

Colloque du vendredi 16 mars 2012

Le patrimoine immatériel des personnes publiques

*Un colloque organisé par
le Conseil d'État à l'École nationale d'administration (Paris)*



Sommaire

PROGRAMME	2
PRESENTATION DU COLLOQUE DANS LE CADRE DES ENTRETIENS DU CONSEIL D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC ECONOMIQUE	3
SEANCE D'OUVERTURE	4
TABLE RONDE 1 : QUELLE EST LA DEFINITION DES CONTOURS DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES PERSONNES PUBLIQUES ? PEUT-ON Y INCLURE LA CATEGORIE DES INFORMATIONS PUBLIQUES ? QUELS SONT LES ENJEUX DE SA VALORISATION ?	5
1. Problématique	5
2. Intervenants.....	5
3. Éléments de réflexion	8
TABLE RONDE 2 : QUELLES SONT LES MODALITES JURIDIQUES ET FINANCIERES DE VALORISATION DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES PERSONNES PUBLIQUES ? QUELLES SONT LES RESPONSABILITES ET GARANTIES RELATIVES A CETTE VALORISATION ?	19
1. Problématique	19
2. Intervenants.....	19
3. Éléments de réflexion	22
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	33

PROGRAMME

9 h 30 – Séance d’ouverture

- Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d’État

10 h 00 – Table ronde n°1 : Quelle est la définition des contours du patrimoine immatériel des personnes publiques ? Peut-on y inclure la catégorie des informations publiques ? Quels sont les enjeux de sa valorisation ?

Modérateur

- M. Pierre DELVOLVÉ, professeur émérite de droit public, membre de l’Institut

Intervenants

- M. Xavier CROUAN, directeur général adjoint des services de la région Île-de-France
- M. Séverin NAUDET, directeur de la mission Étalab, services du Premier ministre
- M. Patrice PARISÉ, ancien directeur général de l’IGN
- M. Xavier PATIER, directeur de l’information légale et administrative, secrétariat général du Gouvernement
- M. Claude RUBINOWICZ, directeur général de l’Agence du patrimoine immatériel de l’État (APIE)

13 h 00 – Déjeuner

Buffet offert sur place

14 h 30 – Table ronde n°2 : Quelles sont les modalités juridiques et financières de valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques ? Quelles sont les responsabilités et garanties relatives à cette valorisation ?

Modérateur

- M. Michel PINAULT, président de la section de l’administration du Conseil d’État

Intervenants

- M. Hervé BARBARET, administrateur général du Louvre
- Mme Danièle BOURLANGE, directrice générale adjointe de l’APIE
- M. Stéphane HOYNCK, directeur des affaires juridiques de l’ARCEP
- M. Julien PÉNIN, maître de conférences HDR, laboratoire Beta, université de Strasbourg
- Mme Michèle RAUNET, notaire, étude notariale Cheuvreux
- M. Pierre-Éric SPITZ, directeur des affaires juridiques de la ville de Paris
- M. Philippe TERNEYRE, professeur de droit public, université de Pau et des Pays de l’Adour

PRESENTATION DU COLLOQUE DANS LE CADRE DES ENTRETIENS DU CONSEIL D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC ECONOMIQUE

Les Entretiens du Conseil d'État en droit public économique

- Ce colloque, consacré au patrimoine immatériel des personnes publiques, s'insère dans le cadre des **Entretiens du Conseil d'État en droit public économique**.
- **Le juge administratif, par son rôle consultatif et juridictionnel, est au cœur des débats économiques.** L'importance du droit public économique et le rôle des juridictions administratives échappent le plus souvent aux non spécialistes. Pourtant, des pans entiers de l'activité économique sont régis par le droit public. Il s'agit notamment du droit fiscal, du contrôle croissant des pratiques anticoncurrentielles au sein de l'administration particulièrement en matière de passation de contrats de la commande publique, du statut des entreprises publiques, de la tarification de biens ou services dans les secteurs les plus divers, de la valorisation, par contrat ou par cession, par les personnes publiques de leur patrimoine. Ces thèmes sont abordés à la lueur des évolutions récentes du droit communautaire, dont le juge administratif est le juge de droit commun.
- **Il s'agit d'instaurer un dialogue suivi avec les acteurs du droit public économique.** Le bon accomplissement de la mission du Conseil d'État implique, à ce titre, d'organiser un dialogue périodique avec les acteurs du droit public économique (administrations, cabinets d'avocats, fiscalistes, magistrats, directions juridiques d'entreprises, universitaires, etc.) et de vérifier la lisibilité de ce droit. Il s'agit également de permettre à ces acteurs de faire valoir les améliorations ou clarifications qu'il serait souhaitable de lui apporter.

Le colloque sur « Le patrimoine immatériel des personnes publiques »

Le patrimoine immatériel de l'État constitue une part importante des biens possédés par l'État. Par opposition au patrimoine matériel, corporel, le patrimoine immatériel comprend divers éléments tels que **les brevets, les marques, les licences, les fréquences, les savoir-faire, les bases de données**, etc.

La révolution technologique du début du XXI^e siècle s'est traduite, à la fin des années 2000, par la prise de conscience des pouvoirs publics du formidable potentiel économique, culturel et social généré par le patrimoine immatériel de l'État. Ces actifs incorporels, ainsi identifiés et répertoriés, nécessitent une gestion active dans le cadre de la politique de modernisation de l'État.

C'est dans ce contexte que la Commission sur l'économie de l'immatériel a rendu un rapport le 23 novembre 2006, intitulé « *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain* », rédigé par MM. Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet. Le rapport met l'accent sur les atouts de la France et la nécessité de se convertir à cette nouvelle économie facteur de croissance.

Dans cette perspective, le colloque poursuit **deux objectifs**.

- D'une part, il s'agit, dans un domaine embryonnaire, de définir les contours, la consistance du patrimoine immatériel de l'État, par une double réflexion sur la notion de patrimoine immatériel des personnes publiques et sur celle de valorisation de ce patrimoine. La première volonté de ce colloque est donc de dégager une définition plus précise de cette notion afin d'en cerner les enjeux et les objectifs. L'identification du patrimoine immatériel des personnes publiques fait apparaître un objet tout à fait spécifique au sein de ce patrimoine : il s'agit des informations publiques. A partir de ce constat, la seconde réflexion de ce colloque s'attachera à étudier le statut juridique de ce patrimoine, les fondements d'une telle valorisation, ainsi que le rôle joué par les différentes institutions publiques dans cette vaste évolution de la gestion des biens incorporels de l'État.
- D'autre part, le colloque aura pour objectif de recenser et présenter les différentes modalités juridiques et financières relatives à la valorisation de ce patrimoine immatériel ainsi que les garanties et responsabilités induites.

Le colloque sera organisé autour de deux tables rondes, à raison d'une par demi-journée. Elles ont été conçues de manière à privilégier le dialogue avec la salle. Elles seront précédées d'une introduction par le vice-président du Conseil d'État.

■ Table ronde N° 1 – **Quelle est la définition des contours du patrimoine immatériel des personnes publiques ? Peut-on y inclure la catégorie des informations publiques ? Quels sont les enjeux de sa valorisation ?**

■ Table ronde N° 2 – **Quelles sont les modalités juridiques et financières de la valorisation du patrimoine immatériel ? Quelles sont les garanties et les responsabilités relatives à cette valorisation ?**

SEANCE D'OUVERTURE

Jean-Marc SAUVÉ

Vice-président du Conseil d'État



Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion André Malraux), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

TABLE RONDE 1 : QUELLE EST LA DEFINITION DES CONTOURS DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES PERSONNES PUBLIQUES ? PEUT-ON Y INCLURE LA CATEGORIE DES INFORMATIONS PUBLIQUES ? QUELS SONT LES ENJEUX DE SA VALORISATION ?

1. Problématique

Cette première table ronde aborde, dans un premier temps, le thème de la consistance du patrimoine immatériel des personnes publiques. Il s'agit de dégager un périmètre propre à définir de manière efficace les différents éléments qui constituent le patrimoine immatériel des personnes publiques. Dans un deuxième temps, la question des informations et données publiques fera l'objet d'une étude particulière. Enfin, dans un troisième et dernier temps, se posera la question des enjeux afférents à la valorisation de ce patrimoine.

2. Intervenants

Modérateur

Pierre DELVOLVÉ



Membre de l'Institut, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas Paris II

Pierre Delvolvé a été professeur à l'université de Beyrouth de 1967 à 1971, à l'université de Toulouse I de 1971 à 1981 puis à l'université Panthéon-Assas Paris II jusqu'en 2010. Il a enseigné le droit administratif, le contentieux administratif, le droit public économique. Il est membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques) depuis le 14 décembre 2009.

Il est cofondateur et codirecteur de la *Revue française de droit administratif*, membre du Comité consultatif auprès de la Commission européenne pour l'ouverture des marchés publics, consultant et arbitre en matière administrative et constitutionnelle.

Bibliographie :

Le principe d'égalité devant les charges publiques (préf. G. Vedel, LGDJ, 1969)

Depuis 1980 (7^{ème} éd.) *Droit administratif* (PUF, coll. Thémis) avec le Doyen Vedel

Traité des contrats administratifs (LGDJ ; 2 vol. ; 2^{ème} éd. 1983-1984), avec A. de Laubadère et F. Moderne

Droit public économique (Daloz, 5^{ème} éd. 1986) avec A. de Laubadère

Depuis 1990 (9^{ème} éd.) *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Daloz, 18^{ème} éd. 2011) avec MM. Long, Weil, Braibant et Genevois

Le système français de protection des administrés contre l'administration, (Sirey, 1991), avec le Doyen Vedel

Droit public de l'économie (Daloz, 1998)

Le droit administratif (Coll. Connaissance du droit, Daloz, 5^{ème} éd. 2010)

Intervenants

Xavier CROUAN



Directeur général adjoint des services du conseil régional d'Ile-de-France

Xavier Crouan, ancien directeur de l'information et de la communication de la ville de Rennes, puis directeur de l'information et de l'innovation numérique de Rennes métropole et de la ville de Rennes, a été nommé directeur général adjoint des services du conseil régional d'Ile-de-France, directeur général de la communication.

Severin NAUDET



Directeur d'ETALAB

Séverin Naudet débute sa carrière chez Virgin Music, et travaille avec Etienne Daho ou Ben Harper, puis il crée sa propre société de production, qui publie notamment Nada Surf. En 2004, il est nommé conseiller pour les industries culturelles et les médias auprès du ministre de la culture et de la communication, Renaud Donnedieu de Vabres.

En 2006, il rejoint les fondateurs de Dailymotion, site communautaire de partage de vidéos, dont il devient membre du comité exécutif puis vice-président.

En mai 2007, il intègre le cabinet du Premier ministre François Fillon en tant que conseiller pour le multimédia. Durant près de 4 ans, il y pilotera les projets de e-Gouvernement, de e-administration. En février dernier, le Premier ministre le nomme directeur d'Étalab, data.gouv.fr.

Patrice PARISÉ



Ancien directeur général de l'IGN

Directeur général de l'Institut national de l'information géographique et forestière jusqu'en février 2012, Patrice Parisé a été directeur général de l'Institut géographique national de 2008 à 2011, directeur puis directeur général des routes au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'aménagement du territoire de 2003 à 2008, directeur des programmes aéronautiques civils à la direction générale de l'aviation civile de 2001 à 2003, directeur adjoint des routes de 1997 à 2001, directeur adjoint du cabinet du ministre de l'aménagement du territoire, de la ville et de l'intégration de 1995 à 1997, conseiller technique auprès du ministre délégué à l'aménagement du territoire et aux collectivités locales de 1993 à 1995, chef du bureau des exportations à la direction des affaires économiques et internationales du ministère de l'équipement de 1982 à 1985, et chargé de mission auprès du ministre des transports de 1980 à 1981.

Patrice Parisé a également été directeur dans une société de bâtiment et de travaux publics de 1986 à 1993 et directeur général adjoint de l'établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Melun-Sénart de 1985 à 1986.

Xavier PATIER



Directeur de l'information légale et administrative

Xavier Patier a été nommé directeur des Journaux officiels en 2008, puis directeur par intérim de La Documentation française en 2009, avec pour objectif de fusionner les deux structures. La DILA, créée en 2010, en est le résultat.

Il a dans le passé souvent été chargé de restructurations administratives notamment au cabinet du ministre de la réforme administrative, en 1986-1988, au cabinet du ministre d'État Simone Veil, au moment de la réorganisation des services déconcentrés de la santé et des affaires sociales, ou encore comme directeur d'une agence régionale d'hospitalisation. Il a aussi, pendant cinq ans, exercé des fonctions de vice-président, directeur de la stratégie et de la communication d'un groupe industriel et de président d'une maison d'édition.

Claude RUBINOWICZ Directeur général de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (l'APIE)



Agrégé de physique, docteur ès sciences, inspecteur général des finances, ancien élève de l'École normale supérieure (rue d'Ulm) et de l'École nationale d'administration, Claude Rubinowicz est chargé de recherches au département de physique de l'université de Princeton, actuaire diplômé.

Entre 1983 et 1989, il a été le conseiller de Pierre Bérégovoy, au ministère des affaires sociales, puis à celui de l'économie et des finances, chargé des affaires économiques, monétaires et financières. Il est l'initiateur et le responsable de la gestion de la trésorerie de la sécurité sociale, puis de la dérégulation des marchés financiers dans les années 1980.

De 1989 à 1994, il a été directeur central, puis directeur général adjoint du Crédit Lyonnais, responsable des financements spécialisés et du marketing, membre du comité exécutif. En 1995, il devient directeur-associé de Fixage, avant de créer Finafix en 1997, puis Finafix USA en 2000, sociétés spécialisées dans le conseil en stratégie financière.

À partir de 2004, nommé inspecteur général des finances, il a été notamment membre de la Commission sur l'économie de l'immatériel en 2006. Depuis sa création en mai 2007, il est également directeur général de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État.

3. Éléments de réflexion

Partie I : La consistance du patrimoine immatériel des personnes publiques

I. Une esquisse difficile

A. De la négation à la consécration du patrimoine immatériel des personnes publiques

1. La difficile reconnaissance d'un patrimoine immatériel des personnes publiques :

L'idée même d'un patrimoine immatériel public est l'aboutissement d'une longue évolution du droit administratif. La reconnaissance d'un domaine immatériel semblait en totale contradiction avec la conception de la notion de bien prévalant traditionnellement au sein d'un droit administratif fortement marqué par le principe de corporéité des biens. Les problématiques relatives à une définition de ce domaine ont ainsi d'abord été abordées sous le prisme d'une conception du bien privilégiant, déjà dans le code civil, le corporel sur l'incorporel. Cette conception s'inspirait elle-même de la doctrine corporéiste des romanistes du Moyen Age qui limitait alors l'idée de propriété à la terre. Ce n'est qu'au prix de cet effort d'un bref retour aux origines de la notion de bien qu'il est possible de comprendre les raisons pour lesquelles les rédacteurs du code civil ont d'abord conçu la propriété en la limitant aux corps, voire plus spécifiquement, aux immeubles. Était encore loin l'idée selon laquelle pouvait être envisagé un droit de propriété sur des éléments impalpables par nature.

Comme le souligne le professeur Jean-Bernard Auby : « *Notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts et des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur* »¹. Il est vrai que A. de Laubadère pouvait, en 1975, définir le droit public des biens comme : « *l'ensemble des matières présentant ce trait commun de concerner des biens matériels* »². Bien que l'administration soit un lieu de création intellectuelle, le droit administratif a longtemps entretenu une distance avec les propriétés immatérielles. Ce constat est surprenant quand on sait que les principales structures de recherche et d'enseignement supérieur, qui sont des endroits

où les outils de production sont principalement les émanations de l'esprit et sont constituées de « matière grise », sont, en France, des services publics gérés par des personnes publiques. D'autres administrations, comme la défense, sont également des creusets de création industrielle. Le patrimoine culturel, qui est un support majeur d'images auxquelles peuvent s'attacher des droits, est lui aussi largement public. Ainsi, il semble assez évident que l'État dispose de longue date de puissants moyens de constitution d'un patrimoine immatériel. Ce patrimoine immatériel s'est progressivement constitué selon différentes modalités. La première correspond à la forme autoritaire et s'illustre notamment par la collecte d'un certain nombre de données et informations personnelles grâce aux registres de l'état civil, grâce aux recensements tenus par les personnes publiques, aux statistiques, etc. Ensuite, il doit aussi être traité des différentes données que l'État et les personnes publiques acquièrent et utilisent à travers leurs missions de service public. Enfin, le dernier mouvement de création d'un patrimoine immatériel correspond à la valorisation de l'existence même des personnes publiques, notamment grâce à la reconnaissance et à l'exploitation de véritables marques publiques.

2. L'émergence d'une économie de l'immatériel :

Les personnes publiques évoluent dans un contexte socio-économique mouvant. Ces mouvances ont conduit l'administration à repenser les rapports existant entre le droit administratif des biens et les nouvelles formes de richesse ainsi générées. Les transformations contemporaines du monde économique ont donné une importance considérable à l'immatériel dans la création des richesses. Les économistes mettent en exergue l'ouverture de l'économie, qui était auparavant industrielle et se basait sur le matériel, à l'immatériel, qui se base sur le savoir et le cognitif. Apparaît alors une évolution des logiques qui gouvernent les systèmes économiques et productifs, symbolisée entre autres par l'apparition d'une terminologie nouvelle. En effet, il est fait place aux termes tels que « capitalisme cognitif », « société de la connaissance », « capital immatériel » ou encore « économie de l'immatériel »³. L'immatériel va ainsi devenir l'un des leviers économiques de la fin du XXe siècle avec des premières réflexions institutionnelles portées, notamment, par le Commissariat général au Plan et ses travaux sur

¹ J.-B. Auby, *L'immatériel dans l'État*, Dr. adm. 2007, p. 1, n° 6.

² A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, t. 2, La fonction publique, les domaines administratifs, l'expropriation, LGDJ, 6^{ème} édition.

³ Y. Moulrier-Boutang, *Le capitalisme cognitif, la nouvelle grande transformation*.

l'investissement immatériel.⁴ Ce contexte socio-économique va permettre de reconnaître l'existence d'une propriété publique immatérielle.

3. La nécessité d'une conversion à l'économie de l'immatériel et le rapport Jouyet-Lévy :

C'est dans ce contexte que la Commission sur l'économie de l'immatériel a rendu un rapport le 23 novembre 2006, intitulé « *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain* », rédigé par Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet. Le rapport met l'accent sur les atouts de la France et la nécessité de se convertir à cette nouvelle économie facteur de croissance : « *Aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel. Au capital matériel a succédé [...] le capital immatériel ou, pour le dire autrement, le capital des talents, de la connaissance, du savoir.* »⁵

B. De la consécration à la définition du patrimoine immatériel des personnes publiques

Si la reconnaissance de l'existence d'un patrimoine public immatériel était une condition indispensable en vue de son utilisation et de sa valorisation future, elle n'est toutefois pas une condition suffisante. Après sa consécration par la doctrine, se pose la question d'une définition précise des contours du patrimoine immatériel public. Le code général de la propriété des personnes publiques dispose, dans son article L. 1, que la propriété des personnes publiques doit être entendue comme l'ensemble des « *biens et (...) droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics.* » Cette conception large semble pouvoir inclure la possibilité d'un patrimoine public immatériel. Pour autant, reste la question de savoir si les dispositions de ce code ont été pensées pour les biens publics immatériels. Pour y répondre, il conviendra de constater que nombre de ces biens ont dû faire l'objet de régimes juridiques spécifiques.

1. Une définition nécessairement spécifique :

L'article L. 2111-1 du CGPPP prévoit que : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique*

mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. » Une approche conceptuelle, qui consisterait à partir de la définition du domaine public matériel, ne semble pas satisfaisante, puisqu'inadaptée aux particularités du patrimoine immatériel. Cette approche aboutirait en effet à exclure certains biens sous prétexte qu'ils ne satisfont pas les deux critères retenus par l'article L. 2111-1 du CGPPP. Il semble plus juste de conclure, comme le fait Odile de David de Beauregard-Berthier⁶, à la nécessité d'élaborer une définition spécifique au patrimoine immatériel des personnes publiques. Certes, c'est une tâche difficile du fait des caractéristiques de ce patrimoine : si la propriété publique est établie pour certains biens incorporels, la production et la découverte progressive d'éléments immatériels ne cesse de se développer et de s'accélérer. Face à un tel mouvement, le droit doit sans cesse se réadapter, et ce, alors même que les critères permettant d'inclure ou d'exclure des éléments du patrimoine public immatériel ne sont ni clairement ni définitivement posés.

2. Une définition nécessairement souple :

Si comme conformément aux évolutions jurisprudentielles et doctrinales, la condition de l'affectation du bien à une mission de service public est relativisée, il reste également à réadapter la teneur du critère organique. En effet, comme expliqué précédemment, la notion de propriété doit en la matière faire l'objet d'une réadaptation consistant en un certain « assouplissement ». C'est là un aménagement indispensable dans le cas, par exemple, des documents et études réalisées par les administrations. Si ceux-ci semblent presque naturellement faire partie du patrimoine des personnes publiques, ils sont également le fruit d'une production intellectuelle des agents de l'administration. En effet, ces documents peuvent être regardés comme une œuvre de l'esprit des agents publics et donc, naturellement, comme la propriété de leurs créateurs. Le Conseil d'État tentera alors de protéger l'affectation au service public de ces biens en estimant dès 1972 que : « *les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits d'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles dont la création fait l'objet même*

⁴ Rapport d'activité du Commissariat Général du Plan, 1995.

⁵ Rapport, Commission sur l'économie de l'immatériel : *L'économie de l'immatériel, La croissance de demain* : Min. Eco., Fin. Et Ind., M. Lévy, J.-P. Jouyet, 2007.

⁶ O. de David de Beauregard-Berthier, *Le patrimoine immatériel de l'État* dans « Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme », Dalloz, 2011.

du service ». ⁷ Le législateur interviendra ensuite pour définir, par la loi du 1^{er} août 2006 ⁸, un régime des droits d'auteur des agents publics dérogeant au droit commun. En effet, dans le cadre de l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions est, dès sa création, cédé à la personne publique. Ce principe de cession du droit d'exploitation, qui n'emporte pas pour autant transfert du droit d'auteur, est également accompagné d'un droit de préférence reconnu à l'autorité publique qui peut, en cas de commercialisation de l'œuvre, exercer ce droit pour choisir de l'éditer elle-même. De telles dispositions permettent ainsi un subtil équilibre entre le respect du droit des auteurs et l'intérêt général.

Par ailleurs, une fois établie la propriété publique immatérielle, se posera la question de savoir si les éléments composant un patrimoine public immatériel appartiennent au domaine public ou au domaine privé. Cela reviendra donc à trancher la question majeure du régime applicable à de tels biens.

3. La question de la domanialité :

a) *l'intégration au domaine privé par la jurisprudence :*

L'intégration d'un bien, qu'il soit matériel ou immatériel, au domaine public, nécessite que ce bien appartienne au patrimoine d'une personne publique et qu'il soit affecté à l'exercice d'une mission de service public. Or, il réside une difficulté dans l'établissement du lien qui lie le bien immatériel à la mission de service public. Une décision du Conseil d'État, saisi au sujet d'un litige opposant la marque « Triumph » à l'administration des domaines illustre cette idée. En l'espèce, l'affaire était relative à une demande de cession de cette marque, entrée dans le patrimoine de l'État comme bien ennemi pendant la 2nde Guerre mondiale. Le Conseil d'État a confirmé la compétence des tribunaux judiciaires en la matière, et ceci au motif que le refus de publication au journal officiel de la propriété industrielle est considéré comme étant un acte de gestion des biens appartenant au domaine privé de l'État ⁹. Ainsi, quand bien même aurait été acceptée l'idée d'une incorporité de certains biens, ceux-ci n'auraient toutefois pas pu être intégrés au domaine public des personnes

publiques et donc bénéficiaire de la protection y afférente.

b) *l'intégration au domaine privé par la loi :*

Les prémices de la reconnaissance d'un patrimoine immatériel ont donc consisté en son intégration au sein du domaine privé des personnes publiques. Cette appartenance au domaine privé résulte par la négative de l'article L. 2211-1 du CGPPP qui prévoit que : «*Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier* ».

c) *l'abandon par le législateur de la dichotomie domaine public/domaine privé :*

En ce qui concerne les biens immatériels, le législateur a cependant fait le choix d'abandonner cette stricte dichotomie entre domaine public et domaine privé, pour finalement adopter une démarche pragmatique en dessinant de manière ponctuelle les régimes spécifiques à certains biens. Pour cela, il est parfois plus facile de s'essayer à une définition du patrimoine immatériel des personnes publiques en adoptant une approche énumérative consistant à recenser l'ensemble des biens faisant l'objet de dispositions spécifiques. C'est par exemple le cas du régime des noms de domaine qui permet de conserver l'identification des institutions publiques et des services offerts aux usagers, ou encore des régimes spéciaux prévus par le code de la propriété intellectuelle pour les logiciels, les données publiques et enfin les brevets d'invention. C'est également le cas des fréquences hertziennes, dont l'appartenance au domaine public est clairement spécifiée par l'article L. 2111-17 du CGPPP, mais pour lesquelles les règles d'attribution et d'utilisation font l'objet de dispositions particulières fixées par l'article L. 42 du code des postes et des communications électroniques. L'incorporation au domaine public des ondes radioélectriques semble cependant discutable, car, comme le souligne Odile de David de Beauregard-Berthier, il existe un paradoxe à déduire de cet article la propriété de l'État sur ces ondes, car ces dernières sont en réalité attribuées aux différents pays par l'Union Internationale des télécommunications, chargée de gérer cette ressource internationale que constitue l'ensemble du spectre radioélectrique.

Il est toutefois nécessaire de préciser que, tous les actifs immatériels ne faisant pas l'objet d'un régime sur mesure, cette approche énumérative ne peut être exhaustive.

⁷ CE, avis, 21 novembre 1972, *Ofratem*, n° 309-721.

⁸ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁹ CE, 23 mars 1960, *Sté Spiesshofer & Braun*, Rec. Lebon, p.215.

II. Une définition empirique du patrimoine immatériel des personnes publiques

Échappant à toute tentative de définition conceptuelle, le patrimoine immatériel des personnes publiques se prête davantage à une approche empirique. Afin de dresser un panorama de l'ensemble du champ du patrimoine public immatériel, d'en saisir toute la diversité et d'en fixer les contours, il peut être utile de l'aborder sous l'angle de grandes catégories. Ainsi l'APIE différencie-t-elle trois types d'actifs : les actifs liés à la souveraineté, tels que le domaine hertzien ou le droit de réglementation de certaines activités ; les actifs liés aux droits de propriété artistique et littéraire (brevets, marques publiques) et, enfin, des actifs créés ou acquis à titre onéreux (logiciels acquis, la recherche et développement). Odile de David Beauregard-Berthier opère, quant à elle, une distinction parmi ces actifs selon qu'ils sont des biens ou des droits. Cette distinction sera ici utilisée afin d'aborder le patrimoine immatériel public de manière empirique.

A. Les biens

En suivant la distinction faite par Odile de David de Beauregard-Berthier, il est possible de différencier parmi les différents biens pouvant faire partie du patrimoine public immatériel, ceux qui sont l'objet même d'un service public, ceux qui en sont le produit, puis, ceux qui en sont le support. Enfin, il conviendra de garder à l'esprit que, comme expliqué précédemment, tous les biens susceptibles de se rattacher au patrimoine immatériel des personnes publiques ne sont pas toujours directement affectés à un service public ou rattachables à la domanialité publique.

1. La catégorie des biens immatériels dits « objets mêmes du service public » :

Cette catégorie comprendra par exemple des biens tels que les bibliothèques numériques ou les archives publiques numérisées, qui sont tout simplement la forme dématérialisée de biens meubles, eux-mêmes objets d'un service public. Face au processus de dématérialisation entrepris à l'échelle nationale, voire européenne, avec, notamment, la création dès 2005 d'une bibliothèque numérique européenne baptisée *Europeana*, la question s'est posée de savoir comment devaient être considérés les livres numériques. Comme le souligne Thibault Soleilhac¹⁰, les bibliothèques numériques peuvent en effet être perçues comme le prolongement de

la bibliothèque meuble, qui elle-même fait partie du domaine public mobilier des personnes publiques, non en raison de son affectation mais de son intérêt culturel, de sa valeur patrimoniale. Par son article L. 2112-1, le CGPPP définit en effet le domaine public mobilier comme étant composé des « biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique (...) ». Thibault Soleilhac souligne une limite de ce raisonnement. Des questions se poseront en effet au sujet des ouvrages considérés comme ordinaires et donc, à moindre valeur patrimoniale. Si certaines collections sont classées dans le domaine privé des personnes publiques, la ligne de partage reste difficile à tracer tant elle est subjective et également mouvante. En effet, il y a fort à parier que nombre de collections contemporaines ne faisant pas à ce jour l'objet de mesures de protection spécifique, car appartenant au domaine privé, passeront naturellement dans le domaine public sous l'effet du temps, ou autrement dit, sous l'effet d'une valorisation du fait de leur ancienneté. Il en va donc de même pour leur version dématérialisée. Comme expliqué ci-dessus, le droit des biens n'a pas été pensé en incluant la possibilité d'une incorporité. Il n'était donc pas si évident que le domaine public mobilier comprenne un livre numérique sous le seul prétexte d'être la copie d'un ouvrage considéré comme entrant dans ce domaine du fait de sa valeur patrimoniale. La copie numérique d'un livre ne répond pas à la définition du CGPPP. Cependant, un autre raisonnement, consistant à considérer l'obtention d'une bibliothèque entière sous format numérique comme un nouveau mode de conservation et d'accès au savoir, permettra de conclure à son inclusion dans le domaine public du fait de cet intérêt.

2. La catégorie des biens immatériels dits « produits du service public » :

Cette catégorie comprendra les brevets publics, les données publiques élaborées, c'est-à-dire les données résultant d'un croisement entre des informations dites « brutes » ou encore, les documents élaborés par les agents publics au cours de leur mission et décrits précédemment.

3. La catégorie des biens immatériels dits « supports au service public » :

Cette catégorie comprendra, à titre d'illustration, les ondes hertziennes, support indispensable à la transmission d'informations et au déploiement de réseaux sans fils haut débit. Figurent également dans cette classification les marques publiques. En effet, si l'idée d'une marque de fabrique comme « signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une

¹⁰ T. Soleilhac, *Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel*, AJDA 2008, p. 1133.

personne physique ou morale »¹¹ est généralement associée aux acteurs privés, les personnes publiques peuvent également en détenir. Nombre de marques publiques ont d'ailleurs déjà été déposées auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

B. Les droits

Enfin, paroxysme de l'incorporité, il s'agira d'inclure dans le patrimoine immatériel des personnes publiques un ensemble de droits et d'autorisations délivrés par ces dernières. Le critère de rattachement à la propriété publique sera désormais non pas celui de l'affectation, plus ou moins directe, à un service public mais l'expression de prérogatives de puissance publique.

Comme le souligne le rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, l'État dispose d'un actif particulier qui est « la capacité d'accorder des droits d'accès en contrepartie du respect d'obligations et, généralement, d'un complément financier ». Ces droits s'appliquent aujourd'hui à des domaines très variés tels que celui des jeux en ligne, activité purement immatérielle, et ce au motif d'une volonté de prévention des cas de blanchiment d'argent, de fraude ou de problèmes d'addiction des joueurs. A donc été lancée la création, puis le maintien, d'un véritable monopole d'organisation et d'exploitation, au bénéfice de la Française des Jeux et du Paris Mutuel Urbain. Citons également le domaine de la grande distribution, dont l'État a réglementé à plusieurs reprises l'accès en soumettant à autorisation les projets de création de commerce d'une superficie supérieure à 300 mètres. Selon le rapport précité, la principale critique pouvant être adressée à l'égard de cette réglementation, conçue au départ dans le but de protéger le commerce de proximité et maîtriser le développement des établissements de vente, est qu'en opérant une certaine distorsion de la concurrence, celle-ci a eu des effets néfastes sur l'emploi et sur les prix.

Une autre explication à la mise en place d'un système de droits d'accès octroyés par la puissance publique est la présence de ressources rares. Il en a été ainsi par exemple de l'attribution des droits d'accès au spectre hertzien, ou encore de l'affectation de quotas d'émissions de dioxyde de carbone dans le cadre du protocole de Kyoto. Ces quotas sont aujourd'hui donnés gratuitement aux entreprises industrielles qui devront cependant en acheter si leurs émissions sont supérieures au taux d'émission estimé.

Enfin, il serait également possible d'inclure dans le patrimoine des personnes publiques les autorisations d'occupation privative du domaine public délivrées en échange d'une redevance. L'article L. 2125-3 du CGPPP prévoit que : « La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. » Par exemple, dans le cadre de contrats complexes emportant notamment occupation du domaine public, il s'agira de prendre en compte, dans le calcul de la redevance, l'ensemble des recettes annexes pouvant être obtenues par le cocontractant de l'administration dans l'éventualité d'un couplage avec une délégation de service public.

Partie II : La question des informations publiques

I. L'administration et les informations publiques

Les informations publiques, ou « données publiques », représentent toutes les informations rassemblées, créées, conservées ou éditées par les administrations et les services publics. Ces données sont désormais, sauf exceptions, réutilisables librement et mises à disposition sur la plateforme Internet data.gouv.fr, dans les conditions définies par la « Licence ouverte / Open licence ».

A. Une définition des informations publiques

Les personnes publiques collectent ces informations et peuvent les diffuser. Elles participent ainsi à la création d'une véritable richesse. La première version de la loi du 17 juillet 1978, relative à la liberté d'accès aux documents administratifs, procédait tout d'abord à une énumération exhaustive des documents transmissibles au public, autrement dit des données publiques. A l'inverse, la seconde version, adoptée après l'ordonnance du 6 juin 2005,¹² expose une conception beaucoup plus large, en considérant comme donnée publique « tous documents produits ou reçus dans le cadre de leurs missions de service public par l'État, les collectivités, ainsi que les autres personnes publiques » et ce « quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support ». Parmi ces données, il conviendra également de distinguer les données brutes des données dites

¹¹ Article L. 711-1 du code de la propriété intellectuelle.

¹² Ordonnance n° 2005-650 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, publiée au JORF n° 131 du 7 juin 2005, transposant la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003.

« *retravaillées* ». Ces dernières sont par exemple des analyses, des tableaux ou des rapports qui résultent en réalité du croisement des informations collectées grâce aux données brutes. Les producteurs de données publiques seront donc autant les personnes publiques, c'est-à-dire l'État, les collectivités ou les établissements publics à caractère administratif, que les entreprises exerçant une mission de service public ou, enfin, les acteurs du monde de la recherche, notamment, scientifique. La communauté scientifique foisonne en effet d'informations publiques, collectées ou produites, et c'est ainsi que le Centre National de Recherche Scientifique s'est lancé à partir de 2000, dans le développement d'archives ouvertes via internet et a créé le Centre pour la communication scientifique directe (CCSD).

B. La reconnaissance d'un droit d'accès aux données publiques

La question de l'accès aux données publiques a d'abord été traitée à travers celle de l'accès aux documents administratifs. L'entrée dans une société de l'information aux exigences démocratiques croissantes, a peu à peu obligé l'administration à se réadapter. En effet, figure parmi les principes centraux des démocraties modernes, l'obligation de la puissance publique de rendre compte à ses administrés, principe souvent énoncé par l'anglicisme « *d'accountability* ». En résulte notamment la montée du principe de transparence, fortement liée à l'influence du droit européen. Dans la pratique, cette responsabilité des Gouvernements pourra se traduire par un droit d'information des citoyens.¹³ De prime abord, la communication et l'accès aux documents administratifs semblent être un droit naturel de tout administré. Témoigne notamment de cette idée l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui pose le principe selon lequel « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ».

La question de la communication et de la publication des documents administratifs est cependant très ancienne dans notre droit. Ainsi l'article 58 de la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale, disposait déjà que tout habitant ou contribuable avait le droit de demander la communication des procès verbaux du conseil municipal, des budgets, comptes et arrêtés municipaux. De telles dispositions n'ont

cependant pas permis le développement d'une culture de transparence au sein de l'administration, celle-ci ayant, au contraire, cultivé pendant longtemps un certain goût du secret. Ses relations avec les administrés se caractérisaient donc par une certaine forme d'inégalité d'information. La revendication d'un droit d'accès des citoyens aux documents administratifs a ressurgi néanmoins à partir des années 1960.

Un droit d'accès a donc ainsi été consacré avec la loi du 17 juillet 1978 créant également la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). Participant à ce même mouvement, c'est également à cette époque qu'a été créée la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et élaborée la loi Archives¹⁴. Enfin, cette tendance à l'ouverture des informations vers les citoyens sera confirmée par la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations du fonctionnaire, qui dispose en son article 27, que : « *tout agent de l'administration a le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public* ». Guy Braibant considère que cette liberté d'accès aux données publiques fait partie de la « *troisième génération des droits de l'Homme* » après les droits civils et politiques obtenus en 1789, et les droits économiques et sociaux de 1936/1946.¹⁵

C. Les efforts de diffusion des données publiques

La seconde étape de ce processus fut ensuite celle d'une généralisation, non pas de l'accessibilité mais de la diffusion des informations : « *le mouvement de mise à disposition des données publiques est puissamment engagé* ».¹⁶

L'administration a progressivement dû adopter un rôle véritablement actif afin que les différentes données publiques soient connues par le plus grand nombre de personnes. Ce fut notamment l'objet d'une circulaire du Premier ministre relative à la diffusion des données publiques qui, en février 1994, invitait les administrations ou services publics qui disposaient d'informations non confidentielles présentant un intérêt pour le public, à en envisager la diffusion. Cette circulaire rappelait par ailleurs que la détention de données publiques ne permettait toutefois pas aux personnes publiques de les commercialiser et conseillait alors de recourir pour cela à des opérateurs privés. Dans le même temps, l'entrée dans l'ère informatique et les possibilités offertes

¹³ Rapport de l'École des Ponts remis au Ministre de l'Industrie, de l'Énergie et de l'économie numérique le 13 juillet 2011, *Pour une politique ambitieuse des données publiques. Les données publiques au service de l'innovation et de la transparence*.

¹⁴ Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

¹⁵ S. Omarjee, *Le principe de disponibilité des données publiques, Mythe ou réalité ?*

¹⁶ J.-B. Auby, *La réutilisation des données publiques*, Droit administratif, 2011, repère 8.

par internet ont donné lieu à la mise en place de différents plans Gouvernementaux visant à développer l'administration électronique. A titre d'exemple, le Programme d'action gouvernementale pour la société de l'information mis en place en 2002 visait à faciliter l'accès du plus grand nombre aux nouvelles technologies de communication, via l'équipement des établissements d'enseignement, la mise en ligne des services publics, ou encore, l'adaptation du cadre juridique aux nouveaux services numériques.

3. La reconnaissance d'un droit de réutilisation des données publiques :

Après le droit d'accès, puis la recherche d'une diffusion généralisée, l'aboutissement de cette ouverture des données publiques aux administrés sera finalement, et presque logiquement, le passage à un droit de réutilisation. L'ordonnance du 7 juin 2005¹⁷ ajoutera à la loi du 17 juillet 1978 un chapitre II consacré à la réutilisation des informations publiques qui sera désormais possible et ce, même à « *d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus.* »¹⁸.

II. Le régime de la réutilisation des données publiques

Cette réutilisation s'inscrit dans un mouvement de libéralisation de l'information publique, mouvement auquel certaines limites sont cependant imposées. Le régime applicable en matière d'informations publiques est déclinable selon différents degrés.

A. Le droit d'accès et le droit de réutilisation

Il s'agit tout d'abord de différencier le simple droit d'accès du droit à la réutilisation. Le premier ne consistant qu'en une prise de connaissance d'une information par l'administré, ne constitue pas une forme d'exploitation ni de traitement de ces données. Il sera donc en règle générale, de droit, sans condition tenant à l'existence ou non de droit de propriété intellectuelle de l'administration ou de tiers. Concrètement, la conséquence juridique de ces considérations est que de simples demandes formulées par des usagers pour leurs démarches administratives, ou pour satisfaire certaines obligations légales ou réglementaires, ne seront pas régies par les règles posées par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978.

L'accès aux informations publiques en vue de leur réutilisation suppose donc un degré supérieur

d'encadrement juridique. La notion de « réutilisation » n'a pas encore été clairement explicitée, ni par la jurisprudence, ni par la loi du 17 juillet 1978 qui évoque en son article 10, une utilisation « *par toute personne qui le souhaite, à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus* » en excluant en même temps, « *l'échange d'informations publiques entre les autorités mentionnées à l'article 1^{er}* ». Concrètement, sera considéré comme une réutilisation, l'accès à des données en vue de leur exploitation, (à titre commercial ou non) de leur rediffusion, en encore de leur incorporation dans des produits ou services à destination des tiers. Il en sera de même pour des utilisations internes participant directement au processus économique.

Le droit de réutilisation est énoncé par le chapitre II de la loi du 17 juillet 1978 qui définit les règles s'appliquant à toute réutilisation des informations publiques. L'article 12 de cette loi évoque tout d'abord une obligation de non altération des informations dont le sens ne doit pas être dénaturé, ainsi qu'une obligation de mentionner les sources. L'article 14 énonce également un principe de non exclusivité en vertu duquel ces informations ne peuvent « *faire l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers, sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public.* » Enfin, la réutilisation sera soumise aux exigences déjà posées par la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978¹⁹ selon laquelle la réutilisation d'informations publiques à caractère personnel, si elle n'est pas permise par une disposition législative ou réglementaire, nécessite l'accord de la personne concernée ou à défaut, une anonymisation.

A ces obligations générales communes à toute forme de réutilisation, s'ajoutent parfois certaines autres exigences pouvant être justifiées par un motif d'intérêt général, ou liées aux caractéristiques particulières des informations sur lesquelles des tiers peuvent parfois détenir des droits. Enfin, l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 dispose que les enseignements culturels, d'enseignement ou de recherches peuvent définir certaines conditions pour la réutilisation des données qu'ils produisent.

B. La réutilisation des informations publiques et Etalab

Le choix en faveur d'un accès élargi illustre l'objectif des politiques aujourd'hui mises en oeuvre s'agissant de cette part du patrimoine

¹⁷ Op.cit.

¹⁸ Article 10 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978.

¹⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

public immatériel que constituent les informations publiques. S'est en effet posée la question de savoir si le but était de permettre la diffusion d'un maximum d'informations pour un public le plus large possible ou, au contraire, de fixer un montant suffisamment attractif pour les administrations dans un contexte budgétaire difficile.

La directive de 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public propose un cadre européen minimum destiné à harmoniser les pratiques nationales en vigueur et impose un certain nombre d'obligations aux États membres et collectivités territoriales ainsi qu'aux organismes de droit public.²⁰

La création, par la mission « Etalab »²¹ du portail unique interministériel « data.gouv.fr », dont l'une des finalités affichées est de faciliter la réutilisation la plus large possible²² des informations publiques, démontre bien que le choix a été celui de la première de ces deux options.

C. L'existence de redevances

La redevance permet l'octroi d'une licence dont les deux modèles types ont été définis par l'APIE. Face à la licence simple qui ne suppose qu'une livraison unique de données publiques, la licence dite « *de réutilisations [...] prévoyant une livraison successive des informations* » organise contractuellement la réactualisation et la remise régulière de certaines informations généralement contenues dans des bases de données. De telles licences supposent donc le respect de règles supplémentaires propres aux relations de nature contractuelle s'établissant alors entre l'administration et les opérateurs privés.

La loi CADA de 1978 encadre le montant des redevances que peut demander l'administration en échange du droit de réutilisation de ces données mais celle-ci bénéficie néanmoins d'une certaine liberté de manœuvre concernant notamment le calcul des coûts de production des données. Il reste cependant que ce montant ne doit être qu'une « *rémunération raisonnable des investissements de l'administration* » que constituent les coûts relatifs à la collecte ou à l'anonymisation et que le principe de création d'une redevance doit être décidé par décret. Par ailleurs, le Conseil d'État a estimé, dans sa

décision Cegedim de 2002, que la perception par l'État, de droits privatifs excessifs pour la communication de données publiques nécessaires à l'offre de produits et services qui diffèrent de ceux fournis par ce dernier, constituait un abus de position dominante, méconnaissant les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.²³ Il faut donc voir dans ces redevances autre chose qu'un strict objectif d'augmentation des recettes financières. L'intérêt d'une mise à disposition des données publiques n'est pas tant à chercher dans le mécanisme des redevances mais plutôt dans les bénéfices indirects résultant de leur réutilisation. Comme le souligne Jean David Dreyfus²⁴, c'est avoir une vision restrictive du mécanisme de valorisation et du rôle des personnes publiques que d'envisager la mise en valeur de leur patrimoine immatériel sous le seul angle d'un objectif d'augmentation des recettes financières.

D. La question de la gratuité

La circulaire du 14 février 1994 a clairement écarté l'idée d'une diffusion gratuite des données publiques, que ce soit auprès des utilisateurs finaux mais également auprès des opérateurs privés qui les commercialiseront. En effet, il existerait dans une hypothèse de gratuité, un sérieux risque d'entorse à la concurrence puisqu'aucun service similaire viable ne pourrait être assuré par le secteur privé. De plus, même si une concurrence existait, les opérateurs privés pourraient se procurer des bénéfices au détriment des personnes publiques. Cependant, force est de constater que l'abandon du principe de gratuité semble remis en cause par le site Légifrance qui permet un accès libre et une licence de rediffusion gratuite²⁵. Cette éventuelle remise en cause du principe d'un accès et d'une réutilisation tarifés doit être vue comme la distinction qui doit être faite entre d'une part ce que l'on pourrait appeler les données essentielles (actes et décisions, informations sur l'organisation et le fonctionnement des services publics, rapports et études) dont l'accès et la rediffusion sont gratuits, et d'autre part, les autres données pouvant donner lieu à la perception d'une redevance.

E. Les exceptions au droit de réutilisation des informations publiques et la protection de la vie privée.

Il existe des exceptions à la réutilisation des informations publiques.

²⁰ Directive 2003/98/CE du parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

²¹ Décret n°2011-194 du 21 février 2011 portant création d'une mission « Etalab » chargée de la création d'un portail unique interministériel des données publiques.

²² Article 3 du décret du 21 février 2011.

²³ CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim*, n° 200886.

²⁴ J.-D. Dreyfus, *La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel*, AJDA 2009, p. 696

²⁵ Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif aux services publics de la diffusion du droit par l'internet, J.O. du 9 août 2002

1. Les exceptions prévues par la loi :

L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit en effet que, concernant la réutilisation, : « *Ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent chapitre (Chapitre II : De la réutilisation des informations publiques), les informations contenues dans des documents : a) Dont la communication ne constitue pas un droit en application du chapitre Ier ou d'autres dispositions législatives, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique ; b) Ou produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial ; c) Ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle.* »

L'article 13 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que : « *Les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet. La réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.* »

L'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 prévoit que : « *les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées, le cas échéant, par les administrations mentionnées aux a et b du présent article lorsqu'elles figurent dans des documents produits ou reçus par : a) des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ; b) des établissements, organismes ou services culturels.* ». Même si cet article pourrait être interprété comme une exception supplémentaire au principe de la libre réutilisation des données publiques, le juge administratif a au contraire choisi d'interpréter ces dispositions comme étant une dérogation ne visant pas le principe de la libre réutilisation mais seulement les conditions d'exercice de cette liberté²⁶. Pour lui, l'article 11 confie simplement aux services concernés, le soin de fixer, s'ils le souhaitent, des conditions de réutilisation différentes de celles que prévoient les autres dispositions du chapitre II de la loi du 17 juillet 1978. Si un tel jugement favorise la réutilisation des informations publiques, il peut également être regardé comme une invitation, adressée aux services d'archives, de prendre les mesures indispensables à un

encadrement suffisant et nécessaire de la réutilisation des données figurant dans les documents qu'ils produisent ou reçoivent.

La protection de la vie privée doit en effet être un aspect fondamental de la réutilisation des informations publiques et, en ce sens, la protection des données personnelles devra faire l'objet d'une vigilance toute particulière.

2. Le contrôle de la CNIL et de la CADA :

Le cadre juridique repose ainsi sur la combinaison des deux lois de 1978²⁷ et sur l'action de deux autorités administratives indépendantes que sont la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA).

La CNIL contrôle le respect rigoureux des dispositions de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés par les réutilisateurs. S'agissant des données à caractère personnel contenues dans les documents d'archives publiques, la CNIL a émis un certain nombre de recommandations.²⁸ D'abord, l'accord exprès des intéressés est souvent difficile à obtenir en raison de leur grand nombre et de l'ancienneté de certains documents. Dès lors, et à défaut d'anonymisation ou de masquage, il appartiendra à la CNIL d'autoriser ou non la réutilisation. Ensuite, la Commission indique que les documents d'archives publiques qui comportent des données dites « sensibles » (données faisant apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, etc.), ceux qui contiennent des données relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûretés ainsi que les mentions apposées en marge des actes de l'état civil doivent être rendus anonymes ou occultés de ces données avant toute réutilisation. Par ailleurs, lorsque la réutilisation de données personnelles est possible sans occultation, la CNIL recommande une information générale, claire et complète. Enfin, la CNIL propose de rendre impossible l'indexation des données relatives aux personnes nées depuis moins de 120 ans et précise qu'un accès restreint aux bases de données ou aux moteurs de recherche ne saurait constituer une garantie suffisante. Il est à préciser aussi que la CNIL reconnaît aux personnes vivantes intéressées un droit d'opposition, d'accès, de rectification et de suppression et invite à faire droit, lorsqu'elles sont justifiées, aux demandes de suppression

²⁶ TA Clermont-Ferrand, 13 juillet 2011, n° 1001584, AJDA 2012 p. 375.

²⁷ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

²⁸ Délib. N° 2010-460, NOR : CNIA1000016X.

présentées par les ayants droits de personnes décédées.

La CADA est une autorité administrative indépendante et consultative chargée de veiller à la liberté d'accès aux documents administratifs. Son rôle est principalement de rendre des avis sur le refus opposé par l'administration aux demandes de communication des particuliers, des entreprises ou des associations. Sa saisine est obligatoire avant tout recours contentieux. Elle conseille les administrations sur le caractère communicable de document et peut être consultée par le Gouvernement ou proposer des modifications sur des textes législatifs ou réglementaires. Elle informe le public sur le droit d'accès.

III. L'Open data

L'Open data signifie « donnée ouverte ». C'est une information publique brute qui a vocation à être librement accessible. L'intérêt de la pratique de l'Open data et de l'aménagement d'un régime juridique pour leur réutilisation n'est pas à rechercher dans un éventuel profit qui pourrait être fait grâce aux redevances perçues dans certains cas limités. Dans cette perspective d'ouverture des données publiques, le Gouvernement a lancé sa plate-forme de données publiques Open data sur le site data.gouv.fr, mis en ligne le 5 décembre 2011. Ce nouveau site web est dédié à la publication des données publiques de l'État et de celles de ses établissements publics administratifs, collectivités territoriales et des personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public. Il proposait dès son ouverture 352 000 jeux de données. Percevoir le bénéfice de la politique choisie en matière d'informations publiques nécessite de dépasser une vision à court terme pour prendre en compte les différents bienfaits de cette politique d'ouverture.

A. Une plus-value démocratique

Tout d'abord, s'agissant de la plus value démocratique, pouvant résulter de la diffusion massive des données publiques et de leur réutilisation, il s'agira de rappeler brièvement ce qui a été évoqué précédemment. Grâce à des initiatives telles que la création du portail data.gouv.fr, l'État procède à la numérisation puis à la mise en ligne d'un maximum de données publiques, condition préalable indispensable à leur réutilisation. Cela va sans nul doute dans le sens d'une transparence croissante de l'action publique qui, outre le fait qu'elle permette une mesure des performances de l'action des instances administratives, est l'un des principaux

facteurs de confiance des citoyens dans leurs gouvernants.

B. Un bénéfice économique

Cette même confiance est, selon Severin Naudet, directeur de la mission Etalab, un élément indispensable pour la croissance et le développement économique. Ce dernier prévoit un impact systémique de la réutilisation des données publiques en citant les études commandées par la Commission européenne qui chiffrent cet impact à 140 milliards d'euros par an. De plus, même en faisant le choix d'un accès aux données publiques le plus souvent libre et gratuit, l'État et les personnes publiques en générale en tirent toujours un certain profit, et ce, de manière indirecte, par le mécanisme des externalités positives. C'est aussi l'occasion, pour des entreprises privées, de développer, sur la base de ces données brutes, de nouveaux services en ligne, générateurs de revenus, et plus largement, d'activités économiques. L'opportunité d'innovation ainsi offerte peut permettre le développement de l'économie dite « numérique », « l'un des quatre principaux leviers de croissance de l'économie française identifiés par le Conseil d'Analyse Stratégique » dans son rapport de 2005²⁹. En se projetant donc sur un plus long terme, un tel raisonnement permettra de conclure que la réutilisation des données publiques est indirectement un véritable facteur d'augmentation des revenus de la sphère privée et donc de l'État via l'impôt sur les sociétés, mais également générateur de création d'emplois dans le très stratégique secteur de l'ingénierie informatique qui représente déjà 50 000 emplois. En valorisant leurs actifs immatériels et en posant les bases d'un terrain juridique propice à leur utilisation, les personnes publiques entendent générer un certain nombre de pratiques qui auront, à moyen terme, des effets économiques positifs. L'ouverture des données publiques et la création d'un portail unique d'accès à ces dernières peuvent être envisagées comme un véritable facteur de croissance via le développement de secteurs économiques stratégiques. Il en sera de même s'agissant des savoirs faire, des brevets et logiciels ou encore des bibliothèques numériques. En effet, la mise à disposition de ces derniers dans les secteurs de l'enseignement, de la recherche, ou encore tout simplement dans le travail des agents, constitue, d'une certaine façon, un investissement en capital humain dont les conséquences en matière de croissance ont déjà largement été démontrées. Les personnes publiques ont donc tout intérêt à prendre conscience de ce patrimoine immatériel, non pour lui prêter directement une valeur

²⁹ Regards sur l'actualité

marchande mais pour le considérer comme un nouvel outil, facteur de développement et de croissance.

C. Un facteur d'amélioration des services publics

La valorisation du patrimoine immatériel participe à l'amélioration de la qualité du service public. Les données publiques, en étant un important facteur d'innovation, permettent une amélioration des services publics déjà existants. Il suffit pour cela d'observer, dans le développement général du numérique, l'apparition de nombreuses « applications », créées à partir de données publiques ouvertes et qui permettent d'ouvrir aux citoyens un meilleur accès à l'information et aux services publics. L'Open Data facilite l'émergence de tout un tissu de services publics mobiles parmi lesquels les applications relatives aux établissements culturels ou aux transports en commun. A titre d'exemple, le portail Open Data de la métropole rennaise a déjà permis la création d'un site web Handimap.org s'appuyant sur un recensement des « bateaux » (les trottoirs rabaissés) de la ville pour proposer un service de traçage et calcul d'itinéraire pour les personnes à mobilité réduite.

TABLE RONDE 2 : QUELLES SONT LES MODALITES JURIDIQUES ET FINANCIERES DE LA VALORISATION DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES PERSONNES PUBLIQUES ? QUELLES SONT LES RESPONSABILITES ET GARANTIES RELATIVES A CETTE VALORISATION ?

1. Problématique

Cette seconde table ronde aborde la mise en œuvre des différentes modalités juridiques et financières inhérentes à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. Toujours dans le cadre de la valorisation, il s'agira ensuite de dégager les différentes garanties et responsabilités qu'elle induit.

2. Intervenants

Modérateur

Michel PINAULT

Président de la section de l'administration du Conseil d'État



Licencié en droit, diplômé de l'École des hautes études commerciales et de l'École nationale d'administration, Michel Pinault effectue la première partie de sa carrière au Conseil d'État, où il assume successivement les fonctions suivantes : auditeur du Conseil d'État (1976), maître des requêtes, chargé de mission à la Commission des opérations de bourse (1980-1984). Pendant cette période il est nommé commissaire du Gouvernement auprès de la section du contentieux, secrétaire général du Conseil d'État (1987-1991).

Michel Pinault a également été détaché, entre 1983 et 1987, dans les fonctions de conseiller juridique de l'ambassadeur représentant permanent de la France auprès des Communautés européennes.

En 1991, il rejoint l'UAP comme chargé de mission auprès de la direction générale et devient directeur juridique en 1992, puis de 1993 à 1996 directeur central des affaires juridiques et fiscales. Après la fusion AXA-UAP il est nommé directeur général Asie-Pacifique d'AXA.

En 2004, Michel Pinault réintègre le Conseil d'État où il a exercé les fonctions de président de la 9^{ème} sous-section de la section du contentieux de 2006 à 2008 avant de devenir président de la section de l'administration.

Il est également président du Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative (COEPIA).

Intervenants

Hervé BARBARET



Conseiller maître à la Cour des comptes, administrateur général du musée du Louvre

Après avoir fait des études de gestion d'entreprise à l'université de Paris Dauphine, Hervé Barbaret intègre l'ENA (promotion 1993). Il entre à la Cour des comptes comme auditeur. Après un passage au cabinet du ministre de la jeunesse et des sports, en charge du dossier d'aménagement des rythmes scolaires, il travaille en 1997 à la direction des constructions navales pour contribuer au projet de modernisation de son système de gestion préalablement au changement de statut des chantiers navals de l'État.

De 1999 à fin 2002, il est conseiller commercial à l'ambassade de France en Inde. A son retour, il prend la responsabilité du secteur audiovisuel public de la troisième chambre de la Cour des comptes, avant de rejoindre, en 2004, la Cité de l'architecture et du patrimoine comme directeur général délégué.

Hervé Barbaret devient administrateur général adjoint du musée du Louvre en 2007 puis administrateur général en 2009. A ce titre il assure la gestion de 2300 salariés, d'un budget de 230 M€, et supervise un vaste portefeuille de projets (département des arts de l'Islam, Louvre Lens, Louvre Abou Dabi...). En outre, il a été rapporteur général de la commission pour la nouvelle télévision publique.

Danielle BOURLANGE



Directrice générale adjointe de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (l'APIE)

Diplômée de l'École Polytechnique, ancienne élève de l'École nationale de la statistique et de l'administration économique (ENSAE), inspectrice générale de l'INSEE. Elle a commencé sa carrière à l'ENSAE puis comme économiste à l'INSEE.

De 1992 à 1997, elle a été chef du bureau de la politique salariale à la direction du budget du ministère des finances. En 1997, elle devient directeur financier de l'Office national des forêts.

Elle est nommée en décembre 2002 directrice de l'agence centrale des organismes d'intervention dans le secteur agricole (ACOFA).

Elle est directrice générale adjointe de l'APIE depuis mai 2007.

Stéphane HOYNCK



Directeur des affaires juridiques de l'ARCEP

Diplômé en droit de l'université Toulouse 1, ancien élève du collège d'Europe (promotion Hendrik Brugmans) et de l'ENA (promotion Romain Gary), Stéphane HOYNCK entre comme auditeur au Conseil d'État en 2005.

Nommé maître des requêtes en 2008, il est depuis 2009 directeur des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

Julien PÉNIN**Maître de conférences HDR**

Julien Pénin est maître de conférences à l'université de Strasbourg et chercheur au BETA (Bureau d'économie théorique et appliquée, UMR 7522 – Uds/CNRS).

Il a publié de nombreux articles sur les thématiques de l'économie et la gestion de la propriété intellectuelle, l'innovation ouverte et l'innovation open source.

Julien Pénin enseigne la microéconomie, l'économie et la gestion de l'innovation ainsi que le management des droits de propriété intellectuelle à la faculté des sciences économiques et de gestion de l'université de Strasbourg. Il est également responsable du Master « Management des projets et des organisations » de cette faculté.

Michèle RAUNET**Notaire**

Diplômée de l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne et de l'université de Paris II Panthéon-Assas, Michèle Raunet est titulaire d'un DESS collectivités locales, équipement et travaux publics, d'un DESS droit immobilier et de la construction et d'un DEA de droit public interne.

Après avoir obtenu son diplôme supérieur du notariat, elle devient notaire associée à l'étude Cheuvreux à Paris, en 2006 où depuis 1994 elle exerce dans le domaine du droit public immobilier.

Depuis 2001, elle rédige des Brèves de jurisprudence avec Brigitte Phémolant au Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme (BJDU). Elle est aussi l'auteur de plusieurs publications dont l'une des dernières coécrite avec Etienne Fatôme : « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », AJDA du 27 décembre 2010.

Pierre-Eric SPITZ**Directeur des affaires juridiques de la ville de Paris**

Agrégé de philosophie et ancien élève de l'ENA, Pierre Eric Spitz a successivement occupé les postes de conseiller au tribunal administratif d'Orléans et de Paris, de rapporteur public à la cour administrative d'appel de Paris, puis de chargé de mission auprès de Robert Badinter au Conseil constitutionnel, de conseiller technique au cabinet du Garde des Sceaux, Elisabeth Guigou et de conseiller au cabinet du président de l'Assemblée nationale, Raymond Forni.

Il occupe depuis 2001 les fonctions de directeur des affaires juridiques de la ville de Paris.

Il a publié de nombreux articles et notes de droit constitutionnel et de droit administratif.

Philippe TERNEYRE**Professeur de droit public à l'université de Pau et des pays de l'Adour**

Philippe Terneyre a été doyen de la faculté de droit.

Ses domaines de spécialité sont le droit des contrats publics et le droit public économique en général.

Il est le co-auteur du "Lamy droit public des affaires" (2012) et de "Droit des marchés publics et des contrats publics" (Ed. du Moniteur).

Il est membre de la Commission supérieure de codification.

3. Éléments de réflexion

L'application de la logique de valorisation au patrimoine immatériel des personnes publiques :

Il en va des propriétés matérielles traditionnelles des personnes publiques, comme des propriétés immatérielles. Il s'agit de les mettre en valeur dans l'intérêt général. Ainsi que le récent colloque du Conseil d'État consacré à la valorisation du domaine des collectivités publiques l'a montré, l'analyse traditionnelle de l'improductivité par nature du domaine public a été remplacée par celle portant sur sa valorisation économique : historiquement zone à protéger contre les dilapidations royales, ensuite élément du patrimoine collectif à préserver ou à mettre à disposition d'acteurs privés dans des conditions restrictives, désormais il peut apparaître comme un patrimoine à valoriser et cette démarche est non seulement assumée, mais revendiquée comme un signe de bonne gestion par les pouvoirs publics.

Le recensement et l'évaluation du domaine immatériel des personnes publiques :

La LOLF³⁰ prévoit une réforme majeure des comptes de l'État avec l'établissement du Compte général de l'État (CGE) selon un nouveau référentiel comptable fondé sur le principe de la constatation des droits et obligations. L'adoption de nouvelles normes comptables, au sein du recueil des normes comptables de l'État, a pour but de permettre la retranscription la plus fidèle de la situation patrimoniale de l'État³¹. A cet égard, la norme comptable n° 5 relative aux immobilisations incorporelles, tout en prenant en compte la spécificité de certaines opérations comptables dues à la nature particulière de l'État, apparaît largement inspirée du plan comptable général applicable aux entreprises. Cette norme précise que : « *pour adapter le fonctionnement de ses services aux évolutions techniques et pour améliorer leur efficacité, l'État, comme les entreprises, est amené à acquérir ou à produire des éléments de nature incorporelle.* »

La circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État relève que l'État doit « *prendre la mesure de ces richesses immatérielles, afin de mieux les connaître, les gérer, les faire fructifier, les faire évoluer et dynamiser ainsi l'économie française* »³². En effet, la prise de conscience de l'importance des actifs immatériels de l'État, ainsi que leur recensement,

est un objectif financier, tant pour les acteurs publics que pour la croissance de l'économie. Cette réflexion a été portée par les auteurs du rapport sur l'économie de l'immatériel.

Les difficultés de mise en place d'un recensement et la création de l'APIE :

Le recensement et l'évaluation du patrimoine immatériel des personnes publiques posent certaines difficultés pour l'administration. En effet, les supports n'étant pas par nature physiques, la tâche s'avère beaucoup plus complexe que s'il s'agissait d'un inventaire des biens matériels. La Cour des comptes, dans son rapport annuel sur les comptes de l'État en 2006³³, a souligné cette difficulté, conduisant le Gouvernement à créer l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE).

Depuis le 1^{er} septembre 2007 l'APIE est opérationnelle. Cet organisme a été créé au sein du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État. Elle est dirigée par Claude Rubinowicz, inspecteur général des finances.

L'arrêté du 23 avril 2007³⁴ créant l'APIE prévoit que celle-ci a, notamment, pour mission de : « *piloter le recensement des actifs immatériels des administrations et établissements publics de l'État et de mettre en place un système d'information spécifique* ». Elle participe donc à cette mission de prise en compte et de gestion du patrimoine immatériel dans les états financiers publics, en collaboration avec la direction générale des finances publiques (DGFP) et le Conseil de normalisation des comptes publics (CNoCP).

L'évaluation chiffrée du patrimoine immatériel de l'État :

Le patrimoine immatériel des personnes publiques se constitue ainsi de trois grandes catégories : les propriétés industrielles (brevets, marques publiques, savoir-faire, noms de domaine, etc.), les propriétés littéraires et artistiques (logiciels, sites internet, bases de données, œuvres originales, etc.) et les droits régalien (domaine public immatériel : spectre hertzien, les quotas de droits d'émissions de gaz à effet de serre, les droits d'occupation, etc.). Le total de ces différents éléments, recensés et évalués, donne les chiffres suivants :

³⁰ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

³¹ Rec. normes comptables de l'État 2004, p. 68.

³² Circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État du Premier ministre Dominique de Villepin, publié au JORF n°99 du 27 avril 2007, p. 7490.

³³ Rapport sur les comptes de l'État, observations sur les comptes de 2005 : 2006, p. 112.

³⁴ Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État ».

Valeur nette des immobilisations incorporelles comptabilisées dans le compte général de l'État en millions d'euros (hors coûts de développement des programmes militaires)

Nature	2007	2008	2009	2010
Logiciels, concessions, brevets, etc.	582	901	950	1 059
Spectre hertzien	0	4 084	4 753	5 119
Quotas d'émission de gaz à effet de serre	0	8 189	4 929	3 670
Autre	153	340	220	193
Total	735	13 514	10 852	10 041

Source : Compte général de l'État

La valorisation ne constitue pas une notion classique du vocabulaire juridique. Jean-Bernard Auby la définit comme : « *la volonté d'optimiser, sur le plan économique, le patrimoine en lui donnant l'usage le plus rentable ou en le mettant à la disposition de partenaires extérieurs.* » L'État possède une grande diversité d'actifs immatériels, dont beaucoup disposent d'un fort potentiel de valorisation. Cependant cette mise en valeur nécessite des instruments juridiques et financiers appropriés.

PARTIE I : Les modalités juridiques de la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques

I. Les premières préoccupations de valorisation des actifs immatériels en droit public français : la LOLF

Le patrimoine immatériel des personnes publiques n'est encore que partiellement valorisé. La question des instruments juridiques de cette valorisation fait encore l'objet de réflexions. Le récent code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) le montre bien. En effet, les propriétés publiques ont été considérées essentiellement du point de vue de leur dimension matérielle. La première évolution ressort de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 (LOLF)³⁵ où l'on assiste à une prise en compte du patrimoine immatériel public avec le bilan patrimonial de l'État qu'elle prévoit. Ce bilan nécessite en effet une évaluation des propriétés immatérielles de l'État, dans une considération semblable à celle des biens matériels. Ce bilan est un impératif dans la certification des comptes de l'État par la Cour des comptes. Dans ce sens, il est évident que le souci de valorisation du patrimoine immatériel de l'État

est en lien direct avec celui de modernisation de l'État. Il faudra attendre 2009 pour assister à la formation d'un véritable socle juridique de la valorisation.

II. Les décrets du 10 février 2009 : la naissance d'un droit commun de la valorisation du patrimoine immatériel

L'heure est à la gestion plus active, à la valorisation, en particulier dans les secteurs réputés rentables. C'est dans ce contexte qu'ont été publiés deux décrets du 10 février 2009³⁶. Ces textes, selon les mots de Jean-David Dreyfus, posent un « *véritable droit commun de la valorisation des actifs incorporels* ». Mettant fin à un contexte juridique incertain, ils permettent aux ministères de trouver une base juridique dans la valorisation économique du patrimoine avec l'utilisation des redevances pour service rendu. Désormais, les incertitudes et hésitations des ministères face aux règlements épars relatifs à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques sont estompées par l'unification juridique opérée par les règlements de 2009.

A. Une nécessaire uniformisation des règles relatives à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques

Ces décrets sont pris sur le fondement des articles 4 et 17 de la LOLF qui disposent que la rémunération de services rendus par l'État peut être établie et perçue sur la base de décrets en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre chargé des finances et du ministre intéressé. Le décret n° 2009-151 énonce que ces dispositions s'appliquent à défaut de dispositions réglementaires instituant des rémunérations pour

³⁵ Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances.

³⁶ Décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel. Décret n° 2009-157 du 10 février 2009 portant attribution de produits aux budgets des ministères concernés en application du décret précité.

services rendus perçues en contrepartie de prestations de la même nature que celles qu'il mentionne. Il institue donc un régime de droit commun. En effet, jusqu'à leur publication, les ministères désireux de prendre des initiatives en matière de valorisation devaient se doter de décrets spécifiques, avec pour conséquence une accumulation de textes épars, complexes, hétérogènes, incomplets, ne couvrant le plus souvent qu'une partie des actifs immatériels. Cette situation a conduit à adopter des dispositions réglementaires homogènes, applicables de plein droit à tous les ministères. Tel est l'objet de ces deux décrets. Cependant, il doit être précisé que ces décrets n'abrogent pas les textes préexistants qui, dans un certain nombre de cas, couvrent un champ excédant celui du patrimoine immatériel.

B. Le champ d'application des décrets

Il est à préciser qu'il n'est point une obligation mais une possibilité de demander une rémunération pour services rendus des prestations fournies par l'État au profit des personnes publiques ou privées. L'article 2 du décret n° 2009-151 énumère les sept types de prestations de valorisation visées. Il définit le champ d'application de l'ensemble du dispositif en listant et en décrivant les actes qui permettent la valorisation du patrimoine immatériel et qui peuvent donner lieu à rémunération pour services rendus :

1. « 1° *cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle* » :

Dans cette première méthode, tous les droits de propriété intellectuelle sont concernés : droits d'auteur, droits voisins, titres de propriété industrielle tels que marques et brevets, droits sui generis du producteur de données, etc.

2. « 2° *participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat* » :

Des redevances peuvent être versées par le titulaire d'un marché s'il exploite commercialement les résultats du marché pour d'autres bénéficiaires que le pouvoir adjudicateur. Ces redevances ont principalement vocation à s'appliquer lorsque l'objet du marché réside dans un développement spécifique au profit de l'administration. Le titulaire du marché crée un produit, ou apporte à un produit qui lui appartient des améliorations dans le cadre d'un marché financé par la puissance publique. Lorsque ce produit fait l'objet d'une commercialisation, le cas échéant après transformation, l'administration publique est fondée à demander la rétribution de sa part de valeur ajoutée dans le produit commercialisé, dans des conditions notamment

définies dans les cahiers des clauses administratives générales des marchés publics.

3. « 3° *mise à disposition ou cession d'informations, à l'exclusion des opérations de copie et de transmission mentionnées, respectivement, aux b et c de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 (portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public)* :

Ce point concerne les opérations portant sur des informations, quels qu'en soient la nature, le support ou le moyen. Sont visés notamment les ventes ou mises à disposition de publications, de documents ou de données et plus précisément la vente, location, licence d'utilisation, les prêts d'ouvrages, de publications ou de tout document ou donnée élaboré, détenu, édité, ou conservé par l'administration, ce quels qu'en soient le support, la nature ou périodicité (photographies, CD, DVD, films, statistiques, etc.) et plus généralement de toutes informations, notamment les informations publiques au sens du chapitre II de la loi n° 78-753 précitée, qu'elles soient ou non protégées par un droit de propriété intellectuelle. Les redevances perçues au titre de la réutilisation d'informations publiques relevant du chapitre II de la loi précitée sont fixées selon les dispositions de cette loi. Le décret s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence administrative. En effet, dans un avis du 19 novembre 1987, le Conseil d'État a considéré que l'insertion dans une publication administrative d'encarts publicitaires est possible si elle peut être « regardée comme répondant à un intérêt public ou comme le complément ou le prolongement de l'activité de service public, qui est ici aussi l'information des fonctionnaires et administrés. »³⁷ Une circulaire du 28 mars 2001 du ministre de l'éducation nationale, portant code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire, énonce que peuvent être admises, dans les plaquettes de présentation des établissements scolaires, des publicités relatives à des activités parascolaires (associations sportives, distributeurs de fournitures scolaires, éditeurs, librairies, etc.).³⁸ Les établissements d'enseignement professionnel peuvent donc accepter les publicités des entreprises qui accueillent des stagiaires, les messages publicitaires devant mettre l'accent sur le rôle que joue l'entreprise dans la formation des élèves. La légalité de cette circulaire a été confortée par la décision du Conseil d'État du 6 novembre 2002 « Gilbert M. »³⁹. Le juge considère ainsi que l'exploitation commerciale de la propriété publique incorporelle participe de la mission de diffusion incombant aux personnes

³⁷ CE, avis, section de l'intérieur, 19 novembre 1987, n° 342940.

³⁸ Circulaire n° 2001-053 portant « code de bonne conduite des interventions des entreprises en milieu scolaire » (Bulletin Officiel n° 14 du 5 avril 2001).

³⁹ CE, 6 novembre 2002, n° 234271.

publiques. Cette jurisprudence est aussi celle du juge judiciaire⁴⁰.

4. « 4° location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'évènements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue » :

Il est surprenant de constater que la location de salles et l'organisation d'évènements sont considérées comme participant de la mise en valeur du patrimoine immatériel. On pourrait en effet considérer que ces biens sont matériels. En ce qui concerne la mise à disposition d'espaces pour des tournages ou des manifestations, celle-ci relève bien, selon l'APIE, de la valorisation du patrimoine immatériel dès lors que les lieux publics mis à disposition sont recherchés pour leurs qualités immatérielles (image, situation, originalité, singularité, histoire, etc.). Il est à noter qu'en l'état du droit actuel, sauf dans le cas de biens appartenant à l'État ou à une collectivité auxquels est attaché un droit d'auteur ou en cas de « trouble anormal » qui peut permettre au propriétaire de demander une indemnisation lorsque l'image d'un bien appartenant à une collectivité publique tombée dans le domaine public a été commercialisée, photographier un bien public et faire un usage commercial de la photographie ne donnent pas droit à une contrepartie financière pour le propriétaire public. Ainsi, certaines valorisations dans le cadre de mises à disposition de lieux ou d'espaces du domaine de l'État comportent une composante immatérielle déterminante. Dans cette hypothèse et lorsque la mise à disposition s'inscrit dans une prestation globale, elle donne lieu à une redevance pour service rendu et non à une redevance domaniale, selon les modalités fixées par la circulaire du 23 mars 2009 relative à la valorisation des mises à disposition des lieux et espaces du domaine de l'État.

5. « 5° organisation ou participation à l'organisation d'évènements de toute nature notamment colloques et conférences » :

Cette catégorie doit être entendue de manière large. Elle inclut notamment les évènements tels que séminaires, expositions, salons, colloques, démonstrations, etc.

6. « 6° valorisation du savoir-faire ou de l'expertise des services de l'État, notamment en matière de formation, recherche et études » :

L'État possède des compétences de haut niveau. Des tiers peuvent souhaiter en bénéficier, par exemple sous forme de prestations de formation,

d'étude, d'analyse, de recherche, d'expertise, d'enquête. Ces concours sont valorisables.

7. « 7° mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaires, de communication ou de promotion » :

Un tiers peut trouver intérêt à procéder à une publicité ou communication de toute nature sur un support de l'État (publication, site internet, etc.) et s'acquitter d'une redevance à cet effet.

8. la possibilité de prestations complémentaires :

Pour preuve d'une grande souplesse, le décret précise que les prestations peuvent être accompagnées de prestations complémentaires, telles que la mise à disposition de moyens, donnant elles aussi lieu à rémunération. Ainsi, lorsqu'une même opération de valorisation cumule plusieurs prestations ci-dessus décrites, l'ensemble bénéficie du régime juridique et financier particulier institué par les décrets précités. Il en est de même lorsque s'y ajoutent, accessoirement, des prestations de natures différentes telles que mises à disposition ou prêts de matériels ou d'équipements.

C. Les modalités juridiques de la fixation du montant des redevances pour services rendus

L'article 3 du décret n° 2009-151 traite des rémunérations perçues au titre des prestations effectuées. Sous réserve de dispositions réglementaires particulières, leur montant est fixé selon trois modalités, en fonction de l'objet des prestations.

1. Par arrêté :

Le montant de la redevance est fixé par arrêté, notamment lorsqu'il s'agit de prestations identifiées, non spécifiques à un bénéficiaire particulier, assujetties à un tarif déterminé.

2. Par contrat :

Le montant de la redevance est fixé par contrat, notamment lorsque les prestations sont modulables, pour satisfaire des besoins spécifiques.

3. Par combinaison d'un arrêté et d'un contrat :

Le montant de la redevance est fixé par combinaison d'un arrêté et d'un contrat, notamment lorsque l'arrêté fixe les tarifs des différentes prestations possibles et le contrat définit les prestations choisies par le bénéficiaire et leur incidence sur la rémunération.

⁴⁰ CA Versailles, 24 février 2005, *Société Bel Press*.

III. Vers une stratégie de marques publiques

Il existe déjà des marques au sein du secteur public. L'État et les établissements publics sont titulaires de plusieurs milliers de marques déposées auprès de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Il n'en demeure pas moins que la pratique publique des marques souffre de plusieurs défauts. En premier lieu, elle évolue dans un cadre juridique incertain car le droit administratif des biens est muet sur cette problématique. La pratique publique des marques est donc balbutiante, dépourvue d'un cadre de référence explicite et robuste. En second lieu, on constate une mauvaise gestion des marques publiques. Une stratégie des marques publiques se révélerait être un instrument de modernisation de l'État. Dans cette optique, des efforts et réflexes dans la gestion se doivent d'être effectués.

A. Un cadre juridique incertain

1. Une appartenance au domaine privé peu définie :

Les marques sont soumises, en tant qu'éléments du patrimoine des personnes publiques, au CGPPP. Ce cadre juridique est peu adapté à une stratégie de gestion de marque. Dans un premier temps, le CGPPP ne précise pas si les marques du secteur public appartiennent au domaine public ou privé. C'est un élément essentiel dans la qualification juridique. Le simple syllogisme de l'article L. 2211-1 du CGPPP permet de conclure à l'appartenance au domaine privé. En effet, celui-ci prévoit que : « *Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier.* » La consécration des biens immatériels comme appartenant au domaine privé des personnes publiques semble se faire au coup par coup. C'est ainsi que le Conseil d'État, dans un avis du 19 mars 1948, a considéré que les actions détenues par une personne publique dans une société, même à capital public, sont du domaine privé. Cette reconnaissance par le Conseil d'État est tout de même à nuancer car cela ne concerne que les actions. Raphaël Léonetti pose la question de savoir dans quelle mesure les biens incorporels du domaine public sont inclus dans le domaine privé des personnes publiques et soumis au régime de la propriété publique : « *En dehors de la référence aux droits que l'on retrouve dans l'article L. 1, nous pouvons remarquer que notre droit administratif a de longue date reçu les évolutions contemporaines de la notion de bien en reconnaissant la propriété publique de certains biens incorporels. (...) Puisqu'ils sont des biens publics et qu'ils n'appartiennent pas au domaine*

public, les biens incorporels devraient être rangés dans le domaine privé du fait de la définition négative de ce domaine. C'est ce que la doctrine a admis, en classant dans le domaine de l'État (...), puis dans le domaine privé, des biens incorporels comme les droits de chasse et de pêche (...), ou plus récemment les valeurs mobilières. »⁴¹

B. Les difficultés relatives à la gestion des marques publiques

1. Des méthodes publiques de valorisation peu adaptées aux marques :

Les méthodes de valorisation d'actifs prévues par le CGPPP apparaissent peu adaptées aux marques. Ces méthodes restent marquées par un paradigme fondé sur la propriété matérielle. En effet, il s'agit principalement de la location et de la vente, prévues respectivement aux articles L. 2222-1 à L. 2222-9 et L. 3211-1 à L. 3211-20. Le code de propriété intellectuelle (CPI) quant à lui prévoit des méthodes effectives telles que la licence d'exploitation ou le contrat de cession de droits d'exploitation. Il faudrait ainsi construire des modèles de valorisation semblables à ceux utilisés dans la sphère privée ce qui permettrait de faciliter et d'enrichir la gestion des marques du secteur public.

2. Le constat d'une mauvaise pratique publique des marques :

Les marques ont longtemps été considérées comme un élément de patrimoine des seules personnes privées. Le droit qui les régit est une subdivision du droit privé de la propriété industrielle. En rupture avec cette approche traditionnelle, les nouveaux modes de gestion publique jettent au contraire une pleine lumière sur les marques détenues par des personnes publiques. Comme le souligne Catherine Rossetti dans son article « *Vers une gestion stratégique des marques publiques* » : « *par comparaison avec les États-Unis, la France accuse un retard dans la mise en œuvre d'une stratégie de marque à l'échelle internationale* ». Le constat s'applique tout particulièrement au domaine de l'enseignement supérieur.

C. Une stratégie de marques publiques comme instrument de modernisation de l'État

Le rapport Lévy-Jouyet souligne la réticence des administrations à entreprendre une stratégie de marque au-delà du simple dépôt auprès de l'INPI. L'État dispose pourtant d'un portefeuille d'actifs qui recouvrent des domaines très différents en raison de son vaste périmètre de compétences. Les

⁴¹ Raphaël Léonetti, *La protection de l'affectation au service public des biens incorporels*, AJDA 2009, p. 1689.

marques, en plus d'être un instrument de valorisation purement financier, contribuent à asseoir la réputation de ses administrations et à encourager la diffusion des savoir-faire au profit de l'utilisateur. D'une part, d'un point de vue externe, la marque facilite l'identification de la personne publique et du service public dont elle est en charge. Or, cette identification est source de légitimité. De surcroît, la marque est potentiellement génératrice de valeur pour le service, de façon directe ou indirecte. D'autre part, d'un point de vue interne, la stratégie de marque présente un double intérêt. Elle permet de clarifier les missions du service : une marque symbolise toujours une proportion de valeur, une offre, de quelque nature qu'elle soit. Elle permet aussi de rassembler les agents publics autour de cette mission clairement identifiée et de valeurs communes véhiculées par la marque, transposant ainsi à la sphère publique l'esprit *corporate* soigneusement cultivé au sein des entreprises privées. Ainsi, les marques publiques répondent à divers objets et revêtent une dimension nationale et internationale. Elles se situent à la croisée d'enjeux publics de grande actualité et constituent à ce titre de puissants leviers pour les administrations publiques dans le cadre de la modernisation de l'État.

D. L'amélioration de la pratique des marques publiques : la circulaire du 5 mars 2010

Une circulaire des ministres du budget et de l'économie, du 5 mars 2010, relative au dépôt et à la gestion des marques de l'État s'attache à améliorer cette pratique. La circulaire met l'accent sur la nécessité pour les administrations agissant au nom de l'État d'adopter, lors du dépôt d'une marque publique, une désignation uniforme : « *l'État français, représenté par* », suivie de l'identité de l'autorité responsable du dépôt de la marque. Cette proposition ne concerne pas les collectivités territoriales, les établissements publics et les autorités administratives indépendantes dotées de la personnalité morale puisque ces dernières déposent des marques en leur nom propre. Cette circulaire prévoit aussi la désignation d'un « référent marque » unique au sein de leurs services qui gèrera quotidiennement les marques.

E. Les étapes nécessaires à une gestion effective des marques publiques

1. La nécessité d'une adaptation à la sphère publique des dispositions relatives aux marques :

Les spécificités de certaines marques publiques semblent s'opposer à la simple transposition des méthodes prévues par le CPI. En effet, il est évident que certaines marques publiques, consubstantielles à l'identité même de l'État, n'ont

pas vocation à être cédées comme pourrait le prévoir un contrat de cession de droits d'exploitation. C'est pourquoi il serait nécessaire, dans une transposition de ces méthodes prévues par le code, d'effectuer une adaptation, une différenciation, au niveau des marques publiques. Les différences sont trop grandes entre les marques à forte dimension identitaire publique, et les marques largement privatisables, autrement dit, moins identifiées par les citoyens comme se rattachant à la sphère publique. Il en va de même entre les marques se rapportant à une activité concurrentielle et celles relatives à des services publics non concurrentiels. De plus, certaines précisions au sujet des marques publiques pourraient néanmoins être introduites dans le CPI en raison de leur caractère particulièrement sensible. Alors que l'article L. 711-4 du CPI dispose qu'un signe qui porte atteinte au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ne peut être adopté comme marque, il pourrait être ajouté qu'il en est de même en ce qui concerne la République française, ses institutions nationales et les services publics nationaux.

2. La nécessité du dépôt de la marque comme gage de protection juridique :

La marque publique doit répondre à la définition qu'en fait le code de la propriété intellectuelle. L'article L. 711-1 du CPI prévoit que : « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale.* » Le dépôt auprès de l'INPI, ou d'un organisme similaire au niveau communautaire le cas échéant, est alors un préalable. Ce dépôt est un réflexe à acquérir pour bon nombre d'entités publiques. Ce dépôt induit plusieurs conséquences. La marque sera alors protégée contre la contrefaçon ou l'usurpation. L'objectif ici est d'éviter qu'elle soit exploitée aux dépens de l'administration par une entité n'ayant aucune légitimité. Catherine Rossetti à ce sujet évoque l'exemple de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) qu'elle qualifie d'« *édifiant* ». L'État français a, en effet, tardé à déposer l'acronyme HADOPI en tant que marque, et un particulier s'en est emparé. On s'aperçoit que l'État ne dispose pas d'une protection particulière a priori, et il ne pourra pas toujours compter sur la médiatisation de ses marques pour que ses droits sur ces marques soient reconnus. Si l'on considère que les marques ont vocation à faire partie du domaine privé des personnes publiques, l'enregistrement de la marque, en plus de la protéger juridiquement, permet également à son titulaire d'exercer un droit de propriété sur cette marque. Ainsi, l'entité titulaire pourra avoir recours à la concession de licence d'exploitation de

marque et à la cession de la marque. Le Louvre a ainsi cédé à titre onéreux la licence d'exploitation de sa marque au Louvre d'Abu Dhabi pour une durée de vingt ans non renouvelable. La mise en place d'une réelle stratégie de marques publiques et, in fine, la constitution d'un véritable « magasin » de marques publiques avec le dépôt de marques et les brevets, vont permettre de protéger les différents actifs composant le patrimoine immatériel des personnes publiques. L'objectif principal est d'empêcher l'usurpation et la contrefaçon et donc la perception de profits par des personnes au détriment de l'administration. Dans un monde où l'économie de l'immatériel constitue une grande majorité des portefeuilles les plus importants avec les actions, licences d'exploitations, brevets, marques, etc., l'administration est en possession d'un patrimoine immatériel considérable auquel elle doit attacher une perception de recettes exclusive.

3. La nécessité d'une veille contentieuse et précontentieuse :

L'INPI ne sanctionne pas les marques pour leur caractère indisponible. Dès lors que le dépôt d'une marque est publié au Bulletin officiel de la propriété intellectuelle (BOPI), il appartient au titulaire d'une marque antérieure de s'opposer à l'enregistrement de toute marque nouvelle qu'il estime porter atteinte à ses droits ou à toute personne intéressée de présenter des observations visant à obtenir le rejet de la marque, dans un délai de deux mois. Passé ce délai, oppositions et observations ne sont plus recevables. D'une part, concernant les marques publiques, une réflexion quant à l'introduction d'une explicitation juridique au sujet du déposant de la marque publique est à poursuivre. D'autre part, il relève de la responsabilité des administrations en tant que gestionnaires de leurs actifs immatériels de conduire un travail de veille contre tout dépôt qui constitue une atteinte aux droits de l'État. De plus, il est de la responsabilité des administrations de porter attention aux règles en vigueur. Par exemple, l'article L. 712-1 du CPI prévoit que l'enregistrement d'une marque auprès de l'INPI expire au bout de dix ans. Il revient donc au titulaire de la marque de procéder à son renouvellement dans les délais prescrits.

4. La nécessité d'une coordination de la gestion du patrimoine immatériel de l'État :

Catherine Rossetti, dans son article « Vers une gestion stratégique des marques publiques » propose la gestion juridique des marques de l'État par l'APIE : « Cette dernière serait alors chargée, à la demande des administrations, du dépôt de leurs marques auprès des offices de propriété industrielle concernés, principalement l'INPI pour

les marques françaises et l'OHMI (L'Office d'enregistrement des marques et des dessins ou modèles de l'Union européenne) pour les marques communautaires. Les procédures d'enregistrement des marques demandent en effet une bonne connaissance des pratiques de chaque office, impliquant respect de la forme et des délais, notamment pour présenter des réponses aux objections provisoires à l'enregistrement et aux oppositions pouvant être formées par les titulaires de marques antérieures. L'APIE prendrait également en charge le suivi des échéances de renouvellement des marques dont elle a la gestion. » L'auteur s'inspire ici de l'organisation des grandes entreprises qui confie la gestion des portefeuilles de marques de l'ensemble de leurs filiales aux pôles spécialisés en propriété intellectuelle de leurs directions juridiques. On assisterait ainsi à une professionnalisation de la fonction de gestionnaire juridique des marques publiques, à un développement des compétences et à une amélioration des outils dédiés à cette gestion.

PARTIE II : Les modalités financières de la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques

I. La notion de redevance et la consécration de la rémunération pour service rendu

La rémunération de la mise à disposition d'un bien public a lieu par le versement d'une redevance qui peut être de deux sortes : une redevance pour service rendu ou une redevance domaniale. La logique de valorisation patrimoniale s'accommode traditionnellement mieux du régime de la redevance domaniale, qui permet de prendre en compte les avantages de toute nature que retire l'utilisateur du bien public. Par exemple, la nature de « droit privatif » au sens du code de la propriété intellectuelle, appliquée à certaines données publiques, allait dans ce sens.⁴² Si les décrets de 2009, concernant la valorisation économique du patrimoine immatériel, ont choisi le mode de la redevance pour service rendu pour la mise à disposition du patrimoine immatériel, c'est grâce à une évolution préalable et jurisprudentielle de la notion de rémunération pour service rendu.⁴³ Cette consécration est le fruit d'un élargissement progressif dans les critères de calcul de la rémunération pour service rendu.

⁴² CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim*, n° 200886.

⁴³ CE sect., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229.

II. Le calcul de la redevance

A. L'effacement progressif de la règle de l'équivalence entre la rémunération pour service rendu et le coût du service

Longtemps, l'administration a vécu la rémunération pour service rendu comme un inconvénient puisqu'elle ne pouvait pas excéder le coût du service. L'État lui avait ainsi préféré les redevances perçues au titre de la législation sur la propriété intellectuelle ou pour occupation privative du domaine public. En effet, l'article L. 2125-3 du CGPPP prévoit que : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.* ». Dans l'application jurisprudentielle de ce mécanisme, on peut citer les décisions du Conseil d'État de 2002 et 2006 dites « *Cegedim* » où la perception de droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation était autorisée dans la mesure où ces droits ne portaient pas atteinte à la concurrence.⁴⁴ On va tout de même assister à une évolution dans le calcul de la redevance pour service rendu. Tout d'abord, dans une décision du 10 juillet 1996⁴⁵, le Conseil d'État va admettre la prise en compte dans le calcul de la rémunération pour service rendu des droits de propriété intellectuelle détenus par les personnes publiques. Ensuite, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 14 avril 2005⁴⁶, va considérer que la prise en compte, dans la détermination du montant des redevances, de la rémunération des capitaux investis, ainsi que des dépenses, y compris futures, liées à la construction d'infrastructures ou d'installations nouvelles avant leur mise en service, ne retire pas à ces contributions leur caractère de redevances pour service rendu.

B. La décision du 16 juillet 2007 : l'abandon de la règle de l'équivalence

Depuis une décision du 16 juillet 2007⁴⁷, le Conseil d'État admet que le montant de la redevance pour services rendus puisse tenir compte de la valeur économique pour son bénéficiaire de la prestation rendue par le service public, d'où un regain d'intérêt pour ce dernier type de redevance. C'est ici l'abandon de la règle du plafonnement qui conduisait à limiter le montant de la redevance

exigée par l'administration au coût du service rendu. Dès lors, depuis les décrets de 2009, cette rémunération peut être prise « *en fonction des caractéristiques du service* » ou selon « *les caractéristiques de la prestation* ».

C. Le constat d'une marginalisation du droit de la propriété intellectuelle

L'élargissement des critères opérés pour le calcul de la redevance a eu pour conséquence de brouiller les pistes. Les nouveaux critères de calcul de la redevance pour service rendu, et l'abandon corrélatif de la règle de l'équivalence dans le décret du 10 février 2009, autorisent désormais les services de l'État à réclamer une redevance pour service rendu dont le montant sera calculé en fonction des bénéfices commerciaux réalisés par l'utilisateur, que ces éléments soient ou non protégés au titre de la propriété intellectuelle. Ceci conduit inévitablement à brouiller la perspective sur la protection des savoir-faire ou encore de l'expertise des services de l'État. On marginalise le droit de la propriété intellectuelle, dont l'objet est précisément de rémunérer l'effort créateur par l'attribution à l'auteur ou à l'inventeur d'une rémunération proportionnelle aux bénéfices réalisés lors de la commercialisation de l'œuvre ou de l'invention. Certains auteurs posent la question d'une concurrence, d'une menace pour le droit de la propriété intellectuelle.

III. Une exception au principe de non affectation

Au plan financier, les recettes qui résultent des activités de l'État sont, sauf procédures particulières, dévolues au budget général. Cependant, les pouvoirs publics ont pris conscience des possibilités économiques des actifs immatériels des personnes publiques et ont introduit une exception à cette règle concernant la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques.

A. La circulaire du 18 avril 2007

Dans un premier temps, la circulaire du 18 avril 2007 du Premier ministre, Dominique de Villepin, mentionnait que : « *Après validation par l'APIE, les ministères bénéficieront d'un retour budgétaire sur les recettes supplémentaires obtenues par la valorisation de ces actifs immatériels. Ce retour sera de 100% en 2007 et de 80% à partir de 2008 ; les 20% restants contribueront au désendettement.* » Cette circulaire pose ainsi l'exception au principe de non affectation, en prévoyant aussi un versement d'une partie des recettes au remboursement de la dette publique.

⁴⁴ CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim*, n° 200886 et 24 juillet 2006, *Cegedim*, n° 247769.

⁴⁵ CE, ass., 10 juillet 1996, *Société direct mail production c. société centre d'études de gestion de documentation d'informatique et de marketing*, n° 168702.

⁴⁶ Cons. constit. décision n° 2005-513 du 14 avril 2005.

⁴⁷ CE sect., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229.

B. Le décret n° 2009-157 du 10 février 2009

Les décrets de 2009, pour encourager les ministères à prendre des initiatives de valorisation, vont aussi prévoir de telles procédures particulières d'affectation. L'article 1 du décret n° 2009-157 prévoit que : « (...) les produits résultant de la rémunération des prestations énumérées à l'article 2 du même décret sont attribués au budget de chaque ministère concerné. » En effet, les produits qui résultent des actions de valorisation qu'ils visent sont des redevances pour services rendus affectées en totalité aux ministères qui en sont à l'initiative, par le mécanisme d'attribution de produits. Cependant, il est à préciser que l'affectation aux ministères de la totalité des recettes résultant de leurs initiatives en matière de valorisation du patrimoine immatériel implique que seules les actions qui entrent dans le champ défini à l'article 2 du décret n° 2009-151 bénéficient du régime juridique favorable qu'instaure le décret n° 2009-157. L'exception au principe de non affectation exprimée par les décrets de 2009 dote les différents ministères d'un réel pouvoir d'auto-gestion et d'auto-valorisation de leurs actifs immatériels. Ceux-ci peuvent désormais se considérer comme libres dans la gestion et la valorisation de leurs actifs immatériels et peuvent ainsi mettre une place une véritable gestion effective et valorisante de ces derniers. Au vu des recettes effectuées, on peut valablement considérer que le ministère de la justice a parfaitement intégré cette démarche.

C. La procédure d'attribution de produits

Les ministères ayant obtenu un avis global de l'APIE s'en prévaudront directement auprès de la direction du budget pour bénéficier du produit des opérations entrant dans ce cadre. Les ministères transmettent ainsi à la direction du budget une demande de création d'attributions de produits accompagnée d'une copie de l'avis de l'APIE. Lorsque le ministère se prévaut d'un avis favorable implicite de l'APIE, il produit sa demande d'avis restée sans réponse de l'APIE après trente jours ou après l'expiration d'un délai supplémentaire résultant d'un éventuel supplément d'instruction. Les demandes de créations adressées à la direction du budget émanent toujours du bureau de la synthèse budgétaire de l'administration centrale du ministère demandeur. La direction du budget communique en retour, par messagerie électronique, le code et l'intitulé des attributions de produits. Le comptable centralisateur des comptes de l'État (CCCE), également destinataire du message, procède à la création de l'attribution de produits dans l'application informatique de rattachement de crédits et transmet un fichier au système d'information ACCORD pour une mise à

jour de la nomenclature. Les titres et perceptions sont émis, pris en charge et recouverts dans les conditions habituelles de gestion des produits divers de l'État. Après constatation de l'encaissement, le CCCE ouvre les crédits par arrêté et transmet le fichier d'ouverture des crédits à ACCORD. Un dossier papier est transmis parallèlement à l'ordonnateur. La direction du budget communique ainsi à l'APIE, selon une périodicité semestrielle, un récapitulatif par ministère et programme des montants ouverts sur les attributions de produits créées en application du décret 2009-157.

PARTIE III : Trois exemples de valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques

I. Les communications électroniques : un exemple de cadre juridique

A. La gestion du spectre hertzien par l'ARCEP

Selon l'article L. 2111-17 du CGPPP : « les fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République relèvent du domaine public de l'État. » Ces fréquences constituent alors une ressource essentielle, puisque rare. Cette rareté impose une gestion optimisée du spectre et des méthodes d'attribution. C'est ainsi que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), attribue les fréquences aux opérateurs.

B. Les conditions d'attribution des fréquences

Une des priorités des conditions d'attribution des fréquences est notamment la valorisation du patrimoine immatériel de l'État. Le code des postes et des communications électroniques (CPCE) fixe les missions de régulation des communications électroniques qui incombent à l'ARCEP, et notamment les responsabilités liées à la gestion du spectre hertzien : régulation du spectre et « utilisation et [...] gestion efficaces des fréquences radioélectriques » (article L. 32-1 et notamment son alinéa II-11) ; établissement des règles techniques et des conditions d'utilisation des fréquences (articles L. 36-6 et L. 42) ; attribution de fréquences aux opérateurs et utilisateurs (article L. 36-7). L'article L. 36-7 du CPCE dispose notamment que l'ARCEP « assigne aux opérateurs et aux utilisateurs les fréquences nécessaires à l'exercice de leur activité dans les conditions prévues à l'article L. 42-1 et veille à leur bonne utilisation. » De plus, l'article L. 42-1 du CPCE prévoit que : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

attribue les autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires tenant compte des besoins d'aménagement du territoire. » Et l'article 42-2 du CPCE précise que : « Le ministre chargé des communications électroniques fixe, sur proposition de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, les conditions d'attribution et de modification des autorisations d'utilisation correspondant à ces fréquences ainsi que la durée de la procédure d'attribution, qui ne peut excéder un délai fixé par décret. » Dès lors, les opérateurs doivent souscrire à un certain nombre d'engagements et d'obligations de service public et la procédure doit respecter les directives européennes ainsi que le règlement des télécommunications de l'Union internationale des télécommunications.

Concernant l'attribution de la licence 4G (très haut débit mobile), des consultations publiques préalables sont organisées pour allier transparence et concertation. Cela a mené à l'établissement d'un dispositif global d'attribution des fréquences. L'ARCEP a recouru à la procédure d'appel à candidatures pour attribuer les fréquences 4G. Les enchères combinatoires fermées à un tour consistent à noter les candidats selon les critères de sélection retenus (prix, engagement d'accueil des opérateurs de réseaux mobiles virtuels MNVO ne possédant pas de concession de spectre de fréquences et devant donc contracter avec les opérateurs possédant un réseau mobile MNO), puis à retenir la meilleure combinaison d'offres pouvant être conçue avec la ressource disponible à l'issue de la procédure. Afin de valoriser au mieux le patrimoine immatériel de l'État, l'ARCEP a décidé que : 1° le montant financier proposé par les candidats pour l'acquisition des fréquences constitue l'un des critères de sélection des procédures d'enchères combinatoires fermées à un tour ; 2° des prix de réserve sont prévus pour les différents lots de fréquences à attribuer dans les deux bandes. Dans la bande 2,6 Ghz, l'ARCEP a délivré, dans une décision du 22 septembre 2011, des autorisations d'utilisation à quatre lauréats (Orange, SFR, Bouygues telecom et Free Mobile) pour un montant de 936 millions d'euros (prix de réserve : 700 millions). Dans la bande 800 Mhz, la procédure est en cours. Les dossiers de candidatures sont parvenus au plus tard le 15 décembre 2011.

C. L'assujettissement des utilisateurs à des redevances

Les utilisateurs des fréquences radioélectriques, pour les fixes et mobiles, sont assujettis, d'une part, au paiement d'une redevance annuelle domaniale de mise à disposition de fréquences

radioélectriques et, d'autre part, au paiement d'une redevance annuelle de gestion dont le montant est destiné à couvrir les coûts exposés par l'État pour la gestion du spectre hertzien et des autorisations d'utilisation de fréquences. Les modalités de calcul sont fixées par le pouvoir réglementaire. C'est l'Agence nationale des fréquences (ANFr) qui procède à l'ordonnement des redevances pour le compte du ministre chargé des communications électroniques.

II. Les locations d'espaces et ouvertures des lieux publics : un exemple de gestion financière

A. Le passage du régime de l'autorisation d'occupation temporaire à celui de redevance pour service rendu

L'exemple des locations des espaces et des ouvertures des lieux publics est frappant. Cette possibilité pour la personne publique est prévue dans le décret 2009 (n° 2009-151) à l'article 2 : « 4° location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'évènements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ». Ces prestations ressortent d'ordinaire du régime des dépendances domaniales. Mais ici il s'agit moins de mettre à disposition un immeuble que de mettre à disposition une image. Le but a ainsi été de faire passer des utilisations qui relèvent du régime des autorisations d'occupation temporaire du domaine public à celui de redevances pour service rendu. Depuis la décision de 2007 du Conseil d'État, il n'y a ainsi pas de contrôle strict à proprement parler du juge administratif pour le calcul du montant de la rémunération perçue. Cette rémunération peut, en effet, comprendre les bénéfices réalisés par leurs titulaires. Cet élargissement est une opportunité pour le gestionnaire public.

B. Les administrations comme « plus grande agence de décor de France »

En 2010, les ministères se sont ouverts aux tournages de films. Cette activité, selon l'APIE, a généré quelque 2 millions d'euros de recettes. Ambassades, prisons, préfectures, palais de justice, haras nationaux, etc., sous l'influence de l'APIE, créée en 2007, les administrations publiques ont décidé d'assumer leur rôle de « plus grande agence de décor de France » en ouvrant leur patrimoine immobilier aux tournages de films. C'est une politique « gagnante pour l'industrie cinématographique comme pour les administrations », a souligné, le 24 janvier, Claude Rubinowicz, en présentant les nouvelles règles de

tournage dans les espaces publics. Il a notamment expliqué que « *les administrations sont passées d'une logique d'autorisation au cas par cas à une politique globale d'accueil des équipes.* »⁴⁸

C. Une grille de tarifs clarifiée

Cette démarche, qui vise à faciliter l'accès aux espaces et aux bâtiments gérés par les administrations françaises, s'accompagne d'une grille de tarifs clarifiée. Il en coûte de 300 à 5 500 euros pour douze heures de tournage. Une échelle de prix – très large – qui dépend du type de production (cinéma, publicité, fiction télévisée, clip, documentaire), de la taille des équipes et, surtout, de la notoriété du lieu de tournage. Situés dans des cadres prestigieux, l'hémicycle du Conseil économique, social et environnemental (au palais d'Iéna), les salons de l'hôtel du préfet de Versailles et la première chambre de la cour d'appel du Palais de justice de Paris se trouvent logiquement tout en haut de l'échelle. Élaborée en concertation avec des professionnels de l'industrie du cinéma, cette grille tarifaire s'appuie sur les prix pratiqués pour les tournages dans les lieux privés. « *Elle est à la disposition des administrations qui peuvent s'en écarter si elles le souhaitent* », précise le directeur de l'APIE.

D. L'exemplarité du ministère de la justice

En 2010, les espaces publics ont accueilli quelque 150 tournages, dont 51 pour les seuls espaces gérés par le ministère de la Justice, « *alors qu'ils se comptaient jusqu'alors sur les doigts de la main* ». Le ministère de la Justice a ainsi récolté 400 000 euros, qui serviront principalement à moderniser ses tribunaux. Récemment, le tournage de huit jours au Palais Farnèse, à Rome, siège de l'ambassade de France en Italie, pour le film « *Habemus Papam* » de Nani Moretti a rapporté 146 000 euros au Quai d'Orsay. Cette somme a permis de financer une exposition proposée au sein de l'ambassade.

III. Le Louvre Abu Dhabi : un exemple d'évaluation de l'actif immatériel

Il est difficile de savoir à quelle valeur estimer des biens en vue de leur mise à disposition. Dès lors l'actif immatériel du musée du Louvre a été évalué, en employant les méthodes du marché financier, à près d'un milliard d'euros, dans le cadre de l'opération d'Abu Dhabi. Deux méthodes ont été utilisées pour réaliser l'évaluation. Premièrement, un *benchmark*, un étalonnage, a porté sur l'activité industrielle la plus proche du Louvre en termes de marque, à savoir l'industrie du luxe.⁴⁹ La deuxième méthode a reposé sur le rôle de consultant international dans le métier des musées assumé par le musée parisien, et dans un but culturel. L'argent reçu par le Louvre est destiné à la culture et vient ainsi augmenter les ressources propres de cet établissement. Ici, l'économique et le culturel se complètent dans la mesure où la rareté de l'offre fait la valeur.

⁴⁸ www.acteurspublics.com, *Administrations : ça tourne*, du 24 janvier 2001

⁴⁹ C. Rossetti, *Vers une gestion stratégique des marques publiques*, AJDA 2010, p. 2197.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Ouvrages

- Moulier-Boutang (Y.), *Le capitalisme cognitif, la nouvelle grande transformation*, Multitude/Idées, Editions Amsterdam, 2007.
- Omarjee (S.), *Le principe de disponibilité des données publiques, Mythe ou réalité ?*
http://www.droit-tic.com/pdf/dispo_dp.pdf

Thèses

- Blaizot-Hazard (C.), *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, thèse, LGDJ, Paris, 1991, préface Delvolvé.
- Malwe (C.), *La valorisation du patrimoine immatériel de l'État*, thèse, Nantes, 2008.

Articles

- Auby(J-B.), *L'immatériel dans l'État*, Droit Administratif, juin 2007, p. 1.
- Bruguière (J-M.), *L'immatériel à la trappe ?*, Recueil Dalloz, 2006, p. 2804.
- Bui-Xuan (O.), *Les dernières réformes de la statistique publique : entre transparence et secret*, Droit Administratif, n° 6, juin 2009, étude 11.
- Calamarte-Doguet (M-G.), *Les établissements à caractère scientifique et technologique, un cadre institutionnel pour la recherche publique*, AJDA 2002.
- Chéron (A.), *La réutilisation des données publiques : bases de données et Open data*, AJ Collectivités territoriales, 2011, p. 391.
- David de Beauregard-Berthier (O. de), *Le patrimoine immatériel de l'État*, dans *Bien public, bien commun, mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Paris, Dalloz, 2011, p. 23.
- Delvolvé (P.), *L'utilisation privative des biens publics*, RFDA 2009, p. 229.
- Dreyfus (J-D.), *La valorisation par l'État de son patrimoine immatériel*, AJDA 2009, p. 696.
- Léonetti (R.), *La protection de l'affectation au service public des biens incorporels*, AJDA 2009, p. 1689.
- Nicinski (S.), *Le problème de la tarification des données publiques*, RJEP/CJEG, n° 613 du 13 octobre 2004, p. 432.
- Rapone (D.), *La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques*, RFDA 2009, p. 39.
- Rossetti (C.), *Vers une gestion stratégique des marques publiques*, AJDA 2010, p. 2197.
- Rubinowicz (C.), *La valorisation du patrimoine immatériel public, le rôle de l'APIE*, dans *Droits de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé, actes du colloque du Centre européen de droit et d'économie*, Paris, 2009.
- Soleilhac (T.), *Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel*, AJDA 2008, p. 1133.

Rapports publics

- Maugüé (C.), conclusions sur CE, 29 juillet 2002, *Cegedim*, n° 200886, CJEG 2002.
- Lévy (M.) et Jouyet (J-P), *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, 2006.
- Rapport d'activité du Commissariat général du Plan, 1995.
- Rapport de l'École des ponts *Pour une politique ambitieuse des données publiques. Les données publiques au service de l'innovation et de la transparence*, remis au ministre de l'industrie, de l'énergie et de l'économie numérique le 13 juillet 2011.
- Rapport sur les comptes de l'État, observations sur les comptes de 2005, 2006.

Revues

- Jurisclasseur Administratif, fascicule 410 : *Propriétés publiques immatérielles*.
- Marcovitch (E.), *Données publiques : un enjeu émergent*, et entretien avec T. Morlier au nom du collectif regards citoyens, *Données publiques : pour des décisions publiques éclairées*, Regards sur l'actualité, *Les données publiques : un nouvel eldorado ?*, avril 2011, n° 370.

Communiqués

- APIE, *L'Administration et les droits de propriété intellectuelle*, avril 2010.
- APIE, *Le droit à la réutilisation des informations publiques. Foire aux questions*, avril 2010.
- APIE, *Des licences pour favoriser la réutilisation des informations publiques*, septembre 2010.
- APIE, *Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?*, décembre 2011.

Sites internet

- www.acteurspublics.com
- www.arcep.fr
- www.data.gouv.fr
- www.dalloz.fr
- www.economie.gouv.fr
- www.economie.gouv.fr/apie
- www.etalab.gouv.fr
- www.eur-lex.europa.eu
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lexisnexis.com

Ce document a été préparé par
la Section du rapport et des études du Conseil d'État,
avec la participation de Chloë Bergouts et Simon Dubois,
stagiaires à la SRE.