

## ACTIVITÉ DE RECHERCHE : UN ÉCLAIRAGE JURIDIQUE

### AVERTISSEMENT

Le rapport de Michel Vivant : «Activité de recherche : un éclairage juridique» a été rédigé en avril 1995 pour servir de base à la réflexion du Comité d'Éthique pour les Sciences qui, comme l'affirme l'auteur dans son préambule, ne peut " prétendre construire ex nihilo lorsqu'il existe déjà des réponses ou des éléments de réponse (aux questions que se posent les acteurs de la recherche)". Ce rapport a été remanié en juin 1997 pour les présents "Cahiers".

Il ne s'agit pas d'un rapport à prétentions éthiques. Il s'efforce seulement de faire le point de manière aussi " pédagogique" que possible pour pouvoir être lu par des non-juristes sur l'état du droit quant à la délicate question de la disponibilité des résultats de la recherche. Beaucoup trouveront là sans doute réponse aux questions qui sont les leurs.

Reste encore tout le débat proprement éthique... LA RÉDACTION

### INTRODUCTION

[1] Les chercheurs (le terme pris comme générique dans son acception la plus large) s'interrogent légitimement sur la liberté qui est la leur, leurs droits et obligations à l'endroit du CNRS : quand peuvent-ils parler ? Quand doivent-ils se taire ? Est-il des canaux obligés pour assurer la divulgation et la diffusion des résultats de leur recherche ? Quel est le degré de maîtrise auquel ils peuvent prétendre sur ceux-ci ? Et ce bien évidemment pendant qu'ils sont en activité mais aussi celles-ci ayant cessé : on les voit de la sorte se demander qui peut disposer après leur retraite de leur matériel de recherche.

C'est tout naturellement qu'ils se tournent vers le Comité d'Éthique pour les Sciences, cherchant dans l'éthique ou la déontologie, existantes ou à imaginer, des réponses à leurs questions. Il est, toutefois, très certainement pertinent d'observer qu'il existe, fût-ce partiellement, de telles réponses dans le **droit positif**. Ces réponses peuvent sans doute être discutées, amendées, au besoin bousculées. Mais l'important est de ne pas prétendre construire *ex nihilo* lorsqu'il existe déjà des réponses ou des éléments de réponse.

LE PRÉSENT TRAVAIL ENTEND FAIRE LE POINT SUR CE DONNÉ JURIDIQUE. Et uniquement cela.

Il se propose de dégager des lignes force. Il ne prétend pas à l'exhaustivité pas plus qu'il ne prétend régler toutes les difficultés en suspens (il est des

débats non tranchés), car, pour ce faire, un tout autre investissement eût été nécessaire.

[2] Cela posé, on perçoit que les problèmes soulevés peuvent être regroupés sous deux rubriques : disposition (disponibilité) intellectuelle des résultats de la recherche ; maîtrise juridique des résultats de la recherche. Résultats renvoyant aussi bien aux résultats définitifs qu'aux résultats provisoires acquis à un instant donné.

L'opposition mérite sans doute explicitation. Elle renvoie à l'économie traditionnelle des propriétés intellectuelles. Le brevet en fournira la meilleure illustration (quoique son objet et sa fonction soient souvent mal compris jusque chez les scientifiques). Le brevet confère, en effet, à son titulaire un *mono - pole* d'exploitation *économique* de l'invention dont la maîtrise lui est ainsi réservée. En contrepartie, le breveté doit livrer la teneur de son invention à la collectivité, par la publication qui est faite de celle-ci à l'office des brevets (en France l'Institut national de la Propriété industrielle), assurant par là à tous la *divulgation intellectuelle* de la connaissance. Il apparaît bien ainsi que se posent effectivement de manière distincte deux questions de disponibilité intellectuelle et de maîtrise juridique des résultats de la recherche.

Ces deux questions peuvent trouver réponse dans un certain nombre de règles et de principes juridiques généraux. Elles le peuvent aussi – partiellement – dans les textes propres à la recherche dans la fonction publique et au CNRS. Nous tenterons donc d'exploiter ces deux ressources.

## I. LA DISPOSITION INTELLECTUELLE DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE

### Libre circulation des idées

[3] Les chercheurs sont volontiers enclins à considérer qu'il est de la nature de la recherche de déboucher sur une large diffusion. Le point de vue est certainement juste mais aussi très fortement teinté d'idéalisme. A son appui, on relèvera certes que la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France prévoit, en son article 25, que **les statuts des personnels de recherche "doivent favoriser la libre circulation des idées"**. Mais que cette circulation soit favorisée n'implique pas qu'elle soit de droit.

### Obligation légale au secret?

[4] **Les chercheurs peuvent effectivement être astreints au secret.** Et ce de manière tout à fait légitime.

[5] Ils le sont d'abord au secret professionnel qui pèse sur les fonctionnaires (loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 26) mais cela est d'un faible intérêt puisqu'il s'agit essentiellement d'une "obligation de discrétion" quant aux "faits et informations dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions" (Note de service du 18 novembre 1991 relative à l'obligation professionnelle des fonctionnaires). L'activité de recherche en elle-même n'est guère concernée.

[6] En revanche – et cela n'est pas sans doute assez perçu dans la collectivité des chercheurs – ceux-ci sont tenus à secret, confidentialité,... à l'égard de leur employeur, comme tout salarié l'est.

### Les universitaires

[7] **Les professeurs d'Université *lato sensu*** ou, si l'on préfère donc, les enseignants du supérieur (dont on ne doit pas oublier qu'ils sont définis par la loi comme "enseignants-chercheurs") doivent être mis à part. Si la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur dispose, en son article 7, que l'une des missions de cet enseignement est "le développement de la culture et la diffusion des connaissances et des résultats de la recherche", si, selon l'article 3 du décret du 6 juin 1984, tel que modifié, ces enseignants à ce titre "participent à la diffusion de la culture et de l'information scientifique et

technique", le fait est que ceux-ci **bénéficient d'une particulière liberté** (7.1). Ils ne sont rejoints par le droit commun que dans le cas où leurs travaux seraient susceptibles de déboucher sur une invention brevetable (7.2).

[7.1] En effet, pour ce qui est du premier cas (recherche ne relevant pas du domaine de la technique brevetable), il est exact que le Conseil d'État, dans un avis du 21 novembre 1972, remarqué (et d'ailleurs souvent critiqué), rendu à propos des droits de collaborateurs de l'Office français des techniques modernes d'éducation (OFRATEME), a semblé considérer que seule l'administration devait être investie de droits. Nous reviendrons là-dessus (n° 15.1). Mais encore faut-il savoir ce qui est dû par l'agent de l'État. Le décret du 6 juin 1984, déjà cité, pose en son article 7 que "les professeurs des Universités ont vocation prioritaire à assurer leur service d'enseignement sous forme de cours", ajoutant : "Ils ont, en outre, la responsabilité principale de la direction des centres de recherche". Mais *le service dû est considéré comme fait dès l'instant où ceux-ci ont donné leurs cours oralement* (voir C. Blaizot-Hazard, Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français, LGDJ, 1991, spéc. p. 47 et ss.).

Autrement dit, tout ce qui vient "de surcroît" relève du seul enseignant qui en est maître, qui peut donc décider de le diffuser ou de ne le pas diffuser, qui peut, si cela s'avère possible, prétendre à des droits d'auteur – sur ceci voir *infra* II – et dispose spécialement à ce titre d'un droit de divulgation qui est tout autant un droit de non-divulgation (Code de la propriété intellectuelle, art. L. 121-2).

Devant sans doute être réservé le cas où l'enseignant publierait dans des *conditions* pouvant être considérées comme fautives (par exemple mise en avant de sa qualité d'historien pour avaliser des thèses révisionnistes). Mais c'est un cas extrême et, à bien analyser les choses, cela ne met pas en cause le *principe* de libre publication.

[7.2] Pour ce qui est des inventions brevetables qui seraient le fait des universitaires, le droit commun, ainsi qu'on l'a dit, retrouve, en revanche, son emprise. Nous examinerons donc la question de manière générale ci-après en parlant des chercheurs (n° 9.3).

### Les non universitaires

[8] Pour ce qui est des "autres" – non-universitaires –, le schéma de référence change substantiellement. **A priori, la recherche du chercheur n'est pas détachable de celle de l'organisme auquel il appartient.** Cela ressort, en particulier, des disposi-

tions du décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983 “fixant les dispositions statutaires communes aux corps des fonctionnaires des établissements publics scientifiques et technologiques”. L’article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, de celui-ci pose clairement qu’“ils doivent la totalité de leur temps de service à la réalisation des différentes activités qu’implique l’exercice des missions définies à l’article 24 de la loi du 15 juillet 1982 ” [loi sur la recherche précitée].

**[9] Or, le chercheur CNRS, bien qu’appartenant au secteur public, est, comme le salarié du secteur privé dans un rapport de dépendance** (dépendance juridique, s’entend). Il ne peut être tenu (juridiquement) pour maître de son travail et du fruit de celui-ci – quelque nécessité qu’il y ait évidemment à laisser une importante part de liberté à celui à qui on entend confier une activité de recherche. Cela vaut bien sûr au premier chef quand il y a l’enjeu d’un brevet car existent alors des dispositions spéciales parfaitement nettes (9.3). Mais ce principe reste vrai en dehors même de cette hypothèse à s’en tenir aux principes généraux qui régissent les relations de travail (9.1) et prend peut-être (c’est à examiner) une acuité singulière dans le cas de découverte scientifique fondamentale si l’on s’attache à certaines dispositions des textes régissant spécifiquement le CNRS (9.2).

#### [9.1] La recherche en général

Brevet ou non, dans le secteur privé, les choses, beaucoup plus étudiées qu’elles ne l’ont été pour le secteur public, sont claires. M. Cottureau a parfaitement exprimé l’état du droit en ces termes : “Le rapport de confiance (qui doit exister entre employeur et créateur salarié) fait peser sur ce dernier l’exigence d’une parfaite bonne foi lui interdisant de nuire à l’employeur. *Le salarié doit s’abstenir de toute divulgation portant sur des créations entrant dans le domaine des activités de l’entreprise*” (V. Cottureau, Créations de salariés, Juris-Classeur Travail, Fascicule 18-50 ; c’est nous qui soulignons).

A bien regarder, les dispositions applicables à nos chercheurs des établissements publics scientifiques et technologiques n’expriment, cependant, pas des principes bien différents. L’article 7 du décret du 30 décembre 1983 pose que “les fonctionnaires régis par le présent décret peuvent publier les résultats de leurs travaux sous réserve des intérêts de la collectivité nationale et du respect des droits des tiers ayant participé à ces travaux” (la règle valant nécessairement aussi, à l’évidence, pour les agents contractuels).

**C’est dire d’abord et très clairement que les chercheurs peuvent publier. Mais c’est dire aussi qu’ils ne le peuvent en méconnaissant les droits des tiers.** Ce sont là les deux règles de base autour desquelles tout s’ordonne.

Certes, le texte vise au premier chef les intérêts de la “collectivité nationale”, ce qui est – on en conviendra – assez vague ou, si l’on préfère, assez peu contraignant. Mais il nous semble qu’on ne pourrait sérieusement prétendre que les intérêts de cette collectivité (nationale) seraient préservés... si étaient méconnus les intérêts de l’organisme de recherche (national, pour ce qui est du CNRS) d’appartenance du chercheur. Ce n’est pas se livrer à une interprétation hasardeuse que d’admettre, de la sorte, développant les deux points précédents, que : LE CHERCHEUR NE PEUT PUBLIER QU’AUTANT QUE SA PUBLICATION NE PORTE PAS ATTEINTE AUX INTÉRÊTS, EN L’ESPÈCE, DU CNRS OU, PLUS SPÉCIFIQUEMENT (LE CNRS ÉTANT UNE GRANDE MAISON...), DE L’ÉQUIPE OU DU LABORATOIRE DE RATTACHEMENT. IL EST VRAI QU’ON PEUT RETOURNER LA FORMULE : SI LE CHERCHEUR EST LIBRE DE PUBLIER, IL NE PEUT SE LE VOIR INTERDIRE QUE POUR UN MOTIF LÉGITIME. Restant bien sûr – mais ce n’est pas un problème original – à apprécier la légitimité...

ON OBSERVERA SEULEMENT ICI QUE LA RÉPONSE JURIDIQUE À L’INSTANT DONNÉE PEUT REJOINDRE L’INTERROGATION ÉTHIQUE QUAND IL S’AGIT DE SAVOIR OÙ ET QUAND PUBLIER, OU, PLUS LARGEMENT, FAIRE CONNAÎTRE LE RÉSULTAT D’UNE RECHERCHE. LE DROIT NE SAURAIT DIRE SI UN PLATEAU DE TÉLÉVISION EST UN LIEU IDÉAL OU UNE CONFÉRENCE DE PRESSE LA MEILLEURE DES CHOSES POUR CE FAIRE. MAIS SI LA VOIE CHOISIE POUVAIT ÊTRE CONSIDÉRÉE COMME NÉFASTE POUR L’INSTITUTION, POUR L’ÉQUIPE,... (PUBLICITÉ INTEMPESTIVE, PERTE DE CRÉDIBILITÉ DANS LE MILIEU SCIENTIFIQUE,...), IL Y AURAIT ALORS FAUTE DU CHERCHEUR SUR LE STRICT TERRAIN DU DROIT.

Retour fait à celui-ci, il faut signaler que l’idée a pu être émise que, dans le cas où le résultat de la recherche pouvait donner prise au droit d’auteur (dictionnaire, rapport d’historien, carte géographique,... par exemple), un refus de publication pouvait être considéré comme entrant en contradiction avec le droit de divulgation reconnu à tout auteur (droit déjà évoqué plus haut). Il nous semble, toutefois, que ce serait avoir là une vision assez “raide” du droit d’auteur et qu’il n’est pas raisonnable d’invoquer un tel droit pour prétendre justifier une publication qui, *par hypothèse* (cf. ci-dessus), serait nuisible à l’employeur (CNRS ou autre).

#### [9.2] Le cas de la “découverte”

Nous parlerons brevet ultérieurement. Il faut noter que la “découverte”, entendue comme découverte fondamentale, sans application technique immédiate, n’est pas brevetable et ne relève donc pas de la logique du brevet.

Curieusement, les textes propres au CNRS (voir visa *infra* n° 14) déclarent pourtant que “l’invention ou la découverte” faite par un agent du CNRS dans l’exercice de ses fonctions appartient au CNRS. Est-ce à dire, puisque la seule maîtrise possible d’une découverte passe par sa divulgation, sa non divulgation ou sa divulgation mesurée (à tel ou tel partenaire privilégié), qu’aucune publication n’est alors possible de la part du chercheur sans l’aval du CNRS ? On pourrait le soutenir. Il nous semble toutefois que ce serait prêter trop d’importance à un texte qui présente visiblement une malfaçon, ses auteurs n’ayant pas su distinguer, au sens du droit des brevets qu’ils prétendaient mettre en œuvre, invention et découverte. Nous serions enclins à considérer que la formule manifeste l’intérêt tout particulier que le CNRS peut trouver à une “découverte”, ce pour y trouver, tout simplement, un **renforcement de la réponse dérogée plus haut** (9.2) mais point davantage : **le chercheur ne peut publier que dans le strict respect des intérêts de son organisme d’appartenance**. ET RESPECTER CES INTÉRÊTS, C’EST OU CE PEUT ÊTRE DANS UN PREMIER TEMPS GARDER LE SILENCE (il peut en aller autrement par la suite).

### [9.3] Le domaine de la technique

Dans le cas où les travaux du chercheur sont de nature à déboucher sur un brevet, les choses sont plus nettes encore. Le droit des brevets est le même pour le secteur public et pour le secteur privé et il conduit, pour l’essentiel, comme on le verra plus tard (n° 14), à attribuer le brevet à l’employeur. Mais ce brevet ne peut être délivré que si l’invention est nouvelle, de ce qu’il est convenu d’appeler une nouveauté absolue pour indiquer qu’à quelques réserves près toutes divulgations détruisent cette nouveauté.

CE SERAIT DONC POUR UN CHERCHEUR NON SEULEMENT UNE FAUTE DE DIVULGUER, AVANT QU’UNE DEMANDE DE BREVET NE SOIT FAITE, LA TENEUR DE L’INVENTION SUSCEPTIBLE D’ÊTRE BREVETÉE (ET QUI, AINSI, CESSERAIT DE POUVOIR L’ÊTRE), MAIS ENCORE UNE FAUTE GRAVE.

La règle vaut pour tous les chercheurs: 1) en sciences “dures” ; 2) dont les travaux débouchent sur une application technique (ce car – il faut le rappeler à nouveau – la recherche fondamentale ne donne pas lieu à prise de brevets).

Le secret... par contrat

[10] Il faut ajouter que le secret peut être imposé par contrat. On songe à l’hypothèse fréquente – et, au demeurant, souvent encouragée par les autorités ayant en charge la recherche – de la recherche sous

contrat, parfois même de la recherche spécifique que constitue une thèse à l’occasion “sponsorisée” par tel ou tel partenaire industriel. Il est, en effet, courant que le contrat comporte en pareil cas une clause obligeant l’équipe ou le chercheur pris individuellement à ne pas divulguer le résultat de la recherche menée. Il est même des soutenances de thèse... non ouvertes au public.

Cette dernière pratique n’est pas sans créer un certain malaise (et n’est évidemment pas conforme aux canons universitaires), même si l’on peut en admettre le principe au nom du réalisme. Mais, à laisser de côté l’hypothèse (*qui mériterait certainement un examen approfondi qu’on ne saurait mener ici*), il est indiscutable que de telles **stipulations sont en soit licites**. Leur validité ne pourrait être mise en cause que si elles devaient paraître abusives comme exigeant un secret que rien ne justifierait vraiment.

C’EST DIRE QUE SEUL UN EXAMEN AU CAS PAR CAS PEUT CONDUIRE À LEUR ÉVENTUELLE REMISE EN CAUSE, ET QU’A PRIORI FOI ÉTANT DUE À L’ACTE SIGNÉ, IL N’APPARTIEN PAS AU CHERCHEUR DE PRÉTENDRE S’EXONÉRER DE L’OBLIGATION PESANT SUR LUI.

CELA POSÉ, LA QUESTION, À VRAI DIRE, INTÉRESSE DAVANTAGE L’INSTITUTION (LE CNRS COMME D’AUTRES ORGANISMES DE RECHERCHE) QUI DEVRAIT ÊTRE ATTENTIVE À N’ACCEPTER DE SIGNER DE TELS ENGAGEMENTS QUE PARFAITEMENT JUSTIFIÉS et n’entrant pas substantiellement en conflit avec la mission de diffusion du savoir qui est la sienne.

Un droit de ne pas publier?

[11] Poser la question symétrique à celle qui l’a été jusqu’à présent, se demander donc si le chercheur a le droit de *ne pas* publier, ne peut, à formuler la question ainsi, c’est-à-dire en termes aussi généraux, que conduire à une réponse négative : le chercheur *doit publier*, c’est une obligation de fonction et, d’ailleurs, sa carrière sera jugée à l’aune de ses publications (ce qui, de fait, est, on le sait, souvent à la source d’une inflation de publications).

Mais la question vaut d’être posée de savoir si ponctuellement, dans une situation donnée, sur une recherche donnée, le chercheur est fondé à refuser de publier, estimant par exemple que le travail n’est pas mûr pour la publication ou qu’il serait préjudiciable pour lui de publier à cet instant. Dans une logique d’entreprise, il est certain que le salarié (dans une stricte situation de dépendance juridique : voir *supra* n° 9) ne serait pas en droit de refuser, sauf circonstances exceptionnelles. Dans l’hypothèse qui est la nôtre, cela peut sembler choquant, confronté à

l'image d'un chercheur libre et maître de sa recherche. Loin de nous l'idée – ou, pire, le désir – de nier cette liberté (nécessaire comme nous l'avons souligné : *supra* n° 9). Mais l'image est sans doute idéalisée. Et le principe demeure que le chercheur dépend de l'institution à laquelle il appartient.

En symétrique de ce qui a été dit plus haut (n° 9.1 *in fine*), il nous semble de la sorte que LE CHERCHEUR, SOMMÉ DE PUBLIER PAR SA HIÉRARCHIE, NE DOIT PAS POUVOIR REFUSER, SAUF MOTIFS LÉGITIMES.

Restant bien sûr, une fois encore, à apprécier la légitimité... Ce qui veut dire aussi – on le notera – apprécier la légitimité de la demande. Et c'est là peut-être que la déontologie a son mot à dire (pour fixer les règles de la "juste" demande par opposition à la demande injustifiée).

## ▷ Publier ou ne pas publier?

[12] Alors : publier ou non ? Faire connaître la recherche menée et les résultats acquis ou non ? Les faire connaître d'une manière ou d'une autre ? Par un canal ou un autre ?

La question se situe entre stratégie et déontologie de la recherche, entre stratégie d'équipe et stratégie individuelle, entre déontologie collective (celle de l'équipe) et déontologie individuelle.

Elle est aussi très largement, très fortement, juridique. Le chercheur peut certes publier (voir n° 9.1)... et même doit le faire. Mais le principe est le suivant.

LE CHERCHEUR N'EST PAS VÉRITABLEMENT MAÎTRE DE LA DÉCISION DE PUBLIER NI DES CONDITIONS DE LA PUBLICATION. IL NE PEUT LE FAIRE QUE DANS LE STRICT RESPECT DES INTÉRÊTS DE L'INSTITUTION À LAQUELLE IL APPARTIENT.

Toute publication, *a fortiori* toute diffusion hors des canaux reconnus de publication *proprio sensu* (comme une *interview* donnée dans la grande presse) qui pourraient aller à l'encontre de ces intérêts devraient être considérées comme fautives. Tel est le cas de la publication *en soi* si un brevet peut être escompté. Dans les autres cas, cela dépend des *conditions* de la divulgation (révélation de l'avancement d'une recherche, par exemple, quand la stratégie de l'équipe était, par référence à la concurrence, de garder celle-ci provisoirement secrète).

Concrètement, le chercheur pensera peut-être pouvoir se faire juge de la pertinence de sa publication à l'égard du CNRS. Il y aurait cependant quelque légèreté de sa part à le penser. Car la décision qu'il serait amené à prendre le serait alors à ses risques et périls. À éviter une formule autoritaire d'interdit et d'auto-

risation, il serait légitime – et judicieux – que la décision de diffusion soit arrêtée en concertation, sinon avec une direction générale bien lointaine, du moins avec les responsables directs de la recherche (directeur d'équipe, directeur de labo). Étant posé en symétrique que ceux-ci seraient bien sûr fautifs de leur côté s'ils s'opposaient sans raison légitime à la diffusion souhaitée.

LES MÊMES PRINCIPES DE SOLUTION PEUVENT ÊTRE REPRIS POUR CE QUI EST DU CAS OÙ LE CHERCHEUR NE VOUDRAIT PAS PUBLIER. IL N'EST PAS DAVANTAGE MAÎTRE DE LA DÉCISION ET DONC A PRIORI NE PEUT REFUSER. DEVANT ÊTRE RÉSERVÉE L'HYPOTHÈSE OÙ IL AURAIT DES RAISONS LÉGITIMES DE S'OPPOSER À LA DEMANDE DE PUBLICATION.

Pour le reste, il ne s'agit plus alors (si l'on ose dire) que de politique de la recherche...

## II. LA MAÎTRISE JURIDIQUE DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE

[13] Pour ce qui est de la "maîtrise juridique" des résultats – pour l'essentiel la **possibilité d'invoquer une propriété sur la création faite** –, les réponses se trouvent naturellement dans le Code de la propriété intellectuelle. Il conviendra de reprendre simplement la distinction faite plus haut selon que la création relève ou non du champ du brevet, considérant donc tour à tour brevet et droit d'auteur. *Quitte à ne pas aborder ici d'autres "techniques" juridiques plus marginales (comme, par exemple, les droits susceptibles d'être reconnus sur les topographies de semi-conducteurs plus connues sous le nom plus médiatique de "puces").*

Pour ce qui est des droits sur le matériel de recherche, question parallèle mais différente qui préoccupe légitimement les chercheurs (*supra* n° 1), il faut bien reconnaître, en revanche, qu'en l'état actuel des choses le droit a peu à dire.

### Des brevets pour le CNRS

[14] Les règles du droit des brevets (Code de la propriété intellectuelle, art. L. 611-7) couvrent – on l'a déjà dit – secteur privé et secteur public. Au sein du secteur public, elles concernent évidemment de manière générale les agents des établissements publics scientifiques et technologiques (voir décret n° 83-1260 du 30 décembre 1983, art. 8) et plus particulièrement les agents du CNRS (voir décret n° 84-1185 du 27 décembre 1984 relatif aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires du

Centre national de la recherche scientifique, art. 2 ; décret n° 59-1405 du 9 décembre 1959 fixant le statut des personnels contractuels techniques et administratifs du Centre national de la recherche scientifique, art. 49).

Elles reposent sur une classification tripartite des inventions : inventions “de mission” (correspondant à la mission de recherche) pour lesquelles le brevet revient à l’organisme employeur ; inventions “hors mission attribuables” (ne correspondant pas à la mission mais réalisées grâce aux moyens fournis par l’employeur\*) pour lesquelles le brevet peut être attribué à l’employeur s’il en fait la demande ; inventions “hors mission” (sans rapport ni avec la mission de recherche ni avec les moyens fournis par l’employeur) qui reviennent au salarié.

Les textes propres au CNRS le rappellent, au moins pour le premier cas : **“L’invention ou la découverte faite par un fonctionnaire du CNRS dans l’exercice de ses fonctions appartient au CNRS qui est seul habilité à prendre, en France ou hors de France, le ou les brevets s’y rapportant”** (décret du 27 décembre 1984, art. 2 précité, *in limine* ; l’article 49 du décret du 9 décembre 1959 sur les personnels contractuels reprenant la même règle). Sauf à rappeler encore qu’aucun brevet ne peut être pris pour une découverte (la “découverte” étant, de par la loi, exclue de la brevetabilité) !

Cela étant, on ne manquera pas de souligner que les deux premières catégories légales (brevet revenant ou attribuable à l’employeur) recouvrent l’essentiel des hypothèses. Il est rarissime qu’un salarié fasse une invention ayant si peu de liens avec son entreprise (son organisme d’appartenance) qu’il puisse librement prétendre à un brevet pour lui.

PRATIQUEMENT, LE CNRS, COMME TOUT AUTRE EMPLOYEUR, A AINSI VOCATION À OBTENIR POUR LUI LES BREVETS SUR LES INVENTIONS FAITES EN SON SEIN.

Il est vrai qu’il peut faire un autre choix. Il peut décider de “ne pas s’intéresser à l’invention” de mission qui lui revient rendant alors l’inventeur “libre d’en disposer” (textes cités ci-dessus), il peut aussi choisir de ne pas se faire attribuer l’invention hors mission attribuable.

\* Code de la propriété intellectuelle, art. L. 611-7.2 : “... lorsqu’une invention est faite par un salarié, soit dans le domaine des activités de l’entreprise, soit par la connaissance ou l’utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l’entreprise, ou de données procurées par elle, l’employeur a le droit, dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d’Etat, de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l’invention de son salarié.”

### *Les obligations du chercheur*

[14.1] Le dispositif légal suppose une parfaite circulation d’information entre employé et employeur, ici entre chercheur et CNRS.

C’est d’abord **le salarié qui doit aviser son employeur des inventions par lui faites**. Il faut fortement insister là-dessus d’autant qu’il doit le faire de manière très large, c’est-à-dire, au rebours de ce qu’on peut trop souvent constater dans la pratique, sans présupposer en scientifique peu au fait des questions juridiques que les résultats de ses travaux ne méritent pas la qualification d’invention ou encore que l’invention par lui faite ne mérite pas un brevet. Ce serait une faute de sa part de ne pas le faire (de même qu’un degré au-delà ce serait une faute de sa part, susceptible dans le secteur privé de justifier son licenciement, de prendre en pareil cas un brevet à l’insu de son employeur).

C’est ensuite, en contrepoint, **l’employeur qui doit prendre parti**. Il convient ici de souligner que c’est une obligation pour lui en présence d’une invention attribuable dès l’instant où il peut choisir de laisser le bénéficiaire du brevet au salarié à qui il porterait donc préjudice en ne le faisant pas.

- Pratiquement, s’agissant du CNRS qui est une grande maison, la question se pose de savoir qui doit prendre parti. On renverra ici aux usages suivis qui sont naturellement susceptibles d’évolution.

- La question se pose aussi de savoir, s’agissant encore du CNRS, quand une invention relève de l’“objet” de celui-ci qui est quasiment sans limite. Si l’on veut éviter de devoir conclure de manière absurde que *tout* relevant de l’activité du CNRS *rien* de ce qui a été inventé par l’un de ses chercheurs ne peut être breveté en dehors de lui, il nous semble que le guide de raison à suivre est “de ne pas considérer l’employeur abstrait qu’est l’État mais le secteur propre dont relève l’inventeur” – par exemple la chimie organique telle qu’elle est étudiée dans *telle* équipe donnée (J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 98).

### *Les droits du chercheur*

[14.2] Les droits du chercheur sont doubles : d’ordre moral et d’ordre pécuniaire

**Droit “moral”** d’abord : le ou les chercheurs ont le **droit d’être mentionnés dans le brevet comme inventeurs**, suivant une règle générale (Code de la propriété intellectuelle, art. L. 611-9), reprise dans les textes relatifs au CNRS, spécialement dans le décret du 27 décembre 1984 sur les fonctionnaires

(Art. 2 al. 2 : “Sous réserve de l’accord des intéressés, le nom du ou des inventeurs figure sur les brevets pris par le CNRS”), de manière moins satisfaisante dans le décret du 9 décembre 1959 relatif aux agents contractuels car il laisse penser que cette mention ne s’impose pas absolument (Art. 49 al. 1<sup>er</sup> *in medio* : “Le brevet peut porter le nom de l’inventeur”), alors qu’il a été jugé à juste titre que l’employeur commettrait une faute en omettant le nom du salarié inventeur (Tribunal de grande instance de Paris 4 novembre 1993, *PIBD* 1994, 560, III, 74, *Dossiers Brevets* 1994, II, 4).

**Droit pécuniaire** ensuite : le ou les chercheurs ont, de par la loi, **droit à une gratification** (Code de la propriété intellectuelle, art. L. 611-7). Quand les textes adoptés pour le CNRS (précités) posent que celui-ci peut “intéresser” les inventeurs (ainsi du décret du 27 décembre 1984 qui parle d’un intéressement “aux résultats de l’exploitation commerciale de leurs inventions”), c’est donc une voie privilégiée (ou “privilegiante” ? qu’ils indiquent, mais *il est certain que, même au cas où la formule de l’intéressement ne serait pas retenue, le chercheur ne pourrait pas pour autant être privé de tout avantage financier* .

Un droit d’auteur indécis

[15] Avec les créations susceptibles de relever du droit d’auteur, les réponses sont moins assurées. Il s’agit de toutes les œuvres littéraires (au sens d’écriture, de l’“écrivain” et non point nécessairement de l’écrivain, de la sociologie à l’histoire en passant par la démographie ou la sémiologie), plastiques (spécialement graphiques comme, par exemple, des cartes géographiques ou des croquis), audiovisuelles (comme un film d’ethnologie par exemple), informatiques aussi (logiciels qui obéissent à des règles particulières – voir *infra* – mais aussi systèmes-experts ou bases de données), multimédia,... pourvu que ces œuvres soient originales au sens de la loi (c’est-à-dire marquées par la personnalité de l’auteur).

*A priori*, tout devrait être simple puisque le droit d’auteur appartient... à l’auteur. Et la Cour de cassation a même fermement rappelé, il y a peu, pour le secteur privé que “l’existence d’un contrat de travail conclu par l’auteur d’une œuvre de l’esprit n’emport(ait) aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, dont la transmission est subordonnée à la condition que le domaine d’exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée” (Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre civile, 16 déc. 1992, *JCP* 1993 éd. E., I, 246, n° 4, obs. Vivant et Lucas, *RIDA* 1993, n. 156, p. 193, obs.

Kéréver et note Sirinelli, *RD propr. intell.* 1993, n. 50, 48, *Dossiers Brevets* 1992, V, 2). Le Conseil d’État vient toutefois singulièrement perturber ce schéma (15.1) qui, par ailleurs, même à suivre les principes du Code de la propriété intellectuelle n’est pas réductible à la seule règle rapportée (15.2 et 3).

SUR LE TERRAIN DU DROIT D’AUTEUR, LA SITUATION EST COMPLEXE ET PEU CLAIRE.

*Le principe : CNRS ou chercheur ?*

[15.1] Contre la solution réaffirmée par la Cour de cassation et par les meilleurs spécialistes du droit d’auteur (encore qu’il y ait des divergences d’opinion), le Conseil d’État a, en effet, estimé, dans son avis du 21 novembre 1972, déjà évoqué *supra* n° 7.1), que “les nécessités du service exigent que l’administration soit investie des droits de l’auteur sur les œuvres de l’esprit telles qu’elles sont définies aux articles 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 [loi sur le droit d’auteur alors en vigueur] pour celles de ces œuvres dont la création fait l’objet même du service”. Or, s’il est vrai que le service n’est investi de ces droits “que dans la mesure où (ils) lui sont nécessaires pour divulguer l’œuvre selon les exigences et les limites de l’exécution du service public” (A. Kéréver, *Le droit d’auteur français et l’État*), comme nous avons dit que les chercheurs semblent bien devoir la totalité de leur temps de service à la réalisation des missions de recherche qui sont les leurs (voir décret du 30 décembre 1983, art. 6, cité *supra* au n° 6), du rapprochement de ces deux propositions, il résulte – il résulterait – que le chercheur publiant sur ses travaux ne pourrait prétendre à des droits d’auteur sur ces publications... ni même, d’ailleurs, à suivre le Conseil d’État, à la qualité (juridique) d’auteur.

La conclusion, à notre sentiment, a cependant quelque chose de choquant.

C’est peut-être d’abord la démonstration du caractère insatisfaisant de la solution posée par le Conseil d’État, justifiée généralement au nom de l’autonomie du droit administratif, critiquée souvent par les spécialistes du droit d’auteur comme contraire à un principe fondamental. De fait, si les prémisses changent, la conclusion nécessairement aussi...

Moins radicalement, on peut aussi tenter d’affiner ce qui est simplement avancé ici à traits grossiers s’agissant de la mission du chercheur. Si pour l’enseignant du supérieur, on a pu dire que son service était assuré dès l’instant où il avait donné son cours oralement (voir *supra*), il resterait à savoir ce qui est *exacte* -

ment requis cette fois-ci du chercheur, d'où il pourrait résulter, même sans revenir sur l'avis du Conseil d'État, que la publication ou, du moins, certaines publications seraient un simple prolongement (naturel) de l'activité de recherche échappant donc à l'emprise du "service" (ici de l'État). Le chercheur se voyant alors restituer la qualité d'auteur que lui reconnaît normalement le Code de la propriété intellectuelle.

NOUS SERIONS ENCLINS, POUR NOUS, ET SOUS BÉNÉFICE D'UNE ÉTUDE PLUS APPROFONDIE DU PROBLÈME, À NE PRIVER LE CHERCHEUR DES DROITS QUE LE CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RECONNAÎT NORMALEMENT AUX AUTEURS QUE DANS LE CAS OÙ SA PUBLICATION SERAIT, AU SENS LE PLUS ÉTROIT DU TERME, UNE PUBLICATION "DE MISSION" (RAPPORT ÉTABLI PAR EXEMPLE POUR LE COMPTE DU LABORATOIRE SUR UNE ÉTUDE MENÉE PAR CELUI-CI)\*. MAIS LA POSITION DU DROIT POSITIF NE PEUT ÊTRE TENUE NI POUR CLAIRE NI POUR ACQUISE.

On ne manquera pas, au demeurant, d'observer que la politique éditoriale du CNRS est bien de laisser les chercheurs publier, aux Éditions du CNRS ou ailleurs, *comme auteurs et avec le bénéfice de droits d'auteur*.

Enfin, il faut noter que ce que nous avons dit des incertitudes du droit positif doit être tempéré par le fait que la création prendra souvent un tour collectif (voir *infra* n° 15.3).

### *Le cas des logiciels*

[15.2] Pour ce qui est des logiciels, le Code de la propriété intellectuelle connaît une règle dérogatoire du droit commun (art. L. 113-9). Le créateur du logiciel conserve comme tel la qualité d'auteur (et donc tout le débat précédemment rappelé à propos de l'avis du Conseil d'État peut être repris ici) mais tous les droits "utiles" (les droits patrimoniaux permettant l'exploitation de l'œuvre logicielle) sont transférés à l'employeur.

Cependant, un décret de fin 1996 (Décret n° 96-858 du 2 octobre 1996 "relatif à l'intéressement de certains fonctionnaires et agents de l'État et de ses

établissements publics ayant participé directement à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale ou à des travaux valorisés") est venu prévoir, en contrepoint, un "intéressement" des "fonctionnaires ou agents" dans les termes suivants : "Les fonctionnaires ou agents publics de l'État et de ses établissements publics régis par les dispositions applicables aux corps et emplois figurant sur la liste annexée au présent décret et qui ont directement participé, soit lors de l'exécution de missions de création ou de découverte correspondant à leurs fonctions effectives, soit à l'occasion d'études et de recherches qui leur avaient été explicitement confiées, à la création d'un logiciel, à la création ou à la découverte d'une obtention végétale relevant du régime de protection institué par les dispositions du chapitre III du titre II du livre VI du code de la propriété intellectuelle ou à des travaux valorisés bénéficient d'une prime d'intéressement aux produits tirés, par la personne publique, de ces créations, découvertes et travaux" (art. 1<sup>er</sup> alinéa 1)\*. Ce texte prévoit encore que "lorsque la personne publique décide de ne pas procéder à la valorisation de la création, de la découverte ou des travaux, les agents mentionnés à l'alinéa précédent peuvent en disposer librement, dans les conditions prévues par une convention conclue avec ladite personne publique" (art. 1<sup>er</sup> alinéa 2)

Toute discussion juridique savante laissée de côté, il en résulte que LE CNRS EST INVESTI DES DROITS ("UTILES") SUR LES LOGICIELS CRÉÉS PAR SES CHERCHEURS – qui conservent simplement le droit, moral, d'être mentionnés comme auteurs si on ne leur dénie pas cette qualité (pour la discussion sur ce point, voir ci-dessus) et celui, financier, d'être intéressés aux produits d'une éventuelle exploitation.

### *La création collective*

[15.3] Mais, écrit classique, logiciel, base de données ou autre création – à l'exception, selon la jurisprudence, des œuvres audiovisuelles – la réponse à la question de la titularité pourra très souvent être trouvée dans la notion d'*œuvre collective*, dès lors que ces

\* En essayant de ne point être trop caricatural, on peut tenter de résumer l'avis du Conseil d'État comme signifiant que ce qui est réalisé pour les besoins du service ne peut "appartenir" à celui qui en est à l'origine. Si on dit que tout ce que réalise le chercheur en lien avec son activité relève du service dû par lui, il n'y a plus rien qui puisse être reconnu au chercheur ! Nous proposons donc simplement une lecture "raisonnable" qui consiste à tenter de distinguer ce qui est le noyau dur de l'activité de recherche et ce qui en est le simple prolongement. Mais il ne faut pas se leurrer : la frontière est loin d'être facile à déterminer.

\* On n'aura pas manqué de noter que le texte ne concerne pas que les logiciels. Mais les "obtenions végétales" qu'il vise sont au nombre de ces créations, un peu marginales (sauf pour des organismes très spécialisés comme l'INRA), que nous avons choisies de laisser de côté dans le souci d'aller à l'essentiel. Et quant à la valorisation qu'il évoque encore, elle se situe en aval de l'activité de recherche. Ce pour quoi nous avons "recentré" ici le décret sur la création de logiciels.

diverses créations seront souvent collectives. En ce cas, en effet, **si chaque contributeur peut prétendre à des droits sur sa contribution** (toujours bien sûr sous la réserve qu'on ne lui dénie pas la qualité d'auteur : voir *supra* n° 15.1), **celui qui est à l'origine de l'œuvre dite collective est seul investi de la totalité des droits sur cette œuvre considérée globalement** .

Il faut toutefois préciser qu'il ne suffit que la création soit collectivement faite pour pouvoir être qualifiée d'œuvre collective. L'œuvre simplement faite à plusieurs est dite œuvre de collaboration et il faut alors raisonner comme au cas de référence mais non point en considérant un mais plusieurs auteurs. *L'œuvre collective, notion très difficile à cerner, suppose une entité qui prenne l'initiative de la création, la dirige et la publie*, ce pourquoi précisément celle-ci se voit reconnaître les droits sur l'œuvre. On voit donc qu'il s'agit d'une appréciation d'espèce. Parmi les travaux issus du CNRS, on pourra ainsi rencontrer aussi bien un rapport fait "à égalité" à plusieurs – œuvre de collaboration – qu'une étude d'équipe menée suivant une direction précise assignée par un responsable fixant les tâches de chacun – œuvre collective.

On observera, d'ailleurs, que récemment le Conseil d'État est venu qualifier d'œuvre collective le répertoire *Sirene* créé et exploité par l'INSEE avec pour conséquence une attribution des droits à l'État faute pour l'INSEE d'être doté de la personnalité morale (CE 10 juil. 1996, *JCP* 1997 éd. E., I, 657, n° 9, obs. Vivant et Le Stanc, *RIDA* 1996, n° 170, p. 207, obs. Kéréver, *D. Inf.* 1997/1, p. 21, note Maisl)

EN TOUT CAS, POUR L'HYPOTHÈSE QUI NOUS OCCUPE ET LA QUALIFICATION D'ŒUVRE COLLECTIVE RETENUE, LE CNRS EST DE PAR LA LOI SEUL INVESTI DES DROITS (D'AUTEUR) SUR LADITE ŒUVRE.

Des droits sur le matériel ?

**[16]** La question est délicate et **la vérité est qu'il n'y a pas ici de réponse juridique assurée** .

Comme toujours, les situations extrêmes ne font guère problème. Le chercheur ne peut prétendre à rien sur le matériel qui est celui de l'équipe (comme par exemple un fonds de bibliothèque acheté avec les crédits de celle-ci). En revanche, il semble difficile de prétendre lui refuser des droits sur et la libre disposition de ce qui lui a servi d'outil de recherche personnel (comme par exemple un fichier papier qu'il aurait constitué à partir de ses observations propres).

Mais déjà les choses sont moins nettes avec un fichier informatique constitué sur un ordinateur de l'équipe, qui peut être tenu pour une base de données

qui, normalement, devrait être considérée comme appartenant au CNRS (voir *infra* n°15.2 *in fine*) et *quid*, pour raisonner sur un autre exemple, du "matériel de fouilles" en archéologie ?

On peut sans doute songer à invoquer un certain nombre de règles juridiques : sur le statut du "savoir-faire", sur les archives,... Mais tout cela n'est pas ordonné.

IL Y A CERTAINEMENT DES ÉLÉMENTS DE RÉPONSE À TROUVER DANS LE "FONDS JURIDIQUE". MAIS, SUR CE POINT PRÉCIS, LA RÉFLEXION JURIDIQUE EST ENCORE À MENER.

### ▮ Propriétaire ou non ?

**[17]** On peut résumer ce qui précède de la manière suivante.

SI LE RÉSULTAT DE LA RECHERCHE EST BREVETABLE, LE BREVET (QUI CONFÈRE LA PROPRIÉTÉ DE L'INVENTION) A VOCATION À APPARTENIR AU CNRS.

SI LA RECHERCHE SE TRADUIT PAR DES "CRÉATIONS" POUVANT DONNER PRISE AU DROIT D'AUTEUR, CELUI-CI EST POUR CE QUI EST DES PRÉROGATIVES PATRIMONIALES ACQUIS AU CNRS SUR LES LOGICIELS ET PEUT L'ÊTRE SANS LIMITE CHAQUE FOIS QUE LA CRÉATION PEUT ÊTRE QUALIFIÉE D'ŒUVRE COLLECTIVE (SUPRA N° 15.3). EN DEHORS DE CES HYPOTHÈSES, LES RÉPONSES SONT MOINS SÛRES ET, selon le point de vue adopté, on peut conclure dans un sens comme dans l'autre: reconnaître les droits au CNRS ou, suivant les principes mêmes du Code de la propriété intellectuelle, les reconnaître au chercheur.

Quant au matériel, le terrain est encore largement ouvert à l'analyse juridique...

### CONCLUSION

Telles sont ces quelques observations *de pure technique juridique*. Elles font apparaître que la recherche et plus précisément le statut des résultats de la recherche n'évoluent pas dans ce "vide juridique" si cher aux journalistes. Il y a des règles, des règles de droit.

Au-delà (ou à côté) est l'éthique qui peut venir investir les "interstices" laissées libres par le droit (qu'est-ce, par exemple, que la décision légitime de publier ou de ne pas publier attendue du chercheur ou du responsable d'équipe ?), voire combattre la règle juridique qui n'est jamais que ce qu'on décide qu'elle soit.

Michel Vivant

Professeur à l'Université de Montpellier I  
Directeur de l'Équipe « Créations immatérielles et Droit » (URA 2009)