

La politique de la propriété intellectuelle dans les contrats de l'Agence spatiale européenne

1. L'Agence spatiale européenne, ou plus familièrement « ESA », est une organisation intergouvernementale créée en 1975. Elle a pour mission de définir et de mener à bien des programmes dans divers domaines des sciences et technologies spatiales, allant des vols habités aux télécommunications par satellites, en passant par les sciences, l'observation de la terre, la navigation par satellites ou la mise au point de lanceurs.

Les contrats passés par l'ESA dans le cadre de ces programmes ont donc des répercussions très importantes pour l'industrie et les centres de recherche de ce secteur de pointe. Les programmes de l'ESA – qu'il s'agisse des programmes obligatoires auxquels participent tous les Etats membres à un taux de contribution fonction de leur PNB relatif, ou des programmes optionnels auxquels la participation est libre – sont soumis à la règle dite du « juste retour », c'est-à-dire la garantie de voir le montant global des contrats passés avec l'industrie nationale correspondre à la contribution au programme de chaque Etat membre.

2. La Belgique investit chaque année quelque 150 millions d'euros dans le cadre de ces programmes. L'enjeu est double :

- (1) doter l'Europe de systèmes spatiaux répondant aux besoins institutionnels ou/et commerciaux et de technologies indépendantes et compétitives par rapport à celle des concurrents ;
- (2) développer, au travers d'une politique industrielle adaptée au secteur et dont le « juste retour » est un élément parmi d'autres, des capacités industrielles bénéficiant d'un soutien étatique leur permettant de se positionner face à l'industrie d'autres puissances (les Etats-Unis, par exemple).

Dans ce contexte, la politique des droits de propriété intellectuelle de l'ESA se présente comme un instrument stratégique : en tant qu'agence de recherche et développement, l'ESA cherche à financer, à un stade précompétitif, des technologies-clés dont le secteur privé n'est pas prêt, du moins seul, à assurer le financement. Il s'agit donc pour l'ESA de s'approvisionner en systèmes et en technologies pour les besoins de ses programmes et missions, tout en soutenant l'utilisation et l'exploitation de cette technologie pour d'autres applications, le cas échéant de nature commerciale et hors du domaine spatial (transferts de technologie).

A cette fin, certains programmes de l'ESA ont été conçus de manière à assurer le financement de développements dans le cadre de projets pilotes ou de démonstration. Ces programmes, à la différence des activités « classiques » que sont les vols habités, l'observation de la Terre ou les lanceurs, ne sont donc pas leurs propres clients. Ils servent à financer des systèmes dont l'exploitation est ensuite confiée à des tiers.

3. En 2002, un nouveau règlement¹ a été adopté par le Conseil de l'ESA en matière de gestion des informations, des données et des droits intellectuels dans le cadre des contrats ESA. Ce

¹ Le Règlement relatif aux informations, aux données et à la propriété intellectuelle est un document du Conseil de l'ESA et, à ce titre n'appartient pas au domaine public. Cependant, les principes étant transposés dans les

document a ensuite été traduit en termes contractuels dans les Clauses et Conditions générales des contrats conclus par l'Agence. Le nouveau règlement opère de profonds changements dans la politique de l'ESA en matière de propriété intellectuelle, telle que pratiquée jusqu'alors. Il renverse le principe selon lequel l'ESA est titulaire des droits de propriété intellectuelle générés dans le cadre des contrats qu'elle finance.

La politique inaugurée en 2002 vise donc :

- à offrir à l'Agence un cadre juridique approprié lui permettant une meilleure appréhension des intérêts de l'industrie et de la communauté scientifique, ainsi que de leur évolution en particulier dans le secteur de la R&D spatiale ;
- à assurer la constitution et la préservation du patrimoine de l'Agence et son rôle fédérateur dans le domaine de la science et de la technologie spatiales et de leurs applications ;
- à doter l'Agence des moyens de répondre aux nouvelles formes de coopération et de financement avec des partenaires externes (industrie, consortium, organisations internationales).

Cette politique a fait l'objet d'une consultation approfondie du secteur industriel, par l'entremise d'EUROSPACE, l'association de l'industrie spatiale européenne. Le nouveau règlement se fonde sur un principe tacite agréé d'une part, par l'ESA et ses Etats membres et, d'autre part, par les contractants : *la reconnaissance des intérêts de chacun ne se conçoit que pour autant qu'il en tire le meilleur parti.*

4. En réalité, le nouveau règlement s'articule autour de distinctions à différents niveaux :

- distinction par type de financement
- distinction par type de données
- distinction par type de contrat

Pour chacune d'elles, il énonce les principes généraux et leurs exceptions.

I. Les principes généraux

5. Le Règlement fixe d'emblée trois principes généraux applicables à l'ensemble des informations, données² et de la propriété intellectuelle³ :

- (1) la reconnaissance de la protection de la propriété intellectuelle (notamment par le brevetage) comme le moyen le plus approprié de la valoriser et de l'exploiter ;

clauses contractuelles des contrats de l'ESA, ils ont fait l'objet d'une publication en français et en néerlandais disponible sur le site web de la Politique scientifique fédérale intitulée *La propriété intellectuelle à l'Agence spatiale européenne : Mode d'emploi* et disponible sur le lien suivant :

http://www.belspo.be/belspo/home/publ/pub_ostc/ESA/ESA-IPR_F.pdf

² Les notions d'*informations* et *données* sont reprises par le Règlement en référence à l'Article III de la Convention de l'ESA (voyez : http://www.esa.int/SPECIALS/About_ESA/SEMW173Z28F_0.html)

³ Conformément à la définition donnée à l'Article 2, (viii), de la Convention instituant l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle.

- (2) la considération selon laquelle l'originateur de la propriété intellectuelle est le mieux placé afin d'assurer cette valorisation et cette exploitation ;
- (3) à titre exceptionnel ou dans certains cas déterminés par le Conseil ou les Etats participant au programme dans le cadre duquel la propriété intellectuelle a été générée, l'ESA peut se réserver les droits de propriété pour les besoins de ses activités et de ses programmes et pour ceux de ses Etats membres ou des Etats participants et de leurs ressortissants.

Des dérogations ou des adaptations du Règlement par le Conseil ou le Comité directeur du programme concerné sont donc possible, mais moyennant des décisions *a priori*, transparentes et claires pour l'ensemble des contractants. La politique de la propriété intellectuelle fait donc partie intégrante de la politique programmatique et de la politique industrielle de l'Agence.

II. La propriété intellectuelle générée par le personnel de l'ESA dans le cadre de ses fonctions

6. L'ESA est titulaire des droits de propriété intellectuelle générée par son personnel dans le cadre de ses fonctions. Il s'agit ici du personnel de l'ESA sous contrat de travail international et du personnel assimilé (boursier, expert, etc.) mais à l'exclusion du personnel des firmes contractantes détaché auprès de l'ESA.

Le Directeur Général de l'ESA peut toutefois accorder des primes à l'inventeur, l'autoriser à exploiter la propriété pour son propre compte (sans que cela ne préjudicie les droits de l'Agence) ou peut renoncer aux droits de propriété intellectuelle en sa faveur.

Cete propriété intellectuelle est donc accessible et peut être utilisée :

- par l'ESA, à titre gratuit ;
- par les Etats membres pour leurs besoins propres (à titre gratuit et non-exclusif)
- par des tiers pour les besoins de travaux de recherche et de développement dans le domaine spatial (à titre gratuit et non exclusif) ;
- par des tiers pour d'autres besoins (moyennant redevance éventuelle et remboursement des frais).

La publication des résultats requiert l'accord de l'ESA.

Si la propriété intellectuelle est le résultat de la collaboration entre un membre du personnel et un contractant, il faudra déterminer dans quelles proportions cette propriété intellectuelle se répartit entre l'ESA et son contractant et y appliquer les règles respectives.

III. La propriété intellectuelle générée dans le cadre des contrats industriels

7. Il s'agit bien entendu de la source de propriété intellectuelle la plus importante (à tout point de vue) de l'Agence.

Le principe général affirmé par le nouveau règlement est que le contractant de l'Agence reçoit la propriété intellectuelle générée dans le cadre de son contrat avec l'ESA. Ce principe est révolutionnaire à certains égards⁴, notamment en comparaison des règles d'autres organisations internationales (ex. Communauté européenne, Organisation des Nations Unies, OTAN, etc.). Ceci s'explique encore une fois par la double nature de l'ESA, à la fois organisation intergouvernementale en charge d'une mission publique et agence de recherche et développement.

La question de la légitimité de ces aides d'Etats – puisque c'est bien de cela qu'il s'agit – a bien entendu été posée. Outre que la Convention de l'ESA, qui, pour rappel, consacre le principe du juste retour, échappe au droit communautaire européen, il apparaît que le soutien à la R&D dans le secteur spatial peut se justifier aux yeux du Traité de la Communauté européenne dès lors que ce soutien n'affecte pas la libre concurrence au niveau de l'Union. En d'autres termes, tant que ce soutien se limite au financement total ou partiel de technologies suffisamment génériques et bénéficie globalement à l'ensemble du secteur, conformément à la mission de l'ESA, on peut considérer que de telles aides tombent dans les cas dérogatoires au principe de leur interdiction par le droit communautaire européen.

L'honnêteté commande d'admettre que cette question est loin d'être réglée définitivement. Le système du « juste retour » auquel participe la politique de propriété intellectuelle de l'ESA est encore régulièrement l'objet de discussions entre l'Agence et la Commission européenne. Les deux philosophies, qui sans être nécessairement contradictoires, n'en sont pas moins difficilement conciliables dans l'absolu, se doivent de co-exister au sein de grands projets communs, tels que le futur système de navigation par satellites Galileo ou le projet GMES⁵.

8. Il est à noter que les clauses contractuelles de l'ESA prévoient l'application de ces principes et règles non seulement au contractant de premier degré (« Contractant principal »), mais également à l'ensemble des sous-contractants. Le Contractant principal est tenu de les répercuter dans ses contrats en aval.

1. Les contrats financés par l'ESA

9. Il s'agit de contrats les plus fréquents et dont le régime constitue la solution applicable par défaut. On considère qu'un contrat est entièrement ou principalement financé par l'ESA lorsque la part de financement de l'ESA excède 50% du montant total du contrat⁶.

⁴ Encore que ce principe soit reconnu en Belgique aux termes de l'A.R. du 18 janvier 1977 relatif à la valorisation des résultats des recherches financées par voie de contrats conclus par les Ministres ayant les Affaires économiques et la Politique scientifique dans leurs attributions. Cet arrêté prévoit la possibilité, pour l'Etat, d'abandonner la propriété des résultats au contractant, tout en se réservant des droits d'utilisation non exclusifs.

⁵ « Global Monitoring for Environment and Security »

⁶ Cette définition se déduit de celle des contrats co-financés (cf. infra).

L'accès à cette propriété intellectuelle et son utilisation se font à des conditions dépendant :

- de la qualité de l'utilisateur,
- de la finalité de l'utilisation.

Ainsi, les Etats membres et leurs entreprises nationales auront accès et recevront les droits d'utilisation dans le domaine spatial à des conditions allant de la gratuité à un prix « favorable » selon que l'Etat participe ou non au programme dans le cadre duquel le contrat a été financé.

Pour des utilisations hors du domaine spatial, ce sont les conditions du marché qui seront applicables à tous⁷.

10. Une restriction intéressante est à noter : qu'il s'agisse de l'utilisation hors du domaine spatial (tant pour des besoins de service public que pour des débouchés commerciaux) ou de l'utilisation à des fins de recherche scientifique, le contractant est tenu de céder le droit d'utilisation de sa propriété intellectuelle, dans le premier cas aux conditions du marché, dans le second, à titre gratuit.

Cependant, le Règlement lui ménage une exception : le contractant peut refuser de céder le droit d'utilisation de sa propriété intellectuelle pour des *motifs commerciaux légitimes*. Cette notion est définie en annexe du Règlement⁸. Cette exception répond à la logique du principe tacite selon lequel ce que l'on attend du contractant, c'est précisément qu'il optimise l'exploitation de la propriété intellectuelle qui lui est confiée. L'obtention et l'utilisation – fussent-elles au prix du marché - par une entreprise concurrente du contractant propriétaire des technologies développées pourrait avoir pour effet, dans certains cas, de ruiner leurs possibilités d'exploitation.

11. Le Règlement organise également les mesures de protection et de valorisation de la propriété intellectuelle. Des délais de non-divulgaration sont prévus afin de laisser au contractant la possibilité d'assurer la protection juridique de la technologie développée. Dans le cas où le contractant restait à défaut de prendre les mesures de protection idoines, l'ESA pourrait se substituer à lui et prendre de telles mesures. Dans la même logique, si après l'obtention de la protection (ex. : octroi d'un brevet), le contractant renonce à exploiter la propriété de manière effective, l'ESA se réserve le droit d'exiger de lui qu'il cède les droits nécessaires à cette exploitation (pas nécessairement la propriété) à des conditions « favorables » à un tiers.

L'ESA peut réclamer des redevances pour l'exploitation de la propriété intellectuelle qu'elle a financée. Toutefois, le montant et les modalités de ces redevances doivent être mentionnés dans l'appel d'offre initial.

Cas particuliers

⁷ Pour une explication plus détaillée des conditions, voyez : *La propriété intellectuelle à l'Agence spatiale européenne : Mode d'emploi*, op. cit.

⁸ Les critères énoncés par cette définition sont notamment la position concurrentielle, les bénéfices ou encore la survie du projet d'exploitation. Un système d'arbitrage a été mis en place pour l'appréciation du caractère légitime des intérêts commerciaux invoqués.

12. Certaines informations, données et certaines technologies sont soumises à un régime particulier en raison de leur nature ou de leur origine.

(a) les codes sources

Les codes sources des logiciels développés dans le cadre des programmes de l'ESA doivent en tous les cas être accessibles et utilisables par l'Agence. Le Règlement prévoit la possibilité, pour l'ESA, au stade de l'appel d'offre de préciser que les codes sources seront en accès ouvert.

(b) les logiciels opérationnels

Les logiciels opérationnels sont les logiciels utilisés par l'Agence pour le contrôle et la validation de ses missions spatiales, pour la calibration des données récoltées dans le cadre de ces missions, ainsi que toutes les mises à jour ou les améliorations apportées à ces logiciels. En outre, ces logiciels doivent être développés, maintenus, modifiés ou mis à jour par plus d'un contractant *et* qui doivent servir les objectifs essentiels de l'Agence pendant une période d'au moins 5 ans.

Dans ce cas, le logiciel peut être identifié comme opérationnel (mais il doit l'être dès l'appel d'offre) et rester la propriété de l'ESA.

(c) le matériel intellectuel originel (*background data*)

Il s'agit de l'ensemble des informations, des données ou des technologies apportées par le contractant au développement, à la mise au point ou/et au fonctionnement du matériel fourni à l'Agence aux termes du contrat.

Le principe est que l'utilisation de ce matériel originel aux fins du contrat ne modifie pas les droits dont il fait l'objet au moment de la conclusion du contrat et qui sont acquis, soit par le contractant lui-même, soit par des tiers.

Il revient au contractant d'identifier ce matériel originel, préalablement à son utilisation. S'il ne le fait pas, la charge de la preuve lui revient pour démontrer qu'il s'agit effectivement d'un matériel originel. L'ESA s'engage à protéger ce matériel et les droits y associés tandis que le contractant la garantit contre tout recours de tiers quant à l'utilisation de ce matériel. Cette utilisation par l'ESA se fait à titre gratuit⁹. L'utilisation de la propriété intellectuelle résultante ne peut donner lieu à des redevances au profit des titulaires de droits sur le matériel originel.

2. Les contrats co-financés par l'ESA et par l'industrie

⁹ Disons, plus exactement, que le coût d'utilisation de ce matériel est irréfragablement réputé inclus dans le prix contractuel. Le contractant s'engage tout de même à fournir ses meilleurs efforts pour assurer la gratuité – ou à défaut à prendre en charge le coût - des droits sur le matériel intellectuel originel à l'ESA lorsqu'il n'en est pas titulaire. Cet engagement de meilleurs efforts n'existe pas lorsqu'il s'agit de contrats cofinancés.

13. Comme précédemment indiqué, le co-financement dans le cadre des contrats de l'ESA se définit comme la situation où l'ESA paie **au maximum 50%** du coût global du contrat. La part de l'industrie peut être répartie entre plusieurs contractants¹⁰.

Les principes applicables aux contrats financés par l'ESA restent d'application pour la plupart. Ce sont surtout les conditions d'accès à la propriété intellectuelle et à son utilisation qui changent.

Les conditions d'accès et d'utilisation par des tiers sont restreintes en faveur du contractant propriétaire. En outre, si l'obligation d'exploitation effective est maintenue, il reste seul juge de la protection à apporter à la propriété intellectuelle.

Le développement de logiciels opérationnels en co-financement est exclu, de même que toute redevance applicable par l'ESA.

14. Enfin, une différence notable avec le régime des contrats (entièrement ou principalement) financés par l'ESA concerne la reproduction des informations et données faisant l'objet de la propriété intellectuelle. Le principe est que le contractant originaire est mis en concurrence avec d'autres fournisseurs potentiels pour effectuer le travail de reproduction. Si ce contractant offre des conditions de prix et de délais égales à celles des concurrents, il sera préféré par l'Agence.

Dans le cas d'un contrat co-financé, le contractant originaire se voit d'emblée proposer le travail de reproduction. Ce n'est que s'il ne peut ou ne veut réaliser le travail à des conditions de prix « équitables et raisonnables » que l'Agence peut lancer un appel d'offre ouvert à d'autres fournisseurs potentiels.

Lorsqu'un fournisseur alternatif est choisi par l'ESA pour effectuer le travail de reproduction, il reçoit les droits d'utilisation et le matériel nécessaire du contractant originaire.

3. Les partenariats

15. Les principes régissant les droits de propriété intellectuelle dans le cadre de partenariats (*Private-Public Partnership* ou partenariats avec d'autres organisations internationales) sont simples dans la mesure où ils sont à définir au cas par cas entre les partenaires. Un renvoi total ou partiel au Règlement est toujours possible mais n'est pas obligatoire.

Le projet Galileo, initialement conçu pour être mené en partenariat entre l'Union européenne, les Etats membres, l'ESA et l'industrie, illustre la spécificité de ce type de construction financière et économique. Dans ce cas, la Commission européenne a exigé que l'ESA retienne, pour le compte de la Communauté européenne, la propriété de toute la technologie développée dans le cadre des contrats conclus dans le cadre du projet. Si on peut comprendre cette décision du point de vue des règles applicables aux contrats de la Communauté ou lorsqu'il s'agit de technologies-clés ou sensibles relatives à un projet visant à assurer l'indépendance stratégique de l'Europe, il n'est pas toutefois certain que cette politique ait

¹⁰ Cinq contractants peuvent apporter chacun 10% du financement et bénéficier ainsi des dispositions relatives aux contrats co-financés.

encouragé les investissements privés, en particulier dans le développement d'applications et de systèmes destinés à une grande commercialisation (par exemple, les récepteurs terrestres).

Il faut également rappeler que, par principe, la propriété intellectuelle de l'ESA est, par définition, accessible à tous, à des conditions variables. Il s'agit d'un domaine public. Sauf les règles spécifiques en matière de protection des données sensibles, la propriété de l'ESA ne représente pas nécessairement le meilleur moyen de valoriser ou de protéger les technologies développées.

IV. La propriété intellectuelle générée dans le cadre des missions

16. En ce qui concerne ce type de propriété intellectuelle, c'est-à-dire résultant des informations et données recueillies dans le cadre de mission d'exploration spatiale, d'expérience en orbite ou d'observation de la Terre, il convient de prendre en compte, outre la Convention de l'ESA, des principes et des règles énoncés par des instruments de droit international.

Ces instruments sont soit des instruments liants (traités, accords) à l'égard de l'Agence et/ou de ses Etats membres, soit des instruments non liants mais auquel l'ESA et/ou ses Etats membres choisissent de se conformer (Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies).

17. L'un de ces principes, énoncé par le « Traité de l'Espace »¹¹, est précisément que l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique doit être menée pour le bénéfice et dans l'intérêt de toutes les nations, quel que soit leur degré de développement économique ou scientifique. Elle constitue *l'apanage de l'humanité tout entière*.¹²

Un autre instrument international applicable aux missions de l'ESA est la Résolution sur les Principes relatifs à la télédétection¹³. Ces principes imposent, outre le fait que les activités de télédétection doivent être menées pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, que les données primaires et les données traitées concernant le territoire relevant de la juridiction d'un Etat doivent être accessibles à cet Etat sans discrimination et à des conditions de prix raisonnables¹⁴.

18. A ces instruments multilatéraux, il convient d'ajouter les régimes spécifiques à certaines activités couvertes par des accords de coopération. C'est le cas du développement et de l'exploitation de la Station spatiale internationale, qui font l'objet d'un accord intergouvernemental spécifique¹⁵.

¹¹ Traité des Nations Unies sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris des corps célestes, fait le 27 janvier 1967

¹² Voyez Article Ier, §1, du Traité.

¹³ UNGA Rés. 41/65, adoptée le 3 décembre 1986

¹⁴ Voyez Principe XII de la Résolution.

¹⁵ Accord entre le Gouvernement du Canada, les Gouvernements d'Etats membres de l'Agence spatiale européenne, le Gouvernement du Japon, le Gouvernement de la Fédération de Russie et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique sur la coopération relative à la Station spatiale internationale civile, fait le 29 janvier 1998. Voyez en particulier l'Article 21 relatif à la Propriété intellectuelle.

19. Le Règlement a donc intégré les contingences fixées par le droit international. Il opère une distinction :

- entre les informations et données susceptibles de faire l'objet de droits de propriété intellectuelle entre celles qui sont produites par des charges utiles¹⁶ financées et embarquées dans le cadre de mission ESA (« données de mission ESA ») et celles qui sont produites par des charges utiles financées par un contractant et embarquées à bord de satellites ou de sondes de l'ESA (« données de vol ESA ») ;¹⁷
- entre données brutes et étalonnées, d'une part, et les données dérivées, d'autre part.

(a) les données de mission ESA

Tant les données brutes et étalonnées que les données dérivées produites dans le cadre d'une mission de l'ESA sont la propriété de l'ESA.

Les Etats membres et leurs ressortissants y ont accès et peuvent utiliser les données brutes à titre gratuit et non exclusif, pour les besoins de la recherche scientifique et technologique dans le domaine spatial. L'utilisation des données dérivées est décidée par le Conseil directeur de programme pour chaque mission.

Dans le cadre de ce type de mission, les contractants peuvent se voir octroyé un droit prioritaire exclusif d'accès aux données brutes.

(b) les données de vol ESA

Les données dérivées sont la propriété du contractant ayant fourni la charge utile. L'agence y a accès à titre gratuit pour ses besoins propres dans le domaine de la recherche spatiale et de ses applications.

Conclusion

20. La politique de l'ESA en matière de propriété intellectuelle adoptée en 2002 a été appliquée un an plus tard par le biais de clauses contractuelles amendées. Les premières évaluations se sont révélées globalement positives, l'industrie saluant une meilleure allocation des droits permettant à chacun « de faire son métier » et une plus grande transparence dans la gestion contractuelle.

Bien entendu, des améliorations sont encore et toujours nécessaires. L'un des effets pervers de ce changement de régime est la tendance de l'ESA à quelquefois surqualifier certains développements de manière à leur appliquer un régime dérogatoire (exemple : les logiciels opérationnels). En outre, les Etats membres représentés au sein de l'Agence et participant à ses programmes doivent encore apprendre à intégrer la flexibilité que leur offre ce nouveau règlement dans leur politique de programme et notamment de ses aspects industriels.

¹⁶ Dans le cas d'un satellite ou d'une sonde, la *charge utile* est l'instrument embarqué à bord de l'engin (« bus ») et qui recueille, éventuellement transforme, et envoie les données.

¹⁷ Le cas d'une charge utile ESA embarquée à bord du satellite ou de la sonde d'une autre organisation est envisageable. Dans ce cas, les droits relatifs aux données feront vraisemblablement l'objet d'accords spécifiques entre l'ESA et l'organisation tierce.