



# Propriété intellectuelle : ce qu'il faut savoir !

La réforme des Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) a eu pour mérite de mettre à l'ordre du jour la question des droits de propriété intellectuelle, dont l'empire, dans une société de l'information, ne cesse de croître, alors que la plupart des acheteurs publics faisait l'impasse sur ce sujet mal maîtrisé.

Et pour cause ! Les CCAG n'étaient absolument pas en adéquation avec le Code de la propriété intellectuelle (CPI). Certes, la commande publique n'a pas pour objet principal l'achat de droits de propriété intellectuelle, même si certaines prestations sont manifestement concernées par cette problématique, tels les études, les œuvres architecturales ou les achats de logiciels. Aujourd'hui cependant, la question des droits d'auteur se pose dans un nombre croissant de marchés, d'autant plus que les besoins des collectivités sont de plus en plus tournés vers des prestations de nature immatérielle comme la communication. Après une présentation des deux composantes de la propriété intellectuelle – la propriété littéraire et artistique et le droit de la propriété industrielle – il conviendra de s'attacher aux spécificités de son régime juridique. Le contenu des CCAG Prestations intellectuelles (CCAG PI) et Techniques de l'information et de la communication (CCAG TIC) en la matière sera traité dans la deuxième partie de cet article.

## PARTIE 1

### I. La propriété littéraire et artistique

La propriété littéraire et artistique est défendue par le mécanisme du droit d'auteur. Ce droit existe du seul fait de la création d'une œuvre, quel que soit son genre (littéraire, musical, etc.), du moment qu'elle est perceptible par les sens et surtout à condition qu'elle soit originale (CPI, art L. 121-1).

Les droits conférés par le droit d'auteur sont de deux ordres : des droits moraux et des droits patrimoniaux.

Les droits patrimoniaux permettent à l'auteur d'autoriser les différents modes d'utilisation de son œuvre et de percevoir une rémunération en contrepartie. Ces droits, qui relèvent du commerce, comprennent :

- le droit de reproduction, c'est-à-dire de communication de l'œuvre au public par un procédé indirect et matériel comme l'imprimerie ou le dessin ;
- le droit de représentation, c'est-à-dire de communication de l'œuvre au public par un procédé direct et immatériel comme la récitation publique ou la télédiffusion ;
- le droit de suite, c'est-à-dire le droit inaliénable de participer au produit de toute vente de l'œuvre sur le marché de l'art, après la première cession opérée par l'auteur ou par ses ayants droit (CPI, art L. 122-8).

Les droits moraux, incessibles par nature, permettent à l'auteur de protéger son œuvre et se concrétisent par :

- le droit de divulgation, qui permet à l'auteur de décider du moment et des conditions selon lesquelles il livrera son œuvre au public (CPI, art L. 121-2) ;

- le droit à la paternité, qui permet à l'auteur d'exiger la mention de son nom sur tout mode de publication de son œuvre et qui a pour corollaire l'obligation pour tout utilisateur de l'œuvre d'indiquer le nom de son auteur ;
- le droit au respect, qui permet à l'auteur de s'opposer à toute modification pouvant dénaturer son œuvre ;
- le droit de repentir qui permet à l'auteur, malgré la vente de ses droits d'exploitation, de faire cesser l'exploitation de son œuvre ou des droits cédés, à condition d'indemniser son cocontractant du préjudice causé (CPI, art L. 121-4).

## II. La propriété industrielle

Les droits de propriété industrielle concernent le brevet portant sur une création utilitaire, le dessin industriel et la marque. Ils s'acquièrent par un dépôt auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Pour être brevetable, une création industrielle doit pouvoir être qualifiée « d'invention nouvelle » et doit découler d'une activité inventive, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas ressortir pas de manière évidente pour un homme du métier. Enfin, elle doit être susceptible d'application industrielle.

La protection du droit exclusif d'exploitation est de vingt ans pour le brevet et de six ans pour le certificat d'utilité à la condition de régler les annuités à l'INPI et d'exploiter l'invention. En ce qui concerne la protection par le droit des marques (dix ans renouvelables indéfiniment) ou du droit des dessins et des modèles (vingt-cinq ans maximum), elle est subordonnée à une procédure de dépôt et au critère d'antériorité au regard de l'originalité.

## III. Les spécificités du régime de la propriété intellectuelle

La bonne foi est inopposable en droit de la propriété intellectuelle. L'action en contrefaçon qui permet de sanctionner le non respect d'un droit de propriété intellectuelle est un délit qui, civilement, n'exige pas la mauvaise foi tandis que, pénalement, elle sera présumée.

Le droit de la propriété intellectuelle est un droit explicite : tout ce qui n'est pas autorisé est interdit et les droits cédés sont déterminés de façon stricte.

Toute exploitation par l'acheteur public d'une création intellectuelle engage sa responsabilité et ce, même pour les éléments incorporés à son insu dans la création et ne respectant pas les droits de la propriété intellectuelle. Face à cette difficulté liée à la complexité des chaînes de droits, l'acheteur public devra se prémunir par des clauses de garantie et d'appel en responsabilité.

Les droits moraux de la propriété littéraire et artistique sont inaliénables et ne peuvent être cédés, y compris le droit de divulgation de l'œuvre, quand bien même celle-ci serait une commande. Le commanditaire ne peut donc pas obliger l'artiste ou, par exemple, l'architecte, à exécuter son obligation contractuelle. L'acheteur pourra tout au plus obtenir des dommages et intérêts.

Le droit d'auteur prévoit en outre une rémunération proportionnelle de l'auteur pour les droits patrimoniaux cédés lorsqu'ils sont exploités commercialement directement ou indirectement. L'acheteur public pourrait se croire non concerné par cette obligation, et pourtant ! Si la commercialisation directe n'intéresse pas les entités publiques, la commercialisation indirecte doit être systématiquement envisagée dans les contrats de la commande publique. En effet, le droit de la propriété intellectuelle entend par là le fait d'utiliser une œuvre comme accessoire à un élément payant, tel un dessin apposé à un ticket de métro ou de théâtre.

## PARTIE 2

Après avoir présenté, dans le numéro précédent, les grandes notions et le régime de droit commun de la propriété intellectuelle, il convient désormais de s'attacher aux dispositions prévues en la matière par les CCAG Prestations intellectuelles (CCAG PI) et le CCAG Techniques de l'information et de la communication (CCAG TIC).

## **I. L'articulation fondamentale du droit de la propriété intellectuelle résultant des nouveaux CCAG**

Les CCAG concernés par le droit de la propriété intellectuelle sont le CCAG Prestations intellectuelles (PI) et le CCAG Techniques de l'information et de la communication (TIC).

À cela, rien d'étonnant. En effet, le CCAG PI concerne des prestations comportant une part importante de créativité intellectuelle et donnant naissance à des droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique. Le CCAG TIC, quant à lui, concerne les prestations informatiques qui relèvent par nature des problématiques du droit de la propriété intellectuelle.

Le CCAG TIC distingue trois régimes juridiques concernant le droit de la propriété intellectuelle :

1. le régime relatif aux logiciels standards définit à l'article 37 et en présence d'un logiciel spécifique (logiciel conçu à la demande du client) ;
2. l'option A ;
3. l'option B.

Ces deux dernières options se retrouvent à l'identique dans le CCAG PI. Le choix entre l'une de ces deux options est nécessaire lorsque le marché à conclure porte sur des prestations qui comporteront des « résultats » (donnant lieu à une protection au titre du Code de la propriété intellectuelle ; CCAG PI, art. 23.1 et CCAG TIC, art. 35.1), ce qui n'est pas le cas des prestations concernant les logiciels standards (dont l'œuvre créative ne résulte pas de l'exécution du marché lui-même). Les CCAG définissent les résultats comme étant tous les éléments résultant de l'exécution des prestations du marché et qui sont protégés par le Code de la propriété intellectuelle et les régimes de protection associés (droit à l'image, base de données, etc.).

L'option A se caractérise par le régime juridique de la concession (un type de « location ») tandis que l'option B correspond à une cession (une « vente »). Chaque CCAG prévoit que, par défaut, l'option A s'applique.

Les dispositions relatives aux options A et B se décomposent en trois sections :

1. la première concerne la propriété littéraire et artistique ;
2. la deuxième s'intéresse au régime de la propriété industrielle ;
3. la troisième vise les autres régimes de protection qui sont des cas particuliers du droit de la propriété intellectuelle. Les autres régimes de protection sont la protection d'un savoir faire, les bases de données, les noms de domaine, le droit à l'image.

Ainsi, si l'acheteur est invité à choisir entre les deux options, il se doit aussi et surtout de viser les sections adéquates.

## **II. Synthèse des différents régimes**

Le régime des logiciels standards est un régime de concession non exclusive du droit d'utiliser ou de faire utiliser le logiciel et la documentation correspondante. Cette licence est limitée à la France pour la durée des droits d'auteur et donne accès aux codes sources (l'ensemble des instructions compréhensibles composant une application informatique ou logiciel).

En choisissant l'option A (articles A.25 et suivants pour le CCAG PI ; articles A.38 et suivants pour le CCAG TIC), le titulaire garde la propriété des droits et titres afférents aux résultats, ce qui signifie que le pouvoir adjudicateur ne peut exploiter commercialement les résultats. La concession est valable pour la France sauf sur Internet où celle-ci est mondiale. Cette concession dure le temps que durent les protections ressortant du droit de la propriété littéraire et artistique ou de la propriété industrielle.

En choisissant l'option B (articles B.25 et suivants pour le CCAG PI ; articles B.38 et suivants pour le CCAG TIC), le titulaire du marché cède la totalité des droits qu'il détient sur les résultats. La cession est valable pour le territoire et la durée définis au marché.

En matière de propriété littéraire et artistique, les droits cédés ou concédés ne portent, bien évidemment, que sur les droits patrimoniaux, tels que droit de reproduction, de représentation et d'utilisation. Seule l'option B prévoit automatiquement le droit d'exploitation commerciale. Or l'option A, qui s'applique par défaut, et dont l'utilisation est souvent recommandée (notamment par l'Ordre des architectes) ne prévoit pas expressément ce droit. Pourtant, la problématique de la commercialisation indirecte ne doit pas être négligée par le pouvoir adjudicateur. Aussi par prudence, il conviendrait de viser systématiquement l'article A.25.7 (CCAG PI) ou l'article A38.6 (CCAG TIC).

### III. Garanties et connaissances antérieures

Si les « résultats » issus de l'exécution des prestations prévues au marché font l'objet d'une protection contractuelle en vertu des options A ou B, il n'en est pas de même pour les droits de la propriété intellectuelle qui ne résulteraient pas directement de l'exécution du marché, que ce soit par plagiat ou contrefaçon, volontaire ou non. Or, même s'il l'ignore, le pouvoir adjudicateur peut lui aussi être accusé de contrefaçon car l'élément intentionnel n'existe pas en la matière. C'est pourquoi, afin de protéger l'acheteur public, le pouvoir réglementaire a prévu un ensemble de clauses de garanties dans les CCAG. Celles-ci vont de l'engagement du titulaire d'être détenteur des droits cédés ou concédés jusqu'à aider la collectivité en cas de litige et à prendre à sa charge les éventuels dommages et intérêts auxquels elle pourrait être exposée.

Ces clauses de garanties sont à rapprocher du régime des « connaissances antérieures » (CCAG PI, art. 24 et CCAG TIC, art. 36), qui est un néologisme propre aux CCAG et inconnu du Code de la propriété intellectuelle. Cette notion trouve cependant sa source dans le guide européen sur les droits de la propriété intellectuelle (Guide to Intellectual Property Rights for FP7 projects). Il s'agit des « informations et les droits de propriété intellectuelle que détient chaque participant avant d'entrer dans le projet ». Les connaissances antérieures s'opposent donc aux résultats et les CCAG prévoient que chacun des protagonistes du marché reste propriétaire des connaissances antérieures. Si le titulaire incorpore des connaissances antérieures dans les résultats du marché, il concède au pouvoir adjudicateur le droit de les utiliser, mais à titre non exclusif dans la mesure où ceux-ci sont strictement nécessaires à l'utilisation des résultats. Le CCAG tente, par ce dispositif, de protéger le pouvoir adjudicateur du piège des chaînes de droits qui peut le rendre contrefacteur sans le savoir.

Malgré cette protection, on ne saurait trop l'engager à vérifier, autant que faire se peut, que le fournisseur de premier rang – tout comme les différents intervenants en amont de la production des prestations – ont respecté les règles de la propriété intellectuelle.

#### Sources :

- CPI, art. L. 111-1 et s.
- CCAG Prestations intellectuelles
- CCAG Techniques de l'information et de la communication