

Le nouveau droit d'auteur des agents publics et les travaux de recherche

Si le célèbre projet de loi Dadvsi (Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information), transposant la directive du même nom, a provoqué les débats que l'on sait, le titre II du même texte, relatif au *droit d'auteur des agents publics*, n'a mobilisé personne, pas même les syndicats de fonctionnaires... Lors du dépôt du projet de loi en novembre 2003, le Gouvernement présentait ces dispositions comme un renforcement du droit d'auteur des agents publics. Belle illusion d'optique : on dépossède à moitié les agents publics de leur droit d'auteur et on leur laisse croire qu'on leur en donne une partie. Éternelle question de la bouteille à moitié vide ou à moitié pleine...

Didier Frochot

Formateur et consultant
en médiathèques
dfrochot@free.fr

Ce faux-semblant s'explique en grande partie par le fait que la haute fonction publique campait depuis des lustres sur un avis du Conseil d'État qu'on savait pourtant illégal et inopérant. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) a très vite levé le lièvre et recommandé au Gouvernement de réaménager le droit d'auteur des agents publics.

Après avoir dressé l'état des lieux de la situation antérieure, nous examinerons le nouveau régime tel qu'adopté par le Parlement le 30 juin dernier, pour les agents publics en général, et ensuite ses répercussions sur les cours et travaux de recherche.

Rappels historiques et juridiques

Les grands principes du droit d'auteur

L'article L. 111-1 al. 1^{er} du *Code de la propriété intellectuelle* (CPI) consacre la propriété de l'auteur

personne physique sur son œuvre : « *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'alinéa 3 dispose que « *l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service [entendons relation de travail ou de prestation de service] par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er}.* ». Aucune relation de subordination n'implique donc *ipso facto* cession de tout ou partie du droit de l'auteur personne physique, à l'employeur, au donneur d'ordre ou à l'autorité publique. Ceci dément donc l'idée reçue selon laquelle, en tant que salarié, on est dépossédé de ses droits d'auteur.

L'exception des logiciels

La loi de 1985 - révisée en 1994 - a créé la seule exception existante jusqu'à ce jour, pour les logiciels, et qui confirme la règle générale : « *Sauf dis-*

Didier Frochot est formateur consultant indépendant. Titulaire d'une maîtrise de droit et d'un DESS de gestion, il a été responsable du diplôme supérieur de l'INTD, de 1989 à 1998. Coauteur du site Defidoc (<http://www.defidoc.com>), il est l'auteur de Propriété intellectuelle et droit de l'information appliqués aux collectivités territoriales et d'Information, documentation et veille juridiques (éditions de la Lettre du cadre territorial, 2004).

positions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation, créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur, sont dévolus à l'employeur titulaire des droits qui est seul habilité à les exercer » (article L. 113-9 CPI). Pour les seuls logiciels, et sous réserve qu'ils aient été créés dans le cadre de la relation de travail, l'employeur est le cessionnaire légal des droits d'exploitation des logiciels. Notons que le droit moral, inaliénable, demeure (notamment le droit au nom), même s'il est prévu que le logiciel ainsi cédé puisse être modifié (corrigé) sans que l'auteur puisse s'y opposer dès lors que la modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation (aménagement du droit à l'intégrité de l'œuvre, article L. 121-7 1°).

Un épineux hiatus entre propriété intellectuelle et relation de travail

Pour toute création d'œuvres d'auteurs (texte, image, graphisme, photo...), on se heurte donc à un hiatus fondamental entre la situation de l'auteur percevant un salaire ou équivalent, et un droit de propriété sur son œuvre qu'il conserve tant qu'il ne l'a pas cédé expressément à son employeur ou à l'autorité publique qui l'emploie.

Pour contourner cette difficulté, on pourrait croire qu'il suffit d'insérer une clause dans le contrat de travail prévoyant que le salarié cède à son employeur ses droits d'auteur sur les œuvres qu'il créera pendant la

durée du contrat. Même si ces clauses sont rédigées de manière valide (conformes à l'article L. 131-3 al. 1^{er}), elles sont de nul effet : l'article L. 131-1 prohibe la cession globale des œuvres futures. Dans les contrats privés, c'est donc un vrai casse-tête à gérer.

Dans la fonction publique, aucune clause statutaire de ce genre n'est prévue. Il s'ensuit que les auteurs agents publics restent pleinement propriétaires de leurs œuvres, quelles que soient leurs fonctions ou les instructions reçues. Si choquant que cela paraisse, le droit d'auteur pose cette règle totalement inadaptée aux relations de travail¹.

L'avis de l'Ofrateme

En 1972, à la demande de l'Ofrateme (Office français des techniques modernes d'éducation), office chargé de télé-enseignement, le Conseil d'État a rendu un avis dont se sont saisies un peu hâtivement les administrations².

Partant du postulat discutable que le fonctionnaire possède des droits limités tenant à sa mission dédiée au service public, le Conseil constate que le droit d'auteur n'apporte pas de dérogation à la limitation des droits de l'agent public. Le Conseil assigne donc au fonctionnaire, une sorte de statut de sous-citoyen, aux droits de propriété forcément réduits (notamment sa propriété intellectuelle, par ailleurs reconnue sans « aucune dérogation » pour le commun des mortels).

Se basant sur la qualification d'œuvre collective, le Conseil constate en outre que l'Office préside à la direction et à la coordination des émissions pédagogiques réalisées par ses agents et qu'il est ainsi cessionnaire

des droits dont les agents sont déposés, dans la mesure où ils ont créé leur œuvre dans l'exercice de leur mission de service public. Ce raisonnement est erroné : la loi reconnaît en pareil cas un droit de propriété collective sur l'ensemble réalisé, mais elle ne nie pas la propriété individuelle de chaque collaborateur sur sa contribution³. L'affaire du *Figaro* est venue récemment confirmer cette analyse : l'œuvre collective est ce bloc (le journal par exemple) protégé à l'égard des tiers, mais elle ne supplante en rien la qualification individuelle d'œuvre protégée pour chacune des contributions la constituant et appartenant à chaque auteur⁴.

Cet avis fut longtemps considéré comme parole d'évangile dans l'Administration. On le généralisa même avec zèle, en considérant que tout agent public est cessionnaire de tous ses droits sur toute création intellectuelle à l'autorité publique, y compris ses droits moraux (droit au nom de l'agent, notamment). C'était refuser de voir la pratique judiciaire.

La jurisprudence judiciaire

L'avis du Conseil d'État ne constitue en rien une décision juridictionnelle faisant autorité. Il mentionne du reste expressément que « sous réserve de l'appréciation que les tribunaux compétents pourraient être appelés à faire dans les litiges qui leur seraient soumis, il y a lieu de répondre au ministre de l'Éducation nationale dans le sens des observations qui précèdent ». Et les tribunaux judiciaires ont continué à condamner l'État ou les collectivités publiques qui auraient des velléités d'emprunter abusivement les œuvres de leurs agents auteurs.

L'affaire Roland Barthes fait notamment apparaître que la « production orale du professeur ne saurait revêtir un caractère administratif du seul fait qu'elle est assurée dans le

1. Cela débouche, par exemple, sur ces sociétés de développement de sites web qui, fortes de l'idée reçue inverse, ne se font pas céder les droits de création intellectuelle de leurs salariés et par conséquent vendent à leurs clients des sites qui ne leur appartiennent pas, vente que n'importe quel salarié peut contester ultérieurement.

2. Avis du Conseil d'État Ofrateme, 21 novembre 1972, n° 309 721.

3. Art. L. 113-2 al. 3.

4. Paris, 10 mai 2000.

cadre d'un enseignement public⁵ ». Plus récemment, dans le domaine du droit des artistes interprètes, la Cour de cassation a sanctionné l'usage d'un enregistrement de l'orchestre du Capitole de Toulouse pour les besoins d'une publicité du syndicat des transports de l'agglomération, sans l'accord des membres de l'orchestre, tous fonctionnaires. Elle rappelle à cette occasion le même principe de non-dérogation des droits d'auteur ou des droits voisins du fait de la qualité de fonctionnaire⁶.

L'avis du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

Installé auprès du ministre de la Culture en mai 2001, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a désigné quatre commissions de travail sur divers sujets brûlants, dont deux sur les auteurs salariés, preuve de leur urgence : une pour les salariés du privé, une autre pour les agents publics. Cette dernière commission a procédé à une analyse minutieuse de la situation et le CSPLA a rendu un avis qui est un démenti cinglant de l'avis du Conseil d'État.

Cet avis rappelle qu'il « n'existe pas en droit positif de définition des catégories de travaux réalisés par des agents publics dans le cadre de leurs fonctions qui seraient exclus du champ de la propriété littéraire et artistique ». Il qualifie l'avis de l'Ofrateme d'exorbitant et souligne que « le régime juridique applicable aux agents publics heurte de front le principe fondamental du droit de la propriété littéraire et artistique selon lequel les droits d'auteur doivent naître sur la tête de la personne physique ayant créé l'œuvre. Tous les instruments juridiques internationaux régissant la matière s'accordent sur ce point, rappelé en dernier lieu par l'article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

Thèses et cours en ligne : questions pratiques

– Une université, une grande école, veut mettre en ligne les cours de ses enseignants ; quelles démarches entreprendre ?

Il a toujours fallu l'autorisation de l'enseignant puisque, dans tous les cas de figure, l'auteur, personne physique, reste auteur de ses cours.

Au regard de la loi nouvelle, pour les agents publics, la question se pose de savoir s'il est dans la mission de l'enseignant de publier ses cours sur le site de son école.

Si c'est pour l'intranet de l'école, on reste apparemment dans la mission d'enseignement, avec mise à disposition des supports à l'attention des élèves, exactement comme pour la duplication des supports en interne.

Si c'est pour le site web, il est permis de penser qu'il s'agit d'une exploitation différente, tendant plus à assurer la publicité de l'école ou de l'université. Dans ce cas, l'autorisation de l'auteur s'impose. Une solution intermédiaire consiste à revoir le statut et les missions de l'enseignant et, par exemple, si c'est un enseignant-chercheur, d'inclure ses publications sur le site de l'école ou de l'université dans ses missions de publications du fruit de ses recherches.

Si l'école est de statut consulaire (beaucoup d'écoles de commerce) ou purement privé, le monopole d'exploitation de l'auteur s'applique pleinement et suppose donc toujours l'accord exprès de celui-ci.

Lorsque l'accord doit être donné, il doit être conforme aux prescriptions de l'article L.131-3 al.1^{er} du CPI sous peine de n'être pas valide.

– Si un enseignant ou un thésard a signé un accord autorisant l'université ou la BU à mettre son cours ou sa thèse en ligne sur le site Internet de l'université, conserve-t-il la faculté de passer contrat avec un éditeur pour la publication de la même œuvre ?

Tout dépend de l'accord signé. Le principe du monopole de l'auteur est celui de la cession spéciale ; l'auteur ne cède presque jamais ses droits en bloc, mais doit désigner les droits cédés et l'étendue de ceux-ci (article L.131-3 al.1^{er}).

Si, comme c'est fréquemment le cas, l'auteur n'a rien cédé en exclusivité, il peut toujours passer contrat avec un éditeur, privé ou public, pour la publication de la même œuvre.

européenne proclamée le 18 décembre 2000 ». Moins diplomatiquement : l'avis de l'Ofrateme porte atteinte au droit de propriété de l'agent public, lequel est un droit de l'homme « inviolable et sacré » (article 17 de notre Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, toujours en vigueur), également protégé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷.

Le CSPLA préconise le « renversement du principe défini par l'avis Ofrateme » puisqu'il n'existe dans la loi « aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu » et a donc suggéré au Gouvernement de modifier le code dans le sens d'un aménagement du droit d'auteur des agents publics. D'où le titre II de la loi⁸.

La loi adoptée

Un régime équilibré hérité du logiciel

Le nouveau régime est calqué sur celui des logiciels. Tout d'abord, la nouvelle rédaction de l'article L.111-1 al.3 réaffirme le respect du droit de propriété d'un agent public sur son œuvre : « 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'État, 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. » Mais l'article L.131-3-1 al.1^{er} crée une nouvelle exception : « 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 [public] dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à [la collectivité publique] ».

5. Tribunal de grande instance, Paris 1^{re} chambre, 20 novembre 1991.

6. Civ. 1^{re} – 1^{er} mars 2005.

7. Avis 2001-1 du CSPLA du 20 décembre 2001.

8. Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006.

Il s'ensuit que l'agent public n'est cessionnaire de ses droits d'exploitation que dans le cadre de la mission de service public de sa collectivité. Si son œuvre est exploitée hors de cette mission (au bénéfice d'une autre collectivité, par exemple), il retrouve logiquement la jouissance de ses droits.

Un droit de préférence de l'autorité hiérarchique

En outre : « Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, [la collectivité publique] ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. » (L. 131-3.1 al. 2). L'agent peut publier son œuvre, à condition de demander d'abord à son autorité hiérarchique si elle veut faire jouer son droit de publication préférentiel. À défaut, l'agent est libre de publier son œuvre comme il l'entend.

Un droit moral écorné pour raisons de service

À l'instar du régime des logiciels, l'article L. 121-7-1 al. 2 1^o prévoit, pour l'autorité hiérarchique, la possibilité de modifier l'œuvre de l'agent, pour autant que cette modification ne porte pas atteinte à son honneur et à sa réputation.

Rappelons cependant que le droit au respect de l'auteur demeure⁹ : l'agent public peut donc toujours exiger de voir apparaître son nom, au côté de celui de sa collectivité, dans toute exploitation de son œuvre, même dans le cadre de sa mission.

Tel est le nouveau régime de base pour les agents publics. Qu'en est-il,

9. Art. L. 121-1.

dans ce contexte, de l'exploitation des cours et travaux de recherche émanant d'agents publics (enseignants et chercheurs publics)?

Des exceptions pour les cours et travaux de recherche

Un nouvel alinéa à l'article L. 111-1 précise que les règles prévues pour les agents publics, « ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique ». Entrent donc dans cette catégorie les enseignants – notamment du supérieur, libres de rédiger leurs cours comme ils l'entendent – ainsi que les chercheurs, libres de publier le fruit de leurs recherches sans le contrôle d'une quelconque hiérarchie. En d'autres termes, les cours et les travaux de recherche tels que thèses ou même papiers de recherche resteront l'entière propriété des enseignants et/ou chercheurs qui les ont rédigés.

Mais une autre disposition vise la recherche scientifique.

Nous avons vu que l'autorité publique dispose d'un droit de préférence pour l'exploitation commerciale des œuvres de ses agents. Le même article L. 131-3-1 al. 2 prévoit que « cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé ».

Alors même que l'agent public auteur serait soumis au contrôle hiérarchique de ses œuvres (situation plus vaste que la précédente), l'autorité publique ne disposerait pas du droit de préférence dès lors qu'un contrat serait passé avec un organisme privé. En pareil cas, la collaboration avec le privé devient un centre de gravité juridique suffisant pour neutraliser la prérogative exorbitante du droit commun qu'est le droit de préférence de l'autorité publique. L'organisme privé partenaire peut donc faire publier ou publier lui-même les travaux de recherche issus des activités sous contrat. Et les agents publics, sortant là de leur mission de service public, peuvent parfaitement recevoir une rémunération d'auteur en plus de leur traitement de fonctionnaire. Rappelons à ce sujet que la perception de droits d'auteur à raison de publications éditoriales est un des seuls cas où une rémunération supplémentaire ne suppose aucune autorisation de cumul de la part de l'autorité hiérarchique¹⁰.

Pour conclure

Ces dispositions nous paraissent bonnes et mettent un terme à des années de porte-à-faux. Nous ne pouvons que souhaiter à présent que les salariés du privé bénéficient du même régime, ce qui simplifierait grandement les choses et assurerait une plus grande sécurité juridique dans les relations de travail.

Juillet 2006

10. Art. 3 al. 1^{er} du décret-loi du 29 octobre 1936 modifié, relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions.