB, n° 76, obs. Chamard-Heim ; Dr. adm. 2003, comm. 188, note Cuhe ; Dr. adm. 2003, comm. 191, note Menemenis ; JCP A 2003, 1890, note Linditch ; RDP 2003, p. 1163, note Lichère ; AJDA 2003, p. 1353, obs. Dreyfus ; AJDA 2003, p. 1404, note Fatôme

CC, 14 avr. 2005, n° 2005-513, E. Fatôme, *Le régime juridique des biens affectés au service public*, AJDA 2006. 178

CC, 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, *Loi relative aux droits de l'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard ; *ibid.* 2878, chron. X. Magnon ; *ibid.* 2007. 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet ; *ibid.* 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri.

CC, n° 2009-575 DC du 12 févr. 2009, *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*.

CC, 6 oct. 2010, no 2010-45 QPC, *Mathieu M.*, ; D. 2010. Actu. 2285, obs. C. Manara

2) Judiciaire

- Cass., 7 prairial an XI, *Bossange c. Monardier*, Recueil général des lois et des arrêts, Paris, Sirey, [180x]- 1950, 1ère série 1791-1830, 1791 an XII, I, p. 806
- CA Paris, 11 janvier 1828 *Vergne c/ créanciers Vergne*: S. 1828-1830, II, p. 5
- CA Bordeaux, 24 août 1863: S 1864, 2, p. 194
- CA Paris, 3 janv. 1846, *Naudet, administrateur de la Bibliothèque nationale c/ Charron* : DP 1846, 2, p. 212
- CA Dijon, 18 févr. 1870, *De Chapuys Montlaville c. Guillabert*, S. 1870, II, p. 212
- Trib. civ. Seine, 3 février 1875, *État c. Peigné – Delacour*, S. 1875, 2, p. 148
- CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné – Delacour c/ État*, S. 1877, 2, p. 144
- Trib. civ. Seine, 10 février 1875, *Ville de Paris c/ Cosse, Marechal et Billard*, S. 1875, 2, p. 115
- Cass. Req. 19 août 1880 : DP 1881, 1, p. 125, note Lyon-Caen
- T. civ. Seine, 9 déc. 1893, *Esmein, Larose et Forcel c/ Cabanon et Bourdon Viane* : D. 1894, 2, p. 262
- CA Paris, 2 déc. 1897, *Whistler* : DP 1898, 2, p. 465, concl. BULOT, note Planiol. Et sur pourvoi, Cass. civ., 14 mars 1900 : DP 1900, 1, p. 497, rapp. Rau, concl. Desjardins
- CA Paris 1^{er} février 1900, *Lecocq* : S. 1900, II, p.121, note Saleilles
- CA Paris, 17 mai 1923 : Ann. propr. ind. 1927, p. 22 ;
- T. corr. Dunkerque, 15 déc. 1934, *Mlle Salomez c/ Demeyere* : Gaz. Pal. 1935, p. 390
- T. civ. Seine, 1^{er} avril 1935, *Canal* : DP 1936, 2, p. 65, note Nast
- CA Paris, 7 novembre 1951, *Montherlant* : Gaz. Pal. 1952, 1, p. 80
- Cass. com., 12 juin 1956 : JCP G 1956, II, 9484, obs. A. Chavanne
- T. corr. Seine, 24 janv. 1962 : RIDA avr. 1962, p. 140
- Civ. 1^{re}, 2 avr. 1963, *Sieur Montagne c/ Réunion des Musées de France*, AJDA 1963. II. 486, note J. Dufau
- Cass. com., 22 déc. 1964 : Ann. propr. ind. 1968, p. 275
- Cass. Com., 23 mars 1965, Gaz. Pal. 1965. 2, 81
- T. corr. Montluçon, 29 sept. 1965, D. 1965. 774, note Delpech.
- CA Lyon, 13 févr. 1969 : PIBD 1969, III, p. 194
- Civ. 1^{re}, 26 mai 1970 n° 68-13.193, D. 1970, p. 520
- TGI Paris, 3^e ch., 13 nov. 1970, *André c/ Fibrociment*, RIDA 1971, n° 68, p. 90
- TGI Rennes, 16 nov. 1970 aff. *Plastimo* : JCP G 1971, II, 16852, note X. Desjeux

Cass. ass. plén., 23 juin 1972, *Étang Napoléon*, D. 1972.705, concl. R. Lindon ; JCP 1973.II.17331, note G. Goubeaux et Y. Jegouzo ; RTD civ. 1973.147, obs. J.-D. Bredin
 CA Rennes, 12 juill. 1972 : PIBD 1973, III, p. 4
 Cass. com., 26 mars 1973 : Ann. propr. ind. 1973, p. 207 ; PIBD 1973, n° 107, III, p. 188
 Cass. 1re civ. 13 nov. 1973 : Bull. civ. 1973, I, n° 302, p. 269 ; D. 1974, p. 533, obs. C. Colombet ; JCP G 1975, II, 18029, note M.C. Maigne
 TGI Paris, 7 oct. 1974 : Dossiers brevets 1975, II, 4
 Cass. 3e civ, 2 octobre 1975 : Bull. civ. III, no 274, p. 208 ; JCP 1975. IV. 338
 Cass. crim., 5 mai 1981 : RIDA janv. 1982, p. 179
 CA Lyon, 4 nov. 1981, PIBD 1982.294. III. 17, Dossiers Brevets 1982. I. 3
 Civ. 1^{re}, 17 mars 1982, JCP G 1983. II. 20054, note R. Plaisant ; D. 1983. IR 89, obs. C. Colombet ; RTD com. 1982. 428, obs. A. Françon.
 CA Paris, 11 janv. 1983 : D. 1983, inf. rap. p. 432
 TGI Grasse, 24 avr. 1985 : PIBD 1985, III, 210
 Cass. 1re civ., 12 nov. 1985 : RIDA juill. 1986, p. 127
 Cass., Ass. plén. 7 mars 1986, 3 espèces, D.1986.405, concl. Cabannes, note B. Edelman ; D. 1987. Somm. 152, obs. C. Colombet et Somm. 206, obs. P. Langlois ; Gaz. Pal. 1986.2.673, note J. -R. Bonneau ; JCP 1986.II.20631, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; JCP éd. E 1986.II.14713, note J. M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant, *Erratum* 14737 bis ; RIDA juill. 1986.136, note A. Lucas ; RTD com.1986.399, obs. A. Françon
 TGI Verdun, réf., 9 juin 1986, *Ville de Verdun c. Office du tourisme - Syndicat d'initiative de Verdun*, JCP 1987. II. 20729, note B. Pacteau
 Rappr. TGI Paris, 16 sept. 1986, PIBD 1987.404. III. 24, Dossiers Brevets 1987. I. 4
 CA Paris, 1re ch., 25 sept. 1987 : RIDA 1/1988, p. 104 ; D. 1988, somm. p. 205, obs. C. Colombet
 CA Paris, 2 Oct. 1986 : PIBD 1987, N° 403, III, P. 1
 Cass. crim., 27 oct. 1987 : D. 1988, somm. p. 395, obs. J.-J. Burst
 Cass. 1re civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières* : CJEG 1988. 107, note Richer ; JCP 1989, no 21183, note B. Nicod ; RFDA 1988. 771, concl. Charbonnier, note B. Pacteau ; Rev. trim. droit civil, 1989, p. 145, chron. R. Perrot
 CA Paris, 11 juill. 1984, *SNCF c. Groupement national des Assedic de la région parisienne* : AJDA 1984. 615, note M. Bazex ; D. 1985. 174, note R. Denoix de Saint-Marc.
 TGI Marseille, 8 juin 1985, D. 1987, *Somm. Com.* 58 et obs. J.-J. Burst
 CA Paris, 20 avr. 1989 : RIDA, janv. 1990, n° 143, p. 317

- CA Paris, 4^e ch., 20 avr. 1989, *Mortureux de Faudoas c/ Sté Distrivet*, D. 1989. IR 177 ; RIDA 1990, n° 143, p. 317
- CA Paris, 31 mai 1989 : RIDA janv. 1989, n° 139, p. 183
- TGI Paris, 1^{re} ch., 17 janv. 1990 : D. 1991, somm. p. 95, obs. C. Colombet
- Cass. com., 18 déc. 1990 : Bull. civ. 1990, IV, n° 327 ;
- TGI Paris, 11 mars 1991, PIBD 1991. II. 461, n° 504
- Cass. 3^e civ., 5 juin 1991, *Commune de Rutall c. Colonna*
- Cass. com., 10 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, IV, n° 9
- Cass. 2^e civ. 15 novembre 1995, *Cusset c. CRAVAM*, cité par H. Moysan, *Les biens des personnes privées gérant un service public sont saisissables* : Dr. adm. 1996, chron. 11
- Cass. 3^e civ., 22 nov. 1995, *Ruols* ; Bull. civ. 1995, III, n° 241 ; D. 1996, inf. rap. p. 11
- CA Paris, 1^{re} ch., 11 juin 1996 : D. 1997, somm. p. 89, obs. Th. Hassler
- Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1996, no 94-19.885, Dr. adm. 1997, comm. no 122, note Richer
- TGI Bar-le-Duc, 16 jan. 1997: D. affaires 1997, p. 317
- TGI Paris, 3^e ch., 4 juin 1997 : RIDA janv. 1998, p. 333
- CA Paris, 4^e ch., 21 janvier 1998 : RIDA 3/1998, p. 157
- Cass. 2^e civ., 29 avr. 1998, n° 97-60.585, D. 2000, p. 232, note Schmitt
- CA Paris, 17 sept. 1998 : Ann. propr. ind. 1999, p. 99
- Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1999, no 97-11.329, BJCP 1999, no 5, p. 473, D. 1999, I.R., p. 100
- TI Paris, 31 mars 1999, *G. Chopart-Guillaumot c/ H. Hadj-Mabrouck* : RIDA janv. 2000, p. 333, note A. Kéréver ; JCP E 2000, p. 1375, obs. Chevet
- Cass. com., 4 mai 1999 : RDPI 2000, n° 109, p. 14
- Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999, *Sté les Editions Plon et Orban c/ Mitterrand* : Bull. civ. I, n°345 ; D. 2000, jur. p.372, note Beignier
- Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2001, n° 98-19.990, *Éd. Cercle d'Art* : GA propr. intell. 2004, n° 14, p. 189
- CA Paris, 4^e ch. A, 21 mars 2001, n° 00/13556 : RDPI 2001, p. 40 ; Comm. com. électr. 2001, comm. 124
- Cass. 1^{re} civ. 15 mai 2002, n° 99-21.090 ; Comm. com. électr. 2002, comm. 94, C. Caron
- TGI Paris, 3^e ch. 17 décembre 2002 : RIDA 1/2004, p. 258
- Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-14.525, cité par E. Méchin, *Droits de la personnalité - Droit d'auteur - Absence de protection d'un nom patronymique au titre du droit moral de l'auteur*, JAC 2013, n°4, p.11
- TA Versailles, 17 octobre 2003, Comm. Com. Electr., janvier 2004, p. 23, note Caron

TGI Grasse 13 janv. 2004, PIBD 2004. III. 297

CA Paris, 4e ch. A, 12 mai 2004 : Comm. com. électr. 2005, comm. 1, obs. C. Caron ; RIDA oct. 2004, p. 314 ; Propr. intell. 2004, n° 13, p. 913, obs. A. Lucas

Cass. 1re civ. 1er mars 2005, n° 02-10.903, *Spedidam* ; AJDA 2005, p. 1905, note J.-M. Bruguière ; D. 2005, p. 1353, P. Allaey ; Comm. com. électr. 2005, comm. 64, C. Caron.

Civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, *Cuardos c/ Microsoft France*, Bull civ. I n°499.

Crim. 8 févr. 2006, no 05-80.488, *Michel M. et Jean C.*, Droit pénal 2006, comm. 73, M. Véron

TGI Paris, 3e ch., 10 janv. 2007, *Ville de Paris c/ Association Centre international de séjour à Paris*, cité par S. Penaud, RLCT n° 25, 2007

Crim. 14 mars 2007, no 06-81.010, *Joël Y. et Nessim Z.*, Bull. crim. no83 ; AJDA 2007. 1374 ; BJCL 2007. 607, obs. L. Janicot ; Droit pénal 2007, comm. 85 M. Véron

CA Paris, 12 décembre 2007, n° 06/20595

TGI Paris, 14 mars 2007, *Ville de Paris c/ Gilbert L.*

TGI Paris, 3e ch., 14 mars 2007, *CNOSF et Ville de Paris c/ Louis*, cité par S. Penaud, *Nom des collectivités territoriales : utilisation par des tiers comme marque ou nom de domaine Internet*, RLCT n° 25, 2007

CA Toulouse, 10 mai 2007, n° 06/00389, *Gollier c/ Chahi* ; Propr. intell. 2008, p. 102, obs. A. Lucas

CA Paris, 11 Mai 2007, N° 05/17677 : PIBD 2007, N° 856, III, P. 474 Et 477

TGI Paris, 3e ch., 6 juillet 2007, *Ville de Paris c/ Association Paris-sans fil*, no 06/01925, PIBD 2007. III. 646 ; RLDI 2007, no 30, obs. Auroux, et no 31, obs. Lacke

CA Paris, 4e ch. A, 12 déc. 2007, no 06/20595, *Ville de Paris c/ Stéphane s.*, Propr. intell. 2007, no 27, p. 172, obs. Fajgenbaum et Lachacinski

Civ. 1re, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, D. 2009. 263, note B. Edelman, et 266, note E. Treppoz ; RTD com. 2009. 121 et 140, obs. F. Pollaud-Dulian

Com. 23 juin 2009, no 07-19.542, *Société Julou et Département du Finistère*, Bull. IV, no 87 ; D. 2009. 1967 ; PIBD 2009. III. 1354 ; Propr. intell. 2009, no 33, p. 416, obs. Sabatier

TGI Paris, 23 Sept. 2009 : PIBD 2009, N° 908, III, P. 1556, Marque

TGI Paris, 3e ch., 17 févr. 2010 : PIBD 2010, III, p. 334

TGI Albertville, ord. réf., 27 avr. 2010, *Commune de Modane c/ Sté coopérative pharmaceutique française*, JCP A 2010. 2183, note Ph. Yolka

Cass. 1re civ., 30 sept. 2010, n° 09-15.091 ; Gaz. Pal. 24 févr. 2011, p. 13, obs. L. Marino

Civ. 1^{ère}, 22 mars 2012, n° 11-10.132, D. 2012. 873, obs. J. Daleau. 1246, note A. Latil, et 2842, obs. P. Sirinelli ; Rev. sociétés 2012. 496, note N. Binctin ; RTD civ. 2012. 338, obs. T.

Revet ; RTD com. 2012. 321, obs. F. Pollaud-Dulian ; CCE 2012, comm. 61, note C. Caron ; PI 2012. 329, obs. J.-M. Bruguière ; Légipresse 2012. 377, note V. Varet.

CA Paris, pôle 5-ch. 2, 14 sept. 2012, JurisData, n° 2012-021861 ; PI 2012. 400, obs. A. Lucas.

CA Paris, pôle 3, ch. 1, 4 juill. 2012, n° 11/05506 ; Propr. intell. 2013, p. 49, obs. A. Lucas

CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 mai 2013, n° 10/15508, *Veuve Hantai c/ Sté Lille Métropole Enchères* ; Propr. intell. 2013, p. 389, obs. A. Lucas

Cass. com. 10 sept. 2013, n° 12-22.617, *Ph. Rabiller c/ Elf EP* : PIBD 2013, n° 993, III, p. 1499

CA Paris, 4 avril 2014, AJCT 2014. 455, J.-D. Dreyfus, *Nom des collectivités et droit des marques*, AJCT 2013, p. 127

Cass. Com, 4 octobre 2016, non publié

3) Administrative (et avis du Conseil d'État)

CE, 7 mai 1880, *Meikle* : Rec. CE 1880, p. 448

CE, 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'est*, D. 1894, p. 119, concl. J. Romieu

CE, 29 mars 1901, *Casanova* : Rec. CE 1901, p. 333 ; S. 1901, 3, p. 73, note Hauriou

CE, 6 févr. 1903, *Terrier* : S. 1903, 3, p. 25

CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges, Lebon* p. 909 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 29 ; D. 1916, 3, 35, concl. Léon Blum ; S. 1917, 3, 15 ; note Jèze ; RDP 1914, p. 145.

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Lebon 651 ; S. 1922. 3. 49, note Hauriou ; GAJA, no 31 ; GDJDA, p. 414

CE, 15 juill. 1927, *Schneider* : Rec. CE 1927, p. 798.

CE, 10 févr. 1928, *Ch. syndicale des propriétaires marseillais* : Rec. CE 1928, p. 222

CE 10 mars 1929, *Molinier*

CE, 30 mai 1930, *Ch. syndicale du commerce en détail de Nevers* : Rec. CE 1930, p. 583 ; S. 1931, 3, p. 73, concl. Josse, note Alibert

CE Sect. 16 novembre 1934, *Tardivier*, Lebon tables p. 1066

CE, 3 avril 1936, *Sudre*, D. 1936, 3, p. 57, concl. Josse, obs. M. Waline et Conseil de préfecture de Montpellier 9 décembre 1936, *Sudre c/ Commune de Baixas*, D. 1936, n° 3, p. 69

CE, 21 jan. 1938, Gaz. Pal. 1938, 1, 356

CE, 5 mai 1939, Gaz. Pal. 1939, 2, 230

CE, 19 mars 1943, *Cie Sablières de la Seine* : Rec. CE 1943, p. 74.

CE, ass. 17 mai 1946, *min. Travaux publics c/ Cne Vieux-Boucau* : Rec. CE 1946, p. 135

- CE, sect., 21 févr. 1947, *secr. d'Ét. production industrielle* : Rec. CE 1947, p. 68
- CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, RDP, 1957, p. 310, conclusions M. Long
- CE 1^{er} octobre 1958, *Hild*, Lebon p. 463
- CE, 21 janv. 1959, *Benzi* : Rec. CE 1959, p. 50.
- CE, 20 janv. 1960, *Min. TP c/ Sté mines et produits chimiques* : Rec. CE 1960, p. 45
- CE, 23 mars 1960, *Sté Spiesshofer et Braun* : Rec. CE 1960, p. 215
- CE 21 déc. 1960, *Favier*, Rec., table p. 720
- CE, 13 juill. 1961, *Cie fermière du casino municipal de Constantine* : Rec. CE 1961, p. 487 ; AJDA 1961, p. 491, chron. Galabert et Gentot, p. 466 ; RDP 1961, p. 1087, concl. Bernard ;
- CE, 4 avr. 1962, *Ministre des Travaux publics c/ Sté Chais d'Armagnac* : Rec. 1962, p. 245
- CE, 30 jan. 1963, *Sieur Belin*, Rec. p. 59
- CE, 3 mai 1963, *Ministre des Travaux Publics c/ Cne Saint-Brevin-les-Pins* : AJDA 1963, p. 343, chron. Gentot et Fourre ; RD publ. 1963, p. 1174, note M. Waline
- CE, 28 juin 1963, *Narcy* : Rec. CE 1963, p. 401 ; RDP 1963, p. 1186, note Waline
- CE, 20 novembre 1964, *Ville de Carcassonne*, Rec. Lebon, p. 573 ; AJDA 1965, p. 183, concl. Bertrand
- CE 17 mars 1967, *Ranchon*, RDP, 1968, p. 180, note M. Waline
- CE, 5 juill. 1968, *Min. Équip. c/ Le Rollé* : Rec. CE 1968, p. 420
- CE, 25 juin 1969, *Mosseri* : Rec. 1969, p. 342.
- CE 26 janv. 1951, *SA minière, métallurgique, industrielle, chimique et commerciale*, Rec., p. 49
- CE, 9 mai 1958, *Delort* : AJDA 1958, II, p. 331, concl. Long
- CE, 23 mars 1960, *Société Spiesshofer et Braun*, n°46221, Rec. p. 215
- CE, 22 déc. 1965, *Cne Thyl* : Rec. CE 1965, p. 703
- CE 13 octobre 1967, *Cazeaux* : Lebon p. 368 ; RDP 1968. 887, note Waline
- CE, sect., 17 nov. 1967, *Roudier de la Brille*, Rec. CE, p. 428, AJDA 1968. II. 123, *ibid.* I. 98, chron. Massot et Dewost
- CE, 13 févr. 1970, *min. Équip., Log. c/ Sté Neuilly-Aucelle* : Rec. CE 1970, p. 114
- CE, 20 juill. 1971, *Ville de Sochaux* : Rec. 1971, p. 561 ; AJDA 1972, p. 227, note Homont
- CE, avis, 21 nov. 1972, *O.FRA.TE.M.E*, Lebon 790, JCP 1976. II. 18283, note Moderne
- CE, sect., 24 nov. 1972, *Sté Ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Rec., p. 753
- CE, 24 avr. 1974, *Sté des entreprises Campenon-Bernard*, Rec. table, p. 903
- CE, 28 avr. 1976, *Cts Jouve* : Rec. CE 1976, p. 212
- CE, sect., 21 mai 1976, *GIE Brousse-Cardell* : Rec. CE 1976, p. 268 ; AJDA 1977, p. 42
- CE, 2 mars 1977, *Sutra-Barbier* : Rec. CE 1977, tables p. 732 ; Dr. adm. 1977, comm. n° 141

- CE, 20 mai 1977, *Union générale des coopératives agricoles françaises du groupe La Fayette et autres*, Rec., p. 232
- TA Rouen, 9 jan. 1979, *Lanoy*: Rec. CE 1979, p. 499
- CE, 23 févr. 1979, min. Équip. c/ Assoc. « *Les Amis des chemins de ronde* » : Rec. CE 1979, p. 75, concl. Bacquet
- CE, 29 juin 1979, *Min. Int. c/ Malardel* : Rec. CE 1979, p. 294, concl. Dondoux ; CJEG 1981, p. 4, note P.L. ; RDP 1980, p. 1167, note Waline ; AJDA 1979, p. 20, chron. Robineau et Feffer ; D. 1979, inf. rap. p. 516, obs. Bon
- CE, 20 juin 1980, *Cne Ax-les-Thermes* : Rec. CE 1980, p. 281 ; AJDA 1980, I, p. 527, chron. Ferrer et Pinault ; AJDA 1980, II, p. 551 ; RDP 1980, p. 1726, concl. Rougevin-Baville ;
- CE 25 juillet 1980, *Gaillard*, RDP 1981, p. 242
- CE, 4 mars 1981, *Cne d'Arzereix c/ Nasarre*, Rec., table, p. 655
- CE 2 juill. 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, req. n° 16692, Lebon 255
- CE, 17 nov. 1982, *Kairenga* : Rec. CE 1982, p. 385
- CE, 27 avril 1983, *Époux Deplace*
- CE, 21 octobre 1983, *Mme Delannay*
- CE 25 janvier 1985, *Ville de Grasse c. Montlaur* : D., 1985, p. 466, note Gilli ; JCP 1985. II. 20515, note Genevoix
- CE, 26 sept. 1986, *Épx Héberlin* : Rec. CE 1986, p. 221
- CE, 26 janv. 1990, n° 104236, *Vincent* ; Dr. adm. 1990, comm. 184 ; JCP G 1990, IV, p. 105.
- CE, 19 juin 1990, *Épx Berckelaers* : RDP 1992, p. 1176
- CE 20 juillet 1990, *Ville de Melun et Association Melun Culture Loisirs c/ M. Vivien et autres*, Leb. p. 220 ; AJDA 1990, p. 820, concl. Marcel Pochard ; D. 1991, p. 578, note G. Vlachos ; JCP 1991.II.21663, note Etienne Fatôme ; Petite Affiches 27 mai 1991, p. 22, note E. B
- CE, 27 juill. 1990, n° 77773, *Sté Hancock Shipping Co Ltd*, Dr. adm. n° hors série, déc. 2001, comm. 185 et 287
- CAA Bordeaux 27 décembre 1990, *M. Valiente*, RFDA 1991, p. 441
- CE, 13 févr. 1991, *Thomas* ; Rec. CE 1991, p. 55 ; D. 1991, inf. rap. p. 74 ; Dr. adm. 1991, comm. 178 ; Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 491 ; JCP G 1991, IV, p. 131 ; RD imm. 1991, p. 184 ; RFDA 1991, p. 367
- CE, 7 févr. 1992, *SOGRAGA* ; Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 218
- CE, 31 juill. 1992, n° 94062, *Assoc. ouvriers plombiers couvreurs zingueurs et Pernod* : Rec. CE 1992, p. 957

CE, 19 jan. 1994, *Cne Chailley et a.* dans *Le droit de l'expropriation, 10 ans de jurisprudence 1992-2002* : Dr. adm. 2002, Hors-Série, comm. 49

CAA Nancy 2 mai 1996, *Consorts Koenig et Commune de Sarre-Union*, AJDA 1996, p. 950, et p. 895, chron. J.-P. Piétri ; puis à la décision, CE 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, AJDA 1999, p. 938, note G. Guiheux ; RFDA 2000, p. 600, note Y. G. ; JCP II.10209, p. 2147, concl. J.-D. Combrexelle

CE, Ass., 10 juill. 1996, *Sté Direct Mail Promotion*, (Cons. n° 13), Rec., tables, p. 876

CE, sect., 3 nov. 1997, *Cne Fougerolles* : Rec. CE 1997, p. 391 ; AJDA 1997, p. 1010, obs. L. Richer ; CJEG 1998, p. 16, concl. L. Touvet ; D. 1998, jurispr. p. 131, note J.-F. Davignon ; Dr. adm. 1997, comm. 387, obs. L. Touvet ; JCP G 1998, II, 10007, note R. Piasta ; JCP G 1998, I, 165, § 34, chron. J. Petit ; LPA 6 févr. 1998, p. 16, note J. Calvo ; RFDA 1998, p. 12, concl.

CE, 17 déc. 1997, *Ordre avocats à la Cour de Paris*, Req. n° 181611, Lebon 491 ; AJDA 1998. 362, concl. J.-D. Combrexelle, note B. Nouel ; D. 1998. 591, note B. Jorion

CAA Paris, 5 nov. 1998, n° 98PA01876, *Sté Coquelicot Promotion* : BJCP 1998, n° 5, p. 481

CAA Paris, 21 sept. 2000, *Sté D8, Sté Semmaris* : Dr. adm. déc. 2001, n° hors-série, comm. 181

CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Bernard Consultants*, AJDA 2000, p. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; CJEG 2001, p. 58, note Degoffe et Dreyfus

TA Cergy Pontoise, 19 mars 2001, *Sté CODIAM* : Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 125

CE, 7 / 5 SSR, du 29 avril 2002, 228830, *Ullmann*, AJDA 2002, p. 691, note P. Raimbault ; RFDA 2003, p. 135

CE, sect., avis, 29 juill. 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, req. n°246921, *Lebon* ; AJDA 2002. 755, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2002. 395, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD com.* 2003. 70, obs. G. Orsoni ; *BJCP* 2002. 427, concl. Piveteau ; *CJEG* 2003. 163, note Gourdou et Bourrel ; *Contrats Marchés publ.* 2002. 207, note Llorens

CE 29 janv. 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes c/ Commune de Clans*, req. n° 245239, AJDA 2003. 784, note P. Sablière ; RFDA 2003. 477, concl. C. Maugüé

CE, 21 mars 2003, *SIPPEREC* : Rec. 2003, p. 144 ; GDDAB, n° 48, obs. Chamard-Heim ; Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 128, note Eckert ; JCP A 2003, 1484, note Moreau ; RFDA 2003, p. 903, note Soulié ; AJDA 2003, p. 1935, note Subra De Bieusse

TA Versailles, 17 octobre 2003, *Sieur Allaray c/ Université Paris-sud Orsay*, Comm. Com. Electr., janvier 2004, p. 23, note Caron

CAA Marseille, 24 nov. 2003, *Cne Velleron* : AJDA 2004, p. 895

CE 12 décembre 2003, *Commune du Lamentin*, BJCL n°3/04, p. 185

CAA Marseille, 31 décembre 2003 n°99MA01116 *M^{me} de Charmoy c/ Ville de Montpellier*, AJDA 2004. 718

CE, 28 mai 2004, *Aéroport de Paris*, BJCL 2004. 629, concl. G. Bachelier; AJDA 2004. 1214 ; CJCE 2004. 556, note P. Yolka ; JCP Adm. 2004, n° 1056

CE, 7 juill. 2004, *Cne Celoux* ; Rec. 2004, p. 319 ; Dr. adm. 2004, comm. 57 ; JCP G 2004, p. 1102, note Glaser et Semers

TA Nancy, ord. 29 juill. 2004, *SNC Eurovia*, Dr. adm. 2004. 160

CAA Bordeaux, 21 oct. 2004, *SARL Virtual Media Graphic*, JCP A, n° 51, 13 déc. 2004, 1823, note J. Moreau

CE, 20 janv. 2005, n° 276625, *Hoffer* ; AJDA 2005, p. 621

CAA Bordeaux, 19 mai 2005, n° 01BX01863, *SARL La Talemellerie*

CE, 25 mai 2005, req. N° 274683, *Sté cinémas Huez Chamrousse*, AJDA 2005. 1804

CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* : Rec. CE 2006, p. 272 ; AJDA 2006, p. 1592, chron. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006, p. 1048, concl. D. Casas ; ACCP, n° 59, oct. 2006, p. 78, note L. Renouard

CAA Paris, 5 déc. 2006, *Sté F2Eaux Concept*, req. n° 04PA02610, *JCP Adm.* 2007. 2075, obs. Corouge

CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 26 jan. 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n°276928, S. Nicinski, AJDA 2007. 744

CAA Paris, 1er févr. 2007, n° 06PA02338 et n° 06PA02360, *X c/ Ville Paris*

CE, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, req. no 264541, Lebon 92, concl. C. Vérot ; AJDA 2007. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP A 2007, note G. Guglielmi et G. Koubi ; RFDA 2007. 803, étude C. Boiteau

CE, 20 févr. 2008, n° 287721, *Ligue Normandie karaté et arts martiaux* ; AJDA 2008, p. 954

TA Dijon 15 janvier 2009, *Chambre de commerce et d'industrie de la Nièvre* ; AJDA 2009. 845

CE 3 juin 2009, *Opac du Rhône*, req. No 324405, Lebon ; AJDA 2009. 1126 ; *Contrats Marchés publ.* 224, note Piétri.

CE 3 juin 2009, *Groupement d'intérêt public - Carte du professionnel de santé*, req. No 319103, Lebon ; AJDA 2009. 1126

CE, 2 déc. 2009, *Sté BFM TV* : Comm. Com. électr. 2010, comm. 23, note C. Caron; Propr. intell. 2010 n°35, note J-M Bruguière.

CE, 6 oct. 2010, n° 341537, *Muntoni* : RJEP 2011, comm. 10, note B. Delaunay

CE, 15 avr. 2011, n° 308014, *SNCF* : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 186, note Soler-Couteaux

CE 16 mai 2011, *Commune de Moulins* ; AJDA 2011. 1848

CAA Nantes, 20 mai 2011, n° 10NT00404, *Heslouis c/ Cne La Genevraie*

TA Clermont-Ferrand, 13 juill. 2011, n° 1001584, AJDA 2012. 375, note D. Connil et CAA

Lyon, 4 juill. 2012, n° 11LY02325, *Département du Cantal*, AJDA 2013. 301, note D. Connil

CE, 26 mars 2012, n° 336459, *Cne Vergèze* ; Vie communale et départementale 2012, n° 1009, p. 306, revenant sur CAA Marseille, 10 déc. 2009, *Sté Nestlé et a.* et sur TA Nîmes, 11 janv. 2008

CAA Lyon, 5 avr. 2012, n° 10LY02298, *Sté Fonderies des cloches Paccard*.

CE 11 février 2013 ; AJDA 2013. 1198

CAA Bordeaux, 26 févr. 2015, n° 13BX00856, *NotreFamille.com c/ Conseil général de la Vienne*, AJDA 2015. 1078

CE 14 sept. 2015, n° 389806, *Société NotreFamille.com*, Lebon ; AJDA 2015. 2441, note F. Rasse ; D. 2015. 2214, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Trefigny

CE, ord. 9 octobre 2015, n° 393895, *Cne de Chambourcy*, J-M. Pastor, Dalloz actualité, 19 oct. 2015

4) Du Tribunal des conflits

TC, 24 nov. 1894, *Loiseleur* : Rec. CE 1894, p. 631

TC, 9 déc. 1899, *Assoc. Syndicale canal de Gignac c/ Ducornot* : S. 1900, 3, p. 51, note Hauriou

TC, 6 févr. 1956, *Cts Sauvy*, Rec. CE, p. 586

TC, 14 nov. 1960, *Sté Vaudroy-Jaspar c/ ONIC*, Rec. CE, p. 867, AJDA 1961. II. 89

TC, 28 juin 1965, *Dlle Ruban c/ Sté de l'autoroute Estérel-Cote d'Azur*, D. 1966. III. 380, note J.-P. Colin ; JCP 1966.I.2002, note A. Legrand.

TC, 24 juin 1968, 01917, *Fonds d'organisation et de régularisation des marchés agricoles [F.O.R.M.A.]* : publié au recueil Lebon

TC, 10 mai 1971, *Sté des Laboratoires Derveaux c/ SNIAS*, Rec. CE, table, p. 966

TC, 22 octobre 1979, *Balandraux c/ Compagnie d'assurances générales de France*, n° 02128

TC, 10 janv. 1983, *Caule* : JurisData n° 1983-001355 ; Rec. CE 1983, p. 758

TC, 9 juin 1986, *Com. De Kintzheim, c. ONF*, req. no 2428, Rec. Lebon, table, p. 448

TC, 27 juin 1988, n° 2542, *Société Design programmes et Tallon*, Lebon 490

TC, 6 juin 1989, n° 2572, *Préfet de la région d'Ile-de-France, Préfet de Paris c/ Paris*, Lebon T. 794 ; D. 1990. 151, obs. J. M. Mousseron et J. Schmidt.

TC, 24 févr. 1992, *Couach* ; Rec. 1992, p. 479 ; AJDA 1992, p. 327, chron. Maugué et Schwartz ; Dr. adm. 1992, comm. 190 et déc. 2001, n° hors-série, comm. 319 ; JCP G 1993, II, 21984, note Laviaille ; LPA 26 juin 1992, p. 31, chron. Cellérier

TC, 16 juin 1997, *Société La Fontaine de mars, M. et Mme Muet*, concl. J. Arrighi de Casanova, RFD adm. 1997. 823

TC, 5 juill. 1999, no 3142, *Cne de Sauve c/ Sté Gestetner*, AJDA 1999, p. 626, chr. Raynaud F. et Fombour P., BJCP 1999, no 6, p. 526, concl. Schwartz R., obs. Terneyre Ph., RFD adm. 1999, p. 1163, RDP 2000, p. 247, note Llorens F., CJEG mai 2000, p. 169, chr. de Béchillon D. et Terneyre Ph., RFD adm. 1999, p. 1163, concl. Schwartz R. ; T. confl., 5 juill. 1999, no 3142, *UGAP c/ Sté SNC Activ CSA*, AJDA 1999, p. 626, chr. Raynaud F. et Fombour P., BJCP 1999, no 6, p. 526, obs. Terneyre Ph., RDP 2000, p. 247, note Llorens F., CJEG mai 2000, p. 169, chr. de Béchillon D. et Terneyre Ph., AJDA 2000, p. 115, note Fardet

TC, 15 novembre 1999, *Commune de Bourisp* ; v. également Trib. confl. 5 juillet 1999, *Commune de Sauve c/ Sté Gestetner et UGAP c/ Sté SNC Activ CSA*, AJDA 1999, p. 554, chron. F. Raynaud et P. Fombour ; RFDA 1999, p. 1163, concl. R. Schwartz.

TC, 24 septembre 2001, *Société B. E. Diffusion* ; BJCP, n° 20, janv. 2002, p. 61, concl. Commaret ; BJCP, n° 20, janv. 2002, p. 66, obs. Ch. M. ; CJEG 2002, p. 217, note Yolka ; Collectivités -Intercommunalités 2001, comm. 281, note Moreau ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 242, note Eckert ; D. 2002, inf. rap. p. 40 ; Gaz. Pal. 10-11 juill. 2002, p. 24 ; Procédures 2002, comm. 62, obs. Deygas ; RFDA 2002, p. 425.

TC, 3 avril 2002, *Société Cardon et autres c/ Société Sacmat*, n° 3265

TC, 19 janv. 2004, n° 3375, *Cne Wildenstein*, AJDA 2004, 1045

TC, 22 oct. 2007, n° C3625, *Doucedame c/ Dpt des Bouches-du-Rhône*, AJDA 2008, p. 1145

TC, 2 mai 2011, n° 3770, *Société d'équipements industriels urbains c/ Société Frameto et Commune de Ouistreham*, Lebon ; AJDA 2011. 924

TC, 17 décembre 2012, *Cne de la Revest-les-eaux c/ Mme Escailler*, D. adm. avril 2013, p. 34, note F. Blanc

TC, 7 juillet 2014, *M. A. c. Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle*, AJDA 2014 .1463; ibid. 2364, note J.-M. Pontier ; RDI 2015. 180, obs. N. Foulquier ; RTD com. 2014. 611, obs. F. Pollaud-Dulian ;

TC, 13 oct. 2014, n° 3963, *SA AXA France IARD* ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 322, note G. Eckert

II. Européenne

1) Cour EDH

CEDH, arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, requêtes n° 7151/75 et n° 7152/75

CEDH, arrêt *Agosi c/ Royaume-Uni* du 24 oct. 1986

CEDH, arrêt *Allan Jacobsson c/ Suède* du 25 oct. 1989

CEDH, *Osman c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1998

CEDH, (GC) arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999

CEDH, (GC), *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2004

CEDH, *Von Hannover c. Allemagne* du 24 juin 2004

2) CJUE

CJCE, 22 juin 1976, aff. 119/75, *Terrapin c/ Terranova* : Rec. CJCE 1976, p. 1039.

CJCE, 23 mai 1978, aff. 102/77, *Hoffmann Laroche* : Rec. CJCE 1978, p. 1139.

CJCE, 3 déc. 1981, aff. 1/81, *Pfizer c/ Eurim Pharm* : Rec. CJCE 1981, p. 2913.

CJCE, aff. 265/87, arrêt *H. Schröder HS Kraftfutter GmbH c/ Hauptzollamt Gronau* du 11 juill. 1989 : Rec. CJCE 1989, p. 2237

CJCE, 18 févr. 1992, *Commission c/ République italienne* : JOCE n° C 61.6, 10 mars 1992 ; RTD com. 1993, p. 604, obs. J. Azéma ;

CJCE, 11 juill. 1996, aff. C-232/94, *MPA Pharma c/ Rhône Poulenc* : Rec. CJCE 1996, I, p. 3671

CJCE, aff. C-40/01 du 11 mars 2003, *Ansul*, Rec. I. 2439; D. 2003. 2691

CJCE, 10 avr. 2008, aff. C-102/07, *Adidas AG et Adidas Benelux c/ Marca Mode CV et a.* D. 2008, p. 1205, obs. J. Daleau

CJCE 12 févr. 2009, n° C-5/08, RTD com. 2009. 312, obs. F. Pollaud-Dulian

CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-422/10, *Georgetown University*, Europe 2012, comm. 43, obs. L. Idot ; Propr. Industr. 2012, chron. 6, n°13, obs. H. Gaumont-Prat

CJUE, 2 mai 2012, aff. C.406/10, *SAS Institute Inc. c/ World Programming Ltd* : D. 2012, p. 2343, obs. C. Le Stanc ; RTD com. 2012, p. 536, obs. F. Pollaud-Dulian ; Comm. Com. électr. 2012, comm. 105, note Caron.

Table des lois et autres sources

I. Lois et ordonnances

Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, définitivement abrogée par l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification législative du Code de l'énergie (*JORF n°0108 du 10 mai 2011 page 7954*)

Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique (*JORF 19 avril 1957 en vigueur le 11 mars 1958*)

Loi n° 70-612 du 10 juillet 1970 tendant à faciliter la suppression de l'habitat insalubre (*JOFR du 1^{er} janvier 1977*) et ordonnance n° 2014-1345 du 6 novembre 2014 relative à la partie législative du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (*JORF n°0261 du 11 novembre 2014 page 19003*)

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public (*JOFR du 12 Juillet 1979*)

Loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service (*JORF du 1 janvier 1965 page 3*)

Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 tendant à favoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention (*JORF du 3 janvier 1968 page 13*)

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (*JORF du 7 janvier 1978 page 227*)

Loi n° 78 - 753 du 17 juillet 1978 portant divers mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, (*JORF du 18 juillet 1978 page 2851*)

Loi n°90-1052 du 26 novembre 1990 relative à la propriété industrielle, (*JOFR du 28 novembre 1990*)

Loi n° 91-7, 4 jan. 1991 relative aux marques de fabrique, de commerce ou de service, (*JOFR du 6 Janvier 1991*)

Loi n° 91-650, 9 juill. 1991, portant réforme des procédures civiles d'exécution, (*JOFR du 13 Juillet 1991*)

Loi du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle, (*JORF n°0153 du 3 juillet 1992 page 8801*)

Loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 modifiant le code de la propriété intellectuelle en application de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, (*JORF n°295 du 19 décembre 1996 page 18687*)

Loi n°98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, (*JORF n°151 du 2 juillet 1998 page 10075*)

Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, (*JORF n°0088 du 13 avril 2000 page 5646*)

Loi n°2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF) du 11 décembre 2001, (*JORF n°288 du 12 décembre 2001 page 19703*)

Loi n° 2002-5, 4 janv. 2002, relative aux musées de France, art. 11, II, (*JOFR du 5 Janvier 2002*)

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, (*JOFR n° 143 du 22 juin 2004*)

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, (*JORF n°159 du 10 juillet 2004 page 12483*)

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, (*JORF n°182 du 7 août 2004 page 14040*)

Loi n° 2006-236 du 1er mars 2006 relative aux obtentions végétales, (*JORF n°52 du 2 mars 2006 page 3136*)

Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, (*JORF n°0164 du 16 juillet 2008 page 11322*)

Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, (*JORF n°0302 du 30 décembre 2011 page 22667*)

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, (*JORF n°0179 du 5 août 2014 page 12949*)

Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (*Journal Officiel 17 Janvier 2015*)

Ordonnance n°58-1351 du 27 décembre 1958 relative à la conservation du domaine public routier (infractions à la police de la conservation du domaine public routier. Personnes aptes à les constater, poursuite, réparation, juridiction), JORF du 29 décembre 1958 page 11966

Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques

Ordonnance n°2015-8999, 23 juillet 2015 – D. n°2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics; D. 2016-361, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité

II. Projets de loi

Projet de loi sur la société de l'information, renvoyé à la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du règlement. Présenté au nom de M. Lionel Jospin, Premier Ministre, par M. Laurent Fabius, Ministre de l'économie, des Finances et de l'industrie. Enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 14 juin 2001.

Projet de loi de développement des solidarités territoriales et de la démocratie locale (n° 497, 2012-2013), déposé le 10 avril 2013 au Sénat

Projet de loi pour une République numérique, présenté au nom de M. Manuel Valls, Premier ministre, par M. Emmanuel Macron, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique et par Mme Axelle Lemaire, secrétaire d'État chargée du numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2015.(Renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement.)

III. Décrets et circulaires

Décret n°92-1338 du 22 décembre 1992 portant création de l'Établissement public du musée du Louvre

Décret n°2002-677 du 29 avril 2002 relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation

Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'Internet

Décret n°2005-1217 du 26 septembre 2005 relatif à la prime d'intéressement et à la prime au brevet d'invention attribuées à certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses établissements publics auteurs d'une invention et modifiant le Code de la propriété intellectuelle.

Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978

Décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électroniques.

Décret n°2007-905 du 15 mai 2007 portant création du comité d'orientation de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État.

Décret n° 2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 20 à 23, 25 et 26 et Décret n° 2016-361 du 25 mars 2016, art. 17 à 21) relatifs respectivement aux marchés publics et aux marchés publics de sécurité ou de défense.

Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques

Circulaire du 7 octobre 1999 relative aux sites internet des services et des établissements publics de l'État (NOR : PRMX9903708C), JO du 12 octobre 1999

Circulaire n° 2005-17 du 28 février 2005 relative aux conditions d'exercice des missions d'ingénierie publique concurrentielle dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises public/privé, BOMETLTM 20 février 2005, n° 5.

Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État, JORF n°99 du 27 avril 2007, p. 7490, non publiée sur circulaires.gouv.fr.

Circulaire du 26 mai 2011 relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques

IV. Décisions et recommandations

CADA, 14 janvier 1982, *Foyer Langrois des jeunes travailleurs*

CADA, 6 décembre 1990, *Ministre de la Culture*

CADA, 7 janvier 1993, *Directeur général de la concurrence*

CADA, 4 mars 1993, *Conseil au maire de Chamalières*, 8ème rapport, p. 101

CADA, avis, 15 janv. 1998, *Malye*: 9e Rapp., p. 121

CADA, 9e rapport d'activité sur la période 1995-1998, *La communication des documents administratifs des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*, La Documentation Française, 1998

CADA, 2 mars 2006, Avis 20060881, *Recteur de l'Académie d'Aix-en-Provence*

CADA, 16 mars 2006, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux*

CADA, 14 septembre 2006, Conseil 20063781, *Maire de Foug*

CADA, 14 septembre 2006, Conseil 20063777, *Président de la communauté d'agglomération du Grand Toulouse*

CADA, 8 mars 2007, Avis 20070498, *Ministre de l'équipement (DDE de l'Indre)*

CADA, 19 avril 2007, Conseil 20071492 *Directeur du GIP Aménagement du Territoire et Gestion des Risques*

Recommandation du Forum des droits sur l'internet (FDI) : « *Quelle politique de diffusion des données publiques ?* », rendue publique le 14 avril 2003.

V. Directives européennes

Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données transposée par la loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

Directive n° 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques

Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public

Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, relative aux marchés de défense et de sécurité

Index thématique

Les numéros renvoient aux pages principales, et les termes qui concernent toute la thèse (propriété intellectuelle, créations intellectuelles, personnes publiques...) ne figurent pas dans l'index car le nombre des renvois serait trop important pour être utile au lecteur.

A

Agents publics : 84 et s. ;
Auteur : 219 ;
Avis O.FR.A.TE.ME : 86 ;

C

CCAG : 106 ; 126 ; 128 ;
Cession : 115 ; 122 ;
Commande publique : 111 ;
Comptabilité publique : 409 ; 411 ;
Concession : 115 ; 116 ;
Contrainte : 133 ;
Contrefaçon : 421 ; 424 ; 426 ; 431 ; 454 ; 460 ; 468 ;
Créations intellectuelles temporaires : 357 ; 373 ; 382 ;
Créations publiques : 351 ;
Créations immatérielles du domaine public : 160 ;

D

Déchéance : 415 ;
Décision publique : 288 ;
Diffusion des documents publics : 291 ; 295 ; 297 ; 299 ;
Documents administratifs : 280 ; 291 ;
Domaine privé : 154 ; 171 ; 363 ;
Domaine public : 155 ; 229 ; 232 ; 358 ; 382 ; 448 ; 454 ;
Données publiques : 262 ; 269 ; 272 ; 277 ;
Droit d'accès aux documents administratifs : 280 ; 285 ;
Droit de divulgation : 285 ; 291 ; 295 ; 297 ; 299 ;
Droit moral : 205 ; 206 ; 217 ; 223 ;

E

Enregistrement : 72 ;
Expropriation : 143 ; 332 ; 336 ;
- brevets : 145 ;
Exploitation : 175 ; 375 ;
Expulsion : 466 ; 470
Extinction : 355 ;

G

Gestion : 150 ; 152 ; 154 ;

I

Identité : 206 ; 208 ; 221 ;
Inaliénabilité : 161 ; 164 ; 223 ; 227 ;
Insaisissabilité : 223 ; 227 ;
Imprescriptibilité : 223 ; 224 ; 382 ;
Intérêt général : 152 ; 181 ; 190 ; 205 ; 223 ; 231 ; 259 ;
Intérêt patrimonial : 194 ;
Inventions de mission : 95 ;
Inventions hors mission : 99 ;

L

Libertés publiques : 343 ;
Licence : 115 ; 116 ; 122 ; 134 ;
- judiciaire : 135 ; 136
- administrative : 138 ;
- open data : 326 ;
Logiciel : 69 et s. ;
Logotype : 81 ;

M

Marché public : 105 ;
Marque publique : 78 ; 209 ;
Monopole : 375 ; 473 ;

N

Nom des personnes publiques : 209 ; 217 ;

Nom de domaine : 81 ;

O

Obligation

- de payer : 392 ; 393 ; 395 ;
- d'exploiter : 400 ; 414 ;
- exorbitante du droit commun : 309 ; 313 ; 322, 392 ; 400 ; 421 ;
- de conservation : 358 ; 363 ; 368 ; 373 ; 391 ; 421 ;
- d'agir en justice : 456 ; 458 ; 460 ;

Occupation sans titre : 424 ; 433 ; 438 ; 446 ; 454 ; 458 ; 460 ; 468 ;

Œuvre collective : 65 et s. ;

Open data : 241 ; 243 ; 248 ; 345 ;

Ouverture des données publiques : 246 ; 248 ; 277 ; 345 ;

P

Personnalité : 57 ;

Prérogatives exorbitantes du droit commun : 104 ; 126 ; 128 ; 188 ;

Propriété industrielle : 69 ; 93 ; 375 ; 382 ; 395 ; 417 ;

Public : 239 ;

R

Réutilisation des données publiques : 309 ; 313 ; 322 ; 331 ; 341 ;

S

Service public : 184 ; 196 ; 202 ;

V

Valorisation : 401 ;

- comptable : 407 ;
- financière : 404 ;
- non-financière : 406 ;

Résumé :

La propriété intellectuelle est suffisamment polymorphe pour s'appliquer tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques. Il n'est pas question de nier la spécificité de la personne publique, qui en raison de son identité et de la nature des missions qui lui sont confiées dispose de prérogatives particulières, et est soumise à des règles spécifiques. L'objet de notre étude est de démontrer que la propriété intellectuelle soumet les personnes publiques et privées à un régime juridique commun, qui est aménagé pour répondre aux exigences propres aux personnes publiques. Ainsi, ces dernières disposent de prérogatives élargies par rapport aux personnes privées, notamment dans le cadre de l'acquisition et de l'exploitation de leurs créations intellectuelles. Cependant, les personnes publiques sont également soumises à des obligations renforcées, qui résultent des obligations plus générales qui pèsent sur elles, telles que, notamment, la protection du domaine public. En outre, l'apparition de nouvelles politiques publiques telles que l'open data doit être appréhendée par les personnes publiques pour s'adapter aux nouveaux enjeux de la propriété intellectuelle publique.

Descripteurs : *propriété publique – propriété intellectuelle – droits – obligations – personnes publiques – créations intellectuelles – droit d'auteur – propriété littéraire et artistique – propriété industrielle – marques*

Title and Abstract:

Intellectual Property (IP) is enough polymorphic to be applied to both private individuals and public entities (understood as the State, administrative districts having legal personality, and public institutions). This is not about denying the specificity of public entities, who are entrusted with particular prerogatives, and subjected to specific rules because of their identity and the nature of their missions. The purpose of our study is to demonstrate that IP submits both public entities and private individuals to a common legal system, which is set to meet the requirements inherent to public entities. Thus, public entities have expanded powers over private individuals, through acquisition and exploitation of their intellectual assets. This is the expression, in IP, of the specific prerogatives that public entities enjoy as part of their missions. However, public entities are also subjected to strengthened bonds, which are the result of general obligations placed upon them, such as the protection of public assets. Finally, the emergence of new dynamics related to IP such as open data represents a major evolution of this science that public entities must understand to adapt to new challenges of public IP.

Keywords : *public ownership – public property – intellectual property – rights – administration – public entities – obligations – intellectual creations – copyright – literary and artistic property – intellectual property – brand*