



GROUPEMENT FRANÇAIS DE L'INDUSTRIE DE L'INFORMATION

MARCHES PUBLICS

ET DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

COMMENT GERER LA PROPRIETE INTELLECTUELLE DANS LE CADRE DES MARCHES PUBLICS

*Guide pratique réalisé par
le Groupement Français de l'Industrie de l'Information*

*avec la collaboration de
Michel Vajou, MV Etudes et Conseil
à partir de l'étude juridique réalisée par
Maîtres Jean Martin et Guillaume Prigent*

à la demande du

**MINISTERE DE L'EQUIPEMENT, DES TRANSPORTS, DU LOGEMENT,
DU TOURISME ET DE LA MER**

Direction Générale de l'Urbanisme, de l'Habitat et de la Construction
Centre de documentation de l'urbanisme

Octobre 2003

SOMMAIRE

1 - INTRODUCTION : Commande publique et droits de la propriété intellectuelle : un thème émergent, un débat urgent	page 4
2 - COMMANDE PUBLIQUE ET DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE : QUELLE ARTICULATION ?	page 8
2.1 - Commande publique et droit de la propriété intellectuelle	page 8
2.2 - Commande publique ou marché public ?	page 9
2.3 - Apports et limites des règles issues du Code des Marchés Publics	page 10
2.3.1 - Fonction et caractéristiques juridiques du CCAG	page 10
2.3.2 - Le CCAG-PI	page 11
3 - DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE : QUELQUES REPERES A MAITRISER IMPERATIVEMENT	page 13
3.1 - Droit de la propriété intellectuelle : quelques spécificités importantes	page 13
3-2 - Les deux branches de la propriété intellectuelle : propriété industrielle et propriété littéraire et artistique	page 20
4 - LES OBJECTIFS DU COMMANDITAIRE PUBLIC DANS LE TRAITEMENT DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ATTACHES A SA COMMANDE	page 24
4.1 - S'assurer d'une exploitation sans contraintes des produits de la commande publique	page 25
4.2 - Désamorcer a priori d'éventuels conflits en responsabilité impliquant le commanditaire public	page 26
4.3 - Garantir au commanditaire public la possibilité d'une exploitation optimale de ses investissements	page 30
4.4 - Protéger le commanditaire public contre tout problème d'atteinte à ses propres droits de propriété intellectuelle	page 32
4.5 - Désamorcer des problèmes de long terme se vérifiant dans des contextes d'usage différents de ceux envisagés par la commande initiale	page 34
5 - L'OBJET DE LA COMMANDE PUBLIQUE ET LES OBJETS DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	page 36
5.1 - Identifier les «objets » de propriété intellectuelle entrant dans l'objet de la commande	page 36
5.1.1 - Repères sur les types d'œuvres protégées au titre du droit de la propriété littéraire et artistique	page 36
5.1.2 - Repères sur les types d'œuvres protégées au titre du droit de propriété industrielle	page 39
5.2 - Déterminer si les «objets » de propriété intellectuelle bénéficient d'une protection	page 40
5.2.1 Les critères de protection en droit de la propriété littéraire et artistique	page 41
5.2.2 Les critères de protection en droit de la propriété industrielle	page 42
6 - VERIFIER LA TITULARITE DES DROITS : TITULAIRE DU MARCHE ET TITULAIRES DES DROITS	page 44
6.1 - L'identification des titulaires de droits sur les résultats du marché	page 44
6.1.1 - Titularité des droits au titre de la création protégée	page 44
6.1.2 - Titularité des droits au titre de l'investissement protégé	page 46
6.2 - Le cas particulier de la gestion collective des droits	page 48
6.3 - La titularité des droits de propriété industrielle	page 49
6.3.1 - Le brevet	page 49
6.3.2 - Marques, dessins et modèles déposés	page 53
6.4 - Repères sur quelques types d'œuvres protégées	page 54
6.5 - Continuité et cohérence dans la chaîne des droits	page 56

7 - DEFINIR LES DROITS A OBTENIR	page 57
7.1 - Les droits patrimoniaux	page 57
7.1.1. - Les catégories légales	page 58
7.1.1.1 - Le droit de reproduction	page 58
7.1.1.2 - Le droit de représentation	page 60
7.1.1.3 - Les autres droits éventuellement nécessaires à la satisfaction des besoins de la personne publique	page 62
7.1.2 - Les catégories de la pratique	page 63
7.1.3 - La notion d'exclusivité des droits	page 63
7.2 - Les droits moraux	page 65
8 - LES BESOINS	page 67
8.1 - Identification des besoins en fonction des résultats -créations	page 67
8.2 - La notion des « besoins propres au service »	page 68
8.3 - La durée de la cession	page 68
8.4 - L'étendue géographique de la cession	page 68
9 - REMUNERATION DES DROITS ET PRIX DU MARCHE	page 69
9.1 - Le principe d'une rémunération proportionnelle	page 69
9.1.1 - Proportionnalité et usage interne	page 69
9.1.2 - Proportionnalité et usage externe	page 70
9.2 - La possibilité du forfait	page 71
9.2.1 - Le forfait pour certaines catégories de création	page 71
9.2.2 - Le forfait en raison de circonstances pratiques	page 71
9.2.3 - Les bases de données et des œuvres multimédias	page 72
9.3 - Les modalités de définition des prix pour les marchés publics	page 72
9.3.1 - Les divers dispositifs relatifs aux marchés publics	page 73
9.3.2 - Exécution du marché et comptabilisation des recettes d'exploitation	page 73
10 - LES GARANTIES	page 74
10.1 - Les garanties légales	page 74
10.2 - Les garanties conventionnelles	page 74
11 – FICHES PRATIQUES	
11.1 – Fiche n°1 : la commande d'une étude	page 76
11.2 – Fiche n°2 : la réalisation d'une recherche sur contrat	page 78
11.3 – Fiche n°3 : la réalisation d'un logiciel	page 80
11.4 – Fiche n°4 : la commande architecturale	page 83
11.5 – Fiche n°5 : la réalisation d'un site internet	page 85
11.6 – Fiche n°6 : la commande de ressources d'information	page 90
11.7 – Fiche n°7 : la réalisation d'une base de données	page 95
11.8 – Fiche n°8 : la commande d'une brochure illustrée	page 97
11.9 – Fiche n°9 : la commande d'un logo	page 102
11.10 – Fiche n°10 : la commande d'une œuvre d'art	page 106
ANNEXES	page 108
BIBLIOGRAPHIE	page 109
ORGANISMES UTILES	page 116
LIENS UTILES	page 117
GLOSSAIRE	page 118

1 - INTRODUCTION

Commande publique et droits de la propriété intellectuelle : un thème émergent, un débat urgent

Commande publique et droits de la propriété intellectuelle : un problème aux facettes de plus en plus nombreuses

La montée en puissance de la création multimédia, la circulation élargie des œuvres numériques sur le réseau Internet ont dans la période récente posé avec acuité – et parfois de façon très médiatique, la question fondamentale du lien entre droits de propriété intellectuelle et développement de l'économie numérique. Partie prenante de ce développement de l'économie de l'immatériel et de la société de l'information, les administrations et les entités de droit public doivent de plus en plus souvent faire face à des questions relatives à la propriété intellectuelle.

Si le développement de l'économie numérique sert de révélateur à ces questions liées aux droits de propriété intellectuelle, administrations et entités publiques sont de longue date confrontées à la nécessité de prendre en compte dans les contrats de commande publique les aspects liés aux droits immatériels. Cette problématique "**Commande publique et droits de propriété intellectuelle**" peut être périodisée de façon très schématique :

1 - Les administrations, les collectivités territoriales, sont depuis toujours parmi les tous premiers "passeurs d'ordres" en matière de commande architecturale et de création artistique. Dans ce domaine, l'Etat moderne, maître d'œuvre ou mécène, ne fait que poursuivre une tradition séculaire de la commande publique. Mais cette tradition se poursuit dans un contexte nouveau : la question du droit moral des créateurs a connu depuis quelques années, au travers de quelques affaires emblématiques, un net regain d'actualité. Avec pour catalyseur une conscience et une revendication accrue de la part des créateurs de leur "droit moral" et un arbitrage des tribunaux plus favorable au créateur en cas de conflit avec la "puissance régaliennne" commanditaire.

2 - Depuis les années soixante et soixante-dix, les entités soumises au code des marchés publics sont devenues des clients très importants de prestations intellectuelles commandées à des fournisseurs extérieurs, que ces prestations concernent des études, des recherches sur contrat ou des développements logiciels. Annexé au Code des marchés publics, un Cahier des Clauses Générales Administratives - Prestations Intellectuelles (CCGA-PI) est venu il y a quelques années apporter des réponses partielles au traitement des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de ce type de prestations. Mais ce cahier de clauses générales PI crée autant de problèmes qu'il en résout *si l'on ne prend conscience du fait que ce document type est loin d'apporter toutes les réponses aux problèmes multidimensionnels de la propriété intellectuelle dans le cadre de la commande publique*. Là aussi, les questions de propriété intellectuelle ne sont pas nouvelles, mais une meilleure perception de la valeur de ces "investissements immatériels" conjuguée aux nouvelles possibilités de diffusion et de duplication sur les réseaux, est venue renouveler les perspectives.

3 - Depuis les années quatre-vingt, les entités de droit public ont également acquis un rôle nouveau dans la production et la diffusion d'information, en particulier dans la production d'information professionnelle numérique, et ce dans des domaines aussi variés que l'information sur les entreprises, l'information brevets, la bibliographie scientifique, l'information géographique ou météorologique. Ce rôle d' "éditeur" des entités publiques s'accompagne de nouvelles questions dans le champ de la propriété intellectuelle.

4 - Enfin depuis le milieu des années 80 les administrations et collectivités territoriales ont de plus en plus recours aux techniques de la communication. Un phénomène que la montée en puissance du média Internet est venue démultiplier. La mise en œuvre de supports de communication (brochures, sites Internet) pose des problèmes nouveaux quant à la maîtrise des droits de propriété intellectuelle attachés à ces outils de communication. On note en particulier une complexification de la chaîne de création qui démultiplie le nombre d'ayant droit et les types de créations mobilisés au sein d'une même réalisation. Si le droit de la création collective multimédia apporte des solutions concrètes à ces problèmes, les entités publiques à l'origine de la commande sont rarement familiarisées avec ces facettes récentes du droit de la création.

Bref, si le thème "*Commande publique et droits de propriété intellectuelle*" semble s'imposer aujourd'hui comme un thème émergent, c'est moins parce que les "fondamentaux" du problème auraient profondément évolué, que parce que :

- d'une part ce thème se situe au point de convergence d'un ensemble de missions nouvelles de l'Etat et des entités de droit public, missions reflétées par la commande publique ;
- d'autre part la société dans son ensemble est plus sensible à la question des droits de propriété intellectuelle.

Les droits de propriété intellectuelle : des enjeux économiques et sociaux accrus

A la montée en puissance de la commande publique en matière de prestations intellectuelles et créatives, répondent des évolutions plus générales qui accentuent encore l'importance du thème des droits de propriété intellectuelle.

- La première est la prise de conscience générale de l'importance des enjeux de la propriété intellectuelle. Un avocat spécialiste de la propriété intellectuelle (auteur de l'étude réalisée à la demande du Centre de Documentation de l'Urbanisme du METLTM dont est dérivée le présent guide), Maître Jean Martin le souligne : "*On est passé d'une paix juridique à un contexte de guerre juridique latente sur les questions de droits de propriété intellectuelle, d'une part parce que les enjeux économiques de ceux-ci ont décuplé, d'autre part parce que les ayant-droits sont beaucoup plus conscients de ces enjeux et sont plus attentifs à la revendication de leurs droits*". L'attention portée très récemment par les éditeurs de presse à la rémunération du "*droit de copie numérique*" en cas de diffusion de panoramas de presse électronique (au sein des entités du secteur public comme de celles du secteur privé), n'est qu'une illustration parmi d'autres de cette mobilisation accrue des ayant-droits.
- Une seconde évolution touche plus particulièrement à la culture administrative elle-même. Les administrations et entités de droit public à l'origine de la commande publique ont longtemps été imprégnées d'une *culture de l'intérêt général* qui les ont conduit à négliger la formalisation contractuelle des droits de propriété intellectuelle.

Une responsable de ces questions au sein d'une grande administration confie : *"Nous faisons réaliser de nombreuses études, et il y avait une entente implicite : nous n'étions pas très regardants sur les exploitations secondaires que pouvaient faire nos prestataires de ces travaux, et eux ne se montraient pas très regardants sur les logiques d'exploitation de leurs travaux au sein de l'administration"*.

Or si cette culture de l'intérêt général persiste, elle coexiste avec une meilleure perception des intérêts patrimoniaux propres à l'administration et aux entités dont elle a la tutelle. Tout comme les entreprises qui ont entrepris depuis 15 ans un mouvement long de revalorisation de leurs "actifs immatériels" (marques, brevets, savoir-faire) les entités de droit public sont désormais plus attentives à une gestion de leur patrimoine immatériel et de leurs investissements créatifs. La culture de l'intérêt général peut dans tel ou tel cas (par exemple dans le cas de la diffusion de données publiques) amener à privilégier des logiques non-commerciales de large diffusion. *Mais ce choix ne peut se faire que sur la base d'une analyse consciente des options disponibles en matière d'affirmation et d'exploitation des droits de propriété intellectuelle*. Si la valorisation des droits de propriété intellectuelle des sujets de droit public ne passe pas forcément par une exploitation de type commercial, la notion même d'intérêt général commande que la titularité des droits de propriété intellectuelle ne soit pas laissée dans le flou, sous peine que des intérêts particuliers ne s'approprient indûment ce qui a été financé sur fonds publics

- Une troisième évolution est, on l'a déjà évoquée, la complexification des chaînes de la création et de la prestation. Généralisation des logiques de sous-traitance, incorporation de plus en plus fréquente dans une production d'éléments "importés" (rendue banale par les fonctionnalités de "copier-coller" dans les outils logiciels), généralisation de modes de production multi-créateurs et multi-intervenants qui étaient naguère l'apanage de la production audiovisuelle : tous ces facteurs rendent particulièrement complexe la nécessaire identification de la chaîne des ayant-droits et multiplie les garanties juridiques à prendre pour s'assurer que tous les maillons de cette chaîne jouent le jeu du strict respect des droits de propriété intellectuelle. Malgré cette complexification de la "chaîne des droits", il faut savoir qu'en cas de conflit c'est toujours l' "exploitant" d'une oeuvre (en l'occurrence l'organisme à l'origine d'une commande publique) qui sera en première ligne d'éventuels contentieux déclenchés par les ayant-droits s'estimant lésés. Si les précautions contractuelles en matière de limitation de responsabilité ont été prises, le commanditaire public pourra toujours se retourner vers les fournisseurs "fautifs", mais dans un second temps seulement et par le mécanisme toujours lourd des "appels en garantie" et de la recherche en responsabilité.

Les questions de propriété intellectuelle, un aspect souvent mal pris en compte dans les contrats de commande publique

Face à cette montée en puissance du thème "**Commande publique et droits de propriété intellectuelle**", force est de constater que les acteurs de la commande publique sont à la fois insuffisamment sensibilisés et concrètement désarmés pour traiter une problématique sur laquelle le Code des Marchés Publics apporte peu de réponses spécifiques.

C'est pour amorcer cette sensibilisation et donner des points de repères concrets à ceux qui ont à contractualiser ces questions que le Ministère de l'Équipement, des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer a pris l'initiative de la réalisation de ce guide pratique.

En soulignant les nombreux écueils liés au traitement des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de la commande publique, l'objectif de ce guide n'est nullement de diffuser un sentiment généralisé d' "insécurité juridique". La très grande majorité des problèmes de propriété intellectuelle liés à la commande publique peuvent être résolus grâce à des techniques juridiques assez simples à mettre en œuvre : 1) s'ils ont été préalablement identifiés ("*Ne pas prévoir, c'est déjà gémir*", Léonard de Vinci) ; 2) si le commanditaire public a une claire conscience de ses objectifs.

En droit de la propriété intellectuelle comme dans les autres champs du droit, la technique juridique ne doit jamais être un exercice d'école, mais un outil pour atteindre certains objectifs. Ici les objectifs du commanditaire public en matière d'exploitation, d'équilibre des rapports avec les contractants, de désamorçage d'éventuels contentieux. Le présent guide ne prétend donc nullement se substituer aux nombreux ouvrages (traités, mémentos, etc.) plus ou moins exhaustifs dédiés au droit de la propriété intellectuelle. Il vise plus modestement à baliser ce qu'au sein de cette matière complexe, il est *nécessaire et suffisant* de savoir et savoir contractualiser pour désamorcer les problèmes les plus importants.

Le bon usage de ce guide ne dispense nullement de faire établir par un professionnel du droit un diagnostic plus approfondi des questions de propriété intellectuelle chaque fois que celles-ci apparaissent complexes ou que les enjeux de la commande publique sont tels qu'il sera important de s'assurer d'une sécurité juridique maximale sur ces questions.

Ce guide pratique se propose donc :

- a) dans une première partie "didactique" (chapitre 2 à 10) :

- de rappeler de façon simple et compacte quelques notions de base en droit de la propriété intellectuelle :
 - spécificités du droit de la propriété intellectuelle,
 - distinction entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle,
 - distinction entre droits patrimoniaux et droits moraux,
 - critères de protection de l'objet de la commande publique,
 - types de droits à traiter : droits de reproduction, de diffusion, de présentation, d'usage, etc. ;
- de définir les objectifs généraux qui doivent orienter le traitement juridique des questions de propriété intellectuelle dans le cadre de la commande publique ;
- de rappeler les différents points à aborder (essentiellement au niveau de la rédaction des contrats) pour répondre à un traitement satisfaisant des questions de propriété intellectuelle :
 - identification des droits à obtenir,
 - vérification de la titularité des droits,
 - rédaction des clauses de cession de droits,
 - rédaction des clauses de revendication de droits,
 - rédaction des clauses de garanties,
 - précautions spécifiques liées au droit des brevets,
 - limitation contractuelle des droits incessibles.

b) dans une seconde partie de fournir des fiches pratiques.

- fiches numérotées de 1 à 10.

2 - COMMANDE PUBLIQUE ET DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : QUELLE ARTICULATION ?

2.1 - Commande publique et droit de la propriété intellectuelle

La commande publique a rarement pour objet direct des droits de propriété intellectuelle. Son objet porte sur l'exécution d'une prestation, la fourniture d'un service ou d'un produit. La question des droits de propriété intellectuelle n'est le plus souvent traitée (au-travers d'instruments génériques comme le Cahier des clauses administratives générales - prestations intellectuelles, le CCAG-PI, cf. infra), que dans la mesure où l'objet du marché est à l'évidence un « produit » ou une prestation relevant du régime de la propriété intellectuelle : une étude, une œuvre d'art ou un développement logiciel.

Pourtant la variété et la multiplication des « objets », créations ou investissements intellectuels ou financiers qui sont progressivement reconnus comme relevant du droit de la propriété intellectuelle, font *que de plus en plus d'objets de la commande publique incorporent des droits de propriété intellectuelle ou sont susceptibles d'être protégés par eux*, sans que cela soit une évidence manifeste.

Une réalisation architecturale - y compris dans le champ des travaux publics -, la réalisation d'un site Internet mais aussi celle d'un événement de communication, la conception d'une charte graphique mais aussi celle d'un schéma d'interactivité pour un didacticiel : toutes ces commandes relèvent, à un titre ou à un autre du droit de la propriété intellectuelle, à la fois en ce qu'elles incorporent les droits (cédés ou inaliénables) des intervenants et créateurs qui y ont contribué, mais aussi en ce que le commanditaire public dispose, si le transfert en a été convenablement organisé par contrat, de droits de propriété intellectuelle sur les produits de sa commande, droits qu'il lui appartient de protéger, voire de valoriser.

La première ambition de ce guide est donc de traiter de la question du droit de la propriété intellectuelle dans le cadre de la commande publique de façon extensive, y compris et surtout là où ces droits de propriété intellectuelle ne sont pas l'objet explicite de la commande.

De plus, le thème "Droit de la propriété intellectuelle et commande publique" sera abordé dans la suite de ce guide selon la double perspective qui vient d'être esquissée, à savoir celle du commanditaire public :

- *en tant que contractant (directement ou indirectement) avec leurs différents titulaires pour délimiter et acquérir les droits incorporés dans l'objet de la commande ;*
- *en tant que titulaire de droits de propriété intellectuelle attachés à l'objet de la commande.*

Ces deux dimensions sont bien sûr étroitement imbriquées. Le commanditaire public ne pourra par exemple faire usage de certains droits que s'il s'est préoccupé de leur cession dans le contrat formalisant la commande. Mais cette double perspective reste utile pour orienter les analyses concrètes que se propose de stimuler ce guide.

2.2 - Commande publique ou marché public ?

Une autre distinction qui orientera la rédaction de ce guide est celle entre commande publique et marché public. L'étude dont est dérivé le présent guide pratique portait explicitement sur le thème *"Marchés publics et droits de propriété intellectuelle : comment gérer la propriété intellectuelle dans le cadre des marchés publics ?"*, soit une perspective légèrement plus étroite que celle que l'on s'assigne ici : *"Commande publique et droits de propriété intellectuelle : comment gérer la propriété intellectuelle dans le cadre des commandes publiques ?"*. En effet, toutes les commandes publiques ne relèvent pas de la procédure et du Code des Marchés Publics (CMP) :

- soit parce que les caractéristiques intrinsèques du marché (montant, nature du commanditaire) font que la contractualisation de la fourniture relève d'un simple bon de commande ;
- soit parce que les droits de propriété intellectuelle inhérents au marché font que celui-ci entre dans une catégorie partiellement ou totalement dérogatoire du régime des marchés publics, par exemple :
 - o si le marché comporte l'exploitation de droits de propriété intellectuelle, donc de droits exclusifs par nature car relevant du monopole du titulaire (lire chapitre 2), il bénéficiera d'une dérogation aux règles destinées à assurer la transparence et la concurrence, puisque sur ce point précis le marché pourra se faire sans appel à la concurrence. C'est le cas, par exemple, quand pour illustrer une de ses brochures le commanditaire public souhaite utiliser une illustration (photo, création graphique) préexistante dont le créateur ou ses agents détiennent les droits d'exploitation ;
 - o si l'objet de la commande est exploité commercialement et génère des recettes commerciales, le ou les auteurs de la création exploitée devront théoriquement, selon un principe de base du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI), être rémunérés proportionnellement aux recettes. Il peut s'agir du cas d'un photographe chargé d'illustrer un ouvrage d'art, de l'auteur des textes d'un catalogue édité par un musée, d'un sculpteur dont une partie des droits de représentation (photographies, audiovisuel, recettes d'exposition...) lui est reversée (si ce montant atteint 30 % de sa rémunération totale), etc. Ce principe d'une rémunération proportionnelle est dérogatoire à la règle de base des marchés publics qui prévoit une rémunération fixe, définie dans le marché, pour prix de la prestation objet du marché.

► Dans la pratique l'une ou l'autre de ces deux conditions ou les deux conjuguées conduisent à ce que la plupart des commandes de créations relevant de la création littéraire et artistique (lire chapitre 4) ne relèvent pas stricto sensu du régime commun des marchés de fournitures ou de prestation intellectuelle. On notera de plus que les achats d'œuvres d'art et d'objets de collection sont expressément exclus du Code des Marchés Publics.

2.3 - Apports et limites des règles issues du Code des Marchés Publics :

Si la notion de marché public est plus étroite que celle de commande publique, il n'en est pas moins vrai que le marché public reste un instrument privilégié de commande et donc d'acquisition de droits de propriété intellectuelle auprès de tiers.

Le Code de Marchés Publics (CMP) et les Cahiers de Clauses Administratives Générales (CCAG) qui y sont annexés peuvent – à condition que l'on soit conscient de leurs limites - aider à la résolution de certains problèmes relevant du droit de la propriété intellectuelle. Nous passerons ici brièvement en revue ces apports et ces limites, en présupposant que le lecteur du grade est, sinon spécialiste, du moins familier de la passation de marchés publics, et des outils et des règles qui l'encadrent.

Le marché public comporte un outil essentiel conçu pour faciliter son élaboration et sa mise en œuvre : le cahier des clauses administratives générales (CCAG). Il en existe plusieurs, correspondant aux principales catégories de marchés publics. Leur importance dans le cadre de la gestion des droits de propriété intellectuelle justifie qu'une attention particulière leur soit consacrée.

2.3.1 - Fonction et caractéristiques juridiques du CCAG

Le CCAG remplit la fonction de convention type.

Obligation d'y faire référence ?

Il ne s'applique pas automatiquement de plein droit : le marché doit y faire référence.

Si les agents publics de l'Etat peuvent être sanctionnés disciplinairement s'ils n'utilisent pas le cahier des charges, cela n'influence pas la régularité de la convention conclue sans y faire référence.

Les collectivités territoriales sont libres de l'utiliser.

Peut-on y déroger ?

Les clauses facultatives : les CCAG contiennent des clauses facultatives que la convention doit mentionner pour qu'elles soient applicables.

Les clauses optionnelles : les CCAG peuvent prévoir plusieurs régimes contractuels différents. Il incombe alors à la personne publique de déterminer celles qui s'appliqueront.

Les dérogations : il est permis de déroger à toute clause du CCAG. C'est la conséquence directe du caractère facultatif de ces documents types (article 112 et 318 de l'ancien CMP).

Il convient cependant de récapituler dans l'acte contractuel les clauses auxquelles il est dérogé. Le défaut de récapitulation entraîne une présomption de non-consentement du cocontractant aux clauses dérogatoires.

Les différents CCAG.

Ils sont au nombre de quatre, adaptés chacun à un domaine particulier :

- Le CCAG-Travaux : conçu principalement pour les travaux immobiliers ou les travaux mobiliers importants. Mais rappelons que ce type de travaux comporte le plus souvent d'importants droits de propriété intellectuelle.
- Le CCAG-FCS (Fournitures courantes et services) : conçu pour les contrats d'achats et les contrats d'entreprises dont l'objet est banal.
- Le CCAG-MI (Marchés industriels) : il a pour objet la réalisation de fournitures spécifiques, dont les caractéristiques sont fournies par l'administration. Ce sont en général des contrats d'entreprise.
- **Le CCAG-PI (Prestations intellectuelles) : conçu pour les marchés comprenant une part importante de travaux intellectuels. Ils forment l'ensemble le plus hétérogène (études, recherches, conception, conseil, audit).**

La délimitation des différents domaines d'application des CCAG est pratique mais quelque peu artificielle. Par exemple, la frontière entre les marchés industriels (fourniture d'un prototype industriel) et les marchés de prestations intellectuelles (fourniture d'un prototype de recherche) est ténue. De même, une fourniture de service courant (conception d'une page d'accueil de site Internet, élaboration de la mise en page d'une brochure, rédaction d'articles, fournitures de cartes ou de données informatiques) peut faire surgir de nombreuses questions liées à la propriété intellectuelle grevant les objets matériels objet du CCAG-FCS.

➤ Dans tous les cas, le rattachement d'un marché à l'un ou l'autre de ces quatre grands domaines de la commande publique ne suffit pas à lui seul à caractériser les problèmes de droits de propriété intellectuelle qu'ils peuvent soulever. Dans tous les cas, ces problèmes devront faire l'objet d'un traitement contractuel spécifique, indépendamment (mais en cohérence) du cahier de clauses générales auquel se réfère le marché.

2.3.2 - Le CCAG-PI

Fruit d'une longue négociation au sein de la Commission Nationale des Marchés Publics, le CCAG-Prestations Intellectuelles présente plusieurs options de gestion des droits de propriété intellectuelle.

Il offre diverses possibilités de positionnement de la personne publique et donc de choix pour l'organisation de la répartition et de la transmission entre les parties des droits de propriété intellectuelle attachés à l'objet.

Ainsi dans l'option A, le commanditaire s'attribue tous les droits de reproduction des résultats. Dans les options B et C, le droit de reproduire transmis à la personne publique est limité.

Il convient que la personne publique ne s'arrête pas aux clauses types du CCAG-PI pour considérer que le marché présente une sécurité juridique satisfaisante, tant au stade de l'identification juridique de ses besoins que de celui de la détermination des droits nécessaires pour les satisfaire (v. infra).

Le CCAG-PI est cependant un support précieux, qui servira de base et de cadre à l'analyse de la personne publique s'agissant de la thématique des droits de propriété intellectuelle. Cependant, il convient de l'enrichir pour satisfaire aux exigences du Code de la Propriété Intellectuelle, si la personne publique veut disposer, en sécurité, des droits correspondant aux options du CCGA-PI et à ses besoins propres correspondant à ses missions.

3 - Droit de la propriété intellectuelle : quelques repères à maîtriser impérativement

La bibliographie francophone consacrée au droit de la propriété intellectuelle pourrait à elle seule occuper plusieurs volumes du format de celui-ci. C'est assez dire que les quelques notions de base exposées ci-dessous ne prétendent nullement épuiser la matière juridique des sujets abordés. Il est toutefois indispensable d'assimiler ces quelques notions sommaires pour déjouer les principaux pièges que la contractualisation de la commande publique devra désamorcer en matière de droits de propriété intellectuelle.

A la différence des chapitres 4 et suivants qui évoquent des points précis en relation à telle ou telle phase de la contractualisation des droits de propriété intellectuelle, ce chapitre vise à rassembler les éléments d'une "culture a minima" des questions de propriété intellectuelle, préalable indispensable à la formalisation de la commande publique.

Ces notions ne sont pas présentées ici dans l'ordre logique qui présiderait par exemple à la rédaction d'un précis de droit, mais en évoquant successivement les différents points selon qu'ils semblent à l'origine d'un nombre plus ou moins importants de problèmes (parfois insoupçonnés). Les points qui semblent sources du plus grand nombre d'insuffisances dans le traitement des droits de propriété intellectuelle par les commanditaires publics sont évoqués en premier lieu, cette hiérarchisation étant en partie subjective.

3.1 - Droit de la propriété intellectuelle : quelques spécificités importantes

➤ **"Bonne foi ne vaut pas droit" : inopposabilité en droit de la propriété intellectuelle de la notion de bonne foi**

Le droit de la propriété intellectuelle, dans ses deux branches (droits de la propriété littéraire et artistique d'une part, droit de la propriété industrielle d'autre part – marques, brevets, dessins et modèles déposés) est *un droit d'interprétation stricte* qui laisse une marge d'interprétation réduite au juge. En cas de non-respect d'un droit de propriété intellectuelle quel qu'il soit, la notion de "bonne foi" si elle peut être prise en compte par le magistrat dans l'"environnement" de sa décision n'est pas opposable aux requérants et n'ôte rien à la notion de faute ou de dol (dommage subi). ***La notion de contrefaçon, au centre de nombreux contentieux en matière de propriété intellectuelle, est, contrairement au sens commun attribué à ce mot, complètement déconnectée de toute notion d'intention délictueuse.*** Dans le champ de la propriété intellectuelle l'adage "nul n'est censé ignorer le droit" s'applique avec rigueur en matière de détermination de la faute.

➤ Cette non-prise en compte de la notion de "bonne foi" doit être soulignée fortement dans ce guide car cette permanence dans les esprits de l'équivalence « Contrefaçon = intention délictueuse » (et son corollaire implicite : « Pas d'intention délictueuse = pas de délit ») semble fortement ancrée chez les responsables de commande publique comme chez tous ceux auxquels le droit de la propriété intellectuelle n'est pas familier. Dans le contexte de la commande publique, ce sentiment erroné que "Bonne foi vaut droit" est renforcé par la "culture de l'intérêt général" que nous avons évoquée en introduction. Inconsciemment, les acteurs de la commande publique semblent parfois s'autoriser à ignorer les droits de propriété intellectuelle puisque la finalité de la commande publique (une brochure de sensibilisation à un problème de santé publique par exemple) vise à satisfaire l'intérêt général. Ce raisonnement est d'autant plus dangereux qu'il est souvent implicite. Il est très exceptionnel que la notion d'intérêt général soit retenue par les tribunaux pour exonérer ou minorer le non respect par un commanditaire public des prérogatives de tel ou tel ayant-droit.

➤ **Tout ce qui n'est pas explicitement autorisé est interdit, tous les droits qui ne sont pas explicitement cédés ne sont pas exploitables.** Ce point est un corollaire du précédent. Le commanditaire (public en l'occurrence, mais ceci est vrai de tout commanditaire) ne peut que :

- soit *s'en tenir strictement aux usages de la création tels qu'ils sont prévus dans le contrat de commande* (l'autorisation d'utiliser une photographie pour une brochure papier n'implique pas, *si cela n'est pas explicitement prévu par contrat*, que cette photographie sera réutilisable pour une transposition sur un site Web de cette même brochure ; l'autorisation de reproduire un texte en français n'implique pas l'autorisation implicite d'utiliser ce même texte dans une version en anglais, etc.) ;
- soit *solliciter de la part des ayants-droits les autorisations nécessaires et explicites (échange de documents écrits), postérieurement au contrat de commande initial*, lorsque les matériaux doivent être utilisés pour des usages non prévus dans ce contrat. Les ayants-droit ont l'entière liberté de donner ou non cette autorisation ou de l'assortir d'une demande de rétribution supplémentaire ;
- soit *prévoir dans le contrat de commande initial la cession des droits la plus large possible* – plus large même que ce qu'exige stricto-sensu la commande envisagée. Les droits de propriété intellectuelle sont en effet de plusieurs types (cf. chapitre 7) et chaque type de droit pourra éventuellement se décliner par support (papier, électronique, etc.), par zone géographique (droits cédés pour un territoire donné), éventuellement par langue (droit d'exploitation d'une version française, mais pas de sa traduction en anglais) ou par finalité (droits cédés pour un usage privé et non pour une exploitation publique).

➤ Pour désamorcer tout problème pouvant surgir dans le futur sur une utilisation non prévue initialement des créations acquises dans le cadre d'une commande publique, le commanditaire prendra la précaution (même si elle peut paraître superflue relativement à l'horizon temporel immédiat) de mentionner explicitement tous les types de droits, supports, usages raisonnablement envisageables pour s'assurer que la rémunération des ayant-droits s'accompagne d'un transfert de propriété le plus large possible. Les clauses contractuelles qui résultent de cette recherche d'exhaustivité dans le transfert des droits apparaissent bien souvent au profane comme "surdimensionnées" et donc peu élégantes. Elles sont cependant une réponse adaptée à l'adage déjà cité : "Ne pas prévoir, c'est déjà gémir".

➤ **Toute exploitation d'une création (au sens large de création : tout objet de commande incorporant des droits de propriété intellectuelle) entraîne une responsabilité directe de l'exploitant en cas de non-respect des droits de propriété intellectuelle que cette création "incorpore" et ce, même si l'exploitant n'est pas directement à l'origine de ce non-respect ;**

➤ **Il est donc indispensable pour le commanditaire public de remonter la chaîne des droits, c'est à dire de vérifier que non seulement son fournisseur de premier rang (une société de production audio-visuelle par exemple), mais aussi les multiples intervenants ayant concouru en amont à la production de l'œuvre exploitée ont respecté les normes imposées par le droit de la propriété intellectuelle.**

En effet, tout sujet faisant indûment usage, même en toute bonne foi, de droits de propriété intellectuelle qui n'ont pas été cédés en amont de la chaîne de mise à disposition des droits est susceptible d'être attaqué pour infraction au droit de la propriété intellectuelle, *même si ses fournisseurs de "premier rang" lui ont garanti contractuellement la cession des droits.*

L'exploitant d'une œuvre (ici le commanditaire public) est responsable en première instance du respect des droits de propriété intellectuelle dans l'ensemble de la "chaîne des droits" qui a convergé dans le produit de la commande. Point d'aboutissement de cette chaîne des droits, le commanditaire est l'acteur le plus directement exposé au contentieux. Si dans le cadre d'un conflit devant les tribunaux, un manquement est constaté dans le respect de cette chaîne des droits, l'exploitant de l'œuvre de commande sera tenu en première instance pour responsable de ce manquement, et à tout le moins pourra être sommé de cesser l'exploitation du produit de la commande publique qui a suscité le litige.

Il lui appartiendra en cas de problème *et seulement dans un second temps* de faire jouer le mécanisme lourd des appels en garantie et des contentieux secondaires en détermination des responsabilités pour voir éventuellement les tribunaux rejeter la faute (totalement ou partiellement...) sur les fournisseurs à l'origine du problème. Cette question de la "chaîne des droits" est d'autant plus importante que nombre de créations (audiovisuelles, multimédia) font intervenir de multiples matériaux et de multiples intervenants et créateurs, et rendent particulièrement complexe la reconstitution de cette chaîne des droits.

► Face à cette difficulté liée à la complexité de la chaîne des droits, le commanditaire public dispose de plusieurs types de réponses, de la plus faible à la plus forte :

- La première consiste en l'inclusion, dans les contrats liant le commanditaire public à son ou ses fournisseurs, d'une (ou de) **clause(s) de garantie** (cf. p. 25) par lesquelles ces fournisseurs se portent fort de ce que tous les éléments incorporés dans le produit de la commande publique le sont sur la base d'une cession pleine et entière, des droits cessibles attachés à ces éléments de la part des fournisseurs de second niveau.

- La seconde, qui accompagne et complète généralement la première, est l'inclusion d'une ou de **clauses de responsabilités et de pénalités**. Les premières posent le principe de la responsabilité civile et pénale du fournisseur en cas de manquement aux clauses de garantie. Les secondes définissent les charges encourues par le fournisseur s'il se vérifiait que l'un ou l'autre des éléments incorporés dans le produit de la commande publique n'a pas fait l'objet d'une cession de droits appropriée. Cet engagement de la responsabilité du fournisseur devra être indépendant de sa "bonne foi" puisque le principe "bonne foi ne vaut pas droit" est applicable à tous les maillons de la chaîne des droits. Clauses de responsabilité et de pénalités sont des attributs usuels des contrats, et leur formulation empruntera au répertoire usuel des clauses types.

Si ces clauses de garanties et d'appel en responsabilité peuvent sembler "antipathiques" dans le cadre d'une relation normalement confiante à l'égard d'un fournisseur, elles n'en sont pas moins un levier indispensable au commanditaire public pour se voir déchargé par les tribunaux d'une éventuelle responsabilité en cas de conflit (dans le cadre des appels en garantie et des contentieux secondaires en détermination de responsabilités). **Ces clauses n'exonèrent pourtant pas le commanditaire de son éventuelle responsabilité en première instance.**

➤ Suivant l'adage qu' "il vaut mieux prévenir que guérir" le commanditaire public aura toujours intérêt, au-delà de l'inclusion de clauses de garanties et d'appel en responsabilité qui sont toujours nécessaires, à reconstituer la chaîne des droits et à s'assurer que les contrats de cession de droits intervenant en amont de la commande publique lui garantissent bien une pleine exploitation de l'œuvre commandée. Ce mécanisme peut sembler lourd, surtout pour les créations multimédia faisant intervenir de multiples éléments unitaires, eux-mêmes point d'aboutissement d'une chaîne de droits. Il n'en est pas moins la meilleure garantie qu'aucun contentieux lié au non-respect de la chaîne des droits pour l'un des éléments entrant dans le "produit final" objet de la commande publique ne viendra obérer son exploitation.

Dans la pratique, le commanditaire devra disposer d'un document descriptif de l'œuvre "complexe" identifiant tous ses éléments unitaires (images, graphismes, vidéo, illustrations sonores, schéma d'interactivité, etc.). Pour les œuvres complexes (audiovisuelles, multimédia) à propos desquelles se pose ce problème de chaîne des droits, ce document ("story-board") est de toute façon un élément indispensable à une production rigoureuse. Le contrat de commande stipulera que ce "synopsis" descriptif devra être mis à disposition du commanditaire, et que le fournisseur devra pour chaque élément mentionné dans ce descriptif fournir (sous forme d'un dossier "propriété intellectuelle" faisant explicitement partie des livraisons prévues par le contrat de commande) tous les éléments (identité des créateurs, contrats d'achat de droits, attestations pour les matériaux "libres de droit", etc.) documentant l'état exact des droits relatifs à chaque élément. La non-fourniture de ce dossier "propriété intellectuelle" devra être contractuellement identifiée comme une cause de nullité de la commande.

Si cette documentation systématique et a priori de la chaîne des droits n'est parfois pas compatible avec les urgences opérationnelles de la commande publique, proposer ce mécanisme permettra d'engager avec le fournisseur bénéficiaire de la commande publique un dialogue de fond sur la question de la "chaîne des droits". Ce dialogue permettra bien souvent d'écartier les plus forts risques de contentieux en attirant l'attention sur les problèmes potentiels et en conduisant à éliminer de la création commandée les "composants" dont la situation ne semble pas absolument claire quant à la titularité des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

➤ **Certains types de droits de propriété intellectuelle, les droits moraux, sont par essence inaliénables et ne peuvent être cédés dans le cadre d'une commande (publique ou non).**

Le droit de la propriété intellectuelle (dans ses deux branches : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle) opère en effet une distinction fondamentale entre :

- le "**droit moral**", droit inaliénable du créateur et de ses héritiers éventuels qui ne peut en aucun cas être cédé par contrat (quand bien même le contrat dirait le contraire...) et qui se décline en plusieurs facettes (cf. chapitre 7.2) ;
- les "**droits patrimoniaux**" qui eux peuvent faire l'objet d'une cession totale ou partielle au bénéfice du commanditaire dans le contrat formalisant la commande (ici publique).

L'organisation par le contrat de la cession des différents types de droits patrimoniaux et des droits d'exploitation laisse entière la question des droits moraux du créateur par essence inaliénables (et de longue durée), **ce qui crée toujours des "contraintes résiduelles" dans l'exploitation d'une œuvre dont les matériaux relèvent de la notion de droit moral.**

Le droit et la jurisprudence français en matière de propriété intellectuelle accordent, tout en lui imposant des limites pratiques, une place éminente au droit moral des créateurs. Le droit moral est attaché à la personne du créateur puis éventuellement à celle de ses héritiers. A la différence des droits patrimoniaux, il n'est pas limité dans le temps. Le droit moral s'applique à toute création de l'esprit dont le (ou les) créateur(s) est (sont) identifié(s) : création plastique, œuvre architecturale, œuvre musicale, texte littéraire ou non ; mais il est aussi reconnu (avec des différences dans sa mise en œuvre) à l'inventeur à l'origine d'une innovation protégée par un brevet.

➤ Tous les objets de la commande publique incorporant des droits de propriété intellectuelle ne sont pas concernés au même degré par la notion de "droit moral". La création de logiciels, la rédaction d'une étude, les produits d'une recherche sur contrat, certaines œuvres collectives ne sont que très marginalement assujetties à la notion de droit moral. En revanche, tout objet relevant clairement de la création littéraire et artistique renvoie au droit moral, soit au niveau du produit même de la commande publique, soit au niveau des éléments qu'il incorpore.

On se reportera au chapitre 4 (l'identification des droits) pour une discussion plus approfondie du traitement de la question du droit moral dans le cadre de la commande publique.

Les droits patrimoniaux sont eux liés aux logiques d'exploitation (commerciales ou non) des objets auxquels sont attachés des droits de propriété intellectuelle. Ils sont cessibles par contrat. Les clauses organisant cette cession sont une composante essentielle des contrats de commande publique portant sur des objets relevant du droit de la propriété intellectuelle. On se reportera là aussi au chapitre 4 pour une discussion plus approfondie des droits patrimoniaux et de leur typologie.

➤ **Les droits de propriété intellectuelle impliquent un monopole légal d'exploitation au bénéfice du titulaire initial de ces droits, ou de ceux auxquels il en a concédé par contrat l'exploitation.**

Ce monopole est de durée variable mais toujours longue (en général 20 ans dans le domaine des brevets, 70 ans après la mort de l'auteur dans le domaine de la propriété littéraire et artistique), *en tout cas beaucoup plus longue que l'horizon temporel immédiat de la commande publique.* Cette notion de "monopole" doit s'entendre, au-delà de sa connotation économique, comme un droit exclusif, droit d'autoriser ou d'interdire laissé à l'entière discrétion du titulaire des droits. La "notion de refus de vente" n'est ainsi pas applicable aux droits de propriété intellectuelle. *De plus le titulaire des droits n'aura pas en cas de contentieux à justifier d'un préjudice.* Il lui suffira d'établir que son monopole a été violé.

Ce droit exclusif d'autoriser ou d'interdire se décline au niveau de chaque type de droits (cf. chapitre 4) particuliers constitutifs des "droits de propriété intellectuelle" en général. Ainsi et comme on l'a déjà souligné, une autorisation de reproduction d'une création sur un support papier n'implique-t-elle ipso facto une autorisation de reproduire cette même création sur un support numérique.

La non-exploitation par le titulaire des droits attachés à sa création ne peut en aucun cas être une justification de leur exploitation non autorisée par des tiers. Par exemple, la reproduction d'une affiche d'époque pour évoquer une période historique déterminée dans un ouvrage d'édition devra faire l'objet d'une recherche et d'une cession de droits, même si cette affiche n'est plus depuis longtemps exploitée dans une logique commerciale et publicitaire.

➤ Le monopole de longue durée caractéristique de la propriété intellectuelle oblige le commanditaire public à une analyse précise des droits attachés aux matériaux "anciens" incorporés dans l'objet de la commande publique. Le fait que la création ne soit pas contemporaine ou récente n'implique nullement qu'elle soit libre de droits.

➤ Le fait qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle puisse faire interdire l'exploitation de l'objet d'une commande à partir du moment où a été constaté le non-respect de ses droits (y compris si ceux-ci ne sont relatifs qu'à une composante indissociable de l'œuvre exploitée, par exemple l'illustration sonore d'une création multimédia) **et ce sans avoir à démontrer un quelconque préjudice**, donne au titulaire des droits une très forte position de négociation en cas de non-respect avéré de ses droits. Les conséquences financières d'un arrêt de l'exploitation sont souvent telles que l'exploitant "fautif" préférera en passer par les exigences du titulaire des droits plutôt que de mettre fin à l'exploitation. Une délimitation et une cession précise et exhaustive des droits (par rapport aux objectifs que se fixe le commanditaire public, cf. chapitre suivant) est indispensable pour se prémunir de "contentieux opportunistes" engagés par des titulaires de droits peu scrupuleux (il en existe) - ou simplement pointilleux, et visant à monnayer a posteriori les "oublis" du commanditaire.

➤ **Le droit de la propriété intellectuelle pose le principe d'une rémunération proportionnelle de l'ayant-droit lorsque l'exploitation de son oeuvre génère des recettes commerciales directes ou indirectes.**

L'article 131-4, alinéa 1^{er} du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) stipule que lorsqu'elle est consentie à titre onéreux, ce qui est le cas le plus fréquent, la cession par le créateur des droits sur son œuvre doit : *"comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation"*. Cette rémunération proportionnelle sera calculée sur la base du prix de vente au public. Le pourcentage des recettes assurant la partie variable de la rémunération est fixé librement par contrat. Il est variable suivant le type d'œuvre, mais est cependant encadré par la jurisprudence en fonction des usages sectoriels constatés pour prévenir la fixation d'un intéressement trop défavorable au créateur.

Le principe de la rémunération proportionnelle souffre cependant de nombreuses exceptions. D'abord bien sûr lorsque l'objet de la commande ne fait pas l'objet d'une exploitation commerciale et ne génère aucune recette. *Ce qui sera assez fréquent dans le cadre d'une commande publique.* La loi admet aussi le forfait lorsque prévaut l'impossibilité de déterminer pratiquement *'la base de calcul de la rémunération proportionnelle'*. Elle prévoit aussi des exceptions de portée plus limitée : le forfait est licite pour les cessions de droits portant sur des logiciels, pour les *'préfaces, annotations, introductions et présentations'*, *'les ouvrages scientifiques et techniques'*, *'les anthologies et les encyclopédies'*, *'les traductions'*. Cependant ces exceptions ne sont licites que si l'auteur les a formellement approuvées. Pour les œuvres d'édition, l'application du forfait est limitée à la première édition. De plus, l'ayant-droit peut disposer d'une faculté de demande de révision s'il estime, sur la base des conditions réelles d'exploitation, qu'une rémunération variable lui aurait été plus favorable que la rémunération forfaitaire stipulée dans le contrat initial.

➤ Ce principe de la rétribution du "fournisseur" proportionnelle aux recettes peut être difficile à mettre en œuvre dans le contexte de la commande publique. D'une part parce qu'il déroge au principe de contractualisation d'une rémunération fixe pour prix de la prestation, règle la plus fréquente dans le cadre de la commande publique ; d'autre part parce qu'elle peut entrer en contradiction avec les règles de la comptabilité publique pour les établissements qui n'ont pas de vocation industrielle et commerciale.

➤ Des conflits difficiles peuvent naître du fait que les notions "d'exploitation commerciale" et d'intéressement aux recettes n'impliquent pas que l'œuvre à laquelle sont attachés des droits de PI soit directement l'objet de l'exploitation : un logo apposé sur un ticket de parking ou d'entrée à une exposition payante relèvera de facto de la notion d' "exploitation commerciale", même s'il n'est qu'un élément à l'évidence marginal de cette exploitation. **Cette situation ne posera pas problème (et pourra faire l'objet d'une rémunération forfaitaire prévoyant ce type d'usage) si elle a été explicitement prévue dans les contrats de cession de droits.** Elle pourra en revanche être génératrice de conflits si cette "association marginale" de la création à des usages commerciaux n'a pas été prévue. L'ayant droit pourra alors faire jouer sans restriction le "droit d'interdire" qui lui est reconnu par la loi.

➤ Une autre difficulté tient au fait qu'il n'est pas toujours possible au moment du contrat initial concrétisant la commande publique de prévoir l'évolution des modes d'exploitation de l'objet de la commande : certains "produits" payants peuvent devenir gratuits et réciproquement. **Toute modification du régime d'exploitation de l'objet d'une commande publique doit faire l'objet d'une étude de ses effets sur la rétribution des droits de propriété intellectuelle** et si nécessaire d'un avenant au contrat initial pour aménager les dispositions de la rémunération en fonction des nouvelles conditions d'exploitation.

3-2 - Les deux branches de la propriété intellectuelle : propriété industrielle et propriété littéraire et artistique

Les analyses et constats exposés ci-dessus sont valables dans leurs grandes lignes quel que soit le champ du droit de la propriété intellectuelle dont relève la commande publique : droit de la propriété industrielle ; droit de la propriété littéraire et artistique (PLA). Il existe cependant des différences importantes entre ces deux branches, dont il convient d'être conscient. Certains objets de la commande publique (par exemple un logo) peuvent relever simultanément de ces deux branches.

Le droit de la propriété littéraire et artistique (PLA) s'applique pour une grande diversité d'objets (création textuelle, plastique, musicale) et à leur combinatoire, par exemple dans une œuvre audiovisuelle ou multimédia. Le logiciel relève du champ de la PLA même si par son régime légal il déroge largement aux règles du droit d'auteur. La PLA encadre également, avec là aussi des dispositions spécifiques, le régime des divers investissements intellectuels et financiers associés au traitement des contenus (bases de données non constitutives d'une œuvre, développement d'une nomenclature ou d'un cadre de classement formalisé, etc.). La PLA prend également en considération de façon différenciée les supports de diffusion ou vecteurs d'exploitation (édition sur support papier ou numérique, phonogramme, vidéogramme, télédiffusion).

Le droit de la propriété industrielle s'applique de façon plus limitative aux brevets industriels, aux marques et aux éléments distinctifs (logos) qui peuvent leur être associés, aux dessins et modèles déposés.

➤ La différence essentielle entre droit de la propriété littéraire et artistique et droit de la propriété industrielle réside dans le fait que dans le cas de la première, la formation des droits est intrinsèquement attachée à l'acte créateur, à condition que soit satisfait le critère d'originalité de la création. A contrario les droits de propriété industrielle sont certifiés par un organisme attributaire (en France l'Institut National de la Propriété Industrielle – l'INPI) sur la base d'une procédure formelle de revendication des droits comprenant a minima un dépôt auprès de l'organisme délivrant les titres de propriété industrielle.

En d'autres termes, un objet de propriété industrielle ne sera protégé – et des droits reconnus au titulaire - que si cette procédure d'obtention des droits a été engagée auprès de l'organisme compétent et que celui-ci, sur la base de certains critères définis par la loi, a délivré au titulaire un titre officiel de propriété intellectuelle (brevet, certificat de dépôt de marque ou de dessin ou modèle).

Les droits attachés à une création relevant de la propriété littéraire et artistique (on parlera de droits d'auteur et droits voisins, quelle que soit la forme de la création) sont eux des droits *sui generis* inhérents à la création elle-même. *Leur reconnaissance ne suppose ni procédure de dépôt ni obtention d'un titre émanant d'un organisme attributaire.* Ces droits sont toujours initialement attachés à la personne du créateur (même si celui-ci peut céder ses droits patrimoniaux par contrat). Droits d'auteurs et droits voisins ne seront pas matérialisés par un titre de propriété (en droit français en tout cas) : seuls les contrats organisant l'exploitation de ces droits ou éventuellement les actes judiciaires les concernant en feront une mention explicite.

Pour être complet, il faut signaler qu'il existe également pour tous les objets relevant de la propriété littéraire et artistique des modalités *optionnelles* de dépôt (enveloppe Soleau déposée auprès de l'INPI, pli cacheté déposé sous seing d'huissier) qui visent en général à pouvoir apporter si nécessaire la preuve de la date exacte de la création. Mais en aucun cas ce dépôt complètement facultatif ne conditionne l'existence même des droits : il ne sert qu'à protéger ces droits en cas de contentieux sur l'antériorité d'une création.

L'existence ou non d'une procédure formelle de dépôt visant à l'obtention des droits est une ligne de partage forte entre droit de la propriété industrielle et droit de la propriété littéraire et artistique. Pour le commanditaire public, comme pour tout acteur impliqué dans ces questions, cette distinction essentielle a un impact évident tant sur les modalités d'acquisitions de droits et d'identification de leurs titulaires, que sur les modalités de protection des droits du commanditaire lui-même.

Mais pour peu que l'on maîtrise les spécificités de ces deux champs du droit de la propriété intellectuelle, cette dichotomie entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle n'est pas pour le commanditaire à l'origine de difficultés pratiques importantes, dans la mesure où les objets de la propriété industrielle sont bien délimités, moins complexes et moins nombreux que ceux relevant de la propriété littéraire et artistique.

Il faut cependant souligner, au-delà de la différence fondamentale touchant au mécanisme de formation des droits, quelques différences importantes dans la pratique :

➤ **Le titulaire initial des droits de propriété industrielle est toujours (pour un brevet, une marque, un dessin et modèle ...) le déposant, c'est à dire l'entité ayant engagé la procédure d'obtention du titre ou certificat de propriété industrielle, et non le "créateur".** Il s'agit en général de l'entité ayant consenti l'investissement sur l'objet pour lequel est recherchée la protection.

Ce principe pose la question de l'articulation entre droits du déposant et droits des "créateurs".

S'agissant d'un brevet, le droit moral de la (ou les) personne(s) physique(s) à l'origine de l'innovation brevetée est reconnu en ce sens que lui est attribuée nominativement la paternité de l'invention et que lui est décerné par le brevet lui-même le titre d'inventeur. Cependant dans la pratique, et sous réserve de l'application des droits des salariés-inventeurs et d'une rédaction appropriée des contrats de recherche passés avec des organismes tiers, le droit de l'inventeur ne sera que très exceptionnellement en contradiction avec celui du déposant.

Il n'en va pas de même pour les objets (logos, dessins et modèles) qui tout en pouvant relever d'une protection au titre de la propriété industrielle conditionnée par l'engagement d'une procédure de dépôt sont avant tout des œuvres de création (graphique, plastique, etc.).

➤ Le déposant, sous peine de voir contester l'exploitation des droits de propriété industrielle qui lui auront été attribués, doit avoir pris la précaution de faire transférer en sa faveur par le contrat de commande tous les droits (patrimoniaux) de propriété littéraire et artistique qui sont attachés à ces créations, **et éventuellement fait préciser dans le contrat que pour la création objet de la commande, le commanditaire public recherchera la protection supplémentaire d'un dépôt entraînant l'obtention d'un titre de propriété industrielle.**

L'attribution d'un titre de propriété industrielle par un organisme comme l'INPI se fait en effet essentiellement sur la base de critères largement formels et procéduraux (même si l'octroi d'un brevet en France est conditionné par une recherche visant à évaluer la réelle nouveauté de l'innovation à breveter) qui n'examine et ne valide nullement le point de savoir si le déposant dispose légitimement des droits qu'il prétend protéger par son dépôt.

En d'autres termes, l'obtention d'un titre de propriété intellectuelle ne met nullement à l'abri son titulaire de contentieux visant à contester la légitimité de ce titre : soit que le créateur à l'origine de l'objet déposé (et auquel le déposant avait passé commande) estime que ses droits ont été lésés ; soit qu'un créateur dont le déposant n'avait pas forcément connaissance estime que l'objet protégé relève d'une contrefaçon de ses propres créations.

Un titre de propriété industrielle pourra ainsi être invalidé par un tribunal s'il est démontré que le déposant ne disposait pas des droits de propriété intellectuelle rendant légitime sa demande de protection.

➤ En pratique lorsque l'objet pour lequel le commanditaire public recherche un titre de propriété industrielle incorpore des droits de propriété littéraire et artistique (ce qui est le cas d'un logo ou d'un dessin ou modèle déposé¹) le commanditaire doit gérer soigneusement et de façon successive et disjointe les deux plans de la propriété intellectuelle dont relève l'objet de sa commande :

- il s'assurera d'abord qu'un plein transfert des droits patrimoniaux de l'auteur de la création lui permettra d'exercer sans risque de limitation les droits de propriété industrielle qu'il souhaite revendiquer,
- il vérifiera avant d'entreprendre la procédure d'obtention d'un titre de propriété industrielle que l'objet à protéger ne présente pas des similarités telles avec un objet déjà protégé qu'il puisse risquer d'être attaqué pour contrefaçon.

Cette imbrication entre propriété industrielle et propriété littéraire et artistique se vérifie aussi au plan de la rémunération du créateur :

➤ Lorsqu'un titre de propriété industrielle (autre que le brevet) dont est titulaire le commanditaire public fait l'objet d'une exploitation commerciale directe ou indirecte ² génératrice de recettes, la rémunération du créateur titulaire des droits d'auteur initiaux sera proportionnelle aux recettes tirées de cette exploitation commerciale. Il ne s'agit là que d'une application particulière du principe plus général déjà évoqué d'intéressement du créateur aux recettes commerciales tirées de ses créations.

¹ Cette dernière situation pouvant se concrétiser entre autres dans l'édition d'objets par les services de musées, dans l'exploitation du dessin d'un élément de mobilier urbain commandé à un créateur par une collectivité locale...

² Les droits de propriété intellectuelle sont des droits patrimoniaux et sont donc en tant que tels cessibles par contrat.

☛ La durée du monopole inhérent aux droits de propriété industrielle est différente de celui (en général 70 ans) accordée au droit d'auteur : elle est de vingt ans (en général) pour les brevets ; illimité s'agissant de la titularité d'une marque et de ses attributs tant que ne cesse pas leur exploitation commerciale, et de 5 années après que celle-ci a cessé ; de 10 années pour les dessins et modèles déposés.

Cette différence entre propriété industrielle et propriété littéraire et artistique dans les différents horizons temporels de la protection des droits n'est pas source de difficultés pratiques particulières : ce qui importe est de tenir compte du fait que les droits de propriété intellectuelle sont toujours des droits de longue durée dont l'horizon temporel, on l'a déjà dit, va bien au-delà de ce qui est d'ordinaire l'horizon temporel immédiat de la commande publique.

Dans la suite de ce guide les questions relatives à la propriété industrielle seront peu évoquées, sauf dans les fiches pratiques relatives aux commandes où se superposent droits de la propriété industrielle et droit de la propriété littéraire et artistique (commande de logo, recherche sur contrat).

En effet si l'objet de la commande publique relève :

- **de la protection au titre du brevet (résultats d'une recherche sur contrat), celle-ci pose peu de problèmes d'interférences entre les deux champs de la propriété intellectuelle. Si des précautions de base (cf. fiche "Recherche sur contrat") ont été prises dans le contrat encadrant ce type de commande, le commanditaire public (sous réserve des précautions évoquées dans cette fiche) pourra (ou non) breveter. La formalisation du brevet et le suivi de la procédure d'obtention de la protection seront alors le plus souvent confiées à un service juridique compétent ou à un cabinet extérieur spécialiste de la propriété industrielle, qui maîtrisent fort bien les difficultés inhérentes au droit des brevets³,**
- **de la protection au titre du droit des marques ou du droit des dessins et modèles déposés. Les difficultés qui peuvent alors surgir sont celles déjà signalées d'interférences avec les difficultés inhérentes à la maîtrise initiale, dans le cadre de la commande publique, des droits de propriété littéraire et artistique. La procédure d'obtention du titre de propriété industrielle sera là aussi en général confié à des juristes spécialisés maîtrisant parfaitement ces questions.**

➤ La seule vraie "difficulté" est de penser à revendiquer systématiquement, dans le cadre d'une procédure formalisée et disjointe de la commande et postérieure à elle, ces droits de propriété industrielle (par exemple pour une création graphique pouvant servir de logo même si ce n'est pas là sa destination initiale ou principale). Cette démarche impliquant une procédure de dépôt est complémentaire de l'acquisition dans un premier temps, au travers du contrat de commande publique, des droits patrimoniaux attachés à la création.

³ Le Ministère de la Recherche a publié en février 2001 une brochure très complète sur ces questions intitulée "**Le brevet, vecteur de valorisation et de veille au service de la recherche publique**", brochure réalisée par l'INPI. Le lecteur se reportera à cette brochure, disponible auprès de l'INPI, Département de la Documentation et de l'Information, s'il souhaite un complément d'information sur la problématique du brevet dans le cadre de recherches publiques.

4 - Les objectifs du commanditaire public dans le traitement des droits de propriété intellectuelle attachés à sa commande

On l'a déjà souligné : en droit de la propriété intellectuelle comme dans les autres champs du droit, la technique juridique ne doit jamais être un exercice d'école, mais un outil pour atteindre certains objectifs. Ici les objectifs du commanditaire public en matière de flexibilité d'exploitation des produits de la commande, d'équilibre des rapports avec les contractants, de désamorçage d'éventuels conflits en contrefaçon. En préalable à toute formalisation des questions relatives aux droits de propriété intellectuelle, le commanditaire public devra donc déterminer quels sont ses objectifs et les hiérarchiser.

Ce chapitre se propose donc de reprendre et compléter les principes généraux en matière de droits de la propriété intellectuelle évoqués au chapitre précédent, mais en les mettant en relation avec les objectifs concrets que vise en général à atteindre le commanditaire public.

Au-delà des objectifs "de première intention" (ceux manifestement recherchés au travers de la commande) le temps long caractéristique des droits de propriété intellectuelle oblige le commanditaire public à prendre en compte dans le traitement de ces questions de possibles objectifs de "seconde intention" (par exemple l'exploitation sur support numérique d'une commande passée dans le cadre de la réalisation d'une brochure imprimée) même si ces objectifs apparaissent au moment de la commande comme hypothétiques.

➤ La rédaction des clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle s'attachera:

1. à être aussi précise et exhaustive que possible s'agissant de s'assurer une sécurité juridique maximum dans l'atteinte des objectifs de "première intention";
2. à prévoir, en complément des intitulés relatifs à ces objectifs premiers, des formulations plus larges permettant de garantir également l'atteinte des objectifs de seconde intention. Dans l'exemple déjà donné d'une commande d'illustration pour une brochure imprimée, le contrat précisera que la création objet de la commande "pourra être reproduite sur tout support, imprimé ou numérique, dans le cadre de la brochure elle-même ou de tout support de communication utilisé par le commanditaire". Une telle formulation garantira la possibilité de réutiliser la création commandée indépendamment de la première réalisation qui a motivé la commande.

Le traitement des objectifs "hypothétiques" doit cependant faire l'objet d'une contractualisation raisonnable : des clauses trop exhaustives (droit d'exploitation sur la lune...) affaibliront en effet la portée de ces clauses.

Il faut également souligner qu'en théorie plus une cession de droits est extensive plus elle est coûteuse. L'étendue des cessions de droits devrait d'ailleurs figurer dans l'appel d'offres initial (quelle que soit sa forme) précédant la commande puisque celle-ci conditionne éventuellement la formation du prix de cession de ces droits. Le commanditaire public devra éventuellement, dans la rédaction des formulations relatives aux objectifs de "seconde intention", faire des compromis intégrant ces aspects économiques. Une simple discussion interne autour des développements possibles des produits de la commande et de leur usage, suivie d'un échange de vues avec le prestataire (antérieurement à la contractualisation) pour le cadrage des questions

soulevées par des usages hypothétiques suffira généralement à désamorcer les pièges les plus fréquents. Si *'ne pas prévoir c'est déjà gémir'*, l'exercice de prévision n'est pas d'une complexité rebutante s'il fait l'objet d'une réflexion spécifique.

Qu'ils soient de première ou de seconde intention, les objectifs du commanditaire en matière de maîtrise des droits de propriété intellectuelle attachés à sa commande de classent en 5 grandes catégories (sans que l'ordre adopté ici n'implique de hiérarchie) :

- 1) limiter au maximum les contraintes d'exploitation qui pourraient dériver de droits de propriété intellectuelle mal délimités ou dont les clauses de cession sont insuffisantes,
- 2) garantir le commanditaire public contre tout problème de responsabilité lié à un non-respect par ses fournisseurs des droits de propriété intellectuelle de tiers,
- 3) garantir au commanditaire public la possibilité d'une exploitation optimale de ses investissements,
- 4) protéger le commanditaire public contre tout problème d'atteinte à ses propres droits de propriété intellectuelle,
- 5) désamorcer des problèmes difficiles à anticiper qui peuvent se vérifier à plus long terme dans des contextes d'usage différents de celui envisagé par la commande initiale.

4.1 - S'assurer d'une exploitation sans contraintes des produits de la commande publique

La passation d'un marché vise à produire un résultat dont l'administration doit pouvoir jouir pour accomplir ses missions.

La détention matérielle de ce résultat ne confère en soi aucun droit lorsqu'il s'agit de la propriété intellectuelle, à la différence de la propriété matérielle. Il est donc nécessaire d'organiser le transfert des droits de propriété intellectuelle pour permettre un usage licite des résultats du marché.

Les clauses qui vont permettre au premier chef d'assurer l'atteinte de cet objectif sont celles qui organisent la délimitation et le transfert des droits cédés.

➤ Tout mode d'exploitation qui n'est pas explicitement autorisé étant interdit, le contrat de commande se doit d'être aussi précis et aussi exhaustif que possible dans l'énumération de chacun des types de droits revendiqués pour garantir "l'exploitation sans contrainte" recherchée, mais aussi pour assurer au commanditaire une marge de manœuvre dans les modes d'exploitation éventuels du produit de la commande. On a déjà souligné que les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas un tout indivisibles mais que les droits attachés à une création se déclinent par types de droits (de reproduction, de représentation, etc.) eux-mêmes déclinés par type de supports (papier, numérique, support audio, etc.), de modalités de diffusion (droits de télédiffusion, droits de rediffusion sur un Intranet, etc.), de zone géographique d'exploitation, de version linguistique utilisée dans l'exploitation. La cession de droit se fera sur la base d'une énumération reprenant ces différentes facettes des droits pour définir ceux qui sont cédés. On se reportera au chapitre 7 pour des indications concrètes sur les modalités contractuelles relatives aux cessions de droits.

► Un encadrement contractuel prudent de l'exercice du droit moral des créateurs peut être souhaitable pour garantir une exploitation "sans contraintes". S'agissant d'œuvres d'art destinées à un lieu public particulier, le commanditaire public prendra soin de préciser qu'il se réserve de modifier le lieu et les conditions de présentation de l'œuvre commandée ⁴. S'agissant d'une création graphique destinée à être utilisée comme logo, le commanditaire public prendra soin de revendiquer l'utilisation de ce logo associé à d'autres signes distinctifs (par exemple des éléments lui donnant une connotation régionale) ou même mentionnera que les droits acquis lui donnent la possibilité de modifier sans autorisation préalable certains éléments (couleurs, taille des composants, éléments de texte, etc.) On se reportera au chapitre 7.2 pour une discussion des possibles encadrements contractuels du droit moral des créateurs. Mais il faut se rappeler que le droit moral est en droit français de la propriété intellectuelle une "valeur forte" et que ces aménagements contractuels doivent être limités à ce qui est nécessaire et suffisant à l'exploitation du produit de la commande.

Au-delà des causes contractuelles visant à transférer et à encadrer les droits, il est évident qu'une "exploitation sans contraintes" du produit de la commande publique est conditionnée par un désamorçage a priori des problèmes de responsabilité que peut encourir le commanditaire si l'un quelconque des titulaires (souvent de second rang, donc non directement en relation avec le commanditaire public) impliqués dans la "chaîne des droits" estime que ses droits ont été lésés. On a déjà souligné qu'en cas de litige, l'exploitant final (en l'occurrence le commanditaire) de l'objet incorporant les droits de propriété intellectuelle objets du conflit sera tenu pour (co)responsable en première instance d'un manquement avéré (même involontaire), et que dans ce cas le tribunal tranchant le conflit pourra prononcer l'arrêt de l'exploitation à l'origine du litige. Sur ce point l'objectif d' "exploitation sans contrainte" du produit de la commande publique, et celui du désamorçage des conflits en responsabilité du commanditaire (cf. point suivant) sont profondément imbriqués.

4.2 - Désamorcer a priori d'éventuels conflits en responsabilité impliquant le commanditaire public.

L'implication inévitable de l'exploitant en cas d'infraction avérée au droit de la propriété intellectuelle sur l'un quelconque des maillons de la chaîne de droits (et ce même si les manquements constatés ne sont pas de son fait), oblige à un traitement très soigné des clauses dégageant la responsabilité du commanditaire dans les contrats de commande publique en cas de non respect par ses fournisseurs des obligations relatives aux droits de propriété intellectuelle.

Ce traitement passe par des clauses de garanties et de responsabilité assorties éventuellement de clauses de pénalités. Garanties et responsabilité doivent être traitées sur plusieurs plans :

- **garantie de l'originalité de la création.** Cette garantie vise non seulement à assurer la valeur du résultat, mais aussi à protéger la personne publique des risques de contrefaçon ou de toute revendication par des tiers arguant d'une similarité avec leurs propres créations. Lorsque l'objet de la commande mobilise

⁴ Un contentieux a ainsi opposé une région et un artiste mécontent de ce que la modification de la couleur d'un mur sur lequel était exposé la mosaïque qu'il avait créé altérerait les conditions de perception de son œuvre.

au sein d'une même réalisation des matériaux distincts (graphismes, illustrations sonores, chemin d'interactivité) spécifiquement créés pour lui, cette clause précisera que la garantie d'originalité porte aussi bien sur l'objet de la commande lui-même que sur chacun des éléments originaux concourant à sa réalisation.

- *S'agissant de logos ou de dessins et modèles à protéger par un titre de propriété industrielle, une clause additionnelle pourra exiger du fournisseur que celui-ci entreprenne toutes recherches (en particulier dans les bases de données de marques et de dessins et modèles) visant à s'assurer que la création originale qu'il propose ne présente pas avec une création déjà déposée des similarités telles qu'elles puissent risquer d'ouvrir la voie de contentieux en contrefaçon. Une telle clause n'ajoute rien par rapport à la garantie première d'originalité, mais elle oblige le contractant, souvent de bonne foi convaincu de l'originalité de sa création, à conduire des vérifications concrètes qu'il n'aurait pas forcément entrepris spontanément ;*

➤ *Une telle clause pourra être ainsi rédigée : "Le fournisseur se porte fort de l'originalité, au sens conféré à ce mot par le droit de la propriété intellectuelle, de sa fourniture ainsi que de celle de toute création ayant été incorporée dans cette fourniture. Le fournisseur entreprendra toutes les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'originalité de ses apports ne pourra être contestée dans le cadre d'une action en contrefaçon par des tiers. En cas de contrefaçon avérée, le fournisseur subira seul la responsabilité et les dommages résultant des éventuelles actions en contrefaçon. Cette responsabilité s'appliquera que le fournisseur ait été ou non conscient de la réalité de la contrefaçon.*

- ***garantie par le fournisseur qu'il est bien titulaire des droits patrimoniaux cédés par contrat.*** *Il peut sembler évident que ne peut être cédé que ce dont le fournisseur est effectivement titulaire. Pourtant (sauf pour les droits de propriété industrielle) les droits de propriété intellectuelle ne se matérialisent pas par des titres de propriété servant de support matériel au transfert de droits. Une formulation garantissant la titularité des droits cédés est donc une assurance supplémentaire. Une garantie de titularité englobe théoriquement la garantie d'originalité évoquée au point précédent, puisque si la création ne satisfaisait pas au principe d'originalité, le cédant ne pourrait revendiquer de droits. Il est cependant utile de distinguer ces deux plans dans deux clauses distinctes. Une clause garantissant la titularité des droits peut utilement préciser que le fournisseur doit informer le commanditaire de tout litige (porté ou non devant les tribunaux) en cours ou à venir portant sur la titularité de ces droits.*

➤ *Une telle clause pourra être ainsi rédigée : "Le fournisseur certifie, sous peine de l'application des clauses de pénalité figurant à l'alinéa N et des clauses de responsabilité ci-après, qu'il est bien titulaire de l'ensemble des droits cédés aux termes des articles N à N+n du présent contrat...". S'il se vérifiait que le fournisseur n'était pas pleinement titulaire des droits cédés par le présent contrat, le fournisseur sera tenu pour seul responsable du non respect des prérogatives des titulaires effectifs de ces droits en cas d'action en contrefaçon intentée par ces titulaires. Cette responsabilité du fournisseur est engagée qu'il ait été ou non de bonne foi dans la cession des droits qu'il pensait détenir. Le fournisseur certifie qu'il a informé le commanditaire, s'il en existe, de toute contestation ou litige portant sur la titularité des droits cédés par le présent contrat. Le fournisseur s'engage à informer sans délai le commanditaire de toute contestation ou litige portant sur ces mêmes droits et pouvant surgir à l'avenir".*

- *garantie du respect par tous les intervenants de la chaîne de réalisation de la commande publique que les droits de propriété intellectuelle de tous les contributeurs ont été respectés. Si le produit objet de la commande incorpore des objets fournis par des tiers (graphisme, illustration sonore) auxquels sont attachés des droits de propriété intellectuelle, le bénéficiaire de la commande publique devra se porter fort du respect des droits de propriété intellectuelle par ses propres fournisseurs. Cette clause pourra préciser que le bénéficiaire de la commande devra mettre en œuvre tous moyens pour s'assurer auprès de ses fournisseurs d'un traitement adéquat des questions de droits de propriété intellectuelle. Cette clause ne sera utilisée que dans le cas où la commande publique a pour objet des réalisations composites (réalisation audiovisuelle, création multimédia, site Internet), mais ce type de situation n'est pas rare. Cette clause est à vrai dire redondante avec la précédente, qui pose le principe de portée plus général d'une garantie du fournisseur sur la titularité des droits qu'il cède. Mais elle est utile en ce qu'elle met l'accent sur cette notion de "chaîne des droits" et qu'elle incite le fournisseur à "remonter" cette chaîne pour s'assurer que sa propre vigilance n'a pas été prise en défaut sur l'un quelconque des apports qu'il mobilise⁵ ;*

➤ *Une telle clause pourra être ainsi rédigée : "Le fournisseur se porte fort de ce que tous les contributeurs associés directement ou indirectement à la réalisation objet de la commande ont cédé leurs droits de propriété intellectuelle dans des termes tels que l'exploitation de ces droits selon les dispositions du présent contrat ne puisse en aucune façon être susceptible d'être contestée par l'un quelconque de ces tiers ayants-droit. Le fournisseur sera tenu pour seul responsable en cas d'action en contrefaçon intentée par ses propres fournisseurs ou les fournisseurs de ceux-ci. Cette responsabilité du fournisseur est engagée qu'il ait été ou non conscient des manquements au droit de la propriété intellectuelle à l'origine d'éventuels litiges".*

⁵ On retrouve d'ailleurs ici dans le champ de la propriété intellectuelle des clauses de garanties très classiques où le fournisseur de premier rang, bénéficiaire de la commande publique, se porte fort du respect des clauses du contrat par ses propres sous-traitants ou fournisseurs.

- **garanties relatives au respect du droit moral des créateurs.** *Le droit moral étant incessible par contrat, celui-ci s'impose au commanditaire public comme à tout autre exploitant des droits de propriété intellectuelle attachés à l'objet de la commande. Le respect des "contraintes résiduelles" d'exploitation éventuellement liées au droit moral suppose que le commanditaire ait été convenablement informé de possibles dispositions spécifiques voulues par le créateur. Si le bénéficiaire de la commande public est directement le créateur titulaire des droits moraux, ces contraintes peuvent-être traitées, et éventuellement aménagées, dans les clauses relatives à la délimitation des droits. Un problème se pose cependant dans le cas évoqué au point précédent d'une oeuvre composite mobilisant au travers d'une multiplicité d'intervenants des créations diverses. Chaque création originale implique un droit moral inaliénable de ses auteurs, et l'on retrouve au niveau du droit moral la notion de "chaîne de droits". L'obligation du fournisseur est ici une obligation d'information. Une clause devra garantir que le fournisseur aura porté à la connaissance (sous forme d'un dossier spécifique annexé au contrat) du commanditaire, s'il en existe, toutes les sujétions particulières pouvant être liées au droit moral des créateurs.*

➤ *Une clause de garantie touchant au droit moral pourrait-être considérée comme implicite dans la formulation des clauses-types ci dessus si celles-ci dans des formulation telles "cession de droits" ou "droits cédés" ne renvoyait implicitement aux seuls droits patrimoniaux. Une clause additionnelle mentionnant explicitement le droit moral sera préférable : "Le fournisseur se porte fort de ce que le droit moral des personnes physiques ayant contribué directement ou indirectement par leur travail créatif à la réalisation de la commande a été respecté dans le cadre de cette réalisation, tant par lui-même que par ses propres fournisseurs. Le fournisseur certifie avoir informé le commanditaire de toutes contraintes particulières liées au droit moral des ayants droit dont le travail créatif est, au travers de l'objet de la commande, exploité par le commanditaire en conformité avec les dispositions du présent contrat. Le fournisseur sera tenu pour unique responsable en cas de conflit lié au droit moral des ayants droit s'il n'a pas satisfait à cette obligation d'information préalable".*

Ces clauses de garanties et de responsabilité doivent être complétées de **clauses de pénalités** qui précisent les conséquences d'un défaut du fournisseur en relation aux garanties contractualisées.

➤ *Celles-ci devront être aussi précises et explicites que possible quant à la portée des pénalités encourues : prise en charge par le fournisseur de tous dommages et intérêts prononcés dans le cadre d'éventuels contentieux, remboursement de la rémunération versée en exécution de la commande publique, pénalités proprement dites, prise en charge de dommages et intérêts auxquels le commanditaire public peut éventuellement lui-même prétendre, etc.*

Si clauses de garanties et clauses de responsabilité et de pénalités forment un tout, il n'est pas nécessaire d'insister sur la formulation de ces dernières : elles sont une figure courante du droit des contrats, et la contractualisation de la commande publique empruntera sur ce point précis aux clauses-type en usage.

Si les clauses de garanties et de responsabilité sont un levier utile pour dégager la responsabilité du commanditaire public en cas de conflit lié aux droits de propriété intellectuelle, elles ne l'exonèrent pas pour autant sa responsabilité "en première instance" (celle de l'exploitant du produit de la commande) au cas où la réalisation commandée serait entachée de contrefaçon. Le commanditaire a donc tout intérêt à dépister et à désamorcer en amont tout contentieux et à ne pas se reposer uniquement sur les clauses de garanties et de responsabilité. Les risques sont d'autant plus nombreux que la réalisation objet de la commande sera complexe (audiovisuel, multimédia).

➤ On a déjà indiqué (cf. p. 15) que dans ce cas, le commanditaire aura intérêt à exiger, parmi les fournitures mentionnées contractuellement, un document descriptif de l'œuvre identifiant tous ses éléments unitaires et récapitulant pour chacun de ces éléments toutes les données relatives aux droits de propriété intellectuelle (identité des créateurs, contrats d'achat de droits, attestations pour les matériaux "libres de droit", etc.) qui y sont attachés. **La non-fourniture de ce dossier "propriété intellectuelle" devra être contractuellement identifiée comme une cause de nullité de la commande.**

4.3 - Garantir au commanditaire public la possibilité d'une exploitation optimale de ses investissements

On pourrait à juste-titre penser que cet objectif est logiquement reconductible à celui évoqué au point 4.1 ("S'assurer d'une exploitation sans contraintes des produits et services objets de la commande publique"). Il s'agit là d'une optique pourtant légèrement différente. Dans le premier cas, il s'agissait de s'assurer qu'une cession précise et exhaustive des droits de propriété intellectuelle garantirait la flexibilité de l'exploitation (par exemple la transposition sur support électronique d'une brochure papier). Dans le second cas, il s'agit de s'assurer d'une exploitation optimale des droits cédés, à partir du moment où leur périmètre exact a été défini.

Cette exploitation optimale passe d'abord par la recherche d'une liberté maximale quant au régime économique d'exploitation : le produit de la commande publique peut être exploité commercialement (cas d'un ouvrage d'édition) ou non, et ce directement (en tant qu'objet même de l'exploitation) ou indirectement (par exemple un logo figurant sur le ticket d'une exposition payante).

➤ Le type d'exploitation (commerciale ou non) directe par le commanditaire devra être explicitement qualifié, ce point pouvant avoir des conséquences directes sur les logiques de rémunération des bénéficiaires (de premier ou de second rang). **Lorsque l'exploitation est de type commercial, le contrat aura intérêt à mentionner que le commanditaire sera seul habilité à décider des paramètres (fixation du prix de vente au public, tirages et retirages, solutions de diffusion, gratuits) fondant son action commerciale.**

Même s'il est en règle générale facile de caractériser à court terme l'exploitation du produit de la commande publique en fonction de la dichotomie exploitation commerciale/exploitation non-commerciale, le commanditaire aura intérêt à faire préciser dans le contrat qu'il se réserve le droit de faire évoluer l'exploitation future du produit de la commande d'une exploitation commerciale à une exploitation commerciale (ou réciproquement) ou vers un mélange de ces deux modes. Il sera cependant difficile d'éviter qu'une telle mutation du mode d'exploitation ne repose a posteriori la question du mode de rémunération des créateurs si les enjeux économiques de cette mutation sont importants.

➤ On se rappellera que tout créateur a le droit de demander la requalification en rémunération variable d'une rémunération définie par le contrat comme forfaitaire, s'il estime, au vu des conditions concrètes d'exploitation de sa création, qu'un intéressement aux recettes eut été nettement plus conforme à ses intérêts. Une forfaitisation abusive des rémunérations dans le cadre des commandes publiques appelées à être exploitées commercialement fera peser un risque de contentieux sur l'exploitation commerciale et le partage équitable de la recette.

➤ Dans le cas d'une exploitation non-commerciale du produit de la commande, le contrat devra définir précisément le "périmètre de divulgation" du produit de la commande : si cela n'a pas été prévu explicitement, le droit de publication d'une étude sur l'Intranet d'une organisation n'implique pas de facto le droit de diffusion sur un extranet, ni au sein d'organisations "sœurs" (différents services de l'administration centrale, autres collectivités locales), et encore moins sa publication sur un site Internet accessible au grand-public. Sauf au cas où cela aboutirait à une majoration inévitable du budget de la commande, le commanditaire aura intérêt à définir de façon très extensive les publics concernés par la "divulgation" – bien au-delà du périmètre de l'organisme ou service qui est à l'origine de la commande publique.

Une exploitation optimale du produit de la commande publique passe aussi par la pleine liberté du commanditaire de revendre éventuellement le "bien" qu'il a acheté, en l'occurrence les droits de propriété intellectuelle attachés à l'objet de sa commande. Les droits de propriété intellectuelle de type "patrimoniaux" cédés par le contrat de commande peuvent sans conteste et par nature être revendus à des tiers.

➤ Le contrat pourra utilement désamorcer toute contestation sur ce point en réaffirmant explicitement cette possibilité d'aliénation (gratuite ou payante) au profit d'un tiers des droits de propriété intellectuelle cédés dans le cadre de la commande.

Par défaut, cette cession par le commanditaire public ne pourra se faire que pour une exploitation des droits cédés strictement conforme à ce qui est prévu dans la commande initiale.

► Si le commanditaire public revendique un transfert complet de la propriété des droits, il pourra utilement préciser dans le contrat de commande (même si cela est une conséquence logique des clauses de cession de droit "exhaustives") qu'il est seul habilité sans restriction aucune et sans obligation d'information ou d'autorisation préalable du fournisseur, à céder à des tiers (ou à autoriser leur usage) tout ou partie des droits attachés au produit de la commande pour toute exploitation secondaire (commerciale ou non) envisageable, et à être l'unique bénéficiaire de ces cessions.

Une telle clause est indispensable pour désamorcer toute ambiguïté lorsqu'il est évident que le produit de la commande, au-delà de son usage immédiat au sein de l'entité publique commanditaire, peut avoir un débouché commercial exploité par un tiers : cas par exemple de l'édition d'un rapport public par une maison d'édition commerciale.

Même si une exploitation secondaire par un tiers autre que le commanditaire public n'est pas envisagée, une telle clause peut être toujours utilement mentionnée pour souligner le fait que le fournisseur, rémunéré pour un transfert exhaustif de ses droits, n'est autorisé à aucune utilisation secondaire de la réalisation livrée ou de ses composants.

4.4 - Protéger le commanditaire public contre tout problème d'atteinte à ses propres droits de propriété intellectuelle

On touche avec cette dernière remarque au troisième objectif : celui de la protection contre toute atteinte par des tiers des droits de propriété intellectuelle transférés au commanditaire public par le contrat de commande. Une telle atteinte est désignée en droit de la propriété intellectuelle du terme générique de "contrefaçon", dont le sens juridique diffère notablement du sens commun attaché à ce mot. En droit, une contrefaçon peut être intentionnelle ou non ; elle peut porter sur tout ou partie de l'objet de la commande ; elle s'apprécie en regard des droits qui ont été effectivement cédés par contrat⁶ ; le constat que l'un quelconque des droits de propriété intellectuelle "incorporés" dans l'objet de la commande a été enfreint peut éventuellement suffire à "entacher de contrefaçon" cet objet tout entier et par-là même à remettre en question son exploitation.

Le risque de contrefaçon est par définition (il peut impliquer des tiers qui ne sont pas parties au contrat de commande) difficilement réductible au niveau des formulations de ce contrat. Avec une exception cependant : les contrefaçons émanant du fournisseur lui-même.

Les objets de la propriété intellectuelle sont en effet souvent par nature reproductibles (images, sons, textes, fichiers). La livraison de l'objet de la commande aura rarement – comme c'est le cas pour une fourniture matérielle – pour conséquence de déposséder physiquement le fournisseur du produit livrable : l'auteur d'une étude conservera un double de son manuscrit, le développeur d'un logiciel une copie de son programme. La possibilité existe que le fournisseur revende à son profit ce qui aura déjà été rémunéré par la commande publique, sans que le commanditaire ait toujours la possibilité de dépister ces "duplications

⁶ La réutilisation par un tiers dans le cadre d'une réalisation numérique d'un graphisme conçu pour une brochure papier objet de la commande publique ne sera pas forcément une "contrefaçon" aux dépens du commanditaire public si le contrat qui le lie à son fournisseur ne prévoyait pas une utilisation multi-supports.

de vente" qui ne sont pas toujours formellement en infraction avec la lettre du contrat. L'importance de ce problème varie suivant la nature de la commande : elle sera plus élevée pour des études "monoclient" chères et à faible diffusion mais pouvant intéresser plusieurs commanditaires ; pour des logiciels applicatifs développés sur commande pour une entité donnée mais pouvant au prix d'une faible personnalisation être adaptés aux besoins d'un autre commanditaire public (par exemple d'une autre collectivité locale ayant des besoins applicatifs similaires).

Cette question latente de la "contrefaçon par le fournisseur" (à distinguer de la contrefaçon "classique" par des tiers) oblige, là où le risque de "vente secondaire" est évident, à préciser les conditions de "coexistence" (ou de non-coexistence) en matière d'exploitation ultérieure entre les droits du commanditaire public et ceux de son fournisseur. Le contrat relatif à la commande d'une étude peut ainsi préciser que le commanditaire sera seul habilité à négocier avec des éditeurs pour une édition commerciale ultérieure du rapport.

➤ *Une formulation plus générique peut être proposée : "Il est expressément interdit au fournisseur de revendre à des tiers pour tout type de divulgation et d'exploitation que ce soit, les produits de la présente commande et les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés. Il lui est de même expressément interdit d'en autoriser l'usage, même à titre gratuit. Le commanditaire se réserve le droit exclusif d'autoriser des tiers à exploiter tout ou partie des produits de la commande, à des fins commerciales ou non, et ce tant dans le cadre d'une cession payante que d'une autorisation ne donnant pas lieu à rémunération. Dans le cas où une éventuelle exploitation des produits de la commande par des tiers passerait par une cession onéreuse au bénéfice du commanditaire, le fournisseur ne pourra prétendre participer à quelque titre que ce soit aux produits de cette cession".*

➤ *Si le commanditaire public ne revendique pas la possibilité de contrôler sans partage ces éventuelles exploitations ultérieures, il peut cependant les subordonner à une autorisation explicite de sa part et mentionner le principe général de son intéressement légitime à ces exploitations secondaires de l'objet de la commande.*

Les entités publiques sont en général mal armées pour dépister ces "contrefaçons" émanant de leurs propres fournisseurs d'apports immatériels. Elles sont souvent tout aussi mal armées pour exploiter commercialement, dans un autre contexte d'usage que celui de la commande initiale, des produits qui peuvent avoir une valeur au-delà de l'entité à l'origine de la commande⁷. Réaffirmer dans le contrat que toute exploitation "secondaire" par le fournisseur est soit interdite, soit soumise à une autorisation explicite du commanditaire et à une contractualisation de l'intéressement de celui-ci n'aura peut-être pas d'effets miracle sur les pratiques en question. Cela permettra du moins d'envoyer un message clair au fournisseur quant au fait que le commanditaire est pleinement conscient de la défense de ses propres intérêts patrimoniaux dans le jeu complexe de l'exploitation des droits attachés aux réalisations financées par la commande publique.

La contrefaçon par des tiers ne peut quant à elle par construction être prévenue au niveau de la commande publique et de sa formalisation contractuelle.

⁷ D'où probablement un certain fatalisme des commanditaires publics face à ce phénomène.

➤ Tout au plus faut-il insister sur le fait que les produits de la commande publique, lorsqu'ils sont accessibles au-delà du périmètre de l'entité commanditaire (par exemple sur un site Internet) doivent faire clairement mention de la revendication par le commanditaire et exploitant de la titularité des droits et préciser clairement si et à quelles conditions tout ou partie de cette réalisation peut être reproduite, rediffusée en direction de tiers, etc.

La gestion juridique des problèmes de contrefaçon avérés sort du périmètre de ce guide : elle est en général confiée à des juristes spécialisés en propriété intellectuelle, pour qui un "guide pratique" serait de toute façon superflu. Le problème ici est d'ordre concret : les entités publiques sont en général, sauf piratage très visible de produits d'édition, mal armées pour dépister et lutter contre la contrefaçon. Mais c'est une autre question.

➤ Le risque de contrefaçon par des tiers exige cependant une "action préventive" indispensable, dans le prolongement même de la commande publique, chaque fois que l'objet de celle-ci est susceptible d'être protégé par un titre de propriété intellectuelle (brevet, marque, dessin ou modèles déposé). **Pour être protégé au titre de la propriété industrielle, le commanditaire public devra impérativement engager une procédure formelle (auprès de l'INPI) pour se voir attribuer un tel titre de propriété industrielle (cf. p. 50).**

➤ Si les droits de propriété intellectuelle attachés à la commande publique relèvent de la protection par le brevet (cas d'une recherche sur contrat), le commanditaire devra impérativement imposer à ses fournisseurs une clause de confidentialité absolue et stipuler une interdiction totale de compte-rendus des recherches (par exemple dans une revue scientifique) liées à la commande antérieurement au dépôt de brevet. Toute publication antérieure est en effet susceptible de réduire à néant la brevetabilité de l'innovation issue de la commande publique.

4.5 - Désamorcer des problèmes de long terme se vérifiant dans des contextes d'usage différents de ceux envisagés par la commande initiale

Cet objectif est plus facile à énoncer qu'à sécuriser par les termes du contrat. Son atteinte renvoie à la distinction déjà soulignée entre "objectifs de première intention" (pour la réalisation desquels la formulation contractuelle doit impliquer une sécurité juridique parfaite) et "objectifs de seconde intention" qui sont traités par l'adjonction de formulation et de clauses suffisamment larges pour permettre une certaine flexibilité dans l'exploitation de l'objet de la commande au-delà de sa destination et de ses usages premiers.

On a déjà souligné que la difficulté dans le désamorçage des problèmes de long terme est de trouver un juste équilibre entre :

- *le nécessaire traitement des "usages hypothétiques" par des clauses plus larges que ce qui serait stricto sensu à l'exploitation initiale envisagée pour l'objet de la commande,*
- *des formulations si manifestement déconnectées des conditions concrètes de l'exploitation et de l'évolution possible de celle-ci qu'elles apparaîtraient abusives ou farfelues.*

Cet exercice d'équilibre s'exerce particulièrement au niveau des clauses de cession de droits. Les problèmes "difficiles à anticiper" les plus importants semblent aujourd'hui concrètement liés, dans le cadre de la commande publique :

- *à une extension non prévue initialement du "périmètre de divulgation" du produit de la commande ;*
- *aux évolutions possibles des supports et des techniques de diffusion ;*
- *à une modification au fil du temps, pour répondre à de nouvelles exigences, des éléments constitutifs du produit de la commande ;*
- *à une évolution des modes d'exploitation des produits de la commande du gratuit au payant ou réciproquement.*

Sur chacun de ces aspects les formulations retenues dans le contrat devront concéder au commanditaire toute la "marge de manœuvre" nécessaire pour absorber ces éventuelles évolutions sans avoir à renégocier les termes du contrat de commande initial.

Enfin rappelons que le droit moral des créateurs (et éventuellement de leurs héritiers), qui est toujours un droit à très long terme peut créer, de par le pouvoir exclusif d'autoriser ou d'interdire qui y est attaché, des problèmes difficiles à anticiper). On a déjà évoqué plus haut (point 4.1) les modalités et les limites du traitement des contraintes liées au droit moral. Une obligation d'information du commanditaire quant aux éventuelles contraintes particulières (dérogatoires de la jurisprudence en matière de droit moral) liées au droit moral devra figurer dans le contrat formalisant la commande publique.

5 - L'objet de la commande publique et les objets de la propriété intellectuelle

La démarche première de la contractualisation des questions de propriété intellectuelle au sein d'une commande publique comporte un diagnostic initial en deux phases :

- l'identification des "objets" incorporés dans la commande et pouvant relever d'une protection au titre du droit de la propriété intellectuelle ;
- la vérification que ces objet satisfont ou non aux critères juridiques de la protection et que donc y sont attachés (ou non) des droits de propriété intellectuelle.

5.1 - Identifier les «objets » de propriété intellectuelle entrant dans l'objet de la commande

La première phase de ce diagnostic consiste à identifier de façon précise, exhaustive et différenciée les "objets" entrant dans la réalisation de la commande et auxquels peuvent être attachés des droits de propriété intellectuelle. Le qualificatif "*différenciée*" s'impose car en droit de la propriété intellectuelle, chaque "variation" sur une même création sera le plus souvent considérée comme un "objet" distinct. Ainsi la version d'un texte consultable sur écran n'est pas le même "objet" qu'une illustration sonore reprenant ce texte en le faisant dire à un locuteur ; la traduction anglaise de ce même texte n'est pas le même "objet" que la version française.

Cette multiplicité des objets de propriété intellectuelle induite par les différentes "concrétisations" d'une même création doit être soulignée, mais elle ne soulève guère de difficultés si l'on se souvient qu'un "objet" de propriété intellectuelle se caractérise non seulement par ses contenus créatifs intrinsèques, mais aussi par son support, ses modes de diffusion, sa langue, etc.

Une autre difficulté tient à la variété et la multiplication des « objets », créations ou investissements intellectuels ou financiers qui sont progressivement reconnus comme relevant du droit de la propriété intellectuelle, qui rendent parfois les tâches d'identification des "objets" délicates. Les repères ci-dessous présentent, sous forme de "check-list" synthétique les objets auxquels qui peuvent relever d'une protection au titre de la propriété intellectuelle.

5.1.1 - Repères sur les types d'œuvres protégées au titre du droit de la propriété littéraire et artistique

Sont protégeables dans le cadre des dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique :

L'écrit :

- les écrits littéraires : romans, essais, poèmes, bandes dessinées, les écrits critiques (annotations, préfaces, catalogues raisonnés), les traductions, l'anthologie (qui peut aussi constituer une base de données), les paroles associées à des compositions musicales ?
- les écrits journalistiques,
- les écrits de presse à but d'information (articles, critiques, photographies, maquette,...),

- les écrits scientifiques,
- les écrits rapportant les résultats d'une enquête, d'une analyse, d'une étude, un état de l'art,
- les dictionnaires, traités, thèses, chroniques, notes, consultations,...
- les thésaurus, nomenclatures, systèmes de classification satisfaisant au principe d'originalité,...
- les brochures et autres...
- les almanachs, guides touristiques ou d'informations pratiques, fiches,...
- les titres d'ouvrages, d'articles ?
- les lettres missives ?
- les discours, les cours, les plaidoiries, traductions instantanées,...
- les entretiens et interviews, les comptes-rendus écrits d'interventions orales.

Sont exclus de la protection au titre de la PLA :

- les textes officiels publiés (loi, acte réglementaire), les jugements,
- les informations de presse, en elles-mêmes hors leurs commentaires (comme les dépêches d'agence, sous réserve),...

Les œuvres dramatiques

Les représentations vivantes d'œuvres interprétées par des artistes

Les œuvres musicales :

L'article L. 112-2 du CPI vise les compositions musicales avec ou sans paroles.

L'œuvre musicale sera décomposée entre la mélodie, l'harmonie, et le rythme.

Les œuvres improvisées sont également protégeables.

Les œuvres audiovisuelles :

L'œuvre audiovisuelle se définit comme une « séquence animée d'images », sonorisées ou non, dénommées ensemble « œuvre audiovisuelle ».

Entrent dans la catégorie des œuvres audiovisuelles : les films cinématographiques, les œuvres télévisuelles, vidéos, électroniques. Un site Internet peut donc du fait de certaines de ses composantes relever de la catégorie des « œuvres audiovisuelles ».

Concernant les retransmissions audiovisuelles (théâtrales, sportives, ...), le critère de l'originalité de l'œuvre captée déterminera le caractère protégeable ou non de l'œuvre audiovisuelle.

Concernant les jeux vidéos, la Cour de Cassation les considère encore comme des logiciels, mais cette interprétation semble devoir être nuancée concernant les œuvres multimédias ou les jeux à forte imprégnation vidéo.

Les œuvres d'art plastique :

Relèvent de cette catégorie les dessins, peintures, lithographies, sculptures, œuvres typographiques, signes, symboles ornementaux.

Mais encore, les dessins utilitaires (qui peuvent aussi être protégés par le droit de la propriété industrielle), les travaux des architectes (leurs plans et maquettes, la représentation par tout moyen des façades,...)

Les œuvres photographiques (et celles réalisées avec des techniques analogues) :

Les photographies se divisent en deux catégories, l'une bénéficie de la protection du droit d'auteur, l'autre non.

Les photographies artistiques se distinguent par la recherche d'un effet artistique. Cette expression d'une forme les rend protégeables.

Les photographies documentaires : elles se distinguent par leur intérêt sur un sujet particulier et par la volonté de l'artiste de prendre un cliché spécifiquement documentaire – ce qui écarte la protection par le droit d'auteur.

La photographie banale et voulue comme telle par l'auteur ne bénéficie pas de la protection du droit d'auteur. Une photographie qui devient intéressante par la suite ne change pas de régime juridique : la photographie d'une foule où, plus tard, l'une des personnes deviendra célèbre.

Les logiciels :

C'est un programme d'instructions, générales ou particulières, adressé à une machine, en vue du traitement d'une information donnée (L. 112-2 du CPI).

La protection s'étend aux « matériels de conception préparatoire ».

Le logiciel se distingue moins par sa définition comme œuvre (si ce n'est les problèmes de délimitation entre le logiciel et l'œuvre audiovisuelle et la création assistée par ordinateur) que par son régime légal qui déroge largement aux règles de droit commun du droit d'auteur (voir point suivant).

Les œuvres publicitaires :

Elles forment une catégorie à part, non à cause de la spécificité des créations qu'une telle œuvre intègre (audiovisuel, texte, musique, dessin, photographie,..) mais en raison de sa destination particulière qui justifie un régime particulier.

Les bases de données :

La protection des bases de données, notion légale récente et transposition moderne de la notion d'anthologie, résulte de la transposition en droit français de la directive communautaire du 11 mars 1996. La loi définit une bases de données comme «un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessible par des moyens électroniques ou par tout autre moyen».

Elle doit être distinguée du logiciel qui la fait fonctionner et qui bénéficie d'une protection et d'un régime particuliers. De même la nomenclature ou le thésaurus servant éventuellement de structure logique d'organisation de la base peut et doit bénéficier d'une protection spécifique. Il en est de même de chaque élément de son contenu qui peut faire l'objet d'une protection spécifique. Le texte vise en effet un recueil d'œuvres de toute nature (signes, sons, textes, images...). Chacune de ces composantes jouit donc de son propre régime juridique.

La création assistée par ordinateur :

La création assistée par ordinateur (CAO, PAO, DAO,...) fait intervenir une machine et des logiciels qui ne constituent pas de simples instruments mais qui interviennent de façon substantielle dans la création de l'œuvre.

L'informatique ne modifie pas les critères de qualification de l'œuvre : toute création issue d'un tel processus est en principe protégeable.

La détermination de l'auteur de l'œuvre sera en revanche plus délicate, selon la part de la machine, du logiciel et de la personne qui décide ou non du processus.

Les œuvres multimédias :

La diversité de type de contenu de ces œuvres et les convergences des différents vecteurs de communication sur un support ou un vecteur unique rendent la définition et la détermination de l'œuvre multimédia délicate.

L'œuvre multimédia ne bénéficie pas d'un régime spécifique. Elle emprunte à chaque régime des œuvres qui la compose (écrit, audiovisuel, informatique).

Une partie de la doctrine souhaite l'ériger en catégorie autonome et tente de la définir comme une création complexe réunissant, après mise en forme informatique, un ensemble de textes, d'images fixes et/ou animées et/ou de musiques, accessible sur support numérique ou par réseaux numériques.

Les exemples d'œuvres multimédias sont nombreux, tels que les pages Web, les CD-Roms ou DVD-Roms, ...

5.1.2 - Repères sur les types d'œuvres protégées au titre du droit de propriété industrielle

Trois types de créations relèvent d'une éventuelle protection au titre de la propriété industrielle :

- ❑ les innovations (ou inventions) protégeables par un "brevet d'invention" à la condition de satisfaire à certains critères (nouveau, activité inventive, application industrielle). Sont brevetables les innovations concernant les produits industrialisables, mais aussi les procédés industriels, les substances chimiques, les produits et procédés biotechnologiques. Est en principe brevetable toute solution technique répondant à un problème technique.

Ne sont par contre pas brevetables :

- le corps humain, ses éléments et ses produits. La loi française exclut ainsi explicitement la brevetabilité des séquences géniques humaines. Mais un débat plus large, avec d'importants enjeux économiques à la clé, est en cours au niveau international concernant la brevetabilité des séquences géniques, le droit anglo-saxon acceptant les brevets sur ces séquences ;
- les méthodes de calcul, les règles du jeu les méthodes théoriques : d'une façon générale tout ce qui est de l'ordre de l' "idée pure" n'est pas brevetable ;

- les découvertes scientifiques fondamentales, quelles que soient les applications techniques qui peuvent en découler. La découverte du phénomène de supraconductivité n'est pas susceptible de valoir à son auteur des bénéfices autres que ceux de la notoriété scientifique. Par contre un dispositif technique mettant en œuvre les propriétés particulières des matériaux supra-conducteurs sera brevetable;
- la topographie des circuits intégrés.

Le logiciel pose problème : aujourd'hui protégeables en France au titre du droit d'auteur (cf. infra) alors qu'ils sont brevetables aux Etats-Unis. La plupart des spécialistes estiment que la brevetabilité du logiciel à vocation à s'étendre.

- ❑ les éléments susceptibles d'être constitutifs d'une raison sociale ou d'une marque d'exploitation (intitulé, logo associé),
- ❑ les dessins et modèles sur la base desquels pourra être reproduit un bien. Le "modèle déposé" peut aussi concerner un système de classification propriétaire ou tout système de présentation d'information original.

On a déjà souligné que pour ces deux dernières catégories (marques et logos et dessins et modèles) une même création était susceptible à la fois d'être protégée par le droit d'auteur (droit sui generis reconnu à la création originale par le Code de la Propriété Intellectuelle) et par le droit de la propriété industrielle (sous réserve d'une procédure spécifique). Le traitement de ces deux plans complémentaires mais non superposables l'un à l'autre devait être traité de façon distincte.

5.2 - Déterminer si les «objets » de propriété intellectuelle bénéficient d'une protection

Tous les objets énumérés au point précédent ne bénéficient pas ipso facto et par nature d'une protection au titre de la propriété intellectuelle. L'étape suivante du "diagnostic PI" préalable à la formalisation de la commande publique sera donc la vérification que les "objets" incorporés dans la commande vérifient ou non les critères de protection effective.

Pour le commanditaire cette question de la protection effective répondra successivement à une double optique :

- 1) les éléments incorporés dans la réalisation faisant l'objet de la commande sont-ils oui ou non protégés ? si la réponse est affirmative tout objet protégé devra faire l'objet d'une identification des titulaires de droits et d'une cession adéquate de ceux-ci de façon à respecter les prérogatives des "ayants droit" ;
- 2) l'objet de la commande peut-il être protégé et à quel titre ? comment s'articulent (par la cession ou toute autre modalité) les droits de propriété intellectuelle des titulaires initiaux et ceux que le commanditaire public a acquis par sa commande ?

5.2.1 - Les critères de protection en droit de la propriété littéraire et artistique .

La notion d'œuvre protégée

Il s'agit de la catégorie historique et fondatrice du droit de la propriété intellectuelle, car instituée à une époque où la création résidait, pour l'essentiel, dans les beaux-arts et les belles lettres. Elle est à l'origine de la dénomination du droit de la propriété littéraire et artistique par opposition au droit de la propriété industrielle et marque profondément le régime de ces créations, d'où le nom commun de « droit d'auteur ».

Elle recouvre donc les créations relevant de tous les genres de la création artistiques et littéraire traditionnelle: écrit, dessin, sculpture, peinture, musique. Puis, y ont été admis, avec l'évolution des techniques, des créations de forme ou de genre nouveau : la photographie, le cinéma, l'audiovisuel et enfin, par extension les logiciels, la création numérique.

Un critère essentiel : l'originalité de l'œuvre protégée

Toutes les créations intellectuelles ne constituent pas des œuvres protégées. L'œuvre n'est protégée que si elle révèle une originalité dans la forme d'expression.

Les idées ne sont pas protégées par le droit d'auteur, mais seulement leur forme d'expression. D'autres procédés juridiques doivent être mobilisés pour protéger les idées.

Le concept d'originalité a beaucoup évolué et s'apprécie différemment selon les types de création. Il ne s'agit pas de la nouveauté, comme on le pense généralement.

L'expression de la personnalité de l'auteur constitue le critère de l'originalité, dans les beaux-arts et belles lettres, et les genres de création apparus ultérieurement comme le cinéma et l'audiovisuel.

L'effort créatif personnel (disons son investissement intellectuel) de l'auteur est retenu pour des formes de création plus fonctionnelle qu'artistique, comme les logiciels, les bases données, les rapports d'études.

Une recherche pragmatique et encadrée

La mise en œuvre de ces critères ne pose généralement pas de difficultés, sauf des cas marginaux. La jurisprudence a dégagé un faisceau d'indices qui permet de caractériser l'existence de l'originalité selon le critère le plus élevé, l'expression de la personnalité de l'auteur, ou selon le standard minimum, l'effort personnel de l'auteur.

La qualification juridique s'impose d'elle-même s'agissant de certains travaux : livre, rapport d'étude, plans, maquette de revue, logo, etc.

Dans certains cas, l'hésitation peut naître : tracé de chemin de randonnée, étude technique, cahier de clauses techniques, normes, etc.

Pour éclairer la solution, une méthode pratique consiste à inverser le critère. En effet, la banalité s'oppose à l'originalité, de même que la nécessité du genre. Ce qui s'impose, par nécessité ou par l'esprit commun, ne peut être le résultat de l'expression de la personnalité de son auteur ni de son effort créatif personnel. On a quitté le choix créatif pour entrer dans l'ordre imposé soit par la nécessité du genre soit par la banalité du choix, quelle que soit la cause de cet ordre : technique, social, par exemple.

Ainsi, l'absence d'un choix propre de l'auteur révélera l'absence de l'originalité requise pour que le résultat du marché puisse être considéré comme une œuvre protégée.

Le cas particulier des logiciels

Les logiciels ont été admis au bénéfice dans les dernières décennies du droit d'auteur. La loi, sous couvert d'une directive communautaire, a confirmé le choix fait par la jurisprudence. Cela n'exclut pas toute possibilité de breveter un logiciel (cf. ci-dessous).

La condition d'originalité reste exigée, cependant elle a été aménagée pour tenir compte des particularités de la création logicielle. L'expression de la personnalité s'est mue en effort personnalisé.

De même, la titularité des droits et le principe du mode de rémunération ont fait l'objet de dispositions particulières (cf. chapitre suivant).

En revanche, le monopole du titulaire de droits a été renforcé car la copie privée est ici interdite, à la différence des autres œuvres.

Le cas particulier des bases de données

La base de données peut bénéficier d'un double régime de protection.

D'une part, le droit d'auteur lui est applicable, si elle répond au critère d'originalité (cf. ci-dessus).

D'autre part, un droit spécifique des bases de données a été institué. **Il s'applique dès lors que la conception et la réalisation de la base de données représentent un investissement intellectuel et financier substantiel. Il en est de même pour les mises à jour.**

5.2.2 - Les critères de protection en droit de la propriété industrielle.

Les critères de la protection par le brevet

Outre d'avoir satisfait à une procédure codifiée de demande de brevet d'invention, l'innovation pour bénéficier d'une protection au titre du brevet devra répondre à un triple critère :

- **Critère de nouveauté** : l'appréciation de ce critère répond à des normes strictes, beaucoup plus strictes que celles qui dans le langage courant cernent la notion de nouveauté. En droit une invention n'est "nouvelle" que si elle n'est pas comprise dans "l'état de la technique". *Or l'état de la technique se définit par "tout ce qui a été rendu accessible, par quelque moyen que ce soit (publication, communication orale) à un public non tenu contractuellement à la confidentialité, antérieurement à la date du dépôt de la demande de brevet"*. L'antériorité d'une publication s'apprécie quelle qu'en soit la date, le lieu ou sa langue de divulgation. L'accessibilité, même potentielle et non réalisée, est destructrice du caractère de nouveauté. On a jugé par exemple qu'une thèse déposée dans une bibliothèque universitaire constitue une divulgation (rendant impossible l'obtention d'un brevet) bien que les pages n'en aient pas été coupées. On perçoit mieux à la lumière de ces remarques pourquoi le commanditaire public, dans le cadre d'une recherche sur contrat doit préserver la possibilité d'une brevetabilité en imposant par contrat à son prestataire de recherche des clauses très strictes de non divulgation...

- **Application industrielle** : une invention ne peut être brevetée que si elle est susceptible d'être utilisée et exploitée dans l'industrie au sens large (ce qui exclut les procédés techniques utilisés en agriculture). L'invention brevetable se définit comme une solution technique à un problème technique.
- **Activité inventive** : la législation française comme le droit européen définit ainsi cette notion : "*une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme de métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique*".

Cas particulier du logiciel. On a déjà indiqué que même si la situation évolue vers une plus grande brevetabilité du logiciel, le droit français comme celui de la plupart des pays européens, respectant en cela la Convention de Munich instituant le brevet européen, qui exclut explicitement les programmes d'ordinateurs du champ de la brevetabilité. Pourtant dans la pratique la situation est mouvante. Dans un premier temps, il a été décidé qu'un ensemble matériel et logiciel est brevetable dès lors qu'il satisfait aux critères positifs de la brevetabilité. Dans un second temps, l'Office Européen des Brevets (OEB) s'est trouvé amené à accepter de plus en plus souvent la brevetabilité d'un logiciel dans la mesure où il produit un effet technique.

A relativement court terme, les pays d'Europe devraient réviser la Convention de Munich pour admettre le principe général de brevetabilité des logiciels, de façon à mettre les éditeurs européens de programmes informatiques à arme égale avec leurs concurrents américains.

Les critères de protection par le droit des marques ou le droit des dessins et modèles.

La protection par le droit des marques ou par le droit des dessins et modèles est subordonnée à une procédure de dépôt.

Un critère essentiel sera ici l'antériorité : un élément constitutif d'une marque, un dessin ou un modèle ne peut bénéficier de la protection au titre de la propriété industrielle que si aucune marque, aucun dessin ou modèle similaire ou présentant des similarités importantes n'a pas été déposé antérieurement.

Ce critère ne s'intéresse en somme qu'à l'originalité/antériorité *dans l'ordre de la propriété industrielle et non dans celui de la propriété intellectuelle et artistique* : la protection au titre du droit des marques ou du modèle peut tomber si un créateur d'une œuvre originale (au sens que l'on a vu plus haut) démontre que le déposant a fait acte de contrefaçon en faisant sienne une création sur lesquels il ne disposait pas des "droits d'auteurs".

6 - Vérifier la titularité des droits : titulaire du marché et titulaires des droits

La passation d'une commande publique vise à produire un résultat dont l'administration doit pouvoir jouir pour accomplir ses missions. Cette exploitation suppose d'organiser par contrat, au travers de clauses de cession le transfert des droits de propriété intellectuelle pour permettre un usage licite des résultats du marché (cf. chapitre 8 : la cession).

Le transfert des droits suppose de déterminer au préalable qui en est titulaire, qui en possède sur les résultats du marché. Bien souvent, dans la pratique, cette opération se réduit à considérer qu'il s'agit du titulaire du marché. Une telle erreur est source de nombreuses déconvenues. L'issue la moins funeste est celle de devoir ultérieurement passer sous les fourches caudines d'une négociation forcée avec le véritable titulaire des droits et de lui verser une rémunération en conséquence. La situation la plus grave est l'interdiction d'utiliser les résultats comme prévu, aboutissant parfois à la paralysie du projet et de ses développements.

Les clauses de garantie (cf. chapitre 4) figurant au marché ne résolvent que très partiellement le problème. Elles peuvent permettre d'en faire supporter les conséquences financières au titulaire du marché, si un accord est trouvé avec le titulaire des droits. Au cas contraire, le palliatif de la résolution du marché n'est guère satisfaisant pour la réalisation des missions du service.

La conduite efficace d'un marché doit donc comporter la sécurisation des droits dont a besoin l'administration. Il s'agit d'opérer une double vérification :

- l'identification de tous les titulaires de droits,
- la cohérence et la continuité du chaînage des droits que souhaite obtenir l'administration entre tous les titulaires et avec le titulaire du marché.

6.1 - L'identification des titulaires de droits sur les résultats du marché

L'attribution des droits de propriété intellectuelle est prévue par la loi, selon le type de création, mais parfois elle peut être aménagée par contrat avec les titulaires. Il faut distinguer les droits selon que le fait générateur de droit est une création ou un investissement.

6.1.1 - Titularité des droits au titre de la création protégée

a) - le principe : la personne physique créatrice est titulaire

Les droits de propriété intellectuelle résident dans la personne reconnue comme celle qui est à la source de la création. Le titulaire est donc la (les) personne(s) physique(s) créatrice(s). L'existence d'un contrat de travail ne modifie pas ce principe, sauf pour le logiciel.

Pour affirmer son droit, elle devra justifier de cet effort créatif personnel, ce qui exclut les personnes qui ne font qu'exécuter des instructions dans le cadre du processus de création.

Lorsque plusieurs personnes participent en commun à l'acte créatif, chacune de ces personnes possède sur la création un droit en commun d'où résulte un régime d'indivision (on parle alors d'**œuvre de collaboration**, article L.113-2 du CPI, par exemple une réalisation audiovisuelle).

Si l'une d'entre elles a pris l'initiative, a dirigé et édité l'œuvre, le titulaire des droits sur l'ensemble est cette personne. On parle alors d'**œuvre collective** (régie par l'article L.113-2 du Code de la Propriété Intellectuelle) Chacun des contributeurs garde ses droits pour l'exploitation séparée de sa contribution, dans la mesure où celle-ci n'entre pas en concurrence avec l'exploitation de l'œuvre collective. Comme on le constate, la différence avec le cas précédent réside dans le fait que l'œuvre de collaboration est le fruit commun de tous les participants alors que l'œuvre collective est le fruit d'une personne à laquelle les participants apportent leur propre œuvre qui s'y insère et peut en être séparée.

b) - les exceptions

L'œuvre collective constitue une exception en ce que les personnes qui ont pris l'initiative de l'œuvre sont reconnues titulaires originaires des droits d'auteur (sans qu'il y ait donc besoin d'organiser une cession). Dans ce type de création, les droits d'auteur sont attribués à la personne, physique ou morale, qui prend l'initiative, la direction et sous le nom de laquelle la publication est effectuée.

Ce régime n'est applicable que si cette personne a affectivement conçu l'ensemble, seule, et que les contributions qui se fondent dans cet ensemble demeurent individualisables – sinon il s'agirait d'une *œuvre de collaboration* placée sous le régime de l'indivision.

➤ Le régime de l'œuvre collective est très fréquent dans les commandes publiques liées aux prestations de communication (réalisation d'une brochure, d'un site Internet, d'un audiovisuel, etc.) où le titulaire du marché est un prestataire (agence de communication, société de production audiovisuelle) qui se charge de concevoir l'ensemble de la réalisation et de commander à ses "créatifs" internes ou externes les éléments unitaires (textes, illustrations graphiques ou sonores) associés dans le produit final de la commande.

Dans ce cas, la personne publique acquérant les droits d'une œuvre collective n'est pas investie des droits sur chacune des contributions, séparément de l'ensemble. Cette restriction est redoutable dans les nombreuses et utiles exploitations dérivées permises par le numérique.

Ainsi, si la réalisation d'une brochure a fait l'objet d'une commande globale auprès d'une agence de communication, l'entité publique commanditaire dispose bien des droits sur la brochure en tant que telle, mais pas sur chacun de ses composants. La réutilisation d'une illustration issue de cette brochure dans un autre document sera interdite sauf si cette réexploitation a été explicitement prévue dans le contrat de commande par le créateur lui-même ou par le prestataire auquel il aura cédé l'intégralité de ses droits, y compris ceux ne relevant pas de l'exploitation de sa création dans le cadre de l'œuvre collective.

Le logiciel présente la même particularité puisque la personne morale, privée ou publique, est détentrice originaire des droits d'auteur sur le logiciel créé par son collaborateur, lorsque ces créations sont réalisées dans le cadre des fonctions ou selon les instructions de leur employeur. On rejoint ici la notion de titularité des droits dérivant d'un investissement (cf. point ci-dessous).

➤ Dans le cas d'une commande de logiciel, le commanditaire public organisera donc par le contrat de commande (cf. Chapitre 8) un transfert (total ou partiel) du droit d'auteur qui est reconnu à son prestataire en raison du simple fait que c'est lui qui a rémunéré et encadré le travail d'écriture du logiciel. Le fait que le commanditaire public rémunère le prestataire informatique développant le logiciel n'implique pas ipso facto qu'il est propriétaire du droit d'auteur sur ce logiciel, *y compris si la rémunération contractuelle a effectivement supporté l'ensemble des coûts de développement du dit logiciel*. La rémunération peut implicitement correspondre à la rétribution d'une licence d'utilisation si des dispositions contractuelles spécifiques n'organisent pas le transfert effectif de la propriété du droit d'auteur du prestataire vers le commanditaire public,

D'une façon générale, en droit de la propriété intellectuelle, le fait de payer une prestation n'implique pas automatiquement un transfert de la propriété des droits, puisque très souvent le paiement correspond à la rétribution d'un "droit d'usage" interne (dans ses différentes déclinaisons : droit de reproduction, de représentation, etc. – cf. chapitre 7).

6.1.2 - Titularité des droits au titre de l'investissement protégé

La loi institue un droit en contrepartie de l'investissement consenti dans le processus de création ou de valorisation de cette création.

Le titulaire sera donc la personne, physique ou morale, qui aura consenti cet investissement : par exemple le producteur cinématographique, télévisuel ou multimédia ; l'éditeur d'un site Internet ; le producteur d'une base de données ; la société ayant développé un logiciel ou celle dont l'effort de recherche développement est à la source d'une invention brevetable.

➤ **C'est évidemment à ce titre que le commanditaire public pourra lui-même revendiquer des droits de propriété intellectuelle sur le produit de sa commande, à la condition que le contrat de commande explicite bien son rôle de maître d'œuvre et d'investisseur et lève toute ambiguïté quant au rôle de simple "producteur délégué" du prestataire.**

Le cas des bases de données

Pour les bases de données, le droit spécifique bénéficie au producteur car c'est bien lui qui consent l'investissement. Mais il ne sera pas titulaire du droit d'auteur sur les "éléments unitaires" rassemblés dans une base de données si ces éléments sont protégeables à ce titre.

➤ Exemple :

Dans le cas d'une base d'images photographiques numérisées, l'organisme ayant investi dans la constitution de cette base (investissement lié à la numérisation éventuelle des clichés, à l'établissement du cadre de classement et à l'indexation des images, au développement ou à l'acquisition d'un logiciel de consultation) sera titulaire "sui generis" des droits d'exploitation de la base mais pas des droits spécifiques attachés à chaque image.

Si l'exploitation de la base implique au final une utilisation de ces éléments unitaires (reproduction sur un support quelconque d'une photo stockée dans la base utilisée pour la recherche iconographique), l'exploitant de la base ne pourra autoriser (et éventuellement facturer) cette reproduction que si le droit de reproduction lui a été transféré par un contrat spécifique avec l'auteur de la photographie.

Ce double régime "droit d'auteur/droit du producteur" attaché à la base de données disparaît si le régime de l'œuvre collective est applicable (notices d'un dictionnaire ou d'une base de données terminologique par exemple). Il n'est également pas applicable si l'organisme exploitant la base de données est lui-même, dans le cadre de son activité propre, le créateur des données organisées dans la base – ce qui est un cas de figure très fréquent pour les bases de données publiques.

➤ Au titre du droit spécifique des bases de données, le producteur de la base est le titulaire du droit du producteur. La personne publique est donc dans ce cas susceptible d'être investie de ce droit de par sa commande même, *sous réserve que le prestataire ne puisse revendiquer un partage de droits en fonction de l'investissement, financier ou intellectuel qu'il serait susceptible de faire valoir*. Toute commande liée à la réalisation d'une base de donnée doit faire apparaître le fait que le prestataire est un pur exécutant des instructions de la personne publique et que la rémunération attribuée au prestataire couvre bien l'intégralité des coûts et des risques de constitution de la base pour les tâches confiées au prestataire.

Le cas de la création audiovisuelle

L'audiovisuel relève des deux cas précédents. Les droits sont bien attribués à la personne des créateurs, d'ailleurs multiples, mais la loi a institué une présomption de cession automatique, sauf clause contractuelle contraire, au bénéfice du producteur, là encore pour des raisons de sécurité d'investissement.

➤ L'œuvre audiovisuelle est une catégorie de plus en plus présente dans la commande publique. En effet, le numérique a fait prendre une place considérable à cette catégorie de création qui est susceptible de recouvrir la plupart des créations et exploitations électroniques, sur support ou en ligne, dès lors qu'elles comportent des séquences animées d'images. Le producteur est investi des droits d'exploitation par application de la présomption légale de cession des droits des différents auteurs qui ont concouru à l'œuvre.

Toutefois et comme dans le cas du logiciel, c'est le prestataire bénéficiaire de la commande publique, et non le commanditaire lui-même (même s'il a par sa commande payé l'intégralité de la production) qui est réputé, en l'absence de dispositions spécifiques, être le "producteur" de l'œuvre audiovisuelle, puisque c'est lui qui rémunère et organise le travail des créateurs individuels mobilisés sur la réalisation objet de la commande.

Pour que le commanditaire public se voit reconnaître la titularité des droits sur la réalisation audiovisuelle, il faut que le contrat organise le transfert de titularité du prestataire vers le commanditaire (en général par application de l'option A (cession étendue) du cahier de clauses administratives générales (cf. chapitre 8).

Toutefois même ce transfert comporte des limites. La présomption légale de cession ne recouvre pas tous les modes d'utilisation-exploitation, par exemple les droits graphiques n'y sont pas inclus : la réutilisation d'une image fixe extraite d'un audiovisuel ne sera donc pas permise sauf clause contractuelle spécifique. Il sera donc nécessaire, comme pour l'œuvre collective, de prévoir un dispositif complémentaire de transfert de droits par voie contractuelle pour ces utilisations secondaires de telle ou telle composante issue de la réalisation audiovisuelle.

6.2 - Le cas particulier de la gestion collective des droits

Un autre cas où la Loi organise un transfert "autoritaire" de l'exercice des droits du titulaire vers une entité morale est celui, très important en pratique, de la gestion collective.

Devant certaines nécessités pratiques et dans un souci de simplification et de sécurité, le législateur a prévu que le droit s'exercerait par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective. Il en est ainsi pour la perception du droit de reproduction par reprographie (exercé par le Centre français d'exploitation du droit de copie, le CFC), du droit à rémunération des artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes pour la communication au public des œuvres musicales (exercé par la Spré – Société pour la perception de la rémunération équitable de la communication au public des phonogrammes du commerce).

Toutes les activités de gestion collective ne relèvent pas cependant pas d'un transfert par la loi à un organisme collecteur des tâches de perception de certains droits. La perception des droits peut être déléguée par convention à un organisme par les titulaires des droits. Le langage courant confond souvent gestion collective vraie (organisée par la loi) et simple perception des droits dans le cadre de contrats consentis par les ayants-droit. Les "sociétés d'auteurs" – et elles sont nombreuses - peuvent en effet relever soit de la gestion collective vraie organisée par la loi, soit de la perception déléguée sur la base de conventions spécifiques, soit pratiquer un mélange de ces deux modalités.

➤ Qu'elle soit de fait ou de droit, lorsque la titularité d'un droit est exercée par l'intermédiaire d'une société de gestion collective, la personne publique devra conclure une convention avec l'organisme compétent concerné et ce pour chaque type de droit faisant l'objet d'une gestion collective. Cette multiplicité d'interlocuteurs s'impose dans l'attente d'un guichet unique, espéré par les utilisateurs qui y trouveraient une source de simplification et donc d'économie.

Parce qu'elles mobilisent des matériaux composites (illustration sonore, images fixes ou animées) les réalisations multimédia, en ligne ou sur support fixe, se caractérisent par la nécessité de recourir à la palette des modes d'obtention des droits de propriété intellectuelle : négociation individuelle et/ou collective des droits.

➤ Cette négociation est bien souvent déléguée par le commanditaire public au prestataire chargé de la réalisation audiovisuelle ou multimédia, auquel est dévolu un rôle de producteur délégué. **Il est cependant de la responsabilité du commanditaire public de vérifier que tous les droits attachés aux créations incorporées au produit de sa commande ont bien fait l'objet d'une cession avec les titulaires individuels ou collectifs gérant les droits.** Si la loi a institué une gestion collective de certains droits (ceux attachés à une illustration sonore par exemple), un accord direct avec les créateurs ne saurait se substituer à l'obligation de souscrire une convention avec l'organisme chargé de la gestion collective de ce droit.

➤ Les règles du marché public s'appliqueront avec difficulté dans le cadre de la gestion collective des droits. D'une part, des conventions-types régissent les relations de ces organismes avec les utilisateurs de droits. D'autre part, leur position, le plus souvent monopolistique, ne permet pas une mise en concurrence, pas même au niveau européen compte-tenu des accords de réciprocité inter-sociétés et la consécration de la validité de ces accords, sous certaines réserves, par les autorités de la concurrence, notamment européennes.

6.3 - La titularité des droits de propriété industrielle

Les différents types de protection au titre du droit de la propriété industrielle relèvent elles aussi de la protection au titre de l'investissement consenti par un opérateur économique.

En droit de la propriété industrielle (que ce soit pour un brevet, une marque ou un logo, un dessin ou un modèle déposé) le titulaire est toujours le déposant qui s'est vu reconnaître par l'organisme compétent son titre de propriété industrielle. Cependant ce principe simple pose de redoutables difficultés, par exemple lorsque dans le cadre d'une recherche sur contrat ou d'une recherche coopérative, l'investissement à l'origine de l'invention protégée est délégué ou multiple.

6.3.1 - Le brevet

La titularité des droits d'exploitation est par définition attribuée au titulaire du brevet : en général la (ou les) personne(s) morale(s) qui auront encouru les dépenses de recherche et développement qui auront débouché sur l'innovation objet du brevet.

La procédure d'obtention du brevet ne s'intéresse cependant pas à la matérialité de l'investissement : le titulaire du brevet sera celui qui aura déposé une demande de brevet, puis, si ce brevet est accordé, se sera acquitté des redevances de dépôt et des redevances annuelles dont le paiement est indispensable à son maintien en vigueur.

➤ Cette procédure purement formelle oblige à prendre des précautions drastiques dans le cas d'une recherche sur contrat et/ou d'une recherche coopérative engagée sous l'égide d'un commanditaire public. En effet s'il n'est pas précisé dans le contrat initial encadrant l'effort de recherche que le commanditaire sera le seul titulaire des droits attachés à la découverte brevetable, ses partenaires pourront déposer en leur nom une demande de brevet ou à tout le moins revendiquer une co-titularité du brevet.

Ces remarques sont vraies au plan le plus général, mais elles sont particulièrement importantes dans le cadre de la recherche publique. D'une part parce que l'Etat encourage la valorisation de la recherche publique fondamentale au travers de recherches applicatives menées en coopération entre secteur public et privé. D'autre part parce que cette recherche coopérative est de plus en plus la règle dans le cadre de programmes de recherche transnationaux (EUREKA, Programme européen IST, etc.).

➤ Dans le cadre d'une recherche sur contrat, ou d'une recherche coopérative associant un commanditaire ou un partenaire public (le plus souvent l'autorité de tutelle du laboratoire public associé), le contrat encadrant la prestation de recherche devra définir précisément la titularité des droits de propriété intellectuelle attachés aux innovations brevetables éventuellement issues de cette recherche. En toute hypothèse, ces clauses de titularité ne peuvent être en contradiction avec le régime des inventions salariées (cf. ci-dessous).

➤ La co-titularité est une option possible si elle reflète un réel partage de l'investissement de R&D, mais **elle devra faire toujours l'objet de définitions précises dans le contrat de commande** : la détermination a posteriori de la co-titularité est toujours difficile et souvent source de contentieux si elle n'a pas été précisément délimitée dans les conventions liant les acteurs de cette recherche coopérative ou de la recherche sur contrat.

➤ Pour les mêmes raisons les inventions réalisées par des stagiaires ou des doctorants devront faire l'objet de clauses de cession explicites dans les contrats de ces personnels associés ne relevant pas du régime de l'inventeur salarié. *Même si le commanditaire public d'une recherche sur contrat n'encadre pas directement ces stagiaires ou doctorants, il devra vérifier que l'organisme bénéficiaire du contrat de recherche s'est assuré de la cession des droits de ces personnels associés de façon à éviter qu'un traitement non adéquat de cette question ne vienne dans un second temps remettre en cause ses propres droits d'exploitation économique du brevet.*

➤ On a déjà souligné que ces conventions devront prévoir des clauses de confidentialité strictes afin que les clauses de co-titularité ou de cession ne soient pas vidées de sens par la "destruction de nouveauté" qu'entraînerait la divulgation à des personnes non tenues au secret.

➤ L'innovation n'étant pas un processus linéaire et prévisible, les clauses relatives à la titularité ou à la co-titularité des droits économiques sur les inventions brevetables nées de la recherche sur commande doivent être formulées de façon suffisamment large pour couvrir *toute invention* issue de la recherche sur contrat, qu'elle soit ou non liée à son objet principal : un nouveau type de matériau (ou une nouvelle utilisation d'un matériau) peut ainsi être mis au point dans le cadre d'un contrat de recherche industrielle portant sur la réalisation d'un prototype de robot susceptible d'évoluer dans un milieu à très haute température.

➤ Enfin soulignons que la mention de clauses de titularité dans les conventions de recherche ne suffisent pas à elles seules à assurer la titularité des droits sur l'invention : celle-ci est toujours conditionnée *in fine* par l'engagement d'une procédure de dépôt de brevet, par le paiement des frais attachés à cette procédure, ainsi que par le paiement indispensable des redevances annuelles (les "annuités") **qui conditionnent le maintien de la protection au titre du brevet.**

Le droit moral de l'inventeur

A la différence du droit de la propriété littéraire et artistique où droit moral et droits patrimoniaux sont (sauf exceptions déjà énumérées) étroitement liés et attachés à l'acte de création et à la personne du créateur, le droit du brevet pose le principe d'une nette distinction entre droit d'exploitation reconnu au titulaire du brevet et droit moral attribué à l'inventeur c'est à dire à la personne physique, nominativement identifiée dans le brevet, qui est à l'origine de l'invention brevetée.

Cette reconnaissance nominative peut être partagée entre plusieurs inventeurs. Est considéré comme inventeur celui qui aura concrétisé (ou concouru directement à la concrétisation dans le cadre d'une invention collective) une idée nouvelle par une application industrielle et qui l'aura, sinon réalisée, du moins décrite de façon suffisamment explicite pour permettre sa réalisation.

Ce critère d'application industrielle introduit une distinction importante entre découverte fondamentale et innovation technique. Au sens de la législation sur les brevets, ni Newton ni Einstein n'auraient pu être considérés comme des inventeurs. Rien n'empêche cependant un scientifique de prendre un brevet sur des applications industrielles issues de ses découvertes. Dès 1871, Pasteur, auteur de la découverte (non brevetable) des mécanismes de la fermentation brevetait sous le label "*produit manufacturé*" une "*levure purifiée débarrassée de tout germe pathologique*" permettant de sécuriser les processus de fermentation industriels.

➤ Dans la pratique, et sous réserve de l'application des règles relatives aux inventeurs salariés (cf. ci dessous), le droit moral de l'inventeur (à la différence du droit moral du créateur en propriété intellectuelle et artistique) pose peu de "contraintes résiduelles" au titulaire public du brevet. La seule contrainte étant le respect du "droit de paternité", c'est-à-dire la mention nominative de l'inventeur (ou des inventeurs) dans le cadre de toute référence publique à l'invention brevetée et le respect des prérogatives économiques de l'inventeur salarié.

Le droit des inventeurs salariés

La distinction entre titularité des droits économiques et droit moral de l'inventeur n'implique en aucun cas que ce dernier ne touchera aucun dividende de son invention, même si celle-ci est le fruit de son activité salariée. Ce dernier point est important puisque l'on estime à 85% le nombre de demandes de brevets qui sont le fruit d'innovations mises au point par des salariés dans le cadre de leurs fonctions.

La législation sur le brevet a profondément évolué sur ce point depuis une loi de 1978 qui a jeté les bases des droits des inventeurs salariés. La tendance est à une plus juste rémunération des inventeurs salariés. La loi du 26 novembre 1990 a ainsi rendu obligatoire le versement par l'entreprise d'une rétribution financière aux inventeurs salariés. S'agissant de la recherche publique, les décrets du 2 octobre 1996 ont permis de combler un vide juridique en établissant les règles de l'intéressement des personnels de recherche aux retombées financières de leurs inventions brevetées. Le système assure désormais, sans limitation de montant, une rémunération de 25% du produit hors-taxes des redevances perçues dans le cadre de l'exploitation du brevet, déduction faite de la totalité des frais directs supportés par l'organisme titulaire des droits. Ces dispositions ont été complétées par la *Loi du 12 juillet 1999 d'orientation et de programmation de la recherche et le développement technologique de la France*. Cette loi facilite la création d'entreprises par les agents de la recherche publique, la valorisation des résultats de la recherche de l'enseignement supérieur et la coopération entre établissements publics et entreprises.

Les droits économiques des inventeurs salariés se fondent sur une typologie instaurée par la loi de 1978 qui distingue :

- **les inventions de mission** : elles appartiennent de facto à l'employeur (ou à son passeur d'ordre, commanditaire de la recherche). Elles sont définies strictement comme étant des inventions découlant directement d'un programme (ou d'un contrat) de recherche mené par le laboratoire auquel l'inventeur salarié est directement rattaché. **Par définition, les inventions de mission sont au cœur des problématiques de recherche sur contrat, en particulier lorsque ce contrat est la traduction d'une commande publique. Si la titularité des droits économiques liés à une invention de mission appartient sans conteste à l'employeur ou au commanditaire, la loi établit cependant le principe d'une rémunération de l'inventeur** (cf. ci-dessus).

- **les inventions attribuables** : ce sont des inventions faites en dehors d'une mission spécifique mais avec des moyens appartenant à l'employeur et des connaissances dérivant de sa situation de salarié. Dans ce cas, l'employeur dispose d'un droit d'attribution, c'est à dire du droit de faire jouer ou non la possibilité d'être reconnu comme titulaire des droits économiques attachés à l'invention brevetée. S'il ne le revendique pas l'inventeur est autorisé *par défaut* à revendiquer (sous réserve du dépôt d'une demande de brevet) la titularité des droits économiques. *La catégorie des inventions attribuables joue un rôle marginal dans le cadre de la problématique de la commande publique qui est celle de ce guide : elle est au premier chef une problématique interne à l'organisme bénéficiaire du contrat de recherche public.* Une exception peut toutefois se présenter, lorsque la conduite d'une mission de recherche, bien qu'effectuée par un tiers contractant, suppose l'utilisation de moyens (ceux d'un laboratoire national d'essais par exemple) mis à disposition du contractant par le commanditaire public. La contractualisation de la prestation de recherche devra dans ce cas se faire sur la base d'une décision de principe concernant la revendication ou non par le commanditaire public de droits sur les éventuelles inventions attribuables.
- **les inventions hors mission** : faites indépendamment et en dehors du cadre professionnel, elles appartiennent entièrement à leur inventeur.

L'exercice des droits spécifiques de l'inventeur salarié est lié au respect formel d'obligations incombant aux employeurs et aux salariés. En particulier l'inventeur salarié, s'il veut préserver ses droits, a l'obligation de déclarer toute invention brevetable à son employeur dans le cadre d'une déclaration-type.

Dans le cadre du présent guide consacré à la commande publique, le régime des inventions de salariés intervient de façon indirecte, puisqu'il concerne au premier chef l'organisme qui conduit la recherche sur contrat et qui emploie les chercheurs mobilisés sur le contrat.

➤ Cependant, lorsqu'une recherche sur contrat prévoit le transfert au commanditaire des droits économiques d'exploitation attachés à l'invention brevetée issue de cette recherche, les obligations envers les inventeurs salariés sont transférées ipso facto au commanditaire.

En particulier si l'exploitation de l'invention brevetée ouvre droit, en application des règles applicables, à un intéressement de l'inventeur aux bénéfices de cette exploitation, il appartiendra au commanditaire public de verser à l'inventeur (ou aux inventeurs) les sommes dues au titre de cet intéressement, même si ces inventeurs ne sont pas liés personnellement par convention au commanditaire public. Cette obligation résulte en effet de la simple conjonction des dispositions légales relatives aux inventeurs salariés et de l'attribution par contrat de la titularité des droits économiques de propriété industrielle au commanditaire.

En cas de co-titularité des droits économiques attachés au brevet, le commanditaire public assumera les éventuelles obligations à l'égard de l'inventeur salarié à hauteur de ses "parts" dans la co-titularité du brevet. Le plus souvent il s'agit d'une co-titularité simple ou tous les co-titulaires se partagent à part égales bénéfices et obligation découlant de la titularité du brevet.

➤ Même dans le cas où le commanditaire public n'est pas directement et matériellement concerné par les droits des inventeurs-salariés, il aura toujours intérêt à s'assurer (en obtenant une garantie contractuelle sur ce point) que les dispositions en vigueur concernant les inventeurs salariés sont bien respectées par son prestataire : un contentieux entre ce dernier et l'un de ses employés pourrait nuire à l'exercice des droits d'exploitation de l'invention dont le commanditaire public pensait jouir aux termes du contrat de recherche prévoyant sa titularité sur ces droits.

Cette clause formelle de garantie portant sur le respect par le prestataire de recherche des dispositions légales applicables aux inventeurs salariés devra s'accompagner d'une clause de responsabilité et de pénalité en cas de contentieux lié à ces dispositions : prise en charge par le prestataire fautif ou négligent de coûts induits par le litige et ses conséquences, prise en charge d'éventuels dommages et intérêts, etc.

6.3.2 - Marques, dessins et modèles déposés

La question de la titularité de ces autres titres de propriété industrielle est plus simple que celle relative au brevet, puisque *dans tous les cas le titulaire des droits d'exploitation économique d'une marque, d'un logo ou d'un dessin ou modèle déposé est le déposant, c'est à dire la personne morale ou physique qui aura demandé dans le cadre d'un dépôt l'attribution d'un titre de propriété industrielle et se sera acquitté des frais correspondants et éventuellement des redevances annuelles conditionnant le maintien de la protection.*

L'attribution par un organisme compétent, tel l'INPI, d'une protection au titre du droit des marques ou des dessins et modèles déposés est, comme celle d'attribution d'un brevet, une procédure formelle ne vérifiant pas la réalité de l'investissement consenti par le déposant dans la création d'une marque, d'un logo ou d'un dessin ou modèle.

De même la procédure de dépôt d'une marque d'un logo ou d'un dessin ou modèle ne vise nullement à vérifier que le déposant est bien titulaire des "droits d'auteur" sur la création pour laquelle une protection au titre du droit de la propriété industrielle est recherchée.

On a déjà souligné que pour les marques, logos, dessins et modèles, une même création est susceptible d'être protégée à la fois par le droit d'auteur (droit sui generis reconnu à la création originale par le Code de la Propriété Intellectuelle) et par le droit de la propriété industrielle (sous réserve d'une procédure spécifique). *Le traitement de ces deux plans complémentaires mais non superposables l'un à l'autre doit être conduit de façon distincte.*

➤ Il appartient donc au commanditaire public d'une marque, d'un logo ou d'un dessin ou modèle déposé de sécuriser ses droits en agissant successivement sur ces deux plans :

- d'une part en s'assurant par les clauses du contrat le liant au prestataire bénéficiaire de la commande d'un transfert total des droits de propriété littéraire et artistique ("droits d'auteurs") sur les créations objet de la commande ;

- d'autre part en engageant une procédure de dépôt auprès d'un organisme (le plus souvent l'INPI) habilité à délivrer un titre de propriété industrielle permettant l'exploitation économique de ces créations déposées.

Ces deux démarches sont indispensables, complémentaires et non substituables l'une à l'autre : l'acquisition des droits d'auteur par contrat n'autorise pas une exploitation au titre de la

propriété industrielle, et l'obtention d'un titre de propriété industrielle peut facilement être remise en cause si le déposant n'est pas le titulaire des droits de propriété littéraire et artistique sur les créations déposées.

Le commanditaire public qui aurait acquis initialement les droits de propriété littéraire et artistique sur une création, mais négligé de déposer cette création, dispose en théorie d'un recours imparable contre un tiers (éventuellement le prestataire à l'origine de la création) qui chercherait abusivement à bénéficier de droits au titre de la protection des marques ou des dessins et modèles déposés : il pourra, sur la base de sa titularité documentée des "droits d'auteur" attaquer en contrefaçon le déposant et par ce biais faire annuler par la justice le titre de propriété industrielle litigieux. Mais cette voie de l'action en contrefaçon est toujours lourde et longue : rien ne remplace la sécurité juridique obtenue grâce à la prise en compte simultanée par le commanditaire public des deux plans : celui de la propriété littéraire et artistique et celui de la propriété industrielle.

6.4 - Repères sur quelques types d'œuvres protégées

L'écrit :

- Les écrits de littérature, de presse à but d'information (articles, critiques, photographies, maquette,...), de brochure et autres, les lettres missives, les paroles reprises par écrit, les discours, les cours, les plaidoiries, traductions instantanées, ...
L'auteur des écrits est le titulaire initial des droits sur son œuvre.
- L'anthologie, et tout autre recueil en général
L'auteur du recueil, dans la mesure où il ne constitue pas une base de données, est le titulaire des droits sur le recueil mais les auteurs des œuvres réunies ne perdent pas leurs droits.
- Les écrits journalistiques
Le journaliste est le titulaire des droits sur ses écrits. Cependant, pour la première publication dans un périodique (et seulement pour celui-ci), la rémunération emporte la cession des droits de l'auteur.
- Les entretiens et interviews
L'intervieweur et l'interviewé sont en règle générale tous deux co-auteurs de l'œuvre.

Les œuvres dramatiques :

Le titulaire des droits est l'auteur de l'œuvre. Le metteur en scène d'une œuvre dramatique n'est considéré, dans sa fonction de chef d'orchestre, que comme un interprète de l'œuvre et ne bénéficiera pas d'un droit particulier. Cette solution est cependant à nuancer au regard des hésitations de la jurisprudence qui reconnaît parfois la qualité d'auteur au metteur en scène.

Les autres intervenants qui exécutent les instructions du metteur en scène se voient régulièrement refuser la qualité d'auteur par les juges. Là encore, les solutions peuvent varier en raison des circonstances de fait.

Les œuvres musicales

L'auteur de la musique est le titulaire des droits sur l'œuvre. Comme l'auteur des paroles s'il en existe.

L'artiste interprète des musiques et le producteur des phonogrammes bénéficient d'un droit voisin au droit d'auteur.

Les œuvres audiovisuelles

La qualité d'auteur est reconnue à la ou aux personnes qui réalisent la création intellectuelle. Les auteurs sont donc très variés : le réalisateur, le compositeur de la musique, le directeur de la photographie, le scénariste...

Certaines personnes concourant à la création bénéficient de plus d'une présomption, sauf preuve contraire, de leur qualité d'auteur. Il s'agit de l'auteur du scénario, du réalisateur, de l'auteur du texte parlé, de l'auteur des compositions musicales et de l'auteur de l'adaptation, et de l'auteur de l'œuvre originale si l'œuvre audiovisuelle en est une adaptation (article L. 113-7 du CPI).

Mais les droits de ces auteurs des œuvres audiovisuelles sont **cédés de plein droit** au producteur (personne qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre).

Les logiciels

Le logiciel bénéficie d'un régime dérogatoire : le titulaire des droits est, sauf preuve contraire, l'employeur des informaticiens. Le droit est directement dévolu sur la personne de l'employeur : il ne s'agit pas d'une cession automatique ou présumée.

De plus la cession des droits sur les logiciels est rémunérée de façon forfaitaire contrairement au droit commun. Seule la précision pour lésion du cédant (plus des 7/12^{ème} de la valeur n'a pas été rémunérée) reste envisageable.

Les œuvres publicitaires

Le ou les créateurs, personnes physiques, sont les auteurs de l'œuvre publicitaire (l'œuvre sera qualifiée de collaboration ou collective en fonction de l'examen de chaque situation particulière).

Les droits sont cependant automatiquement cédés au producteur de l'œuvre (c'est-à-dire à l'agence) si le contrat de commande remplit certaines conditions relatives à la rémunération des auteurs (article L. 132-31 du CPI).

Un accord entre les organisations professionnelles fixe les conditions de rémunération pour que le contrat de commande puisse opérer automatiquement la cession des droits.

En l'absence de stipulation contractuelle particulière, l'annonceur n'est pas titulaire de droit du fait de sa commande d'une œuvre publicitaire.

Les bases de données

Quand la base de données est une œuvre éligible au droit d'auteur, les règles traditionnelles du droit d'auteur s'appliquent.

Le droit du producteur est attribué au producteur de la base.

Les œuvres multimédias

En l'absence d'un régime spécifique, les diverses composantes du multimédia sont soumises à leur régime propre (logiciel, audiovisuel....)

Les titres de propriété industrielle

En droit de propriété industrielle (que ce soit pour un brevet, une marque ou un logo, un dessin ou un modèle déposé) le titulaire est toujours le déposant qui s'est vu reconnaître par l'organisme compétent son titre de propriété industrielle....

6.5 - Continuité et cohérence dans la chaîne des droits

La sécurité ne peut résulter que d'une parfaite continuité et cohérence dans la chaîne des droits.

La continuité s'entend de l'absence de rupture dans l'identification de la chaîne des titulaires de droits.

Mais sans cohérence dans les droits successivement transmis pour aboutir au résultat final du marché, la continuité n'est rien. L'un des maillons de cette chaîne ne peut par exemple céder des droits qu'il n'a pas obtenus en amont ou dont il n'est pas lui-même titulaire en raison de sa propre création ou de son investissement intellectuel ou financier, selon le type de droits.

► *Les droits cédés par le contrat de commande publique ne pourront ainsi jamais être plus extensifs que les droits qui ont été cédés par les titulaires originaux, en amont, dans la chaîne des droits.*

Cette chaîne est longue et complexe, ce qui rend la tâche de vérification certes délicate mais d'autant plus indispensable encore.

7 - Définir les droits à obtenir

Une définition à la fois précise et anticipatrice des droits à obtenir par la personne publique est indispensable.

La précision est exigée pour la validité du transfert. L'anticipation est indispensable pour donner à l'autorité administrative les moyens de son action, en raison du principe d'interprétation restrictive des transferts de droits de propriété intellectuelle (tout droit qui n'est pas explicitement cédé ou transféré ne peut-être exploité).

Le transfert des droits peut être global ou partiel. Dans le premier cas, l'administration jouira de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, ce qui n'implique pas pour autant une exclusivité. Le transfert est partiel lorsqu'une partie seulement des droits se trouve transmise, par exemple certains modes d'exploitation et non tous.

Dans les deux cas, l'énoncé détaillé des droits à transférer est impératif. Il convient d'indiquer la catégorie du ou des droits mais aussi le mode d'exploitation; c'est ce dernier qui détermine l'étendue effective de la mise en œuvre du droit, donc l'étendue de l'autorisation consentie par le titulaire du droit de propriété intellectuelle.

Les droits de propriété intellectuelle sont en effet de plusieurs types et chaque type de droit pourra éventuellement se décliner par support (papier, électronique, etc.), par zone géographique (droits cédés pour un territoire donné), éventuellement par langue (droit d'exploitation d'une version française, mais pas de sa traduction en anglais) ou par finalité (droits cédés pour un usage privé et non pour une exploitation publique).

► La commande publique est soumise au respect de l'article L.131-3 du CPI qui dispose que « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés face l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit limité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ».

7.1 - Les droits patrimoniaux

On a déjà relevé au chapitre 3 que le droit de la propriété intellectuelle (dans ses deux branches : propriété littéraire et artistique, propriété industrielle) opère en effet une distinction fondamentale entre:

- le "**droit moral**", droit inaliénable du créateur et de ses héritiers éventuels qui ne peut en aucun cas être cédé par contrat (quand bien même le contrat dirait le contraire...) et qui se décline en plusieurs facettes (cf. ci dessous point 7.2) ;
- les "**droits patrimoniaux**" qui eux peuvent faire l'objet d'une cession totale ou partielle au bénéfice du commanditaire dans le contrat formalisant la commande (ici publique). Ceux-ci sont au cœur des problématiques d'exploitation et ce sont eux que le contrat encadrant la commande publique s'attache à définir.

Les principales catégories légales de droits patrimoniaux (mais aussi moraux) n'ont cessé de se multiplier. La pratique a elle même développé des sous-catégories en grand nombre afin de développer une économie de la gestion des droits fondée sur la segmentation des utilisations.

Ainsi aux grandes catégories légales se sont ajoutées de multiples types «d'autorisation» correspondant à des types d'usage effectif – dont l'exemple de la «licence» de logiciel monoposte ou multipostes est bien connu.

7.1.1. - Les catégories légales

Elles correspondent aux deux principaux droits d'exploitation traditionnellement reconnus : le **droit de reproduction** et le **droit de représentation**. Ces deux droits couvrent l'ensemble du droit d'exploitation de la création. *La cession de l'un n'emporte pas cession de l'autre*. Sous l'influence anglo-saxonne, ces droits ont été démultipliés en diverses sous catégories.

7.1.1.1 - Le droit de reproduction

La notion de reproduction :

Dans le langage courant, reproduire correspond à la fabrication à l'identique du support matériel de la création.

En matière de propriété intellectuelle, la définition de la création est beaucoup plus large. Il y a reproduction quand une œuvre est matériellement fixée, par tous procédés, qui permet sa communication au public.

Il y a reproduction même en cas de fixation des traits caractéristiques de l'œuvre sur un support nécessitant la mise en œuvre de procédés techniques particuliers (par exemple tous les supports numériques codés ou non codés).

De même, il y a reproduction en cas de fixation provisoire, mais non éphémère (article 2 de la directive du Parlement et du Conseil n°2001/29 du 22 mai 2001).

Les modes de reproduction classiques :

La cession par le contrat de commande doit prévoir tous les modes de reproduction que la personne publique entend utiliser ; à défaut, les reproductions qu'elle effectuera selon des modalités non prévues par le contrat seront illicites.

Le Code de la propriété intellectuelle (article L.122-3) donne une liste non limitative des principaux moyens de reproduction qui devront être mentionnés dans la clause de cession si la personne publique souhaite en disposer : « *imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage, et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécaniques, cinématographiques ou magnétiques* ».

Des textes particuliers et la jurisprudence ont enrichi cette liste, avec la pratique et l'évolution des techniques, par exemple : l'utilisation d'un dessin pour la fabrication d'un puzzle, la transformation d'un objet à deux dimensions en trois dimensions, la reprographie ...

Les nouveaux modes de reproduction :

Pour l'essentiel, ils sont fondés sur la technique numérique et électromagnétique. Il convient d'y ajouter de nouvelles techniques émergentes : bionique et photonique.

Compte tenu de l'évolutivité des connaissances techniques, et donc des moyens d'accomplissement des missions du service public, il est raisonnable d'insérer ces divers nouveaux modes de reproduction dans les clauses de cession et d'anticiper les usages techniques (*les gestionnaires d'actifs immatériels qui se sont souciés très tôt des nouveaux modes de communication et de reproduction ont bénéficié d'un avantage stratégique et économique indéniable surtout avec les bouleversements de l'informatique et des réseaux qui ont engendré des renégociations générales de certains droits*).

Dans l'hypothèse d'une utilisation externe (communication ou diffusion à un public extérieur au service), qu'elle soit à titre gratuit ou à titre onéreux, il est utile de prévoir des clauses de cession étendue du droit de reproduction.

La jurisprudence a facilité l'anticipation des évolutions au regard de l'obligation d'énoncer les modes d'exploitation. Elle admet, sous certaines réserves, la validité des clauses qui prévoient la cession du droit de reproduction par des procédés et moyens inconnus à ce jour.

➤ Dans la pratique le commanditaire public a toujours intérêt à revendiquer, lorsqu'il est commanditaire d'une création originale le droit de reproduction le plus large possible en revendiquant un droit de reproduction *par tout procédé des arts graphiques et plastiques, d'enregistrement mécanique, photographique ou cinématographique, magnétique ou numérique, ainsi que par tout procédé connu ou inconnu à la date de signature du contrat*".

➤ Attention, le droit de reproduction est uniquement attaché au fait "mécanique" de reproduire une création, indépendamment de l'usage qui sera fait ou non de la création reproduite. Ainsi la photocopie d'un texte protégé (en dehors du cas particulier de la copie privée) ouvre droit à la perception d'un droit de copie, que le texte soit effectivement lu par le destinataire ou qu'il lui ait servi à caler une chaise bancal... De même le téléchargement passif (mode "push") d'un écrit protégé numérisé en direction de l'utilisateur d'un réseau relève de la notion de "copie numérique" que l'utilisateur ait fait ou non usage ou pris connaissance de cet écrit.

Reproduction totale, servile ou partielle

Les reproductions partielles nécessitent les mêmes autorisations que les reproductions serviles (à l'identique) ou intégrales, dès lors que les éléments originaux de la création sont reproduits, que les « *les traits caractéristiques de l'œuvre* » sont fixés sur un autre support.

Les reproductions ne nécessitant pas d'autorisation

L'œuvre n'est pas le sujet principal de la reproduction :

C'est l'hypothèse de la photographie d'une place sur laquelle trône une statue protégée par le droit d'auteur. Si la sculpture n'est pas le sujet central de la photographie, l'œuvre n'est alors qu'accessoire, aucune autorisation n'est nécessaire.

Les exceptions légales

Le Code de la Propriété Intellectuelle permet la reproduction partielle d'œuvres sous certaines conditions (article L.122-5). Ces exceptions relèvent :

- du droit de citation,
- de la parodie, du pastiche, de la caricature,
- des analyses et courtes citations,
- des revues de presse (impliquant une analyse ou un résumé original des articles cités ; l'exception ne concerne pas les panoramas de presse, reproduction à l'identique d'articles originaux),
- des actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue au contrat,
- de la copie ou reproduction privée.

S'agissant d'exceptions à un droit, la propriété intellectuelle, la faculté d'en bénéficier s'analyse strictement. En tout état de cause, l'utilisation ne doit pas porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre.

La même logique d'exceptions s'applique aux droits voisins (droit des artistes-interprètes, droit des producteurs de phonogrammes).

Ces exceptions sont mentionnées ici pour mémoire : elles sont en général peu soulevées dans le cadre de la commande publique, à l'exception de la distinction fondamentale entre revue de presse et panorama de presse, dont la réalisation est parfois confiée à un prestataire extérieur.

➤ L'exception de copie privée n'est pas susceptible d'être revendiquée dans le cadre de l'action d'une personne publique. Son bénéfice est subordonné au respect de conditions strictes qui ne peuvent pas être remplies. En effet, les reproductions doivent être « strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à un usage collectif ».

L'agent d'une personne publique effectuant une reproduction dans l'intérêt du service, par définition, cette reproduction n'est donc pas réservée à son strict usage privé, de plus, elle est destinée, par nature, à un usage collectif, le service. Ni l'une ni l'autre des deux conditions légales du bénéfice de l'exception dont le respect cumulatif est obligatoire n'est donc remplie.

Signalons enfin que la copie privée n'est pas autorisée pour les logiciels ; seule une copie de sauvegarde est licite. Pour les bases de données électroniques, la copie privée est également interdite mais un droit d'extraction est prévu, sous réserve que l'extraction remplisse certaines conditions.

7.1.1.2 - Le droit de représentation

Ce droit est devenu essentiel dans l'univers de la communication numérique et à distance.

La représentation est définie comme « *la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* » (article L. 122-2 du CPI). Elle recouvre donc tous les modes d'exploitation de diffusion et de consultation, sur place (représentation théâtrale ou cinématographique, exposition d'une œuvre d'art) ou à distance (communication d'une œuvre par affichage sur un écran, par transmission sur un réseau, etc).

Les modes de représentation

Comme pour le droit de reproduction, le droit de représentation s'exerce à travers une multitude de modes de communication que le titulaire des droits peut donc segmenter dans sa relation avec l'acquéreur de droits.

➤ Un droit de représentation qui n'est pas explicitement mentionné ne peut être exploité : le titulaire du droit de représentation lié pour une création multimédia publiée sur support CD-Rom n'est pas ipso facto titulaire des droits d'exploitation en ligne de la même création.

Les droits de représentation directe :

Les présentations publiques, telles que l'exposition, la récitation, la représentation théâtrale, lyrique, sont des modes classiques de représentation directe. L'exposé oral d'une note juridique, technique ou scientifique relève également du droit de représentation.

Les droits de représentation indirecte :

La projection :

L'œuvre est communiquée au public indirectement, par l'intermédiaire d'un dispositif technique qui la rend visible et audible : cinéma, écran d'ordinateur ou de télévision avec lecteur de cassettes, cédérom, DVD etc.

Les télédiffusions :

Il s'agit d'une « diffusion » mais à distance et ayant donc recours à un procédé de télécommunications, par exemple la radiodiffusion (radio, télévision), le télétexte, la mise en ligne quel que soit le procédé technique (norme minitel ou Internet, par exemple).

Le type de contenu est indifférent pour caractériser la notion de télédiffusion. : il peut s'agir de sons, de textes, d'images fixes ou animées, de documents ou de données et, précise la loi, de « messages de toute nature » (article L.122.2 du CPI).

► Dans la pratique, l'étendue de la cession de droits de télédiffusion sera déterminée par les vecteurs choisis : diffusion sur les réseaux de télécommunication, de radio ou de télédiffusion etc. Cependant, avec le développement de la convergence, un même vecteur pouvant se décliner en modes de diffusions physiquement distincts, l'étendue du droit consenti sera définie par l'énoncé des modes de diffusion spécifiques, correspondant à différentes valeurs d'usage, dont on veut acquérir les droits d'utilisation. Il en est ainsi des droits télévisuels dont on distingue la diffusion par voie hertzienne, au sol ou spatiale (satellite); par fil ou par câble, etc. De même l'exploitation par réseau de télécommunications pourra distinguer l'exploitation sur réseau téléphonique commuté ou sur réseau câblé ; sur réseau digital ou analogique ; au protocole Internet, télétype ou dans le cadre de l'exploitation d'un protocole propriétaire ; sur réseau fixe ou de service aux mobiles, en mode crypté ou non⁸.

L'accès à un nouveau public

Comme en matière de reproduction, le changement de mode de représentation nécessite une nouvelle autorisation *dès lors qu'un nouveau public ou qu'un nouveau comportement de consommation est possible grâce à ce nouveau mode de communication de l'œuvre* (cas de la télédiffusion cryptée par rapport à la télédiffusion en clair par exemple). Le commanditaire public visant ces nouveaux usages au travers de ces nouvelles modalités techniques de "représentation" doit donc s'assurer qu'elle dispose du droit pour ce nouveau couple vecteur/usage.

Les représentations ne nécessitant pas d'autorisation

Une seule catégorie de représentation est exonérée de l'autorisation normalement requise : la représentation privée et gratuite effectuée exclusivement dans le cercle de famille.

⁸ La multiplicité et l'évolution des modes d'exploitation par procédé de télécommunications ont rendu nécessaire d'envisager la possibilité d'un droit global et donc d'une cession globale.

Celle-ci est admise et facilitée par la reconnaissance par la directive européenne du 22 mai 2001 d'un droit général exclusif de communication à distance, par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition du public de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (accès à la demande, consultation en ligne...). Ce droit exclusif recouvre la plupart des modes d'exploitation par un procédé de télécommunications. Cette directive européenne est aujourd'hui partiellement transposée en droit français.

➤ Les clauses contractuelles de cession de droits ne peuvent se limiter à énoncer le principe général du transfert du droit de représentation : il devra énumérer le plus précisément et exhaustivement possible les modes de représentation sur lesquels porte la cession, et ce, même si cette énumération exhaustive des facettes du droit de représentation peut sembler s'apparenter à un inventaire à la Prévert...

Si le commanditaire public entend se ménager la possibilité d'une diffusion multiforme, une clause-type relative au transfert intégral du droit de représentation pourra ainsi être rédigée : *"Le commanditaire public se voit reconnaître par le prestataire tous droits de représentation directe ou indirecte, et ce par tout procédé existant ou encore inconnu de radiodiffusion et télédiffusion (par voie hertzienne, au sol ou spatiale via satellite, par fil ou par câble), ou par tout procédé existant ou encore inconnu faisant usage d'un réseau de télécommunication (communication via un réseau téléphonique commuté ou via un réseau câblé, sur réseau digital ou analogique, au protocole Internet (TCP/IP et ses évolutions à venir), télétype ou dans le cadre de l'exploitation de tout protocole propriétaire ; sur réseau fixe ou de service aux mobiles, en mode crypté ou non)".*

Cette énumération exhaustive des différents types de "représentation" envisagés et objet d'une cession de droits devra bien sûr être "calibrée" de façon réaliste en fonction des objectifs et des modalités de "communication" du produit de l'objet de la commande publique. Pour anticiper des évolutions futures non prévisibles à la date de la commande, les clauses de transfert des droits de représentation doivent cependant être "taillées large", au-delà des modes de diffusion qui sont impliqués par l'usage premier du produit de la commande. Les prestataires concernés sont en général familiers de ces clauses à la fois génériques et déclinant tous les cas de représentation imaginables.

7.1.1.3 - Les autres droits éventuellement nécessaires à la satisfaction des besoins de la personne publique

Les droits d'adaptation et de traduction

Les droits d'adaptation sont très variés, en fonction de la destination (cinéma, jeux, conférence, publication) mais aussi des procédés technologiques mis en œuvre pour un même vecteur : GSM/WAP/UMTS/ Internet/Minitel...). Chacun d'eux doit faire l'objet d'une mention particulière, à titre indicatif, dans le cadre d'une mention globale de revendication du droit d'adaptation.

Les droits de traduction seront peut-être utiles pour certaines personnes publiques. Nombre de sites Internet publics font par exemple l'objet d'une déclinaison multilingue. Dès lors que les résultats d'une prestation intellectuelle sont susceptibles d'être traduits, la personne publique doit s'assurer détenir l'autorisation de l'auteur de traduire ses écrits. Il convient de rappeler que le traducteur est un auteur ; il est donc nécessaire de vérifier qu'une clause du contrat de traduction prévoit le transfert du droit d'utilisation et d'exploitation de sa traduction, sans quoi celle-ci serait illicite.

Le droit de distribution

Reconnu récemment par les textes communautaires (directive Conseil 91/250), il s'applique notamment aux logiciels et aux bases de données.

Ainsi, l'auteur d'un logiciel ou d'une base de donnée peut autoriser ou interdire la mise sur le marché à titre onéreux ou à titre gratuit, y compris la location, d'exemplaires originaux ou de copies du logiciel ou de la base de données.

Si la personne publique envisage de distribuer les résultats du marché, sous sa forme initiale ou dérivée, le droit de distribution doit donc être nécessairement mentionné dans le marché,

Cependant ce droit est limité : dès que l'auteur a autorisé cette distribution dans un Etat Membre de l'Union Européenne, il ne peut interdire cette distribution par d'autres personnes dans d'autres Etats de cette même Union (ce droit « s'épuise »). Par contre, pour les pays non soumis au droit communautaire, le droit de diffusion ne s'épuise pas et peut être accordé sur la base d'une exclusivité territoriale.

Les droits de prêt et de location

De même, le titulaire du droit de propriété intellectuelle est libre d'autoriser le prêt et la location, c'est-à-dire la mise à disposition matérielle de la chose qui constitue le support de la création.

Si la personne publique entend louer ou prêter les créations objets de la commande (bibliothèques, médiathèques, prêt individuel à une autre personne privée ou publique), elle doit s'assurer de la cession de ce droit dans l'acte contractuel.

7.1.2 - Les catégories de la pratique

Dans le cadre des catégories légales, la pratique a développé une approche de l'usage effectif des créations protégées par l'utilisateur.

Il s'agit de préciser les utilisations afin de mieux valoriser les droits. En délimitant plus précisément les utilisations autorisées, la rémunération peut être ajustée au mieux à l'importance de l'usage.

C'est ainsi que sont apparues les distinctions entre usage interne et externe, notamment pour les bases de données.

Les modes d'exploitation

Dans la pratique, la catégorie essentielle en terme de revendication de droits est celle de mode d'exploitation. On l'a vu dans tout ce qui précède : **le champ des actes d'utilisation autorisés sera déterminé par la combinaison de deux éléments ; la catégorie de droits transférés (reproduction / représentation) et les modes d'exploitation visés.**

Lorsqu'une cession porte sur la totalité du droit de reproduction ou de représentation, la portée de la cession est limitée aux modes d'exploitation prévus (article L.122.7 du CPI).

Même en dehors de ces cas, lorsque le transfert de droits est partiel, **chacun des droits cédés doit non seulement faire l'objet d'une mention distincte mais le domaine d'exploitation doit en être délimité dans son étendue et sa destination (L.131-3) et, dans certains cas, faire l'objet d'une rémunération distincte.**

Compte tenu de l'évolution des techniques et de leurs usages, cette règle entraîne une certaine rigidité. Mais comme on l'a déjà souligné, il a cependant été jugé licite de viser globalement les modes d'exploitation futurs et donc inconnus au jour de la passation du marché.

Cependant la notion juridique de modes / domaines d'exploitation est incertaine. Il n'est en effet pas toujours aisé de déterminer si le changement de support ou de vecteur, par exemple, s'analyse juridiquement en un changement de mode d'exploitation.

Il en est ainsi, par exemple, du passage du support analogique au numérique, du papier à la microfiche puis au cédérom, de l'affichage sur écran d'ordinateur à l'affichage sur un mur-écrans, de la diffusion par télévision au câble ou satellite, du papier à la télématique puis à Internet et l'UMTS – ce que le récent litige entre les journalistes et les entreprises de presse a illustré ou encore entre certains créateurs prestataires de revues éditées par l'administration qui avait transposé la revue papier sur internet, etc.

➤ Il est cependant admis que le mode d'exploitation se définit par la combinaison d'un support technique utilisé et de la finalité recherchée en terme d'usage. Dès lors que la finalité ne change pas, le procédé technique peut être regardé comme neutre.

On considère que la finalité (et donc le mode d'exploitation) change si le procédé technique provoque une modification sensible des conditions d'usage en termes de facilité, de nouveaux modes d'accès, de nouveaux utilisateurs ou publics, ou encore en termes économiques : le droit de photocopier n'est pas identique à celui de faire une copie manuscrite ; de même la reprographie ne peut-être assimilée au droit de fixer en mémoire d'ordinateur ou sur support électronique extractible, ne serait ce que parce que la reprographie ne permet pas la réutilisation du texte photocopié dans un autre document par simple "copier-coller".

C'est donc une démarche très pragmatique qui conduit à opérer ces distinctions, en équité, au fur et à mesure des évolutions techniques et des usages.

Du point de vue de l'acquéreur de droits, la démarche visera à anticiper ces évolutions et à éviter, si possible, de se retrouver à devoir renégocier ses droits à chaque changement de mode d'exploitation – en raison des aléas et des coûts de ce genre d'exercice, surtout lorsque la personne détient de nombreux biens soumis à la propriété intellectuelle.

➤ La méthode, sans constituer une solution générale et absolue, repose sur un double traitement préventif. En premier lieu, elle consiste à insérer dans le marché des clauses d'évolutivité des modes d'exploitation. En second lieu, la définition des droits doit être faite le plus possible en termes de finalité d'usage et non de techniques. Ceci permet un juste équilibre entre les intérêts légitimes des titulaires de droits de propriété intellectuelle et les besoins d'évolution dans un cadre sécurisé.

7.1.3 - La notion d'exclusivité des droits

Quels qu'ils soient, les droits acquis par le contrat de commande publique peuvent être transférés en exclusivité ou non. Le commanditaire public devra toujours s'interroger sur la nécessité d'une clause d'exclusivité : elle coûte nécessairement cher puisqu'elle interdit au titulaire du marché de pouvoir amortir ses investissements avec d'autres clients, publics ou privés. Elle est toutefois justifiée théoriquement quand la rémunération de la commande a permis au prestataire de couvrir l'ensemble de ses investissements pour une réalisation donnée.

La délimitation du périmètre de l'exclusivité doit retenir toute l'attention car elle est source de nombreuses difficultés dans la pratique.

L'exclusivité peut se moduler autour de plusieurs paramètres : catégorie de droits, mode d'exploitation, secteur d'activité, territoire ou durée. Sa limitation dans le temps, donc pour une durée déterminée correspondant au strict besoin pour laquelle elle s'impose, est une formule équilibrée.

On se reportera au tableau de la double page suivante pour orienter la formulation des droits objets des clauses de cession dans le cadre du contrat de commande publique.

7.2 - Les droits moraux

On range parmi les droits moraux :

Le droit de divulgation : seul le créateur est autorisé in fine à approuver la "publication" (la mise au contact d'un public) de son œuvre. Dans la pratique, un créateur plastique a ainsi le droit d'exiger qu'une œuvre commanditée par une entité publique ne soit pas exposée même si c'était là la finalité explicite de la commande ; l'auteur des photographies d'illustration d'une brochure, insatisfait de la mise en page de ses images, peut s'opposer à la divulgation de cette brochure, etc.

Le droit de divulgation dont le créateur dispose sans partage peut donc en théorie clairement entrer en contradiction avec les obligations définies dans le contrat de commande publique.

Ce "dernier mot" accordé au créateur s'agissant du droit de divulguer sa création propre au créateur n'est pas limité dans la durée, et suppose en théorie, pour que le commanditaire puisse divulguer le produit de la commande publique, l'octroi d'une autorisation distincte ("bon à tirer", "bon à exposer", "bon à reproduire", etc.) de celle, générique et de principe, définie dans un contrat de commande précédant la réalisation effective de l'œuvre.

Dans la pratique les conflits autour du droit de divulgation "pur" sont rares et la jurisprudence encadre bien la contradiction latente entre droit moral de divulgation et obligations contractuelles résultant du contrat de commande. Les conflits naissent le plus souvent d'un différent portant sur les modes de divulgation adoptés. L'article L. 121.2 du Code de la propriété intellectuelle stipule en effet que le créateur "*détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celles-ci*". Les termes du contrat de commande définissent donc par défaut et a minima les procédés et conditions de divulgation de l'œuvre objet du contrat.

En d'autres termes, même si le créateur a cédé ses droits patrimoniaux, il pourra arguer de son droit moral pour s'opposer à toute forme de divulgation autres que celles qui sont expressément autorisées par le contrat de commande. Ainsi la divulgation d'une étude dans le cercle restreint de l'entité publique l'ayant commandée n'implique pas ipso facto que le commanditaire dispose d'un droit de divulgation plus large (par exemple dans le cadre d'une opération de communication).

➤ *Dans la pratique, l'entité à l'origine de la commande publique aura intérêt à définir de façon explicite et exhaustive, dans le contrat passé avec son fournisseur, les conditions de divulgation envisagées ou envisageables pour le produit de la commande.*

Ces conditions comprendront :

1) les supports de divulgation (une diffusion sur support papier ou analogique n'est pas une diffusion numérique),

2) *les zones géographiques de divulgation (une autorisation de divulgation en France ne couvrira pas les pays francophones),*

3) *la langue de divulgation si le produit incorpore des textes écrits ou parlés,*

4) *les périmètres et les publics concernés par la divulgation (divulgation limitée à l'usage interne de l'entité commanditaire, divulgation externe en direction de publics ciblés précisément définis, diffusion en direction du plus large public),*

5) *les modalités de la diffusion (gratuite ou payante).*

Les contrats de commande publique ne déclineront pas forcément toutes les facettes de cette casuistique du droit de divulgation, sauf à inclure des clauses trop génériques dont l'extensivité même affaiblirait la portée.

Le commanditaire devra évoquer par contrat les différentes facettes des "procédés et des conditions" de divulgation dans une optique prospective, c'est-à-dire en mentionnant les modes de divulgation non prévus à court terme, mais qui peuvent se présenter logiquement dans une perspective à plus long terme, sans alourdir le contrat de conditions superfétatoires.

8 - Les besoins

L'étendue des droits cédés influera sur le prix de la cession des droits, et donc du marché public. La pratique enseigne qu'un marché à l'origine d'un faible montant en raison d'une faible étendue des droits peut se révéler très coûteux en indemnités si tous les droits permettant l'utilisation des résultats de la prestation n'ont pas été acquis dès la passation du marché par la personne publique.

La personne publique doit ainsi concilier d'une part, un coût réduit du marché public et, d'autre part, une sécurité juridique raisonnable résultant d'une cession étendue des droits d'utilisation et d'exploitation des droits dans la perspective de l'évolution des besoins, des modalités d'accomplissement de ces missions.

La personne publique doit donc procéder à une évaluation de ses besoins afin de cerner le plus précisément possible les droits nécessaires à l'utilisation des résultats qu'elle compte effectuer.

Si la personne publique ne détient pas les autorisations nécessaires pour utiliser cette création pour les modes d'exploitation appropriés, d'une part, la mission d'intérêt public poursuivie ne sera pas pleinement satisfaite et, d'autre part, lorsque la personne publique souhaitera diversifier son utilisation, elle devra acquérir des droits spécifiques qui seront alors fortement valorisés.

Si les besoins d'utilisation des résultats de la prestation sont flous ou s'ils peuvent évoluer, la personne publique doit anticiper ses futurs besoins en insérant dans l'acte contractuel du marché des clauses de cession appropriées.

Les besoins de la personne publique vont varier en fonction d'une part de l'usage interne ou externe qu'elle compte faire des résultats des prestations et d'autre part, en fonction de la nature des résultats-crédation, objet du marché.

8.1 - Identification des besoins en fonction des résultats-crédations

Jusqu'à l'avènement de la société de l'information, il était possible d'identifier pour chaque catégorie de création (logiciel, écrit, œuvre publicitaire, œuvre audiovisuelle, ...) une liste des droits nécessaires à un usage interne ou externe des résultats des prestations.

La convergence des médias a conduit à une convergence des moyens d'utilisation et d'exploitation des résultats. La détermination des besoins en fonction du type d'œuvre n'est plus pertinente.

La personne publique ne peut faire aujourd'hui l'économie d'identifier avec précision ses besoins afin de cerner le périmètre d'utilisation et d'exploitation des résultats de la prestation.

Elle devra donc examiner chaque mode d'utilisation ou d'exploitation en fonction de la création commandée et de ses besoins et décider si les droits correspondants devront être obtenus.

8.2 - La notion des « besoins propres au service »

Le CCAG-PI permet de limiter la cession des droits aux utilisations correspondantes aux besoins propres du service (options B et C).

Cette notion de besoins propres du service comprend des utilisations très diversifiées, évoluant en fonction des missions légales de la personne publique, elles-mêmes souvent évolutives.

Elle apparaît donc raisonnable et rassurante. Mais il n'en est rien car elle souffre d'une « intrinsèque imprécision⁹ » préjudiciable à la sécurité de l'action de la personne publique.

En cas de litige, et pour autant que le juge accepte de considérer cette mention imprécise comme légale – ce qui est loin d'être assuré – la délimitation du périmètre «des besoins propres au service » appartiendra au juge. Cette imprévisibilité juridique, doit être évitée, et peut l'être par une plus grande précision apportée à la définition des besoins propres dans l'acte contractuel, ou comme déjà souligné, par une redéfinition plus précise de chaque droit nécessaire à l'accomplissement par la personne publique de ces missions légalement dévolues.

Pour un usage interne :

Les divers droits de reproductions matérielles ou numériques seront nécessaires, les droits d'adaptations (notamment en ce qui concerne la traduction), certains droits de représentation (mise en disposition sur serveur Intranet), le droit de prêt (voire de location) peuvent être nécessaires.

Pour un usage externe :

Les droits de représentation et les droits de reproduction doivent être cédés de manière étendue. Les droits de prêt et location peuvent être utiles à l'accomplissement de ses missions par la personne publique de même que les droit d'adaptation et de traduction.

8.3 - La durée de la cession

Toute clause de cession de droits doit être limitée dans sa durée. En l'absence d'une définition précise des besoins, la personne publique devra se faire céder l'utilisation et l'exploitation des résultats pour une durée égale à la durée légale des droits d'auteur et des droits voisins, s'il y a lieu, y compris ses prorogations éventuelles – donc sans référence à un chiffre.

8.4 - L'étendue géographique de la cession

La personne publique, si l'exclusivité n'est pas recherchée, fera l'acquisition des droits, pour un usage interne pour une étendue correspondant à ses missions (Ville, Département, Région, Etat, voire selon les missions des différents services, Union Européenne, monde,...). D'autres sphères d'espace peuvent être envisagées à moyen ou long terme ; elles correspondant aux possibilités qui seront offertes par les évolutions techniques en cours.

⁹ P. Subra de Bieusses : « le choix des trois options A, B, C », Les marchés publics de prestations intellectuelles, Travaux de l'ADPE, Colloque de Paris X Nanterre, oct. 1981, Ed. du Moniteur, 1982, p.113.

9 - Rémunération des droits et prix du marché

Alors que le marché public repose sur le principe de la fixité du prix, la propriété intellectuelle impose la proportionnalité de la rémunération des droits. Cet antagonisme trouve cependant sa solution, ce d'autant que le principe de fixité bénéficie de modalités de mesure en œuvre offrant de la flexibilité et que le principe de proportionnalité recouvre des réalités diverses. De plus, il subit des exceptions significatives. La conciliation entre ces deux exigences et possibilités doit cependant être soigneusement conduite et sa traduction dans le marché minutieusement évaluée et rédigée.

9.1 - Le principe d'une rémunération proportionnelle

Ce principe est posé par le code de la propriété intellectuelle : « la cession par l'auteur de ses droits doit comporter la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation (article L.131.4 du CPI).

9.1.1 - Proportionnalité et usage interne

L'économie de la propriété intellectuelle repose sur le principe général de consommation même si cette consommation n'est pas destructrice du bien en lui-même, elle en diminue la valeur. Toute utilisation doit donc donner lieu à rémunération pour compenser cette baisse de valeur. En d'autres termes, c'est la valeur d'usage qui détermine l'importance de la rémunération. Cette proportionnalité s'organise en fonction de la nature, de l'importance de l'usage qui est fait des droits.

L'exemple dorénavant classique est celui du logiciel ou des bases de données dont la rémunération est fonction de l'utilisation faite. Cette utilisation peut se mesurer en nombre de postes terminaux utilisateurs ou points d'accès, en volume temps-quantité de consultation ou télé-déchargé, etc. Tout comme le prix d'une photo n'est pas le même pour la page de couverture ou une page intérieure d'un grand hebdomadaire, ou un journal télévisé, et selon l'audience ou le tirage. Ou encore le prix de diffusion d'un film selon la chaîne et le jour et l'heure.

La mesure de l'utilisation effective des droits est donc essentielle dans la détermination de la rémunération de la propriété intellectuelle. Elle doit normalement ressortir de la phase d'identification des besoins qui a précédé la détermination des droits à obtenir (cf. chapitre 8).

Dans le cadre d'un usage interne, le principe de proportionnalité de la propriété intellectuelle trouve aisément sa conciliation avec le principe de fixité du marché public. Le dispositif du marché à prix unitaire permet une adaptation non seulement à la « consommation » initiale fixée dans le marché mais, de plus, il offre l'évolutivité nécessaire à l'adaptation des besoins du service dans le temps. En effet, chaque utilisation supplémentaire fera l'objet d'une application du prix unitaire.

Toutefois, si la personne publique entend limiter l'utilisation des résultats de la prestation à un usage interne propre aux besoins du service, le choix d'une rémunération forfaitaire est possible.

En effet, cette exploitation ne dégage aucune recette au profit de la personne publique, l'auteur n'aura donc aucun droit à participation proportionnelle dans ce cas.

C'est d'ailleurs la position retenue par le Conseil d'État dans un arrêt de 1982, Conseil National de l'Ordre des Architectes.

9.1.2 - Proportionnalité et usage externe

La personne publique peut avoir besoin, ou envisager, de faire une utilisation externe des résultats du marché objet de propriété intellectuelle. Il s'agira par exemple d'une mise en réseau de bases de données, de l'édition d'un cédérom ou d'un ouvrage papier, à destination soit d'autres personnes publiques, voire du public ou de la catégorie de public concerné par les missions du service.

Dans le cas d'un usage externe, la commodité du langage conduira à préférer à l'expression « utilisation » celle d'« exploitation », pour bien marquer la différence avec l'usage interne.

Le principe de proportionnalité a toujours le même fondement économique, mais il se manifeste juridiquement avec une particulière vigueur. Sauf exception, la rémunération due à l'auteur doit être proportionnelle aux recettes.

Ce principe s'applique à la charge de la personne publique mais aussi à son avantage, lorsqu'elle détient des droits de propriété intellectuelle. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a validé la rémunération proportionnelle perçue par l'Insee dans le cadre de la redistribution de ses bases de données par des opérateurs privés.

L'assiette de la rémunération n'est pas toujours très visible. La recette d'exploitation des droits sera constituée par une contre-valeur, dans le cas, par exemple, d'un échange de base de données, de programmes informatiques ou de tous autres biens immatériels. Il en sera encore de même si la personne publique, dans le cadre de ses missions, met un bien immatériel gratuitement à disposition d'un autre service public. Ce dernier en tire un avantage qui a une valeur. Il peut parfois en tirer des recettes, à travers des droits de diffusion, la rémunération de conseils ou de prestations d'ingénierie, etc. Il y a dans ces cas une recette indirecte susceptible d'entrer dans l'assiette d'une rémunération due par la personne publique en amont.

Le régime de cette rémunération, lorsqu'elle est due, doit être soigneusement défini dans le marché : fait générateur, assiette, nature brute ou nette des recettes, ou de leur valeur équivalente composante de l'assiette, mode d'évaluation des valeurs équivalentes, quels abattements ou déductions, modalités de contrôle, dispositions relatives au paiement, etc.

Dans certains cas, le législateur a très précisément défini certaines des modalités du dispositif de rémunération proportionnelle : prix constitutif de l'assiette des recettes, déductions possibles. Il s'agit, par exemple, de l'édition de livres (L.132-5 du CPI), de la production audiovisuelle, sous certaines conditions (article L.132-25 du CPI).

Le respect de ces dispositions s'impose avec une particulière rigueur, car elles constituent des règles d'ordre public dont la sanction est la nullité. De plus, les juridictions les interprètent en faveur du titulaire de droits. Il en est ainsi notamment dans le secteur de l'édition et l'audiovisuel.

Le principe de fixité du prix du marché est respecté. Mais le principe de proportionnalité de la rémunération des droits de propriété intellectuelle impose la mise en place d'un dispositif de gestion des « recettes » et dépenses dont le fonctionnement, outre les règles de droit public, doit être très encadré par une négociation et une rédaction minutieuse des clauses du marché.

On ne peut méconnaître les risques et la lourdeur qui résultent de ce principe du droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, le principe subit quelques exceptions notoires, aussi utiles à connaître que délicates à manier.

9.2 - La possibilité du forfait

Le forfait est expressément prévu dans le code de la propriété intellectuelle, mais il constitue un mode de rémunération dérogatoire. Et comme toute dérogation, les cas d'application s'interpréteront de façon restrictive.

9.2.1 - Le forfait pour certaines catégories de création

De rares exceptions au principe de proportionnalité sont admises par le code de la propriété intellectuelle (article 132-6 du CPI).

Il s'agit :

- des logiciels (article L. 131-4 du CPI)
- pour la première édition de librairie :
 - des ouvrages scientifiques et techniques,
 - des éditions de luxe à tirage limité,
 - des illustrations d'un ouvrage,
 - des éditions populaires,
 - des anthologies et encyclopédies.
- les créations d'une personne établie à l'étranger
- les œuvres de salariés ou de prestataires publiées dans des journaux, périodiques de toute nature et dans les agences de presse.

9.2.2 - Le forfait en raison de circonstances pratiques

Pour des raisons d'ordre pratique, d'impossibilité matérielle ou économique, le législateur a admis des dérogations au principe de proportionnalité.

La rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

- la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;
- les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;
- les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre ;
- la nature et les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle soit que la rémunération de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;
- en cas de cession de droits portant sur un logiciel ;
- dans les autres cas prévus au présent code.

La conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuité forfaitaire pour des durées à déterminer entre les parties» est licite. (article L.131-2 du CPI).

9.2.3 - Les bases de données et des œuvres multimédias

Les auteurs des contenus pourront être rémunérés de manière forfaitaire si ces œuvres répondent à la qualification de l'œuvre collective ou du logiciel (notamment pour les créations multimédia où le logiciel d'exploitation constitue un élément important, mais une telle qualification fait l'objet d'incertitude).

Il en sera de même si les circonstances de fait qui justifient légalement une rémunération forfaitaire sont réunies dans les conditions qui viennent d'être présentées (article L.131-4 du CPI).

La personne publique devra donc procéder à un audit des conditions de la réalisation, des caractéristiques des résultats objet du marché ainsi que des conditions de leur exploitation pour déterminer si les conditions légales de la forfaitisation de la rémunération des auteurs sont remplies.

9.3 - Les modalités de définition des prix pour les marchés publics

Lorsque le code de la propriété intellectuelle ne permet pas le forfait, la personne publique doit instituer un mécanisme juridique permettant la rémunération proportionnelle et concilier ce dispositif avec les dispositions du code des marchés publics qui prévoit des prix de marchés forfaitaires et n'admet les prix non définitifs que dans certains cas particuliers.

Toutefois, dans les cas où une rémunération proportionnelle résulte d'une activité d'exploitation générant des recettes, la gestion du reversement à l'auteur d'une rémunération sur ces recettes apparaît relever d'un autre cadre juridique qu'il conviendra d'évoquer.

9.3.1 - Les divers dispositifs relatifs aux marchés publics

Les marchés à prix provisoires :

Son utilisation est limitée à des prestations et à des circonstances très particulières (marchés complexes, marchés comportant plusieurs tranches, marchés de série).

Marchés en dépenses contrôlées :

L'administration contrôle les dépenses du titulaire et y ajoute une marge bénéficiaire déterminée. La rémunération est proportionnelle aux dépenses, alors que la rémunération de l'auteur doit donc être proportionnelle aux recettes.

Le Marché public à prix unitaire :

Les marchés unitaires sont appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées.

Il peut s'agir de prix unitaire de licences d'exploitation. Le marché à prix unitaire est donc envisageable en cas d'acquisition de licence d'exploitation.

Ce marché est un bon outil juridique pour les usages internes de l'administration ou les usages externes ponctuels et facilement contrôlables.

Pour des exploitations de diffusion non contrôlée, la définition de l'« unité » risque de se heurter à la notion de « quantités livrées ou exécutées ».

Le Marché à prix mixte :

La combinaison des dispositifs de prix unitaires et de prix forfaitaires est possible.

Les marchés à prix mixtes seront préférés aux marchés à prix unitaire dans l'hypothèse d'un coût important des prestations et d'un fort aléa quant à l'utilisation des résultats de ces prestations.

L'usage interne ou l'usage externe facilement maîtrisable seront les domaines où le marché à prix mixte sera appliqué.

9.3.2 - Exécution du marché et comptabilisation des recettes d'exploitation

L'obligation de verser une rémunération proportionnelle à l'auteur a pour cause l'existence de recettes qui proviennent de l'exploitation des résultats du marché.

Bien qu'une telle obligation résulte d'un engagement du marché, il s'agit d'une charge grevant la gestion de ces recettes. Cette gestion doit donc s'opérer dans le cadre des règles de la comptabilité publique.

10 - Les garanties

Si les clauses du CCAG-PI ou des autres CCAG apparaissent suffisantes pour assurer un niveau de sécurité juridique minimum à la personne publique, dans les différents domaines d'application en général, tel n'est pas le cas lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en jeu.

Certaines garanties spécifiques au droit de la propriété intellectuelle doivent être introduites dans l'acte contractuel du marché public.

10.1 - Les garanties légales

Outre les principes généraux régissant la vente, applicables en matière de cession de droits (garantie de l'usage paisible du bien cédé), le code de la propriété intellectuelle contient quelques dispositions spécifiques à certains types de contrats, comme, par exemple, le contrat d'édition. Elles sont destinées à sécuriser les droits consentis.

L'une des garanties essentielles est celle de l'originalité de la création. En d'autres termes, la garantie apportée par l'auteur que sa création est bien originale.

Ici, elle vise à garantir non seulement la valeur du résultat du marché : la contrefaçon d'un résultat n'a pas la même valeur qu'un résultat original. Mais elle a également pour objet de protéger la personne publique des risques de contrefaçon ou de toute revendication de tiers.

Toutefois ce type de clause, s'il autorise un recours en garantie contre le titulaire du marché n'en empêche pas pour autant l'éventuelle saisie des résultats, et toutes suites dans lesquelles ils seraient incorporés, ainsi que l'interdiction de leur utilisation, avec toutes leurs conséquences préjudiciables. C'est pourquoi un renforcement du dispositif légal par un dispositif conventionnel est indispensable.

10.2 - Les garanties conventionnelles

Ainsi, il convient que l'auteur garantisse, dans le cadre d'une rédaction minutieuse, l'originalité des résultats de la prestation ainsi que l'entière disponibilité des droits qui sont transférés et, bien entendu, le fait qu'il certifie être le seul titulaire des droits en raison de la catégorie de création et du fait qu'il n'en a pas fait cession qui puisse altérer sa pleine titularité de droits.

Plus généralement, l'auteur doit s'engager à garantir la personne publique contre toute action d'un tiers qui se prévaudrait de droits contraires sur la création ainsi qu'à prendre en charge toute défense procédurale et toute condamnation qui en résulterait, de même pour les conséquences préjudiciables pour la personne publique.

La garantie devra s'étendre sur toute la durée de protection des droits cédés.

Enfin, il convient d'écarter le plafond de garantie prévu aux articles A-B-C-27 du CCAG-PI. En effet, ces articles prévoient une garantie limitée au montant H.T. du marché, sauf stipulation contraire.

Or, le préjudice causé par une utilisation ou une exploitation illicite des résultats des prestations est rapidement hors de proportion avec le coût du marché.

Comme cela a déjà été souligné, les garanties légales et conventionnelles ne sont qu'un palliatif.

La gestion sécurisée des droits de propriété intellectuelle implique une prévention au moment de la passation et de l'exécution du marché par un audit de la filiation des droits du titulaire du marché sur les résultats et des droits obtenus par lui en amont.

11 - FICHES PRATIQUES

11.1 - Fiche N° 1 : La commande d'une étude

1 - Les principales difficultés juridiques :

La commande d'une étude ne pose pas en théorie de problèmes juridiques ardues : œuvre de commande ne relevant pas de la création littéraire et artistique la propriété de l'intégralité des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés est en principe dévolue au commanditaire, de par l'acte même de commande et la rémunération attachée à la réalisation de l'étude.

Malgré cette apparente simplicité le contrat de commande pourra utilement rappeler que les droits de propriétés intellectuelles seront en contrepartie du prix payé pour la prestation d'étude, intégralement cédés au commanditaire. Cette clause intégrale de cession de droit devra bien préciser qu'elle vaut pour tout type de support de reproduction, tous publics et toute zone géographique de diffusion, qu'elle s'entend comme une cession exclusive qui interdit au prestataire de faire usage de tout ou partie de cette étude dans n'importe quel cas sans l'autorisation explicite du commanditaire public initial. Le commanditaire peut même exiger que son prestataire ne fasse pas état de cette commande dans son catalogue de références clients sans son autorisation explicite.

Deux premiers types de difficultés faciles à cerner sont cependant fréquentes dans le cadre d'une commande d'étude :

- celles liées au critère d'originalité du travail d'étude effectué au bénéfice du commanditaire public : dans certains cas d'études assez génériques, le commanditaire n'a pas toujours les moyens de vérifier que tout ou partie du travail qui lui est livré n'est pas une copie intégrale ou partielle, voire une traduction d'une autre étude réalisée (par le même prestataire ou non) pour un autre client, dans un autre contexte, etc.
- celle, corollaire de la possible réutilisation des contenus de l'étude payée par le commanditaire public, dans le cadre de travaux menés pour d'autres, voire dans un ouvrage publié par un éditeur (cas assez fréquent pour des études dont le sujet est susceptible d'intéresser un public et non un commanditaire unique).

Un autre type de difficulté tient à la très grande diversité de prestations que recouvre le mot « étude » : d'une réflexion stratégique synthétisant un avis d'expert, à un sondage d'opinion, en passant par les études techniques qui peuvent s'appuyer sur des « manipulations techniques » (sondages, relevés, tests) qui relèvent autant de la prestation technique que de la création intellectuelle proprement dite.

2 - Des solutions concrètes :

S'agissant des deux premières types de difficultés, les réponses sont simples et de bon sens :

- le contrat de commande de l'étude devra toujours comprendre une garantie *explicite* d'originalité du travail effectué s'appuyant sur une description des moyens et méthodes utilisés pour la réalisation de l'étude, le non respect de cette clause d'originalité doit être explicitement défini comme une clause de nullité de la commande entraînant des pénalités pécuniaires ou autres. Si ces clauses ne sont pas la panacée contre des pratiques de « recyclage » plus ou moins subtiles (au chapitre des études génériques, le nombre d'études anglo-saxonnes qui peuvent être traduites et « reliftées » sans que ni l'éditeur de l'original ni le commanditaire n'aient les moyens de dépister ce plagiat est à peu près sans limite ...), elles peuvent au moins décourager chez des prestataires peu scrupuleux (ou qui ont des objectifs de productivité qui les amènent parfois à la tentation du plagiat ou de l'auto-plagiat) les tentations les plus fortes ;
- le contrat de commande devra stipuler une cession pleine et entière (pour tout support, tous types de diffusion, etc.) imposant explicitement (ce qui est rarement le cas) que toute utilisation, sous quelque forme que ce soit, de tout ou partie de l'étude par le prestataire l'ayant réalisé suppose l'accord explicite et préalable du commanditaire public dont l'investissement a permis ce travail d'étude original. Là aussi, ce type de clause n'est pas une garantie absolue contre des usages bien ancrés, mais il constituera une parade efficace aux manquements les plus criants ;
- lorsque le mot « étude » recouvre non seulement un produit fini (un document) mais aussi un ensemble préalable d'actions « techniques » (interviews dans le cadre d'enquêtes d'opinion, sondage pour une étude géologique) comme pour toute prestation technique (ce qu'elle est alors), la commande d'étude contiendra un cahier des charges techniques décrivant le plus précisément possible les moyens mis en œuvres, les protocoles d'expérience ou de relevés, etc. On n'est plus là dans le stricte registre de la propriété intellectuelle, mais dans celui de l'encadrement de prestations techniques que les gestionnaires de la commande publique sont censés mieux maîtriser. La difficulté tient en fait à l'articulation de l'une et l'autre dimension : s'il veut lever toute ambiguïté, le contrat d'étude devra réserver au bénéficiaire exclusif du commanditaire public tous les éléments produits dans le cadre de cette étude (questionnaire, nomenclature, base de données, voire logiciels applicatifs développés sur les crédits d'étude pour la mener à bien). Si une telle clause d'exclusivité sur tous les « sous-produits intellectuels » de l'étude (au delà des contenus du simple rapport final) peut sembler drastique elle n'en est pas moins, dans un premier temps un levier utile pour entamer avec le prestataire d'étude une discussion sur ces aspects de propriétés intellectuelle « secondaires » de l'étude qui sont le plus souvent passés sous silence.

11.2 - Fiche N° 2 : La réalisation d'une recherche sur contrat

1 - Les principales difficultés juridiques :

La réalisation d'une recherche sur contrat pourrait s'apparenter à la réalisation d'une étude telle qu'elle a été évoquée dans la fiche 4. La problématique est ici plus pointue : il s'agit de recherche au sens de « recherche et développement » financée sur fonds publics par un commanditaire (public donc) sous-traitant cette action de recherche à une entité publique ou privée.

Parce qu'elle est susceptible de déboucher sur des innovations brevetables – quel que soit le secteur de recherche – la réalisation d'une recherche sur contrat doit affronter un certain nombre de difficultés qui relèvent de la propriété industrielle et du droit des brevets ;

Les principales difficultés sont les suivantes :

- même si le commanditaire public finance la recherche, il ne sera pas ipso facto reconnu détenteur des droits de propriété industrielle sur les innovations brevetables « découvertes » dans le cadre de cette recherche si le contrat de recherche ne prévoit pas explicitement des clauses de revendication de propriété industrielle ;

Solution : le contrat de recherche déléguée devra comporter des clauses de propriété intellectuelles explicites au bénéfice du commanditaire public. Quand bien même la recherche ne donnerait pas lieu à des inventions brevetables la propriété intellectuelle des produits de la recherche (rapports, logiciels, bases de données, publications) doit elle aussi être précisément définie

- Même si le commanditaire public a prévu des clauses de cession des droits de propriété industrielle potentiellement attachés aux innovations engendrées par la recherche qu'il finance cette titularité de personne morale (le déposant et titulaire d'un éventuel brevet) se superpose avec la titularité inaliénable de la personne physique qu'est l'inventeur, l'individu identifié qui a effectivement « fait » l'invention. Les inventeurs sont protégés dans le cadre de différentes dispositions, entre autres celles intéressant financièrement les inventeurs salariés à la valorisation de leurs recherches, même s'ils ne sont pas directement titulaires du brevet. Le fait que la recherche soit déléguée au travers d'un contrat ne dispense nullement le commanditaire public de s'assurer que les mécanismes contractuels protègent bien les inventeurs ;

Solution : le contrat de recherche devra exiger du contractant bénéficiant de la commande publique que les ayants-droit personnes physiques bénéficieront des droits et prérogatives reconnues aux inventeurs ; les principes d'un probable (la loi l'impose) intéressement de l'inventeur à la valorisation économique de sa recherche doivent être définis dès le contrat de commande initial de la recherche ;

- une recherche sur contrat se fait très souvent dans le cadre de consortium de recherche où chaque partie fait des apports en nature, en moyens ou en numéraire.

Solution : Les droits de propriété ou de copropriété – les clauses de copropriété devant alors être précisément décrites – industrielle attachés aux inventions issues de cette recherche consorciale doivent être précisément décrits et mis en rapport avec les apports de chacun.

Comme au premier point ces règles de propriété ou de copropriété couvriront les droits attachés à d'éventuels brevets, mais aussi plus largement tous les sous produits de la recherche qui sont de toute façon des créations intellectuelles relevant à ce titre du vaste champ de la propriété littéraire et artistique.

- une invention n'est brevetable que si ses contenus n'ont été divulgués dans aucun support et sous quelque mode que ce soit (revue scientifique, intervention dans un congrès, etc.) antérieurement au dépôt du brevet. En annulant ce que l'on appelle le « critère de nouveauté » cette divulgation antérieure fait ipso facto tomber la possibilité de breveter.

Solution : les contrats de recherche déléguée contiendront impérativement des clauses de confidentialité drastiques, assorties de clauses de pénalité, et limitant explicitement la possibilité pour les personnes ayant à connaître, de par leur fonction, des contenus de la recherche de divulguer sous quelque forme que ce soit ses contenus. Cette clause est particulièrement importante dans la mesure où pour des chercheurs la nécessité de publier est souvent un impératif dicté par les logiques mêmes du travail scientifique (« publish or perish » disent les anglo-saxons...)

11.3 - Fiche N° 3 : La réalisation d'un logiciel

1 - Les principales difficultés juridiques :

Comme la commande d'étude, la commande d'un logiciel relève d'une problématique assez simple : l'intégralité des droits de propriété attachés au logiciel sont reconnus de facto à la personne physique ou morale qui en aura supporté les coûts de développement. Le contrat de commande publique relatif à un logiciel développé spécifiquement pour le commanditaire (l'utilisation de logiciels du marché dans le cadre d'une licence d'usage ne relevant pas d'une problématique de commande publique ad hoc mais dans le cadre d'un marché de fourniture) suppose donc implicitement un transfert intégral des droits de propriété intellectuelle au commanditaire public en contrepartie de la rémunération prévue contractuellement. Ce qui va sans dire, va encore mieux en le disant : il n'est pas inutile de rappeler explicitement dans le contrat encadrant la commande publique ce transfert exclusif et sans réserves de tous droits de propriété intellectuelle attachés à la réalisation logicielle, pour tout usage, au bénéfice du commanditaire public.

Mais dans ce cadre simple peuvent surgir des difficultés :

- comme dans le cas d'une étude (et plus généralement de toute œuvre intellectuelle) peuvent se poser des problèmes d'originalité (qui en principe fonde la rémunération spécifique dans le cadre du contrat de commande) de la fourniture et des problèmes – encore plus difficiles à détecter que dans le cas de documents matériels comme un rapport d'étude, de tout ou partie du logiciel objet de la commande. Ce n'est un secret pour personne que seule la « mutualisation » de développements logiciels pour des clients présentant des profils et des besoins similaires est un moyen pour les sociétés de développement informatique de construire leur marge (il y aurait ainsi toute une étude à mener sur la « mutualisation » des développements informatiques entrepris pour des collectivités locales auxquelles des SSII revendent le même nombre de jours hommes .. déjà imputés à un client précédent) ;
- une difficulté spécifique au logiciel est que celui-ci peut-être – parfois à l'insu du commanditaire s'il n'y prend pas garde – une œuvre composite en ce sens qu'une « brique logicielle » développée spécifiquement pour le commanditaire public peut se greffer sur d'autres composants logiciels (moteurs de recherches, modules statistiques, etc.) qui ont un autre statut juridique, soit parce qu'ils ont été développés antérieurement pour un autre client (qui en théorie dispose des droits exclusifs de propriété intellectuelle sur cet élément logiciel), soit parce que le prestataire-développeur considère que ces éléments font partie de sa « boîte à outils » (ou bibliothèques de routines, de composants, etc.) dont il ne souhaite pas céder la propriété à ses clients, soit parce que ces éléments sont des modules logiciels fournis « sur étagère » par des éditeurs dont l'utilisation est encadrée par des licences d'usages à valeur contractuelle qui emportent elles-mêmes de nombreuses conséquences juridiques. Sous son apparente simplicité, un logiciel peut donc être un objet juridique « composite ».

2 - des solutions concrètes :

- Comme dans les solutions pratiques évoquées dans la fiche précédente, relative à la commande d'une étude, le contrat de commande du logiciel devra comporter en première intention des garanties explicites et assorties de clauses de pénalité portant sur l'originalité de la création logicielle, et sur la cession pleine et entière des droits de propriété intellectuelle attachés à celle-ci aux bénéficiaires du commanditaire, ayant pour corollaire la non possibilité de réutilisation du logiciel dans d'autres contextes, auprès d'autres clients. Comme toute œuvre susceptible de voir son périmètre de diffusion varier en raison de la facilité de copie du logiciel, le contrat de commande devra préciser de façon la moins contraignante possible pour le commanditaire mais aussi la plus précise possible le « périmètre d'usage » : il se peut que le prix d'un développement logiciel, même développé dans le cadre d'une commande ad hoc ne soit pas le même, que son usage soit réservé à quelques utilisateurs ou à quelques dizaines de milliers d'utilisateurs ou selon la puissance (nombre de processeurs) des serveurs sur lesquels il sera installé ; c'est en particulier vrai si le logiciel développé intègre de modules fournis par des éditeurs tiers qui font du nombre de copie ou de la puissance des serveurs une variable tarifaire des prix de licence ;
- Pour faire face à l'éventuelle difficulté juridique pouvant naître de l'éventuel caractère composite du logiciel fourni dans le cadre de la commande, le contrat encadrant celle-ci devra comporter en annexe technique une description de tous les éléments composant le logiciel produit final de la commande en distinguant, si nécessaire, les différents types de module et le statut juridique de ceux-ci, au regard des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés. Une clause explicite obligera le développeur bénéficiaire du contrat, sous peine de nullité de la commande, d'appel en responsabilité et de pénalités, d'inclure dans cette annexe technique tout élément contractuel (licence d'usage, contrats de cession) pouvant influencer sur l'exploitation pleine et entière par le commanditaire public du logiciel objet de sa commande.

Attention : les logiciels libres ne sont pas des logiciels libres de droits : même si par définition ils n'entrent pas dans le cadre d'une problématique de commande publique puisqu'en principe leur utilisation ne donne pas lieu à contrat et à rémunération des ayants-droit, il peut être utile d'évoquer ici – parce que le succès de Linux a rendu cette problématique très concrète la question des logiciels « libres ». Attention, comme toute création intellectuelle ces logiciels libres ne sont pas libres de droits, simplement leurs créateurs ont imaginé des modalités particulières et publiques (logique d' « open access ») de transfert automatique (plus ou moins automatique) d'un droit d'usage (et non d'un droit de propriété) de leurs créations. Mais ces modalités de transfert peuvent être associées à des clauses générales d'usage prévoyant certaines restrictions ou obligations (utilisation dans un cadre non commercial, mentions obligatoires et sous certaines formes normalisées de l'origine du logiciel, restrictions à une personnalisation du logiciel, obligation déclarative auprès des ayants-droit de l'usage, etc.). Le logiciel libre n'est donc nullement en droit de la propriété intellectuelle un « no-objet » et la casuistique juridique qui peut se développer à leur propos est infinie. On ne peut qu'encourager ici les utilisateurs de logiciels libres au sein des entités publiques de s'informer précisément des conditions de leur utilisation.

Vers un brevet sur le logiciel ? On a déjà indiqué que même si la situation évolue vers une plus grande brevetabilité du logiciel, le droit français comme celui de la plupart des pays européens, respectant en cela la Convention de Munich instituant le brevet européen, exclut explicitement les programmes d'ordinateurs du champ de la brevetabilité. Pourtant dans la pratique la situation est mouvante. L'Europe se sent sommée de réagir à la tendance perceptible aux Etats-Unis qui voit l'USPTO, l'Office américain des brevets, breveter de plus en plus des logiciels « nus » (la brevetabilité est admise, même en Europe lorsque le logiciel est un élément original d'un contrôle par un dispositif informatique « embarqué » d'un dispositif technique – une machine outil par exemple). Par ce biais l'Office Européen des Brevets (OEB) s'est trouvé amené à accepter de plus en plus souvent la brevetabilité d'un logiciel dans la mesure où il produit un effet technique.

A relativement court terme, les pays d'Europe devraient réviser la Convention de Munich pour admettre le principe général de brevetabilité des logiciels, de façon à mettre les éditeurs européens des programmes informatiques à armes égales avec leurs concurrents américains. Mais les positions en Europe entre les tenants de la brevetabilité et les tenants d'une simple défense de la création logicielle par les instruments du droit de la propriété intellectuelle (et non de la propriété industrielle dont relève le brevet) sont loin d'être tranchés.

11.4 - Fiche N° 4 : La commande architecturale

1 - Les principales difficultés juridiques :

La commande architecturale a une double nature : elle est à la fois une prestation technique et met en cela en œuvre des savoir-faire techniques et des logiques de responsabilité propres aux interventions d'experts ; mais elle relève aussi de la commande d'une œuvre d'art en ce que la création architecturale et tous les éléments qui y concourent (croquis, maquettes, plans) sont considérés comme des œuvres originales relevant pleinement de la propriété littéraire et artistique – au même titre qu'une œuvre d'art plastique.

Ce sont des difficultés liées à ce dernier aspect dont on traitera ici :

- comme tout artiste, l'architecte cède des droits patrimoniaux sur son œuvre (mais pas sur les éléments supports de sa création – plans, maquette – qui, sauf dispositions contraires lui appartiennent) mais les droits moraux sont inaliénables. Ces droits moraux sont par ailleurs des droits sans limitation de durée transmissibles par voie de succession. Au nom de ce droit moral les héritiers d'un architecte français précurseur dans l'utilisation du béton armé ont voulu s'opposer à un organisme public propriétaire d'une prestigieuse salle de concert parisienne sur le toit de laquelle cet organisme prévoyait d'adjoindre une salle de restaurant ;
- l'architecte reste propriétaire du droit à l'image sur l'œuvre : toute reproduction photographique de celle-ci doit théoriquement donner lieu à son autorisation préalable dans le cadre d'une utilisation à finalité lucrative ou non. En cas d'utilisation à des fins lucratives de ces images (vente d'un album, de cartes postales) l'architecte a obligatoirement droit à des royalties sur les produits des ventes, qui devront être contractualisées avec lui préalablement à l'utilisation commerciale de ces matériaux ;
- certains éléments – colorimétrie, environnement paysager, agencement intérieur, peuvent être considérés par l'architecte comme partie intégrante de son œuvre et nécessiter son autorisation préalable avant toute modification substantielle ;
- le droit moral de l'architecte comprend théoriquement un droit de regard sur la pérennité de son œuvre : il peut s'opposer (mais dans un nombre de cas limités) à la démolition du bâti qu'il a conçu.

2 – Des solutions concrètes

Le droit moral est par définition l'un des plus difficiles à limiter contractuellement. Au delà de la rédaction de clauses qui tenteraient de l'encadrer (mais qui en cas de contentieux pourront être annulées si elles sont trop drastiques) en listant un nombre d'interventions ultérieures que le commanditaire public pourra pratiquer en considérant que par le contrat de commande, l'architecte a donné son autorisation préalable à ces interventions, les solutions concrètes tiennent plutôt à des pratiques de bon sens : les conflits avec des architectes sur les points qui ont été évoqués ne surgissent le plus souvent que sur le terrain d'une relation minée avec le commanditaire sur d'autres plans. L'intensité des problèmes dépendra bien sûr aussi du renom de l'architecte et de sa plus ou moins grande propension à revendiquer de façon rigide son droit moral. La solution est là plus dans le relationnel que dans l'alchimie juridique .

11.5 - Fiche N° 5 : La réalisation d'un site Internet

1 - Les principales difficultés juridiques :

Un site Internet, comme la brochure illustrée, associe différents types de création (textes, photos, sons et vidéos numérisée, logiciels applicatifs intégrés au site, schéma de navigation, charte graphique). C'est donc, lui-aussi, une *création composite* supposant l'intervention d'un maître d'œuvre «ensemblier». Selon les cas, celui-ci sera le commanditaire public ou un prestataire (le plus souvent une agence de communication interactive) jouant ce rôle d'ensemblier.

Quel qu'il soit cet «ensemblier» fera intervenir le plus souvent deux type d'intervention qui peuvent donner lieu à deux types de commandes distinctes :

- 1) une prestation de conception de l'ensemble du site (qui élaborera la charte graphique, le chemin d'interactivités, etc.) et décrira à l'aide d'un synopsis détaillé les différents éléments qui, numérisés, se transformeront en autant de pages web, séquences sonores ou vidéo ;
- 2) une prestation de «développeur» qui se charge de la réalisation effective du site sur la base des indications du concepteur. Ces rôles différenciés sont simples dans leur principe à comprendre : le premier rôle est celui que joue un architecte dans la conception d'un bâtiment, le second celui de l'entreprise de bâtiment qui, en interaction avec lui, concrétise les plans de l'architecte. Selon les cas, ces deux types de prestations peuvent être ou non commandés auprès du même prestataires. En cas de commande unique – auprès d'une agence de communication interactive, c'est celle-ci qui encadrera la réalisation effective du site. Les deux niveaux d'intervention – et donc de responsabilité - sont cependant distincts et doivent bien être identifiés en tant que tels.

La réalisation d'un site Internet superpose donc trois niveaux de difficultés juridiques du point de vue du commanditaire public :

- celui propre à une œuvre composite qui le plus souvent fait intervenir une «chaîne d'ayants droit», dont tous les maillons ne sont pas forcément connus du commanditaire public, même si au final parce qu'il est l'«exploitant» de l'œuvre (ici le site internet) ce commanditaire sera responsable en première instance des éventuels manquements au droit de ces différents « auteurs » ;
- celui de l'articulation éventuelle de la responsabilité du concepteur et de la responsabilité du « développeur », même lorsque le contrôle de l'imbrication des deux types de responsabilité est «délégué» par le commanditaire public à un «ensemblier» unique bénéficiaire de la commande ;
- celui propre à une œuvre multimédia qui associe au sein d'une même création des éléments numérisés relevant de régimes juridiques distincts au sein du vaste domaine de la propriété intellectuelle : une illustration conçue spécifiquement pour le site, une séquence vidéo, une illustration musicale, le logiciel qui pilote l'interactivité du site, les données issues des bases de données auquel le site peut donner accès ne relèvent pas toutes du même registre juridique. Pour certains éléments prévaudront les règles spécifiques à la création individuelle, pour d'autres, ceux de la création collective, pour d'autres encore, ceux spécifiques aux logiciels et pour d'autres enfin, ceux spécifiques au droit des bases de données.

L'œuvre collective constitue une exception quant à la titularité des droits de propriété intellectuelle en ce que les personnes qui ont pris l'initiative de l'œuvre sont reconnues titulaires originaires des droits d'auteur (sans qu'il y ait donc besoin d'organiser une cession). Dans ce type de création, les droits d'auteur sont attribués automatiquement à la personne, physique ou morale, qui prend l'initiative, la direction et sous le nom de laquelle la publication est effectuée. Ce régime n'est applicable que si cette personne a effectivement conçu l'ensemble, seule, et que les contributions qui se fondent dans cet ensemble demeurent individualisables – sinon il s'agirait d'une œuvre de collaboration placée sous le régime de l'indivision. Mais attention, ce régime de la création collective ne s'applique que pour les éléments qui ont spécifiquement été créés pour le site Internet objet de la commande.

La titularité des droits de propriété intellectuelle par le « maître d'œuvre » public de l'œuvre collective qu'est un site Internet est toutefois subordonnée au fait que dans les contrats appuyant la commande publique, ce rôle de maître d'œuvre soit clairement reconnu au commanditaire de par le contrat de commande, y compris et surtout lorsque conception et réalisation du site sont confiés à un prestataire unique telle une agence de communication : faute de préciser que le commanditaire public est bien le maître d'œuvre unique qui a pris à lui seul l'initiative de cette réalisation, ce dernier pourrait se trouver face à des problèmes difficiles de cotitularité des droits sur la création du site Internet, ou même se voir concéder implicitement un simple droit d'usage sur les éléments d'une création, le site Internet, dont le prestataire « ensemblier » se considérerait comme étant le « chef d'orchestre » de cette création.

De plus, les spécificités de la création collective, très forte par exemple dans la création d'un film, sont d'un usage délicat dans le cadre de la réalisation d'un site Internet. Le droit des « auteurs » au sens le plus large du terme reste intact et n'est en aucune façon transféré au « producteur » par le mécanisme de la création composite si les créations mobilisées au sein du site Internet (photo, illustration sonore, etc.) l'ont été dans un autre contexte, indépendamment de la commande à l'origine du site, et sans que cette réutilisation fréquente d'éléments antérieurs ait été prévue à l'origine dans la commande de ces œuvres ou n'ait été négociée par le commanditaire ou son prestataire dans le cadre d'un contrat visant spécifiquement à l'utilisation de ces éléments dans le cadre du site Internet.

On notera de plus que

- *si ce droit n'est pas explicitement revendiqué dans la commande l'acquisition de droits pour des créations intégrées sur un site Internet n'entraîne nullement que le commanditaire public dispose ipso-facto du droit de transposer ces éléments sur un autre support (brochure papier, CD-Rom), et ce, même si ces versions dérivées ne consistent qu'en une simple transposition (collection d'impression de pages web par exemple) des contenus du site Web. Le contrat de commande publique devra toujours préciser que les créations livrées dans le cadre de l'élaboration du site Internet pourront l'être sur tout support et tout mode de diffusion ;*
- *si le commanditaire public ne revendique pas explicitement une exclusivité des éléments constitutifs du site Internet (charte graphique, illustrations) le prestataire sera en droit de réutiliser, s'il les a créés en propre ou en a acquis les droits intégraux, ces mêmes éléments dans d'autres sites Web, ce qui peut poser par exemple des problèmes d'identité graphique particulièrement aigus lorsque la « copie » du site public, objet de la commande, joue implicitement de cette ambiguïté pour capter l'aura de l'officialité.*

2 - Des solutions concrètes :

S'agissant d'une œuvre composite, on pourra transposer – mutatis mutandis - à la commande d'une site internet la plupart des conseils relatifs aux clauses de cession de droit exposés dans la fiche précédente.

Mais la complexité de la chaîne des droits dans le cadre de la création d'une œuvre par nature multimédia telle un site Internet impose d'autres précautions.

On l'a déjà dit ailleurs : si les clauses de garanties et de responsabilité sont un levier utile pour dégager la responsabilité du commanditaire public en cas de conflit lié aux droits de propriété intellectuelle, elles ne l'exonèrent pas pour autant sa responsabilité "en première instance" (celle de l'exploitant du produit de la commande) au cas où la réalisation commandée serait entachée de contrefaçon. Le commanditaire a donc tout intérêt à dépister et à désamorcer en amont tout contentieux et à ne pas se reposer uniquement sur les clauses de garanties et de responsabilité. Les risques sont d'autant plus nombreux que la réalisation, objet de la commande, sera complexe, ce qui est le cas d'un site internet.

☞ On a déjà indiqué que dans ce cas le commanditaire public aura intérêt à exiger, parmi les fournitures mentionnées contractuellement, un document descriptif du site identifiant tous ses éléments unitaires et récapitulant pour chacun de ces éléments toutes les données relatives aux droits de propriété intellectuelle (identités des créateurs, contrats d'achat de droits, attestations pour les matériaux "libres de droit", etc.) qui y sont attachés. **La non-fourniture de ce dossier "propriété intellectuelle" devra être contractuellement identifiée comme une cause de nullité de la commande.** Un tel document, au-delà de sa portée juridique, est de toute façon une condition sine qua non de la réalisation sans problèmes d'une création complexe telle un site Internet : dimension opérationnelle et dimension juridique sont ici étroitement associées. Un tel document est aussi nécessaire pour organiser une cession exhaustive des droits au profit du commanditaire public (cf. Chapitre sur les clauses de cession de droits).

A partir de ce document de type « synopsis » détaillé, qui devra être identifié comme l'un des produits de la commande, le commanditaire public pourra procéder, ou faire procéder par un juriste spécialisé à un « check-up propriété intellectuelle » de son projet de site.

Suivant l'adage qu' "il vaut mieux prévenir que guérir" le commanditaire public aura toujours intérêt, au-delà de l'inclusion de clauses de garanties et d'appel en responsabilité qui sont toujours nécessaires, à reconstituer au travers de cet « audit PI » la chaîne des droits et à s'assurer que les contrats de cession de droits intervenant en amont de la commande publique lui garantissent bien une pleine exploitation du site et de ses différentes composantes. Ce mécanisme peut sembler lourd, surtout pour les créations Internet faisant intervenir de multiples éléments unitaires, eux-mêmes points d'aboutissement d'une chaîne de droits. Il n'en est pas moins la meilleure garantie qu'aucun contentieux lié au non-respect de la chaîne des droits pour l'un quelconque des éléments entrant dans le "produit final", objet de la commande publique, ne viendra obérer son exploitation.

Si une documentation systématique et a priori de la chaîne des droits n'est parfois pas compatible avec les urgences opérationnelles de la commande publique, proposer ce mécanisme permettra d'engager avec le fournisseur bénéficiaire de la commande un dialogue de fond sur la question de la "chaîne des droits". Ce dialogue permettra bien souvent d'écarter les plus forts risques de contentieux en attirant l'attention sur les problèmes potentiels et en conduisant à éliminer de la création commandée les "composants" dont la situation ne semble pas absolument claire quant à la titularité des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés.

La création d'un site Internet, de par les possibilités de navigation qu'offre le Web pose par ailleurs des problèmes très spécifiques : un site web est rarement, à la différence d'une brochure ou même d'une création sur CD Rom un « mode clos » mais renvoie, par des hyperliens vers d'autres sites, qui par définition ne relèvent pas de la commande publique de création d'un site. Le régime juridique des hyperliens est encore en évolution mais la jurisprudence semble se consolider autour des points suivants :

- la création d'un hyperlien vers la page d'accueil d'un site tiers ne suppose pas une autorisation a priori de l'éditeur de ce site tiers. Mais il est conseillé de l'informer de façon formalisée de la création d'un tel lien vers sa page d'accueil. De plus, ce renvoi vers un site tiers devra dans le schéma de navigation du site faire l'objet d'une signalétique claire (cartouche indiquant par exemple « en cliquant sur ce lien vous allez être transféré sur le site X »). Seul l'établissement de liens de premier niveau vers une page d'accueil ne suppose pas une autorisation préalable, en revanche, l'établissement de liens profonds vers des pages web internes à un site tiers, même quand ces sites sont librement accessibles au public, est soumis à une autorisation préalable écrite de la part du (ou des) titulaires des droits sur les contenus du site tiers. Si le commanditaire public ne traite pas en direct la création des hyperliens mais la délègue au prestataire développeur, comme pour tout autre élément du site, le commanditaire s'assurera par son contrat de commande que sa responsabilité est dérogée dans le cas d'établissement de liens non-autorisés et que ce prestataire apporte une garantie de bonne fin sans restrictions quant au respect des règles qui se dégagent en matière d'établissement de liens ;*
- un site Internet comme toute création interactive incorpore une ou des briques logicielles qui vont guider la navigation au sein du site. Ces logiciels relèvent d'un régime particulier (la titularité pleine et entière des droits sur ce logiciel est reconnue en exclusivité et de facto à celui qui a consenti l'investissement et qui a permis son développement). Comme tous les « immatériaux » un logiciel peut être facilement copié et/ou réintégré dans une autre « œuvre » (un autre site) sans que cela soit facilement perceptible comme c'est le cas pour une charte graphique, une illustration, une séquence sonore ou vidéo. Le contrat de commande devra préciser, qui est reconnu comme le « producteur » du logiciel et donc en possède en exclusivité les droits d'usage, de modification, etc. Le plus souvent un site Internet est construit autour d'un « moteur d'interactivité » qui est un logiciel du marché : dans ce cas, le prestataire devra le préciser au commanditaire public et lui fournir tous les éléments des contrats de licence qui, en général, encadrent l'usage de ce moteur d'interactivité dans des réalisations tierces. Il est en particulier indispensable de vérifier, si le site a une vocation commerciale, que l'usage de ce moteur d'interactivité ne donne pas à son concepteur ou éditeur un droit de perception de royalties proportionnelles au chiffre d'affaires du site dont il est le « cœur » ;*

- Un site Internet peut donner accès à des répertoires et bases de données. Outre que celles-ci relèvent d'une facette spécifique du droit de la propriété intellectuelle, un type de données – les données nominatives – supposent que le site Internet qui y donne accès le fasse en respectant scrupuleusement les règles contraignantes en matière d'accès aux données nominatives. Si l'on sort là du champ du droit de la propriété intellectuelle proprement dit, cet aspect doit être pris si nécessaire en compte tant par le commanditaire public que par ses prestataires au travers de clauses spécifiques du contrat de commande (incorporant sur ce point, comme sur les autres, des clauses de garanties, de responsabilité, etc.)

11.6 - Fiche N° 6 : La commande de ressources d'information

1 - Les principales difficultés juridiques :

A priori la commande de ressources d'information ne relève pas d'une commande publique ad hoc (ou alors il s'agit d'une étude monoclient et on se trouve ramené au cas de la fiche N°4) mais d'une commande de fourniture qui obéit aux règles des marchés de fourniture.

Il a semblé toutefois nécessaire d'évoquer ce type de « commande » car le passage de produits d'information sur supports papiers (périodiques et livres) à des produits d'information sur supports numériques entraîne une mutation profonde des questions de propriété intellectuelle liées à l'achat de ressources d'information.

La principale source de difficultés, tient au fait qu'un produit d'information – sur quelque support que ce soit – acheté par une organisation – une entité publique comme une entreprise – l'est rarement pour un usage réservé à un seul utilisateur. Ce qui soulève immédiatement la question du droit de copie et une réponse non moins claire et immédiate : toute copie effectuée hors du « cercle familial » dans le cadre d'une organisation ne relève pas sans discussion possible, de la notion de « copie privée » et est donc soumise en théorie de par les fondements mêmes du droit de propriété intellectuelle, à la notion de droits de copie, copie qui ne peut être faite qu'avec l'autorisation des éditeurs et autres ayants-droits (pigistes, etc.) ou de leur(s) mandataire(s).

Les produits d'information sur supports papier bénéficient en France (et dans la plupart des pays depuis le milieu des années 80 d'un cadre juridique (précisé en 1995) qui définit à la fois le cadre pratique et normatif du droit de copie. En France le CFC (centre français du droit de copie) est l'organisme de gestion collective chargé pour le compte des éditeurs, mais dans un cadre défini par la loi, de la perception du droit de reprographie des documents sur supports papier non libres de droits.

Mais la problématique des droits de propriété intellectuelle attachés aux produits d'information se complexifie avec le passage aux supports numériques.

Dans le cadre de l'achat d'une ressource d'information sur support papier – une revue, un livre – et même sous réserve des dispositions relatives au droit de copie, il y avait bien, coïncidant avec l'achat d'un bien matériel, l'objet « revue », l'objet « livre », cession d'une partie des droits de propriété intellectuelle inhérents à ce support matériel : c'est ainsi que le droit d'archiver des périodiques, ou le droit de prêt d'un ouvrage par une bibliothèque à une autre bibliothèque – ou à ses usagers – était intrinsèquement attaché à l'achat de l'objet support du produit d'information.

La dématérialisation des supports bouleverse ces usages et ces présupposés. Les éditeurs de produits d'information, à la fois parce qu'ils craignent les possibilités de piratage accrues liées à la convergence de la numérisation des contenus et de ce réseau télématique global qu'est Internet, et parce qu'ils souhaitent instaurer avec les utilisateurs de leurs ressources d'informations de nouveaux types de relations, renforcent considérablement les clauses relatives à la propriété intellectuelle des contenus qu'ils commercialisent.

Pour schématiser, à l'acte de vente d'un bien qu'était la fourniture d'un livre ou l'abonnement à une revue, les fournisseurs d'information ont tendance à substituer un « service » (rétribué bien entendu) de mise à disposition de ressources d'information dont ils restent sans cession aucune les uniques propriétaires. Cette mise à disposition est encadrée non plus par un acte de vente mais par une « licence d'usage » qui est un contrat entre l'éditeur et l'utilisateur de ces produits d'information. Parce qu'elles ne comportent aucune cession matérielle, ces licences d'usage peuvent en théorie imposer toutes sortes de restrictions à l'usage, interdiction de prêt, interdiction d'archivage, etc. (lire ci dessous encadré UCITA).

2 - Des solutions concrètes :

La principale difficulté tient à la négociation de licence d'usage pour des ressources d'information électroniques ayant vocation à être disséminées sur intranet. Négociation menées parfois face à des groupe multinationaux qui ont tendance à plaquer dans le contexte français des licences d'usage définies en référence aux besoins de marché plus mûrs et plus vastes tel le marché américain.

Toute négociation suppose au bénéfice du client (ici l'organisme public : bibliothèques, centre de documentation) une marge de manœuvre qui va être déterminée par la plus ou moins grande confiance entre « usager » et fournisseur, et aussidu rapport de force (lié par exemple à ses volumes de commandes, délais de paiement, etc.) qui existe entre le client public et son fournisseur de ressources d'information. Il n'est pas inutile de rappeler ici au chapitre des solutions concrètes que dans le contexte américain – mais cette logique commence à être transposée en France – les consortium d'acheteurs publics (bibliothèques en premier lieu) ont constitué un très utile contre-poids aux exigences inacceptables des éditeurs s'appuyant sur la forte position contractuelle que détermine la pleine jouissance de droits de propriété intellectuelle dont personne ne leur conteste d'ailleurs la titularité.

Or l'union fait la force, les acheteurs publics qui souscrivent des licences d'usages pour des ressources d'information électroniques doivent a minima exiger de pouvoir transposer dans le contexte de l'électronique des modalités qui sont spécifiques de leurs mission :

- droit d'archivage sans limitation de durée d'au moins un exemplaire numérisé en mode image (PDF) pour une consultation par le public de l'organisation dans une salle de lecteur virtuelle en accès Intranet;
- droit de prêt, c'est à dire droit, dans le cadre d'un réseau d'échange précisément délimité (réseau de bibliothèques) et à accès contrôlé par le personnel responsable (bibliothécaire, documentaliste), d'accéder pour un membre du réseau à une copie d'une ressource numérisée détenue par un autre membre du réseau ;
- négociation des modalités du droit de copie numérique exigé en contrepartie d'une diffusion en tenant compte des volumes d'usages constatés en consultation effective des document primaire (« facturation au clic ») et non simplement en fonction du paramètre très grossier qu'est le nombre de terminaux desservis par un Intranet.

Il est évident que, fort de sa titularité exclusive des droits dont il dispose sur les contenus d'information qu'il produit, l'éditeur a non nullement l'obligation de se ranger à ces demandes de bon sens ... mais du côté « commanditaire public », elles devraient constituer une base claire de négociation.

Victoire des utilisateurs : les licences UCITA d'usage de contenus d'information électronique n'auront pas force de loi

L'information : la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), la commission fédérale chargée d'harmoniser les droits des différents Etats américains a annoncé le 1^{er} août dernier que faute d'avoir été adoptées par un nombre d'Etats suffisant durant la période prévue pour leur introduction progressive, les dispositions expérimentales de l'*Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA), qui devaient à terme régir les contrats de licence d'usage de contenus électroniques, ne seraient plus promues activement comme base de l'évolution des législations locales encadrant l'accès aux services en ligne payants. Les éditeurs de services en ligne, les éditeurs de logiciels, les producteurs de contenus regroupés au sein de la SIIA (*Software and Information Industry Association*) n'avaient pourtant pas ménagé leurs efforts pour faire inscrire dans les textes de loi des différents états ce nouveau cadre contractuel des relations avec leur clients. En désamorçant certaines dispositions classiques des lois sur le Copyright l' UCITA renforçait de façon importante les droits des producteurs de contenus et limitaient de façon inédite les droits des usagers. D'où un lobbying soutenu et efficace des grandes associations d'utilisateurs de l'information en ligne américains (au premier rang desquelles les associations de bibliothèques) contre la norme UCITA qui vient de déboucher sur son retrait pur et simple du programme d'action de la NCCUSL.

L'analyse de la Dépêche : le « non-événement » que constitue le fait que la norme UCITA ne prendra pas force de Loi outre-Atlantique est paradoxalement un évènement majeur pour l'industrie de l'information mondiale, y compris européenne. Il ne fait pas de doute que si les contrats UCITA étaient devenus une norme légale aux Etats-Unis, tous les grands fournisseurs d'information en auraient fait la base minima de leurs contrats de licence de contenus électroniques, quel que soit le marché géographique servi. Les usagers de l'information en ligne viennent cependant de remporter une nette victoire puisque le droit commercial ne viendra pas « sanctuariser » les dispositions les plus contestables de l'UCITA. Mais si les normes UCITA n'auront pas force de loi, rien n'empêchera cependant les fournisseurs de contenus et de services électroniques d'en faire la base de leurs contrats de vente, dans leurs relations contractuelles de gré à gré. Il n'est donc pas inutile de rappeler quels sont les principaux traits de cette norme contractuelle qui continue d'avoir les faveurs des grands groupes éditoriaux.

L'objectif de l'UCITA était de standardiser les dispositions de droit contractuel concernant les licences d'utilisation des logiciels, des bases de données, des sites Internet, des livres électroniques, des images et des sons transmis en ligne. Les questions abordées par l'UCITA sont très diverses : conditions de validité des licences approuvées par simple clic (" click-through licences ") ; définition de l'utilisateur contractuel ; droit de copie, responsabilité du fournisseur de contenus, etc. Les controverses suscitées depuis la mi-2000 par les dispositions expérimentales de l'UCITA naissaient toutes de ce que ces dispositions privaient les acteurs du " commerce des contenus ", et avant tout les utilisateurs, du cadre familial qui régissait jusqu'alors les usages : celui du Copyright Act. D'une part parce que à la différence des lois sur le Copyright, qui constituent un corpus juridique de niveau fédéral, garanti par des dispositions constitutionnelles (1^{er}. Amendement, article 8 ; clause 8), les dispositions

dérivant de l'UCITA, même harmonisées, auraient relevé du droit contractuel de chaque Etat, qui présente en termes de jurisprudence d'importantes variations. Mais surtout, en recourant systématiquement pour la mise à disposition de contenus électronique à la notion de *licence d'usage* et non plus à la notion de *contrat de vente* dont relevait naguère l'achat d'un ouvrage, d'un vidéogramme ou la souscription d'un abonnement, les dispositions UCITA se proposaient de modifier radicalement la relation de l'utilisateur aux contenus payants.

Dans le cadre d'une *vente* de contenus il y a cession, même partielle, au profit de l'utilisateur final, des droits de propriété intellectuelle attachés à l'objet de la vente. C'est cette cession partielle qui autorise par exemple une copie privée de l'ouvrage acquis ou qui rend possible le prêt inter bibliothèques.

Dans le cadre d'un contrat de licence d'usage, le produit n'a pas été vendu, mais " prêté " à certaines conditions : la transaction ne relève nullement du "Copyright law ", (sauf en cas d'utilisation abusive de l'utilisateur) mais du simple droit contractuel encadrant ce prêt conditionnel. Des conditions qui seront définies par le "prêteur ", c'est à dire l'éditeur du produit licencié. Les bibliothèques et centres de documentation américains fondaient à juste titre leur opposition à l'UCITA sur le fait que ce basculement vers des dispositions contractuelles était par essence très défavorable à l'utilisateur : les licences d'usage pourraient, sans être considérés comme abusives, interdire le prêt à d'autres utilisateurs du matériel licencié ("*Je – l'éditeur – te prête cette revue électronique, mais à la condition expresse de ne pas la prêter à d'autres* "). De même pourrait être interdit l'archivage électronique ("*je te prête – contre redevance – le flux, mais pas le stock* ") de ces mêmes matériaux, de façon à ce que l'éditeur puisse vendre séparément une prestation d'accès au fonds rétrospectif.

Selon ses opposants, l'UCITA donnait de plus une base juridique solide à des pratiques déjà en vigueur mais contestées, restreignant les possibilités d'expression critique des utilisateurs relativement aux produits pour lesquels ils souscrivent un contrat de licence. Des clauses du type "*l'utilisateur ne pourra publier d'évaluation critique du produit sans l'accord explicite de l'éditeur* " auraient en effet été tout à fait légales dans le cadre de l'UCITA. Enfin dernier point qui renforçait sérieusement la main des éditeurs dans leurs rapports parfois conflictuels avec les usagers : la possibilité d'introduire dans les contrats de licence des clauses " punitives " automatiques en cas de non-respect supposé des accords de licence : un fournisseur de fil d'information en ligne, de revue électronique, aurait pu désormais interrompre unilatéralement son service en ligne en cas de comportement "abusif " de son client, sans avoir, comme par le passé à recourir aux tribunaux pour faire constater et sanctionner le comportement fautif de l'utilisateur.

Les dispositions de l'UCITA étaient si unilatérales que les associations d'utilisateurs ont trouvé pour leur faire barrage des alliés de poids dans beaucoup d'Attorney généraux (Ministres de la justice) des Etats dans lesquels un projet d'introduction dans la législation locale de ces dispositions avaient été présenté. Seuls le Maryland et la Virginie ont au final introduit dans leurs législations les dispositions de l'UCITA. A contrario, fait tout à fait inédit et qui illustre bien l'intensité du débat autour de l'UCITA, quatre Etats (Vermont, Iowa, Caroline-du-Nord, West Virginia) ont adopté des législations (dites « bomb shelter ») pour interdire l'introduction dans le droit local de dispositions inspirées de l'UCITA

Les opposants à l'UCITA s'étaient regroupés au sein de l'association AFFECT (*The Americans for Fair Electronic Commerce Transactions*). AFFECT regroupe des acteurs aussi différents que les fédérations d'associations de bibliothèques, les fédérations des professions

de la finance (grands consommateurs d'information en ligne...), les revendeurs de produits électroniques, les groupement d'avocats spécialisés dans la défense des consommateurs. L'un des enseignement du « feuillet UCITA » est d'ailleurs cette capacité des usagers américains et de leurs alliés à s'organiser pour peser de façon efficace dans l'élaboration du cadre législatif et réglementaire de façon à être un véritable contre-pouvoir face aux pressions des grands intérêts sectoriels.

Le feuillet UCITA ne s'achève cependant pas avec la décision du *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* de ne plus chercher à promouvoir activement cette norme : il ne fait pas de doute que ces dispositions reflétaient un front très unis des producteurs de contenus pour faire évoluer le cadre contractuel de l'accès payant à l'information vers la notion de licence d'usage et que cette tendance reste à l'œuvre dans l'évolution des dispositions contractuelles encadrant l'usage des ressources électroniques, y compris de ce côté-ci de l'Atlantique

Source : La Dépêche du GFII, 28 Août 2003, reproduit avec l'aimable autorisation de l'éditeur, GFII (Groupement Français de l'Industrie de l'Information) et du journaliste auteur de cet article.

11.7 - Fiche N° 7 : La réalisation d'une base de données

1 - Les principales difficultés juridiques :

Depuis une directive Européenne de 1996 transposée en droit français, les bases de données (définies comme un assemblage de données agrégées dans le cadre d'une organisation logique prédéfinie)¹⁰ peuvent bénéficier d'un double régime de protection :

d'une part, le droit d'auteur lui est applicable, si elles répondent au critère d'originalité c'est à dire si leurs éléments unitaires (données elles mêmes) mais aussi éventuellement leur cadre d'organisation logique (nomenclature, indexation) sont des créations originales ;

d'autre part, un droit spécifique des bases de données a été institué. Il s'applique dès lors que la conception et la réalisation de la base de données représentent un investissement intellectuel et financier substantiel. Cet investissement économique est générateur en droit européen d'un droit « sui generis » de propriété intellectuelle sur la base de données produit de cet investissement.

On remarquera que ces deux types de droits agissent sur des registres différents : une compilation dans un annuaire spécialisé de données sur les entreprises qui n'ont rien d'une création originale puisqu'ils sont accessibles dans des sources publiques, peut être protégé au titre du droit sui generis des bases de données si cette compilation représente un effort économique propre au créateur de la base de données.

Le droit des bases de données étant un droit sui generis c'est la nature même du travail de création ou de compilation et d'organisation de données que le commanditaire public va faire réaliser à son prestataire dans le cadre d'une commande publique qui déterminera l'existence de ce droit. La principale difficulté tient en fait à l'identification précise du commanditaire public comme l'« investisseur » qui est directement à l'origine de la création de la base de données.

¹⁰ On notera que dans cette définition la notion de base de données – même si elle est le plus souvent associée à une forme numérique – est indépendante du support : un annuaire, un répertoire papier peuvent en droit européen être protégés au titre du droit des bases de données

2 – Des solutions concrètes :

Le contrat de commande publique portant sur la production déléguée d'une base de données devra explicitement faire référence au droit spécifique de celles-ci et désigner clairement le commanditaire public comme étant l'opérateur économique ayant au travers de la rémunération de la prestation supporté les coûts de constitution de la base de données.

Le contrat devra explicitement stipuler que le prestataire reconnait expressément le commanditaire des droits sui generis associés à la constitution et à la mise à jour de cette base. Le prestataire devra explicitement se voir interdire toute duplication ou tout usage de la base à ses propres fins ou pour le compte de tiers, que cet usage soit gratuit ou non, sans l'autorisation expresse préalable du commanditaire.

Le commanditaire public de la base devra, s'ils relèvent de sa propre création, revendiquer la propriété exclusive des éléments (nomenclature, indexation, codes visuels) contribuant à l'organisation de la base et à son exploitation par ses usagers. Si ces éléments dits « métadonnées » sont créés par le prestataire, le contrat de commande devra préciser s'ils le sont pour le compte exclusif du commanditaire public et si la rémunération de la prestation implique bien un transfert intégral des droits de propriété intellectuelle de ces éléments au bénéfice du commanditaire. Dans le cas contraire, les clauses contractuelles devront définir la titularité exacte des droits de propriété intellectuelle sur ces métadonnées et si elle n'est pas accordée de façon pleine et exclusive au commanditaire public, préciser que celui-ci sera cependant libre de les utiliser, sans rétribution ultérieure dans le cadre de l'utilisation de la base de données et de ses mises à jour. Il sera alors important de préciser le périmètre (idéalement le plus large possible du point de vue du commanditaire) au sein duquel est reconnu au commanditaire ce droit d'usage des métadonnées.

Comme pour toute création facilement duplicable ou alimentable par des modalités de copier-coller plus ou moins sophistiquées (on se souvient des routines informatiques qui permettaient à des prestataires de marketing direct de prélever les contenus des listes d'abonnés au téléphone en se connectant et en se déconnectant puis en se reconnectant à l'annuaire électronique accessible gratuitement durant les trois premières minutes sur le 36 11) la commande d'une base de données comportera des clauses d'originalité et de non duplication comme celles évoquées pour les logiciels.

11.8 - Fiche N° 8 : La commande d'une brochure illustrée

1 - Les principales difficultés juridiques :

Une brochure illustrée, en ce qu'elle associe différents types de création (textes, illustrations, photos, maquette de mise en page) est l'exemple le plus simple de *création composite* supposant l'intervention d'un maître d'œuvre « ensemblier ».

Ses éléments étant nettement individualisés et la maîtrise d'œuvre étant confiée en général à un prestataire unique (à moins que le commanditaire public ne joue lui-même ce rôle de maître d'œuvre en commandant séparément les différents éléments constitutifs de la brochure), *une brochure relève a priori d'un régime d'exception, celui de la création collective, qui simplifie la question des transferts de droits.*

L'œuvre collective constitue une exception quant à la titularité des droits de propriété intellectuelle en ce que les personnes qui ont pris l'initiative de l'œuvre sont reconnues titulaires originaires des droits d'auteur (sans qu'il y ait donc besoin d'organiser une cession). Dans ce type de création, les droits d'auteur sont attribués automatiquement à la personne, physique ou morale, qui prend l'initiative, la direction et sous le nom de laquelle la publication est effectuée. Ce régime n'est applicable que si cette personne a effectivement conçu l'ensemble, seule, et que les contributions qui se fondent dans cet ensemble demeurent individualisables – sinon il s'agirait d'une œuvre de collaboration placée sous le régime de l'indivision.

Toutefois si le régime de l'œuvre collective est appliqué par défaut de par la simple finalité du contrat de commande visant à la production d'une brochure, le commanditaire public ne pourra utiliser individuellement aucun des éléments constitutifs de la brochure dans d'autres supports. **En fonction de la problématique de réutilisation (ou de la probable non réutilisation) des matériaux créés dans le cadre de l'édition d'une brochure, le commanditaire public devra décider de revendiquer (ou non) dans la commande initiale et pour les différentes créations individualisables intégrées dans la brochure, des droits d'usages autres que ceux relevant de cette création collective stricto sensu qu'est la brochure.**

En choisissant délibérément, pour se réserver une possibilité de réutilisation ultérieure, de s'éloigner, pour toute ou partie des éléments composant la brochure, du régime de la création collective dont celle-ci relève par défaut, le commanditaire public s'oblige à traiter la question des transferts de droits comme si chaque création individualisable était une commande à part entière ne relevant pas du régime de l'œuvre collective (même si les clauses de cession de droits en ce sens peuvent faire l'objet d'une rédaction globale, cf. ci-dessous)

On notera, de plus, que si ce droit n'est pas explicitement revendiqué dans la commande l'acquisition de droits pour des créations publiées dans une brochure imprimée n'entraîne nullement que le commanditaire public dispose ipso-facto du droit de transposer cette brochure sur un support numérique (une version PDF de la brochure accessible sur un site Internet par exemple), et ce même si la version électronique ne consiste qu'en une numérisation en mode image (fac-similé) de la brochure papier initiale. Le contrat de

commande publique devra toujours préciser que les créations livrées dans le cadre de l'élaboration de la brochure pourront l'être sur tout support et tout mode de diffusion.

Cette remarque est valable que la réalisation de la brochure se fasse par défaut dans le cadre du régime de l'œuvre collective, ou que le commanditaire public prévoit des clauses dérogatoires par rapport à ce régime. La diffusion sur un type de support donné (papier, vidéo, numérique) n'est possible que si le contrat de commande a explicitement prévu une cession de droits pour une exploitation sur ces supports.

2 - des solutions concrètes :

Les clauses de cession de droits :

Deux cas de figures se présentent dans la réalisation d'une brochure par une entité publique :

- Si la personne publique joue elle-même le rôle de direction et d' « ensemblier » en commandant à différents créateurs les éléments constitutifs de la brochure, elle est ipso facto reconnue comme titulaire des droits de propriété intellectuelle liés à l'œuvre collective que constitue la brochure. Si le commanditaire public ne souhaite pas déroger à l'application par défaut du régime de la création collective qui s'applique à une brochure illustrée, les droits de propriété intellectuelle lui sont automatiquement transférés pour ce seul usage (édition de la brochure) par le contrat de commande.

- Si la maîtrise d'œuvre de la brochure est confiée (cas fréquent) par le commanditaire public à un prestataire spécialisé (une agence de communication le plus souvent) les droits primaires sur l'œuvre collective qu'est la brochure sont attribués à ce prestataires qui aura contracté avec les différents créateurs mobilisés et les aura rémunérés. La commande publique prévoira alors au bénéfice du commanditaire un transfert des droits de propriété sur l'œuvre collective qu'est la brochure, droits détenus en première instance par le prestataire.

Si le commanditaire public souhaite s'écarter du cas de figure simple de la création collective, pour pouvoir réutiliser individuellement chacune des créations composant la brochure, cette acquisition des droits patrimoniaux pour tous usages et tous types d'exploitation, en dehors du cadre de l'œuvre collective, de chaque création individualisable doit faire l'objet d'une mention explicite dans le contrat de commande. Cette mention peut être globale : « *En vertu du présent contrat, le commanditaire se voit reconnu, au delà des droits liés à leur usage dans le cadre d'une brochure, l'intégralité des droits patrimoniaux sur les différentes créations (textes, illustrations graphiques ou photographiques, typographie et maquette de mise en page) composant la brochure objet de la présente commande, et ce pour tous usages, tous modes d'exploitation et tous supports de reproduction ou de diffusion. Le commanditaire ayant par le présent contrat acquis, en contrepartie de la rétribution prévue ci-dessous, l'intégralité des droits patrimoniaux sur chacune des créations intervenant dans le cadre de la réalisation de la brochure objet de la commande, les éventuelles réutilisations ultérieures de ces créations dans un cadre autre que celui de la brochure ne donneront lieu à aucune autorisation préalable ni à aucune rémunération supplémentaire des personnes physiques ou morales ayant cédé leurs droits en vertu du présent contrat* » .

Si le commanditaire public assure lui-même la réalisation de la brochure en passant différentes commandes à différents créateurs ou prestataires dont il coordonne les apports, ces

mentions dérogatoires au régime de l'œuvre collective devront figurer dans chaque contrat de commande.

Si le commanditaire public sous-traite ce rôle de maître d'œuvre à un prestataire spécialisé, cette revendication d'une cession de droits autorisant une éventuelle réutilisation individuelle des matériaux constitutifs de la brochure dans d'autres productions, le type de clause énoncé précédemment devra figurer en bonne place dans le contrat formalisant la commande.

Cette revendication contractuelle n'est cependant pas suffisante. Parce que le prestataire « ensemblier » bénéficiaire de la commande publique aura à son tour commandé par contrat à des prestataires-tiers ou à des créateurs individuels la réalisation des créations composant la brochure, se pose la question de la « cohérence dans la chaîne des droits » (et du respect des droits de propriété intellectuelle par chacun des maillons de cette chaîne).

En d'autres termes, il appartient au commanditaire public, qui est en dernier ressort « l'exploitant » des produits de ces créations, de s'assurer que les « tierces parties » concourant aux créations intégrées dans la brochure ont bien cédé leurs droits dans des termes compatibles avec la possibilité de réutilisation et la pluralité d'usages et de supports que le commanditaire public revendique dès lors qu'il souhaite s'écarter des dispositions spécifiques à la notion d'œuvre collective.

Deux possibilités concrètes s'offrent dans le cadre du contrat de commande pour traiter de ce problème :

- il peut être traité indirectement sous forme de clauses de garanties (cf. ci-dessous),
- il peut être traité directement, le commanditaire public exigeant dans la commande la possibilité de vérifier « de visu » et préalablement à leur signature les contrats de « sous-traitance » stipulés par le bénéficiaire de la commande dans le cadre de la réalisation de celle-ci, de façon à s'assurer que ces contrats « secondaires » prévoient bien des cessions de droits telles que le commanditaire public pourra sans contrainte réutiliser à sa guise les éléments créés dans le cadre de l'élaboration de la brochure.

Le commanditaire public doit se souvenir que seuls les droits patrimoniaux sont cessibles par le contrat de commande, les droits moraux des créateurs ayant participé à l'élaboration des matériaux de la brochure (créateurs de textes, de photos, d'illustrations, mais aussi d'éléments plus diffus comme la maquette de mise en page de ces matériaux, si cette maquette relève d'une création originale) sont incessibles et imprescriptibles. Les dispositions énumérées aux points précédents ne peuvent donc concerner que les droits patrimoniaux des créateurs ou des prestataires qui les emploient, mais non les droits moraux. Le commanditaire public, en cas de réutilisation pour d'autres usages des éléments constitutifs de la brochure, devra évaluer (ou faire évaluer par un juriste spécialiste de la propriété intellectuelle) si ces usages non prévus dans le contrat initial de commande (ou traités uniquement sous l'angle de la cession des droits patrimoniaux) ne posent pas de problèmes en regard du respect du droit moral des créateurs.

Même prévue dans la commande initiale, une réutilisation de tout ou partie des matériaux de la brochure posera problème si cette réutilisation ultérieure est liée à un produit ou un service commercialisé, alors que la commande initiale portait sur leur utilisation dans le cadre d'une brochure ne faisant pas l'objet d'une exploitation commerciale (brochure institutionnelle par exemple). Dans la revendication extensive des droits liés à des usages secondaires des matériaux constitutifs de la brochure, le commanditaire public peut toujours prendre la précaution d'indiquer que les droits sont cédés pour « tous usages, commerciaux ou non ».

Cette formulation ne peut cependant contredire (à quelques exceptions près) ce principe fondamental qu'est l'intéressement des créateurs à l'exploitation commerciale de leur création, intéressement qui doit respecter le principe de proportionnalité aux recettes. Inscrite dans un second temps dans un ouvrage payant, l'exploitation d'une création (par exemple une photo ou une illustration) commandée dans le cadre de la réalisation d'une brochure non-commerciale, devra faire le plus souvent l'objet d'une recherche d'autorisation spécifique préalable à l'exploitation et prévoyant explicitement des clauses de rémunération conformes à la jurisprudence du « droit d'auteur ».

Clauses de garanties :

Ce seront celles, classiques, introduites dans toute commande d'une création soumise au « droit d'auteur » :

- **garantie de l'originalité de la création.** Cette garantie vise non seulement à assurer la valeur du résultat, mais aussi à protéger la personne publique de toute revendication par des tiers arguant d'une similarité avec leurs propres créations. Lorsque l'objet de la commande mobilise au sein d'une même réalisation des matériaux distincts (ce qui est le cas pour une brochure) spécifiquement créés pour lui, cette clause précisera que la garantie d'originalité porte aussi bien sur l'objet de la commande lui-même que sur chacun des éléments originaux concourant à sa réalisation.
- **garantie par le fournisseur qu'il est bien titulaire des droits patrimoniaux cédés par contrat.** La formulation de cette garantie relative à la titularité des droits cédés doit être cohérente avec les clauses de cession de droit. Si le commanditaire public souhaite ménager la possibilité d'une réutilisation autonome dans d'autres supports des créations individuelles entrant dans la composition de la brochure, le prestataire « ensemblier » auprès duquel aura été confiée la coordination de la production de cette brochure dans le cadre d'une prestation globale devra ainsi garantir dans une clause spécifique qu'il est bien titulaire des droits permettant ces réutilisations dérogatoires au régime de la création collective.
- **garantie du respect par tous les intervenants de la chaîne de réalisation de la commande publique que les droits de propriété intellectuelle de tous les contributeurs ont été respectés.** *Si le produit objet de la commande incorpore, comme c'est le cas pour une brochure des créations fournies par des tiers, le bénéficiaire de la commande publique devra se porter fort du respect des droits de propriété intellectuelle par ses propres « fournisseurs ». Cette clause renforce et précise la précédente. Cette clause pourra préciser que le bénéficiaire de la commande devra mettre en œuvre tous moyens pour s'assurer auprès de ses fournisseurs d'un traitement adéquat des questions de droits de propriété intellectuelle. Cette clause est à vrai dire redondante avec la précédente, qui pose le principe de portée plus générale d'une garantie du fournisseur sur la titularité des droits qu'il cède. Mais elle est utile en ce qu'elle met l'accent sur cette notion de "chaîne des droits" et qu'elle incite le fournisseur à "remonter" cette chaîne pour s'assurer que sa propre vigilance n'a pas été prise en défaut sur l'un quelconque des apports qu'il mobilise ;*

garanties relatives au respect du droit moral des créateurs. *Le droit moral étant incessible par contrat, le respect de celui-ci s'impose in fine au commanditaire public « exploitant » (dans le cadre d'une brochure par exemple, mais la remarque est de portée plus générale) les créations auxquelles sont attachés ces droits moraux. Le respect des "contraintes résiduelles" d'exploitation éventuellement liées au droit moral suppose que le commanditaire ait été*

convenablement informé de possibles dispositions spécifiques voulues par le créateur. Dans le cadre d'une œuvre composite telle qu'une brochure, à chaque création originale incluse dans la brochure sont attachés, au bénéfice du créateur, des droits moraux inaliénables. On retrouve au niveau du droit moral la notion de "chaîne de droits". L'obligation du fournisseur bénéficiaire de la commande publique est ici une obligation d'information. Une clause devra garantir que le fournisseur aura porté à la connaissance (sous forme d'un dossier spécifique annexé au contrat) du commanditaire, s'il en existe, toutes les sujétions particulières pouvant être liées au droit moral des créateurs.

Ces **clauses de garanties** sont inopérantes si, comme il est d'usage en droit contractuel, elles ne sont complétées de **clauses de responsabilité** et de **clauses de pénalités** qui précisent les conséquences concrètes pour le fournisseur d'un défaut sur les garanties apportées de par les clauses du contrat de commande.

11.9 - Fiche N° 9 : La commande d'un logo

1 - Les principales difficultés juridiques :

Elles résultent du fait qu'un logo relève d'un double régime de propriété intellectuelle. Comme toute création, ici une création plastique, elle relève du « droit d'auteur ». Le commanditaire public devra donc s'assurer que tous les droits (patrimoniaux et moraux) – et leur éventuelle adaptation – lui auront bien été transféré par contrat par le prestataire (en général une agence de communication) auquel aura été confiée cette création, mais aussi que ce prestataire s'est lui-même assuré par contrat auprès des graphistes créateurs d'un transfert de droits exhaustif.

Utilisé comme « identifiant » dans des matériaux de communication le logo relève par ailleurs du droit des marques. La lutte contre une utilisation abusive du logo par des tiers passe donc par un dépôt de ce logo auprès de l'INPI (en France) qui accordera une protection de cette création au titre du droit des marques.

Attention ! Le transfert au commanditaire public des droits patrimoniaux et moraux des créateurs et du prestataire auquel est confié la création du logo d'une part, la protection de ce logo au titre du droit des marques relèvent de deux procédures radicalement différentes, qui ne sont pas inclusives l'une de l'autre, et qui interviennent en deux temps différents :

- le transfert des « droits d'auteur » (du prestataire et du créateur) doit être traité de façon exhaustive dans le contrat de commande liant le commanditaire public à l'agence ou au créateur auxquels sont confiés la démarche créative. Ce contrat de commande précède la création ;
- la protection au titre du droit des marques est recherchée dans un second temps, lorsque le logo est définitivement créé, par dépôt auprès de l'INPI ou de l'Office pour l'Harmonisation du Marché Intérieur (OHMI, organisme européen) si une protection sur l'ensemble du territoire de la Communauté Européenne est recherchée.

2 - Des solutions concrètes :

Au niveau du contrat de commande du logo

Clauses de cession de droits :

- le contrat de commande devra stipuler un transfert de droit le plus exhaustif possible au bénéfice du commanditaire public ;
- il devra stipuler que le commanditaire se réserve toute faculté de modification de la création objet de la prestation (forme, couleurs, mentions textuelles associées au logo, association du logo à d'autres éléments graphiques) sans avoir à solliciter l'autorisation du prestataire ni des créateurs employés par celui-ci et qui auraient été associés à la création du logo ;
- il devra stipuler au bénéfice du commanditaire public le droit d'utiliser le logo dans tout contexte, indépendamment du contexte éventuellement prévu au moment de la commande initiale ;

- il sera explicitement précisé que si le logo est apposé sur des biens (ouvrages..) ou contremarques d'un service (ticket d'exposition, ticket de parking, etc.) faisant l'objet d'une exploitation commerciale de la part du commanditaire public ou de ses concessionnaires, cette association du logo à des produits ou services commerciaux ne donnera pas lieu à rétribution supplémentaire ;

Clauses de garanties et de responsabilité :

Comme toute création originale un logo doit faire l'objet d'un triple clause de garantie de la part du prestataire ou du créateur le réalisant : garantie de l'originalité de la création, garantie quant à la titularité effective des droits cédés, garantie du respect des droits de propriété intellectuelle des tiers ayant éventuellement concouru à la création (on se reportera à la fiche suivante «commande d'un brochure » ou à la p. pour une analyse plus fine de ces trois types de garanties)

Pour renforcer ces garanties, la commande du logo :

- comportera une clause impliquant la responsabilité directe et exclusive du prestataire bénéficiaire de la commande publique du logo au cas ou des ayants-droits tiers (par exemple le créateur salarié) engageraient un contentieux à propos de l'une quelconque des dispositions évoquées ci-dessus ;
- cette clause de responsabilité sera assortie de clauses de pénalité classiques, prévoyant par exemple, au delà du remboursement du prix de la commande, la prise en charge par le prestataire de tous frais de justice, dommages et intérêts auxquels pourrait être condamné le commanditaire public dans le cadre de ces contentieux ;
- elle fera obligation au prestataire auquel est confié la création de vérifier par tous moyens – sous peine de son entière et exclusive responsabilité – que la création proposée ne présente pas de similarités telles avec d'autres création, que les droits reconnus au commanditaire public puissent être contestés par des tiers pour défaut d'originalité ;
- en particulier il sera imposé au prestataire d'effectuer auprès des organismes compétents (l'INPI ou l'OHMI dans le contexte français et européen) une recherche d'antériorité prouvant que le logo proposé comme produit de la commande pourra bien être dans un second temps protégé au titre du droit des marques (attention cette recherche d'antériorité imposée au prestataire ne se substitue pas à celle que le commanditaire public devra effectuer au moment du dépôt du logo en tant que déposant !).

De plus :

La commande d'un logo amène en général le prestataire à soumettre au commanditaire (ici public) plusieurs maquettes de logo entre lesquelles le commanditaire devra au final choisir. Ces créations alternatives sont à l'évidence un « produit » de la commande, rémunéré par elle. Il appartient au commanditaire de définir par le contrat de commande le « statut » au titre de la propriété intellectuelle de ces « créations annexes ».

Deux solutions peuvent être mises en œuvre par le commanditaire public pour traiter ce problème spécifique :

- le contrat de commande peut prévoir que toutes les maquettes de logos élaborées par le prestataire font l'objet au bénéfice du commanditaire public d'un transfert plein et

entier des droits de propriété intellectuelle suivant les clauses et modalités énumérées ci-dessus. Ce qui est acheté dans le cadre de la commande publique est alors un nombre limité (en général défini dans le contrat) de créations de logos, et les clauses de cessions de droits, de responsabilité, etc. sont alors définies en relation à cet ensemble de créations distinctes. Le choix par le commanditaire de l'une ou l'autre de ces créations et leurs usages n'est pas alors un élément contractuel. Le commanditaire pourra ainsi stipuler qu'il se réserve le droit de tous usages de l'ensemble des créations proposées par le prestataire-créateur.

- Le contrat de commande porte bien sur un logo et un seul. En général le contrat de commande prévoit cependant la proposition par le prestataire de plusieurs maquettes alternatives de logos, entre lesquelles le commanditaire devra *explicitement* formuler son choix. Les clauses de transfert de droits et de responsabilité (cf. ci-dessus) ne porteront alors que sur le logo désigné comme produit final de la commande. Le commanditaire public peut cependant souhaiter que son prestataire ne puisse tirer un avantage économique secondaire indu en revendant à des tiers les créations élaborées dans le cadre de sa commande mais qui n'auront pas été retenues dans le cadre de sa sélection finale d'un seul logo. Le contrat peut alors stipuler qu'aucune des maquettes soumises au commanditaire pour finaliser son choix de logo ne pourra faire l'objet de la part du prestataire d'une quelconque exploitation, commerciale ou non.

Une disposition de ce type évitera par exemple qu'une collectivité territoriale ne découvre qu'une maquette de logo, qui lui aurait été soumise dans le cadre de sa commande (et dont la création a bien été rémunérée dans le cadre de cette commande) mais qu'elle avait exclu de son choix final ne puisse être reproposée et repayée – et éventuellement adoptée – par une collectivité territoriale voisine dans le cadre d'une autre commande publique. *Si des dispositions particulières à ces créations non retenues comme base du logo finalement choisi ne figurent pas dans la commande publique qui les a suscitées, leur réutilisation dans le cadre d'autres commandes ne pourrait nullement, du seul point de vue juridique, être considérée comme abusive.*

Au niveau de la protection du logo au titre du droit des marques

La procédure de dépôt d'un logo auprès de l'INPI ou de l'OHMI pour sa protection au titre du droit des marques ne présente pas de difficultés particulières. Signalons cependant :

- que le déposant (ici le commanditaire public) doit effectuer systématiquement (ou faire effectuer par les services compétents de l'INPI) une recherche d'antériorité démontrant que le logo déposé ne présente pas de similarités telles avec un logo déposé antérieurement qu'il risquerait d'être contesté pour défaut d'originalité. *Cette recherche d'antériorité effectuée par le déposant au moment du dépôt s'impose même si le prestataire créateur du logo a lui-même effectué une recherche d'antériorité au stade de la finalisation de la ou des maquettes de logo proposées.*
- *la reconnaissance d'une protection au titre du droit des marques pour le logo objet de la commande publique doit intervenir très rapidement après finalisation du choix du logo.* Le droit des marques stipule en effet que la protection est accordée au premier déposant, sous réserve d'une originalité de la création déposée. Or certaines créations graphiques (et les logos n'échappent pas à cette règle) sont « dans l'air du temps » et il arrive (même si le cas n'est pas très fréquent) que par simple « convergence créatrice »

un autre déposant fasse enregistrer en toute bonne foi et de plein droit une création suffisamment proche du logo, objet de la commande publique, pour que celui-ci ne puisse ultérieurement faire l'objet d'une protection au titre du droit des marques. En réduisant au minimum le temps séparant le choix définitif d'un logo et l'engagement de la procédure de protection au titre du droit des marques, on réduit au maximum la probabilité que ne se produisent de telles « interférences ». S'il se révèle que le logo ou une variante suffisamment proche a déjà fait l'objet d'un dépôt au titre du droit des marques, le commanditaire public n'aura d'autres solutions que de démontrer devant les tribunaux (ce qui n'est pas toujours possible) que le premier déposant a agi de façon abusive (en démontrant par exemple une contrefaçon de la création originale support du logo). Si ce n'est pas le cas le commanditaire public n'aura d'autre solution que d'abandonner l'exploitation du logo litigieux ou bien de racheter – dans un position de négociation peu confortable - au premier déposant les droits de propriété industrielle (droit des marques) sur le logo et ses variantes.

- La protection au titre du droit des marques doit se faire dans un cadre géographique et thématique déterminé, qui seront précisés dans le cadre du formulaire de dépôt. Un logo ayant le plus souvent une valeur d'identifiant générique, le déposant public aura tout intérêt à étendre à l'optimal (dans le cadre d'une analyse coûts/bénéfice : plus la protection est étendue, plus les redevances perçues par les offices accordant la protection sont élevées) le cadre géographique et thématique de la protection.
- Lorsque que le logo est une variation graphique sur des éléments alpha-numériques (par exemple la « mise en graphique » d'un acronyme : SNCF, EDF...), le commanditaire (ici public) aura tout intérêt à rechercher, si possible, une double protection de l'objet de la commande au titre de la création graphique (protection du logo proprement dit) d'une part, au titre de la marque « littérale » (séquence alphanumérique) reflétée dans le logo d'autre part. En droit des marques, la protection de la création graphique proprement dite et la protection de la « marque littérale » (suite de caractères alphanumériques) qui sert éventuellement de « matière » à la création graphique relèvent en effet de deux types de protection distinctes (mais qui peuvent être accordées dans le cadre d'une même procédure).

11.10 - Fiche N°10 : La commande d'une œuvre d'art

1 - Les principales difficultés juridiques :

Comme pour la commande d'architecture évoquée plus haut, la commande d'œuvres d'art, sans doute l'une des fonctions les plus anciennes et les plus nobles de la commande publique, pose d'abord des difficultés liées au droit moral inaliénable de l'artiste et théoriquement non limité dans la durée. Ce droit moral pourra conduire l'artiste, si des clauses ne l'ont pas explicitement prévu, à refuser une modification de l'emplacement pour lequel l'œuvre a originalement été prévue, à refuser son intégration au sein d'une exposition temporaire, à refuser qu'elle soit photographiée, etc.

Comme l'architecte, l'artiste dispose d'un droit à l'image sur son œuvre : toute reproduction – le plus souvent par la photographie mais tout mode de reproduction est potentiellement concerné suppose théoriquement un accord préalable de sa part. Toute exploitation commerciale de ces reproductions doit obligatoirement donner lieu à rémunération de l'artiste.

L'artiste plasticien dispose, de plus, d'un droit spécifique dit de «représentation» qui le laisse théoriquement entièrement juge des conditions dans lesquelles son œuvre peut ou ne peut pas être présentée, et toute présentation en dehors d'un lieu qui est supposé être le « clos » de l'entité ayant passé commande (par exemple une exposition temporaire) suppose son autorisation et éventuellement son intéressement pécuniaire si cette « présentation » est génératrice de recettes.

Une autre difficulté tient à ce que la création artistique devient de plus en plus multiformes : l'éclairage d'un monument, une « intervention » d'artiste sur un lieu urbain, relèvent de la création artistique et du droit moral de l'artiste.

2 - Des solutions concrètes

Il est important pour un commanditaire public de prendre toute la dimension du droit moral et du droit de présentation dont bénéficie l'artiste. A partir de cette compréhension et de l'intérêt mutuel de l'artiste et du commanditaire la plupart des difficultés peuvent être aplanies.

Les clauses du contrat de commande de l'œuvre peuvent anticiper sur un certain nombre de situations (modification du lieu de présentation, participation à des expositions temporaires, utilisation de l'image de la création dans des matériaux de communication...) et préciser explicitement que l'artiste a donné par le contrat l'autorisation au commanditaire de procéder sous certaines conditions (information préalable...) à cette mobilisation dynamique de l'œuvre artistique. Ces clauses ne devront toutefois pas être trop extensives sous peine de se voir considérer en cas de contentieux comme nulles et non avenues par la Justice. En droit de la propriété intellectuelle, comme ailleurs, la loi prime sur le contrat.

La solution réside plutôt dans un code de « bonnes pratiques » qui passe par la reconnaissance du fait, assez contre-intuitif, que l'achat d'une œuvre d'art n'emporte pas une possession sans limites. A partir de là, le « propriétaire », en l'occurrence public de l'œuvre d'art de commande jugera des cas pratiques où il doit tenir compte des droits spécifiques du créateur.

Dernière précision, le droit moral reconnu à l'artiste n'est pas proportionnel à sa notoriété : a priori le commanditaire public doit adopter avec un « petit » artiste le même code de bonne conduite qu'avec un grand nom des biennales.

ANNEXES

BIBLIOGRAPHIE

MARCHE PUBLIC

Sources :

Code des Marchés Publics et nouveau Code des Marchés Publics, D. n°2001-210 du 7 mars 2001, en vigueur au 8 sept.2001.

Cinq directives communautaires : Dir. Cons. 93/36 du 14 juin 1993 (fournitures) ; Dir. Cons. 92/50 du 18 juin 1992 (services) ; Dir. Cons. 89/665 du 21 sept. 1989 (procédures de recours fournitures, travaux, services) ; Dir. Cons. 93/38 du 14 juin 1993 (« secteurs exclus » : eau, énergie, transports et télécommunications) ; Dir. Cons. 92/13 du 25 fév. 1992 (recours « secteurs exclus »)

Bibliographie :

Droit des Marchés Publics, Le Moniteur, sous la direction de C. Brechon-Moulens.

Les Marchés Publics de prestations intellectuelles, G. Domergue, LGDJ, 1992

Les Marchés Publics de prestations intellectuelles, ADPE, Le Moniteur, 1982.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Sources :

Code de la propriété intellectuelle ; accessible sur Légifrance.gouv.fr

Editions papier : Code annoté et commenté de la Propriété Intellectuelle, Editions Dalloz, Paris, 2002

Code de la Propriété Intellectuelle annoté et augmenté de la jurisprudence, Editions Litec, Paris, 2002

Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information

La directive 2001/29/CE (22 mai 2001) du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information répond à la nécessité d'harmoniser les droits d'auteur et voisins dans le cadre du marché intérieur et de les adapter aux évolutions technologiques qui ont multiplié et diversifié les vecteurs de création, de production et d'exploitation. Elle répond aussi avec la directive sur le commerce électronique à l'objectif communautaire d'un cadre législatif pour la société de l'information.

Bibliographie :

(les notices bibliographiques ci-dessous sont empruntées, sauf les deux premières, au site www.educnet.education.fr)

Droit de la propriété littéraire et artistique, Précis Dalloz, 2002.

Droit d'auteur et droit voisin dans l'économie numérique, Litec, 2002

Droit d'auteur en général

Le droit d'auteur

Une synthèse sur la jurisprudence et l'application de la nouvelle loi suisse sur le droit d'auteur (1992). Ainsi qu'une confrontation du droit d'auteur avec les nouvelles techniques, les réseaux électroniques, les bases de données et le multimédia. L'environnement numérique conduit à la mondialisation de la propriété intellectuelle, dont témoignent des références au droit des principaux pays occidentaux, ainsi que la présentation du droit international privé et du droit européen. L'accent a été mis sur les exemples concrets.

DESSEMONTET François. *Le droit d'auteur*. Paris : CEDIDAC, 1999, LXXXIV-1067 p.

Droit d'auteur et accès à l'Information dans l'environnement numérique : étude

Cette étude a été présentée par Mireille Buydens, Séverine Dusollier, Yves Poulet, dans le cadre du Congrès INFOéthique 2000.

3 parties :

- L'évolution de la propriété intellectuelle vers un système de protection de l'investissement : le cas de la protection de données.
- Le sort des exceptions dans la société de l'information.
- L'utilisation des contrats et des mesures techniques dans la protection du droit d'auteur.

UNESCO. *Droit d'auteur et accès à l'Information dans l'environnement numérique : étude*. Congrès INFOéthique 2000. 48 p.

http://webworld.unesco.org/infoethics2000/fr_index.html

Le droit d'auteur dans l'édition

L'auteur dresse, à partir d'un point de vue juridique, un tableau des situations des différents acteurs et des facteurs du champ éditorial.

FAULTRIER-TRAVERS Sandra de. *Le droit d'auteur dans l'édition*. Paris : Imprimerie nationale (Arts du livre), 1993, 179 p.

Le droit d'auteur et l'édition

Le droit, qu'il s'agisse de la propriété littéraire et artistique comme du droit de l'information, a partie liée, quotidiennement, avec le métier d'éditeur : contrats, plagiat, domaine public, inédits, droit de prêt, respect de l'œuvre, diffamation, vie privée.

Entièrement remise à jour, cette édition a été augmentée sur de nombreux points qui concernent notamment : le multimédia, les bases de données, le droit à l'image, la durée des droits d'auteur, les clauses de cession de droits dans les contrats de travail, les

archives ou encore les adaptations audiovisuelles. De nouveaux modèles de contrats, de multiples références bibliographiques ainsi que de larges extraits du Code de la propriété intellectuelle et des Codes des usages y ont été ajoutés.

PIERRAT Emmanuel. *Le droit d'auteur et l'édition*. Paris : Electre, Ed. du Cercle de la Librairie, 1998, 192 p. + 1 disquette PC/Mac

Le droit du traitement de l'information

Le développement que connaissent la circulation et la mise à disposition de l'information donne aux problèmes de droit concernant la propriété intellectuelle une actualité nouvelle. Pour comprendre la grande diversité des règles et des régimes juridiques qui concernent ce domaine, cet ouvrage offre une synthèse claire des questions soulevées lors de la collecte de l'information, de la construction d'un ensemble informationnel (multimédia, base de données, ou tout autre regroupement informationnel) et de sa communication.

BIBENT Michel. *Le droit du traitement de l'information*. Paris : Nathan, ADDBS (128, Information et documentation), 2000, 128 p.

Guide du droit d'auteur à l'usage des éditeurs

Contrats, plagiat, domaine public, inédits, droit de prêt, respect de l'oeuvre, multimédia, diffamation, vie privée, etc. Le droit de l'information a désormais partie liée avec le métier d'éditeur.

Résolument pratique et détaillé, cet ouvrage propose à tout professionnel de l'édition d'acquiescer des réflexes de prudence et de répondre à des problèmes ponctuels.

PIERRAT Emmanuel. *Guide du droit d'auteur à l'usage des éditeurs*. Niort : Electre-Éditions du Cercle de la Librairie, 1995, 190 p.

Droits de Propriété intellectuelle

Quelles sont les conséquences d'un renforcement international des droits ?

Problèmes économiques, N° 2.736, 14 novembre 2001, 200 p. (*Economie internationale*), Emmanuel Combe et Etienne Pfister

Les Etats membres de l'Organisation mondiale du commerce se sont engagés en vertu de l'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce d'adopter et de faire respecter un certain nombre de standards minimums en matière de droit de propriété intellectuelle. Plusieurs facteurs expliquant l'accord sont facilement identifiables : importance de la technologie, défense des intérêts des pays industrialisés, etc. Les effets du renforcement de ces droits demeurent à la fois théoriquement et empiriquement controversés. Il est nécessaire de distinguer les effets statiques dans les pays du Sud et du Nord, les effets dynamiques ainsi que les effets sur les flux du commerce et d'investissement.

Oeuvre audiovisuelle

Rapport sur l'œuvre audiovisuelle

Rapport de David Kessler, Directeur général du Centre national de la cinématographie. Après avoir dressé un état des lieux de la réglementation sur l'œuvre, l'auteur a engagé une large concertation avec les organisations professionnelles concernées par la question et propose ici les premières conclusions. Il existe plusieurs approches de la notion d'œuvre audiovisuelle qui correspondent chacune à un besoin spécifique.

KESSLER David. *L'œuvre audiovisuelle. Rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication*. Paris : mars 2001. Téléchargeable sur le site du CNC. Format PDF, 22 p. Format Word, 22 p.

Oeuvre numérique

Le livre numérique

Ce rapport vise à analyser les enjeux culturels, socioculturels, économiques, juridiques de la nouvelle donne de circulation des idées et des textes. Il étudie en particulier l'impact des technologies de l'information sur la création et la diffusion-distribution. Il examine également l'état de l'art en matière de navigation et de numérisation.

CORDIER Alain, Commission de réflexion sur le livre numérique. *Le livre numérique. Rapport de la Commission de réflexion sur le livre numérique*, 1999.

Proposition de directive du parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

PAUL Christian. *Rapport sur la proposition de directive du parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*. Paris : Assemblée Nationale, 1999

Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina

L'auteur a été, dès 1965, témoin et acteur des rapports multiples que le droit a noués avec l'informatique puis avec la télématique. Les textes sont présentés selon une séquence thématique décrivant tour à tour le traitement par ordinateur de la documentation juridique, ses conséquences certaines ou possibles sur la vie du droit et l'irruption de l'information au cours des problèmes de société que les juristes devront résoudre dans l'ère qu'elle va dominer.

CATALA Pierre. *Le droit à l'épreuve du numérique : jus ex machina*. Paris : PUF (Droit, éthique, société), 1998, 352 p.

Droits d'auteur et numérique

Le droit d'auteur remis en question par le numérique : débat autour de la rémunération des auteurs, critique des sociétés de représentation des auteurs, le glissement de la notion de droit d'auteur au profit des créateurs, les intérêts des utilisateurs, ceux des grands groupes de communication, rôle de la propriété intellectuelle dans l'économie numérique.

FARCHY Joëlle, dir., RALLET Alain. *Droits d'auteur et numérique*. Paris : Hermès science publications, 2002, 224 p. : ill.

Droit d'auteur et numérique

L'auteur analyse les questions soulevées par l'adaptation du droit d'auteur et des droits voisins (producteurs et artistes-interprètes) à l'environnement numérique, après les traités de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) et à la lumière de la récente proposition de directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, y compris les plus controversés (qualification de l'oeuvre multimédia, droit *sui generis* reconnu aux producteurs de bases de données, butinage sur Internet, transmission numérique de la demande, avenir de l'exception de copie privée et du droit moral, gestion collective, détermination de la loi applicable à la diffusion des réseaux numériques).

LUCAS André. *Droit d'auteur et numérique*. Paris : Litec, 1998, 355 p.

Droits voisins du droit d'auteur et numérique

Le code de la propriété intellectuelle permet-il d'appréhender les problèmes juridiques posés par les nouvelles technologies ? L'auteur répond à cette question en analysant le domaine d'application de la loi et en décrivant les évolutions déjà opérées dans la loi tenant compte de l'évolution technologique. Enfin, il répond aux problèmes concrets que peuvent rencontrer les praticiens lorsque la loi est inadaptée, en regardant si des solutions peuvent être trouvées dans les directives européennes et les textes internationaux.

WEKSTEIN Isabelle. *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*. Paris : Litec (Droit@Litec), 2002, 212 p.

La numérisation des oeuvres : aspects de droits d'auteur et de droits voisins

Issu d'une thèse soutenue en 1999, cet ouvrage :

- fait le point sur la mise en oeuvre des outils contractuels, protection des droits d'auteurs et des droits voisins,
- expose les effets de la numérisation sur l'étendue de la gestion collective,
- montre les nécessaires remaniements du fonctionnement de la gestion collective.

NGUYEN DUC LONG Christiane, avant-propos Pierre Sirinelli. *La numérisation des oeuvres : aspects de droits d'auteur et de droits voisins*. Paris : Litec (Propriété intellectuelle), 2001, XI-371 p.

Oeuvre multimédia

La création multimédia et le droit

L'ouvrage s'articule autour de deux axes :

- la réalisation de la création multimédia (négociation des contrats, réalisation du multimédia et droits des personnes),
- la protection de la création multimédia (droit des créateurs, droit des producteurs de bases de données, droit de la concurrence déloyale).

MALLET-POUJOL Nathalie. *La création multimédia et le droit*. Paris : Litec (Droit@Litec), 2000, 206 p.

La création multimédia

Musique, photos, oeuvres vidéographiques... La création passe désormais par le numérique. Cette révolution culturelle impose aux différents acteurs concernés (auteurs, producteurs, investisseurs) la connaissance des règles juridiques applicables.

Cet ouvrage fournit les réflexes juridiques essentiels aussi bien pour la réalisation que pour l'exploitation de toute oeuvre multimédia.

GALLOT LE LORIER Marie-Anne, VARET Vincent. *La création multimédia*. Paris : Economica (Pratique du droit), 2000, 260 p.

Les créations multimédias

Au sommaire notamment :

- A la poursuite de l'oeuvre multimédia (P. Gaudrat)
- Du droit du multimédia au droit de l'unimedium (F. Sardain)
- De la qualification juridique à la régulation économique du multimédia : le précédent audiovisuel (D. Bougerol)
- La mutation du droit d'exploitation sous l'influence du multimédia (S. Grégoire).

Les créations multimédias. Paris : Hermès science publications (Revue droit des technologies avancées. 8-2), 2001, 256 p. : ill.

Le droit du multimédia

Internet pose des problèmes déjà soulevés par la télématique de la première génération. Il s'agit de concilier la propriété intellectuelle avec le droit à l'information, d'appliquer le droit d'auteur à des services traitant des données numérisées de toutes natures, d'assurer la confidentialité des réseaux et des systèmes, d'adapter le droit commercial et le droit social à la communication électronique.

HUET Pierre, AFTEL. *Le droit du multimédia : de la télématique à Internet. Rapport*. Paris : Ed. du Téléphone, 1996, 290 p.

Le droit du multimédia : du CD-ROM à l'Internet

Cet ouvrage présente le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les nouvelles technologies (multimédia, cédérom, Internet) et aborde ainsi les questions de contenu, responsabilité, protection, procédures de diffusion multimédia.

ASSERAF-OLIVIER Frédérique, BARBRY Eric. *Le droit du multimédia : du CD-ROM à l'Internet*. Paris : PUF (Que sais-je ?), 3e éd., 2001, 128 p.

Le multimédia et le droit

L'apparition des produits multimédias alliée aux techniques de la numérisation rend la frontière entre les différents droits en présence de plus en plus difficile à déterminer. La détermination des droits et des prérogatives de nombreux acteurs (prestataires de services, informaticiens...) ainsi que les conditions d'exploitation de l'oeuvre créée constituent autant de problèmes juridiques. Une des grandes difficultés sera d'appliquer à la réalité technique des règles juridiques spécifiques propres à respecter l'équilibre des droits et des parties en présence, quel que soit le secteur du marché concerné.

Cette deuxième édition comporte des mises à jour et développe de nouveaux aspects comme le métier de localisateur de produit multimédia dans l'entreprise (intranet, e-mail).

DEMNARD-TELLIER Isabelle, dir., Cabinet Alain BENSOUSSAN. *Le multimédia et le droit*. Paris : Hermès (Mémento-guide Alain Bensoussan), 2e éd., 1998, 736 p.

La production et l'édition multimédia : écriture du scénario, droits d'auteur et financement

Ce guide traite des problèmes du multimédia sous des angles variés qui reflètent l'opinion de partenaires venus d'horizons différents : auteurs, producteurs, éditeurs, syndicats, avocats.

Les points abordés sont les suivants : l'édition d'un programme multimédia (de l'idée à la distribution), la conception et l'écriture du scénario, la notion d'oeuvre multimédia (droit d'auteur, jurisprudence, dépôt légal), la protection des logiciels.

WILLEMONT Jacques, dir., Association des auteurs multimédias (AAM). *La production et l'édition multimédia : écriture du scénario, droits d'auteur et financement*. Paris : 2e éd., 1997, 238 p.

DÉPÔT LÉGAL

Dépôt légal, de l'écrit à l'électronique

Le régime du dépôt légal a suivi l'évolution des modes de communication. D'abord réservé aux moyens d'expression susceptibles d'être fixés sur un support matériel, il se développe aujourd'hui vers les informations faisant l'objet d'une communication immatérielle. Conçu initialement pour l'écrit (livre, périodique), le dépôt légal s'est imposé au son et à l'image (photogravure, partition musicale, phonogramme, vidéogramme). Il faut aujourd'hui l'envisager non seulement pour les documents électroniques matérialisés sur un support (documents multimédias, logiciels et bases de données) mais aussi pour les documents diffusés par réseau (on line).

L'ouvrage expose l'histoire du dépôt légal, la loi du 20 juin 1992 qui régit le dépôt et le dépôt légal des documents électroniques (off line et on line). Il reproduit en annexe les différents modèles de déclarations à remplir par les déposants ainsi que le texte de l'avant projet de loi sur la société de l'information.

BECOURT Daniel, CARNEROLI Sandrine. *Dépôt légal, de l'écrit à l'électronique*. Paris : Litec,

Organismes compétents en matière de Propriété Intellectuelle

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE - OMPI

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO

34 chemin des Colombettes

PO BOX 18 CH-1211

GENEVE 20 (Suisse)

Téléphone : (41 22) 338 9111

Télécopie : (41 22) 733 5428

<http://www.wipo.int>

INSTITUT NATIONAL DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE – INPI

Etablissement public à caractère administratif

26 bis, rue de Saint-Petersbourg

75800 PARIS (France)

Téléphone : (33) 01 53 04 53 04

Télécopie : (33) 01 42 93 59 30

<http://www.inpi.fr>

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie / Direction des relations économiques extérieures (DREE) / Sous-direction 6. Affaires multilatérales / Bureau 6B.

Services et propriété intellectuelle

139, rue de Bercy, Télédéc 221

75572 Paris Cedex 12

Téléphone : +33 1 53 18 82 52

Télécopie : +33 1 53 18 96 55

Jacques TEYSSIER D'ORFEUIL

ingénieur du GREF

Ministère de la culture et de la communication / Direction de l'administration générale / Sous-direction Affaires juridiques / Bureau Propriété littéraire et artistique

3, rue de Valois

75033 Paris Cedex 01

Téléphone : +33 1 40 15 80 00

Télécopie : +33 1 40 15 88 45

Télétel : 3615 CULTURE

Hélène de MONTLUC

helene.de-montluc@culture.gouv.fr

Liens utiles

- Fiches pratiques, accessibles sur le site service-public.fr :

Qu'appelle-t-on "contrefaçon" ?

Quel est le régime d'imposition à la TVA des droits d'auteur ?

Quelles sont les formalités à remplir pour créer une publication à caractère périodique ?

- Fiches pratiques accessibles sur le :

<http://www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/> :

La protection par le droit d'auteur - fiche N° 1

Les œuvres protégées - fiche N° 2

Les bénéficiaires de la protection - fiche N° 3

Les droits conférés - fiche - N° 4

Les exceptions - fiche N° 5

Les aspects contractuels - fiche N° 6

La protection par les droits voisins - fiche N° 7

Les droits conférés par les droits voisins - fiche N° 8

Les limitations à la protection des droits voisins - fiche N° 9

- Fiches accessibles sur le site www.ddm.premier-ministre.gouv.fr

1 - Protection des œuvres créées pour un site

La présentation d'un site est-elle protégeable par le droit d'auteur ?

2 - Protection d'œuvres préexistantes utilisées sur l'internet

Quels sont les éléments protégés ?

- Fiches accessibles sur Educnet

<http://www.educnet.education.fr/juri/default.htm>

- Droit d'auteur : fiches juridiques
- Qu'est-ce que le droit d'auteur ? Définition, sanctions
- Quelles sont les oeuvres protégées par le droit d'auteur ?
- Quelles autorisations doit-on demander ?
- Les actes dérogeant à la demande d'autorisation
- Les oeuvres totalement libres de droits
- Les oeuvres partiellement libres de droits

Glossaire

Le glossaire ci-dessous élaboré par le COMITE NATIONAL ANTI-CONTREFAÇON, est accessible sur : <http://www.industrie.gouv.fr/pratique/conseil/contrefa/gloss.pdf>

▲A

Action en contrefaçon : action judiciaire que je peux engager pour faire valoir mes droits de propriété intellectuelle.

Antériorité : document possédant une date certaine établi avant le mien. Ce document peut m'empêcher d'obtenir un droit exclusif et il est donc important de toujours effectuer des recherches d'antériorité.

Avocat : la liste des avocats spécialisés en droit de la propriété intellectuelle est disponible auprès de l'ordre des avocats départemental.

▲B

Brevet : titre de propriété industrielle délivré par l'Institut national de la propriété industrielle (Inpi) qui me confère un droit exclusif sur une invention pendant une période de 20 ans et qui me permet d'interdire à toute personne d'exploiter l'invention sans autorisation. On ne peut pas breveter une idée ; en revanche les moyens techniques mis en oeuvre pour la concrétiser peuvent être brevetables. Pour être brevetable, l'invention doit être nouvelle, c'est-à-dire non divulguée avant la date du dépôt (voir divulgation), présenter une activité inventive et être susceptible d'une application industrielle. La procédure de dépôt d'un brevet implique la publication de mon invention.

▲C

Cession : contrat par lequel je transfère à un tiers tout ou partie de mon droit de propriété . Pour les entreprises, la cession peut intervenir en cas de vente, de fusion, de regroupement ou d'absorption mais aussi lorsque l'entreprise négocie des contrats de distribution ou de licence avec des tiers. Pour être opposable aux tiers, la cession doit être inscrite aux registres de l'Inpi.

Classe : pour les marques, il existe une classification internationale de produits et de services. Quand je dépose une marque, je dois préciser les classes de dépôts et lister les produits ou les services que je souhaite protéger à l'intérieur de chaque classe.

Code de la propriété intellectuelle : recueil de textes juridiques relatifs aux droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins) et aux droits de propriété industrielle (droit des marques, droit des dessins et modèles, droit des brevets).

Concurrence déloyale : usage abusif de la liberté du commerce et de l'industrie. La bonne foi ne fait pas obstacle à une action en concurrence déloyale. Cette action peut sanctionner des comportements divers comme, par exemple, l'imitation des dessins et modèles, la copie des emballages et conditionnements et en général, tout acte de piratage, imitation, copie, inspiration. Dans certains cas, cette action peut également sanctionner la pratique de prix minorés ou inférieurs ou les agissements parasitaires (exemple : détourner au profit de son propre produit la notoriété d'un produit concurrent).

Conseil en propriété industrielle : personne habilitée à me conseiller, m'assister ou me représenter en vue de l'obtention, du maintien, de l'exploitation ou de la défense de mes droits de propriété industrielle. Le conseil n'est pas habilité à plaider devant les tribunaux. La Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle (CNCPI) regroupe tous les conseils ou cabinets de conseils en marques, dessins et modèles, brevets. Elle peut m'adresser la liste de ses membres qui est aussi disponible à l'Inpi.

Contrefaçon : atteinte portée à l'un des droits garantis par le code de la propriété intellectuelle. La contrefaçon revêt des formes multiples – copie, imitation, piratage, détournement, diffusion clandestine, ressemblance, similitude, usage non autorisé, etc. La contrefaçon est un délit. Les produits contrefaits sont des produits originaux. Les produits contrefaisants sont des copies.

Convention internationale : accord conclu entre différents pays. Les mêmes pays ne sont pas signataires de toutes les conventions relatives aux marques, dessins et modèles, brevets et droit d'auteur. Les conventions internationales ratifiées par la France ont force de loi.

Copyright : protection américaine des oeuvres littéraires et artistiques, assimilée à tort à la protection conférée en France par le droit d'auteur. Le copyright est matérialisé par ©.

D

Date : vise la date de la création ou d'invention. Afin de me donner tous les moyens de prouver la date de ma création ou de mon invention, je dois conserver tous les documents datés. L'enveloppe Soleau est le moyen de preuve le moins coûteux pour donner une date certaine à mes créations mais ne constitue pas un titre de propriété.

Déchéance : l'absence, l'insuffisance d'exploitation, le non-paiement des taxes ou redevances de maintien en vigueur pour les brevets, le défaut d'exploitation pour les marques peuvent entraîner la déchéance du droit sur ma marque ou mon brevet.

Dénomination (ou raison) sociale : permet d'identifier la personne morale, c'est-à-dire l'entreprise dotée d'une existence juridique propre. Elle est enregistrée au registre du commerce et des sociétés (RCS). Elle est distincte du nom commercial (voir ce terme).

Dépôt : premier acte que je dois accomplir auprès de l'Inpi pour obtenir l'enregistrement (voir ce terme) d'une marque, d'un dessin et modèle ou d'un brevet.

Dépôt de modèle : titre de propriété qui me donne un droit exclusif sur tout objet dont la forme, la configuration ou un effet extérieur lui confère une physionomie propre et nouvelle qui le distingue d'objets similaires. Dans la pratique, le dessin concerne une création bidimensionnelle et le modèle une création tridimensionnelle. Les dessins et modèles se réfèrent à des graphismes et des formes non imposés par la technique.

Dépôt simplifié de modèle : procédure auprès de l'Inpi permettant de déposer à faible coût l'ensemble d'une collection pendant trois ans. Cette procédure, adaptée aux entreprises dont les collections comportent un grand nombre de modèles ou dessins et qui renouvellent fréquemment leur forme, peut intéresser l'industriel car elle diffère dans le temps la publication des modèles ou dessins déposés.

Diffusion d'une oeuvre : toute diffusion d'une oeuvre de l'esprit, protégée par un droit d'auteur par quelque moyen que ce soit, dans ou par l'entreprise, à destination d'un public quelconque (clients, membres du personnel, etc.) est soumise à l'autorisation des titulaires de droits. Seules sont libres de droit les diffusions ou représentations d'oeuvres effectuées à titre privé et gratuit, exclusivement dans un cercle de famille.

Divulgateion : la divulgation consiste à rendre accessible au public au sens large, les éléments constitutifs de l'invention. Cette divulgation, même si elle est effectuée par l'inventeur, en détruit la nouveauté, de sorte qu'elle ne peut plus être protégée par un brevet. L'exposition de l'invention dans des foires ou expositions constitue, dans la plupart des cas, limitativement énumérées par les textes, une divulgation de l'invention au public.

Domaine public : désigne, dans le domaine des brevets, tout ce qui est accessible au public et qui est susceptible de constituer une antériorité destructrice de la nouveauté d'une invention. Dans le domaine des dessins et modèles ou du droit d'auteur, désigne tout ce qui est libre de droits d'exploitation. Dans le domaine des marques, désigne les termes ou dessins qui peuvent faire l'objet d'une appropriation privative par le dépôt d'une marque.

Droit d'auteur : droit protégeant la paternité et l'intégrité de l'oeuvre à compter de la création jusqu'à 70 ans après la mort du créateur (droit moral et droits patrimoniaux). Ce droit s'acquiert sans aucune formalité de dépôt du seul fait de la création. Il permet aux auteurs et créateurs d'interdire ou d'autoriser l'exploitation de leurs oeuvres (le droit d'exploitation comprend le droit de reproduction et de représentation).

Droits voisins : les droits voisins du droit d'auteur protègent les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes, de vidéogrammes et de bases de données ainsi que les entreprises de communication audiovisuelle.

■ E

Enseigne : signe physique visible permettant de reconnaître et de localiser les endroits où s'exercent les activités d'une entreprise ou d'un commerce.

Enregistrement : après examen par l'Inpi de la validité de la marque déposée, elle est enregistrée. Dans la pratique, cela signifie qu'elle est inscrite au registre des marques (national, communautaire ou international en fonction de la demande faite). Un certificat d'enregistrement est délivré au titulaire. Une marque enregistrée est nécessaire pour agir en contrefaçon.

Enveloppe Soleau : c'est le moyen le plus simple et le moins coûteux pour constituer la preuve des créations ou inventions et leur donner une date certaine. L'enveloppe Soleau n'est pas un titre de propriété industrielle et ne confère pas à son titulaire le droit de s'opposer à l'exploitation de sa création sans son consentement. L'enveloppe Soleau comporte deux parties dont l'une est conservée à l'Inpi et l'autre renvoyée à l'expéditeur. Je ne dois jamais déchâter la partie de l'enveloppe Soleau qui m'est retournée par l'Inpi, sous peine de la rendre inutilisable comme preuve.

Épuisement des droits : un produit marqué ou breveté ou encore protégé au titre des dessins et modèles ou par le droit d'auteur qui est mis dans le commerce par le titulaire des droits, ou avec son consentement, à l'intérieur d'un des pays de l'Union européenne peut librement y circuler et y être revendu, sans autre autorisation. On dit que le titulaire des droits les a « épuisés » lors de la première mise sur le marché. En revanche, cette règle n'est à ce jour pas valable pour un produit mis pour la première fois sur le marché dans un pays hors de l'Union européenne. Il n'existe pas de règle de l'épuisement mondial des droits.

Examen : procédure réalisée par l'Inpi pour savoir, dans le cas d'une marque, s'il s'agit bien d'un signe distinctif, si elle n'est pas trompeuse ou s'il ne s'agit pas d'un signe interdit. Pour un dépôt de brevet, un rapport de recherche internationale est effectué.

▲H

Huissier : officier public assermenté, habilité à dresser un procès-verbal de ses constatations, faisant foi jusqu'à preuve contraire. L'huissier peut également intervenir sur ordonnance du président du tribunal de grande instance compétent territorialement pour effectuer une saisie-contrefaçon.

▲M

Marque : titre de propriété délivré par l'Inpi. Il s'agit d'un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale (code de la propriété intellectuelle). La marque dénomminative est constituée uniquement d'un mot ou d'un assemblage des mots. Les noms patronymiques et des pseudonymes peuvent constituer des marques. La marque figurative est constituée d'un assemblage particulier de signes, de graphismes et de couleurs. On parle alors souvent de logo. Dans cette catégorie, les hologrammes peuvent constituer des marques, de même que les formes (marques tridimensionnelles). La marque complexe est constituée d'un assemblage d'éléments dénominatifs et figuratifs. La marque peut être constituée de signes sonores si ceux-ci peuvent être représentés notamment sur une portée musicale.

Marque notoire : la marque notoire est une marque déposée ayant acquis un certain niveau de renommée. Le statut de marque notoire lui confère un degré élevé de protection.

▲N

Nom commercial : nom sous lequel l'entreprise est connue de ses clients. Ce nom peut être différent de la dénomination sociale.

Nom de domaine : nom de site Internet . Il peut s'agir d'une marque, dénomination sociale, nom commercial, enseigne ou tout autre signe distinctif. L'utilisation d'un terme appartenant à un tiers comme nom de domaine, même si celui-ci ne l'a pas réservé, peut constituer un acte illicite : contrefaçon de marque, usurpation de dénomination sociale, de nom commercial ou d'enseigne.

▲O

Oeuvre de collaboration : oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques. Elle est la propriété commune des coauteurs (exemple : oeuvre audiovisuelle).

Oeuvre collective : oeuvre créée à l'initiative d'une personne physique ou morale. Cette oeuvre appartient à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée.

Opposition : procédure me permettant, en tant que titulaire de marque antérieure, de demander à ce que l'enregistrement soit refusé au titulaire d'une marque, si j'estime que la marque dont l'enregistrement est demandé, porte atteinte à mes droits. C'est la publication au Bulletin officiel de la propriété industrielle (Bopi) (voir publication) qui permet aux titulaires de marques antérieures (voir antériorité) de formuler une opposition. Après une procédure contradictoire, l'Inpi statue sur l'opposition en enregistrant ou en rejetant totalement ou partiellement la marque.

▲P

Piraterie : terme courant sans valeur juridique désignant la contrefaçon dans le domaine du droit d'auteur.

Plainte : la contrefaçon étant un délit pénal, je peux déposer une plainte dans un service de police ou de gendarmerie ou écrire directement au procureur de la République du lieu où l'infraction est commise. En matière de marques, je peux aussi dénoncer les faits à la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF).

Publication : procédure permettant aux tiers de connaître l'étendue de mes droits. Tout dépôt de marque reconnu recevable est publié au Bulletin officiel de la propriété industrielle (Bopi) six semaines après sa réception à l'Inpi. Les demandes de brevets sont publiées à 18 mois, les dessins et modèles 6 mois après le dépôt.

Preuve : vise des éléments qui permettent d'attester de ma création ou de mon invention et de sa date d'antériorité, afin de prouver et de défendre mes droits. Dès lors que je suis créateur ou inventeur, je dois établir et conserver tous les documents en les datant. L'enveloppe Soleau (voir ce terme) est l'un des moyens d'avoir une date certaine.

▲R

Réparation (action en) : action permettant de réclamer réparation des dommages subis du fait de la contrefaçon. Cette réparation peut comporter des éléments financiers – indemnités, dommages-intérêts – des engagements de cesser toute contrefaçon à l'avenir sous peine d'astreinte financière, mais aussi des éléments de communication – publication des condamnations dans les journaux – qui sont un bon moyen de me faire connaître comme quelqu'un qui s'occupe de ses droits et les défend.

Représentation : communication d'une oeuvre au public par tous moyens. Cette représentation est soumise aux règles du droit d'auteur.

Reproduction : le fait de reproduire sur tout support un document pour un usage autre que l'usage strictement privé est soumise à autorisation et/ou paiement de droits. Cela est vrai notamment en matière de photocopillage, de duplication de supports audio et vidéo, de copie de logiciels et de programmes informatiques.

Retenue douanière : procédure par laquelle les services douaniers sont autorisés, dans le cadre de leurs contrôles, à suspendre momentanément la circulation ou le dédouanement des marchandises soupçonnées de porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle. La retenue ne peut être mise en oeuvre que sur demande écrite du titulaire de droit. La durée de la retenue ne peut dépasser 10 jours ouvrables. Ce délai permet au titulaire de droit d'engager, s'il le souhaite, une action judiciaire en contrefaçon ou d'obtenir du président du tribunal du lieu de la retenue des mesures conservatoires, notamment une saisie-contrefaçon (voir ce mot).

▲S

Saisie-contrefaçon : élément de la procédure judiciaire permettant d'apporter et de sauvegarder les preuves d'une contrefaçon. Celle-ci est diligentée par un huissier de justice. En matière de droit d'auteur, le commissaire de police peut effectuer directement une saisie contrefaçon sur requête du titulaire du droit. Pour les droits de propriété industrielle, une ordonnance du président du tribunal de grande instance est nécessaire pour autoriser la saisie. La saisie peut être descriptive (saisie de documents, d'échantillons et d'informations) ou réelle (saisie physique ou mise sous séquestre du stock de produits contrefaisants).

Saisie douanière : procédure douanière visant à sanctionner l'importation, l'exportation, mais aussi la circulation et la détention sur l'ensemble du territoire national d'une marchandise présentée sous une marque contrefaite. En cas de découverte de marchandises de cette nature, la douane peut procéder de sa propre initiative à la confiscation des marchandises suspectes. Cette mesure ne peut pas être mise en oeuvre pour les marchandises portant atteinte à un brevet ou constituant une contrefaçon d'un dessin, d'un modèle, d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin.

▲T

Titulaire de droits : personne physique ou morale détenant un droit de propriété intellectuelle et habilitée à agir en justice.

Transaction : dans une procédure civile, accord de renonciation et de dédommagement amiable que je peux conclure avec mon adversaire. Au terme de la négociation, les engagements pris doivent toujours être consignés par écrit, datés et signés par les deux parties.

▲U

Usage de la marque : dans certains pays, même si j'ai déposé la marque, le non-usage ou l'usage insuffisant de celle-ci peut entraîner sa déchéance.

▲V

Validité : tout enregistrement de marque, de dessins et modèles ou de brevet a une durée limitée de validité. Les marques doivent impérativement faire l'objet d'une demande de renouvellement d'enregistrement avant la fin de chaque période de validité (10 ans), moyennant redevance. Les brevets sont soumis à une taxe annuelle pour leur maintien en vigueur (20 ans maximum). Le défaut de paiement des redevances ou taxes entraîne la déchéance des droits, c'est-à-dire la perte de la propriété de la marque ou du brevet.